

COMPLIANCE BANCÁRIO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL — UMA BREVE INTRODUÇÃO

PEDRO MAIA

Sumário: 1. Introdução. 2. Terminologia. 3. Evolução e enquadramento do *compliance*: uma brevíssima história. 4. Noção de *compliance*. 5. Desafios e incertezas. 6. *Compliance* bancário na era da inteligência artificial

Resumo: O *Compliance* bancário encontra-se no centro de uma complexa e multifacetada evolução dos sistemas financeiros, particularmente após a crise de 2007-2008. O enquadramento regulatório que, em parte, o determina confere-lhe especificidades significativas, que não se confinam ao *compliance* em si mesmo, antes se projetam na *governance* das instituições de crédito — fomentando uma *governance colaborativa* —, na relação entre regulador e regulado — suportando o que pode designar-se de “meta-regulação” — e, em certa medida, nos fins da sociedade bancária — chamada a não ordenar a sua atuação exclusivamente ao interesse dos sócios, colaborando também na prossecução de determinado interesse público.

Sob a designação comum de *compliance* abrigam-se duas atividades muito diferentes, a diversos títulos: o *compliance* regulatório e o *compliance* de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo (PBCFT). Um e outro, em diferentes medidas, farão (já fazem!) amplo uso de inteligência artificial: de onde se esperam relevantes benefícios, mas que comporta assinaláveis riscos que, não podendo ser totalmente evitados, terão, pelo menos, de ser identificados e, na medida do possível, mitigados.

Palavras-chave: Direito bancário; *Compliance*; Inteligência artificial; regulação bancária.

Abstract: Banking compliance is at the center of a complex and multifaceted evolution of financial systems, particularly after the 2007-2008 crisis. The regulatory framework that, in part, determines it gives it specific features, which are not enclosed to compliance itself, rather are projected in the governance of financial institutions — fostering collaborative governance — in the relationship between the regulator and the regulated — supporting what can be called “meta-regulation” — and, to some extent, for the purposes of the banking company — called not to determine its actions exclusively in the interest of the shareholders, also collaborating in the pursuit of a certain public interest.

Compliance encompasses two different activities: regulatory compliance and anti-money laundering.

Both will make extensive use of artificial intelligence: from which relevant benefits are achieved, but which includes considerable risks that, not being able to be totally avoided, need to be identified and, as far as possible, mitigated.

Keywords: Banking law; Compliance; Artificial intelligence; banking regulation.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem um propósito modesto: identificar um conjunto de implicações que a “era do compliance”¹ pode trazer ao *direito das sociedades bancárias*². Para cumprir tal propósito, o primeiro passo consiste, naturalmente, em conhecer o conteúdo e o enquadramento do *compliance*, que, tendo sofrido uma profunda evolução na *prática* — um autêntico *agigantamento* —, permanece, todavia, relativamente ausente de trabalhos académicos e está longe de dispor de um enquadramento teórico consistente, não obstante a crescente atenção que lhe é dedicada³. Alguns autores referem-se mesmo a uma situação de *subdesenvolvimento teórico* e *dogmático* do *compliance*⁴, muito remetido para abordagens *parciais* ou “de perspetiva”: o *compliance* enquanto aspeto da *corporate governance*, o *compliance* (interno) como instrumento de regulação externa, o *compliance* como elemento de gestão do risco, etc.⁵

Não só o *ponto de observação* que se assume poder variar, como o próprio *compliance* constitui uma realidade “camaleónica”, quer dizer, além de a *perspetiva* de análise não ser unívoca, o próprio objeto a analisar é plural. O *compliance* encontra-se no centro de uma complexa e multifacetada (r)evolução dos sistemas financeiros, que acompanhou não só a evolução económica dos mercados financeiros, mas também — e, talvez, sobretudo — as radicais alterações de enquadramento que emergiram, primeiro, dos escândalos do início do presente milénio e, depois, da grande crise de 2007-2008.

Uma parte importante do que se foi construindo tocou o *compliance*, alterando não só a sua *feição* — a imagem que dele se tem — mas também a sua *função* — os objetivos e os interesses que visa proteger — e também a sua

¹ É a expressão usada por GRIFFITH, Sean J., «Corporate Governance in an Era of Compliance», *William & Mary Law Review Online*, vol. 57, n.º 6, 2016, p. 2075.

² Sobre o direito das sociedades bancárias, a sua emergência e a sua especialidade, cfr. MAIA, Pedro, «Direito das Sociedades Bancárias», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 149º, n.º 4023, 2020, pp. 372ss.

Apesar de o direito das sociedades bancárias ser *especial*, verifica-se (discute-se) até que ponto deve admitir-se um *efeito de irradiação* (que se distingue de uma aplicação analógica) para as sociedades em geral. Sobre este efeito de irradiação, em geral, *vide* MAIA (nota 2), pp. 374ss. Relevando a importância especificamente no que respeita ao estudo do *compliance* bancário, pela influência que a sua irradiação para as sociedades em geral pode assumir, cfr. SPINDLER, Gerald, «Compliance im Gesellschaftsrecht», *RW Rechtswissenschaft*, vol. 4, n.º 3, 2013, p. 296, e FISCHER/SCHUK, «Die Einrichtung com Corporate Governance-Systemen nach dem FISG», in *NZG*, 2021, p. 539.

³ O desenvolvimento não segue em paralelo em todas as geografias, mas, na Alemanha, existem já duas revistas dedicadas unicamente ao *compliance* (a *CCZ — Corporate Compliance Zeitschrift* e a *CB — Compliance Berater*). Para uma notícia a respeito do interesse crescente sobre a matéria, cfr. SPINDLER (nota 2), p. 292.

⁴ Cfr. GRIFFITH (nota 1), p. 2081, HAUGH, Todd, «The Power Few of Corporate Compliance», *Georgia Law Review*, vol. 53, 2018, p. 181, OROZCO, David, «A Systems Theory of Compliance Law», *University of Pennsylvania Journal Business Law*, vol. 22, n.º 2, 2020, p. 246.

⁵ A que corresponde uma visão fragmentada do *compliance* (a expressão é de MARTINEZ, Veronica Root, «Coordinating Compliance Incentives», *Cornell Law Review*, vol. 12, 2017, pp. 1010 ss.), que prejudica a qualidade da sua análise.

posição — o seu lugar relativo na organização individual em que se integra e no sistema bancário como um todo. O *compliance* passou a ser algo diferente do que era, colocado num lugar diferente do que ocupava na organização e no sistema, prosseguindo objetivos distintos dos que prosseguia até então.

Sem surpresa, uma tão relevante (r)evolução exige que se aprofunde o conhecimento da dimensão das alterações ocorridas, se procure identificar os efeitos laterais que, em diversos domínios, se poderão ter produzido e, não menos importante, se afira a *coerência* e o *equilíbrio do sistema*.

No presente texto, procura-se apresentar uma introdução às múltiplas questões que o desenvolvimento do *Compliance* — de um *direito do compliance* — coloca ao direito das sociedades, em particular, ao *direito das sociedades bancárias*.

2. TERMINOLOGIA

A doutrina, o legislador e os reguladores nacionais vão-se servindo de diferentes termos para designar a *mesma realidade*, embora, como veremos, tal realidade possa não ser em si mesma *unívoca*: recorre-se ao termo original anglo-saxónico *compliance*⁶, mas também a *cumprimento* e a *conformidade*.

No plano normativo, não se divisa uma *opção única*, encontrando-se tanto o uso do termo “cumprimento”⁷ — por exemplo, na Lei n.º 83/2017 e no Aviso n.º 2/2018 do Banco de Portugal —, como a expressão “verificação do cumprimento” acompanhada da tradução “compliance”⁸ — assim sucede na Lei n.º 16/2015 (Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo) —, e, bem assim, “conformidade” — é o que se verifica no Aviso n.º 3/2020 do Banco de Portugal.

Não é certo que o sentido dos conceitos coincida inteiramente⁹.

⁶ Cfr. Código de Governo das Sociedades, IPCG, 2018, revisto em 2020 (disponível em https://cam.cgov.pt/images/ficheiros/2020/revisao_codigo_pt_2018_ebook-05.11.2020.pdf)

⁷ Pela qual LABAREDA, João, «Contributo para o estudo do sistema de controlo e da função de cumprimento (“Compliance”)», *Direito dos Valores Mobiliários*, 2016, p. 285, acaba por optar, sem deixar de evidenciar os inconvenientes das traduções possíveis (tanto “conformidade”, como “cumprimento”), ambas incapazes “de abarcar, na plenitude, todo o âmbito abrangido” pela expressão inglesa.

⁸ É o que sucede com a versão portuguesa das Orientações da Autoridade Bancária Europeia sobre governo interno (disponível em <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/internal-governance/guidelines-on-internal-governance-revised->), onde se traduz a expressão “compliance function” da versão inglesa (disponível em <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/internal-governance/guidelines-on-internal-governance-revised->) por “função de verificação do cumprimento”, mas também como “conformidade” (vide o título 21 e, entre outros, os pontos 187 e 193).

Também em estudos teóricos se encontra a mesma terminologia: vide BERNARDINO, Pedro, *Corporate Governance no Sector Segurador: Level Playing Field das Práticas de Gestão e Controlo Interno*, in «A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal», Coimbra: Almedina, 2018, p. 304.

⁹ No caso do Banco de Portugal, pode admitir-se que o uso recente do termo “cumprimento” e “conformidade” em dois avisos — o Aviso n.º 2/2018 e o Aviso n.º 3/2020 — reflita *âmbitos distintos*: o primeiro ligado ao “cumprimento” no âmbito da lei de prevenção do branqueamento

No caso do Regime das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), encontra-se o uso do termo “compliance” (art. 33.º-A, n.º 2) para indicar uma função de controlo interno, a par da expressão “controlo do cumprimento das obrigações legais e regulamentares”, seguida da tradução “compliance”, *no próprio enunciado legal* (art. 115.º-A, n.º 5, e art. 116.º-AA, n.º 3). As normas citadas foram introduzidas em 2014 ou 2015, pelo Decreto-Lei n.º 157/2014 (arts. 33.º-A e 115.ºA) e pela Lei n.º 23-A/2015 (art. 116.º-AA)¹⁰. O mesmo sucede, a título de exemplo, com o Regulamento da CMVM n.º 12/2018 sobre o exercício de atividades de intermediação financeira (em que “compliance” consta do enunciado normativo como tradução de “sistema de controlo de cumprimento”) e os Regulamentos da CMVM n.º 9/2020 (Relatório de autoavaliação dos sistemas de governo e controlo interno) e n.º 3/2020 (Regulamentação do regime Geral dos organismos de Investimento Coletivo), em que “compliance” surge como tradução de “verificação do cumprimento”.

A repetida opção do legislador e de alguns reguladores pelo uso de uma tradução acompanhada do termo inglês é bem reveladora da dificuldade de encontrar na língua portuguesa uma palavra que reflita *apropriada e rigorosamente* o conceito de “compliance”.

A terminologia, no domínio normativo, além de não ser uniforme, apresenta-se ainda relativamente *instável*.

Com certeza que qualquer das hipóteses apresenta vantagens e inconvenientes, mas, num plano teórico e doutrinal, a expressão anglo-saxónica afigura-se preferível, por diversos motivos. O primeiro deles decorre da *simplicidade* do seu uso, uma vez que algumas alternativas consistem num conjunto de palavras. O segundo, mais importante, advém do facto de as traduções na língua portuguesa serem equívocas. “Cumprimento”, além de se confundir com um conceito jurídico específico do direito das obrigações, remete para uma dimensão que “compliance” manifestamente não tem, seja por se cingir ao “cumprimento de obrigações” — diferentemente, como veremos, o “compliance” situa-se também ao nível meramente recomendatório, de “soft law”, e da cultura da organização, numa dimensão estritamente preventiva —, seja por induzir que o “compliance” se cinge ao *resultado* — ao efetivo “cumprimento” dos ditames legais, regulatórios ou outros —, quando, na realidade, a sua componente essencial reside nos *meios* criados e utilizados *com vista ao “cumprimento”* (como veremos, o *sistema*, os *processos* e os *procedimentos*). O uso do termo associado ao *sujeito responsável*

de capitais e prevenção do terrorismo e o segundo já com um alcance mais amplo, em que a conformidade respeita não só ao “cumprimento” da lei, mas também à verificação e mesmo elaboração de instrumentos de *auto-regulação* interna, como o *código de conduta*.

¹⁰ O termo *compliance* foi introduzido no RGIC pela primeira vez, em 2012, pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012.

Dando sequência à linha terminológica que tem adotado recentemente, o Banco de Portugal usa unicamente a expressão “conformidade” (não acompanhada da expressão inglesa) no Anteprojeto de Código de Atividade Bancária (disponível em <https://www.bportugal.pt/consultapublica/consulta-publica-do-banco-de-portugal-no-62020-relativa-ao-anteprojeto-de-codigo-da>), apresentado em finais de 2020 e que visa substituir o atual RGIC.

pela inerente função afigura-se ainda mais indesejável: o “responsável pelo cumprimento”, como é designado em vários diplomas — veja-se, a título de exemplo, o Regime Geral dos Organismos de investimento coletivo —, não é, na verdade, “responsável pelo cumprimento”, mas sim “pela função de cumprimento” e por que esta cumpra as exigências legais, regulatórias e recomendatórias.

E também a expressão “verificação do cumprimento” distorce — diríamos, absolutamente — a essência do “compliance”, que não reside numa *verificação* de que *existiu* cumprimento, mas antes na criação de um sistema que *previne* a ocorrência de “incumprimento”. Literalmente, a “verificação do cumprimento” tem um caráter *ex post*, ao passo que o “compliance” tem um pendor essencialmente *ex ante*, de feição *preventiva*. A discrepância de sentidos é muito patente, por exemplo, no art. 79.º-L do Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo, que, sob a epígrafe “verificação do cumprimento (compliance)”, determina que as entidades “estabelecem, aplicam e mantêm políticas e procedimentos adequados para detetar qualquer *risco de incumprimento* dos seus deveres” (itálico nosso). Ora, este dever das entidades sujeitas ao Regime não consiste, em rigor, numa “verificação do cumprimento”, mas sim, como a própria norma esclarece, no estabelecimento de políticas e procedimentos adequados a detetar o *risco* — e, portanto, a *probabilidade de ocorrência futura*¹¹ — de incumprimento dos seus deveres.

Além de a expressão ser *equivoca*, o uso que o legislador lhe dá destrói absolutamente qualquer propósito de conferir a esta uma *unidade dogmática mínima*. Na verdade, por exemplo a Lei n.º 83/2017 emprega a expressão “verificação do cumprimento” também para se referir às competências de organismos públicos de controlo e inspeção das entidades obrigadas à lei de prevenção de branqueamento e prevenção do terrorismo. Veja-se, a título de exemplo, o disposto nos arts. 84.º e 89.º. Ou até para referir a verificação, pelas instituições de crédito, de que o seu cliente mantém atualizado o registo a que está obrigado no Registo Central do Beneficiário Efetivo (art. 34.º, n.º 2, al. d)). Tudo isto é, para a lei, “verificação de cumprimento”. Ora, se há traço identificador do “compliance”, como *unidade dogmática*, é o seu caráter *interno* à entidade — o que evidentemente não exclui a relevância de entidades externas tanto no sua criação, como no seu acompanhamento, conforme se verá adiante —, nada tendo que ver nem com a atividade de *regulação*, nem de *supervisão* por entidades externas: por

¹¹ Temos implícita a distinção entre *risco* e *incerteza* (a obra de referência na matéria é a de KNIGHT, Frank H., *Risk, uncertainty and profit*, Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1921): o primeiro corresponde à probabilidade de um evento indesejável vir a ocorrer — sendo identificável e quantitativamente mensurável —, ao passo que a segunda consiste numa situação de desconhecimento sobre se uma asserção é verdadeira ou falsa — sendo, por isso, *identificável* mas *não mensurável*, porque o grau de incerteza não afecta a exposição à preposição cuja veracidade se desconhece. Sobre isto, cfr. VAN DER ELST, Christoph and VAN DAELEN, Marijn, «Risk Management in European and American Corporate Law», *ECGI-Law Working Paper*, n.º 122, 2009, p. 7. Sobre a distinção entre risco e incerteza, entre nós, vide MAIA, Pedro, *Voto e Corporate Governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 317.

exemplo, o exercício dos poderes do supervisor financeiro, que o art. 84.º da Lei de Prevenção do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo (LPBCFT) apelida de “verificação do cumprimento”, não é “compliance”, nem uma atividade de “compliance”. Quando muito é uma verificação de que as entidades obrigadas têm um sistema de “compliance” conforme exigido pela lei. Mas verificar a existência de tal sistema, a sua qualidade e “efetividade” não é, em si, uma atividade *de* “compliance”. É uma atividade que *versa sobre* o *compliance* da entidade supervisionada, mas não uma atividade de *compliance* da entidade supervisora.

À tradução “conformidade” não se podem dirigir as mesmas críticas. Quanto a esta, o problema não reside em ser mais específica e redutora do que “compliance”, mas o inverso: o termo “conformidade” pode revelar-se demasiado abrangente. É, de todo o modo, uma expressão que acaba por criar algumas dificuldades de redacção e de compreensão, visto ser usada de par com a expressão “em conformidade com” — no sentido de algo estar de acordo —, mas que já não se reporta à “função de conformidade” no sentido de “compliance”, mas a uma simples expressão linguística, que poderia ser substituída por outra sinónima (como *de acordo com*, *de harmonia com*, *conformemente a*).

É interessante notar que os diplomas cuja vocação seja mais *penal*, como sucede com a Lei n.º 83/2017, tendem a servir-se do termo “cumprimento” — “cumprimento normativo” —, ao passo que o regulador bancário prefere, presentemente, o termo “conformidade”. O primeiro aponta para uma visão de *observância estrita da lei* e remete para a preservação do resultado — o “cumprimento normativo” —, ao passo que o segundo se centra mais no “sistema, processo e procedimentos”, isto é, nos *meios* que visam assegurar o cumprimento normativo (entendido este em sentido muito amplo, onde cabem, também instrumentos de auto-regulação, como códigos de conduta, que obviamente não está, nem pode estar, abrangido em diplomas de natureza penal).

Contudo, para uso numa perspetiva de direito societário, como é a nossa, o termo “cumprimento” acaba por se mostrar pouco expressivo do conteúdo da matéria.

Por este conjunto de razões, preferimos a expressão *compliance*, que, não se tratando de um termo de língua portuguesa, será usado em itálico.

De notar, por fim, que a questão terminológica que acabámos de abordar não se confunde com uma outra, relativa à existência de *sub-espécies* de “compliance”, isto é, de fracções ou parcelas que podem dar origem ao uso de expressões *compósitas*, mediante a agregação a outros termos: *compliance regulatório*, *compliance de PBCFT*, *função de compliance*, *sistema de gestão de compliance*, *organização de compliance*, *risco de compliance*, *non-compliance*¹².

¹² Cfr. GEBAUER, in *Hopt/Binder/Böcking Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen*, 2. Auflage, München: C. H. Beck (Beck-online), 2020, § 10, anot. 1.

3. EVOLUÇÃO E ENQUADRAMENTO DO COMPLIANCE: UMA BRE-VÍSSIMA HISTÓRIA

As primeiras palavras a respeito da *noção* de “compliance” hão-de ser para apontar o que a doutrina, mesmo a mais recente, qualifica de *subteorização* da matéria¹³: o *direito de compliance*¹⁴ está ainda pouco estudado, pouco definido enquanto *unidade teórica*, acabando por ser muito determinado por intervenções legislativas ou regulatórias mais ou menos avulsas, conduzido por concretizações práticas que em cada momento vão ditando o seu conteúdo normativo.

Uma segunda nota serve para assinalar que os Estados Unidos são a “terra-mãe do compliance”¹⁵, o que explica a significativa predominância da doutrina norte-americana nesta matéria (a bibliografia aqui usada é manifestação disto mesmo).

Uma certa vaguidade teórica do “compliance” pode atribuir-se à sua génese, onde podem encontrar-se duas linhas distintas de evolução: uma, de cariz *prático* e da *gestão*, ditada pela conveniência de instituir uma função específica de controlo interno, autonomizada dos departamentos jurídicos; outra, de *feição regulatória* ou *legislativa*, determinada pela necessidade (dos legisladores e dos reguladores) de introduzir nas organizações um corpo destinado a zelar pela observância do edifício normativo aplicável ou prevenir a transgressão nas sociedades. A primeira corresponde ao que pode designar-se de *vertente positiva* do *compliance* — em que o *compliance* é um instrumento ou fator de robustecimento da atividade empresarial e do seu êxito —; a segunda à sua *vertente negativa*¹⁶ — em que o *compliance* serve para evitar ou impedir que a organização infrinja o seu contexto normativo. Esta *vertente negativa* pode, por seu turno, assumir feições muito diferentes, consoante a abordagem dos reguladores: mais *prescritiva* — impondo às entidades supervisionadas conteúdos *específicos* ao controlo interno — ou mais “flexível” — deixando às sociedades uma ampla liberdade na determinação dos seus sistemas.

¹³ Cfr. GRIFFITH (nota 1), p. 2081, e OROZCO (nota 4), p. 246.

¹⁴ Não iremos aprofundar a questão de saber se o *compliance* corresponde a uma área autónoma de estudo, matéria bastante debatida. Cfr., por exemplo, SOKOL, D. Daniel, «Teaching Compliance Twenty-Eighth Annual Corporate Law Center Symposium: Rethinking Compliance», *U. Cin. L. Rev.*, 84, 2016, pp. 401 ss. (sublinhando a extrema variedade de entendimentos a respeito do *compliance* e a dificuldade de construir uma área do direito sobre tal diversidade), MARTINEZ, Veronica Root, «The Compliance Process», *Indiana Law Journal*, vol. 94, 2019, p. 244, e OROZCO (nota 4), pp. 251ss.

¹⁵ Reconhecida também por autores alemães. Cfr. HAACK, Lutz-Ulrich and REIMANN, Martin C., «Compliance Framing — Framing Compliance», *Working Paper Series*, n.º 6, 2012, p. 2, e JÜTTNER, “Behavioral Compliance statt Corporate Compliance? Zwischen gefährlichen Hal Behavioral Compliance statt Corporate Compliance? Zwischen gefährlichen Halwahrheiten, absolutem Unsinn und aussichtsreichen Lösungsansätzen beim Versuch, Unternehmenskriminalität zu verhindern”, in CCZ, 2021, pp. 1 ss.

¹⁶ Fazendo esta distinção, vide CUNNINGHAM, Lawrence A., «The Appeal and Limits of Internal Controls to Fight Fraud, Terrorism, Other Ills», *The Journal of Corporation Law*, vol. 29, 2004, pp. 267ss., e CHIU, Iris H-Y, *Regulating (From) the Inside. The Legal Framework for Internal Control in Banks and Financial Institutions*, Oxford: Hart Publishing, 2015, pp. 8 s.

A abordagem dos reguladores pode também variar no que toca à ponderação relativa das duas “vertentes”, quer dizer, deixando às sociedades mais ou menos liberdade de decisão sobre concentrar o controlo interno na prossecução dos objectivos empresariais ou na prevenção de transgressões. A abordagem mais “flexível” dos reguladores nos anos 90 e começos dos anos 2000 permitiu às sociedades optarem pela vertente “positiva”, descurando a vertente “negativa”¹⁷.

A primeira linha de evolução que identificámos guia-se pelos interesses da sociedade e, emergindo de um juízo de *oportunidade* e de *conveniência da gestão*, colocava o *compliance* no domínio da *discricionariedade da gestão*, à luz da satisfação dos interesses que a sociedade prossegue, mormente dos sócios. Nesta linha, o *compliance* é ainda um instrumento ordenado à satisfação dos interesses que a sociedade prossegue e, portanto, apresenta-se em *consonância* com uma visão do interesse social — coincidente com o dos sócios (ao lucro ou à maximização do valor), se for o caso. Quer dizer, qualquer que seja a noção de interesse social¹⁸, o *compliance*, porque é um instrumento de aprimoramento da satisfação de tal interesse, mostrar-se-á, nesta perspetiva, conforme (ou conformável) com o interesse social. Ainda nesta perspetiva, o *compliance* reconduz-se, afinal, à *gestão do risco empresarial*¹⁹ — no caso, o risco de violação de lei e das consequências que de tal violação podem advir —, acabando por recobrir ou mesmo enquadrar-se no designado *risk management*: o sistema destinado ao tratamento de todos os riscos a que uma empresa se encontre exposta²⁰.

Já a segunda linha de evolução, ditada por legisladores e reguladores — surgida num momento posterior, com particular intensidade a partir da crise de 2007 —, é de feição totalmente distinta. Não se trata então de o *compliance* ser um instrumento dirigido à prossecução do interesse social, mas sim de constituir uma salvaguarda de que a sociedade respeita um conjunto de ditames (legais e regulatórios): isto é, trata-se de *assegurar* que a atividade da sociedade não prejudica os interesses que tais regras visam proteger. Interesses, naturalmente, que não correspondem agora ao da própria sociedade, mas sim (também) a interesses de *terceiros*, ao *interesse público*, interesses de determinadas categorias de sujeitos²¹. Nesta outra linha de evolução, o *compliance* já não constitui um

¹⁷ Cfr. CHIU (nota 16), pp. 8 ss.

¹⁸ Sobre a matéria e as diversas posições da doutrina, cfr., por exemplo, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, 6.ª ed., vol. II, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 275 ss., e SANTOS, Filipe Cassiano dos, *Estrutura associativa e participação societária capitalística contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 217 ss.

¹⁹ A gestão de risco empresarial pode ser definida como o processo pelo qual a administração define a estratégia e os objetivos para atingir um equilíbrio ótimo entre objetivos de crescimento, retorno e riscos relacionados. Cfr. BAINBRIDGE, Stephen M., «Caremark and Enterprise Risk Management», *The Journal of Corporation Law*, vol. 34, 2008, p. 967. Em sentido idêntico, pode ver-se VAN DER ELST and VAN DAELEN (nota 11), p. 6.

²⁰ Cfr. BAINBRIDGE (nota 19), p. 968 (defendendo que entre *risk management* e *compliance* não existe uma diferença de natureza, mas apenas de nível).

²¹ Defendendo a dimensão da responsabilidade social, vide RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico: Uma Política Criminal na Era Compliance*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021,

instrumento de satisfação do interesse social — por isso, de cariz discricionário, determinado na medida da liberdade de gestão de cada sociedade e por ela autonomamente determinado —, mas sim um instrumento de satisfação de interesses alheios à sociedade e por ela indisponíveis — por isso, de feição *imperativa e hetero-determinada*²².

Em boa verdade, além destas duas linhas de evolução do *compliance*, pode ainda identificar-se uma terceira, mais visível em ordenamentos jurídicos como o estado-unidense. Trata-se de o *compliance* desempenhar uma função muito indirecta e instrumental, mas de grande relevância também prática, num aspeto particular: o da *responsabilidade*, sobretudo, criminal dos administradores de sociedades. Com efeito, a partir dos anos 90, a existência de uma função de *compliance* na sociedade passou a ser considerada para efeitos de responsabilidade criminal ou mesmo civil. Alguns autores identificam, aliás, como início da atual “era do *compliance*” as *Sentencing Guidelines for Organizations*, de 1991, os primeiros indicadores da relevância da existência na sociedade de um “programa de *compliance* efetivo” na redução de penas²³. A evolução passou por duas fases distintas: a primeira, caracterizada pelo *agravamento severo* das penas caso as sociedades não tivessem em prática tais programas; a segunda, já fruto da influência (*lobbying*) das administrações das sociedades, com a previsão de *redução de penas* se tais programas de *compliance* efetivo existissem. Em vez de a sua ausência servir para *agrar* penas, a sua existência passou a servir para *redução* das penas²⁴: a diferença pode parecer de mera semântica, mas não é.

Uma decisão jurisprudencial do Delaware (do juiz Allen, no processo *Caremark*²⁵), proferida em 1996, também deu um importante contributo, se bem que indirecto, para o reforço da adoção de programas de *compliance* pelas sociedades²⁶. A inovação trazida por esta decisão consistiu no reconhecimento de um

pp. 91 s. Sustentando entendimento diferente (o *compliance* é uma função da empresa e para a empresa), mas em escrito bastante anterior às mais recentes evoluções da função, cfr. LABAREDA (nota 7), p. 364.

²² Cfr. LÖSLER, Thomas, «Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht», *NZG*, 2005, p. 106, WEBER-REY, Daniela, «Der Aufsichtsrat in der europäischen Perspektive — Vorschläge und Ideen für eine wirksame Corporate Governance», *NZG*, 2013, p. 766 (que refere mesmo que a evolução se fez à custa da “liberdade empresarial”), GEBAUER/NIERMANN, in *Hauschka/Moosmayer/Lösler Corporate Compliance*, 3. Auflage, 2016, § 48, anot. 19, e MAIA (nota 2), p. 398.

²³ Cfr. GRIFFITH (nota 1), p. 2084, HESS, David, «Ethical Infrastructure and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence», *New York University Journal of Law and Business*, vol. 12, 2015, p. 318, e LANGEVOORT, Donald C., «Cultures of compliance», *American Criminal Law Review*, vol. 54, 2017, pp. 940 s., GARRETT, Brandon L. and MITCHELL, Gregory, «Testing Compliance», *Law and Contemporary Problems*, vol. 83, n.º 4, 2020, pp. 49 s. Entre nós, cfr. RODRIGUES (nota 21), pp. 116 s.

A redução da pena com base na existência de um programa efetivo de *compliance* podia cifrar-se em 95% (cfr. GADINIS, Stavros and MIAZAD, Amelia, «The Hidden Power of Compliance», *Minnesota Law Review*, vol. 103, 2019, p. 2146).

²⁴ Sobre esta evolução, vide GRIFFITH (nota 1), pp. 2085 s.

²⁵ Processo *In re Caremark Int'l Inc. Derivative litig.*

²⁶ Não obstante as críticas contundentes de que foi objeto, por sinalizar que as sociedades poderiam eximir-se a responsabilidade bastando-lhes adotar “programas de papel” (programas

dever, a cargo da administração da sociedade, de implementar um sistema de controlo de reportes e de informação. “Information and reporting systems... that are reasonably designed to provide to senior management to the board itself timely, accurate information sufficient to allow management and the board, each within its scope, to reach informed judgements concerning both the corporation’s compliance with law and its business performance”²⁷. E se o sistema sinalizar problemas — as chamadas “red flags” —, então a administração deve agir no sentido de apurar os factos e tomar as medidas adequadas.

Um *dever* e outro, sublinhe-se, foram inscritos no âmbito da *business judgment rule*²⁸, pelo que os administradores apenas incorreriam em responsabilidade se a sua atuação não fosse considerada de *boa fé*²⁹.

Importa sublinhar que nesta linha do percurso evolutivo do *compliance*, embora a intervenção do poder público tenha deixado aí gravada a sua influência — em particular, o poder de acusação criminal —, o Estado não *impunha*, nem *determinava* a existência de programas societários de *compliance*. O programa de *compliance* não constituía um *dever legal* da sociedade, pese embora fosse conferida uma *vantagem* — um incentivo indireto — pela adoção de tais programas, atentos os benefícios que, em caso de um evento gerador de responsabilidade, adviriam para os seus administradores. Tratou-se, pois, de “incentivos explícitos” por parte do estado à adoção de programas de *compliance*³⁰.

Esta evolução veio a ser complementada por um outro fator, de grande significado prático: as orientações do Departamento de Justiça norte-americano a respeito da relevância, para uma eventual acusação, da vigência de programas de *compliance* “efetivos”³¹. E nos primeiros anos deste milénio, com várias

propositadamente ineficientes) ou seguir “*compliance* de cosmética” (a expressão e a crítica é de KRAWIEC, Kimberly D., «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», *Washington University Law Review*, vol. 81, n.º 2, 2003, pp. 487 ss.). Para uma panorâmica de tais críticas, cfr. por exemplo, HESS (nota 23), pp. 319 ss., LANGEVOORT (nota 23), p. 941.

²⁷ A transcrição foi colhida em ARMOUR, John, GORDON, Jeffrey, and MIN, Geeyoung, «Taking Compliance Seriously», *Yale Journal on Regulation*, vol. 37, n.º 1, 2020, p. 7.

²⁸ Sobre esta, entre a vastíssima bibliografia, *vide*, entre nós, CORDEIRO, António Menezes, «Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)», *ROA*, ano 66, 2006, pp. 450 ss., ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 36ss., FRADA, Manuel A. Carneiro da, «A *Business Judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores», *ROA*, ano 67, I, 2007, pp. 159 ss., COSTA, Ricardo, *A Business Judgment Rule na Responsabilidade Societária: entre a razoabilidade e a racionalidade*, in «Colóquio Internacional: Governação das Sociedades, Responsabilidade Civil e Proteção dos Administradores», Coimbra: Instituto Jurídico, 2018, pp. 95 ss.

²⁹ Cfr. ARMOUR, John et al., «Board Compliance», *Minnesota Law Review*, vol. 104, 2019, p. 1197.

³⁰ Cfr. ARMOUR et al. (nota 29), p. 1195, GADINIS and MIAZAD (nota 23), pp. 2148 ss.

³¹ Uma questão, que não iremos apreciar, tem suscitado especial debate: saber quais os requisitos para que um plano de *compliance* possa ser considerado “efetivo”. A questão é muito relevante, por estar em causa saber se a efetividade do programa se mede pelo seu *resultado* — pela sua eficiência — ou se pode medir-se apenas pela *estrutura* e pelos *meios* alocados. Alguns autores assinalam o risco (ou mesmo a constatação) de muitos programas de se terem convertido num mero *box-ticking* — a simples demonstração de que algum programa de *compliance* existe —, dos quais não resultou, ou pode não ter resultado, a vantagem esperada no que toca ao *compliance* efetivo pela organização e a disseminação de uma cultura que o suporte. O que

fraudes e escândalos de contabilidade e auditoria a despontarem, foi posto em marcha o chamado *Brooklyn Plan*: as empresas, em troca de um acordo de não acusação, pagariam coimas e adotariam programas exigentes de *compliance*³². Foi no âmbito de tais acordos, de *não acusação* ou de *suspensão da acusação*³³ — cujos efeitos vêm sendo muito criticados³⁴ —, que se tornou muito comum exigir à sociedade a implementação de um programa de *compliance*, tipicamente centrado em políticas, processos, formação e monitorização dos colaboradores³⁵.

Originou-se, assim, um efeito *direto* de adoção de programas de *compliance* — sobre as sociedades que interviesses em tais acordos de *não acusação* ou de *suspensão da acusação* — e, também, simultaneamente, um efeito *indireto*: outras sociedades, conhecendo os efeitos benéficos da adoção de programas de *compliance* em sede de (eventuais) processos criminais, começaram a *antecipar* a sua implementação³⁶.

Embora a emergência do *compliance* como realidade regulatória setorial já tivesse surgido anteriormente³⁷, o fator que determinou o seu *significativo avanço* foi a crise financeira de 2007-2008: até então, o quadro regulatório era, a este respeito, “esquelético”³⁸. Tendo sido identificada, como causa específica da crise, a violação de regras de funcionamento interno das instituições de crédito — regras de *governance*³⁹ —, os supervisores (e os legisladores) avan-

justifica, até, que se apelidem de “sempre esquivos” (ou evasivos) tais programas de *compliance* (a expressão é de MARTINEZ (nota 14), p. 205). Sobre a matéria, cfr., por exemplo, LANGEVOORT, Donald C., «Monitoring: the behavioral economics of inducing agents' compliance with legal rules», *Georgetown University Law Center Business, Economics and Regulatory Policy, Law and Economics Research Paper*, n.º 276121, 2001, pp. 933 s. ARMOUR et al. (nota 27), pp. 15 ss., GRIFFITH (nota 1), pp. 2105ss. (as métricas para avaliar a efetividade mensuram a *atividade* em vez do *impacto*, “demonstrando que o *compliance* deve ser ocupado mas não necessariamente eficaz”), GADINIS and MIAZAD (nota 23), p. 2139, GARRETT and MITCHELL (nota 23), pp. 56 ss.

³² Sobre isto, cfr. GARRETT, Brandon L, *Too Big to Jail*, Cambridge: Harvard University Press, 2014, pp. 54 ss. (estabelecendo uma ligação entre a evolução do *compliance* e os processos de investigação criminal a sociedades).

³³ Os *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) e os *Nonprosecution Agreements* (NPA).

³⁴ Cfr. LANGEVOORT (nota 23), pp. 970 s.

³⁵ Cfr. GRIFFITH (nota 1), pp. 2088 s.

³⁶ Cfr. GRIFFITH (nota 1), pp. 2090 s.

³⁷ Em abril de 2005, o Comité de Supervisão Bancária de Basileia publicou o seu relatório “Compliance and the compliance function” e, nesse mesmo ano, o Banco de Portugal publicou a Instrução n.º 20/2005, que alterou a precedente Instrução n.º 72/96, discriminando expressamente o risco de “compliance”. Curiosamente, o risco de *compliance* foi então inserido na “gestão de riscos”, aí se definindo como “o risco de uma instituição incorrer em sanções de carácter legal ou regulamentar, prejuízos financeiros ou de ordem reputacional, em resultado de não ter cumprido leis, normas, regulamentos, códigos de conduta ou normas de “boas práticas” — assim pode ler-se no respetivo preâmbulo. Sobre esta matéria e o progressivo acolhimento do *compliance* no sistema regulatório português, vide LABAREDA (nota 7), pp. 296 ss., e, mais recentemente, BASTOS, Nuno Moraes, *Corporate Governance, Compliance e a Função Compliance nos Setores Bancários e Segurador*, in «A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal», Coimbra: Almedina, 2018, pp. 207 ss.

³⁸ A expressão é de CHIU (nota 16), p. 6.

³⁹ Embora a matéria seja controvertida, confrontando-se a este respeito duas teses: a “tese da irrelevância”, que não atribui a crise a falhas de *governance*, e a “tese da causa maior”, que identifica tais falhas como a principal causa. A posição correta parece estar em reconhecer

çaram decididamente no sentido de *imporem*, ao setor financeiro, obrigações específicas no domínio do *compliance*. O que pode cunhar o novo regime do *compliance* como constituindo um “processo reativo”, determinado pela ocorrência de escândalos e crises, que induzem os legisladores e os reguladores a intervirem⁴⁰. O regime legal e regulatório desta nova visão sobre o *compliance* — talvez melhor, desta nova natureza do *compliance* e de uma nova relação com a *corporate governance* — veio embebido no “tsunami legislativo” ou “dilúvio regulatório” que a crise financeira de 2007-2008 desencadeou⁴¹. No direito europeu e português, merecem destaque a Diretiva 2013/36/UE (designada de CRD IV⁴²) e o Regulamento (UE) n.º 575/2013, que a acompanha (conhecido como CRR)⁴³. Embora a CRD IV não tenha praticamente versado sobre a matéria — exceção feita a uma referência indireta à função “de conformidade”, na versão portuguesa do texto, no art. 92.º, n.º 2, al. f) —, encontram-se aí lançadas as bases de regulamentação do controlo interno e de uma intervenção da EBA sobre a matéria (v. art. 74.º, n.º 1). Intervenção que, de resto, já havia ocorrido em 2011, com a publicação das *Orientações sobre Governo Interno* (GL 44)⁴⁴, onde expressamente se determina a existência de uma função de controlo interno *autónoma*, a função de *compliance*, que somente em instituições mais pequenas ou menos complexas pode ser conjugada com a função de controlo de riscos (vide 24.5)⁴⁵. A *função de compliance* é, depois, regulada (28 ss.). As *Orientações* tiveram uma nova versão em 2018⁴⁶.

que a *governance* foi *um dos* fatores da crise, embora não o *determinante* nem sequer o *mais importante*. Cfr. MAIA (nota 2), p. 379 (e bibliografia aí citada).

⁴⁰ Neste sentido, cfr. OROZCO (nota 4), pp. 254 ss. Mas a qualidade dos resultados desta abordagem é muito discutível e num plano de análise teórica, em si mesma, muito criticável, sobretudo por ignorar a influência do contexto social e económico no comportamento dos indivíduos, organizações e instituições, determinantes do resultado do *compliance*. Cfr. OROZCO (nota 4), pp. 257 ss.

Para uma análise do problema da legislação reativa a crises e escândalos, vide BANNER, Stuart, «What causes new securities regulation? 300 years of evidence», *Washington University Law Quarterly*, 75, N.º 2, 1997, pp. 849 ss., COFFEE, John C. Jr., «Political Economy of Dodd-Frank: Why Financial Reform Tends to be Frustrated and Systemic Risk Perpetuated», *Cornell Law Review*, vol. 97, n.º 5, 2011, pp. 1020 ss. (que identifica a regulação do sistema financeiro como uma “curva senoidal” — uma oscilação repetitiva e suave).

⁴¹ Cfr. MAIA (nota 2), p. 372 (onde se pode encontrar, em nota, uma descrição dos mais importantes instrumentos normativos em que esse *tsunami* se consubstanciou).

⁴² Entretanto alterada pela Diretiva (EU) 2019/878 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019 (por vezes designada de CRD V).

⁴³ Alterado pelo Regulamento (UE) 2019/876 do Parlamento e do Conselho de 20 de maio de 2019 (designado de CRR II).

⁴⁴ Importa esclarecer que as *Orientações* da EBA, apesar da sua aparente feição de *soft law*, meramente recomendatória, acabam por constituir o que alguma doutrina designa de “hoft law”, visto ser *soft law* à partida, mas *hard law* à chegada, quando as entidades supervisoras nacionais convertem as recomendações que a EBA lhes dirige em determinações a seguir na sua relação com as entidades supervisionadas. Sobre isto, vide MAIA (nota 2), p. 400.

⁴⁵ O facto de o *compliance* poder, em certos casos, não estar autonomizado no plano organizatório explica que o legislador e os reguladores europeus não se refiram a “departamento de compliance”, mas sim a “função de compliance”: esta é, sem exceção, *obrigatória*, mas a sua atribuição a um *departamento autónomo* já não é. Sobre isto, cfr. GEBAUER/NIERMANN (nota 22), § 48, anot. 6.

⁴⁶ *Orientações sobre governo interno* (EBA/GL/2017/11, de 21 de março de 2018, disponíveis em <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2164689/151a6ca3->

Esta *evolução* constitui, em certa medida, uma verdadeira *transmutação do compliance*, que deixa de inscrever-se na esfera de *autonomia da gestão* (do risco) da empresa e passa (ao menos, em parte) para o domínio da intervenção legislativa ou regulatória. Em termos variáveis e em medidas distintas, os legisladores e reguladores foram impondo às sociedades no sistema financeiro o dever de instituírem uma função (interna) de *compliance*. Conforme vimos, o *compliance* já recebera *impulsos externos* para o seu desenvolvimento, mas agora a sua existência passou a ser *determinada externamente*. O *compliance*, embora desenvolvido e assegurado *internamente* — não se olvide que o *compliance* é uma função *interna* de controlo —, tem, presentemente, no que toca às sociedades bancárias, uma origem *exógena*, no sentido em que se subtraiu à gestão a liberdade, desde logo, de decidir acerca da sua existência, mas também de múltiplos aspetos da sua estrutura e funcionamento⁴⁷. O legislador e o regulador é que o determinam. Trata-se, portanto, de uma governação *interna* à sociedade, mas imposta por fontes *externas*⁴⁸.

Pare se compreender plenamente esta evolução do *compliance* não pode desatender-se à perspetiva, marcadamente vigente ao tempo sobretudo nos Estados Unidos, a respeito da *Corporate governance*: esta devia centrar-se no mercado, cabendo a este — e não a reguladores — avaliar cada sociedade e mesmo “sancioná-la”, pelo mecanismo próprio do mercado que, no limite, reside na sua extinção. O mercado era o regulador. Para tanto, o que teria de se assegurar era *informação* e *transparência*, por forma a preservar a *integridade do mercado*. A *Corporate governance*, como instrumento do bom funcionamento do mercado, centrava-se, então, na *produção e divulgação* pela sociedade de informação o mais fidedigna possível. Neste contexto, quer o *compliance*, quer a *corporate governance* estavam dirigidos à preservação de *interesses dos sócios* (presentes e futuros, isto é, investidores potenciais) e não à prossecução de objetivos de reguladores⁴⁹.

A orientação viria a ser ainda muito reforçada após os escândalos financeiros dos anos 2000 a 2003 — que despontaram tanto nos Estados Unidos como na Europa⁵⁰ —, dos quais resultaram evidências da má qualidade da informação

31ae-40b0-9f55-9d6c65b86b00/Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20%28EBA-GL-2017-11%29_PT.pdf?retry=1).

Sobre estas, entre nós, cfr. FONSECA, Patrícia Afonso, *As Novas Orientações da EBA em Matéria de Governo Interno*, in «A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal», Coimbra: Almedina, 2018, pp. 235 ss.

⁴⁷ Ressaltando o caráter *exógeno* da origem do *compliance*, que contrasta com o caráter *interno* da função, vide GRIFFITH (nota 1), pp. 2078ss.

⁴⁸ Cfr. GRIFFITH (nota 1), p. 2079.

⁴⁹ Cfr. CHIU (nota 16), pp. 10 s.

⁵⁰ Cfr., por exemplo, SCHWARZ, Christian and HOLLAND, Björn, «Enron, WorldCom... und die Corporate-Governance-Diskussion», *ZIP*, 37, 2002, pp. 1661 ss., GORDON, Jeffrey N., «Governance failures of the Enron board and the new information order of Sarbanes-Oxley», *Columbia Law and Economics, Working Paper N.º 216 Harvard Law and Economics, Discussion Paper N.º 416*, 2003, pp. 1 ss., STEWART, Bennett, «The *real* reasons Enron failed», *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 18, n.º 2, 2006, pp. 116 ss., FERRARINI, Guido and GIUDICI, Paolo,

revelada pelas sociedades, seja ao mercado seja aos seus auditores. Por isso, o reforço dos sistemas de controlo interno deu-se, essencialmente, na vertente do *reporte financeiro* e dos *sistemas de gestão de risco*: havia sido nestes domínios que mais expressivamente se revelara a *incompletude* (ou mesmo a *falsidade*) de informação disponibilizada — na qual o trabalho de auditoria financeira se louvava —, impondo-se assegurar, daí em diante, sistemas internos de *controlo* na preparação e divulgação de tal informação. O centro das atenções de códigos de *corporate governance* — como o *UK Corporate Governance Code* — e do *Sarbanes-Oxley Act* residia em atribuir ao controlo interno o principal desígnio de salvaguardar a *integridade do reporte financeiro e de auditoria*, acompanhada de um conjunto de medidas de *corporate governance* que, por seu turno, visavam assegurar a *impermeabilidade de tal sistema a interesses desviantes*⁵¹. Mesmo a evolução da legislação europeia, na sequência daqueles escândalos financeiros, centrou-se em o controlo interno garantir *transparência e qualidade da informação*, embora numa abordagem distinta⁵².

Foi nesta fase que se iniciou, embora ainda em medida muito restrita, aquilo que passou a designar-se de “meta-regulação”⁵³ ou “regulação da auto-regulação”⁵⁴: o regulador estabelece um esboço geral, não muito prescritivo, de uma estrutura e estabelece determinados objectivos a alcançar. Por seu turno, a entidade regulada conserva a discricionariedade quanto à implementação dos sistemas e dos processos para atingir os objectivos fixados. O regulador intervém, portanto, apenas num “meta-nível”, que reside na avaliação de planos e, posteriormente, na fiscalização do cumprimento pela entidade regulada dos planos que ela própria elaborou.

Assim emerge uma *governance colaborativa*, em que a entidade regulada é vista como um *parceiro do regulador* na prossecução de determinados objetivos — que não são exclusivamente os seus, nem revestem natureza privada. A *governance colaborativa*, que pode também ser designada de “nova *governance*”⁵⁵,

«Financial Scandals and The Role of Private Enforcement: The Parmalat Case», *ECGI — Law Working Paper*, n.º 40, 2005, pp. 1 ss.

⁵¹ Nesse contexto se explica o surgimento da imposição de independentes no *board*, a identificação de um conjunto de conflitos de interesses que foram prevenidos, independência dos auditores, a sua remuneração, etc.

⁵² Sobre isto, vide VAN DER ELST and VAN DAELEN (nota 11), pp. 27 ss., e CHIU (nota 16), pp. 10 s. Sobre a meta-regulação, cfr. COGLIANESE, Cary and MENDELSON, Evan, *Meta-regulation and self-regulation*, in «The Oxford Handbook of Regulation», Oxford University Press: Oxford, 2010, (contrapondo à tradicional regulação, assente numa estrutura “comando e controlo”, a “meta-regulação” e a “auto-regulação”, cujos conceitos, não consensuais, apresentam), SCOTT, Colin, «Regulating everything: From mega-to meta-regulation», *Administration*, vol. 60, 2012, pp. 57 ss.

⁵⁴ A expressão é de PARKER, Christine, *The Open Corporation: Effective self-regulation and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 245 ss., obra em que defende a chamada “open corporation”, a sociedade que “democraticamente se auto-regula”, numa fusão de gestão, democracia e direito. Vide, também, PARKER, Christine, *Meta-Regulation: Legal Accountability for Corporate Social Responsibility?*, in «The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law», Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 3.

⁵⁵ Cfr. LOBEL, Orly, «The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought», *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2004, pp. 342 ss., ORLY LOBEL, “New governance as regulatory governance”, in *The Oxford Handbook of Governance*, ed. David

caracteriza-se pela participação de agentes privados, pela colaboração entre o público e o privado, pela descentralização, pela não coercividade, pela adaptabilidade e pela coordenação. O *compliance* tornou-se um aspeto nuclear da *colaboração*, neste sentido, entre regulados e regulador, justificando a expressão “new governance as regulatory governance”⁵⁶.

No domínio financeiro, a “meta-regulação” difundiu-se de forma muito relevante, passando a constituir um *modelo*: exemplos como a evolução dos requisitos de capital de Basileia I para Basileia II — em vez de uma abordagem prescritiva, simples, e uniforme para todas as instituições, passou-se a um modelo de adaptação, com base num processo de interação com a própria instituição — ou a MiFid evidenciam a adesão a esta “meta-regulação”⁵⁷.

Sendo inegáveis os seus méritos, a *meta-regulação* tem as suas *limitações*, como só por si o facto de não ter evitado a crise financeira de 2007 já demonstra, em particular o risco de uma *excessiva procedimentalização*. Esta pode redundar em *box-ticking* e terminar centrando o controlo interno no *acessório*⁵⁸. Sem pôr em causa os méritos da meta-regulação, afigura-se essencial reconhecer o seu carácter “experimental por natureza”, no sentido em que a sua atuação se deve sujeitar a uma permanente *avaliação e revisão crítica por todos os agentes que integram o sistema*⁵⁹.

O enquadramento apresentado, embora necessariamente muito sumário e até lacunoso, permite compreender o novo contexto em que o *compliance* está colocado nas sociedades bancárias. Uma função de controlo *interno*, atuando *dentro da sociedade*, mas que, conforme acabámos de ver, *serve propósitos que não são exclusivamente imanentes à sociedade* e, sobretudo, não se cingem aos objetivos da própria sociedade, se esta for entendida como um instrumento de prossecução do interesse dos sócios⁶⁰.

Levi-Faur, Oxford, 2012, e SIMMONS, Omari Scott, «The Corporate Immune System: Governance from the Inside Out», *University of Illinois Law Review*, n.º 3, 2013, pp. 1153 ss.

⁵⁶ Cfr. LOBEL, Orly, «New governance as regulatory governance», 2012, in *The Oxford Handbook of Governance*.

⁵⁷ Cfr. CHIU (nota 16), pp. 22 s (com diversos exemplos).

⁵⁸ Sobre as limitações e os riscos da meta-regulação, analisados no contexto da crise financeira de 2007, vide BLACK, Julia, «Paradoxes and Failures: New Governance Techniques and the Financial Crisis», *The Modern Law Review*, vol. 75, n.º 6, 2012, pp. 1037 ss.

⁵⁹ Cfr. CHIU (nota 16), p. 33.

⁶⁰ O que afirmamos em texto não contende com a acesa discussão que se vem travando na doutrina e intensificando, mesmo no espaço público, a respeito do fim das sociedades — prosseguem apenas interesses egoísticos dos sócios e ou também outros? Quais, em que termos? —, muito dinamizada pela corrente do “propósito societário” (*corporate purpose*). Aderindo-se ou não a esta nova tendência, existem facetas do *compliance* que exorbitam dos interesses que uma sociedade prossegue. A respeito do “corporate purpose” e do intenso debate que tem gerado, vide, com especial relevância e posições discrepantes, MAYER, Colin, «The future of the corporation: Towards humane business», *Journal of the British Academy*, vol. 6, n.º 1, 2018, pp. 1 ss., BEBCHUK, Lucian A. and TALLARITA, Roberto, «The Illusory Promise of Stakeholder Governance», *Paper SSRN*, 2020, pp. 1 ss., ROCK, Edward B., «For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose», *European Corporate Governance Institute — Law Working Paper*, n.º 515, 2020, pp. 1 ss., e LIPSHAW, Jeffrey M., «The False Dichotomy of Corporate Governance Platitudes», *The Journal of Corporation Law*, vol. 46, n.º 2, 2021, pp. 346 ss.

4. NOÇÃO DE COMPLIANCE

A noção de “compliance”, com o sentido de *observância da lei* (tomada esta em sentido amplo) — ou de “cumprimento” ou de “actuação em conformidade com a lei” —, afigura-se, à primeira vista, um mero *truísmo*⁶¹: com certeza que a obrigação de observância da lei (em sentido amplo) decorre do *princípio do estado de direito* e, nessa medida, o “compliance” não constitui uma evolução recente⁶², nem tão-pouco assume qualquer conteúdo próprio ou específico. Todas as sociedades, por isso também as bancárias, estão obrigadas à observância da lei.

Mas não é esse o seu sentido específico, nem foi com esse sentido que surgiu. Aliás, precisamente por não ser esse o seu sentido é que a função de *compliance* se foi apartando progressivamente dos *departamentos jurídicos*, para que estes justamente não a cingissem a uma estrita aferição de conformidade legal⁶³.

O *compliance* pode ser definido de diferentes modos, que sobrelevam diferentes aspetos ou resultam de diferentes perspetivas.

Pode definir-se como um sistema e processos pelos quais uma organização procura assegurar que os seus colaboradores e outros responsáveis conformam a sua actuação pelas “normas”, nas quais se inclui, além da lei em sentido estrito, todo o acervo regulatório e normas internas da organização, como códigos de conduta. Ou como o “conjunto de processos internos usados pela sociedade para *adaptar a atuação às normas aplicáveis*”⁶⁴. Ou reconduzindo-o “ao esforço para assegurar que a sociedade e os seus colaboradores aderem aos requisitos legais e regulatórios, às práticas do setor, e às políticas e regulamentos internos da sociedade”⁶⁵. Ou à “organização de sistemas e processos da empresa com o objectivo de evitar a responsabilidade civil ou criminal da organização ou dos seus órgãos”⁶⁶ (os *itálicos* servem para destacar elementos diferenciadores das definições).

Embora as diferentes definições acentuem aspetos distintos, nenhuma apresenta o *compliance* com base no *resultado*: não se trata, por conseguinte,

⁶¹ Neste sentido, cfr. UWE SCHNEIDER, “Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung”, *ZIP*, 2003, p. 646.

⁶² No sentido de que o “compliance”, enquanto dever de observância da lei, é inerente ao princípio do estado de direito, cfr. (nota 22), anot. 2.

⁶³ As vantagens e os inconvenientes da separação do *compliance* dos serviços jurídicos são muito debatidos. Cfr. ARMOUR et al. (nota 29), pp. 1210 ss., e McNEECE, John B., «The Ethical Conflicts of the Hybrid General Counsel and Chief Compliance Officer», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 25, 2012, pp. 677 ss. A matéria deve ser enquadrada no âmbito do papel dos *innkeepers* enquanto *gatekeepers* (mas trata-se de assunto em si mesmo discutível: em sentido crítico, cfr. GADINIS and MIAZAD (nota 23), pp. 2154 ss.). Sobre isto, *vide* SIMMONS, Omari Scott Dinnage, James D., «Innkeepers: A Unifying Theory of the In-House Counsel Role», *Seton Hall L. Rev.*, 41, 2011, pp. 77 ss. (usando a expressão, eloquente, *innkeeper*, para se referir a pessoas que, encontrando-se no interior da organização, desempenham funções de *gatekeepers*).

⁶⁴ Cfr. GRIFFITH (nota 1), p. 2082. Em sentido muito próximo, BAER, Miriam Hechler, «Governing Corporate Compliance», *Boston College Law Review*, vol. 50, 2009, p. 958, OROZCO (nota 4), pp. 250 s.

⁶⁵ Cfr. MARTINEZ (nota 14), p. 205.

⁶⁶ Cfr. GUNNAR GROH, in *Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch*, 4. Auflage, 2021, Beck-online.

de garantir que *a lei é cumprida* — em sentido muito amplo, incluindo disposições regulatórias, recomendatórias e normativos internos —, mas sim de *criar um sistema* (constituído por meios, processos e procedimentos) que visa, por um lado, evitar a violação do quadro normativo na sociedade e, por outro, assegurar que, em caso de violação, esta é detetada. O atual enquadramento teórico do *compliance* é essencialmente de feição *processual*⁶⁷, o que evidentemente o afasta de um resultado material. O *compliance* está, pois, ordenado à *prevenção de risco* e, por conseguinte, a sua qualidade não se afere pelos casos de violação de lei (sempre em sentido amplo) que concretamente ocorram, mas sim pela *probabilidade* de estes ocorrerem em face do sistema e processos de prevenção existentes. Uma concreta violação ocorrida na sociedade não constitui, por si, evidência de uma fragilidade de *compliance* — nem, muito menos, uma violação do dever de *compliance*⁶⁸. E, do mesmo modo, inversamente, a não verificação de um qualquer evento de infração normativa não significa, por si só, que não exista violação de deveres de *compliance*.

Uma vez que o *compliance* — tal como, aliás, outras funções de controlo em qualquer instituição de crédito — se encontra ligado ao *risco* e uma vez que os recursos de qualquer empresa são limitados, assistiu-se, nos últimos anos, ao que alguns autores designam de “revolução do risco” no controlo interno e externo⁶⁹: o desenho dos sistemas de controlo interno, incluindo o *compliance*, assenta agora numa avaliação de risco e segue, depois, essa avaliação. O que é inteiramente compreensível, visto os meios existentes, porque não são infinitos, deverem ser alocados às áreas em que se detete maior risco. Esta abordagem com base no risco (“risk-based approach”) tem o grande mérito de a sociedade se focar essencialmente nos aspetos onde resida mais risco de ocorrência do evento danoso, mas, importa reconhecê-lo, comporta, ela própria, um risco: o de assentar numa deficiente identificação do risco. Sendo esse o caso, os sistemas, visto terem sido construídos sobre um erro, não serão idóneos para prevenir a ocorrência do evento danoso⁷⁰.

E assume, ainda, uma outra implicação, aliás, muito relevante. Com efeito, tem repetidamente surgido no discurso — de políticos, reguladores e também de regulados — a chamada “tolerância zero” às violações de *compliance*. Ora, em si mesma, esta abordagem é *conceptualmente incompatível* com aquela outra, oficialmente assumida, de “risk-based approach”. A “tolerância zero”, *literalmente*, implicaria algo inalcançável e economicamente insustentável: a sociedade estar

⁶⁷ Cfr. OROZCO (nota 4), p. 254 s. e os recentíssimos *Principles of Law Compliance, Risk and Management, and Enforcement*, do *American Law Institut* (§3.01).

⁶⁸ Na medida em que este dever exista.

⁶⁹ Cfr. MILLER, Geoffrey Parsons, «Compliance: Past, Present and Future», *University of Toledo Law Review*, vol. 48, 2016, p. 446.

⁷⁰ O percurso do sistema financeiro até à crise do *sub-prime* parece constituir uma evidência não só da possibilidade de uma errada perceção do risco — aliás, de uma forma generalizada —, como da incapacidade que os sistemas de controlo, nesse caso, têm para prevenir o evento danoso. Cfr. MILLER (nota 69), pp. 447 s.

Outro exemplo pode com certeza encontrar-se no risco — já concretizado — de uma crise pandémica a nível global, que manifestamente não foi identificado (embora existisse).

absolutamente certa em todos os momentos, relativamente a todos os seus atos, de não estar em violação de nenhuma nenhuma norma (em sentido amplo). Tal abordagem não só não é possível como, na verdade, seria o contrário da “risk-based approach”, que justamente reside numa *ponderação do risco* para, em função dela, determinar em que matérias concretamente e com que meios se deve direcionar o controlo de *compliance*⁷¹.

5. DESAFIOS E INCERTEZAS

A (r)evolução do *compliance* bancário ainda não terminou, estando em análise e discussão diversos aspetos que ditarão o seu futuro ou, pelo menos, contribuirão para moldar a função.

Um dos aspetos em apreciação respeita, desde logo, à *organização da função*, que pode, em abstrato, ser *centralizada* — caso em que a equipa se integra num departamento separado e, depois, interage com o resto da organização, através de trocas de informação e comunicações — ou *descentralizada* — a equipa de *compliance* trabalha inserida junto das unidades de negócio, dispensando apoio e monitorização na primeira linha.

A opção predominante varia: nos Estados Unidos, prevalece a descentralização, ao passo que na Europa domina a organização centralizada⁷². Entre nós, com o Aviso 3/2020, passou a impor-se que as funções de controlo interno, incluindo a função de *compliance*, sejam estabelecidas em *unidades de estrutura organicamente segregadas* (art. 15.º). Embora a *segregação* não imponha, por si só, uma organização *centralizada*, afigura-se que o aviso tinha em vista — e a prática das instituições, seguramente, também — que a *segregação* naturalmente assente numa organização centralizada.

As vantagens de tal opção são inquestionáveis: o responsável pela função mais facilmente mantém o controlo da atividade de *compliance*; a informação mais facilmente se mantém segregada; os membros da equipa ficam menos expostos a excessiva proximidade com as áreas de negócio e à inerente perda de objetividade de análise.

Contudo, não devem ser ignorados os inconvenientes apontados por vários autores à *centralização*: a função de *compliance* distancia-se da realidade da vida da instituição, fica inibida de passar uma cultura de *compliance* numa relação quotidiana, a função pode converter-se numa espécie de mero “consultor”⁷³,

⁷¹ Cfr. MILLER, Geoffrey P., *Risk Management and Compliance in Banks: The United States and Europe*, in «European Banking Union», United Kingdom: Oxford, 2015, p. 211.

⁷² Cfr. CHIU (nota 16), p. 50, e bibliografia aí citada, ponderando as vantagens e os inconvenientes de cada um dos tipos de organização.

⁷³ Sem prejuízo de, como vem sendo sublinhado, o *compliance* ter crescentes funções de aconselhamento, a juntar àquelas de controlo, identificando a doutrina neste reforço de funções de aconselhamento um propósito de prevenção de situações de não conformidade. Cfr. GEBAUER/NIERMANN (nota 22), § 48, anot. 23.

podem ser gerados muitos mais processos administrativos para a interação entre o *compliance* e as áreas de negócio, a relação com as unidades de negócio pode tornar-se mais confrontacional — podendo estas ter uma perceção de que o *compliance* é uma “unidade de polícia”, o que acaba por prejudicar seja a disseminação de uma cultura de *compliance*, seja a qualidade dos fluxos de informação (as unidades de negócio tenderão a omitir informação)⁷⁴.

A propósito da cultura de *compliance*, coloca-se um outro desafio: o de se evitar o que a doutrina designa de “dissociação” (*decoupling*). Trata-se de um fenómeno que ocorre quando uma organização é pressionada para adotar práticas que a legitimem *externamente*, mas tais práticas conflituam com outros objetivos da organização. Por isso, a organização tende a adotar as práticas — assume o “paper program” —, mas não as implementa plenamente⁷⁵, dissociando materialmente o programa dos objetivos que se propõe alcançar e que projeta externamente. Note-se que a relevância da “cultura de compliance” — a que vem sendo dada importância crescente pelos reguladores⁷⁶ — surgiu, precisamente, num momento posterior à implementação de programas de *compliance* que se constatou não terem produzido impacto material na organização, serem apenas “papel”. O facto de, em muitas organizações, programas de *compliance* aparentemente robustos não terem evitado falhas muito relevantes de atuação — nos tempos recentes, os casos *Libor*⁷⁷ e *Wells Fargo* são dos mais impressionantes neste domínio⁷⁸ — chamou para o estudo da matéria a *psicologia social* e a *psicologia comportamental*, por forma a identificar as condições que potenciam o risco de os membros de uma organização se afastarem das regras de conduta estabelecidas⁷⁹. O avanço na investigação nestas matérias — que

⁷⁴ Sobre estes diversos inconvenientes, vide CHIU (nota 16), pp. 56 ss. Concretamente sobre os efeitos negativos da departamentalização do *compliance* no que toca à criação e difusão de uma cultura de *compliance*, cfr. DESTEFANO, Michele, «Creating a Culture of Compliance: Why Departmentalization May Not Be the Answer», *Hastings Business Law Journal*, vol. 10, 2013, pp. 71 ss., e GRIFFITH (nota 1), pp. 2101 ss. Para aproximar o *compliance* de todos os colaboradores começa a ser prática, nas organizações maiores, a criação de um “*compliance help desk*”, por forma a estabelecer um diálogo positivo e construtivo que favoreça os níveis de “efetividade” e a adesão generalizada ao *compliance*. Neste sentido, vide SONNENBERG, “Compliance-Systeme in Unternehmen”, in *JuS*, 2017, p. 921.

⁷⁵ Sobre isto, cfr. HESS (nota 23), p. 361. Vide, também, GARRITY-ROKOUS, Gates Baker, Harold F., «Solving Ethical Decoupling: A Programmatic Approach to Ensuring Both Compliance and Ethics», *The University of Toledo Law Review*, vol. 48, n.º 3, 2017, pp. 453 ss.

⁷⁶ Sobre as origens da introdução do conceito de cultura no *compliance*, vide MCGREAL, Paul E., «Caremark in the Arc of Compliance History: Evolution of a Corporate Director’s Fiduciary Duty to Oversee Compliance with the Law», *Temple Law Review*, vol. 90, n.º 1, 2018, pp. 669.

⁷⁷ Uma apresentação e análise deste caso pode ler-se, por exemplo, em MORRISON, Alan D and SHAPIRO, Joel D, «Governance and culture in the banking sector», *Available at SSRN 2731357*, 2016, pp. 9 ss.

⁷⁸ Sobre o *Wells Fargo* (os colaboradores do banco procederam à abertura de milhões de contas sem autorização dos clientes, forjando as respetivas assinaturas), cfr., por exemplo, GADINIS and MIAZAD (nota 23), pp. 2203 s., e HAUGH (nota 4), pp. 132 ss. em esp. pp. 170 ss. (apresentando uma interessante análise).

⁷⁹ Cfr., por exemplo, PAINE, Lynn Sharp, «Managing for organizational integrity», *Harvard Business Review*, vol. 72, n.º 2, 1994, pp. 131 ss., LANGEVOORT (nota 31), pp. 1 ss., LANGEVOORT (nota 23), pp. 933 ss.

se afigura muito promissor — tem revelado, por um lado, a necessidade de o *compliance* ser abordado em conjunto com uma *cultura de compliance* — sem o que a sua eficácia se arrisca a ser sempre muito reduzida — e, por outro, a dificuldade de encontrar consensos a respeito da forma como essa cultura de *compliance* melhor se introduz na organização e, sobretudo, se pode formar e medir⁸⁰ (a métrica da cultura de *compliance* é o seu “cálice sagrado”⁸¹). De resto, a complexidade da matéria vai ao ponto de o próprio conceito de “cultura” ser discutível⁸², embora, para estes efeitos, se possa definir como as crenças comuns dentro de qualquer organização a respeito da importância e da legitimidade do *compliance* normativo em relação a outras pressões e objetivos⁸³. A forte ligação que a cultura de *compliance* tem de assumir relativamente aos programas de *compliance* torna, por outro lado, especialmente relevante a “legitimação” destes dentro da organização⁸⁴: se a organização não reconhecer como legítimos e adequados os programas de *compliance* não irá formar uma cultura em torno do seu cumprimento, pondo-se em risco o resultado. Por isso, a relação *programa de compliance/cultura de compliance* não é unidirecional — esta servindo como instrumento de difusão e de penetração do programa na organização —, mas bidirecional, impondo-se que a *cultura de compliance* se reflita na criação do programa, por forma a que este seja percecionado como “legítimo” pela organização.

A relevância da cultura no *compliance* é responsável por uma feição crescente de cariz *ético* na abordagem da matéria⁸⁵.

Não deve, contudo, desatender-se a interessantes — muito interessantes — estudos que sinalizam um certo equívoco na abordagem que vem sendo seguida de “cultura de compliance” e nos programas de *compliance* que alimenta. Na verdade, tais programas e o próprio conceito de cultura tendem para a *uniformização*, para uma certa *standardização*. O pressuposto implícito em que esta abordagem assenta é o de que as condutas desviantes podem ocorrer, com *idêntica probabilidade*, em qualquer ponto da organização. A assunção de que as condutas infratoras têm uma distribuição normal na organização leva a que os programas de *compliance*, embora adaptados a diferentes tipos de funções, se dirijam *igualmente* a todos os colaboradores: afinal, estatisticamente, a má conduta pode surgir em qualquer elemento. Mas talvez tenha razão quem identifique, como causa de disseminação de má conduta, o poder que alguns

Estas novas abordagens já surgem também na Alemanha: cfr. JÜTTNER, “Behavioral Compliance ...”, cit., pp. 1 ss.

⁸⁰ Havendo mesmo quem sustente ser insuscetível de mensuração fiável. Sobre esta problemática, vide, por exemplo, PAINE (nota), p. 131 s.

⁸¹ A expressão é de LANGEVOORT (nota 23), p. 969.

⁸² Cfr. MORRISON and SHAPIRO (nota 77), p. 2 e pp. 4 ss.

⁸³ Cfr. LANGEVOORT (nota 23), p. 77.

⁸⁴ Sobre a matéria, com especial importância, TREVIÑO, Linda Klebe et al., «Legitimizing the legitimate: A grounded theory study of legitimacy work among Ethics and Compliance Officers», *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 123, n.º 2, 2014, pp. 186 ss., e LANGEVOORT (nota 23), pp. 962 ss.

⁸⁵ Vide MARTINEZ (nota 5), pp. 1051 ss.

(poucos) têm sobre outros (*the power few*): esse poder tanto assenta na posição hierárquica que assumem, como no carisma pessoal que tenham, como em relações sociais (extensas) com outros colaboradores. Ora, tais elementos têm a capacidade de atrair outros a mimetizar más condutas, sendo eles os pontos essenciais da rede organizacional que importa controlar. Assim se explica que, umas vezes, a má conduta seja originada no topo, mas, outras vezes, desponte numa qualquer parte da organização: nem sempre a influência vem da posição hierárquica. A ser correto este entendimento, então a abordagem deverá consistir menos numa tentativa de disseminação generalizada de “cultura de compliance” e mais numa abordagem individualizada, identificando os elementos que em cada organização têm a capacidade de multiplicar uma má conduta⁸⁶.

Mas é incontestável que, a partir da crise, os reguladores passaram a assumir a “cultura de compliance” como um fator determinante do sucesso dos esforços regulatórios⁸⁷, sendo o recente Aviso n.º 3/2020 uma manifestação desta tendência, ao dedicar logo o capítulo II à cultura organizacional, impondo um extenso leque de deveres aos órgãos de administração e de fiscalização a esse respeito.

Talvez se possa afirmar que, diferentemente do *decoupling* no que respeita ao *compliance* e à cultura — que é indesejável —, deva ser ponderada, nas instituições de crédito, a conveniência do *decoupling* das matérias ditas de *compliance* regulatório e de *compliance* de PBCFT.

Embora não seja comum encontrar-se esta distinção vincada em textos académicos, na verdade o “compliance” no direito bancário é *duas coisas distintas*, tem *duas faces*: o *compliance* dito *regulatório* e o *compliance* de PBCFT. Apesar de inscritos num mesmo conceito, o *compliance* regulatório é, num certo sentido, *essencialmente diferente* do *compliance* PBCFT, porque aquele versa sobre a própria instituição de crédito — visa assegurar que ela cumpre (e identificar se corre o risco de não cumprir ou mesmo se não cumpre), nos seus normativos internos, nos seus sistemas, nos seus procedimentos, na sua prática, na sua cultura o regime legal (em sentido amplo)⁸⁸ — ao passo que o *compliance* de PBCFT versa (também e essencialmente) sobre *terceiros* — visa assegurar que a instituição de crédito cumpre os seus deveres de exame, de abstenção, de recusa, de comunicação de operações suspeitas de branqueamento de capitais dos seus clientes. Neste sentido, e simplificando muito, o *compliance* regulatório

⁸⁶ Sobre isto, *vide* o interessante estudo de HAUGH (nota 4), pp. 129 ss.

⁸⁷ O que levou um autor a escrever que a cultura de *compliance* “passou de uma obsessão dos académicos para uma obsessão dos reguladores”. Cfr. LANGEVOORT (nota 23), p. 943.

⁸⁸ E cujo crescimento e relevância decorre, ao menos em parte, do extraordinário crescimento do edifício normativo e das exigências regulatórias, que impõem um perramente e complexo exercício de aferição de conformidade. Neste sentido, cfr., por exemplo, LIN, Tom C. W., «Compliance, Technology, and Modern Finance», *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, vol. 11, 2016, pp. 167 s. (os números impressionam: o *Glasse-Steagall Act*, de 1933, tinha 37 páginas, o *Dodd-Frank Act* tem 848; neste, a “Volcker Rule” contém 964 páginas, tem 18.223 comentários. Os próprios relatórios das instituições de crédito cresceram extraordinariamente de dimensão mais do que duplicando o seu número médio de páginas).

está *virado para dentro*, ao passo que o *compliance* de PBCFT está *virado para fora*. O *compliance* regulatório constitui, antes de mais, um instrumento para a instituição de crédito lograr cumprir os *seus próprios deveres de funcionamento* (em sentido amplo), ao passo que o *compliance* de PBCFT é um meio (também e essencialmente) ao serviço de políticas de prevenção e combate ao crime (*obviamente públicas*). Naquele a instituição de crédito serve (também) os seus interesses; neste, a instituição de crédito é uma espécie de auxiliar dos órgãos de investigação criminal (embora se possa dizer, e alguns autores o digam, que também aqui prossegue um interesse próprio, designadamente reputacional e de prevenção de um risco próprio reputacional, ou que cumpre, deste modo, um dever de cidadania empresarial⁸⁹).

A instituição de crédito presta um serviço, se assim posso dizer, à Justiça, colaborando na prevenção (quando exerce o dever de abstenção) e na investigação (quando exerce o dever de análise, de exame e de comunicação de operações suspeitas) de crime de branqueamento de capitais⁹⁰. Sublinhe-se que não se trata de uma situação única, constatando-se, até, o recurso crescente ao que pode designar-se de empresas privadas servindo de “agentes de políticas públicas”⁹¹.

De modo que aquele carácter *exógeno* que identificámos no *compliance* — em virtude de a sua origem ser essencialmente externa, apesar de a função ser interna — assume aqui uma *tripla dimensão*: é *exógena a origem*, porque o *compliance* de PBCFT é ditado pelo legislador e pelo regulador; é *exógeno no seu objeto*, porque incide sobre atos de clientes e outros terceiros — não se trata de controlar se a instituição de crédito efetua *operações próprias* suspeitas de branqueamento, mas se os seus clientes o fazem; e, por fim, é *exógeno no resultado*, visto que o exercício do dever de exame, de comunicação e abstenção têm como destinatários últimos as entidades de investigação criminal.

O *compliance* de PBCFT é, por isso, diferente na sua natureza, acabando por não constituir uma atividade de controlo puramente *interno*, mas sim *híbrida*, porque visa a atividade não da própria instituição, mas de terceiros.

Essa diferente *natureza* e as diferentes *finalidades* que prossegue — a juntar ao móbil de prevenção e combate à criminalidade financeira que o determina — impõem ao *compliance* de PBCFT nas instituições de crédito um conjunto de exigências muito específicas, que *não devem irradiar para a função como um todo*. Deveres muito específicos de segregação e absoluta autonomia de decisão (*vide*, v.g., os arts. 13.º, n.º 3, al. a), 16.º, n.º 3 e n.º 4, da Lei n.º 83/2017) justificam-se em razão das características apontadas ao *compliance* de PBCFT, mas já não se justificam, ao menos nos mesmos termos e na mesma medida,

⁸⁹ Cfr. GEBAUER (nota 12), § 10, anot. 3.

⁹⁰ Por ser assim, há quem defenda que os bancos deveriam ser compensados pelos seus custos nesta matéria. Pode encontrar-se notícia desta posição em GEBAUER (nota 12), § 10, anot. 4.

⁹¹ Sobre a matéria, *vide*, com bastante interesse, Loo, Rory Van, «The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers», *Virginia Law Review*, vol. 106, 2020, pp. 467 ss.

no *compliance* regulatório. A heterogeneidade destes dois *compliances* justifica uma reflexão sobre a conveniência do seu *decoupling*: mesmo no que respeita à perceção no interior da organização e com vista à formação de uma *adequada cultura de compliance*, talvez seja desaconselhável o tratamento sob uma mesma estrutura destes dois universos de *compliance*, com idênticas linhas de reporte e monitorização, assimilando uma à outra, na perceção da organização.

A um outro nível, o *compliance* coloca assinaláveis dificuldades de alinhamento com os interesses da administração e mesmo, em certa medida, dos acionistas. Com efeito, os custos que decorrem do subinvestimento em *compliance* tendem a surgir (ou a apenas serem esperados) no longo prazo — “o *compliance* é um investimento de longo prazo”⁹² —, pelo que o investimento conflitua com o *horizonte temporal* dos administradores: seja o tempo que esperam manter-se em funções, seja o momento da sua remuneração (especialmente se for variável), ambos potencialmente muito mais curtos do que o tempo expectável para o surgimento de eventos de *compliance*⁹³. Remunerações com ações ou *stock options* podem exacerbar os efeitos desta discrepância temporal⁹⁴. E, uma vez que o valor das acções dificilmente reflete a qualidade do *compliance* da organização, seja devido à referida dificuldade de *medir*, seja devido à sua *opacidade*⁹⁵, pode gerar-se um problema de seleção adversa (o chamado *lemon effect*)⁹⁶, que acabe por premiar as sociedades — e, portanto, os respetivos administradores — que assumam estruturas menos custosas e de menor qualidade de *compliance*⁹⁷.

Este cenário que, em geral, se apresenta ao *compliance* justifica a abordagem especial que no setor bancário tem merecido: *a forte intervenção dos reguladores*.

Na verdade, a eficácia das medidas punitivas relativas a falhas de *compliance* é muito limitada no setor bancário e, por isso, insuficiente. Uma vez que essa eficácia exige que o montante das coimas exceda (de modo significativo) o benefício esperado com o subinvestimento em *compliance* — ou o seu funcionamento indevido —⁹⁸, gera-se um conflito patente entre a eficácia das medidas

⁹² Cfr. ARMOUR et al. (nota 27), p. 5.

⁹³ Cfr. ARMOUR et al. (nota 27), pp. 21 ss.

⁹⁴ Cfr. ARMOUR et al. (nota 27), p. 5.

⁹⁵ Cfr. ARMOUR et al. (nota 27), pp. 26 ss.

⁹⁶ Cfr. GRIFFITH (nota 1), pp. 2129 s. Alguma doutrina advoga um incremento na transparência da função de *compliance*, para que o mercado possa cumprir a sua função de avaliação (neste sentido, GRIFFITH (nota 1), p. 2138). Mas existem riscos assinaláveis de a transparência gerar fenómenos indesejados na perceção externa quanto ao risco de cada entidade (mais investimento em *compliance* pode ser lido externamente como um sinal de que a instituição identifica mais risco de eventos de *compliance* e, por conseguinte, em vez de ser premiada pelo mercado, a instituição acabar por ser penalizada).

⁹⁷ Cfr. ARMOUR et al. (nota 27), p. 5.

⁹⁸ Uma teorização recente sobre a matéria pode ler-se em GARRETT and MITCHELL (nota 23), pp. 71 ss., seguindo sobretudo o estudo pioneiro de ARLEN, Jennifer and KRAAKMAN, Reinier, «Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes», *New York Law University Law Review*, vol. 72, n.º 4, 1997, pp. 687 ss. (concluindo que, visto o risco de sanções aumentar com o reforço do *compliance*, somente um mecanismo que reduza sanções considerando a existência

e a própria sustentabilidade da instituição bem como, inclusive, a estabilidade do sistema financeiro. Se as medidas sancionatórias, para serem eficazmente dissuasoras, tiverem de atingir montantes de tal modo elevados que possam pôr em causa a subsistência da instituição de crédito, o mecanismo torna-se inoperante e até totalmente indesejável.

Atentos os limitados efeitos *de prevenção* que os mecanismos sancionatórios podem oferecer, a solução reside em os reguladores atuarem, num certo sentido, como *substitutos do mercado*. Ao imporem o nível e qualidade de *compliance*, por um lado, e ao monitorizarem a sua implementação, por outro, os reguladores *substituem-se* aos órgãos de administração/fiscalização ou, melhor, acompanham em permanência eventuais desvios que tais órgãos pudessem ter no exercício das suas funções relativas ao *compliance*.

Esta abordagem, que se vem intensificando, permite corrigir o desfasamento de incentivos que pode existir nos responsáveis internos pelo *compliance*.

Naturalmente, com esta evolução não se erradicam todos os problemas: nesta nova circunstância, o problema de (des)alinhamento de incentivos passa a residir no próprio regulador, cujos incentivos para intervir na matéria — e os termos e profundidade com que o faz — podem apresentar não só uma tendência para atribuir acrescida importância a determinados aspetos em função dos seus próprios interesses (nomeadamente reputacionais), como pode ter razões próprias para impor sistemas excessivamente dispendiosos⁹⁹.

Por outro lado, a evolução do *compliance* suscita relevantes questões na sua *relação com o órgão de administração e de fiscalização*, tendo implicações na *corporate governance*.

Pode identificar-se um movimento, à primeira vista, *paradoxal*, que consiste simultaneamente num *afastamento* e numa *aproximação* da função de *compliance* ao órgão de administração.

Afastamento, porque se instituiu a independência do *compliance* — a nota definidora mais importante do *compliance*¹⁰⁰ —, retirando-se à administração desde logo a liberdade de não instituir, de não dotar de meios, de não organizar segregadamente uma função de *compliance*. Conforme refere alguma doutrina, ao invés do que sucede em geral com as funções de administração, que são exercidas ao abrigo de uma *delegação* — mesmo que não seja a administração a exercê-las, retém sempre o poder de revogar ou de nem sequer as delegar —, o *compliance*, tal como se encontra desenhado no setor bancário, *reduz a autoridade do órgão de administração*, porque este não mantém plena liberdade de instituir *ou não* a função, de aceitar *ou não* as suas decisões¹⁰¹. A administração

de tal sistema de *compliance* pode oferecer o incentivo adequado à sua adoção), ARMOUR et al. (nota 27), p. 13.

⁹⁹ Cfr. GRIFFITH (nota 1), pp. 2125 s..

¹⁰⁰ Cfr. GEBAUER/NIERMANN (nota 22), § 48, anot. 6.

¹⁰¹ Cfr. GRIFFITH (nota 1), p. 2018 (autoridade significa poder de decidir; se o órgão de administração não tem liberdade de decidir, então perde, nessa medida, autoridade em benefício do responsável pelo *compliance*).

não delega autoridade no *compliance*, ele *cede-a*¹⁰², ao menos em determinadas áreas específicas¹⁰³.

Embora a exata delimitação do conceito e do âmbito de *independência* para estes efeitos seja, em si mesma, uma questão complexa — que não iremos sequer aflorar, dados os apertados limites deste trabalho —, é seguro afirmar que ela impõe, desde logo, o acesso irrestrito, sem carecer de qualquer autorização superior, a informação dentro da organização. De resto, alguns autores identificam como aspeto essencial da função de *compliance* o *fluxo de informação*¹⁰⁴: recolha, tratamento e retransmissão da informação.

Ora, uma vez na posse de informação — a respeito, por exemplo, de práticas indevidas, de práticas que gerem risco de incumprimento normativo, etc. —, a função de *compliance* tem de optar entre manter reservada, apenas para si, a informação, ou repassá-la à administração. No contexto normativo atual, existe o dever de essa informação ser transmitida à administração e, para garantir que chega aos principais destinatários, determina-se o acesso direto do responsável do *compliance* a todos os órgãos¹⁰⁵. Nesta vertente, consoma-se o momento de aproximação ou “entrada” no “board”: a função afasta-se — no seu *funcionamento* — do “board” (estando dotada de certa autonomia), mas remete para o órgão de administração (e de fiscalização) a informação que tiver colhido, os factos que conhecer, quando estes sejam relevantes. Deste modo, *entra* no “board”, exercendo o que já foi apelidado do seu “poder oculto”: o poder de, mediante uma comunicação formal¹⁰⁶, colocar na esfera de conhecimento da administração factos pelos quais, a partir de tal momento, esta passa a assumir responsabilidade de agir. O desconhecimento como instrumento de desresponsabilização deixa de existir¹⁰⁷, obstando-se assim a uma prática de “ignorância racional”¹⁰⁸. O fluxo de informação assume, deste modo, uma dupla função: num primeiro momento, visa o controlo — facultando ao *compliance* o conhecimento de práticas que possam ser desviantes ou comportar riscos —, a que pode seguir-se uma *intervenção corretiva ou sancionatória dos respetivos autores*; num segundo momento, mediante o fluxo até aos órgãos responsáveis (de administração e/

¹⁰² Cfr. GRIFFITH (nota 1), p. 2109.

¹⁰³ É com certeza assim, por expressa imposição legal, em matéria de exercício do dever de comunicação de operações suspeitas de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. Já noutras, não será assim, mas trata-se de matéria discutível. Na Alemanha, vigora o entendimento de que o *compliance* exerce funções delegadas pela administração, mantendo esta, por conseguinte, o pleno poder de dar instruções. Cfr. LÖSLER (nota 22), p. 107, e GEBAUER/NIERMANN (nota 22), § 48, anot. 67.

¹⁰⁴ Cfr. GRIFFITH (nota 1), pp. 2095 ss.

¹⁰⁵ Com expressa consagração normativa no art. 14.º, n.º 4, al. f) do Aviso n.º 3/2020. Identificando e fundamentando teoricamente a importância destes aspetos, cfr. GADINIS and MIAZAD (nota 23), pp. 2150 s., e ARMOUR et al. (nota 27), pp. 31 ss.

¹⁰⁶ Distinguindo, para estes efeitos, comunicações “rastreadáveis”, comunicações “não rastreadáveis”, comunicações “interrompidas” e comunicações “incompletas”, vide GADINIS and MIAZAD (nota 23), pp. 2142 ss.

¹⁰⁷ Cfr. GADINIS and MIAZAD (nota 23), p. 2139.

¹⁰⁸ Cfr. GARRETT and MITCHELL (nota 23), p. 47.

ou de fiscalização), a informação serve funções (*ex post*) de responsabilização e, reflexamente (*ex ante*), de forte estímulo à atuação dos corpos sociais.

A estrutural alteração que o regime de *compliance* bancário vem sofrendo reside nesta plurifacetada — quase *camaleónica* — construção legal e regulatória da função: *interna*, porque sediada nas instituições e por estas assegurada, mas ditada em grande medida *externamente*, embora em parte sob a aparência de meras recomendações regulatórias; *autónoma* da administração, dela não recebendo, em certa âmbito, instruções, mas ditando-lhe a obrigação de agir, sob pena de responsabilidade eventual dos administradores, quando estes conheçam determinadas práticas; *inscrita na sociedade*, mas visando a satisfação de interesses que não são seus (mas sim de terceiros ou mesmo públicos).

Esta arquitetura da função de *compliance* bancário permite ultrapassar debilidades e dificuldades que os sistemas de controlo de interno sempre apresentaram — no que toca, por exemplo, à sua *avaliação* e à sua *monitorização* —, com consequências de extrema gravidade no setor financeiro em tempos recentes. Ao descentrar-se o sistema — o seu centro residia nos corpos sociais, a quem competia desenhar, administrar e monitorizar com discricionariedade a função de *compliance* —, movendo-o, *no plano interno*, para o responsável (independente) pela função de *compliance* e, *externamente*, para os reguladores, foram arredadas as dificuldades relativas ao incentivo à administração/fiscalização da sociedade para instalar um *compliance* adequado. Desde logo, reforçando a *responsabilidade da administração*, embora retirando-lhe, em parte, *autoridade*. Deste modo, talvez tenha emergido o que alguns autores apelidam de “armadilha do *compliance*”¹⁰⁹, cuja eficiência pode enredar a sociedade numa teia de factos responsabilizantes, sem nenhum poder de retrocesso. O *compliance* protege a sociedade — *quando e se lograr evitar* os eventos danosos —, mas tende a exponenciar as consequências de tais eventos se estes chegarem a ocorrer.

As implicações deste novo modelo de *compliance* — a *meta-regulação* ou *new governance* — sobre a *governance* dos bancos são muito relevantes e terão de ser aprofundadamente estudadas. Desde logo, a função de *Chief Compliance Officer* (CCO) muito escassamente estudada ainda¹¹⁰.

E também se pede — diríamos, com alguma premência — uma análise à *medida nacional*, que pondere especificamente as diferentes estruturas organizatórias admitidas na lei portuguesa para as sociedades anónimas — modelos monista, dualista e anglo-saxónico —, assim permitindo refletir sobre o equilíbrio do modelo, mediante o confronto com os (diferentes) modelos organizatórios em que maioritariamente se inspira a generalidade dos estudos estrangeiros sobre a matéria.

Por seu turno, no plano da *governance*, questões como a *dimensão*, a *composição dos órgãos* e a *organização do funcionamento* da administração

¹⁰⁹ Cfr. GARRETT and MITCHELL (nota 23), p. 47.

¹¹⁰ Uma interessante e desafiante análise dos responsáveis de *compliance*, enquadrados como colaboradores (*stewards*) dos reguladores, vide D'ONFRO, Danielle, «Corporate Stewardship», *Journal Corporation Law*, vol. 44, 2018, pp. 439 ss. Cfr. também TREVIÑO et al. (nota 84), pp. 186 ss. (que se refere a ECO — *Ethics and Compliance Officers*).

(fiscalização) deverão merecer atenção: para fazer face a este incremento de intervenção sobre matérias de controlo interno, a dimensão ótima do órgão de administração passa a ser maior¹¹¹? Deve (pode) o órgão atribuir a uma comissão especificamente matérias de *compliance*, assim acompanhadas especificamente e de forma mais próxima e regular¹¹²? Deve passar a impor-se que (pelo menos) um membro do órgão seja um *expert* em matérias de *compliance*¹¹³? Ou deve admitir-se um acompanhamento por um elemento *externo ao órgão*¹¹⁴?

A função de *compliance* é o “*sistema imunitário da sociedade*”: um conjunto de processos e de mecanismos desenvolvidos para sua proteção, a partir da identificação e erradicação de ameaças à sua “saúde” (o valor económico da sociedade)¹¹⁵. A metáfora tem data anterior à atual pandemia, mas, com base nela e desenvolvendo-a um pouco, pode dizer-se que esse sistema imunitário assume também uma *dimensão de saúde pública*, porque a presença de sujeitos não imunes favorece a propagação de doenças e ameaça a comunidade. Por isso, o êxito da função de *compliance* em cada instituição de crédito é relevante para todo o sistema financeiro.

A nova era do *compliance* sublinha esta sua dimensão, o que torna a função muito *mais complexa* e um *espaço de tensão* entre plúrimos interesses e agentes que, apesar de se pretender que convirjam e atuem de forma *colaborativa*, prosseguem *objetivos potencialmente desalinados*. E imporá, também, uma crescente articulação com a *corporate governance*: o *compliance* pode (deve!) ser entendido se não como uma parte da *corporate governance*¹¹⁶, pelo menos como uma abordagem distinta, mas a problemas (parcialmente) idênticos. Nesta linha, afigura-se adequado, até do ponto de vista da evolução histórica, entender o crescente relevo do *compliance* como um *instrumento* da *corporate governance*, um mecanismo de reforço da sua *efetividade*. E pode dizer-se que diferem essencialmente na perspetiva: a *corporate governance* é uma visão de “regulador” (não em sentido próprio) — procurando estabelecer um quadro de organização e de funcionamento que se julga o mais adequado, trabalhando a criação de “modelos” de organização e de funcionamento —, ao passo que o

¹¹¹ Analisando a necessidade ou a conveniência de adaptar a dimensão do órgão de administração, cfr. ARMOUR et al. (nota 29), pp. 1264 ss.

¹¹² Para uma ampla análise desta possibilidade, vide ARMOUR et al. (nota 29), pp. 1219 ss. e pp. 1226 ss. (com amplos dados empíricos).

¹¹³ Sobre isto, cfr. ARMOUR et al. (nota 29), pp. 1262 s. e 1265 s.

¹¹⁴ Cfr. ARMOUR et al. (nota 29), pp. 1266 s. Uma certa variabilidade da posição do administrador não executivo, seja para lhe atribuir mais poder e exigir uma dedicação de tempo maior, seja para admitir circunstâncias especiais, vem sendo advogada por alguma doutrina (cfr., por exemplo, GILSON, Ronald J. and GORDON, Jeffrey N., «Board 3.0: An Introduction», *The Business Lawyer*, 2019, pp. 351 ss.). O incremento da extensão das funções de membros não executivos levará à dissociação do binómio função não executiva/função a tempo parcial, passando a existir tanto não executivos a tempo parcial, como não executivos a tempo inteiro. O que distinguirá estes dos executivos não será o *tempo* dedicado ao exercício de funções, mas as *funções* em si mesmas.

¹¹⁵ A expressiva imagem, bem como o trecho transcrito, pertencem a SIMMONS (nota 55), pp. 1131 ss.

¹¹⁶ Neste sentido, CUNNINGHAM, Lawrence A., «Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform», *Florida Law Review*, vol. 66, n.º 1, 2014, p. 14 (“o compliance é um componente restrito da Corporate governance”).

compliance é uma perspetiva de “regulado” — onde se visa assegurar a observância efetiva de um conjunto de normativos (em sentido amplo), incluindo aqueles que emergem da *corporate governance*.¹¹⁷ Neste medida, o forte incremento de estruturas societárias dedicadas ao *compliance* serve (também) para que a *corporate governance* se repercuta efetivamente na atuação da sociedade: pode mesmo dizer-se que a sequência histórica a que se assistiu, primeiro o desenvolvimento da *corporate governance* e, depois, do *compliance*, suporta essa relação. A necessidade de desenvolvimento do *compliance* no âmbito regulatório resultou da constatação de que somente com um aparelho interno dedicado a assegurar a efetiva adesão das sociedades ao edifício normativo — que reguladores e a *corporate governance* construíram — permitiria assegurar que tal edifício seria transportado para realidade de cada sociedade. Uma visão que integre e articule estas duas visões, respeitando a efetiva relação que têm entre si, permitirá uma abordagem mais coerente e uma reflexão mais profícua sobre a matéria.

6. COMPLIANCE BANCÁRIO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A inteligência artificial não é, em si, uma novidade — a primeira referência data de 1956 e o seu efetivo desenvolvimento remonta aos anos 70 do século passado —, mas o ritmo a que, recentemente, tem evoluído não tem precedentes. Para esta aceleração exponencial concorreu um conjunto de fatores: o extraordinário aumento de *dados* informaticamente acessíveis¹¹⁸ — tendo o uso massivo da internet dado um contributo decisivo para o efeito, levando a afirmar que “digitisation is everything”¹¹⁹ —, a sua *armazenagem* — através do desenvolvimento de nuvens que permitem proceder à armazenagem de quantidades colossais de informação a custos muito baixos —, a *comunicação* — os dados existem e circulam, em computadores, *smart phones* totalmente disseminados no planeta, mediante o uso massivo de redes sociais, motores de busca, etc. — e o *poder de computação* — de acordo com a “lei de Moore” o número de transístores num *microchip* duplica a cada dois anos¹²⁰, estando em curso a passagem à *computação quântica*.

O advento da inteligência artificial não veio, apenas, permitir a substituição de pessoas no desempenho de determinadas tarefas, veio, sobretudo, disponi-

¹¹⁷ Neste sentido, vide HAUSCHKA/MOOSMAYER/LÖSLER (nota 22), § 4 (a principal diferença reside na perspetiva).

¹¹⁸ A Comissão Europeia estima que em 2025 sejam produzidos 175 *zetabytes* de dados (mais de 5 vezes os dados produzidos em 2018, que foram 33 *zetabytes*). Cfr. «Livro Branco sobre a inteligência artificial — Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança», *Comissão Europeia*, 2020, p. 4.

Um *zetabyte* corresponde a um trilhão de gigabytes (1.000.000.000.000 de gigabytes).

¹¹⁹ Cfr. BUCKLEY, Ross P. et al., «Regulating Artificial Intelligence in Finance: Putting the Human in the Loop», *Sydney Law Review*, vol. 43, n.º 1, 2021, p. 46, citando Schwab, a respeito de uma “Quarta revolução industrial”.

¹²⁰ Uma descrição, desenvolvida, dos fatores que potenciaram a evolução da inteligência artificial pode ler-se em BUCKLEY et al. (nota 119), p. 46.

bilizar serviços que as pessoas, qualquer que fosse o seu número e a sua preparação, jamais seriam capazes de produzir. Não se trata, portanto, de substituir pessoas realizando tarefas *tal como elas as realizariam* — embora, com certeza, de forma mais rápida, com menor variação de qualidade e com menos erros —, mas de produzir um serviço que *excede a capacidade humana*. A inteligência artificial não ultrapassa a pessoa humana (apenas) no *como* — desde logo, na velocidade de desempenho —, mas no *o quê*, no resultado da atividade.

No seu estado atual de desenvolvimento, a inteligência artificial já oferece uma vasta gama de utilidades¹²¹. Sem surpresa, o setor financeiro, que sempre foi um utilizador intensivo de inovações técnicas e tecnológicas¹²², tem estado na primeira linha do desenvolvimento de aplicações à sua atividade. E são patentes as utilidades e vantagens que a atividade financeira pode colher da utilização de inteligência artificial¹²³.

A particular adequação do uso de inteligência artificial ao setor financeiro explica a significativa atenção que entidades, nacionais e internacionais, reguladores, etc., têm dedicado especificamente a esta matéria nos tempos mais recentes¹²⁴.

O *compliance* é comumente identificado como uma das áreas da atividade bancária que mais apetência mostra para o uso de inteligência artificial, particularmente o *compliance* de PBCFT¹²⁵. Identificar padrões de suspeição

¹²¹ Vide os dados muito significativos que o Banco de Inglaterra e o FCA recolheram em *Machine learning in UK services*, 2019, pp. 8 ss.

¹²² Sobre isto, cfr. MAIA, Pedro, *A robotização do mundo financeiro: reflexões introdutórias*, in «Estudos de Direito do Consumidor», Coimbra: Centro de Direito do Consumo — Instituto Jurídico, 2020, pp. 273 ss.

¹²³ Vide, por exemplo, EBA, *Report on big data and advanced analytics*, 2020, pp. 43 s.

¹²⁴ A título de exemplo, veja-se o EBA, *Report on automation in financial advice*, 2016, (disponível em [https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Reports/EBA%20BS%202016%20422%20\(JC%20SC%20CPF%20Final%20Report%20on%20automated%20advice%20tools\).pdf](https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Reports/EBA%20BS%202016%20422%20(JC%20SC%20CPF%20Final%20Report%20on%20automated%20advice%20tools).pdf)), o EBA *Report on big data and advanced analytics*, 2020 (disponível em https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Final%20Report%20on%20Big%20Data%20and%20Advanced%20Analytics.pdf), o ESMA — *Joint Committee Final Report on Big Data*, 2018 (disponível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2018-04_joint_committee_final_report_on_big_data.pdf), o EBF *position paper on AI in the banking industry*, 2019, (disponível em https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2020/03/EBF_037419-Artificial-Intelligence-in-the-banking-sector-EBF.pdf), o *Machine learning in UK services*, 2019, produzido pelo Banco de Inglaterra e pelo FCA (disponível em <https://www.bankofengland.co.uk/report/2019/machine-learning-in-uk-financial-services>), CALZOLARI, G., *Artificial Intelligence market and capital flows, Study for the Special Committee on Artificial Intelligence in a Digital Age*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2021 (disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662912/IPOL_STU\(2021\)662912_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662912/IPOL_STU(2021)662912_EN.pdf)).

Já numa abordagem que não apenas de âmbito setorial, vide o *Livro Branco da Comissão Europeia sobre a inteligência artificial — Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, 2020 (disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>), a recente proposta, de 21.4.2021, da Comissão Europeia de *Regulamento que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência artificial)* (disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF).

¹²⁵ Cfr., por exemplo, MAGNUSON, William, «Artificial Financial Intelligence», *Harvard Business Law Review*, vol. 10, 2020, p. 350.

no comportamento de um cliente, conferir informações prestadas pelo cliente — desde logo, no *on boarding* —, confrontar informações sobre beneficiários efetivos, identificar relações entre pessoas ou entre entidades, confrontar destinatários com listagens de PEP, são alguns de muitos aspetos em que a inteligência artificial pode ser usada.

O recurso (crescente) à inteligência artificial é, em parte, *espontâneo* — resultando de uma iniciativa da instituição de crédito determinada pelo seu interesse operativo —, mas é, também, em grande medida, uma *imposição fáctica de reguladores* — na medida em que dirijam à instituição de crédito exigências que somente através de inteligência artificial possam ser cumpridas. Um eloquente exemplo deste segundo grupo encontra-se na exigência que o regulador alemão fez a uma instituição de crédito de, num relativamente curto espaço de tempo, reanalisar, numa perspetiva de branqueamento de capitais, 20 milhões de operações financeiras que havia efetuado no passado¹²⁶. Somente com a criação de uma ferramenta dotada de inteligência artificial seria viável cumprir a determinação e assim sucedeu.

De resto, é expressamente assumido no domínio regulatório o propósito de induzir o uso de inteligência artificial pelas instituições de crédito no cumprimento de obrigações em matéria de PBCFT¹²⁷.

Os benefícios, neste plano, são evidentes: a inteligência artificial oferece a possibilidade de analisar, filtrar, etc., o *universo total das operações* — independentemente do seu montante, do lugar em que sejam ordenadas, da jurisdição a que pertençam os beneficiários, da hora e do dia de semana em que ocorram, etc. —, *em tempo real* — determinando, por exemplo, o bloqueio de uma operação de pagamento com um cartão de crédito —, considerando um acervo de informação (*big data*) inacessível ao conhecimento humano. Não só é benéfica como, na verdade, se mostra uma *inevitabilidade*, se se pretender que a PBCFT se revista de alguma eficácia, em face da realidade financeira presente: totalmente global, com um crescimento exponencial do uso de sistemas de pagamentos por meios eletrónicos, com a própria circulação de bens exponencialmente incrementada. Tenha-se em mente o caso de vendas de bens no *ebay*, com pagamentos via *paypal*, que serviam para branqueamento de capitais do estado islâmico, sem serem detetados. Pura e simplesmente é impossível cumprir, com um mínimo de eficácia, o propósito de PBCFT com base em meios apenas humanos. Pode, por isso, afirmar-se que o desenvolvimento da tecnologia sustenta a lavagem de dinheiro, mas a tecnologia também constitui a solução do problema¹²⁸.

¹²⁶ Vide ZIMILES, Ellen, “How AI is transforming the fight against money laundering”, *World Economic Forum*, 2019 (disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2019/01/how-ai-can-knock-the-starch-out-of-money-laundering/>).

¹²⁷ Uma notícia a respeito da posição de diversos reguladores no sentido de favorecerem ou estimularem o uso de inteligência artificial na PBCFT pode ler-se em ESTRADA, Juan Carlos, «The AML Arms Race: How Artificial Intelligence and Machine Learning Will Combat Money Laundering», *Rutgers Bus. LJ*, 16, 2020, pp. 393 ss.

¹²⁸ Cfr. ESTRADA (nota 127), p. 386.

Uma vez assente que o uso de inteligência artificial no *compliance* PBCFT se assume como tendencialmente inevitável¹²⁹, impõe-se identificar os riscos que tal uso comporta.

Estes são de diferente natureza e de diferentes níveis.

Em primeiro lugar, existe o risco do mau funcionamento do algoritmo, decorrente de uma imperfeita ou errada arquitetura. Dir-se-á que um erro sempre pode suceder, aqui como em qualquer outro bem produzido ou serviço presado. Todavia, apresentam-se nesta matéria duas significativas particularidades, que agravam muito o risco.

Em primeiro lugar, os efeitos da imperfeição do algoritmo tendem a ser *exponencialmente agravados*: ao invés do erro humano¹³⁰, que tendencialmente está limitado a uma parte (minoritária) dos atos praticados por cada pessoa, sendo portanto *singular e parcelar*, o erro algorítmico é tendencialmente *universal e total*, porque afetará não uma parte da sua atividade, mas a totalidade. Se o mesmo algoritmo se encontrar difundido no mercado, sendo usado por diversas instituições de crédito, então um só erro pode atingir uma repercussão até sistémica.

Em segundo lugar, e não menos importante, a deteção do erro pode ser muito mais difícil — nalguns casos mesmo impossível — de detetar. Uma vez que a inteligência artificial se alimenta de *big data*, cuja dimensão é inacessível ao conhecimento humano, torna-se muito difícil identificar que o algoritmo, com base na informação de que dispõe — cuja magnitude a torna “desconhecida” dos humanos —, tomou decisões erradas ou indevidas.

Este constitui um dos principais domínios de risco da inteligência artificial: os dados de que se serve para produzir as suas decisões. São muitas as questões¹³¹: os dados podem ser *parciais*, isto é, podem ser colhidos num universo que não é integral, o que enviesará o algoritmo, porque irá fazer inferências sobre um determinado universo considerando informação, por exemplo, de um universo distinto ou muito distinto; os dados podem ser (parcialmente) falsos, seja porque, por exemplo nas redes sociais circulam notícias falsas, seja porque existe o risco de hackers “envenenarem dados” para manipularem os juízos das ferramentas de inteligência artificial; os dados podem estar “desatualizados”, isto é, podem não refletir uma realidade presente; os dados podem constituir “peças enviesadas” da realidade, quer dizer, veicularem visões ou perceções da sociedade, ou de uma parte da sociedade, acerca da realidade — se os dados incluírem notícias (e, em regra, para efeitos de PBCFT deverão incluir) então é preciso considerar que os órgãos de comunicação social têm linhas editoriais, os jornalistas fazem opções quando escolhem o que noticiar, etc. Sirva de exemplo, muito eloquente, o conhecido caso do algoritmo de recrutamento de funcionários

¹²⁹ Expressamente neste sentido, cfr. ESTRADA (nota 127), p. 400.

¹³⁰ Também se pode identificar na inteligência artificial o risco de ela exponenciar os erros humanos. Neste sentido, cfr. MAGNUSON (nota 125), pp. 340 ss. (“o maior perigo da inteligência financeira artificial não é o de ultrapassar a inteligência humana, mas o exacerbar o erro humano”).

¹³¹ Desenvolvidamente, sobre os riscos dos dados na inteligência artificial no setor financeiro, vide BUCKLEY et al. (nota 119), pp. 49 ss.

que, servindo-se de *big data*, presumiu que o empregador preferia homens a mulheres e baniu todas as candidatas ao lugar. Tudo depende dos dados, por um lado, e das inferências — dos padrões e dos modelos — que o algoritmo, por outro lado, extraia de tais dados¹³².

É muito importante notar que a inteligência artificial quando lida com “big data”, ao invés do que possa supor-se, não usa a informação *tal como ela é*, no seu contexto: os algoritmos desagregam, necessariamente, a informação em “peças”, decompõem-na para de seguida a recomparam, estabelecendo ligações entre elementos que, na vida real, no mundo real, não tinham qualquer ligação entre si. Se, por absurdo e por exemplo, a análise de dados evidenciar que existem mais operações suspeitas de AML realizadas entre as 8,30h e as 9,30h, o algoritmo irá estabelecer uma relação entre hora da operação e AML, passando a incorporar como critério para a sua análise a hora da operação. Muitos outros exemplos (mais estranhos ou até absurdos) se podem figurar. Em rigor, a informação com que a inteligência artificial lida não é a *informação que existe*, mas sim uma *informação construída*, na medida em que se criam ou estabelecem correlações que não existem. Aliás, a informação, na sua completa dimensão e completude é uma realidade que *só existe para a máquina*, não existe para os humanos, porque estes são incapazes de conhecerem, processarem e relacionarem a vastidão de dados que o algoritmo, servido por super-computadores, considera para as suas decisões.

Além dos riscos ao nível dos *dados*, existem também, evidentemente, (muitos) riscos ao nível do próprio *algoritmo*.

Tenha-se presente que a inteligência artificial pode “aprender” de forma *supervisionada* ou *não supervisionada*. Diz-se que é *supervisionada* quando o algoritmo aprende a partir de um acervo de dados previamente catalogado: por exemplo, as operações que se encontram na base de dados de que partiu estavam já catalogadas como suspeitas e não suspeitas, tendo sido com estas e apenas estas que ele aprendeu. Diferentemente, é *não supervisionada* a aprendizagem que assenta em dados livres, sem treino prévio¹³³. Os riscos desta modalidade inteligência artificial são evidentes, mas daí não pode inferir-se que deva ser recusada. É que uma aprendizagem supervisionada impede, em princípio, o algoritmo de vir a aprender e a identificar critérios *diferentes* dos que estavam subjacentes ao acervo de dados do treino. Por isso, e retomando o exemplo anterior, se redes criminosas se servirem de novas arquiteturas para lavagem de dinheiro — e as redes procuram criar, permanentemente, expe-

¹³² Dados relativos à Enron — sociedade que protagonizou um dos maiores e mais graves escândalos de fraude de contas e falsificação de informação ao mercado — eram usados para alimentar algoritmos de compliance. Cfr. ENRIQUES, Luca and ZETZSCHE, Dirk A., «Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy», *European Corporate Governance Institute (ECGI)*, n.º 457, 2019, p. 25.

¹³³ Sobre isto, cfr., por exemplo, JOHNSON, Kristin, PASQUALE, Frank, and CHAPMAN, Jennifer, «Artificial intelligence, machine learning, and bias in finance: toward responsible innovation», *Fordham L. Rev.*, 88, 2019, pp. 88 s.

dientes que não sejam ainda conhecidos das autoridades —, o algoritmo que tenha aprendido supervisionadamente não irá (o mais dificilmente irá) identificar como suspeita uma tal operação: tal caso e o respetivo critério de suspeição não constavam da base de dados que lhe foi facultada.

Por outro lado, a inteligência artificial é muito *complexa* e *opaca*, sendo o seu modelo de funcionamento uma “caixa negra”. Na verdade, o algoritmo analisa um acervo gigantesco de dados, identifica determinadas relações ou padrões, gera critérios novos com os quais aprecia novos dados, etc. Com este modelo de funcionamento é muito difícil ou mesmo impossível reconstituir, concretamente, o processo de formação da decisão do algoritmo¹³⁴. A insusceptibilidade de demonstração do fundamento da decisão gerada pelo algoritmo suscita muitos problemas. Desde logo, como é evidente, de controlo sobre a qualidade do seu funcionamento. Depois, cria um problema regulatório: os bancos têm de ser capazes de demonstrar que cumprem as imposições regulatórias. Ora, se não for possível demonstrar o fundamento das decisões do algoritmo, fica em causa o cumprimento desta exigência. Por esse motivo, tem sido necessário um compromisso prévio dos reguladores de que tomam como cumprimento de determinados requisitos regulatórios o uso de inteligência artificial. E muitos são, também, os problemas no domínio do Regime Geral da Proteção dos Dados, designadamente o direito do titular dos dados “não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar” (art. 22.º)¹³⁵.

A inteligência artificial constitui, apenas, uma peça de um *sistema* (o “ecossistema de Inteligência Artificial”)¹³⁶. Este sistema vive um desenvolvimento ímpar no plano tecnológico, a que já corresponde uma utilização bastante disseminada no setor financeiro. Contudo, esta nova tecnologia é tão disruptiva que certamente irá impor novas abordagens da regulação — reclama-se que os próprios reguladores se apetrechem com inteligência artificial para o exercício das suas competências — e o controlo sobre os efeitos concorrenciais que poderá gerar. E exigirá a definição de um quadro legal, já em preparação — veja-se a comunicação da Comissão Europeia “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência artificial)” —, que regule o uso da inteligência artificial, assumindo a sua inevitabilidade, mas também os seus riscos e a necessidade de salvaguardar determinados valores essenciais.

¹³⁴ Cfr., por exemplo, ESTRADA (nota 127), pp. 401 ss. Confrontando a inteligência artificial “rule-based” — que assenta em regras pré-determinadas e, portanto permite explicar as decisões tomadas — e a inteligência artificial “machine learning” — que não permite justificar a racionalidade das suas decisões, tomadas a partir de correlações estatísticas identificadas nos dados —, vide KINGSTON, John, «Using artificial intelligence to support compliance with the general data protection regulation», *Artificial Intelligence and Law*, vol. 25, n.º 4, 2017, pp. 431 s.

¹³⁵ Sobre a questão, vide BUCKLEY et al. (nota 119), pp. 58s., e KINGSTON (nota 134), pp. 439 ss.

¹³⁶ Cfr. GIUFFRIDA, Iria, «Liability for AI Decision-Making: Some Legal and Ethical Considerations», *Fordham Law Review*, vol. 88, 2019, p. 442.