

Vol. 5

Nº 1

2017 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro

Marcela Mattiuzzo¹

RESUMO

Este artigo busca abordar a discussão sobre compliance empresarial nas áreas de concorrência e anticorrupção sob uma perspectiva jurídico-institucional, tentando apontar aspectos do modelo jurídico brasileiro de *civil law* relevantes para o debate sobre esse mecanismo de incentivo ao cumprimento da legislação. O foco específico são os guias elaborados pela então Controladoria Geral da União, hoje Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que são brevemente comparados ao longo do texto. Conclui-se que Cade e CGU representam modelos distintos de tratamento da questão.

Palavras-chave: Compliance; Concorrência, Anticorrupção, CADE; CGU.

ABSTRACT

This article aims to approach the discussion regarding corporate compliance in the areas of competition and anticorruption from a legal-institutional perspective, pointing out relevant aspects from the Brazilian legal framework for the debate pertaining to this mechanism. The specific focus are the Guidelines issued by the then Office of the Comptroller General, now known as Ministry of Transparency, and the Brazilian Administrative Council for Economic Defense, which are briefly compared along the article. The conclusion is that CADE and CGU represent distinct analytical schemes for approaching the question.

Keywords: Compliance; Competition; Anticorruption; CADE; CGU.

¹ Visiting Researcher na Yale Law School (2016-2017) e Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de São Paulo, foi Chefe de Gabinete e Assessora da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2015-2016). Hoje é sócia de Vinicius Marques de Carvalho Advogados.

1. Introdução; 2. O compliance nos dias de hoje – a discussão no contexto brasileiro; 2.1 Compliance como autorregulação; 3. Cade e CGU – enfoques diferentes, problemas semelhantes?; 3.1 Check-list versus boa-fé; 3.2 Incentivos; 4. Guias do Cade – as contribuições da sociedade e o contexto institucional; 5. Observações finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo desse artigo é fazer esclarecimentos a respeito do compliance empresarial nas áreas de concorrência e anticorrupção, a fim de trazer algumas reflexões sobre como o assunto se desenvolveu recentemente no Brasil, elucidar o que há de divergente nas abordagens trazidas pelas duas principais autoridades responsáveis pela avaliação de tais programas, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a antiga Controladoria Geral da União (CGU), hoje Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, e de que forma tais abordagens se relacionam com os modelos jurídico-institucionais.

Se essa é a intenção, cumpre primeiramente algum esclarecimento sobre o que propriamente é um programa de compliance. A ideia, na verdade, é bastante simples e, cumpre destacar, não está de forma alguma restrita aos campos do direito concorrencial ou anticorrupção, ainda que este seja o foco do presente artigo. Nas palavras da *Autorité de la Concurrence*, autoridade francesa responsável pela defesa da concorrência:

“[p]rogramas de compliance empresariais são programas por meio dos quais companhias e organizações expressam seu comprometimento com certas regras e valores ou objetivos nos quais tais regras são embasadas. Tais programas geralmente incluem um grupo de ações voltado a auxiliar empresas na construção de uma cultura corporativa de genuíno comprometimento com estas regras, mas também voltado à detecção de infrações, à reparação dos danos causados por infrações e à prevenção da reincidência”².

No caso específico do direito da concorrência, portanto, a intenção é estabelecer um conjunto de medidas que tanto promova o cumprimento espontâneo da Lei 12.529/2011, quanto auxilie na detecção de violações, caso elas venham a se concretizar. O mesmo é válido para o

² No original: “Corporate compliance programmes are programmes whereby companies or organisations express their commitment to certain rules and to the values or objectives on which they are based. Those programs generally also include a set of actions intended to assist companies in building a genuine culture of compliance with those rules, but also in detecting likely misconducts, in remedying them and in preventing recidivism”. Disponível em: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf, acesso em: 26 de abril de 2017.

combate à corrupção – o qual, para os fins desse artigo, está relacionado à Lei 12.846/2013 e ao seu Decreto regulamentar 8.420/2015.³

Mas se o objetivo de tais programas é essencialmente o cumprimento da lei e a detecção de violações, que em verdade são (ou deveriam ser) a intenção primeira de qualquer sistema jurídico, por que o tema só ganhou maior destaque recentemente?

2. O compliance nos dias de hoje – a discussão no contexto brasileiro

Há dois motivos principais pelos quais os programas de compliance, especialmente aqueles voltados ao direito concorrencial e à anticorrupção, ganharam destaque recentemente no Brasil. O primeiro está umbilicalmente relacionado às reformas legislativas promovidas por meio da Lei 12.846/2013 e do Decreto 8.420/2015. A partir da inclusão dos chamados “programas de integridade” como critérios de diminuição de multa por meio do art. 7º, VIII da Lei⁴ e do art. 18, V do Decreto⁵, o tema ganhou imediata atenção do setor privado.

O segundo é de ordem institucional. A literatura que analisa os programas de compliance é praticamente unânime ao afirmar que a implantação efetiva desse tipo de programa só acontecerá em jurisdições nas quais o *enforcement* das leis esteja devidamente consolidado, já que há duas principais motivações para seu estabelecimento: o medo da punição – o qual só se apresentará se a possibilidade de punição for real – e o senso de obrigação⁶. Acrescentaria uma terceira motivação a essa lista, relacionada à punibilidade: empresas serão tanto mais suscetíveis à implementação de compliance quanto maiores forem seus incentivos para fazê-lo, incentivos os quais não se resumem à certeza de punição (negativos), mas também estão relacionados à mitigação de penalidades (positivos)⁷.

³ Existem outros diplomas no ordenamento jurídico brasileiro que tratam do tema da corrupção, de variadas formas, como a Lei 12.850/2013, a Lei 8.429/1992, e a própria Lei 8.666/1993. Aqui, a intenção é analisar o combate à corrupção enquanto política pública estruturada em torno da Lei 12.846/2013.

⁴ “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.”

⁵ “Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.”

⁶ LACHNIT, Eva. *Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities*, p. 33: “Generally, compliance can flow from a fear of detection and subsequent punishment or from a sense of normative obligation. These two kinds of motivations have been labelled the negative or affirmative basis for compliance.⁹ In order to realize compliance, enforcement agencies must appeal to these bases by increasing the fear of detection and punishment, by focusing on stirring a sense of obligation, or by a combination of the two.”

⁷ É o que tradicionalmente se identifica como a lógica do *stick and carrot*: a autoridade, além de punir severamente aqueles que descumprem a lei, também cria incentivos positivos para seu cumprimento.

O fato é que, hoje, podemos dizer com bastante certeza que o Brasil possui um sistema de defesa da concorrência eficiente, reconhecido mundialmente⁸ e capaz de transmitir às empresas a importância de observar com rigor a lei. Em outras palavras, a questão do *enforcement* efetivo está largamente superada no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Ao mesmo tempo, tendo em vista os impactos e a extensão da atual Operação Lava-Jato, que ensejou a aplicação dos dispositivos legais anticorrupção, as empresas depararam-se com uma situação em que o *enforcement* deixou de ser uma possibilidade e passou a ser uma realidade também nessa esfera⁹¹⁰.

As atuais investigações e o impacto que tiveram são relevantes por um segundo motivo. Foi de fato no cenário montado pela Lei 12.846/2013 que o Cade começou a se movimentar de forma mais concreta no debate sobre compliance. Em 2014, a autarquia realizou um seminário internacional voltado exclusivamente a esse tema, com participação de diversos especialistas no assunto, tanto brasileiros quanto estrangeiros¹¹. Em 2015, lançou uma versão preliminar do Guia para Programas de Compliance Concorrencial, a qual foi aberta para comentários da sociedade e divulgada como texto final no mesmo ano¹².

Toda essa evolução brasileira do tema está profundamente alinhada com o que se observa no cenário internacional. Recentemente, o compliance concorrencial e o compliance anticorrupção têm se destacado também fora do país. Não cabe aqui tecer grandes explicações

⁸ O Cade foi tido pela Global Competition Review, publicação especializada no setor, como a melhor autoridade antitruste das Américas em 2011, 2015 e 2017. Além disso, a atuação internacional da autoridade vem crescendo, tendo assumido a vice-presidência da International Competition Network de 2013 a 2016 e reforçado as iniciativas de cooperação internacional em casos de condutas e concentrações. Para mais, vide: SILVEIRA, Paulo Burnier da. “O Novo Cade no Cenário Internacional”. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, pp. 65-73.

⁹ Cumpre destacar, no entanto, que diferentemente do caso do Cade, cujo sistema de atuação vem evoluindo desde 1994, quando da entrada em vigor da Lei 8.884/1994, o sistema de combate à corrupção é muito mais recente e, dessa forma, seu “teste” em termos de *enforcement* ainda precisa ser aprofundado – tanto é verdade que chegou a ser proposta no ano passado Medida Provisória para alterar a referida lei (MPV 703/2015), que acabou não convertida em lei. Não obstante, tendo em vista o já mencionado amplo escopo da Operação Lava-Jato e o reflexo que ela tem obtido, é razoável entender que, ao menos no presente momento, a aplicação da lei nos casos de corrupção se dá de maneira efetiva.

¹⁰ Vale ressaltar que a aplicação da Lei 12.846/13 não é exclusiva da CGU. Conforme destaca o art. 8º, a autoridade máxima de cada órgão do Executivo, Legislativo e Judiciário tem essa prerrogativa. Não obstante, é inegável que a CGU ocupa papel de destaque por conta dos poderes a ela concedidos no âmbito do Executivo Federal, onde, segundo o §2º do mesmo art. 8º, ela tem “competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.”

¹¹ O evento foi divulgado pela Assessoria de Comunicação Social do Cade em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/compliance-concorrencial-sera-tema-de-seminario-em-sao-paulo>>. Acesso em: 17 de setembro de 2016.

¹² Todas as contribuições submetidas podem ser encontradas no Processo 08700.008222/2015-80, acesso disponível por meio do Sistema Eletrônico de Informações do Cade. A versão final do documento encontra-se em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf, acesso em 10 de jan. de 2017.

sobre esta evolução normativa¹³, mas cabe destacar o alinhamento do Brasil com outras jurisdições. Assim como o UK Bribery Act de 2011, a Lei 12.846/2013 veio em grande parte cumprir uma promessa feita para a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), quando da assinatura da Convenção Anti-Corrupção, de que o país se dedicaria à punição da corrupção internacional e à responsabilização das empresas enquanto pessoas jurídicas¹⁴. Ela também contém previsões sobre suborno nacional, mas este já era criminalizado em outros diplomas normativos – o próprio Código Penal possui dispositivo nesse sentido. A novidade foi de fato o destaque conferido a certos mecanismos da legislação, dentre os quais ressalta-se o compliance. O mesmo pode ser dito sobre a esfera concorrencial, já que muitas autoridades estrangeiras debatem hoje a melhor forma de endereçar estes programas e o melhor modo para incentivar sua adoção pelas empresas¹⁵.

2.1 Compliance como auto-regulação

Os programas de compliance costumam ser descritos como ferramentas de gestão de riscos. É verdade que o são, mas há uma outra característica que precisa ser enfatizada com afinco, a auto-regulação. Os programas deste tipo comportam uma faceta de aceitação, tanto pelo poder público, quanto pela entidade, de que é possível que a própria pessoa jurídica fiscalize seu cumprimento da lei, não propriamente pela análise das condutas praticadas, mas pela inserção de procedimentos a serem seguidos pela empresa.

Essa evolução se deu não só por conta da impossibilidade natural de o Estado tudo fiscalizar, mas também por conta do grande protagonismo conferido à ética e à moralidade nos negócios nos últimos tempos. Há impacto real e imediato nos negócios de empresas identificadas com práticas corruptas ou de alguma forma ilícitas: perda de oportunidades comerciais, queda do valor das ações, menor atratividade enquanto empregador, etc. Tudo isso

¹³ Uma comparação interessante da evolução legislativa internacional em defesa da concorrência e em corrupção pode ser encontrada em CARVALHO, Vinicius Marques de. “Defesa da Concorrência e Combate à Corrupção”. In: COUTINHO, Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul; SCHAPIRO, Mario G. *Direito Econômico Atual*. São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 141-158.

¹⁴ Conforme destacado pelo então secretário-executivo da CGU, Carlos Higinio de Alencar, durante o seminário OECD-Cade Competition Summit: Public Procurement & Fighting Bid-Rigging. Disponível em: <http://jota.info/ao-vivo-seminario-cade-ocde-sobre-carteis-em-licitacoes-publicas>, acesso em 18 de novembro de 2016.

¹⁵ Brent Snyder, Deputy Assistant Attorney General da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, manifestou-se sobre o tema durante o Global Antitrust Enforcement Symposium em Georgetown. Ele destacou alguns dos pontos que o DOJ vem analisando nos programas de compliance concorrenciais, demonstrando a mudança de entendimento da autoridade e a relevância do assunto. Vide: <http://cartelcapers.com/blog/brent-snyder-explains-antitrust-division-approach-to-credit-for-compliance-programs/>, acesso em 02 de junho de 2016.

incentivou as entidades para que buscassem mecanismos internos de solução dos problemas, minimizando sua exposição.

Feita essa breve explanação sobre o cenário em que a discussão hoje está inserida, passo mais propriamente a discutir a realidade brasileira e, em especial, os dois modelos de tratamento – se é que podem ser chamados dessa forma – conferidos aos programas que convivem em nosso ordenamento, aquele adotado pelo Cade e aquele próprio da CGU.

3. Cade e CGU – enfoques diferentes, problemas semelhantes?

Os programas de integridade analisados pela CGU e os programas de compliance concorrencial analisados pelo Cade são distintos por um motivo principal: eles buscam promover comportamentos conformes em searas diferentes. Estas searas são diferentes não apenas porque estão voltadas a diplomas normativos distintos, mas também, e principalmente, porque a lógica que embasa ilícitos concorrenciais e ilícitos anticorrupção não é a mesma.

Ambos os tipos de condutas se verificam, no mais das vezes, com aparência de legalidade, ou seja, descobrir se o ilícito de fato ocorreu não depende tão somente de observar a realidade, depende também de um conjunto probatório consistente. No caso do ilícito antitruste, pela própria natureza da atividade envolvida, é comum que a conduta se protraia no tempo e exija a combinação de diversos atos concatenados – pensando no ilícito mais conhecido, o cartel, é razoável admitir que a probabilidade de que um funcionário isolado numa empresa tenha capacidade de montar um esquema cartelizador é baixa. Ainda que isso também possa ser verdade no caso da corrupção, corromper em si pode perfeitamente ser um ato isolado, praticado por um indivíduo sozinho para obter uma vantagem facilmente identificável – exemplo seria o suborno de um funcionário público para se obter uma determinada licença, necessária para que a empresa opere numa dada região.¹⁶

Não obstante, há uma área de conexão entre concorrência e corrupção a qual, ainda que esteja longe de representar a totalidade de ilícitos em qualquer uma das duas esferas, ganha relevância por conta do destaque que a política de defesa da concorrência e a política de

¹⁶ Há um outro aspecto que difere bastante em um e outro caso: a relação do ilícito com a autoridade pública. Enquanto no caso da defesa da concorrência a prática envolve tão somente agentes privados, o mesmo não é verdade no caso do combate à corrupção, em que um agente público é condição essencial para que o ilícito se verifique. Essa diferença gera uma série de desafios e debates, especialmente em relação à adoção dos acordos de leniência como ferramenta-chave para o combate à conduta corrupta, visto que, diferentemente do que se observa nos casos de cartéis, o ilícito punível pela Lei 12.846/2013 no mais das vezes não envolve o dilema do prisioneiro que justifica sua adoção pela autoridade antitruste. Tratarei deste ponto com mais profundidade no item 3.2.

combate à corrupção tem a ela conferido, qual seja, aquela voltada a cartéis em licitação¹⁷. Além das próprias acusações da Operação Lava-Jato, muitas das quais estão voltadas precisamente a fraudes a procedimentos licitatórios, os esforços de Cade e CGU em lidar com o problema de contratação pública é notório, sendo que o número de casos investigados e condenados tem crescido nos últimos anos, bem como os esforços para desenvolvimento de mecanismos de identificação de padrões suspeitos de atuação por parte das companhias¹⁸¹⁹.

Se é assim, parece relevante verificar as formas pelas quais as autoridades têm lidado com o compliance, pois é razoável admitir que muitas empresas, ao estruturarem seus programas, terão preocupações relacionadas tanto ao combate à corrupção quanto à defesa da concorrência e precisarão adotar um modelo que siga os parâmetros aceitos pelo poder público. Se esses parâmetros forem por demais divergentes, elas terão de optar por alguns deles em detrimento de outros, o que pode gerar dificuldades para análise da coerência e da robustez dos mecanismos.

3.1 Check-list versus boa-fé

A primeira grande diferença entre o modo de tratamento da CGU em comparação àquele do Cade provém da estruturação da legislação. Enquanto a Lei 12.846/2013 e o Decreto 8.420/2015 falam claramente em programas de integridade, além de definirem percentuais exatos de diminuição das multas e critérios a serem verificados em cada programa para determinar sua robustez na forma de uma check-list²⁰, a Lei 12.529/2011 em nenhum momento

¹⁷ Aqui cumpre uma breve digressão. Existe hoje um debate, que de momento mantém-se na esfera acadêmica, mas que em breve deve chegar aos tribunais, sobre o possível *bis in idem* das leis 12.529/11 e 12.846/13 em matéria de cartel em licitação. Essa preocupação é tão sensível que a já mencionada medida provisória editada em 2015 (MPV 703/2015) tentava eliminar o problema com a seguinte previsão: “§ 2º Se não houver concurso material entre a infração prevista no caput e os ilícitos contemplados nesta Lei, a competência e o procedimento para celebração de acordos de leniência observarão o previsto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e a referida celebração contará com a participação do Ministério Público.” (NR)”. Como a MP não foi convertida em lei, a questão permanece no ordenamento jurídico. Há projetos de lei em trâmite no Congresso que de alguma forma lidam com essa questão, como o PL 3636/20115, que hoje apensa propostas como a do PL 5208/2016 e do PL 4703/2016.

¹⁸ Um exemplo disso é a criação do Observatório da Despesa Pública, pela CGU, que inclusive tem compartilhado base de dados com o Cade no intuito de aumentar a eficiência das investigações. Mais sobre o Observatório pode ser encontrado na submissão brasileira ao Global Forum on Competition Defense da OCDE, disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF/WD\(2014\)48&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF/WD(2014)48&docLanguage=En), acesso em 08 de março de 2016.

¹⁹ Ressalte-se que o Cade condenou empresas recentemente, em um cartel em licitação, exclusivamente com base em provas indiretas, também chamados de econômicas. O inteiro teor da decisão encontra-se no Processo Administrativo 08012.001273/201024.

²⁰ Os incisos do art. 45 do Decreto 8.420/2015 fornecem dezesseis critérios para avaliação da existência e da aplicação dos programas de integridade. São eles: “I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código

menciona a palavra *compliance* (ou qualquer equivalente). Como destacado no *Guia do para Programas de Compliance Concorrencial* do Cade, os programas serão analisados com base nessa legislação via art. 45, II, o qual diz: “Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração **a boa-fé** do infrator” (grifos meus).²¹

É o próprio *Guia* o responsável por criar critérios para programas robustos e parâmetros de avaliação, mas tais parâmetros não terão força normativa, podendo ser adaptados a depender do caso concreto, uma vez que o *Guia*, ainda que norteie a atuação do Cade, é meramente sugestivo.

A CGU, além dos diplomas já mencionados, editou ainda a Portaria nº 909, de 7 de abril de 2015 e duas Instruções Normativas nº 1/2015 e nº 2/2015. As instruções tratam do critério de faturamento bruto utilizado na legislação para determinar multas e do registro de informações no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).²² A portaria dispõe sobre a avaliação de programas de *compliance* de pessoas jurídicas e determina uma série de procedimentos aos quais empresas

de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.”

²¹ Ainda que não seja o objetivo desse artigo debater os casos em que programas de *compliance* concorrencial possam vir a minimizar penalidades, cumpre observar que tais diminuições poderão ocorrer tanto em casos de aplicação de multas – ou seja, quando propriamente tratar-se de uma condenação pelo Tribunal Administrativo – quanto em casos de contribuições pecuniárias – é dizer, quando da homologação de Termos de Compromisso de Cessação. O *Guia de Termos de Compromisso de Cessação* para casos de cartel, publicado pelo Cade em maio de 2016, contém previsões específicas sobre como eventual redução se dará em contribuições pecuniárias. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf, acesso em: 10 de setembro de 2016.

²² Textos completos da Portaria e das Instruções Normativas podem ser encontrados em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/04/cgu-disciplina-procedimentos-para-processos-de-responsabilizacao-de-empresas>, acesso em 2 de agosto de 2016.

interessadas em receber os descontos mencionados na Lei e estipulados em concreto no Decreto 8.420/2015 devem submeter-se.

Em outras palavras, enquanto o Cade parece ter optado por um modelo de criação de parâmetros que se vale da experiência adquirida na análise de casos individuais e busca adequar o entendimento sobre a legislação a situações concretas – que, cumpre dizer, é coerente com a forma pela qual a autarquia tem atuado ao longo dos anos –, a CGU trilhou um caminho em que os parâmetros são plenamente determinados *ex ante*.

3.2 Incentivos

A segunda diferença advém da estrutura de incentivos do SBDC em comparação àqueles à disposição da política de combate à corrupção, e os impactos de tais incentivos na adoção de programas de compliance. Estes incentivos se relacionam tanto (i) aos mecanismos implementados por cada política quanto (ii) à lógica que perpassa o tipo de ilícito investigado.

Antes de entrarmos nos pormenores destes dois pontos, vale ressaltar que existe um debate ferrenho, na academia e também entre as próprias autoridades (especialmente aquelas de defesa da concorrência) a respeito da concessão de incentivos na forma de descontos em multa. Famosa discussão entre Wouter Wils e Damien Geradin, ambos renomados professores da área de defesa da concorrência e cada qual defendendo um ponto de vista, retrata os argumentos para cada tipo de posicionamento.

Wils, em *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*, faz um relato de quatro tipos ideais de empresas e os efeitos que a exigência de instalação de compliance – ou a concessão de descontos para aquelas empresas que o possuem – tem sobre cada entidade²³. Os tipos são os seguintes:

- A empresa 1 é aquela que cumpre a legislação à risca. Nunca teve qualquer problema com as autoridades, tem uma diretoria que vê no descumprimento da lei uma verdadeira ofensa e, portanto, todos seus funcionários compreendem a importância em agir de maneira ética e moral. Essa empresa não tem um programa de compliance;
- A empresa 2, por outro lado, já foi diversas vezes investigada e condenada por práticas ilícitas. A diretoria, ao tomar conhecimento dos fatos, imediatamente

²³ WILS, W. *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 1, Issue 1, April 2013.

alterou a estrutura interna da entidade, contratou novos funcionários para os altos cargos e um novo diretor de compliance. Todos os funcionários claramente perceberam a mudança de cultura que se desejava implementar, ainda que em detrimento do faturamento da empresa;

- A empresa 3 tem um perfil semelhante a 2, no sentido de que também já foi investigada e condenada pelas autoridades. No entanto, a diretoria da organização, ao tomar conhecimento dos fatos, optou por instalar um programa de compliance não para acabar com os ilícitos, mas sim para se proteger de penalidades. Mesmo com o novo programa, o que é exigido dos funcionários com grande ênfase é a performance acima de tudo;
- A empresa 4 é aquela claramente mal-intencionada. Sua diretoria não só já cometeu ilícitos, como foi contratada exatamente pela capacidade em cometê-los sem ser descoberta pelas autoridades. Decidiu-se pela estruturação de um programa de compliance, nos mais altos padrões, sendo que a diretoria elaborou um complexo esquema para enganar a própria equipe de compliance e continuar praticando atos ilegais.

Segundo o autor, temos aqui ao menos um exemplo de empresa que possui um programa de compliance sem qualquer efetividade, e uma empresa que não possui o programa mas cumpre à risca a legislação. Isso seria suficiente para demonstrar que instituir uma política de descontos não só é ineficiente, como também não incentiva de fato o cumprimento da legislação. Para Wils, tudo que a política de descontos consegue fazer é induzir à adoção de programas de compliance, o que é bastante diferente de incentivar o efetivo cumprimento da lei.

Damien Geradin respondeu aos argumentos de Wils no trabalho *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils*. O principal ponto que ele busca rebater, em relação aos quatro tipos ideias identificados, é que a descrição de Wils trata os programas de compliance no seu aspecto meramente formal, ignorando a robustez da estrutura na prática. É evidente, para Geradin, que compliance efetivo vai muito além da estruturação do programa no papel. O que importa é saber se os programas de prevenção têm efeito positivo naquelas empresas que não pertencem aos extremos, ou seja, aquelas como 1, que fariam a coisa certa de qualquer forma, e como 4, que não seguiriam a lei

independentemente do cenário apresentado. Seu entendimento é que isso acontece com a inserção de incentivos como os descontos²⁴.

Admitindo que Geradin foi o “argumento vencedor” no debate deflagrado no contexto brasileiro, passemos ao ponto (i), para tratar dos mecanismos implementados por cada política. Por conta da já mencionada experiência da política de defesa da concorrência e de sua consolidação, as alternativas para os infratores da Lei 12.529/2011 que desejam de alguma forma encontrar uma solução negociada são mais amplas. Além do programa de leniência²⁵, há os termos de compromisso de cessação (TCCs)²⁶ e, para o caso de condutas unilaterais, as consultas²⁷. Na política anticorrupção, por outro lado, temos apenas os acordos de leniência – os quais ainda são alvo de disputa entre CGU, Tribunal de Contas da União, Advocacia Geral da União e Ministério Público (MP), além de debatidos no próprio Congresso Nacional – e, para o caso de infrações criminais, as colaborações premiadas – que, não obstante sua relevância e considerável fortalecimento nos últimos anos, se estabeleceram de fato no Brasil apenas com a Lei 12.850/2013²⁸, sendo também muito recentes.

Entendo que, com exceção do caso de cartéis em licitação, ilícitos de corrupção não são infrações nas quais os mecanismos disponíveis às autoridades (delação) mostram-se plenamente adequados aos objetivos pretendidos. Isso porque, diferentemente do que ocorre no caso concorrencial, em que a leniência e os TCCs têm grande sucesso por conta da instabilidade inerente aos cartéis (nos quais a teoria econômica já diversas vezes afirmou existir uma tendência natural ao desrespeito às regras e à fuga do acordo ilícito²⁹), o mesmo não acontece no caso da corrupção – pelo contrário, como o ilícito aqui é majoritariamente bilateral³⁰, o incentivo para encobrir a infração é duplo e se consubstancia na soma da ausência de delação pelo infrator e da falta de investigação por parte da autoridade, pois ela é o alvo do próprio suborno.

Se é assim, é razoável admitir que o Cade, a fim de incentivar os programas de compliance, faça uso de seus mecanismos já instalados, ao ressaltar que empresas e

²⁴ GERADIN, D. Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013.

²⁵ Artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011.

²⁶ Art. 85 da Lei 12.529/2011 e Resolução nº 5/2013.

²⁷ Art. 9, §§ 4º e 5º da Lei 12.529/2011 e Resolução nº 12/2015.

²⁸ Art. 3º, I da Lei 12.850/2014, que diz: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: colaboração premiada”.

²⁹ Um estudo particularmente interessante nesse sentido foi elaborado por LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *The Journal of Corporation Law*, Winter 2006, pp. 453-488.

³⁰ Majoritariamente, sim, mas não exclusivamente. A Lei tem previsão de punição a ilícitos que não precisam da atuação ou conivência do poder público para se consubstanciar.

organizações que possuam programas robustos terão melhores condições tanto de negociar uma leniência, quanto de assinar TCCs e de submeter consultas à autoridade. O mesmo não é verdade para a CGU – e talvez seja exatamente por isso que se entendeu pertinente a elaboração de um Decreto com critérios fixos para a avaliação do programa de integridade, e também por isso que o Cade não se sinta constrangido a fazer o mesmo³¹.

Não obstante, há um ponto que precisa ser destacado: os incentivos que empresas possuem para recorrer a mecanismos negociais não se confundem com os incentivos para a implantação de programas de compliance. Mesmo que incentivar uma solução negocial possa em alguns casos resultar no incentivo à adoção de compliance, esse resultado é casuístico, não necessário. Ao pensarmos na lógica da solução negocial, em comparação com a lógica do programa de compliance, essa conclusão se torna ainda mais clara: o compliance quer, a princípio, promover uma mudança na cultura corporativa que leve ao cumprimento da legislação. A solução negocial, por outro lado, quer encontrar modos alternativos para que a autoridade tome conhecimento de infrações, obtenha mais e melhores informações sobre um ilícito e minimize os custos de um procedimento alongado. Trata-se, portanto, de intenções distintas, ainda que conectadas.

4. Guia do Cade – as contribuições da sociedade e o contexto institucional

As diferenças acima expostas refletem-se nas contribuições que o Cade recebeu quando da abertura da versão preliminar do Guia de Compliance a comentários. Dentre as sugestões recebidas, é evidente o destaque que recebe a dosimetria das penalidades, um dos principais focos de debate.

Em relação a esse aspecto, foram diversas as manifestações que apontaram o Decreto 8.420/2015 como um modelo a ser seguido pelo SBDC, com estabelecimento de critérios fixos e previsíveis de diminuição das penalidades. O Instituto Compliance Brasil, por exemplo, chegou a sugerir a “(...) a adoção de um modelo similar ao trazido pela Lei 12.846/13, ao tratar da redução das penas a partir de um critério objetivo de redução de percentuais para cada item de compliance efetivamente implementado pela empresa, com destaque aos temas específicos de prevenção de práticas anticoncorrenciais”, a qual, em seu entender, seria bastante positiva.

³¹ Foi nesse sentido a manifestação do Presidente do Cade quando da realização de seminário sobre Direito da Concorrência na Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro. Os vídeos do evento estão disponíveis em: <http://epge.fgv.br/conferencias/seminario-topicos-do-direito-da-concorrencia-2015/video.html>, acesso em 15 de abril de 2016.

A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo foi além ao sugerir que “(...) o Guia para Programas de Compliance, elaborado pelo CADE, deva conter norma que afasta a aplicação das penalidades propostas pela lei anticorrupção quando constatado que a empresa investigada contenha programa efetivo, robusto e sério de compliance, uma vez que a adoção de medidas propostas nesse guia consubstanciam-se na boa-fé da pessoa jurídica na observância das regras de defesa à concorrência.”

Ainda sobre o assunto, várias foram as manifestações que questionaram a adoção do art. 45, II como solução para a determinação de possíveis mitigações. Dentre eles, destaca-se o quanto ressaltado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional:

O benefício da redução da multa deve ser entendido como um caso específico do poder-dever do Cade de considerar fatores atenuantes nos termos do art. 45 da LDC, caso esse detalhado por Guia aprovado pelo Plenário do Tribunal contendo os requisitos mínimos de programas de compliance considerados eficazes. O Cade continuará a ter discricionariedade para avaliar a robustez e efetividade dos programas de compliance; nada obstante, tal discricionariedade estaria vinculada, neste aspecto específico, aos termos propostos pelo próprio CADE.

Em outras palavras, uma vez reconhecido pelo Cade que o programa de compliance atende os requisitos expostos na seção 3.2.1, o Cade terá o poder-dever de conceder o benefício previsto em lei. A discricionariedade do Cade deve estar na avaliação da robustez do programa de compliance, e não na concessão do benefício previsto em lei. Este deverá ser concedido sempre que o Cade entender que o programa é robusto e atende os requisitos previstos na seção pertinente”.

Talvez o mais interessante, no entanto, não seja propriamente o conteúdo das preocupações externadas – que inclusive acredito pertinentes em diversos casos – mas a combinação entre conteúdo e entidade emissora. Isso porque, ao fazermos esse cruzamento, percebemos que as contribuições nacionais, emitidas por institutos, escritórios e empresas instalados no Brasil, estão voltadas principalmente à necessidade de segurança jurídica, ao desejo por critérios e parâmetros mais rígidos.

Por outro lado, as contribuições estrangeiras, que vieram majoritariamente dos Estados Unidos³², têm outro enfoque. O que se busca é enfatizar a importância da análise de riscos, a diferença entre compliance destinado a riscos de condutas colusivas e condutas unilaterais, a discussão sobre *whistleblowers* e, no que tange propriamente à dosimetria da pena, o debate sobre o momento em que a análise será feita e em relação a quais tipos de programas de compliance eventuais diminuições de multa serão aplicadas – àqueles instalados antes da

³² O Cade recebeu contribuições da American Bar Association (ABA), da International Bar Association e da US Chamber of Commerce.

infração ou àqueles instalados depois dela³³. Em nenhum momento qualquer uma das entidades cita o critério da boa-fé como problemático ou pouco assertivo, ainda que demonstrem uma preocupação com a coerência dos parâmetros utilizados.

Essa diferença de abordagem pode decorrer de uma série de fatores. Pode relacionar-se ao fato de que nenhuma das organizações internacionais atua diretamente no Brasil, e portanto sua preocupação com a segurança jurídica é naturalmente menor. Pode também decorrer de uma decisão das diretorias em dar prevalência a certas questões do *Guia*, em detrimento de outras, por mera conveniência. Mas é igualmente possível que essa divergência decorra de um fator institucional mais relevante e interessante: a diferença da cultura jurídica brasileira e norte-americana (e, de forma ainda mais abrangente, da cultural do *civil law* em comparação ao *common law*).

A preocupação das entidades brasileiras parece ser reflexo de uma preocupação mais generalizada sobre o funcionamento do sistema jurídico. O que se busca é a certeza de um resultado, certeza esta que será conferida por meio da criação de parâmetros pré-estabelecidos. Esse tipo de alternativa engessa o sistema ao conferir menor discricionariedade à autoridade – se por um lado isso é positivo, porque a parte interessada tem maior segurança no desfecho do caso, por outro torna o sistema muito pouco maleável. Essa realidade é refletida na grande resistência ao estabelecimento de alternativas à via judicial – a arbitragem e a mediação ganharam relevância no Brasil apenas recentemente –, à ainda presente separação rígida entre vias administrativa e judicial, à pluralidade de instâncias recursais, etc. De outro lado, os americanos, mais acostumados ao tratamento caso-a-caso das questões e à avaliação *a posteriori* promovida pelas autoridades, não se incomodam tanto com a ausência de definição para margens de desconto, estando mais preocupados com a lógica que será utilizada para declarar um programa robusto ou não.

Com essas observações quero destacar que o debate sobre compliance e sobre mecanismos de incentivos como um todo não pode estar descolado de uma discussão jurídico-institucional, sob pena de não encontrar eco na prática das organizações e, assim, ser abandonado enquanto alternativa viável para promoção de comportamentos conformes. Não pretendo concluir que o modelo do Cade (mais próximo de um sistema aberto e maleável) seja melhor ou pior que o da CGU (mais próprio de modelos rígidos e fortemente preocupados com a segurança jurídica), mas apenas ressaltar que, a menos que exista compreensão dos motivos

³³ Aqui, inclusive, destaca-se a colaboração submetida pela ABA, que aborda diversos destes pontos e faz um overview tanto útil quanto interessante sobre o andamento da discussão nos Estados Unidos.

pelos quais se dá preferência a uma alternativa ou à outra, bem como da adequação do modelo de incentivos à realidade institucional, a probabilidade de sucesso de qualquer uma das opções é bastante baixa.

5. Observações finais

A adoção de programas de compliance como estratégia do poder público para o cumprimento da legislação é uma iniciativa recente no Brasil. Como toda iniciativa recente, é preciso testá-la, aprimorá-la, aprender com os erros apresentados num primeiro momento e buscar ajustá-los. No caso do compliance, talvez o desafio seja ainda maior, já que ele trata primordialmente de estratégias de prevenção de ilícitos, portanto medir seu sucesso significa medir o que nunca chegou a acontecer.

O Cade e a CGU apresentam estratégias que, conforme a análise aqui empreendida, pretendem endereçar este desafio de maneira distinta. As iniciativas destas autoridades são o passo inicial para entender a relevância do compliance e trazê-lo em definitivo para o nosso ordenamento jurídico. Resta agora acompanhar o debate internacional e buscar convergência entre as discussões, tanto das autoridades brasileiras com seus pares estrangeiros, quanto delas entre si, para adaptá-lo à realidade institucional do Brasil de forma coesa e eficiente.

6. Referências Bibliográficas

CARVALHO, Vinicius Marques de. “Defesa da Concorrência e Combate à Corrupção”. In: COUTINHO, Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul; SCHAPIRO, Mario G. *Direito Econômico Atual*. São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 141-158.

CONNOLLY, Robert. “Brent Snyder Explains Antitrust Division Approach to Credit for Compliance Programs”. *Cartel Capers*, 30 de setembro de 2015.

GERADIN, D. *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils*. Journal of Antitrust Enforcement, 2013.

Guia para Programas de Compliance Concorrencial. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Novembro de 2015.

Guia para Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Maio de 2016.

International Chamber of Commerce Antitrust Compliance Toolkit. 2013.

Lachnit, Eva, (2014). Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities. *Utrecht Law Review*. 10(5), pp. 31–50.

LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *The Journal of Corporation Law*, Winter 2006, pp. 453-488.

Organization for Economic Co-operation and Development. *Global Forum on Competition – Fighting Corruption and Promoting Competition. Contribution from Brazil*. DAF/COMP/GF/WD(2014)48.

Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Controladoria Geral da União. Setembro de 2015.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. “O Novo Cade no Cenário Internacional”. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, pp. 65-73.

WILS, W. *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 1, Issue 1, April 2013.

Antitrust compliance and compliance programmes: Corporate tools for competing safely in the marketplace. *Autorité de la Concurrence*. 2012.