



Papo reto: vale a pena investir em programas de *compliance* antitruste no Brasil?

Amanda Flávio de Oliveira

Na minha coluna de estreia neste espaço rico de ideias que tem se revelado a Plataforma WebAdvocacy, trago uma provocação, seguida de informações que permitam reflexão, esperando estar à altura da honrosa missão que me foi confiada.

A provocação é simples: Vale a pena investir em programas de *compliance* antitruste no Brasil? O tema, no mínimo, está na moda. O motivo para tanto pode ser a publicação de um Guia, pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), a esse respeito, o que poderia ser identificado como um indício de que a autoridade os valorizará, de alguma forma, quando avaliando condutas das empresas, ou a constatação da crescente inclusão da adoção desses programas como itens nas negociações de acordos com a autoridade, ou, em alguns casos, deriva da preocupação mesma de algumas empresas em evitar a prática de ilícitos por mero desconhecimento do alcance de suas práticas de mercado.

Mas importa saber se, objetivamente, vale a pena para uma empresa implantar programas de *compliance* antitruste no Brasil, consideradas suas implicações financeiras e de tempo, sua efetividade como desincentivo a condutas ilícitas, seu potencial concreto de evitar danos à imagem da empresa e o estado da arte da política antitruste oficial em relação a esse tema.

O presente texto pretende enfrentar o assunto de forma direta e honesta e o fará em tópicos:

1. Sobre o fato de o CADE ter publicado um Guia sobre o tema, é preciso avaliar o movimento com serenidade. É verdade que o tema ronda os projetos oficiais em antitruste desde o longínquo ano de 2004, quando uma iniciativa da extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) esboçou ação nesse sentido, em uma Portaria que não chegou a produzir efeitos concretos relevantes¹. A publicação, pelo CADE, em 2016, do “Guia para programas de *compliance*”, pretendeu,

¹ Saiba mais sobre o tema em: CUEVA, Ricardo V. B. *Compliance e defesa da concorrência*. In CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018, p. 539-548.

aparentemente, de fato, institucionalizar um certo incentivo oficial para adoção desses programas no País². No entanto, é de se reconhecer que, no plano legal, a lei antitruste em vigor, publicada em 2011, embora tenha promovido uma considerável modernização da política nacional àquele momento, não trouxe referência expressa a programas de *compliance* como causa de redução de penalidades, por exemplo. Isso não impede que a implementação de um programa sério possa configurar *boa-fé do infrator*, esta, sim, considerada uma das causas de redução da penalidade a ser aplicada, nos termos do art. 45, II, da Lei n. 12.529/2011. Não é o cenário mais seguro para os agentes econômicos, mas há espaço importante para eventual defesa ou negociação.

2. No que concerne a custos e recursos envolvidos, é de se observar que, conforme exige o mencionado Guia do CADE, programas de *compliance* precisam ser robustos para serem levados em consideração pela autoridade. Para tanto, há requisitos mínimos que precisam conter, e tampouco eles podem transparecer constituir “programas de fachada” (ou *sham programs*). É certo que o custo da implantação de um tal programa variará conforme as características específicas do agente econômico – lembrando que mesmo pequenas e médias empresas estão sujeitas a serem investigadas e punidas pelo CADE. Uma característica essencial dessa iniciativa é que ela deve ser desenhada para atender às circunstâncias de cada agente econômico, e o programa aplicado a uma empresa não necessariamente serve para ser replicado em outra³. Ademais, um programa desenvolvido por alguém sem a expertise adequada pode causar mais dano que benefício, e induzir a prática de comportamentos inadequados ou desestimular desnecessariamente condutas justificáveis.
3. A afirmação de que a ampla adoção contemporânea de programas de *compliance* estaria alinhada a um movimento empresarial rumo a uma atuação mais ética e responsável também deve ser posta em perspectiva.

² BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para programas de compliance*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf

³ Os padrões mínimos exigidos, conforme o Guia do CADE, referem-se a itens como garantia de comprometimento genuíno da entidade, o que inclui envolvimento da alta direção, recursos adequados, autonomia e independência da equipe responsável, além de análise de riscos da atividade da empresa, treinamentos e comunicação interna eficazes, monitoramento do programa, documentação, previsão de eventuais punições, revisão do programa, entre outros.

Essa concepção traz, subliminarmente, a ideia preconceituosa embora disseminada de que agentes econômicos privados são egoístas, injustificadamente agressivos e baseiam-se na regra da exploração. Sobretudo, aparenta afirmar que a atividade da empresa em questão, até aquele ponto, foi pautada pela falta de ética. Agentes econômicos que agem conforme as regras do jogo (do ordenamento jurídico) cumprem função social ao inovarem, ao produzirem bens que elevam o padrão das sociedades, ao empregarem dignamente pessoas em sua atividade. Reforçar um estigma inadequado quanto ao verdadeiro papel das empresas no desenvolvimento do país não aproveita a ninguém, tampouco ao país. E soa apenas ideológico ou superficial.

4. Posto todo cenário, de forma objetiva, ainda assim a experiência revela haver racionalidade suficiente para se justificar e se estimular a adoção de programas de *compliance* antitruste no Brasil. Apesar do reconhecimento de que o ambiente institucional e legal não é o ideal à sua adoção, *os benefícios no cenário atual podem ser variados e aptos a justificar seus custos*. Entre os motivos mais comumente elencados a justificar a implementação de um programa de integridade encontram-se redução de gastos com o acompanhamento de processos administrativos e/ou judiciais, a chance de redução de gastos com pagamentos de multas ou de redução de risco de se submeter a outras sanções diferentes da multa, mas igualmente gravosas, em um cenário de estar sendo investigado pela autoridade, a redução do risco de desgaste à imagem da empresa em razão da mera publicidade de uma investigação que a envolva. Mas sobretudo, o acesso ao conhecimento mesmo sobre as regras do jogo, especialmente em se tratando de executivos com poder decisório, pode evitar ilícitos desnecessários, em um cenário em que o desconhecimento da lei não configura excludente de responsabilidade, quer da pessoa física, quer da jurídica. Não são motivos desimportantes, e, sozinhos, já seriam capazes de justificar a decisão, avaliando-se custo-benefício.
5. **Entretanto, duas fortes razões para a adoção de programas de *compliance* não costumam ser referidas, e nelas residem, ao meu ver, as verdadeiras razões a justificar a adesão a esse instrumento.** A primeira razão consiste em dar acesso a conhecimento aos integrantes de uma empresa, sobretudo seus executivos, para **a identificação de**

práticas anticompetitivas de que a empresa tem sido vítima e sequer desconfia⁴. Ainda somos um país com baixa disseminação das regras de uma cultura concorrencial. Não raro, na prática da advocacia, clientes nos procuram solicitando o ingresso em juízo para reivindicar cumprimento de contratos, ou ressarcimento de danos, por exemplo, sem considerar que o principal problema que estão enfrentando será melhor equacionado na esfera administrativa, e com fundamento na lei antitruste. Certamente, muitas outras práticas ilícitas ocorrem e sequer são compreendidas por aqueles que delas padecem. A segunda razão também se relaciona ao conhecimento adquirido pelos participantes. É que, além de poder agir diretamente, representando no CADE contra concorrentes, fornecedores e/ou adquirentes, em razão de uma prática específica, eles também **podem fazer chegar ao conhecimento das autoridades federais responsáveis pela “advocacia da concorrência”⁵ o ato anticompetitivo de que são vítimas, emanado do próprio poder público**. Esses entes terão acesso a informações relevantes para atuar em outro patamar. Especificamente, as autoridades podem estimular revisões regulatórias, pode-se culminar com atualizações ou revogações de normas e leis. Nos últimos anos, as autoridades responsáveis têm investido fortemente na função educativa de que são titulares, e a criação da FIARC – Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial, em final do ano de 2020, pela SEAE, é um exemplo importante e ainda desconhecido das empresas em geral.

Por fim, uma outra provocação, seguida de reflexão conclusiva. Tem-se dito, amplamente, que programas de *compliance* constituiriam forma de autorregulação das empresas. Não são. Esses programas são geralmente estimulados por autoridades públicas ao longo de todo o globo exatamente por identificarem, neles, um instrumento adicional para o pleno *enforcement* da lei⁶. Essa compreensão conduz a um *insight* que a todos aproveita, mas que deve ser

⁴ Gesner Oliveira classifica essa ordem de vantagem como integrante de uma agenda proativa. OLIVEIRA, Gesner. A tríplex agenda do programa de *compliance* concorrencial: avanços recentes e aprimoramentos. In CARVALHO, Vinicius Marques (Org.). *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 459-467.

⁵ A SEAE/ME, órgão sem personalidade jurídica, integrante da estrutura do Ministério da Economia e o próprio CADE, são responsáveis pela advocacia da concorrência no Brasil.

⁶ “*To comply*” significa exatamente “agir de acordo com”.



OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Papo reto: vale a pena investir em programas de compliance antitruste no Brasil? WebAdvocacy. www.webadvocacy.com.br. Nº 1, Brasília. 02 de março. 2021.

levado em consideração essencialmente pela própria autoridade: estimular esses programas, reconhecendo-os, autorizar reduções de pena em razão da existência de programas efetivos, representa exatamente um poderoso incentivo a mais para garantia da eficácia da lei antitruste. Nesse cenário, só há vantagens, de parte a parte. Vale a pena demais investir em programas de *compliance* antitruste no Brasil por parte de todos os envolvidos.