



COMPLIANCE CONCORRENCIAL

Guilherme Castilho Misale
17.05.2019

DISCLAIMERS

- Opiniões externadas na apresentação representam a visão acadêmica do pesquisador e não do escritório profissional onde atua
- Para reproduzir a apresentação, no todo ou em parte, solicitar a autorização do pesquisador
- Imagens e figuras obtidas na internet (fonte pública e sem proteção autoral)

DCO0323 - APLICAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E MERCADO

AULA 11 - ANÁLISE DO GUIA PARA PROGRAMA DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL

- Instrumentos para Programas de *Compliance* em questões concorrenciais no controle de **estruturas** (treinamentos, *due diligence*, controles etc.)
- Instrumentos para Programas de *Compliance* em questões concorrenciais no controle de **condutas** (treinamentos, *due diligence*, controles etc.)



O QUE HÁ DE NOVIDADE NO COMPLIANCE?

Ordenamento jurídico:

- Agir **em conformidade** com as leis
- **Respeitar** as normas
- Atuar em **observância** aos comandos legais
- Comportar-se **em consonância** com as regras jurídicas

SEMÂNTICA:

“cumprimento”
“conformidade”
“conformação”
“observância”

→ *Compliance* como **conceito redundante**, pois a obediência ao Direito é algo **ínsito** ao fenômeno jurídico?

→ Conformidade é da **essência** do dever jurídico, eis um **conceito logicamente circular**?

O QUE HÁ DE NOVIDADE NO COMPLIANCE?

- Instrumento de **autogovernança** corporativa
- **Complemento** da regulação estatal tradicional
- Controles, ferramentas e instrumentos **específicos**
- Rotinas, práticas e **padrão de condutas**
- Estrutura **ético-organizativa**
- Sistema para a **transformação da cultura empresarial** no sentido da **conformidade**
- Gerenciamento de riscos para **prevenção** de ilícitos e **detecção** de violações

→ *Compliance* não se confunde com a norma, mas se apresenta como um mecanismo viabilizador do cumprimento normativo

→ Cria meios para garantir um dever já estabilizado

→ É um *instrumental* para assegurar a conformidade com as leis

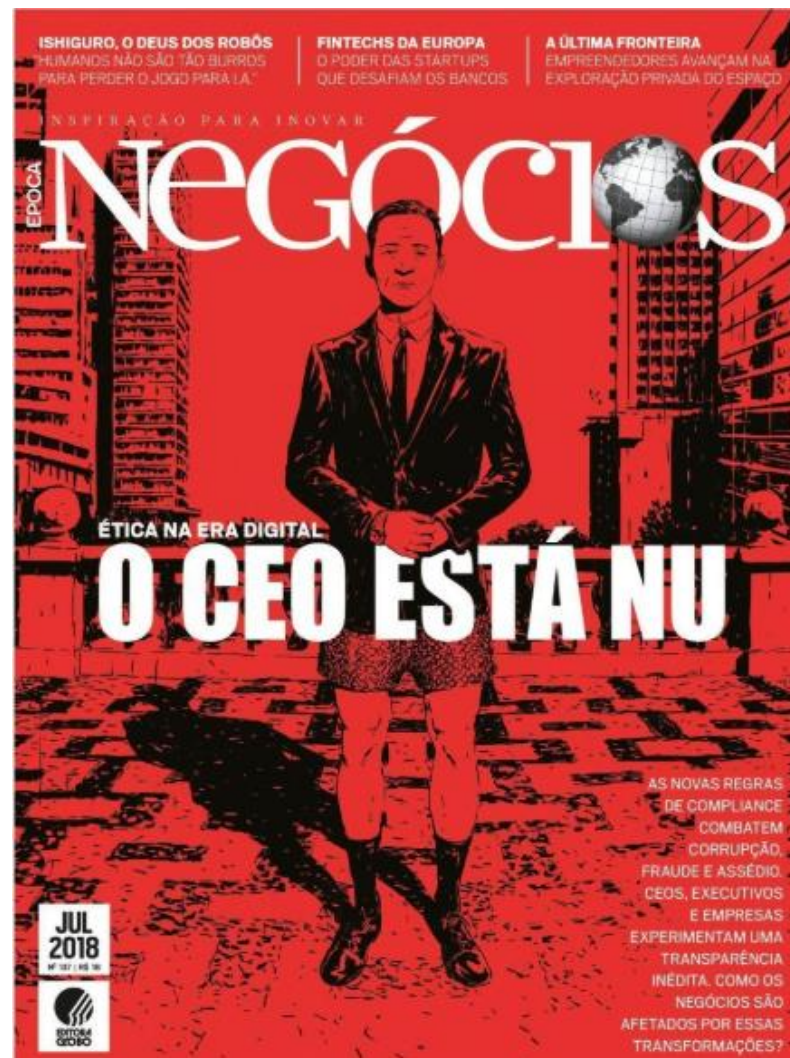
ESTAMOS FALANDO DO PROGRAMA DE COMPLIANCE (CONFORMIDADE / INTEGRIDADE)

- O objetivo imediato do programa de *compliance* **consiste na conformação do comportamento empresarial às leis.**
- O programa de *compliance* potencializa a **mudança de cultura** em prol do paradigma normativo, cujo tracejado ético deve acompanhar.
- O programa de *compliance* se volta, primeiramente, à **prevenção de ilícitos**, o que significa a prevenção de comportamentos desviantes do *standard* da conformidade, tendo por referência as normas internas e externas.
- Criam-se **estruturas e incentivos para orientar o agente econômico no sentido da conformação ao *derectum*.**
- Com a prevenção, poupam-se custos da não conformidade relacionados a **danos financeiros, morais e reputacionais**
- O programa de *compliance* instrumentaliza meios para **detecção e resposta** ante a concretização do risco e do eventual dano.
- Ao facilitar a identificação do risco e a respectiva resposta/remediação do dano esses meios encorajam a resiliência empresarial para a conformidade.
- Com os **incentivos adequados**, o resultado esperado é a modificação da cultura organizacional assentada nos pilares da legalidade e da ética empresarial.
- **Espera-se uma reforma profunda e efetiva no interior da empresa.**

A “ERA” DO COMPLIANCE

- Realidade viva em um mundo globalmente complexo (e uma sociedade igualmente complexa)
- Sociedade mais bem informada e mercado mais exigente
- **Governança corporativa e *compliance* como assuntos indissociáveis**
- Novas preocupações e a **responsabilidade social corporativa**
- Reivindicações generalizadas por ética, transparência, prestação de contas, responsabilidade, comprometimento, integridade e moralidade
- **A longevidade e a sustentabilidade dos negócios dependem do *compliance***

NOVAS FRONTEIRAS E O COMPLIANCE



COMPLIANCE E O NECESSÁRIO OLHAR MULTIFACETADO

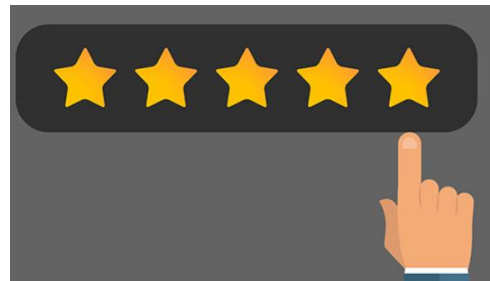


COMPLIANCE COMO **CULTURA** CORPORATIVA



A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE

- **Redução** de riscos, custos e contingências
- **Minimização** de danos e possibilidade ampliada de detecção + denúncia/remediação
- **Vantagem comparativa e competitiva**
- Posição de destaque (exposição positiva e **boa reputação**)
- **Maior valor em mercado** (financeiro e social)
- **Mais oportunidades** de negócios, parcerias e investimentos



FORÇA MOTRIZ DO COMPLIANCE NO BRASIL



FORÇA MOTRIZ DO COMPLIANCE NO BRASIL



Lei nº 12.846/2014 (“Lei da Empresa Limpa”): em vigor a partir de 29.01.2014

Responsabilização objetiva: civil e administrativa da pessoa jurídica

Não exclui a responsabilidade individual de dirigentes ou administradores, ou qualquer pessoa natural que participou do ilícito

Decreto 8.420/2015: dosimetria e parâmetros para o “**programa de integridade**”

Início: 17.03.2014 – maior investigação da história do Brasil para apurar práticas de corrupção, lavagem de dinheiro, conluio etc. Potencial **maior investigação antitruste do mundo**

GUIAS ORIENTATIVOS

- Senso educativo (conscientização e **disseminação da cultura da concorrência**)
- Previsibilidade, transparência, **segurança jurídica**
- Consolidação das **melhores práticas**
- Diretrizes não vinculante (*soft law*)
- Encorajado/**promovido** pela autoridade competente (direta / indiretamente)
- **Baliza** para a atuação dos agentes econômicos
- Considerar à luz do **caso concreto** (análise caso a caso / realidade empresarial)
- **Complementa as sinalizações** da autoridade no âmbito das decisões

Guia de *Compliance*



Controle de condutas

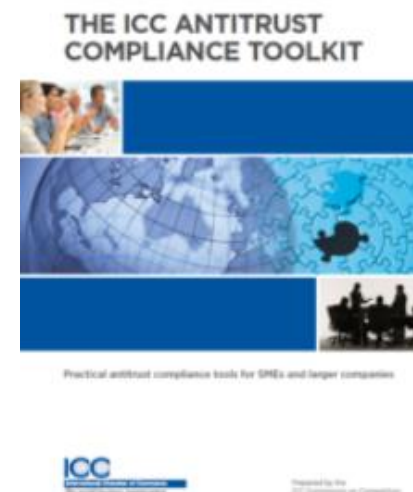
Controle de estruturas



Guia de *Gun Jumping*



**GUIAS PARA O
COMPLIANCE
CONCORRENCIAL**



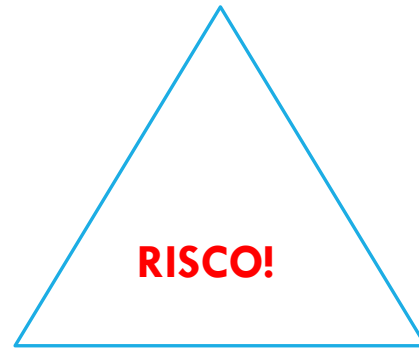
FOCO DO PROGRAMA DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL (CONDUTA)

- Foco em condutas coordenadas (*hardcore* cartel)
- Análise mais simplificada e objetiva
- Presunção de ilicitude da conduta (“infração por objeto”)
- Elaboração de filtros econométricos (*screenings*) para auxiliar na prevenção e facilitar a detecção
- Desejável a criação de parâmetros, procedimentos de salvaguarda e protocolos para nortear os administrados também no âmbito de condutas unilaterais e práticas restritivas
- Exame complexo: análise caso a caso, sopesamento de efeitos líquidos
- Linha tênue entre prática agressiva pró-competitiva x conduta lesiva (e.g., fixação de preço de revenda, recusa de negociação, distribuição exclusiva, exclusividade, venda casada, cláusulas MFN etc.)

PREMISSAS DO GUIA DE PROGRAMA DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL

- “Menu de opções” (não é um *checklist*)
- Customizar o programa às necessidades e à realidade do agente econômico
- Diferentes perfis de empresas
- Considerar riscos enfrentados pela empresa. Exemplo: mercado(s) relevante(s) de atuação, existência de posição dominante e de barreiras à entrada, histórico do mercado, interação com concorrentes, participação em reuniões de sindicatos e de associações comerciais, participação em licitações públicas, operações de fusões e aquisições etc.
- Riscos são mutáveis, se sofisticam e se renovam
- Mesmo empresas de menor porte podem implementar programas de *compliance*, com estrutura mais modesta, porém efetiva para a sua realidade

O PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE FACHADA (*SHAM/FAKE*)

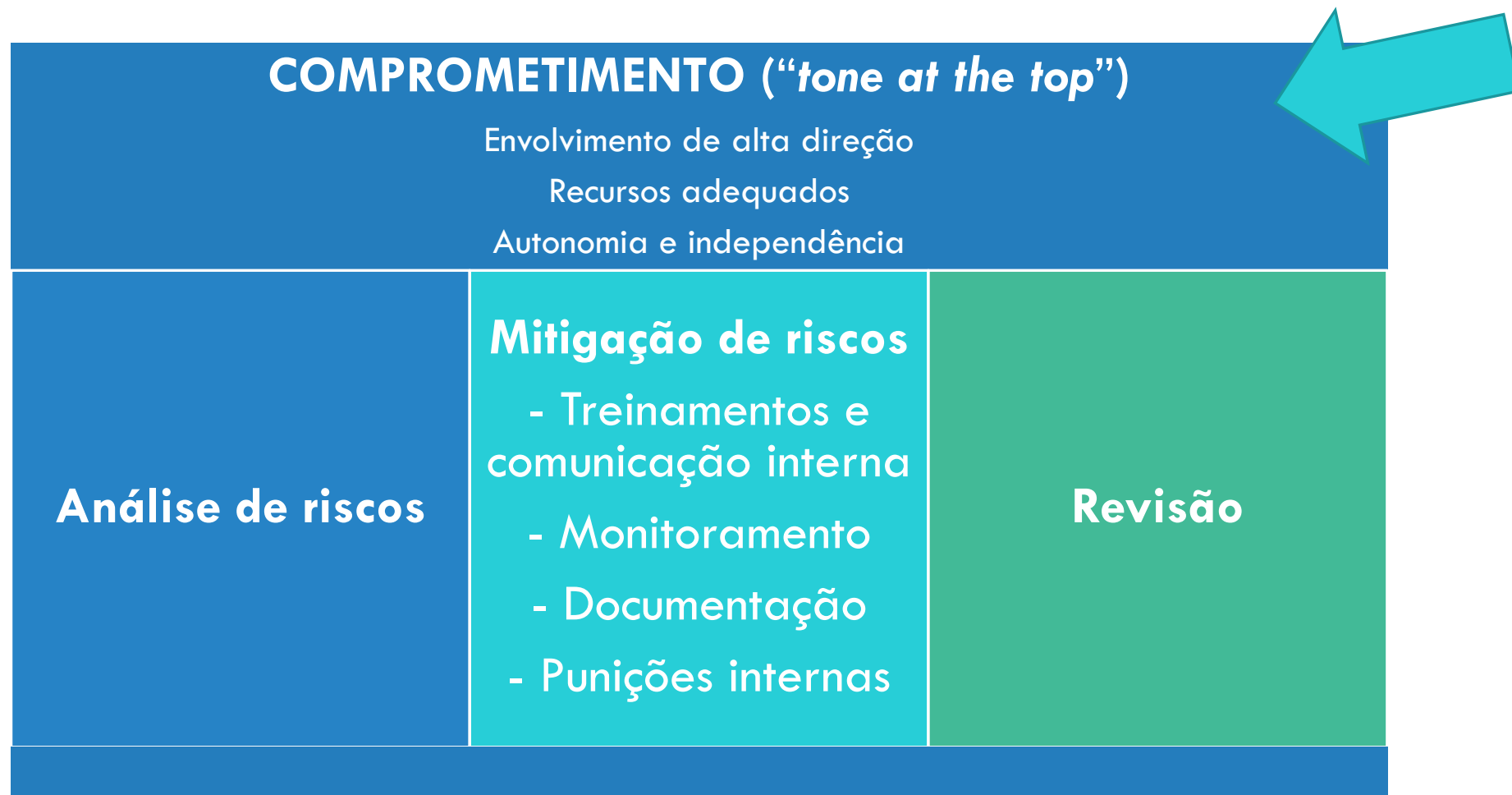


A FALÁCIA DO TAMANHO ÚNICO

(“*ONE SIZE FITS ALL*”)



O PROGRAMA DE COMPLIANCE ROBUSTO



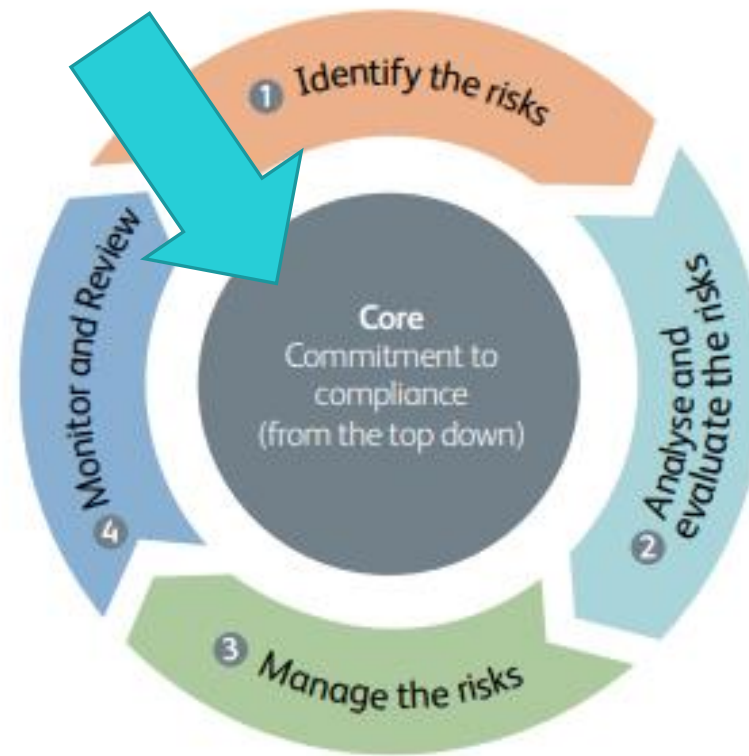
COMPARAÇÃO COM CGU



Atenção: Não há fórmula pronta!

Cada Programa de Integridade deve ser construído para atender às necessidades da empresa, observando suas características e riscos da área de negócio.

COMPARAÇÃO COM AUTORIDADE CONCORRÊNCIAL DO REINO UNIDO (CMA)



PRINCIPAIS VANTAGENS DO PROGRAMA DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL

- Prática de boa governança corporativa
- **Prevenção de riscos**
- **Identificação antecipada de problemas**
- Reconhecimento de ilicitudes de outras organizações
- Benefício reputacional
- Conscientização dos empregados
- **Redução de custos e contingências**

Não garante que violações serão eliminadas, mas, caso se concretizem, o programa permite a rápida identificação e a tomada de providências de forma célere e efetiva (e.g., acordos)

IMPACTOS DO PROGRAMA DE COMPLIANCE VS. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS

Principais efeitos:

- Adesão ao Programa de Leniência
- Celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC)
- Submissão de consultas ao Tribunal do CADE (Resolução nº 12/2015)
- Dosimetria das penalidades aplicadas
 - Evidência de **boa-fé** da infratora
 - Reduz os efeitos econômicos negativos da conduta no mercado
 - Pode afastar certas proibições ou reduzir o valor da multa ou contribuição pecuniária (**atenuante**)
 - Programa preexistente ou compromisso de atualizar/implementar um programa robusto e efetivo

Risco de predação
x incentivos

COMPLIANCE E CONTROLE DE ESTRUTURAS

Controle prévio de Atos de Concentração

- *Gun jumping* (consumação antecipada da operação, parcial ou integralmente)
- **Premissa:** as partes devem manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a decisão final do CADE
- **Proibido:** qualquer transferência de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes
- Procedimentos para diminuir o risco de *gun jumping*
 - Protocolo antitruste
 - *Clean team* e Comitê Executivo
 - Acesso à informação
 - Confidencialidade
 - Tratamento de informações
 - *Parlor Room*

Treinamento para as áreas mais expostas e sensíveis aos riscos (= controle de condutas)

ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO (ACC)

Programa de Compliance Concorrencial

- Remédio comportamental adicional (implementação ou melhoria)
- Endereçar preocupações de governança concorrencial e risco de efeitos coordenados (e.g., AC Itaú/Citibank, AC Bradesco/HSBC)
- Relatórios periódicos e prestação de contas (monitoramento)
 - Treinamentos
 - Auditoria
 - Atestados
 - Análise de impacto
 - Revisões periódicas e aperfeiçoamentos

DÚVIDAS/PERGUNTAS?

MUITO OBRIGADO!

Guilherme Teno Castilho Misale

guilherme.misale@caminatibueno.com.br

missali.usp@gmail.com

Dissertação de Mestrado:

“Programas de *Compliance* à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: instrumentos de conformidade para a política anticartel”