

**DESAFIOS E EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE
EMPRESARIAL**

Reaction Paper: Yan Villela Vieira

Leitura Obrigatória:

WILS, W. *Antitrust Compliance Programmes and Optimal Antitrust Enforcement. Concurrences Competition Law Journal*, 2013, no. 3, pp. 55 – 69.

GERARDIN, D. *Antitrust Compliance Programmes and Optimal Antitrust Enforcement. A Reply to Wouter Wils. Journal of Antitrust Enforcement*, 2013, vol. 1:2, pp. 325 – 346.

Leitura Complementar:

ABRANTES-METZ, R. M & SOKOL, D. D. *Antitrust Corporate Governance and Compliance. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper no. 13-18.*

CLAYTON, Mona. *Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente.* In: Temas de Anticorrupção e Compliance.

Os quatro textos propostos para o seminário possuem como preocupação compartilhada o mesmo tema, embora de perspectivas diversas: a efetividade de programas de *compliance*, também chamados de “programas de integridade” no Brasil. Sua linguagem comum é a busca por uma análise consistente dos incentivos para o cumprimento à legislação existentes internamente às estruturas empresariais – e os desafios para que programas de *compliance* tenham efetividade diante da configuração desses incentivos.

As duas leituras obrigatórias se inserem em um debate sobre como agências antitruste e tribunais devem valorar a existência de programas de *compliance* ao estabelecerem a dosimetria de multas por infrações à livre concorrência. Tendo como pano de fundo a legislação da União Europeia, mas fazendo referências constantes às legislações de membros da União e dos Estados Unidos, os autores Wouter P. J. Wils e

Disciplina: Poder Econômico e Ética Empresarial – Interfaces entre Defesa da
Concorrência e Combate à Corrupção

Damien Geradin argumentam sobre se e quando programas de *compliance* deveriam levar a reduções de penalidades aplicadas a empresas condenadas por violações antitruste.

De início, destaca-se que a argumentação de ambos os textos foca na conduta de formação de cartel, havendo uma lacuna sobre se e como as agências e o Judiciário poderiam levar programas de *compliance* em consideração na dosimetria de multas por condutas unilaterais ou que se assemelhem ao “incentivo à adoção de conduta comercial uniforme”. Assim, cuidando do cenário em que empresas com programas de *compliance* são condenadas por formação de cartel, Wils argumenta que agências e tribunais não deveriam lhes conferir imunidade nem reduções no cálculo de dosimetria de sanções pecuniárias.

O raciocínio de Wils parte da natureza de infrações antitruste e da racionalidade da responsabilização antitruste de empresas. Segundo o autor, tais infrações têm três elementos em comum: (i) tipicamente são realizadas por funcionários com autoridade na empresa, sendo a hipótese do funcionário individualmente desonesto pouco plausível; (ii) as infrações geram benefício econômico à empresa, não agindo apenas com interesses pessoais em mente; e (iii) funcionários levam em conta os incentivos e metas de performance estabelecidos pela empresa para decidir participar ou não de infrações antitruste. A responsabilização antitruste de empresas, e não apenas de seus funcionários, decorreria, então, dessas características. Devido à importância dos incentivos estabelecidos internamente às empresas e ao fato de que as infrações são cometidas tendo seus interesses em vista, são as empresas as maiores responsáveis por agir para prevenir que as infrações sejam realizadas.

Wils prossegue, assim, para a análise dos programas de *compliance*. Para o autor, tais programas têm valor na medida em que possibilitam que empresas previnam o cometimento de infrações antitruste de maneira eficiente. No entanto, não haveria uma maneira objetiva de avaliar se determinado programa foi ou não eficiente na prevenção de infrações. Uma vez que sua avaliação por agências ou tribunais pressupõem que uma infração concorrencial ocorreu, inexistiria métrica para se avaliar quantas infrações foram evitadas por um programa de *compliance* até o momento em que houve a detecção de uma violação.

Disciplina: Poder Econômico e Ética Empresarial – Interfaces entre Defesa da
Concorrência e Combate à Corrupção

Dessa forma, a existência de um programa de *compliance* não deveria ser levada em consideração pelas autoridades no momento de sancionar infrações à concorrência. A concessão de imunidade estabeleceria incentivos perversos para que empresas mantivessem exigências de metas e culturas organizacionais que criam condições para que funcionários cometam infrações antitruste ao passo em que estabelecessem programas de *compliance* sem efetividade apenas para garantir imunidade em caso de detecção das condutas. Isto por que as autoridades não poderiam verificar objetivamente quando uma empresa efetivamente realizou todos os esforços possíveis para garantir o cumprimento à legislação e quando uma empresa apenas criou um programa de *compliance* “de fachada”. Wils argumenta que essas mesmas razões seriam aplicáveis para que autoridades não concedam reduções às multas contra empresas condenadas por infrações antitruste.

O contraponto a Wils é realizado pelo artigo de Gerardin. A resposta do autor tem como núcleo sua discordância sobre a impossibilidade de uma avaliação objetiva pelas autoridades sobre a efetividade de programas de *compliance*. Para Gerardin, é possível identificar um programa de *compliance* “robusto” por meio da avaliação do cumprimento de determinados parâmetros, diferenciando-o de programas de *compliance* “de fachada”. O equívoco de Wils seria considerar que todos os programas de *compliance* são consistentes em listas de condutas a serem seguidas, deixando de lado que programas robustos demandam investimentos significativos e mudanças estruturais nas empresas.

Assim, embora Gerardin também seja contrário à concessão de imunidade antitruste, seu argumento é favorável à redução de penalidades pela adoção de programas de *compliance*. Para o autor, agências e tribunais deveriam criar incentivos para que empresas adotem programas de *compliance* robustos, que demandam investimentos financeiros e de tempo significativos. Tais programas nunca seriam absolutamente eficazes, não sendo plausível um cenário de inexistência de infrações antitruste. Seu valor, no entanto, não deveria ser atribuído apenas na medida da eficácia entendida como prevenção, e sim na medida dos esforços realizados e da contribuição para uma forma de “advocacia da concorrência” interna às empresas.

O debate entre Wils e Gerardin propicia o estudo com maior profundidade da importância da estrutura das empresas para a efetividade de programas de *compliance* e como as autoridades devem avaliá-los. Trata-se de tema teórico com implicações bastante

práticas – no Brasil, por exemplo, o Guia de Programas de Compliance do CADE informa que a adoção de um programa robusto pode ser considerada como evidência de boa-fé, e assim propiciar a redução da penalidade aplicável a uma empresa¹. Como indicado por Gerardin, um programa de *compliance* robusto demanda alterações estruturais, e não apenas a listagem de práticas permitidas e proibidas.

Sobre esse aspecto, o *paper* de Rosa M. Abrantes-Metz e Daniel Sokol provê *insights* relevantes. Conforme argumentam os autores, a complexidade da estrutura das empresas e a maneira como incentivos são estabelecidos no ambiente organizacional têm relação direta com a efetividade de programas de *compliance*. Caso bônus e metas desconsiderem a necessidade de cumprimento à legislação, por exemplo, funcionários terão fortes incentivos para buscarem aumentar a lucratividade da empresa por meio de infrações concorrenciais, notadamente a formação de cartel. As estruturas empresariais têm igualmente papel fundamental no estabelecimento de “normas culturais” dentro das empresas. Como argumentam os autores, as sanções morais podem ser mais efetivas que a ameaça de persecução criminal pelo Estado para o estabelecimento de incentivos ao cumprimento da legislação antitruste.

Além da modificação de aspectos estruturais e organizacionais, Abrantes-Metz e Sokol examinam a possibilidade de adoção de testes empíricos para que empresas verifiquem a efetividade de seus programas de *compliance*. Destaca-se a técnica de *screening*, consistente em métodos estatísticos/econométricos para a detecção de comportamentos ilícitos por meio da análise de dados sobre performance da empresa. Esta técnica pode ser utilizada tanto por autoridades quanto para que as próprias empresas verifiquem se seus programas de integridade têm sido efetivos.

Por fim, o texto de Mona Clayton identifica desafios para os programas de *compliance* no Brasil, dando destaque para características específicas das estruturas e práticas empresariais brasileiras. Seu texto elenca nove elementos que devem ser considerados em um programa de *compliance* robusto: (i) governança, (ii) níveis de delegação, (iii) mecanismos disciplinares, (iv) padrões e procedimentos do programa de *compliance*, (v) comunicação e treinamento, (vi) políticas e procedimentos, (vii)

¹ Cf. p. 42. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf.

Disciplina: Poder Econômico e Ética Empresarial – Interfaces entre Defesa da
Concorrência e Combate à Corrupção

relacionamento com terceiros, (viii) monitoramento, auditoria e relatórios e (ix) melhoria contínua.

A partir das leituras indicadas, propõem-se as seguintes questões para reflexão:

1. Uma vez que programas de *compliance* robustos podem demandar alterações estruturais/organizacionais nas empresas, como consultores externos especializados nessa área podem formular programas robustos para empresas que os contratem sem deterem poder para realizar modificações estruturais/organizacionais?

2. A adoção de programas de *compliance* “de fachada” não deveria constituir elemento agravante de infrações antitruste por denotar má-fé e reduzir a capacidade de detecção pelas autoridades?

2.1. Se sim, empresas não teriam incentivos para deixar de adotar programas de *compliance* devido a esse risco?

2.2. Esse problema poderia ser resolvido pelo estabelecimento de adoção compulsória de programas de *compliance*?

3. Como programas de *compliance* podem propiciar a alteração da cultura empresarial sem a intervenção de um terceiro com mais poder sobre a organização que seus próprios acionistas que podem se beneficiar de infrações cometidas por funcionários em cargos mais baixos?

4. O jogo repetido de adoção de programas de *compliance* e avaliação de sua efetividade pelo Estado de acordo com determinados padrões objetivos não tende a gerar uma situação de permanente aprendizado sobre como formalizar programas com mera aparência de efetividade?

5. Uma vez que de um lado programas de *compliance* robustos demandam investimentos significativos e podem colocar em risco a lucratividade da empresa, enquanto de outro lado o risco de detecção de infrações por autoridades tende a não ser elevado, os incentivos para adoção de programas robustos não dependem da imposição de sanções extremamente elevadas – a ponto de ameaçar a própria existência da empresa?