

PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

Maria Beatriz Martinez

Conteúdo: 1. Introdução; 2. “Programas de Compliance”; 2.1. Elementos de um “Programa de Compliance” eficaz; 2.1.1. A Experiência dos EUA; 2.1.2. A Experiência Européia; 2.1.2.1. UE; 2.1.2.2. Reino Unido; 3. Adoção do programa no Brasil; 4. Conclusão; Bibliografia.

The distinction between stars (who have always been allowed to behave badly) and senior managers (who are supposed to exercise self-restraint) was more or less abolished¹

1. Introdução

O aumento da fiscalização antitruste pelas principais potências mundiais² vem alertando as empresas a respeito da necessidade de que condutas consideradas anticoncorrenciais sejam evitadas a todo custo, tendo em vista a constante exposição das corporações às penalidades previstas em lei.

No atual panorama de elevada regulação, portanto, cumpre aos dirigentes corporativos o reconhecimento da importância representada pela implementação e manutenção de mecanismos que permitam a conscientização dos funcionários³ sobre as condutas legalmente proibidas.

¹ The Economist, 21 de setembro de 1976, p. 75.

² Atualmente, cerca de noventa países já implementaram um regime legal de defesa da concorrência, sendo certo que outros vinte encontram-se no caminho de fazê-lo. Dado obtido em Freshfields Bruckhaus Deringer, *Online competition compliance programme*, in <<http://www.freshfields.com/practice/comtrade/publications/pdf/onlinecompliance.pdf>>.

³ Cf. Kirk S. Jordan e Joseph E. Murphy, em seu artigo *Compliance programs: what the government really wants*, in <http://www.integrity-interactive.com/compliance/mkt_docs/guidelines.pdf>, no caso de programas efetivados no âmbito antitruste, o governo norte-americano tem entendido que a abrangência das medidas pode restringir-se aos funcionários cujas funções possam, efetivamente, ensejar a prática de crimes.

Nesse aspecto, os “Programas de Compliance”⁴ surgem como uma forma de assegurar que os integrantes da empresa tenham conhecimento do teor de seus documentos estatutários e da legislação antitruste aplicável às suas atividades operacionais, possibilitando o aumento da prevenção e detecção da prática de atos ilegais⁵.

Esse tipo de programa é altamente difundido nos Estados Unidos da América (“EUA”) e nos países que integram a União Européia (“UE”), com consideráveis resultados positivos no que diz respeito ao cumprimento da legislação antitruste e à mitigação das penalidades impostas em caso de seu descumprimento.

No Brasil, a iniciativa governamental de implementação é recente, decorrendo da criação do “Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica” (“PPI”), introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio da Portaria da Secretaria de Direito Econômico nº 14, de 9 de março de 2004 (“Portaria SDE nº 14/04”).

Em vista da importância do tema e da escassez de estudos nacionais acerca do mesmo, o presente trabalho buscará abordar a experiência estrangeira

⁴O termo deriva do inglês “Compliance Programs”. Cf. Black’s Law Dictionary, West Publishing Co., 1999, 5ª Edição, o termo “compliance” significa “submission, obedience, conformance”. Em tradução livre, “compliance” significa atuar em conformidade com a lei.

⁵O presente trabalho enfatiza os “Programas de Compliance” existentes no âmbito da defesa da concorrência. Entretanto, cumpre esclarecer que esse tipo de programa é aplicável a todas as áreas da empresa cujas atividades sofram regulamentação, existindo conseqüente possibilidade de aplicação de penalidades em caso de não cumprimento da lei. Como exemplo, pode-se citar a área ambiental, a de fraudes contábeis e a de lavagem de dinheiro. Kirk S. Jordan e Joseph E. Murphy, em seu artigo *Compliance programs: what the government really wants*, in <http://www.integrity-interactive.com/compliance/mkt_docs/guidelines.pdf>, analisaram 36 casos nos quais o Departamento de Justiça norte-americano (“Department of Justice - DOJ”) e as Cortes das Agências Regulatórias de diversos setores impuseram medidas relativas à implementação e ao fortalecimento dos “Programas de Compliance”. Desses casos, 15 referiam-se a ofensas à legislação antitruste, 09 à legislação ambiental, 04 à legislação de assistência à saúde (“health care”), dentre outros. A grande maioria das empresas submetidas às medidas era formada por grandes corporações, mas as de menor porte também podem ser compelidas a adotar programas substanciais. Como exemplo, os autores citaram a “Nagel Motors”, cujos estabelecimentos de reparação de automóveis localizados em Casper, Wyoming, tiveram de estabelecer um programa completo.

na adoção de “Programas de Compliance”, suas vantagens e desvantagens, as formas de sua efetivação e otimização, bem como sua importância para a garantia de um mercado competitivo. Em seguida, será analisada a iniciativa da SDE de difundir esses programas entre as empresas brasileiras, em linha com a tendência mundial.

2. “Programas de compliance”

O primeiro registro histórico de um “Programa de Compliance” verificou-se no caso *Holland Furnace Co. v. United States*⁶, no qual as Cortes norte-americanas recusaram-se a considerar a empresa responsável por violação praticada por seu funcionário, tendo em vista que haviam sido dadas instruções expressas a respeito da necessidade de agir em conformidade com a lei⁷. Atualmente, o entendimento tende a ser no sentido da responsabilização objetiva, existindo, entretanto, a possibilidade de mitigação das penalidades em situações específicas.

O “Programa de Compliance” pode ser definido como um conjunto de medidas que visa a reduzir a prática de atos anticoncorrenciais pelos funcionários de uma empresa, incluindo seus dirigentes. Sua efetivação se dá, em grande parte, por meio de treinamentos oferecidos de forma contínua, que alertam sobre as conseqüências previstas na legislação para as infrações à ordem econômica. Esses treinamentos, contudo, não se mostram suficientes, sendo importante o engajamento do departamento jurídico interno da empresa ou de uma assessoria legal externa⁸.

⁶ 158 F.2d 2 (6th Cir 1946).

⁷ Para evolução histórica completa, vide Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs*, in <<http://www.uscc.gov/corp/corpbehavior2.PDF>>.

⁸ Nesse sentido, afirma William J. Kolasky, *Antitrust compliance programs: The government perspective*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>, “While training is important, it is not sufficient to assure compliance with the antitrust laws. To achieve that goal, a company must have a proactive law department that is dedicated to practicing preventing law. It is critical that the company’s lawyers regularly attend management meetings and regularly visit the company’s facilities so that employees know whom to call if they have a question or a problem. It is also critical that the lawyers with the respect of their clients by responding quickly to questions with sound legal advice that takes full account of the practical business issues the client faces.” Em tradução livre: “Ainda que o treinamento seja importante, ele não se mostra suficiente pra assegurar a completa atuação em conformidade com a lei. Para alcançar

O programa deve ser estabelecido com base em três frentes primordiais de atuação, quais sejam, (i) prevenção da prática de infrações; (ii) detecção das eventualmente cometidas no menor prazo possível; e (iii) repressão aos atos praticados, com imposição interna de penalidades.

Obviamente, o que se busca em primeiro lugar é a prevenção em sua forma pura. Entretanto, ainda que esta exista, não se pode desconsiderar a possibilidade de que atos ilegais sejam praticados. Por isso, também devem ser criados mecanismos que auxiliem na rápida detecção dos mesmos, permitindo a minimização dos danos, bem como que a empresa se valha do acordo de leniência⁹.

esse objetivo, a empresa necessita instalar um departamento jurídico pró-ativo, que se dedique a praticar a prevenção. É importante que os advogados da empresa façam reuniões periódicas com a administração e visitem regularmente as instalações da empresa, o que permite aos funcionários saber a quem recorrer em caso de qualquer questão ou problema. Também é essencial que os advogados respondam rapidamente a eventuais questionamentos do cliente, apresentando conselhos que levem em consideração todos os aspectos do negócio e do problema enfrentado.”

⁹ A importância da rápida detecção da prática de atos anticoncorrenciais decorre do fato de que, nos termos da legislação da maioria dos países, para usufruir os benefícios decorrentes da assinatura do acordo de leniência, a empresa deve ser a primeira a qualificar-se como autora no tocante à infração noticiada ou sob investigação. Nesse aspecto, cumpre esclarecer que os acordos de leniência são bastante difundidos e utilizados em países como EUA e membros da UE. No caso específico dos EUA, a reforma no programa de leniência introduzida em 1993 acarretou um visível aumento no número de empresas que optam por aderir aos termos do acordo. Cf. DOJ, *Status Report: An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/202531.pdf>>, o número de requerimentos para a aplicação das regras de leniência passou de, aproximadamente, um por ano para uma média de um por mês. Entre outubro de 2002 e março de 2003, esse número alcançou a média de três por mês, o que demonstra o interesse das empresas em terem suas penalidades reduzidas em caso de prática de atos antitruste. No Brasil, isso todavia não é uma realidade, a despeito de existir previsão expressa na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (“Lei nº 8.884/94”), que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000 (“Lei nº 10.149/00”). Os artigos 35-B e 35-C da referida lei estipulam as condições para adesão ao programa de leniência e celebração do acordo, do qual pode decorrer a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável a pessoas físicas (membros da empresa, geralmente em cargos de direção) e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo instaurado. Até a presente data, foi firmado apenas um acordo - Acordo de Leniência

Quanto maior for a empresa, mais formal deve ser o programa, com políticas claras e por escrito a respeito dos padrões e procedimentos a serem seguidos. De maneira geral, os “Programas de Compliance” têm como base a circulação de um manual impresso, bem como a realização periódica de seminários e treinamentos a respeito do tema.

Entretanto, existem determinadas limitações inerentes a esse tipo de medidas, destacando-se (i) a dificuldade em saber se todos os funcionários efetivamente receberam as instruções, o que fica ainda mais prejudicado em empresas com alta rotatividade; (ii) a dificuldade de atualização dos manuais e seminários, o que também se mostra custoso do ponto de vista econômico; e (iii) a necessidade de controle póstumo a respeito da compreensão do programa pelos funcionários que costuma ser feita por meio de testes escritos, os quais não tendem a ser bem aceitos.

Para suprir essas deficiências, diversas empresas especializadas e escritórios de advocacia vêm oferecendo “Programas de Compliance” on-line¹⁰, cujas principais vantagens são (i) facilidade de uso; (ii) flexibilidade de adequação às especificidades da empresa; (iii) possibilidade de implementação de exercícios interativos; (iv) possibilidade de acesso rápido e constante; bem como (v) facilidade de atualização do conteúdo do programa, com redução de custos.

No tocante à importância desse tipo de programa, esta deriva das inúmeras conseqüências que decorrem de eventual descumprimento da lei, destacando-se a condenação ao pagamento de multas elevadas¹¹, prejuízos à imagem da empresa no mercado e redução de seu valor, ações judiciais públicas e privadas para responsabilização pelas infrações, sanções criminais¹², dentre outras.

nº 01, firmado em 08 de outubro de 2003, no âmbito do Procedimento Administrativo SDE nº 08012001826/2003-10, que investiga denúncias de fraude à licitações de serviço de segurança privada armada em estabelecimentos do Ministério da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul.

¹⁰ Um exemplo é o programa criado pelo escritório Freshfields Bruckhaus Deringer, *Online competition compliance program*, in <<http://www.freshfields.com/practice/comprade/publications/pdf/onlinecompliance.pdf>>.

¹¹ Vide também <<http://www.integrity-interactive.com>> e <<http://www.wecomply.com>>.

¹² No Brasil, as multas previstas em caso de infração à ordem econômica estão previstas nos artigos 23 e seguintes da Lei nº 8.884/94. No Brasil, ao contrário dos EUA e dos países integrantes da UE, as sanções criminais que podem ser impostas em caso de violação à lei ainda não intimidam os empresários, na medida em que dificilmente

Nesse sentido, a experiência internacional demonstra que a implementação de “Programas de Compliance” eficazes pode reduzir, significativamente, o risco de incidência em infrações. Ademais, ainda que isso ocorra, o nível de comprometimento com a legislação antitruste demonstrado pela empresa pode atuar como importante fator de redução das penalidades impostas¹³.

A prevenção efetiva da prática de atos anticoncorrenciais, aliada à possibilidade de redução das penalidades caso seja verificada a infração, configuram, portanto, os principais benefícios trazidos pela implementação de um programa eficaz. Em contraposição, são considerados como pontos negativos o alto custo da instauração dos procedimentos e a criação de um clima desconfortável de constante desconfiança e vigilância entre os funcionários, dentre outros aspectos, o que acaba levando algumas empresas, especialmente as de menor porte, a concluírem pela não adoção do mesmo.

No que diz respeito ao conteúdo do programa, não existe um padrão obrigatório a ser seguido, devendo cada empresa adequar os procedimentos a serem instituídos às suas necessidades e recursos financeiros, bem como ao perfil de suas atividades e funcionários.

Existem, entretanto, alguns elementos que potencializam a eficácia das medidas adotadas, destacando-se o comprometimento dos dirigentes da corporação em relação ao sucesso do programa, o que inclui a adoção e exigência de atitudes condizentes com a observância da lei¹⁴.

são implementadas. A previsão das sanções encontra-se nos artigos 4º e seguintes da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (“Lei nº 8.137/90”), variando as penas de um a cinco anos, com a possibilidade de substituição por multa. A Lei nº 8.884/94 traz apenas sanções pecuniárias aos dirigentes e administradores, que podem variar de 10 a 50% do valor da multa aplicada à empresa.

¹³ Cf. William K. Perry, *State attorneys general encourages voluntary corporate compliance programs*, in <http://www.kansascity_prsco.org/IIC_Compliance_guide.doc>, nos EUA, quinze dos vinte e oito State Attorney General dos EUA, que responderam a pesquisa feita no final do ano de 1992/início de 1993, sugeriram que a adoção voluntária de programas de compliance possui impacto positivo quando das investigações e determinação de penalidades.

¹⁴ Em muitos casos, a exigência pelo cumprimento de metas de vendas da empresa acaba por incentivar seus funcionários a praticar atos em detrimento da ordem econômica. Se, por exemplo, a empresa já possui posição dominante em um mercado particular, pode sentir-se atraída por consolidar essa posição por meio da utilização de diversos procedimentos proibidos legalmente, tais como a prática de preços predatórios.

No próximo ponto, serão analisados os principais elementos que devem constar de um programa bem sucedido, tomando-se por base a experiência norte-americana e europeia, principais precursores do procedimento.

2.1. Elementos de um “Programa de Compliance” Eficaz

Para que se alcance a percepção dos elementos que devem integrar um “Programa de Compliance” eficaz, faz-se necessária uma análise prévia das

Assim, para serem bem sucedidos, os “Programas de Compliance” dependem, em grande parte, do comprometimento dos dirigentes da corporação ao exigirem melhores resultados da empresa, os quais só devem ser exigidos até o limite em que seja possível a observância da legislação antitruste. Nesse sentido, André R. Jaglom, em seu artigo *Managing Distribution: How to develop a Corporate Legal Compliance Program*, in <<http://www.tanhelp.com/newsworthy/Articles/LegalComplianceProgram.pdf>>, diz “Counsel’s first task is to persuade top management that a compliance program is not only necessary, but desirable. No compliance program can succeed without solid management support. Given recent corporate scandals and mandated responsibility imposed by such laws as the Sarbanes-Oxley Act of 2002, corporate CEOs are currently relatively receptive to compliance issues. But if company personnel think management is ‘winking’ when the program is presented, or is just going through the motions to satisfy lawyers, you have no chance of success. Unless the sales force, for example, understands that management is committed to antitrust compliance, that it will consider performance in compliance training as part of annual employee evaluations, and will impose sanctions, up to and including dismissal, for violations of company policy in this area, they will abide by the antitrust laws only so long as their sales are not impaired.” Em tradução livre: “A primeira tarefa dos advogados da empresa é convencer seus principais dirigentes de que o ‘programa de compliance’ não só é necessário, como deve ser desejado. Nenhum ‘programa de compliance’ pode ter êxito se não existir um sólido apoio dos membros do corpo diretivo. Tendo em vista os recentes escândalos corporativos e a responsabilização dos mandatários imposta por leis como a Sarbanes-Oxley Act, editada em 2002, os Diretores Executivos (Chief of Executive Officer - CEO) das empresas vêm, atualmente, se mostrando relativamente mais receptivos aos assuntos referentes aos ‘programas de compliance’. Entretanto, se os funcionários da empresa pensam que seus diretores não prestam atenção à apresentação do programa, ou que simplesmente estão sendo levados a aceitá-lo para agradar os advogados, não há chance de sucesso. A menos que a equipe de vendas, por exemplo, entenda que a direção da empresa está comprometida com os ‘programas de compliance’ no âmbito antitruste, que o desempenho no treinamento desse tipo de programa será considerado nas avaliações anuais dos funcionários, e que sanções serão impostas, o que inclui a demissão, em função de violação à política da empresa nesse aspecto, eles irão ater-se à legislação antitruste apenas enquanto suas vendas não forem prejudicadas.”

operações e da estrutura da empresa. Isso permite identificar os principais focos de potencial violação à legislação antitruste, devendo ser dada especial ênfase à área de vendas e às características dos mercados em que a empresa atua¹⁵.

Após a identificação das áreas que devem receber atenção especial, o programa poderá ser desenvolvido de forma específica para a empresa, adequando-se às suas necessidades e possibilitando sua eficácia em alto grau.

2.1.1. A Experiência dos EUA

Nos EUA, a base para a implementação dos “Programas de Compliance” é estabelecida pelas “Federal Sentencing Guidelines for Organizations” (“Guidelines”), emitidas pela “U.S. Sentencing Commission”¹⁶. Essas Guidelines configuram a compilação das orientações dadas aos juízes norte-americanos para julgamento de crimes federais praticados por empresas¹⁷, assinalando diretrizes a serem seguidas.

As disposições a respeito passaram a vigorar em 1º de novembro de 1991 e estabelecem que, para ser considerado eficaz e, portanto, apto a possibilitar a redução das penalidades impostas, o programa deve cumprir, no mínimo, sete requisitos básicos¹⁸.

¹⁵ Os dirigentes das principais áreas devem ser entrevistados, documentos como correspondências trocadas com os clientes e relativos à fixação de preços devem ser analisados, assim como os contratos de distribuição e os arquivos dos executivos de vendas. Além disso, questões como as características estruturais e comportamentais dos mercados em que a empresa atua devem ser minuciosamente levantados, o que inclui a forma de comunicação estabelecida com os clientes.

¹⁶ Cf. Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs*, in <<http://www.uscc.gov/corp/corpbehavior2.PDF>>, a U. S. Sentencing Commission é uma agência do governo federal norte-americano que estabelece os padrões mais utilizados no julgamento dos acusados por crimes federais. Em 1991, foram estabelecidos os padrões para as organizações, sendo certo que, anteriormente, já haviam sido fixados os que seriam utilizados para a condenação de pessoas físicas.

¹⁷ Vide Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs*, in <<http://www.uscc.gov/corp/corpbehavior2.PDF>>. No caso das “Guidelines for Organizations”, a aplicação é exclusiva para as organizações, excluindo-se as pessoas físicas (para estas, existem as Sentencing Guidelines for Individual Defendants, em vigor desde 01/11/87). As regras indicativas para os “Programas de Compliance” estão previstas no U. S. Sentencing Guidelines Manual, § 8A1.2, comentário/nota 3 (k), in <<http://www.uscc.gov/2003guid/CHAP8.htm>>.

¹⁸ Cf. William J. Kolasky, *Antitrust compliance programs: the government perspective*,

Em resumo, os sete requisitos a serem observados são os seguintes: (i) estabelecimento de padrões de compliance claros e compreensíveis por todos os funcionários da empresa; (ii) designação de altos executivos para supervisionar a implementação e observância do programa, com fixação de responsabilidade total pela tarefa¹⁹; (iii) atuação com a devida diligência, evitando-se a delegação de responsabilidade a funcionários com propensão à prática de atos ilegais²⁰; (iv) adoção de técnicas que permitam a efetiva comunicação dos padrões e procedimentos estabelecidos pelo programa a todos os funcionários²¹; (v) adoção de medidas que permitam que a empresa cumpra

in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>, “It’s important to stress that these are minimum requirements. To be truly effective, a compliance program must be customized to fit the firm’s business, organization, personnel, and culture.” Em tradução livre: “É importante enfatizar que esses são os requisitos mínimos. Para ser verdadeiramente efetivo, o programa de compliance deve ser feito de acordo com os negócios da empresa, o tipo de organização, funcionários e cultura adotada.” As Guidelines utilizam o termo “due diligence” ao qualificar a atitude da empresa, o que está relacionado à intensidade dos esforços da mesma para alcançar o estabelecido. A respeito dos requisitos, ver também Andre R. Jaglom, *Managing distribution: how to develop a corporate legal compliance program*, in <[http://www.tanhelp.com/newsworthy/Articles/Legal Compliance Program.pdf](http://www.tanhelp.com/newsworthy/Articles/Legal%20Compliance%20Program.pdf)>; Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs*, in <<http://www.usc.gov/corp/corpbbehavior2.PDF>>; Gary R. Spratling, *The experience and views of the antitrust division*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>>; e Leon R. Goodrich, *Antitrust compliance programs – The sentencing guidelines*, in <http://www.oppenheimer.com/content/Course_files/compliance.pdf>.

¹⁹ A Divisão Antitruste norte-americana recomenda a realização de auditorias periódicas, de preferência inesperadas, para monitorar a observância do programa. Essa medida deve incluir a revisão dos documentos e arquivos de computador, especialmente e-mails, dos funcionários que exerçam atividades com poder de decisão no âmbito da concorrência (vendas etc.). Vide William J. Kolasky, *Antitrust Compliance Programs: The government perspective*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>.

²⁰ A implementação desse requisito deve ser feita de forma cuidadosa, na medida em que a busca por funcionários com propensão à prática de atos ilegais pode acarretar a invasão de sua privacidade, existindo o risco de difamação.

²¹ Cf. Gary R. Spratling, *The experience and views of the antitrust division*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>>, a Divisão Antitruste norte-americana não confere muito crédito a empresas que implementam programas de compliance baseados essencialmente em papéis, caso de memorandos com incentivo aos funcionários para não praticarem atos contrários à legislação. As Guidelines exigem um comprometimento maior na implementação das medidas.

os padrões estabelecidos²²; (vi) instauração de mecanismos disciplinares apropriados, aptos a efetivar o cumprimento dos padrões²³; e (vii) adoção das providências necessárias em caso de infração, o que inclui eventuais modificações no programa para reduzir os riscos de nova prática ilegal²⁴.

Entretanto, ainda que a empresa cumpra os requisitos acima referidos, pode ocorrer de o “Programa de Compliance” não auxiliar na redução das penalidades. Na grande maioria dos casos, isso se verifica quando a prática dos atos ilegais advém de altos executivos da empresa que, supostamente, têm ou deveriam ter pleno conhecimento da lei e do conteúdo do programa. Assim, verificada a infração pelos mesmos, a conclusão é no sentido de não eficácia das medidas e impossibilidade de redução da pena²⁵.

²² Nesse aspecto, as Guidelines sugerem a utilização de sistemas de controle e auditoria designados para detectar condutas ilegais praticadas pelos funcionários, bem como a instauração de procedimentos que permitam aos funcionários relatar a prática de atos contrários à lei por outros funcionários da empresa, sem medo de retaliações. Nos EUA, a grande maioria das decisões sobre casos envolvendo programas de compliance exige a implementação de sistemas que permitam que os funcionários sintam-se à vontade para questionar sobre a adequação de suas atitudes e a de seus companheiros com a legislação antitruste.

²³ Cf. William J. Kolasky, *Antitrust Compliance Programs: The government perspective*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>, “(...) it is equally critical that the company discipline the chiefs, not just the Indians. The company should discipline senior managers who failed adequately to supervise or who create a climate of disrespect for antitrust principles in their organizations, even if they did not have actual knowledge of the particular wrongdoing.” Em tradução livre, “É igualmente importante que a empresa puna os chefes e não só os índios. A empresa deve punir os superiores que tiverem falhado na adequada supervisão do programa ou que tenham criado um clima de desrespeito aos princípios e regras antitruste dentro das organizações, ainda que eles não tenham tido conhecimento dos atos impróprios.”

²⁴ Nesse aspecto, as providências devem ser tomadas imediatamente no intuito de reverter o ato, com a imediata comunicação aos órgãos responsáveis. Vide nota 9.

²⁵ Na visão do governo norte-americano, cf. William J. Kolasky, *Antitrust compliance programs: the government perspective*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>, “I want to emphasize that once a violation occurs, a compliance program can do little, if anything, to persuade the Division not to prosecute. Organizational liability, both civil and criminal, is grounded on the theory of *respondeat superior*. We have rarely, if ever, seen a case where an employee who committed an antitrust violation was acting solely for his own benefit and not the company’s. A strong corporate compliance program can, however, help at the sentencing stage, so long as the employees who committed the violation were not ‘high-level personnel’ of the organization. Again, however, it is important to emphasize that in our experience most antitrust crimes are

Outra situação em que as penalidades não costumam ser reduzidas diz respeito aos casos em que, a despeito de ter conhecimento da infração praticada, a empresa adia a comunicação aos órgãos governamentais pertinentes.

Diante desse panorama, percebe-se que o governo norte-americano, por meio de seu sistema de defesa da concorrência²⁶, atua de forma a estabelecer um padrão de programa que, supostamente, seria aplicável e válido para todas as empresas. Não atenta, dessa forma, para as peculiaridades corporativas de cada estabelecimento e ramo de negócio.

Assim, se por um lado esse entendimento facilita a delimitação das medidas a serem adotadas pela empresa, por outro, acaba por engessar prematuramente o desenvolvimento de políticas de compliance realmente eficazes e os esforços pela auto regulamentação, prejudicando o aprimoramento do sistema.

Recentemente, em 30 de abril de 2004, a “U.S. Sentencing Commission” submeteu ao Congresso norte-americano uma emenda ao texto das Guidelines, introduzindo diversas reformas que irão seguramente alterar

committed by just such high-ranking officials, which would disqualify the company from receiving any sentence mitigation, no matter how good its corporate compliance program. (...) A culture of competition must begin at the very top of the company” Em tradução livre: “Gostaria de enfatizar que, uma vez ocorrida a violação, o programa de compliance pouco pode fazer para persuadir a Divisão (Antitruste) a não processar a empresa. A responsabilidade organizacional, tanto civil como criminal, é baseada na teoria do *respondeat superior*. Nós, raramente, vimos algum caso em que o empregado que cometeu uma violação antitruste tenha atuado em solitário para seu próprio benefício e não para o da companhia. Um forte programa de compliance corporativo pode, de qualquer forma, ajudar no momento de julgamento do caso, principalmente se os funcionários que cometeram a violação não faziam parte do grupo de altos executivos. Novamente, contudo, é importante enfatizar que, pela nossa experiência, grande parte dos crimes antitruste são praticados justamente pelos empregados que ocupam os altos cargos da empresa, o que a desqualifica para receber qualquer tipo de mitigação em sua condenação, independentemente de quão bom é o seu programa de compliance. (...) A cultura pró concorrência deve iniciar-se nos cargos mais altos da empresa.” A respeito, vide também Gary R. Spratling, *The experience and views of the antitrust division*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>>.

²⁶ Em conjunto com o Federal Trade Commission (“FTC” – Comissão Federal do Comércio), o Department of Justice (“DOJ” – Departamento de Justiça) integra o sistema de defesa da concorrência norte-americano. No Brasil, esse sistema é integrado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“CADE”), pela Secretaria de Defesa Econômica (“SDE”) e pela Secretaria de Administração Econômica (“SEAE”).

a forma pela qual as empresas criam e administram os “Programas de Compliance”. O texto passará a vigorar a partir de 1º de novembro deste ano.

Como parte das revisões anuais efetuadas para verificação da eficácia das Guidelines, bem como em decorrência do aumento da responsabilidade das empresas e de seus dirigentes imposta pela Lei Sarbanes-Oxley (“LSO”)²⁷, a emenda referida buscou fortalecer o programa por meio da complementação dos requisitos mínimos exigidos.

Agora, fala-se em um “Programa de Compliance e Ética”²⁸, passando a constar como requisito mínimo a necessidade de que a empresa promova uma cultura corporativa que incentive condutas éticas e o comprometimento com a observância da lei. Essa medida acaba por impor novos desafios às empresas na implementação de seus programas, demonstrando-se acertada na medida em que focada nos valores do ser humano e seu adequado comportamento do ponto de vista moral.

Além disso, a emenda incentiva as pequenas empresas a adotarem o programa, o que em muitos casos não era feito em função dos altos custos representados pela instauração das medidas. Em relação a esse aspecto, as grandes empresas são estimuladas a promover a adoção do “Programa de Compliance e Ética” pelas empresas de menor estrutura com as quais mantenham negócios.

²⁷ A LSO foi editada por iniciativa da U. S. Securities and Exchange Commission – SEC (correspondente, no Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários - CVM), tendo constituído uma resposta do governo ao receio que se instalou na sociedade dos EUA, após os escândalos contábeis verificados, de que as informações disponíveis sobre as empresas talvez não indicassem sua real situação econômico-financeira.

²⁸ “Compliance and Ethics Program”. Antes dessa emenda, algumas empresas já se utilizavam do termo “Ethics Programs” para designar seus “Programas de Compliance”, sendo certo que também existiam as que se esforçavam em ambos os campos: compliance e ética. Os programas relativos à ética nas empresas orientam-se pela valorização de princípios morais, focando seus esforços em incentivar os funcionários a fazerem a coisa correta do ponto de vista moral e não apenas sob o aspecto legal. Cf. Kirk S. Jordan e Joseph E. Murphy, em seu artigo *Compliance programs: what the government really wants*, in <http://www.integrity-interactive.com/compliance/mkt_docs/guidelines.pdf>, as decisões proferidas pelo governo norte-americano até o presente momento apontam para uma necessidade de que os programas sejam focados em assegurar a atuação em conformidade com a lei (compliance), ainda que se considere válido o incentivo à ética empresarial. Com a nova emenda, portanto, parece que haverá mudança de prioridades. A respeito, vide Thomas Donaldson, *Adding corporate ethics to the bottom line*, in <[http://lgstwharton.uppen.edu/donaldst/Final%20RP842\(locked\).pdf](http://lgstwharton.uppen.edu/donaldst/Final%20RP842(locked).pdf)>.

Até a entrada em vigor das novas regras, portanto, diversas empresas devem buscar adequar seus programas, implementando as medidas necessárias para suprir qualquer falha. Para as empresas que ainda não adotaram voluntariamente esse tipo de procedimento, o momento também é adequado.

2.1.2. *A Experiência Européia*

Neste tópico, será analisada a experiência européia na implementação de “Programas de Compliance”, abordando-se as exigências efetuadas no âmbito da UE e do Reino Unido.

Cumprе esclarecer que a proteção da concorrência na UE se verifica apenas nos casos em que as infrações afetem o comércio entre os Estados Membros. Quando a infração afeta apenas um país específico, a adoção de medidas deve ser feita pelas Autoridades Nacionais Antitruste²⁹ e pelas Cortes Nacionais. Dessa forma, e no intuito de demonstrar como é feita essa proteção nacionalmente, será feita uma análise do sistema adotado pelo Reino Unido.

2.1.2.1. UE

Na UE, a defesa da concorrência tem como base os artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia³⁰, os quais proíbem, resumidamente, (i) o estabelecimento de acordos anticoncorrenciais entre as empresas que possam afetar o comércio entre os Estados Membros, dificultando o estabelecimento de um mercado competitivo, e (ii) o -abuso de posição dominante.

As principais penalidades e conseqüências decorrentes de violação a esses artigos são (i) imposição de multas substanciais, que podem variar de mil a um milhão de euros ou corresponder a 10% do faturamento anual da empresa, o que for maior³¹; (ii) ajuizamento de ações por terceiros que se sintam prejudi-

²⁹ National Competition Authorities (“NCAs”).

³⁰ European Community Treaty ou Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Européia. Esses artigos correspondem aos antigos artigos 85 e 86.

³¹ Nos últimos anos, a Comissão aplicou multas elevadíssimas em decorrência de violação ao tratado. Um exemplo é a decisão proferida em 1991 contra a Tetra Pak International S/A (Commission Decision – 92/163/EEC; OJ 1992 L 72/1, decidida pela Court of First Instance - tribunal de primeira instância da Comunidade Européia - no caso T-83/91 Tetra Pak International S/A v. EC Commission 1994 ECR II – 755 e

cados pelos atos anticoncorrenciais praticados³²; (iii) imposição de penalidades pecuniárias diárias, variáveis de cinquenta a mil euros, em função de não observância das determinações para cessação de determinada conduta pela empresa.

Nesse sentido, durante a década de 80, a Comissão Europeia (“Comissão”), órgão responsável por impulsionar as iniciativas legislativas e institucionais da UE, esforçou-se bastante no intuito de aumentar as penalidades estabelecidas para os casos que constituíssem graves violações ao tratado. Essa atitude, aliada à grande publicidade decorrente dessas medidas, acarretou o aumento da conscientização das empresas a respeito da necessidade de observância das disposições contidas nos artigos referidos.

Ainda que não seja possível medir o atual nível dessa conscientização, pode-se afirmar que já se alcançou o mesmo patamar existente nos EUA, o que surpreende na medida em que a legislação antitruste norte-americana possui mais de cem anos e a europeia pouco mais de cinquenta³³.

A observância do conteúdo da legislação antitruste da UE pelas empresas que possuem negócios na Europa, portanto, tem se mostrado essencial, surgindo, nesse contexto, a necessidade de implementação de programas que valorizem a atuação em conformidade com a lei e com a ética.

Essa necessidade ficou ainda mais explícita após as alterações legais introduzidas em 1º de maio deste ano por meio do Regulamento nº 1/2003³⁴.

A partir dessa data, buscou-se aumentar a efetivação do cumprimento da lei por meio de (i) aumento do poder de investigação da Comissão Europeia; (ii) permissão de que as Autoridades Nacionais Antitruste e as Cortes Nacionais

confirmada pela European Court of Justice - Corte de Justiça Europeia - no caso C-333/94P, 1996 ECR II – 5951). Nessa decisão, foi estabelecida a multa de 75 milhões de euros por abuso de posição dominante.

³² Ainda que esse tipo de ação não seja ainda muito comum, o número de ajuizamento vem aumentando, existindo incentivo por parte da Comissão como forma de fortalecer o sistema no âmbito da UE. Nos EUA, essa prática é mais freqüente, mas não pode ser subestimada na Europa.

³³ O sistema de defesa da concorrência no âmbito da UE data das origens do Mercado Comum Europeu, por volta dos anos 1950.

³⁴ OJ L1 4.1.2003. Esse é o conhecido “Regulamento da Modernização”, adotado em novembro de 2002, com vigência a partir de 1º de maio de 2004, em substituição ao Regulamento nº 17/62. Suas regras modificam radicalmente as bases do sistema de defesa da concorrência no âmbito da UE.

dos Estados Membros apliquem o artigo 81 do Tratado da Comunidade Européia em sua totalidade; (iii) requerimento de que os artigos 81 e 82 do tratado sejam aplicados paralelamente à legislação doméstica às condutas que possam ter efeitos no comércio entre Estados Membros; (iv) requerimento de que as decisões proferidas com base na legislação doméstica não alcancem resultados muito diferentes dos que seriam alcançados com base na aplicação do artigo 81.

Aliado a esse pedido de parceria na aplicação da lei pelos Estados Membros, também foi requerido que estes atuassem em cooperação nas investigações, com troca de informações relevantes. Para facilitar esses procedimentos, foi criada a Rede Européia da Concorrência (“European Competition Network – ECN”).

Além disso, deixou de existir o sistema formal de notificação dos acordos firmados entre as empresas, o que, no sistema anterior, permitia a isenção de aplicabilidade das proibições previstas em caso de as autoridades responsáveis entenderem pela inexistência de infração à ordem econômica e à defesa da concorrência³⁵.

Com base nas novas regras, portanto, as empresas devem utilizar-se de suas próprias perspectivas para manterem-se em conformidade com a lei³⁶, aguardando eventual investigação ou acusação por suposto descumprimento da mesma. O desafio que isso impõe na adoção de um “Programa de Compliance” eficaz concentra-se exatamente na necessidade de aumento das medidas de prevenção da prática de atos considerados anticoncorrenciais e na implementação de rígidas formas de controle das decisões empresariais que possam influir na concorrência.

Nesse aspecto, cumpre esclarecer que na UE não existem diretrizes como as Guidelines norte-americanas, que indiquem requisitos básicos a constar de um “Programa de Compliance” considerado eficaz. As medidas implementadas pelas empresas dos Estados Membros, portanto, sofrem, em grande parte, influência dos programas adotados pelas empresas dos EUA.

³⁵ No Brasil, o sistema de defesa da concorrência continua exigindo a notificação do ato que possa representar infração à ordem econômica. Vide artigos 32 e seguintes da Lei nº 8.884/94.

³⁶ Em grande parte dos casos, essa perspectiva costuma advir do departamento jurídico interno da empresa ou de consultores externos.

A jurisprudência europeia também acaba por seguir o entendimento lá adotado e conclui, na maior parte dos casos³⁷, que (i) a não adoção de um “Programa de Compliance” eficaz acarreta uma pena mais elevada; (ii) a implementação de um programa adequado possibilita a mitigação da pena; e (iii) a existência de um programa mal implementado pode resultar em aumento da pena imposta inicialmente³⁸.

No âmbito da UE, e na ausência das Guidelines, pode-se concluir pela existência de alguns pontos chave que devem ser observados³⁹, cumprindo reiterar que o programa deve ser especificamente criado para a empresa, em atendimento às suas necessidades. São eles: (i) realização de auditorias legais; (ii) treinamento de funcionários; (iii) realização de investigações; (iv) retenção de documentos; e (v) monitoramento das atividades.

³⁷ Vide Commission Decision (82/853/EEC) *National Panasonic* OJ 1982 L 354/28, 1983 1 CMLR 497; Commission Decision (88/86/EEC) *Fisher-Price/Quaker Oats Ltd – Toyco* OJ 1988 L 49/19 1989 4 CMLR 553; Commission Decision (91/532/EEC) *Viho/Toshiba* OJ 1991 L 287/39.

³⁸ Cf. Martin Smith, *Competition law – enforcement and procedure*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2001, capítulo 2 – Compliance Programmes, p. 9, “Although the Commission will view most favourably the situation in which a compliance programme is in place before there is any threat of Commission proceedings, even the belated initiation of a compliance programme will be regarded as a mitigating factor (provided, of course, the Commission can be persuaded that it is being established in good faith and not just as a means of obtaining a lower fine). (...) If, however, a compliance programme has been established which is clearly ineffective, it is unlikely to be regarded as much, if any, of a mitigating factor. Indeed when a compliance programme has been introduced but subsequently has not been complied with, that is likely to be treated as an aggravating factor.” Em tradução livre: “Ainda que a Comissão veja de forma mais favorável os casos em que o programa de compliance tenha sido implementado antes de qualquer ameaça de procedimentos contra a empresa, até as iniciativas retardatárias no sentido de adoção de um programa de compliance serão consideradas como um fator de possível mitigação da pena (desde que, é claro, a Comissão possa convencer-se de que as medidas estão sendo adotadas de boa-fé e não apenas como uma forma de obter uma multa menor). (...) Se, entretanto, o programa de compliance mostrar-se claramente ineficaz, ele dificilmente será considerado fator de mitigação. Certamente, quando um programa de compliance é estabelecido mas não é observado, deve ser tratado como um fator agravante.” Vide Commission Decision (1999/210/EC) *British Sugar* OJ 1999 L 76/1.

³⁹ Vide Kiran S. Desai, *Antitrust compliance programmes: act now*, in <<http://www.globalcompetitionreview.com/ear/compliance.cfm>>; e Martin Smith, *Competition law – enforcement and procedure*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2001, capítulo 2 – Compliance Programmes.

A realização de auditorias por pessoas especializadas permite a identificação de eventuais atos contrários à lei que já estejam em curso, bem como das áreas em que o potencial de ocorrência dessas infrações é maior. Algumas sugestões práticas são (i) entrevistas com funcionários de áreas chave, em que há maior risco de problemas; (ii) identificação dos mercados de produtos em que a empresa pode exercer posição dominante, com conseqüente revisão dos contratos firmados e das práticas adotadas; (iii) análise da natureza dos contatos efetuados pelos funcionários com os concorrentes; (iv) revisão dos contratos firmados com os fornecedores, clientes e parceiros comerciais; (v) revisão de outros documentos importantes, que possam indicar infrações.

Esse tipo de medida faz-se necessária uma vez que sempre existirão funcionários que atuarão de má-fé, independentemente de quantos treinamentos e outros procedimentos de educação legal forem adotados. Na grande maioria dos casos, metas de vendas e bônus funcionam como um incentivo constante à burla da lei, existindo diversos exemplos de infrações reiteradas por um mesmo funcionário, que consegue escondê-las do departamento jurídico da empresa⁴⁰.

Em relação a esse ponto, cumpre abordar a questão de quem deve supervisionar a implementação do programa. Geralmente isso é feito por um advogado sênior do departamento jurídico interno. Entretanto, dependendo do seu nível de conhecimento da legislação antitruste, sugere-se a contratação de advogados consultores externos para assistência. Até porque a comunicação da empresa com advogados externos está protegida por sigilo da Comissão⁴¹, o que não se verifica no tocante à comunicação trocada entre os funcionários e o departamento jurídico interno.

⁴⁰ O caso mais famoso de conduta reiterada verificou-se nos EUA no cartel das vitaminas, em que o DOJ concluiu pela culpabilidade de F. Hoffmann-La Roche, que continuou a praticar atos ilegais mesmo após sua condenação no caso do cartel do ácido cítrico.

⁴¹ A European Court of Justice (Corte Europeia de Justiça) considera que as informações trocadas entre a empresa e seus advogados está protegida se duas condições forem satisfeitas: (i) as comunicações devem ter sido preparadas com o propósito de defender a empresa no tocante a um tema particular; (ii) as comunicações devem ser feitas com advogados independentes e não integrantes do Departamento Jurídico interno. Entretanto, ainda que a comunicação cumpra ambas as condições, ela pode não ser protegida no caso de constituir relatório de auditoria, na medida em que não se poderia falar em um assunto particular mas em vários temas reunidos. Existem decisões considerando a proteção – Caso 155/79 *AM & S Europe Ltd. V. EC Commission* (1982) ECR 1575, 1982 2 CMLR 264, o que acaba por corroborar a escolha pelo advogado independente.

Finalmente, é extremamente recomendável que um alto-executivo da empresa participe ativamente do programa, incentivando os funcionários a obedecer ao estabelecido e demonstrando a seriedade adotada no tocante ao tema. Sua função também é a de reafirmar que a empresa não quer melhores resultados a qualquer custo, exigindo-os apenas até o ponto em que não seja afetada a concorrência⁴².

No tocante ao treinamento dos funcionários, reitera-se que o programa pode ser direcionado apenas àqueles que efetivamente possam atuar de forma a causar infrações à ordem econômica. Cabe à empresa definir se prefere restringir o âmbito de aplicação das medidas ou veiculá-las para todos os seus integrantes⁴³.

As diretrizes e informações devem ser sempre claras e sucintas, de forma a permitir a completa e correta compreensão pelos funcionários de todos os níveis, com sessões periódicas de seminários. Os treinamentos devem ser práticos e, preferencialmente, baseados em casos reais e situações factíveis dentro da empresa, o que auxilia na apreensão das informações⁴⁴. Posteriormente, os funcionários devem ser ouvidos sobre os pontos positivos e o que deve ser melhorado no programa, além de poderem contar com suporte para eventuais dúvidas e relatos de atos considerados ilegais. E, em caso de descumprimento, devem ser punidos.

⁴² Cf. Kiran S. Desai, *Antitrust compliance programmes: act now*, in <<http://www.globalcompetitionreview.com/ear/compliance.cfm>>, “The Commission considers that management has the responsibility to establish effective internal rules for compliance with EEC competition law. In the light of this, an effective programme must obtain the visible cooperation of the senior executives of the company, and this can in part be demonstrated by the company adopting a policy on antitrust compliance.” Em tradução livre: “A Comissão considera que os diretores têm a responsabilidade por estabelecer regras internas eficazes no que diz respeito à observância das regras de defesa da concorrência da UE. Tendo isso em vista, um programa eficaz deve contar com a visível cooperação dos altos executivos da empresa, e isso pode, em parte, ser demonstrado pela adoção de uma política de compliance.” Recomenda-se, ainda, que esses altos executivos assinem anualmente uma declaração que confirme sua atuação conforme a legislação e a política antitruste da empresa.

⁴³ Recomenda-se que pelo menos o gerente das áreas não relacionadas participe do programa.

⁴⁴ Atualmente, vê-se muito a implantação de programas de compliance on-line, que se mostra bastante interativos, prendendo mais a atenção do funcionário. A antiga metodologia de “pode” x “não pode” é hoje substituída por discussões em grupo para discussão de problemas e casos, jogos e vídeos educativos, sessões de perguntas e respostas, workshops etc.

A realização de investigações, por sua vez, encontra-se parcialmente contida no âmbito das auditorias e diz respeito à necessidade contínua de averiguações para detecção da prática de atos contrários à concorrência. Nesse sentido, é muito válido que a empresa mantenha um banco de dados organizado de seus documentos, o que facilita a resposta a eventuais requerimentos por parte das autoridades antitruste⁴⁵.

Após a realização de auditorias e investigações, certamente serão encontrados documentos que contêm evidências acerca de infrações aos citados artigos 81 e 82 do tratado ou à legislação nacional correspondente. Entretanto, ainda que tais documentos sejam incriminadores, não se recomenda sua destruição. Isso porque, caso sejam iniciadas investigações acerca da conduta ilegal relacionada a essa documentação, a empresa ficará desabrigada, sendo bem provável que existam cópias, rascunhos, referências em outros documentos ou formas de recuperação do que for eventualmente destruído. A destruição, nesses casos, acabaria por levar as autoridades a inclinar-se por concluir pela efetiva existência da infração⁴⁶.

Ainda que a destruição não seja recomendada em muitos casos, não há nada que proíba a empresa de adotar um programa de destruição sistemática, o que costuma ocorrer em função do grande volume de papéis acumulado. Caso se opte por esse sistema, deve-se considerar o prazo previsto por cada legislação para arquivo de documentos⁴⁷.

⁴⁵ Deve-se tomar muito cuidado com documentos virtuais, salvos em arquivos no disco rígido do computador. Até rascunhos apagados podem ser facilmente recuperados e qualquer erro de interpretação sobre o documento pode levar as autoridades a entenderem que a empresa está ligada a algum ato anticoncorrencial. Quanto ao prazo para resposta, a Comissão costuma conceder apenas 10 dias, o que corrobora a necessidade de organização dos documentos. Ademais, a empresa pode receber a visita inesperada de membros da Comissão para investigações. Nesse caso, o departamento jurídico interno da empresa ou sua assessoria legal externa devem ser imediatamente acionados para acompanhar os trabalhos.

⁴⁶ O melhor é manter o documento no arquivo, acompanhado de uma nota explicativa com explicações acerca do que efetivamente ocorreu. Pode existir uma explicação inocente para um documento que, em uma análise superficial, aparente demonstrar violação à lei. Deve também ser feito um treinamento dos funcionários sobre a melhor forma de preparar um documento e as conseqüências de sua má redação.

⁴⁷ Na UE, o Regulamento nº 2.988/74 aponta o prazo de cinco anos ou de três em determinadas circunstâncias, mas a contagem somente tem início a partir da data em que a infração chega a seu fim.

Finalmente, devem ser mantidas atividades de monitoramento dos funcionários e da eficácia do programa na empresa, com auditorias periódicas que permitam a conclusão pelo alcance dos objetivos almejados. Deve-se assegurar (i) a realização de treinamentos regulares e que os novos funcionários conheçam as regras, (ii) a revisão dos materiais utilizados, com atualização dos mesmos sempre que necessário; (iii) a efetiva punição daqueles que infringirem a legislação em inobservância do conteúdo do programa, dentre outras medidas.

Esse, portanto, é o panorama encontrado pelas empresas que atuam e comercializam com Estados Membros da UE, valendo reiterar que a experiência das empresas norte-americanas na adoção de “Programas de Compliance” também atua como fator de complementação.

2.1.2.2. Reino Unido

No Reino Unido, o sistema nacional de defesa da concorrência é efetivado, de forma genérica⁴⁸, pelo Office of Fair Trading (“OFT”), auxiliado pela Competition Commission (“CC”)⁴⁹.

A OFT tem como objetivo principal manter o mercado competitivo no Reino Unido em benefício dos consumidores. Suas atividades envolvem (i) efetivar o cumprimento da legislação antitruste e de defesa do consumidor; (ii) efetuar estudos dos diversos mercados para verificar seu desempenho; (iii) explicar e melhorar o conhecimento e compreensão do sistema de defesa da concorrência, o que também é feito por Guidelines⁵⁰. Ao atuar, a OFT é auxiliada pela CC, cuja principal função é efetuar investigações em caso de suposta existência de infração.

A legislação utilizada como base é o Competition Act 1998 (“CA/98”)⁵¹, que passou a vigorar em 1º de março de 2000. O CA/98 introduz duas regras

⁴⁸ Existem áreas de regulamentação específica, caso do gás, eletricidade, água, telecomunicações etc. Antigamente, o sistema era complementado pelo Director General of Fair Trading (“DGFT”), cargo que deixou de existir com o Enterprise Act 2002, a partir de 20 de junho de 2003.

⁴⁹ A CC foi estabelecida pelo Competition Act de 1998 e surgiu em 1º de abril de 1999, em substituição à Monopolies and Mergers Commission.

⁵⁰ Para mais informações a respeito, vide <<http://www.offt.gov.uk/About/Aims+and+objectives/default.htm>>.

⁵¹ Anteriormente vigoravam o Fair Trading Act 1973, o Restrictive Trade Practices Act 1976, o Resale Prices 1976 e o Competition Act 1980.

principais: (i) Capítulo I (“Chapter I”), com proibição de acordos anticoncorrenciais que possam afetar o comércio no Reino Unido, baseado no artigo 81 do Tratado da Comunidade Européia; e (ii) Capítulo II (“Chapter II”), com proibição de abuso de posição dominante, baseado no artigo 82 do mesmo tratado⁵².

As principais conseqüências das previsões legais referidas assemelham-se às existentes nos demais sistemas e são, resumidamente, (i) possibilidade de que membros da OFT ou da CC investiguem e requisitem documentos relevantes que possam indicar a prática de infração; (ii) imposição de multa em caso de inobservância da lei, a qual pode alcançar até 10% do faturamento anual da empresa por até três anos⁵³; (iii) possibilidade de que terceiros que se sintam prejudicados pela prática da infração requeiram ressarcimento pelos danos sofridos judicialmente.

Posteriormente, foi editado o Enterprise Act 2002 (“EA/02”)⁵⁴, o qual impõe severas sanções para o caso de descumprimento da legislação antitruste, inclusive às pessoas físicas, configurando um enorme incentivo à implementação de “Programas de Compliance”.

A partir de 1º de abril de 2003, foi estabelecido o Competition Appeal Tribunal (“CAT”), órgão especializado e independente responsável pelo julgamento dos casos relacionados ao direito da concorrência.

No campo penal, as principais inovações vigoram desde 20 de junho de 2003 e podem ser assim resumidas: (i) possibilidade de imposição de pena de até cinco anos de prisão ou multa ou ambos a indivíduos acusados de participação em acordos relativos a cartel; e (ii) possibilidade de desqualificação de indivíduo do cargo de diretor⁵⁵ em empresas do Reino Unido por até 15

⁵² Para mais informações a respeito do conteúdo dos capítulos, vide <<http://www.of.gov.uk/Business/Legal+Powers/Competition+Act+1998/ca982.htm>>.

⁵³ O cálculo das penalidades segue os procedimentos estabelecidos pelo “Director General of Fair Trading’s Guidance on the Appropriate Amount of a Penalty”. Para maiores informações, vide <<http://www.of.gov.uk/Business/Legal+Powers/Competition+Act+1998/ca98+penalties.htm>>.

⁵⁴ Parte das disposições entraram em vigor em 1º de abril de 2003 e parte em 20 de junho do mesmo ano. Para mais informações, vide <<http://www.of.gov.uk>> e *How will the Enterprise Act 2002 change the Competition Act 1998 regime?*, in <<http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/FA5F6D5F-7569-4A7D-98F3-EF0223C0FE9C/0/of441.pdf>>.

⁵⁵ A OFT apresenta um Competition Disqualification Order (“CDO”) para as Cortes Nacionais. Para mais informações, vide OFT guidance Competition Disqualification Orders (OFT 510), in <<http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/7979C8A1-9C04-4691-BA78-2C2ADE2F824A/0/of510.pdf>>.

anos, nos casos em que a empresa na qual ele exercia a função tenha praticado infrações contra a legislação antitruste nacional ou da UE e a Corte Nacional considere que o mesmo não possui condições de exercer cargo de diretoria. Durante o prazo de afastamento, o indivíduo não pode envolver-se na promoção, formação ou direção de qualquer empresa.

Além do CA/98 e do EA/02, e desde 1º de maio deste ano, as autoridades antitruste do Reino Unido também podem determinar a aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia. Isso em virtude das disposições inseridas pelo Regulamento nº 1/2003 da UE, já citadas no tópico anterior. Com base nessas novas regras, foram feitas propostas de adequação do CA/98 no intuito de sua uniformização com o sistema europeu⁵⁶.

O sistema de defesa da concorrência no Reino Unido, portanto, mostra-se bastante enfático, com previsão de penalidades severas para o caso de descumprimento da lei, o que ficou ainda mais explícito com o EA/02. Essa situação alerta ainda mais as empresas para a necessidade de implementação de um “Programa de Compliance” eficaz.

Nesse sentido, a OFT apresenta algumas diretrizes a serem seguidas quando da adoção desse tipo de programa⁵⁷, os quais devem ser feitos sob medida para cada empresa, assim como nos EUA e na UE. Recomenda-se que os programas contenham quatro elementos básicos, quais sejam, (i) apoio e incentivo de um alto executivo; (ii) adoção de políticas e procedimentos apropriados; (iii) treinamento dos funcionários; e (iv) avaliações periódicas sobre a sua eficácia.

Da mesma maneira que nos demais sistemas, as autoridades antitruste do Reino Unido também consideram a adoção de “Programas de Compliance” como fator de redução das penalidades impostas em decorrência da prática de infrações, desde que seja possível considerá-lo eficaz. Além disso, as empresas que detectarem rapidamente a conduta ilegal podem valer-se do acordo de leniência.

O sistema adotado, portanto, acaba por inspirar-se, em grande parte, nos procedimentos adotados nos EUA e na UE, com claro incentivo à adoção

⁵⁶ Consultas feitas em abril e junho de 2003, com resposta do governo em 16/01/04. Vide <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/competition_act.htm>.

⁵⁷ Vide *How your business can achieve compliance – A guide to achieving compliance with the Competition Act 1998*, in <<http://www.ofc.gov.uk/nr/rdonlyres/78d1280-4eb8-46d4-a52b-207f9afeaae1/0/ofc424.pdf>>. Nessas diretrizes, a OFT alerta que as pequenas empresas também devem adotar medidas de compliance, mas não necessariamente tão formais como as adotadas pelas grandes organizações.

de medidas que eduquem e incentivem os funcionários das empresas a atuarem em conformidade com as leis de defesa da concorrência e com a moral.

3. Adoção do programa no Brasil

No Brasil, o “Programa de Compliance” foi inserido formalmente no âmbito específico do direito da concorrência por meio da criação do PPI. Seguindo a experiência norte-americana e europeia, são exigidos como seus elementos básicos: (i) criação de padrões e procedimentos claros com relação à observância da legislação por parte dos funcionários da empresa; (ii) indicação e qualificação de dirigente com autoridade para coordenar e supervisionar os objetivos propostos; (iii) indicação do grau de delegação e fiscalização dos poderes de negociação e da prestação de contas por parte dos funcionários responsáveis pelos contatos com agentes dos mercados de atuação da empresa; (iv) estabelecimento de mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos em eventuais infrações à ordem econômica.

Além disso, deve constar do PPI (i) descrição de todo o material a ser utilizado para a implementação das medidas; (ii) regulamento que contenha o tratamento a ser dado e as penalidades a serem impostas aos eventuais infratores; (iii) regulamento com disposições acerca da destruição de arquivos e documentos; (iv) forma de instauração de sistemas de monitoramento de potenciais e reais infrações; (v) instrumento de contratação de serviços de auditoria externa e independente sobre matérias relacionadas à defesa da concorrência; (vi) declarações de conhecimento do conteúdo do PPI por parte dos ocupantes de cargo de administração, direção, gerência, chefes de equipes de vendas e participantes de reuniões de associações de classe ou outras formas de associação existentes nos mercados de atuação ou de interesse da empresa; e (vii) declaração de associações de classe que atestem a não utilização de ações anticoncorrenciais por seus associados.

A princípio, portanto, segue-se basicamente o mesmo padrão adotado no exterior, buscando-se implementar as medidas que já se mostraram válidas nos outros sistemas. Entretanto, ao contrário dos demais países citados neste trabalho, o Brasil inova ao criar o Certificado de Depósito do PPI. A concessão desse certificado decorre da averiguação, pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (“DPDE”), da existência e cumprimento dos requisitos mínimos previstos⁵⁸.

⁵⁸ Caso seja concedido, o certificado referido terá validade de dois anos, renovável por

Assim, a eficácia do PPI será aferida previamente e não no curso das investigações e julgamento como ocorre nos sistemas adotados pelos EUA, UE e Reino Unido. Isso permite que a empresa implemente o programa de forma mais segura, sabendo se efetivamente cumpre com as exigências do governo ou não.

A concessão do certificado comporta duas exceções: (i) empresa que tenha sido condenada por infração à ordem econômica ou violação da Lei nº 8.884/94 nos dois anos anteriores ao protocolo do PPI e (ii) empresa em relação à qual esteja em curso investigação no âmbito da SDE, CADE ou SEAE, em sede de processo administrativo.

Nesse aspecto, não se mostram muito adequadas as restrições. Ora, se a empresa foi condenada por infração à ordem econômica e cumpriu a pena imposta, não se pode mais tratá-la como infratora. Pelo contrário, com maior razão deveria a mesma ser incentivada a adotar medidas que visem à redução da prática de atos ilegais. No tocante às empresas contra as quais corram investigações, também não se pode considerá-las infradoras, na medida em que vigora em nosso ordenamento jurídico a presunção de inocência. Despropositadas, portanto, as hipóteses de não concessão do certificado, devendo a Portaria SDE nº 14/04 ser revista nesse aspecto.

No tocante às penalidades impostas, estas podem ser reduzidas em caso de implementação do PPI e aquisição de seu certificado, desde que (i) a empresa requeira tal procedimento à SDE e que (ii) esta considere o programa eficaz, após analisar o preenchimento dos requisitos mínimos exigidos e sua efetiva aplicação. Caso a empresa não possua o certificado, poderá beneficiar-se da redução desde que demonstre haver implementado o PPI quando do início das investigações sobre a eventual existência de infrações, cabendo à SDE aferir sua eficácia.

A redução das penalidades não será possível no caso em que a potencial ou real infração à ordem econômica tiver contado com a anuência ou a clara

períodos idênticos, desde que prestadas novas informações que permitam a conclusão pela continuidade de cumprimento dos requisitos mínimos. O não cumprimento dos mesmos poderá acarretar, a qualquer momento, sua revogação. Além disso, o artigo 7º da Portaria SDE nº 14/04 prevê como hipóteses de revogação do certificado: (i) descumprimento de qualquer das obrigações assumidas no PPI; (ii) omissão de informação relevante ou prestação da mesma de forma enganosa; (iii) condenação judicial ou administrativa da empresa por qualquer das infrações previstas na Lei nº 8.884/94 e legislação correlata.

omissão de dirigente da empresa ou se a infração não tiver sido comunicada à SDE no prazo de trinta dias contados do seu conhecimento pelos dirigentes. Vê-se aqui, mais uma vez, a influência do entendimento adotado nos EUA e na UE acerca das hipóteses em que não se admite a redução da pena.

Assim, a despeito de contar com algumas falhas, a iniciativa de adoção do PPI pelas empresas brasileiras é louvável e demonstra o alinhamento do nosso sistema de defesa da concorrência com as tendências mundiais.

4. Conclusão

O aumento das penalidades impostas por parte de vários países em caso de infração à legislação de defesa da concorrência vem alertando as empresas acerca da necessidade de implementação de programas que conscientizem seus funcionários sobre as conseqüências maléficas decorrentes da prática de atos ilegais. Além disso, com a internacionalização dos mercados, as empresas passam a ficar submetidas a diferentes regimes, cuja grande maioria incentiva a adoção de “Programas de Compliance”.

Nesse sentido, a experiência demonstrada pelos EUA e pela União Européia na adoção desse tipo de programa serve de exemplo para o aperfeiçoamento de sistemas como o brasileiro, que até bem pouco tempo atrás não divulgava ou incentivava sua implementação.

A despeito da louvável iniciativa da SDE e dos diversos benefícios advindos da criação do PPI, todavia existem imperfeições a serem sanadas, além do fato de que sua recente instauração impede conclusões expressivas acerca de sua aceitação e compreensão pelas empresas brasileiras.

Faz-se, então, necessário o empenho das autoridades antitruste brasileiras em sua divulgação, com constantes incentivos às empresas a adotarem os procedimentos estabelecidos, o que certamente possibilitará o enaltecimento da defesa da concorrência em nosso país, colocando o Brasil em linha com o mundo.

Bibliografia

BLACK'S LAW DICTIONARY, West Publishing Co., 1999, 5ª Edição.

DESAI, Kiran S. *Antitrust compliance programmes: act now in* <<http://www.globalcompetitionreview.com/ear/compliance.cfm>>.

DONALDSON, Thomas. *Adding corporate ethics to the bottom line* in <[http://lgstwharton.uppen.edu/donaldst/Final%20RP842\(locked\).pdf](http://lgstwharton.uppen.edu/donaldst/Final%20RP842(locked).pdf)>.

Freshfields Bruckhaus Deringer, *Online competition compliance programme* in <<http://www.freshfields.com/practice/comprade/publications/pdf/onlinecompliance.pdf>>.

GOODRICH, Leon R. *Antitrust compliance programs – The sentencing guidelines* in <http://www.oppenheimer.com/content/Course_files/compliance.pdf>.

JAGLOM, André R. *Managing Distribution: How to develop a Corporate Legal Compliance Program* in <<http://www.tanhelp.com/newsworthy/Articles/LegalComplianceProgram.pdf>>

JORDAN, Kirk S. e MURPHY, Joseph E. *Compliance programs: what the government really wants in* <http://www.integrity-interactive.com/compliance/mkt_docs/guidelines.pdf>.

KOLASKY, William J. *Antitrust compliance programs: The government perspective* in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>.

MURPHY, Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs* in <<http://www.ussc.gov/corp/corpbehavior2.PDF>>.

OFFICE OF FAIR TRADING in <<http://oft.gov.uk>>.

PERRY, William K. *State attorneys general encourages voluntary corporate compliance programs* in <http://www.kansascity_prsco.org/IIC_Compliance_guide.doc>.

SMITH, Martin. *Competition law – enforcement and procedure*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2001.

SPRATLING, Gary R. *The experience and views of the antitrust division* in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>>.

THE US DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. *Status Report: An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program* in <www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/202531.pdf>.

THE US SENTENCING GUIDELINES MANUAL in <<http://www.ussc.gov/2003guid/CHAP8.htm>>.