

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2022-12-12

Deposited version:

Accepted Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Bahamonde, R. (2019). Antitrust compliance. In Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário, Ruben Bahamonde (Ed.), *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas*. Coimbra: Almedina.

Further information on publisher's website:

<https://www.almedina.net/compliance-perspectivas-e-novas-din-micas-1580815501.html>

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: Bahamonde, R. (2019). Antitrust compliance. In Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário, Ruben Bahamonde (Ed.), *Compliance: perspectivas e novas dinâmicas*. Coimbra: Almedina.. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

Insistindo um pouco no que já foi aqui referido, o Compliance deve ser encarado como uma prática de conformidade, i.e., como um sistema cujo último propósito consiste na obtenção do maior grau de convergência entre o comportamento de uma organização, lato senso, e o conjunto de normas que lhe são aplicáveis.

Resulta evidente que os benefícios decorrentes da efetiva implementação de um programa de compliance podem ser constatados quer no contexto público e/ou privado e quer no domínio das grandes instituições como dos agentes individuais. No entanto, tendo em consideração os recursos necessários para a implementação de um programa de compliance e os seus potenciais benefícios, nesta oportunidade focar-nos-emos nas suas vantagens quando implementados por agentes institucionais, de média ou grande dimensão, por serem os destinatários mais evidentes. Nomeadamente, no domínio do antitrust compliance, ou conformidade do comportamento de uma empresa e seus membros para com o direito da concorrência, o tamanho importa, sendo certo que numa grande generalidade de situações, os comportamentos de empresas pequenas, com pouco poder de mercado, serão menos suscetíveis de incorrer em ilícitos concorrenciais.

Uma primeira questão que importa responder consiste na justificativa da necessidade de implementar um programa de compliance quando as empresas já dispõem de advogados ou juristas que zelam pelo acompanhamento das questões jurídicas. Pois bem, esta pergunta é de fácil resposta. O compliance é um sistema de conformidade com as normas pelo que, obviamente, impõe-se o conhecimento das

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de A Corunha, Espanha; Professor Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), Portugal; Adjunto do Diretor do Departamento de Direito da UAL; Diretor do Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas (Ratio Legis), Lisboa, Portugal; Diretor da Revista Galileu de Direito e Economia; Professor Auxiliar Convidado do Instituto Superior das Ciências do Trabalho e da Empresa – Instituto Universitário de Lisboa, (ISCTE-IUL), Docente em diversos cursos de pós-graduação e mestrado na UAL, no ISCTE-IUL, na Autónoma Academy e na Universidade Internacional de la Rioja (UNIR), Espanha. Advogado e árbitro. rbahamonde@autonoma.pt

mesmas, mas o conhecimento jurídico ou normativo será apenas um dos elementos que permitirá o correto e eficaz funcionamento do programa, sendo que no mesmo haverá que envolver também outros agentes como os trabalhadores, os administradores, os mandos intermédios e os sócios. Também será preciso criar uma mais ou menos complexa estrutura para facilitar a monitorização e acompanhamento da implementação e a gestão do programa, o que se diferencia dos serviços tradicionalmente prestados pelo advogado de empresa.

Uma outra dúvida recorrente consiste em saber se apesar de ser diferente à figura do advogado de empresa, a implementação de um programa de compliance cria ou pode criar benefícios suficientes que compensem a sua existência, mesmo quando como realidade paralela à existência do próprio advogado de empresa. Neste ponto, e tendo ficado claro que ambas figuras perseguem objetivos diferentes, é comum salientar diversas vantagens decorrentes da implementação de um sistema de compliance. Em primeiro lugar refere-se sempre como vantagem a salvaguarda da imagem da empresa perante os seus consumidores/clientes e demais operadores no mercado. Com efeito a pública divulgação dos incumprimentos de uma empresa a nível laboral, ambiental, concorrencial, penal, fiscal etc., irá denegrir a imagem desta empresa no mercado o que poderá acarretar graves consequências económicas².

Em segundo lugar, e de forma mais direta, as sanções económicas ou de outra natureza que sejam impostas aos agentes infratores também irão prejudicar os seus resultados económicos ou até comprometer a sua subsistência. Em terceiro lugar, e apesar de verificada a existência de um incumprimento, o agente infrator sempre poderá agir para a resolução do problema antes da atuação das autoridades, o que lhe permitirá atenuar o seu grau de censura e em muitos casos, o montante das sanções decorrentes desse incumprimento. Ou seja, do exposto resulta que um programa de compliance adequadamente pensado e implementado, quando bem gerido, permite que a empresa possa prevenir e evitar potenciais ilícitos futuros e mesmo quando estes

² No caso dos *dieselgate*, Volkswagen e grupo Fiat Chrysler, tais incumprimentos resultaram em pesadas coimas, obrigação de reparar os veículos, caída da cotação em bolsa das ações das empresas envolvidas e demandas coletivas de particulares afetados.

se concretizam, permite que o problema seja gerido proactivamente, minimizando o máximo possível os danos dali decorrentes.

É importante frisar que a mera existência de um programa de compliance numa determinada instituição não constitui uma garantia de conformidade com as normas nem evidencia a existência de melhores padrões éticos numa ou noutra entidade. Com efeito, a utilidade prática de um programa de compliance está necessariamente ligada ao grau de **compromisso** com que o programa é assumido, o que terá expressão na sua **efetividade** podendo assim resultar numa elevada taxa de **eficácia**. Neste domínio, e pelo que respeita ao direito da concorrência que nos ocupa, i.e., a União Europeia, Portugal e Brasil, quer a Comissão Europeia quer diversas Autoridades Nacionais da Concorrência, afirmaram claramente que a mera invocação da existência de um programa de compliance por parte de um infrator não pode ser causa suficiente para verificar uma atenuação da sanção, pois para poder proceder nesse sentido deve ser efetivamente acreditada a sua implementação e a sua efetividade³. Uma outra questão prende-se com o facto de saber se, enquanto justificação para redução da coima, o programa de compliance deve ser implementado antes da instauração do processo pela autoridade da concorrência ou também pode ser levado em linha de conta quando implementado após a identificação da infração mas antes da determinação do valor da sanção⁴.

O REGIME DA CONCORRÊNCIA EUROPEU E BRASILEIRO

No âmbito da União Europeia, o direito da concorrência está contido eminentemente, no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), concretamente no artigo 101º relativo aos cartéis, no artigo 102º relativo ao abuso de posição dominante, nos artigos 107º a 109º no que respeita aos auxílios públicos e por

³ Guia – Programas de Compliance – Orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial, Conselho Administrativo de Defesa Económica, Janeiro/2016, Brasília, p. 14; É importante Cumprir – O que as empresas podem fazer para melhorar o cumprimento das regras de concorrência da EU, Comissão Europeia, Luxemburgo, 2012, ponto 1.3.

⁴ Sobre um quadro geral da situação na Europa consultar a apresentação de Pier Luigi Parcu, Director of the Florence Competition Programme, realizada no European University Institute, Florença, no âmbito do Advanced Competition Seminar – 15.09.2018, disponível em https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/39644/ENTraNCE_PB_2016_01.pdf?sequence=3&isAllowed=y

último, a matéria tocante às concentrações económicas encontra-se prevista no Regulamento (CE) n.º 139/2004.⁵

O regime da concorrência português consagrado na lei 19/2012 com pequenas modificações não substanciais, atualizou no ordenamento jurídico nacional o regime estabelecido no âmbito comunitário, pelo que por facilidade de exposição, faremos referência ao regime da União em detrimento do regime nacional, sendo reforçada esta opção pelo facto de o regime da União ser diretamente aplicável em território nacional, pelos nossos tribunais, pela Autoridade da Concorrência e podendo também ser invocado pelos particulares⁶.

No Brasil, o atual regime da concorrência consagrado na Lei n.º 12.529 enumera diversas infrações à ordem económica⁷, entre as que se salientam as resultantes dos seguintes comportamentos: acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma⁸ (cartéis) e exercer de forma abusiva posição dominante⁹. A norma da concorrência também consagra um sistema de controlo de concentrações económicas que vai desde o artigo 88º até ao artigo 91º da LSBDC.

Como se verá posteriormente com detalhe, o facto de incorrer em algum dos ilícitos irá gerar diversas consequências negativas para os infratores, sejam eles pessoas coletivas ou singulares, e para os seus representantes. O primeiro ponto de partida para que um agente económico determine a abrangência do seu programa de compliance ao nível da concorrência passa por saber se a sua atividade é desenvolvida, para o que ao caso nos interessa, em território brasileiro ou europeu. Com efeito, as normas concorrenciais em apreço apenas serão aplicadas a agentes económicos que se

⁵ Regulamento (CE) n.º139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>

⁶ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, (LC). Existem algumas diferenças na lei portuguesa, como por exemplo a existência do ilícito de abuso de dependência económica (12º LDC), mas por não ser esse o escopo desta apresentação não serão aqui salientadas.

⁷ Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (LSBDC).

⁸ Inciso I do § 3º, do artigo 36º LSBDC.

⁹ Inciso IV do artigo 36º LSBDC.

encontrem sediados no território em causa, ou que nele, através de qualquer via, desenvolva a sua atividade económica.

Temos utilizado até aqui como sujeitos do programa de compliance a nível antitrust a designação de instituições, entidades ou agentes económicos de forma propositada pois apesar de que as normas concorrenciais visam as empresas, o conceito de empresa adotado é funcional, não se confundindo com o conceito mercantilista. Assim, para efeitos do compliance concorrencial deve ser considerada como empresa qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou de serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. No seguimento deste conceito funcional, considerar-se-á como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituam uma unidade económica ou mantenham entre si laços de interdependência. Ou seja, esta particularidade no âmbito concorrencial foge à tradicional separação de programas de compliance mais vocacionados para entidades públicas e programas de compliance mais adequados para entidades privadas, pois essa diferença fica totalmente esbatida no âmbito concorrencial.

De todo o modo, conforme é amplamente defendido e aceite, não existem programas de compliance genéricos ou adequados a uma determinada categoria quer seja de sujeitos, de atividades etc. Com efeito, um programa efetivo de compliance tem de ser *“tailor maid”*, específico para a realidade concreta e particular do sujeito ao que se destina e aos seus riscos pois, o tipo de programa que bem pode funcionar numa grande empresa não faria sentido numa pequena ou media empresa, e a abordagem feita para uma empresa que atue na área da prestação de serviços em contexto de licitações públicas em pouco ou nada se assemelhará à abordagem a fazer numa situação em que a empresa se dedique à distribuição retalhista de produtos lácteos.

Feito o enquadramento relativo ao âmbito geográfico ao que se circunscreve a atividade da empresa, e determinando-se nesta medida quais as normas concorrenciais que lhe são aplicáveis, o passo seguinte passará pela identificação e compreensão dos diversos ilícitos sancionados, por forma a evitar incorrer nesses comportamentos ou reagir aos mesmos o quanto antes, uma vez estes sejam identificados.

ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

Conforme se referiu anteriormente para que o mercado considerado no seu todo possa produzir os melhores resultados para todos os intervenientes nele envolvidos parte-se do pressuposto que os agentes económicos nele atuantes agem de forma livre, obtendo vantagens sobre os seus rivais alicerçadas no mérito, e não furtando-se à concorrência ou obtendo vantagens injustificadas.

Para evitar estes desvios, as normas da concorrência proíbem os **cartéis**, considerando genericamente como tais os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas que tenham por objeto ou efeito prevenir, restringir, limitar ou falsear, em todo ou em parte o mercado nacional, e que sobre este causem ou possam vir a causar um dano sensível. Os comportamentos que incidam neste grupo, serão proibidos, sancionados com a nulidade, no caso de acordos ou decisões de associações de empresas, no entanto, verificando-se que dos mesmos resulta um benefício superior aos prejuízos que causa ou que eventualmente pode vir a causar, tais acordos, decisões ou práticas poderão beneficiar de uma isenção da sua proibição.

Quer no domínio europeu quer no âmbito brasileiro, não existe uma lista taxativa fechada com os concretos comportamentos proibidos, mas antes uma indicação de alguns dos comportamentos que podem cair dentro desta proibição, entre os que se assinalam a fixação de preços, a repartição de mercados, a limitação da produção e ou da distribuição, a subordinação da celebração de contratos a prestações suplementares etc.

Para poder ter uma melhor noção deste tipo de ilícios iremos fazer referência a alguma casuística de ambos lados do Atlântico. Uma das coimas mais pesadas impostas pela Comissão relativa a cartéis nos últimos tempos, no valor de **2.93 biliões** de euros, esteve relacionado com o conhecido como cartel dos Camiões (Caso AT.39824 – Trucks, Decisão da Comissão de 27.09.2017). Neste caso, resultou provado que os principais fabricantes de camiões na Europa, entre eles, MAN, Daimler, Fiat Chrysler, Iveco, Volvo/Renault e DAF, desde o ano 1997 até 2011 combinaram os preços e os aumentos de preços brutos no Espaço Económico Europeu para camiões, tendo ainda incidido

sobre o calendário e a repercussão dos custos para a introdução de tecnologias de emissões para camiões médios e pesados exigidos pelas normas EURO 3 a 6. Saliente-se que neste processo, pese embora a MAN ter participado no ilícito desde o seu início, beneficiou de imunidade por ter utilizado a política de clemência, sendo que outros intervenientes beneficiaram de uma redução da coima de 40%, 30% e 10%, chegando-se assim ao valor global de **2.93 biliões** de euros. Custará imaginar o conflito dos administradores da MAN, de uma parte, traíram a confiança dos seus compinchas de cartel entregando-os à autoridade, por outro, apesar de ter participado num ilícito de elevada gravidade que afetaria seriamente as contas da empresa e o bolso dos seus acionistas, provavelmente ainda terão recebido um louvor destes últimos por utilizar os mecanismos legais ao dispor para evitar as consequências negativas associadas à sua participação no cartel.

Um caso mais antigo, de 2013, mas interessante porque envolve portugueses, brasileiros e espanhóis, é o n.º AT.39839 –Telefónica/Portugal Telecom. Lembrar-se-ão que há uns anos a Telefónica e a Portugal Telecom eram acionistas da empresa de telecomunicação brasileira Vivo. Pois bem, neste âmbito a Telefónica e a Portugal Telecom celebraram um contrato através do qual esta se comprometia a vender àquela as suas participações na Vivo, permitindo que a Telefónica tomasse o controle da companhia brasileira. Sucede que uma das condições para a realização do negócio foi o estabelecimento de uma cláusula de não concorrência no mercado ibérico mediante a qual cada uma das partes se comprometia a não concorrer direta ou indiretamente com a outra nos seus respetivos mercados domésticos. A referida cláusula consiste em quatro linhas que originaram uma coima de **66.89 milhões** de euros para a Telefónica e de **12.29 milhões** de euros para a Portugal Telecom.

Em território brasileiro e com bastante atualidade encontramos a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Económica investigando um alegado cartel relacionado com as obras de construção e reforma de instalações desportivas destinadas à Copa do Mundo de 2014 que teve como origem uma adesão ao programa de leniência/clemência subscrito pela construtora Andrade Gutierrez assim como executivos e ex-executivos desta sociedade comercial. Um outro caso decidido pelo CADE em julho de 2019 e que também teve origem num acordo de leniência é o

relativo ao cartel de trens e metrô onde um total de onze empresas e 42 pessoas foram condenados no valor de **535,1 milhões** de reais por terem participado de conluíus em licitações realizadas em São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Entre o conjunto de empresas encontrava-se a alemã Siemens, a francesa Alstom, a espanhola CAF e a canadiana Bombardier entre outras, o que deixa bem patente que o incumprimento das normas antitrust não é uma questão meramente latina¹⁰.

Após uma breve análise dos casos mencionados conseguimos verificar que para as empresas infratoras, o receio de serem apanhadas pela autoridade da concorrência é residual, pois o principal risco consiste em que algum parceiro do ilícito, provavelmente com um programa de compliance efetivamente implementado, entregue a estas autoridades todos os elementos necessários para dar cumprimento ao seu registo de padrões éticos e de conformidade, aproveitando assim uma muito provável exclusão de sanção decorrente de um acordo de leniência.

Um outro ilícito concorrencial proibido com significativa expressão casuística nos ordenamentos jurídicos analisados consiste no **abuso de uma posição de domínio**. O legislador brasileiro foi mais claro que seu homólogo europeu ao definir este ilícito especificando que o que se proíbe não é a mera detenção de um poder significativo de mercado que tenha sido obtido licitamente e nos mesmos moldes seja exercido, o comportamento proibido consiste na utilização ilícita/abusiva desse poder pela empresa para obter vantagens injustificadas com prejuízo de outros concorrentes, os consumidores e o próprio mercado. Mais uma vez, os legisladores concorrenciais não criaram uma lista fechada dos comportamentos que podem ser considerados abusivos, enunciando apenas aqueles que, decorrente da prática, se manifestam como mais comuns. Neste sentido, existindo uma posição de domínio, considerar-se-á abusiva a imposição de preços, a limitação da produção e ou da distribuição, a subordinação da celebração de contratos a prestações suplementares, a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes e a recusa de acesso a uma rede entre outras.

¹⁰ <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-multa-em-r-535-1-milhoes-cartel-de-trens-e-metros>

A empresa Google tem sido uma fonte muito ativa de produção de decisões da Comissão no âmbito do abuso da posição dominante, concretamente, entre 2017 e 2019, foram impostas à Google coimas pelo valor global de **€ 8,16 biliões** de euros¹¹. Todos os casos mencionados têm por base o mesmo comportamento padrão da Google, o abuso da sua posição de domínio quer no mercado dos motores de pesquisa, de onde retira lucros pela publicidade, quer na prestação de serviços de intermediação de espaços publicitários online de onde retira lucros pelos serviços de posicionamento prestados. Em qualquer um dos mercados em causa a quota de mercado da Google variava entre 70% a 95% e os comportamentos específicos tidos por abusivos consistiram na imposição de cláusulas de exclusividade, na vinculação de produtos e no pagamento de montantes a grandes fabricantes de dispositivos móveis para pré-instalar o seu motor de pesquisa entre outros.

Em Portugal temos o caso de abuso de posição dominante da SPORT TV, em que esta entidade praticava condições desiguais/discriminatórias na celebração de contratos de retransmissão dos canais de televisão SPORT TV, beneficiando alguns concorrentes em prejuízo daqueles que obtinham condições menos vantajosas para a retransmissão dos mencionados canais no mercado dos pacotes de televisão *premium*. Neste contexto, e decorrente da participação realizada pela Cabo Visão, a Autoridade da Concorrência impôs à SPORT TV uma coima de três milhões e setecentos e trinta mil euros que foi posteriormente reduzida pelo Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão para dois milhões e setecentos mil euros¹².

No Brasil temos relativamente frescos os casos de abuso de posição dominante da Rodrimar e da Tecon Rio Grande onde se verificou que ambas operadoras portuárias nos portos de Santos (SP) e Rio Grande (RS) respetivamente, detendo o monopólio do descarregamento e carregamento dos navios, prestavam também serviços de armazenagem em concorrência com outros armazenadores. Neste contexto, e de forma separada, as empresas multadas pelo CADE criaram taxas para aumentar abusivamente os preços cobrados aos seus concorrentes armazenistas pelos serviços de carga e

¹¹ https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_en.htm

¹² http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Paginas/IDF201311.aspx

descarga onde detinham uma situação de monopólio. Com este comportamento, os concorrentes tinham que pagar e conseqüentemente cobrar um preço extra aos seus clientes, o que dificultava as suas condições para concorrer no mercado de armazenagem com as empresas monopolistas. Por sua vez, os monopolistas, abusando da sua posição no mercado de carga e descarga de carregamentos, pretenderam aumentar ilicitamente os seus lucros, obtendo ainda benefícios ilícitos na sua atividade de armazenistas. Por este comportamento, as empresas visadas foram condenadas a pagar uma multa que no seu global ascende a **5.7 milhões** de reais¹³.

Chegados a este ponto, ainda poderíamos falar sobre casos relacionados com o incumprimento das normas concorrenciais relativas às concentrações económicas e no domínio europeu, também seria interessante abordar alguma casuística em matéria de auxílios públicos, no entanto, não é nosso objetivo esgotar esta temática, mas apenas ilustrar aos presentes com alguma casuística para fazer um melhor enquadramento da relevância da matéria do compliance no domínio concorrencial, o que se julga cumprido com os exemplos supra referidos.

AS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DOS ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

De seguida explanaremos de forma sintética e comparativa os diversos tipos de sanções aplicada quer no Brasil quer em Portugal, onde poderemos facilmente constatar que o regime sancionatório Brasileiro é amplamente mais severo com os ilícitos antitrust do que o regime português:

Sanções	Portugal	Brasil
Coimas/Multas Inst.	Até 10% Vol Faturação Anual	Até 20% Vol Faturação Anual
Coimas/Multas Adm.	Até 10% Remuneração Anual	0,1 a 20% da aplicada à empresa
Reincidência	-	Dobro
Proibição de exercer o comércio	-	Até 5 anos
Cisão da Sociedade ...	-	Sim
Privação Participar Concursos	Até 2 anos	Até 5 anos
Publicação Decisão	Sim	Sim
Sanção Pecuniária Compulsória	Até 5% vol. Faturação diário	5 mil reais dia (x 50 casos esp.)
Crime	Não	2 a 5 anos de reclusão e multa

¹³ <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-operadores-portuarios-por-abuso-de-posicao-dominante>

Além das sanções supra mencionadas, deve lembrar-se que quaisquer terceiro que se julgue lesado pelo comportamento concorrencial ilícito poderá demandar ao infrato ou infratores para solicitar uma indemnização pelos danos que tenha sofrido como consequência desse comportamento.

Neste contexto sancionatório facilmente se compreende o relevante papel que jogam os programas de leniência ou clemência no que respeita especificamente aos casos de cartéis. Com efeito, devido à sua difícil deteção, o mecanismo ideado para incentivar a sua identificação consiste na possibilidade de atribuir ao primeiro delator uma dispensa total da multa/coima/sanção, sempre e quando forneça elementos completos, suficientes e determinantes sobre o acordo ou prática ilícito, incluindo os objetivos, as atividades e funcionamento, os produtos em causa, datas, locais, participantes das negociações/contactos e conteúdo desses eventos. Outros participantes no ilícito poderão beneficiar de reduções das penalidades entre 1/3 e 2/3 e em Portugal e na Europa, reduções de entre 50% e 20%.

O PROGRAMA DE ANTITRUST COMPLIANCE

Um programa de compliance deve ser ideado à medida do seu destinatário pois como já foi referido, não existe um modelo padrão único para o compliance nem um modelo típico no âmbito antitrust, que permitam garantir com elevado grau de certeza a efetividade e eficácia do sistema. Sem prejuízo do exposto, são comumente aceites diversas características definidoras do programa de compliance que indiciam a sua efetividade, referindo como mais relevantes as seguintes:

Planeamento – Para a boa implementação de um programa de compliance será preciso realizar uma avaliação prévia do tipo de empresa visado e a sua estrutura, as áreas de atividade económica onde atua, os tipos de colaboradores que intervêm em toda a cadeia de produção, as zonas geográficas onde atuam, avaliando-se os particulares riscos em cada situação. Com efeito um programa de compliance para uma empresa que habitualmente participa em concursos públicos terá que definir mecanismos mais estritos para as pessoas que participam na preparação dessas licitações e/ou reúnem com as associações do setor ao passo que uma empresa de distribuição de produtos de higiene pessoal poderá ter que focar mais a atenção nos

seus vendedores, nas comunicações que possam estabelecer os administradores com outros concorrentes ou na confecção de contratos de distribuição, parceria etc. com outros agentes económicos, sejam eles concorrentes ou não. Existem riscos específicos nas relações verticais que diferem dos riscos das relações horizontais, riscos específicos nos mercados retalhistas e riscos específicos nos mercados grossistas. Por fim, resultará essencial para poder realizar um correto planeamento, determinar a partida orçamental com a que se conta. De nada serve um programa de compliance muito ambicioso que depois, na prática, não se consegue sustentar.

Investimento – Um programa de compliance carece do necessário investimento para a sua implementação e concretização dos objetivos. Não basta contratar um compliance officer, será necessário contratar recursos humanos como o compliance officer, mas também serviços de auditoria externa, investir em sessões de formação para os colaboradores da empresa, desenvolver e divulgar regulamentação e/ou códigos de boas práticas e criar canais de comunicação céleres, sigilosos e independentes.

Compromisso – Talvez o fator mais relevante na implementação de um programa de compliance seja o compromisso de todos os intervenientes de uma empresa nas suas respetivas medidas, i.e., na adoção de uma cultura de conformidade com as normas. No âmbito antitrust já verificamos que as consequências de um ilícito podem causar graves danos à estabilidade financeira das empresas ou à sua continuidade em determinados mercados, além de poderem ser atingidos diretamente os administradores participantes e indiretamente os trabalhadores que podem ver perigar os seus postos de trabalho como consequência da situação resultante do comportamento ilícito. Assim torna-se essencial que os administradores interiorizem essa cultura de compliance e daí para abaixo chegando até ao porteiro. Para esse efeito devem ser criados códigos de conduta, inseridas específicas referências nos contratos de trabalho ou prestação de serviços à necessidade de cumprir com esse código ético. Como reforço, devem ser realizadas sessões de formação, inquéritos de verificação, e criados sistemas de prémios para os cumpridores assim como sanções contratuais para os não cumpridores. É do interesse de todos que a empresa evite pesadas sanções que prejudiquem sua estabilidade e sua imagem no mercado. É do interesse do porteiro, do chofer, do pessoal das limpezas, dos técnicos, dos mandos intermédios, das chefias, dos

sócios, dos fornecedores e dos clientes que essa entidade evite pôr em perigo o microuniverso do que depende e que também dela dependem.

Canais de comunicação – A informação é essencial para monitorizar o programa de compliance, para conseguir identificar situações de desvio ao comportamento desejado, i.e., de risco, e para poder tomar as pertinentes decisões que evitem ou minimizem esse risco. Para esse efeito, devem ser criados canais seguros, acessíveis e céleres facilitem a qualquer colaborador da sociedade veicular a informação de que teve conhecimento ao responsável indicado para realizar o tratamento dessa informação. Neste contexto, a habilitação de um e-mail, uma caixa de correio, um telefone e um horário de atenção permitirão um elenco o suficientemente amplo que garanta não só a célere participação por o meio mais adequado para o participante com também, se assim o desejar, ficar no anonimato. É muito importante que o informador se sinta seguro com o seu comportamento, assim como também resulta fundamental transmitir ao informador que o seu comportamento é de capital importante para a empresa.

Fiscalização – O programa de compliance tem um ator principal, e este é o compliance officer ou departamento de compliance pessoa ou grupo de pessoas encarregues de receber e dar seguimento à informação que recebem. Este agente deve monitorizar o cumprimento do sistema de compliance adotado e propor alterações quando identificada alguma falha. O compliance officer tem que poder fiscalizar tudo e todos dentro do universo da empresa e no âmbito das suas funções, i.e., verificar a conformidade dos diversos agentes que intervêm na empresa com o sistema implementado, elaborando os correspondentes relatórios que lhe permitam realizar o levantamento dos resultados da sua atividade e assim poder atuar em prol da efetividade do sistema implementado. O compliance officer não deve depender hierarquicamente a nenhum órgão específico, mas antes, deve ser autónomo e participar obrigatoriamente os relatórios da sua atividade com a regularidade necessária aos administradores, ao órgão de fiscalização, se este existir, e à assembleia geral de sócios. Nestes moldes, o compliance officer desempenha uma efetiva fiscalização interna da empresa não se dispensando porém, a realização de auditorias externas periódicas que possam certificar quer o desempenho daquele quer avaliar o funcionamento do sistema implementado.

Avaliação e atualização – A vida das empresas e as suas realidades são dinâmicas pelo que o programa de compliance também deve adaptar-se a este dinamismo, se pretender ser efetivo. Assim, o programa de compliance deve ser avaliado internamente pelos seus destinatários e pelo seu gestor (compliance officer), e para garantir uma maior isenção deverá proceder-se também a uma avaliação externa com alguma periodicidade. Estas avaliações são instrumentos indispensáveis para a identificação de falhas no sistema implementado e para constatar mudanças de realidade que por sua vez, exijam a reformulação de determinados aspetos da área do compliance. Por exemplo, se a empresa começa a desenvolver uma diferente área de negócio ou inicia a sua atividade num território novo, justificar-se-á a realização de formações preventivas específicas, da ampliação dos canais e das línguas de comunicação ou da criação de secções dentro da área do compliance da empresa.

Chegados a este ponto, e tendo como medida a limitação do tempo e do espaço disponíveis para abordar tão basta e interessante matéria, espero ter contribuído para a formação da convicção por parte da plateia que o compliance ao nível concorrencial é uma ferramenta fundamental para o crescimento e sobrevivência num mercado altamente competitivo e global, dominado por empresas de grande ou medio porte. Na verdade, não se trata de que as empresas apostem no compliance na expectativa de uma futura vantagem, mas antes, que se preparem para o futuro olhando para o passado, evitando assim, certamente, cair nos mesmos erros.