

Algumas propostas que nós temos defendido, em um momento tão difícil, inclusive de reforma tributária, se referem a uma simplificação tributária. É algo que para nós todos, brasileiros, é fundamental. Diminuir aquele *gap* por exemplo, das 2.600 horas. A reforma tributária está sendo discutida. Patrocinamos um evento no começo da semana, da Associação dos Fiscais de Renda e do BID. Várias propostas foram apresentadas, inclusive do deputado Haully. Nós temos que entender que proposta pode prosperar. O Brasil depende disso. O estímulo aos sistemas antifraude, já comentamos aqui, de sistemas de acompanhamento de controle de produção. E, no caso do devedor contumaz, claramente tem que fazer essa diferenciação entre devedor contumaz e o devedor eventual, com todas as garantias previstas em lei.

Mas o que nós não podemos, nós, sociedade, nós, Estado – como disse aqui também a desembargadora Mariana, pela manhã, é tratar os iguais de forma desigual e os desiguais de forma igual. Nós temos que ter um outro tratamento. Quando apurarmos isso, essa prática criminosa, o Estado tem que se mover de uma outra forma. Porque ele está sendo lesado. Esse é o desafio que nós temos que acompanhar juntos, para construir uma outra realidade em benefício do nosso país. Repito, ética é fundamental para a convivência humana e para o desenvolvimento de qualquer país. Não há país desenvolvido que não respeite a ética, não respeite a lei. Eu termino por aqui, agradecendo a atenção, essa oportunidade que a AJUFE, mais uma vez, dá ao ETCO, de sermos parceiros em uma iniciativa tão importante, de fortalecer conceitos, princípios e valores. É esse o caminho que nós precisamos tomar. Muito obrigado.

Fernando Quadros da Silva - Eu agradeço, mais uma vez, à elucidativa contribuição do doutor Edson Vismona. Vamos agora ouvir, com muito prazer, o professor Fábio Medina Osório, já colaborador da AJUFE, de nossos eventos, há muitos anos. Foi ministro-chefe da AGU, como todos sabem. É presidente do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. É advogado, doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri; foi orientado pelo professor García de Enterría; mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; tem uma vasta carreira jurídica, foi promotor de Justiça aprovado em

primeiro lugar no seu concurso; foi secretário de estado; tem diversas obras publicadas também, entre outras *Direito administrativo sancionador*, *Teoria da improbidade administrativa*, *A improbidade administrativa*. Consultor da revista do Centro de Estudos Judiciários; advogado militante. Foi professor – e ainda é professor de diversas escolas de Magistratura. Professor, é um prazer recebê-lo, mais uma vez, em um evento da AJUFE. E eu passo a palavra a Vossa Excelência.

Fábio Medina Osório - Boa tarde a todos. Eu quero, inicialmente, destacar que é uma honra participar de uma mesa presidida pelo eminente desembargador Fernando Quadros, do TRF-4. Quero cumprimentar também os ilustres participantes deste debate, companheiros de mesa, Vinícius Marques de Carvalho, advogado, ex-presidente do CADE e Edson Vismona, presidente do ETCO, parabenizando-os pelas brilhantes exposições que me antecederam. Quero agradecer o convite que me foi formulado na pessoa do presidente da AJUFE, Roberto Veloso, cumprimentando-o pela liderança histórica que exerce à frente da instituição. E, também, agradecer ao ilustre juiz federal Fernando Mendes, querido amigo, pelo convite. Cumprimentar também a diretoria da AJUFE, aqui presente; agradecer e destacar que é uma honra estar aqui, na presença dos senhores juizes federais, que tanto dignificam o nosso país. Poder participar deste debate, portanto, é uma enorme responsabilidade, sempre. E trazer algumas reflexões sobre o *compliance* antitruste.

Em primeiro lugar, eu me permito sublinhar que o sistema brasileiro de defesa da concorrência é um sistema evidentemente que dialoga com outros sistemas normativos, assim como o sistema brasileiro de defesa da probidade, o dos consumidores, ou de outros direitos difusos e coletivos. E portanto, para que haja violação à livre concorrência, não raro há, de modo subjacente, violação a outros direitos difusos relacionados a outros subsistemas jurídicos, como foi destacado aqui brilhantemente pelo ilustre Edson Vismona, presidente da ETCO.

Ou seja, quando nós visualizamos práticas ilícitas relacionadas à vulneração da ordem tributária em determinada escala, é muito comum também vislumbrarmos práticas anticompetitivas que resultam em preços abaixo do custo ou preços predatórios praticados por empresas que passam a dominar determinados mercados, ou seja, utilizam a sonegação tributária como estratégia de dominação de

um mercado, ou mesmo para consolidar o abuso de uma posição dominante, fortalecendo, assim, condutas anticompetitivas. E, do mesmo modo, o sistema de proteção à probidade administrativa dialoga com o sistema de proteção à livre concorrência, à medida em que as práticas corruptas, de igual forma, elas consolidam também – como acontece com as fraudes licitatórias – posições de dominação no mercado. E não se pode abstrair essa realidade.

No entanto, eu procurarei aqui focar o nosso olhar sobre o guia de programas de *compliance* que foi elaborado em janeiro de 2016 pelo próprio CADE, que ainda não foi objeto de uma análise pelos que me antecederam e que trata de orientações sobre estruturação e benefícios da adoção de programas de *compliance* concorrencial. Que é, efetivamente, um guia, uma orientação e um *compliance* mais específico, voltado àquelas peculiaridades do Direito Concorrencial. E que ele parte de um *compliance* que dialoga com esses subsistemas, repito, de tutela da probidade, de tutela da ordem tributária e de outros direitos difusos relacionados a outros subsistemas, como consumidores e outros sistemas relevantes, mas que tem, certamente, um olhar mais peculiar, voltado para a questão da concorrência, que foi objeto de atenção do CADE. E, aqui, ele busca, o próprio CADE, definir o *compliance* – e isso é recente, de janeiro de 2016 – como um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes da atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Ou seja, ele busca incentivar esses programas de *compliance* para aqueles agentes que estão sob a jurisdição do CADE. E esse guia me pareceu bastante moderno, elogiável mesmo, o que faz jus à tradição de qualidade do CADE no Direito brasileiro. E agrega, que é um guia facultativo, evidentemente, e que busca tratar de um balizador como fonte de inspiração para aqueles que estão, repito, expostos à jurisdição desta autarquia.

Mas, antes de adentrarmos aí em uma análise mais específica ainda sobre esse guia, é bom lembrar que o *compliance*, propriamente dito, ele se insere na temática da autorregulação. Então, nós estamos aí abordando a ética concorrencial, quando tratamos de *compliance* concorrencial, dividindo essa abordagem pelo prisma da regulação concorrencial – que seria, então, competência do CADE, mas

eu diria não só do CADE, porque essa regulação concorrencial também é atribuição de outras instituições, como é o caso do Ministério Público, Federal sobretudo. Ele exerce uma atribuição regulatória diferenciada, mas através das ações civis públicas, dos termos de ajustamento de conduta sobretudo, passa a exercer também uma regulação nesta área, não há dúvida nesse sentido. E o *compliance* como uma espécie de autorregulação privada que dialoga com essa regulação concorrencial.

Então, como a regulação concorrencial aproveitará a autorregulação. Quais serão os efeitos da autorregulação no âmbito dessa heterorregulação, dessa regulação concorrencial. Essa é a grande questão, hoje, do *compliance*, de um modo geral, no Direito brasileiro. Quais serão os efeitos da autorregulação no âmbito da regulação. Quais serão aquelas penalidades na autorregulação que serão aproveitadas na regulação.

Por exemplo, discute-se, na questão do *compliance* anticorrupção da Lei 12.846, de 2013, se, uma vez configurado o chamado *compliance* efetivo e o que seria esse *compliance* efetivo – já veremos aqui que o próprio CADE insiste bastante sobre esse conceito no seu guia –, ele apenas servirá para mitigar as penalidades da regulação. Ele, como autorregulação, serviria para mitigar as penalidades. E em qual extensão isso seria feito. Ou ele poderia servir para excluir o nexo de causalidade. Esse é um debate importante. E, aqui, também surge – ou surgirá – esse debate, em que medida a autorregulação influencia a regulação. Esse é um debate que me parece estar ainda em aberto.

Ora, a regulação deve influenciar a autorregulação. Ela tem também esse objetivo, ela deve ter esse objetivo, deve procurar formatar, promover uma autorregulação consistente. Claramente, é esse o desiderato do regulador. E o que seria uma autorregulação consistente, o que seria um *compliance* consistente e efetivo? A promoção de normas, em um *enforcement* interno, por parte das empresas, dos agentes econômicos, que resultem em condutas conformes com as regras do jogo corporativo concorrencial. Então, o Estado disciplinaria processos, e não conteúdos. E exerceria uma espécie de metarregulação a exigir regulação de conteúdos do próprio setor privado para que este passasse a disciplinar e a fomentar condutas em conformidade com as regras do jogo e estimulando a concorrência, a

livre concorrência, mas cooperando com o regulador – sempre nesta linha – e sempre lembrando de algo entre os sistemas, ou seja, as práticas em conformidade com as leis tributárias, as práticas em conformidade com a governança, as práticas em conformidade com a probidade. Tudo isso estimulando a livre concorrência. Então, empresas, mediante regras próprias de governança corporativa, de probidade e de ajuste com regras tributárias – para dizer o mínimo – deveriam ser capazes de impulsionar a política de defesa da concorrência, através de parâmetros regulatórios concretos, específicos e consistentes.

Daí, nasce esse conceito, que o próprio CADE, aliás, fala, em acordo com a própria Lei 12.846, de 2013, de *compliance* efetivo. Ora, o conceito de *compliance* efetivo, que é muito importante e que me parece que, antes da Lava Jato, não se levava muito à atenção. E que o guia é muito agudo também em chamar a atenção para um conceito ao qual nós também apontamos, em artigo, logo que veio à tona a Lei Anticorrupção, para os chamados *compliances* de fachada. Então, nós apontamos a indústria do *compliance* de fachada, quando veio à tona a lei. E havia essa indústria do *compliance* de fachada. Tanto é certo que, na era pré Lava Jato, grande parte das empreiteiras envolvidas na Lava Jato tinham *compliance*. Todas elas tinham *compliance*. Todas essas empreiteiras envolvidas na Lava Jato tinham um *compliance*. Algumas, inclusive, agravaram sua própria situação em função do *compliance*, me parece. Então, o conceito de *compliance* de fachada que o CADE chama a atenção aqui, no seu guia, é um conceito muito oportuno.

E também, embora não seja o seu papel detalhar, mas ele aponta no guia o conceito de *compliance* efetivo. E nós também apontamos esse conceito em um artigo pioneiro, ali, logo que veio à tona a lei. O que seria o *compliance* efetivo? Ora, esse padrão de *compliance*, quer dizer, o *compliance*, nós temos que ter claro a questão da cultura do *compliance*. Vamos logo trazer à tona, aqui, algumas normativas internacionais sobre *compliance* que são muito importantes como referência. E *compliance* tem que ser capaz de poder contrariar a alta direção das empresas. Do contrário, ele terá muita dificuldade para trabalhar com autonomia, com independência. Quer dizer, há uma série de requisitos para os quais nós vamos aqui chamar um pouco a atenção. Qual é o padrão de *compliance* que se quer

consolidar no Brasil? Qual é o padrão de *compliance*? São regras de conduta concretas, são estruturas operacionais eficazes, são regras e mecanismos adequados aos tipos de risco que se tem para o enfrentamento. Então, aqui, a tendência é que se aponte a organização internacional para a padronização, quer dizer, as ISO, que existem desde 1947 e já abarcam aí pelo menos 160 países. Então, a tendência é – e já nos acordos de leniência que o Ministério Público Federal vem travando, vem se buscando aí a exigência em relação a várias empresas que celebram acordos de leniência, no âmbito da Lava Jato, a adaptação a ISOs que tratam de *compliance*. Vamos ver qual é a ISO, mais especificamente, que está se buscando o ajuste para essas exigências.

E por que é necessário? Porque a ISO busca uma padronização global internacional. E nós estamos falando de infrações globais, infrações internacionais e de cooperação internacional frente à questão desses ilícitos todos e que o Direito Comparado tem se harmonizado muito para um enfrentamento bastante parecido, eu diria assim. Uma harmonização do Direito Comparado para o enfrentamento desses ilícitos também. Então, é importante tratar de algumas normativas internacionais que eu entendo que impactam o Direito Antitruste. Algumas, que impactam de modo muito relevante o Direito Antitruste.

A primeira delas, eu entendo que é a normativa bastante recente – duas delas, não é? Eu vou até, pela anterior, a ISO 37001, que trata do padrão global para o gerenciamento de políticas antissuborno. Essa ISO, embora ela não trate de cartéis – ela não trata especificamente, é verdade, de cartéis – mas, vejam, ela impacta toda a questão da livre competição relacionada à corrupção. E me parece que isso afeta, pode afetar a livre concorrência, principalmente em contratos com a administração pública. Essa ISO nasceu de uma reunião em Londres, em julho de 2013 e, aí, ela se fortaleceu nos sistemas de gestão antissuborno. E os requisitos dessa ISO são genéricos, é verdade. Mas se aplicam a qualquer organização. E o objetivo é mostrar que a organização, a empresa, ela está comprometida em adotar controles eficazes, pautados em padrões internacionais, para combater suborno. E tem um conceito bastante amplo, genérico, de suborno, que é o seguinte: Oferta, promessa, entrega, aceitação ou solicitação de uma vantagem indevida, de qualquer

valor, que pode ser financeiro ou não financeiro, direta ou indiretamente, independente de posição, em violação às leis aplicáveis, como um incentivo ou recompensa para uma pessoa que está agindo ou deixando de agir em relação ao desempenho de suas funções. Então, é verdade que ela não contempla os cartéis, outros delitos anticompetitivos, até mesmo a lavagem de capitais, mas ela é uma importante normativa internacional para fomentar a livre concorrência, porque o suborno – quer dizer, a corrupção, que é o equivalente aqui – sempre impacta a livre concorrência. Então, essa é uma ISO muito importante para se estimular, do ponto de vista da integridade, das políticas de integridade e de *compliance* no âmbito do Direito Concorrencial.

Agora, esse fomento à cultura da competição com fiscalização é um outro ponto estratégico que eu me permito destacar, que consta do guia do CADE. E isso revela, também, uma nova cultura que deve emergir nos próximos tempos. Juntamente com essa cultura do *compliance*, eu percebo que se descortina um novo ambiente de competição em que as empresas devem fiscalizar umas às outras. E que o *compliance* pode ser um centro nevrálgico também, para irradiar uma cooperação mais intensa desse departamento com autoridades públicas para que, aí, surja uma espécie de fiscalização do privado sobre o privado. Por quê? Porque o ambiente de corrupção, o ambiente de práticas ilícitas, ele está se tornando cada vez mais arriscado. E esse risco vai se incorporando aos custos. Quer dizer, aquele diálogo do Direito e Economia, o risco da delação premiada, hoje, ele está muito alto. Os corruptos, eles podiam confiar uns nos outros, tempos atrás. Quer dizer, tinha amizade de 40 anos, que foi rompida, como nós vimos aí no noticiário nacional, o sujeito entrando no hospital e gravando um amigo que ele tinha há 40 anos. O outro, gravando os familiares. Então, um entregando o outro. E o ministro de Estado reclamando da falta de ética do sujeito que entrega o outro, porque está rompendo o código de ética dos mafiosos. E isso era um código de ética dos mafiosos. Porque um não podia entregar o outro. E alguns ainda não compreenderam que isso é um código de ética, mas é um código de ética dos mafiosos. Não é um código de ética normal. Entenderam?

Então, ocorre que isso ruiu, porque esse Direito anglo-saxão definitivamente

foi incorporado, por força de normativas internacionais, ao Direito brasileiro. E, portanto, qual é a tendência – como está corretamente assinalado, também, no guia do CADE? O fomento à cultura da competição com fiscalização. O guia do CADE afirma textualmente que o *compliance* estimula o reconhecimento de ilicitude em outras organizações. Então, o que significa isso? Significa que uma empresa fiscalizará a outra. Significa que a tendência é que haja a expansão da chamada advocacia de ataque, advocacia acusatória. Um escritório, sendo contratado para atacar uma empresa corrupta. Isso será cada vez mais normal. Para cooperar com o Ministério Público, para cooperar com a Receita Federal. O *compliance* cooperando, prestando informações. Vejam, porque a empresa não vai se submeter a uma prática corrupta, porque o risco que ela tem para competir em igualdade de condições com outras empresas corruptas é muito alto. É muito alto. Ela optará por atacar o seu concorrente que estiver incorrendo em ilicitudes. E isso está claro aqui. Então, outra tendência, portanto, é todo o mercado passar a submeter-se a esses programas de *compliance* que nós chamamos de efetivos, através ou da voluntária adesão a esses programas ou mesmo através dos acordos de leniência.

Agora, o que seria esse conceito de *compliance* efetivo? A ISO 19600, de 2014, que é outra normativa internacional fundamental para essa compreensão, ela trata dos chamados sete 'S': Cultura, comportamento, controles, competências, comprometimento, consistência. Essa ISO tem sido pouco observada. Mas é a ISO que trata efetivamente – é uma ISO de 2014 – da uniformização do *compliance*, da gestão por *compliance*, em âmbito internacional. É a ISO que uniformiza o *compliance* em âmbito internacional. E, a partir daí, vão se irradiar os seus efeitos para os diversos países. E, evidentemente, o Brasil tem os seus documentos, como é o caso do Programa de Integridade do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, em que ele enuncia diretrizes para empresas privadas, do ponto de vista ético. Inclusive, o cadastro no Pró-Ética, da CGU. E, aí, diversas outras normativas para se ajustar. Mas essa ISO 19600, de 2014, ela é a ISO que, no âmbito global, no âmbito internacional, ela regula, de modo uniforme, como é o conjunto dos requisitos gerais para que haja a gestão de um programa de *compliance*. E ela também tem sido exigida, em aderência para alguns acordos de leniência.

E o que seria então esse conceito de *compliance* efetivo? Ainda não há uma definição. Mas a tendência – como foi referido neste guia de *compliance* do CADE – é que se considere o grau de autonomia do *compliance officer* perante a alta direção. Que ele tenha uma interlocução, uma capacidade de fiscalizar a própria alta direção. Como ele poderá reportar ilícitos da alta direção. Se ele tem ou não competência para cooperar com autoridades públicas. E, se nós considerarmos que o conceito de *compliance* é importado do Direito anglo-saxão, lá, o Direito Administrativo não é um direito da administração pública em caráter estatutário, como é o nosso Direito *civil law*. Lá, é um Direito que tem origens, digamos, no direito inglês dos QUANGO ingleses e o direito americano, o direito de agências. Portanto, é um direito que não está ligado necessariamente ao conceito de uma entidade abstrata. É um direito em movimento. E, dessa forma, nós podemos pensar que também os particulares, os privados nesse espaço anglo-saxão, desempenham atividades reguladas pelo Direito Administrativo.

Aqui, do mesmo modo, há uma tendência cada vez maior de se ocupar um espaço público não estatal por agentes econômicos e agentes privados. E é o que se vê aqui, com a Lei Anticorrupção outorgando deveres públicos para agentes econômicos ou agentes privados. E o *compliance* nada mais é do que uma espécie de delegação do Estado para o âmbito privado de uma espécie de dever de vigilância e de cooperação para com o próprio setor público. Uma tendência, na medida em que existem elevadas responsabilidades sociais – e mesmo públicas – das empresas privadas, perante a coletividade. E me parece que, sem dúvida alguma, essa tendência é inexorável, é irreversível, é global. Decorre de uma política que vem crescendo pelo menos desde 1977 com a Lei Anticorrupção norte-americana, com o sistema *compliance* bancário que, lamentavelmente, se mostrou bastante ineficaz no mundo inteiro, dadas as crises globais pelas quais passamos. E a tendência que o sistema anticorrupção acabe permeando os demais sistemas de *compliance* que existem em outras esferas. O sistema *compliance* anticorrupção parece o mais robusto de todos e ele tende a influenciar os demais modelos de *compliance* que existem em outros subsistemas. Inclusive, aqui, eu entendo que esse sistema *compliance* antitruste, ele deve ser influenciado, teleologicamente, pelo

sistema *compliance* anticorrupção. Ele é o mais robusto hoje, no mundo. Se nós olharmos as normativas internacionais, ele é mais robusto. Ele chegou a se tornar mais robusto que o *compliance* bancário – que era o mais antigo e era considerado o mais consistente. No entanto, dadas as crises que se abateram sobre o sistema financeiro internacional, ele se revelou um sistema bastante frágil, bastante precário. E o sistema *compliance* anticorrupção, é o contrário. Ele tem gerado sempre consequências jurídicas muito fortes sobre aqueles que se mostram violadores das leis. E tem também ensejado, mais recentemente, um modelo preventivo interessante.

Então, com essas observações bastante sintéticas, sobre ética concorrencial e *compliance*, eu quero reiterar o meu agradecimento por poder participar de uma mesa presidida pelo eminente desembargador Fernando Quadros, com tão ilustres participantes aqui presentes. E novamente registrar a honra de poder participar deste evento e renovando, também, o meu agradecimento ao presidente Roberto Veloso. Muito obrigado.

Fernando Quadros da Silva - O doutor Vismona gostaria de fazer uma breve comunicação aqui, no evento.

Edson Vismona - Rapidamente, eu queria apresentar a vocês, em primeira mão – nós ainda não divulgamos –, um dado que acho que é de interesse aqui, do público. O ETCO, com orientação dos nossos associados, tem procurado também se desdobrar nessa questão de avaliar e defender posturas éticas na sociedade. Isso, eu acho que é fundamental, além de todos os trabalhos que nós desenvolvemos. E nós contratamos o DataFolha e fizemos uma pesquisa que me parece inédita, sobre a percepção que o jovem tem com relação à ética. Para estimular, no meio da nossa juventude, os temas éticos. E, paralelamente à pesquisa, nós vamos ter uma contribuição, um *hot site*, voltado para os professores, com *cases*, para que eles possam abordar esses casos, esses *cases* nas salas de aula e, com isso, estimular o debate sobre a ética. Eu acho uma contribuição importante.

E na pesquisa que nós fizemos, fizemos uma pesquisa qualitativa e, depois, uma quantitativa. Da qualitativa saíram algumas profissões. Os jovens começaram a comentar e fazer uma relação entre essas profissões e como eles entendem que