

Vão ocorrer leniências de Recursos Humanos no Cade?

30/10/2019

Os acordos de leniência surgiram no Brasil no âmbito da legislação Antitruste, através de previsão expressa inserida pela Medida Provisória 2.055, de 11 de agosto de 2000, posteriormente convertida na Lei 10.149/2000, tornando-se rapidamente o instrumento mais importante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para detecção e combate aos cartéis. Com efeito, desde a vigência das normas, verificou-se um crescimento exponencial do número de investigações iniciadas por empresas que optaram por delatar acordos entre concorrentes para fixação de preços, divisão de clientes ou mercado de atuação em troca da então garantida imunidade administrativa.

Spacca



As primeiras leniências firmadas no Brasil foram propostas junto ao Cade por empresas estrangeiras que reportaram cartéis internacionais com efeitos no Brasil, uma consequência natural de estratégias de obtenção de imunidade em múltiplas jurisdições afetadas. Tais casos não apenas trouxeram exposição internacional para a autoridade brasileira, mas também proporcionaram ao Cade a oportunidade de demonstrar estar qualificado para lidar com casos de extrema complexidade.

O rigor técnico do Cade na análise das informações recebidas trouxe, às leniências, robustez e confiabilidade. O tratamento conferido pelo órgão a esses acordos, o respeito absoluto à confidencialidade e a coerência na exigência de dados que de fato representem prova concreta do ilícito incentivaram a utilização desse instrumento no Brasil. Consolidava-se, assim, o instrumento da Leniência sem qualquer espetacularização decorrente de indevidos vazamentos.



Paulatinamente, empresas brasileiras começaram a adotar a estratégia de confessar os seus crimes de cartel. Com o advento de nova legislação antitruste ([Lei 12.529/2011](#)), a Leniência ganhou ainda mais força, devido à inclusão expressa da garantia de imunidade criminal para a empresa e os colaboradores que primeiro reportem a conduta irregular.

Ato contínuo, uma “nova onda” de leniências se iniciou quando empresas locais — inclusive subsidiárias de multinacionais — passaram a adotar programas de *compliance* mais elaborados, com ferramentas avançadas de investigação interna. Estas investigações internas, ao evidenciarem ilícitos antitruste, acabaram incrementando a utilização dos acordos de Leniência. Muitas, inclusive, foram assinadas no âmbito do que posteriormente passou a ser conhecida como “Operação Lava Jato”.

A imunidade administrativa e a imunidade criminal, assim como o fortalecimento dos programas de *compliance*, acabaram por dar origem a uma importante cultura no país: a busca para ser o primeiro a relatar práticas ilícitas, aferindo-se, para tanto, a oportunidade e a conveniência de confessar.

É imperioso ressaltar, contudo, que mesmo as empresas brasileiras com políticas de *compliance* mais amadurecidas talvez ainda não tenham incluído dentre as práticas a serem investigadas possíveis condutas que ocorrem em departamentos de Recursos Humanos. E é chegada a hora de fazê-lo.

Com efeito, se os acordos para fixação de preço ou divisão de mercado já são bem conhecidos pelas empresas como condutas coordenadas ilegais, certamente o mesmo ainda não se pode afirmar sobre a potencial exposição das companhias a ilícitos antitruste por conta de condutas envolvendo departamentos de Recursos Humanos (RH).

Na última década, autoridades antitrustes estrangeiras vêm alertando sobre o fato de que RHs não estão imunes ao escrutínio antitruste. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Departamento de Justiça (DOJ) instaurou uma série de investigações contra empresas do Vale do Silício — dentre elas Apple, Intel e Adobe — que firmavam acordos que impediam a contratação de funcionários-chave das concorrentes. Tais investigações mirando as práticas culminaram, em 2016, com a edição de um guia antitruste para os RHs, o “[Antitrust Guidance For Human Resource Professionals](#)”, editado pelo DOJ e pela Federal Trade Commission (FTC).

O guia norte-americano deixa bastante claro que ao menos três práticas de RH podem ser consideradas ilícitos antitruste: acordos de não contratação/solicitação (*no-poaching*), fixação de salário ou benefícios (*wage-fixing*) e a troca de informações sobre composição salarial. No bojo de diversas novas investigações que sucederam o guia, declarações do DOJ sinalizam que o órgão não vê diferenças entre acordos de fixação de preços e acordos para fixação de salário ou pactos de não contratação. A autoridade inclusive indicou a intenção de começar a responsabilizar infratores criminalmente.

Na Europa, há notícias de que autoridades antitruste da Espanha, França e Holanda iniciaram investigações sobre práticas similares de não contratação e, mais importante, de troca de informações relativas a salários e bônus.



No Brasil, o assunto parece não estar recebendo a devida atenção das empresas, mas imagine-se que a mira das autoridades, cedo ou tarde, vai enquadrar práticas análogas, seja na tentativa de blindagem de contratos de funcionários-chave, seja na combinação de estabelecimento de salários e benefícios, ainda que não se tratem de empresas concorrentes.

Nesse sentido, pondera-se que o *benchmarking*, por exemplo, não pode ser feito diretamente pelas empresas, com a troca de informações estratégicas, inclusive as de política de pessoal. Isto não implica, contudo, vedação à obtenção de pesquisas consolidadas produzidas por entidades autônomas, que não de tratamento individualizado das informações.

O contexto das práticas, a experiência internacional e a crescente discussão sobre o tema no Brasil sugere que o Cade também pode vir a aceitar acordos de leniência propostos por empresas e indivíduos que buscam garantir imunidade por conta de condutas ilegais de RH, em troca de cooperação e fornecimento de informações necessárias para instauração de investigações. Trata-se de interessante oportunidade para empresas que buscam solução para condutas potencialmente ilegais passadas.

Como se tem visto ultimamente, tanto as *due diligence* para compra e venda de empresas quanto o aprofundamento das políticas internas de compliance são potenciais momentos para a apresentação de leniências junto ao Cade. Da mesma forma, ex-funcionários também podem levar o assunto para conhecimento das autoridades.

Nos anos 2000, o objeto das leniências se resumia às práticas de cartel, o que se intensificou na década seguinte com os rigorosos programas de compliance e o advento da Lei Anticorrupção. Nos dias atuais, pode-se imaginar que o CADE também venha a entender que práticas de não contratação, fixação de salários ou troca de informações concorrencialmente sensíveis relativas a RH estão dentre as condutas ilícitas prevista em lei, e portanto passíveis de confissão em acordo de Leniência, em troca da garantia de imunidade.

Nesse sentido, é importante lembrar que, além dos tradicionais acordos de leniência, as práticas de RH também teriam fundamento para subsidiar eventual “Leniência Plus”. Esse instrumento adicional fomenta a abertura de investigações em que se oferece à empresa denunciada em leniência redução de um terço da pena aplicável em troca de informações sobre conduta desconhecida do órgão.

Por tudo isso, os *compliances* e os próprios gestores das empresas devem se atentar mais às práticas conduzidas por seus departamentos de RHs. Assim como já ocorreu no passado com as práticas de cartel propriamente ditas, passa a ser necessário considerar que o Cade, muito em breve, poderá investigar a troca de informações sensíveis como salários e benefícios, bem como acordos de não contratação de funcionários de outras empresas, por exemplo.

Diante de tais fatos, duas providências surgem como de fundamental importância para as empresas, independentemente do porte ou setor de atuação. Recomenda-se que passem a fazer treinamentos específicos, alertando contra a ilegalidade dessas práticas e prevenindo riscos no âmbito antitruste. Identificadas as inconformidades na gestão dos RHs, além de adequar de imediato as rotinas, há também que se estudar a conveniência e oportunidade de propor, junto ao Cade, a opção da leniência, como forma de proteção da empresa e dos indivíduos envolvidos



nas condutas reprováveis.

Assim como nos casos de delação premiada, a regra de ouro da Leniência é ser o primeiro a “tocar o sino”. A imunidade só é conferida ao primeiro que reportar a conduta para a autoridade antitruste. A abrangência dessa imunidade é condicionada ao entendimento do Cade e do Ministério Público se tais práticas implicam em exposição criminal.

Recomenda-se que as organizações empresariais investiguem a potencial ocorrência de tais condutas. Adotar boas práticas tem sido o melhor remédio no atual quadro institucional brasileiro. Constatadas as existências de práticas de RH, cogitar a Leniência surge como uma possibilidade plausível.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-out-30/del-chiaro-nagalli-leniencias-recursos-humanos-cade/>