

AS NECESSIDADES DE *COMPLIANCE* CONCORRENCIAL NA ORDEM ECONÔMICA: Do Interesse Público ao Interesse Privado

THE NEEDS FOR COMPETITION *COMPLIANCE* IN THE ECONOMIC ORDER: Of the Public Interest to Private Interest

Maicon Melito de Souza*

Resumo

Em tempos de economias altamente complexas programas de gerenciamento de riscos se tornaram essenciais para agentes econômicos. Dentro dessa perspectiva, instituições passaram a adotar programas internos de conformação das suas condutas com as normas em vigor, objetivando gerenciar riscos de sanções. Porém, em relação à livre concorrência, subsiste desinformação pública sobre necessidades práticas de implementação desses programas. É preciso esclarecer as razões de interesse público e privado para adoção de programas internos de conformidade das atividades institucionais às normas concorrenciais. Assim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade – criou seu “Guia Programas de *Compliance*: Orientações sobre Estruturação e Benefícios da Adoção dos Programas de *Compliance* Concorrencial”. Nesse sentido, o presente artigo objetiva expor a importância de *compliance* concorrencial na ordem econômica. Por método qualitativo são apresentadas razões de interesse público e de interesse privado para adoção de programas de *compliance* concorrencial. O resultado é o conhecimento de necessidades práticas de defesa concorrencial.

Palavras-chave: Defesa Concorrencial. Ordem Econômica. *Compliance* Concorrencial. Interesse Público. Interesse Privado.

Abstract

In this period of highly complex economic markets, risk management programs have become essential to economic agents around the world. From this perspective institutions began to adopt internal programs to conform their conduct to the norms in force, in order to manage risks of sanctions. However, in relation to free competition, public misinformation about the practical needs for implementing these programs continues to exist. It is necessary to clarify the reasons of public and private interest for adopting internal programs of compliance of the institutional activities with the competitive norms. For these reasons, the Administrative Council

Artigo submetido em 12 de Agosto de 2019 e aprovado em 25 de Fevereiro de 2020.

* Advogado. Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Franca - FDF. Foi pesquisador voluntário de iniciação científica na FDF, membro do Núcleo de Estudos Constitucionais da Faculdade de Direito de Franca - Necon, estagiário de direito do Ministério Público do Estado de São Paulo - MPSP, estagiário de direito do Departamento de Assistência Judiciária da FDF – DAJ/FDF, estagiário de direito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - DPESP. Email: maiconmelito@adv.oabsp.org.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9644713085694910>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2663-7387>.

for Economic Defense (Cade) created its guide to compliance programs. This paper aims to explain the importance of competition compliance in the economic order. Based on a qualitative analysis, it is explained the reasons of public interest and private interest for the adoption of competition compliance programs. The result is knowledge of practical needs for competition defense in Brazil.

Keywords: Competition Defense. Economic Order. Competition Compliance. Public Interest. Private Interest.

1 INTRODUÇÃO

A interação entre agentes econômicos ultrapassou há muito tempo a simples relação de oferta e procura, surgem desses fatos as causas para Estados normatizarem interações econômicas em seus territórios.

O exercício empresarial é por sua natureza cercado de riscos financeiros. Entretanto, a “atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” (BRASIL, 2002, art. 996) não está exposta unicamente aos riscos de mercado. Condutas dos agentes econômicos, assim como condutas de demais atores sociais, quando contrárias ao ordenamento jurídico pátrio, estão sujeitas às possíveis sanções legais, as quais atingem direta ou indiretamente as finanças desses agentes. Tal sujeição é comumente denominada de riscos financeiros legais.

De fato, práticas de concorrência entre os mais variados agentes também estão sujeitas às infrações legais, ainda mais expostas do que o comum, visto a enorme complexidade das relações concorrenciais. Assim, a legislação brasileira de defesa da concorrência, que tem como fundamento geral garantir a livre e justa competição entre os agentes, age por meio da tipificação das condutas ilegais, da fiscalização sistemática, e da punição dos infratores. Desse modo, são evidentes os riscos enfrentados.

Em tempos de economias altamente complexas os programas de gerenciamento de riscos se tornaram essenciais para agentes econômicos. Dentro dessa perspectiva, instituições passaram a adotar programas internos de conformação das suas condutas com as normas em vigor, objetivando gerenciar riscos de sanções. Porém, quanto à livre concorrência, subsiste desinformação pública sobre necessidades práticas de adoção desses programas.

É preciso esclarecer as razões de interesse público e privado para adoção de programas internos de conformidade das atividades institucionais às normas concorrenciais. Esse é o objetivo deste artigo, esclarecer essas razões em consonância com o “Guia Programas de

Compliance: Orientações sobre Estruturação e Benefícios da Adoção dos Programas de Compliance Concorrencial”, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

2 DO ESCOPO DA ORDEM ECONÔMICA CONCORRENCIAL

Com o estabelecimento de sociedades complexas, interações entre agentes econômicos extrapolam de forma cada vez mais dinâmica a relação objetiva entre bens, escassez e incentivos (PARKIN, 2009, p. 2). Com efeito, para melhor satisfazer os interesses da coletividade é necessário ordenar a economia conforme os princípios consagrados pela sociedade.

No Brasil a Constituição de 1988 dirige a ordem econômica sob a égide de princípios jurídicos sociais. Evidência disso é o seu Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, embora ainda sejam notáveis várias disposições da institucionalização da ordem econômica não positivadas no mesmo Título (GRAU, 2003, p. 153). Assim, por intermédio do combate aos excessos da iniciativa privada, e da promoção do desenvolvimento nacional, o Estado atua na garantia dos interesses públicos.

Questão de alta importância na ordem econômica é a concorrência. Conforme dito, interações entre agentes econômicos extrapolam a habitual relação entre bens, escassez e incentivos. Poder e competição são elementos presentes na maioria dos mercados, apesar disso, influências sobre preços e ofertas podem proporcionar quebra da concorrência perfeita e formação de monopólios e oligopólios.

A ausência da livre concorrência é extremamente prejudicial à sociedade, visto que oligopólios e monopólios costumam impedir alocação eficiente de recursos, restringem produção de bens e serviços e mantêm alta dos preços. Para tutelar essa temática a chamada Lei de Defesa da Concorrência trata especificamente do assunto ao estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – e dispor sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, observando os ditames constitucionais de livre concorrência, livre iniciativa, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 2011, art. 1º).

O SBDC é composto: pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade; e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – Seprac (BRASIL, 2011, art. 3º), a qual é sucessora da extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae (BRASIL, 2018, art.5º).

Ficou o Cade, autarquia em regime especial vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, incumbido da análise dos atos de concentração econômica, aprovando-os ou não; da investigação das condutas potencialmente infracionais à livre concorrência e, condenando administrativamente, das respectivas punições; e de disseminar a cultura de livre concorrência. Compõem o Cade: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos (BRASIL, 2011, art. 5º). São unidades de apoio e suporte ao Cade: a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (BRASIL, 2011, arts. 15-16), a Diretoria de Administração e Planejamento (CADE, 2018, art. 8º), além de outras unidades de apoio previstas no regimento interno daquela autarquia (CADE, 2018, arts. 9º-39).

A Seprac, autarquia ligada ao Ministério da Economia, atua, em matéria concorrencial, na chamada advocacia da concorrência, elaborando: estudos; políticas públicas ; autorregulações; atos normativos de interesse geral de agentes econômicos; pareceres relativos a atos de concentração, em propostas legislativas que tramitam no Congresso, em proposições de agências reguladoras, em avaliações solicitadas pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior e pelos fóruns nos quais o Ministério da Economia participa (BRASIL, 2011, art. 19). A Seprac atua ainda em processos administrativos, judiciais e ações do Ministério da Economia relacionadas à gestão das políticas de concorrência (BRASIL, 2011, art. 19).

As diversas questões sujeitas à decisão do CADE podem implicar legitimidade processual de várias instituições, conforme o interesse de agir. Assim, em razão da repercussão sobre a ordem econômica, o Ministério Público Federal poderá atuar de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator, para fiscalizar o cumprimento da lei e emitir pareceres nos processos dessa razão (BRASIL, 2011, art. 20).

De todo modo, a estruturação de fortes mecanismos estatais para o combate de práticas anticoncorrenciais, como supramencionado, não pode ser a única solução para problemas de proporções tão grandes na ordem econômica. Para tanto, também é necessário estruturar nas instituições programas de prevenção e mitigação de riscos à livre concorrência.

3 COMPLIANCE CONCORRENCIAL

Programas institucionais internos de conformidade às regras e princípios legais são fundamentais para a sociedade. Tais medidas viabilizam tanto o desenvolvimento dos interesses de aspecto privado como os interesses de aspecto público. Esses programas internos de conformidade se tornaram ainda mais conhecidos quando chamados de *compliance*,

expressão originária do verbo inglês *to comply*, que em português pode ser entendido por cumprir ou estar em conformidade com o que foi ou está estabelecido.

A definição de programas de *compliance* está relacionada fortemente com programas de governança de instituições, sejam particulares ou da Administração Pública direta e indireta. Modelos de governança se tornaram progressivamente sofisticados, abrangendo inúmeras dimensões, sendo a necessidade de observância de normas o ensejo para criação de programas de conformidade (PINTO JUNIOR, 2017, p. 52-55).

Em uma primeira análise, mais abrangente, programas de *compliance* são definidos pela conformação das condutas institucionais às normas em vigência, sejam elas legais, regulamentares, organizacionais, procedimentais, ou até morais. Em uma segunda análise, já concentrada, programas de *compliance* são definidos pelo propósito de assistência aos gestores institucionais no gerenciamento dos riscos de sanções legais, de perdas financeiras e reputacionais (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS – ABBI; FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS – FEBRABAN, 2009, p. 8).

No que concerne à livre concorrência, a assistência aos gestores no gerenciamento de riscos tem como principal objetivo as atividades contrárias à legislação de defesa concorrencial e, em segundo plano, oferecer instrumentos de devida detecção e atuação diante das eventuais práticas anticoncorrenciais (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, 2016a, p. 14). Ou seja, as principais intenções de programas de *compliance* concorrencial são estabelecer medidas que promovam cumprimento de normas de defesa da livre concorrência, como também medidas que detectam e mitigam violações a essas normas (MATTIUZZO, 2017, p. 7). Desse modo, o funcionamento do programa será eficiente quando mantidas a probidade de concorrência nas operações da instituição e as rápidas identificações e soluções dos eventuais ilícitos concorrenciais ocorridos no ambiente institucional.

Programas proativos de conformidade ao antitruste buscam abordagens holísticas, que promovam interações dinâmicas com diferentes áreas relacionadas aos riscos concorrenciais (CASTILHO, 2015, p. 9). A adoção de programa de *compliance* concorrencial obriga incorporar e adaptar características essenciais à efetivação do ambiente econômico competitivo. Embora não exista programa modelo, por conta das peculiaridades de cada agente, são características essenciais dos programas robustos: o comprometimento da instituição, de seus funcionários e colaboradores, como de sua alta direção; gestores do programa; disseminação da cultura de respeito à livre concorrência e das normas do programa

na instituição; canais de comunicação e esclarecimentos; mecanismos de controle e fiscalização no programa (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2012, p. 7-8).

Também é preciso na estruturação do programa a incorporação de pontos característicos às atividades específicas de cada agente, sendo parâmetros de riscos ao sistema de livre competição: os cartéis – condutas de maior discussão no direito concorrencial, visam manipular o mercado por meio do controle de preços, da limitação de produtos ofertados, da divisão de mercado e da atuação fraudulenta em licitações; as associações, sindicatos e as *standard setting organization*, SSOs, – por intermédio da divulgação de temas estratégicos aos concorrentes ou da realização de associações com fins implicitamente anticompetitivos, e da imposição de padrões excessivamente restritivos, onerosos ou desproporcionais; e condutas unilaterais ou verticais – quando potencialmente excludentes de competição e contrárias ou sem benefícios aos consumidores (CADE, 2016a, p. 29 – 40).

Contudo, em razão das suas interações harmoniosas, os pilares que sustentam programas de integridade são absolutamente aplicáveis e recomendáveis aos programas de conformidade ao antitruste. São eles: comprometimento da alta direção; instância responsável pelo programa; análise de perfil e riscos; estruturação das normas e instrumentos; e monitoramento contínuo (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU, 2015, p. 6-24). Pilares que são aplicáveis e recomendáveis quando adaptados às características dos programas de *compliance* concorrencial.

4 AS NECESSIDADES DO INTERESSE PÚBLICO DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL

Fazer valer os direitos humanos e fundamentais é sem dúvidas o objetivo maior de um Estado democrático de direito. Esse objetivo é o cerne do interesse público, o qual igualmente se verifica na leitura dos princípios constitucionais da ordem econômica brasileira (FONSECA, 2017, p. 94). Assim, o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público estabelece, como é notório em sua nomenclatura, a superioridade do interesse público primário sob os interesses privados e, conseqüentemente, a vedação da disponibilidade do que é de maior interesse ao povo frente aos interesses particulares.

Então, no que diz respeito à livre concorrência o interesse público também é existente, o que fica muito claro pelo caput e inciso IV do artigo 170 da Constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência. (BRASIL, 1988, Art. 170,IV).

A constitucionalização expressa da livre concorrência objetiva proteção da competição no mercado, que é constantemente ofendida: por ações colusórias, de fins impeditivos, restritivos e fraudulentos à concorrência; e por práticas de abuso do poder dominante no mercado, realizadas por único ou grupos de agentes (FARIA, 1990, p. 151).

Condutas anticompetitivas podem ser divididas em dois tipos: horizontais e verticais, conforme o direcionamento. Sejam para reduzir a concorrência entre instituições já consolidadas ou alterar a estrutura de relação econômica do mercado e sua cadeia produtiva (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 373).

São típicas condutas horizontais as práticas de cartéis, previstas especialmente nos incisos I e II, § 3º, do artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, que dizem:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

§ 3ºAs seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

(BRASIL, 2011, art. 36, § 3º, I e II).

Como típicas condutas verticais, práticas previstas nos incisos IV e XVIII do mesmo parágrafo:

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; (BRASIL, 2011, art. 36, § 3º, IV e XVIII).

Programas de *compliance* concorrencial permitem as identificações das infrações supramencionadas e de várias outras. Mediante análises de riscos específicos a instituição adotante do programa consegue identificar atividades anticompetitivas causadas por ela

mesma ou perceber as causadas por seus concorrentes. As análises são pautadas na observação da exposição da instituição aos riscos decorrentes de suas atividades, no cálculo da probabilidade desses riscos se consumarem em fatos, e na verificação dos impactos da prevenção e consumação dos fatos infracionais.

O programa também possibilita outras formas de redução dos ilícitos concorrenciais. Mediante capacitação de funcionários e colaboradores são institucionalizados o princípio da legalidade e os valores de probidade nas relações. Por meio do monitoramento do programa são acompanhados o funcionamento e a efetividade dos processos de controle da conformidade. Por intermédio das punições internas, independentemente das averiguações das autoridades externas, é fortemente desencorajada a conduta infracional.

Estar em *compliance* concorrencial ainda possibilita correção dos fatos anticompetitivos, resguardando o equilíbrio das relações econômicas entre os distintos agentes. Com a constante vigilância das atividades pelos processos de controle as instituições identificam rapidamente as suas eventuais condutas anticompetitivas, adequando-as imediatamente aos dispositivos legais, e noticiando os fatos às autoridades competentes quando identificadas nos concorrentes ou até mesmo as eventuais condutas da própria instituição não sanadas a tempo.

Há outras necessidades de interesse público, e até mesmo particular, pouco lembradas. Mas é devido lembrar, ainda que a exploração direta da atividade econômica esteja reservada preferencialmente à iniciativa privada, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado – “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (BRASIL, 1988, art. 173) – também é importante à concorrência na medida da exploração em competição com a iniciativa privada ou em regime monopolista (PINTO JUNIOR, 2005, p. 178-192). Por certo, é justificável que pessoas jurídicas que o Poder Público controla e participa adotem programas de *compliance* concorrencial, seja pela exposição aos riscos concorrenciais, seja para resguardar o equilíbrio da atividade econômica, seja para proteger interesses públicos primários e secundários.

A necessidade do interesse público de *compliance* concorrencial é evidente, visto a importância da concorrência para o desenvolvimento (MUNHOZ, 2006, p. 247). O programa se mostra essencial à satisfação do interesse público na ordem econômica. Ao identificar os ilícitos à livre concorrência, mitiga-los e corrigi-los, o programa age como um instrumento do Estado democrático de direito, pois objetiva, ainda que de maneira implícita, garantir e efetivar direitos fundamentais da atual Constituição brasileira.

5 AS NECESSIDADES DO INTERESSE PRIVADO DE *COMPLIANCE* CONCORRENCIAL

Regras impostas pelo Estado ao seu povo, cuja inobservância pode ser punida mediante coerção, são por certo o direito objetivo. Essas regras jurídicas podem proporcionar aos indivíduos que estão jurisdicionados ao Estado a capacidade formal de satisfação de determinadas pretensões e de praticar atos destinados a alcançá-las, capacidade que é o direito subjetivo (GONÇALVES, 2012, p.24). Sob o critério das pretensões, as finalidades visadas pelo direito subjetivo são a garantia e a realização do interesse privado.

De modo sintético, podemos considerar risco, em aspecto econômico, como possibilidade de não alcançar retorno esperado do investimento, sendo vários fatores determinantes para isso (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM, 2014, p. 113). Ramo de atuação, posição no mercado, legislação, são alguns exemplos de fatores de risco.

Exposições aos riscos de ordem concorrencial são cada vez mais comuns, observadas as variadas características das instituições em suas relações dinâmicas com demais agentes. Diante disso, percebe-se não ser fácil gerir qualquer instituição fazendo concorrência frente cartéis e oligopólios, mantendo-se perante cadeia de produção regida por conluio, sofrendo sanções legais, contornando perdas reputacionais e aturando altos custos contingenciais.

Com efeito, analisando do ponto de vista do interesse privado, programa de *compliance* concorrencial é um poderoso mecanismo de gerenciamento de riscos nas instituições, seja qual for o ramo de atuação (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC, 2013, p. 19).

Como já mencionado no título anterior, condutas anticompetitivas podem ser divididas em horizontais e verticais, ambas previstas na Lei de Defesa da Concorrência¹: sendo típicas condutas horizontais as práticas de cartéis, e como típicas condutas verticais as práticas de venda casada e de dificultação das atividades de funcionamento e desenvolvimento de instituições concorrentes ou fornecedoras.

Em relação aos procedimentos licitatórios, as condutas para formação de cartel em licitação não incidirão somente na Lei de Defesa da Concorrência e na chamada Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica – Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 –, mas também em outras leis. Exemplo dessa afirmativa é o artigo 93 da denominada Lei de Licitações, ao tipificar:

¹ Na Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011), Título V - Das Infrações da Ordem Econômica, os Capítulos II e III disciplinam respectivamente as infrações concorrenciais à ordem econômica e as consequentes penalidades.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1993, art. 93).

Outro exemplo é o art. 5º, IV, da alcunhada Lei Anticorrupção, ao normatizar:

Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública. (BRASIL, 2013, art. 5º, IV, a, b, c, d, e, f, g).

É possível observar que a proteção à livre concorrência não está positivada na Constituição Federal apenas como mera norma programática. Outros diplomas infraconstitucionais cuidam da repressão às atividades anticoncorrenciais, deixando disciplinadas várias hipóteses de ilícitos relacionados à matéria. Assim, essas normas objetivam proteção da livre concorrência por meio da prevenção, da definição das infrações e da prévia cominação das penas.

Nesses casos, os processos de análises de riscos, presentes nos programas de *compliance* concorrencial, possibilitam identificar infrações concorrenciais próprias da instituição e proporcionam aquisição de mais parâmetros para identificação das infrações dos concorrentes.

Não estar em *compliance* concorrencial implica na exposição aos riscos de sanções, concretizáveis em condutas ilícitas são antitruste quando não identificados em tempo hábil, as quais resultarão em responsabilizações administrativas, civis e penais. Exemplo dessa necessidade é a Lei de Defesa da Concorrência, recentemente auxiliada pela Lei

Anticorrupção², que por sua vez objetiva melhor especificar a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, especialmente atos corruptíveis (DINIZ; RIBEIRO, 2015, p. 99).

Outros motivos para adoção de programa de *compliance* concorrencial são proteção e aumento da reputação da instituição. Estar em conformidade com a lei transmite de imediato a imagem de cultura de ética³, a qual é interpretada como respeito e justiça nos negócios. Isso resulta na promoção da reputação diante do público, o que não somente aumenta a confiança dos clientes para com a instituição, mas estimula a credibilidade nos *stakeholders*⁴ e eleva a capacidade de recrutamento, retenção e comprometimento dos colaboradores (CADE, 2016a, p. 13).

Efeitos semelhantes do programa de *compliance* concorrencial para controle de risco nas instituições são os atinentes aos processos de consultas ao Tribunal do Cade sobre interpretação da legislação de defesa da concorrência e legalidade de práticas concorrenciais iniciadas ou não:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

§ 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos. (BRASIL, 2011, art. 9º, §4º).

O programa ajuda na delimitação das possíveis dúvidas a serem consultadas, pois é da sua essência conformar a prática com a legislação. Ademais, mesmo que o parecer da consulta seja pela impossibilidade de prosseguir com a prática ainda sim será a instituição beneficiada, pois terá conhecimento para não praticá-la, não consumindo recursos que seriam desperdiçados na conduta, na posterior investigação e nas iminentes penalidades por atos ilícitos.

²Na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) os sujeitos ativos dos ilícitos estão arrolados logo no artigo 1º, já os atos lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira são tipificados no artigo 5º.

³A expressão “ética” no âmbito empresarial é entendida por práticas reiteradas de respeito e justiça, entretanto, “ética” pode ser interpretada de inúmeras maneiras, dependendo do ponto de vista filosófico do interprete. O mesmo se dá com as expressões “respeito” e “justiça”, as quais são interpretadas conforme os valores do interprete. Sendo assim, as expressões em tela devem ser entendidas como estar em conformidade com as normas.

⁴O termo *stakeholders*, trazido do idioma inglês, diz respeito aos diretamente interessados nas operações da instituição, habitualmente investidores e parceiros comerciais.

Não obstante, caso a instituição adotante do programa não consiga eventualmente impedir por completo práticas ilícitas ao antitruste, ainda poderá ela e seus funcionários e colaboradores se beneficiarem em razão do programa.

Um primeiro benefício seria a possibilidade de adesão a um acordo de leniência, cujas vantagens, tanto administrativas quanto criminais, podem chegar até a extinção da punibilidade:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. (BRASIL, 2011, arts. 86-87).

É benefício porque o programa permite identificar as infrações em tempo hábil para noticiar os fatos às autoridades competentes e aumenta muitíssimo a probabilidade do acordo ocorrer, mesmo que a existência de programa de *compliance* concorrencial não garanta acordos de leniência:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal. (BRASIL, 2013, art. 7, VIII).

Pessoas jurídicas e pessoas naturais têm ainda a alternativa de negociar a celebração de termo de compromisso de cessação – TCC – com o Cade, podendo também ser usado em casos de condutas anticoncorrenciais unilaterais. No TCC é suspenso o prosseguimento das investigações em relação aos compromissários desde que eles estejam cumprindo o acordado (CADE, 2016b, p. 5). O estabelecimento do termo na fase inicial das investigações assegura

redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro representado que requerer o TCC no âmbito da investigação da conduta:

Art. 227. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do Art. 226 deste Regimento Interno levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

I. redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta; (CADE, 2018, art. 227, I).

Podendo chegar até 66,67% de desconto da multa aplicável no processo referente ao acordo de leniência original, para esse primeiro representado que não obteve habilitação para a celebração do acordo de leniência original, quando ele celebra acordo de leniência de objeto distinto do primeiro:

Art. 250. A pessoa jurídica ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de leniência com relação a uma determinada prática (Acordo de Leniência Original), poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração (Novo Acordo de Leniência), da qual a Superintendência-Geral não tenha qualquer conhecimento prévio.

§1º Na hipótese do caput deste artigo, o signatário do Novo Acordo de Leniência, uma vez declarado o cumprimento deste Novo Acordo de Leniência pelo Cade, fará jus à redução de um terço da pena aplicável no processo referente ao Acordo de Leniência Original, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o art. 208 deste Regimento Interno em relação à nova infração denunciada no Novo Acordo de Leniência.

§2º Caso o julgamento do Acordo de Leniência Original pelo Tribunal do Cade seja anterior ao julgamento Novo Acordo de Leniência, a decisão no processo administrativo original poderá conter disposições no sentido de que, caso não seja verificado o cumprimento do Novo Acordo de Leniência no novo processo administrativo, o desconto concedido antecipadamente deverá ser recolhido como contribuição pecuniária complementar ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

§3º Na hipótese de o signatário do Novo Acordo de Leniência também ser requerente de compromisso de cessação com relação à prática investigada no procedimento investigativo referente ao Acordo de Leniência Original, o benefício previsto no §1º deste artigo será aplicado de modo antecedente aos descontos previstos no Art. 227 deste Regimento Interno, resultando nas seguintes faixas de descontos totais:

I. redução percentual de 53,33% até 66,67% da multa esperada para o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação da conduta objeto do procedimento administrativo referente ao Acordo de Leniência Original (CADE, 2018, art. 250, §1º, §2º, §3º, I).

Sendo a existência do programa de *compliance* concorrencial na instituição, como a garantia de sua adoção ou atualização, influência na alíquota a ser aplicada para ambos os casos.

O programa de *compliance* concorrencial pode proporcionar benefícios até na dosimetria de penas por eventuais ilícitos. Seja nas penas administrativas de matéria concorrencial, haja vista que ao aplicá-las o Tribunal do Cade deve levar em consideração, entre outros fatores, a boa-fé e a reincidência do infrator:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:
I - a gravidade da infração;
II - a boa-fé do infrator;
III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
IV - a consumação ou não da infração;
V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
VII - a situação econômica do infrator; e
VIII - a reincidência (BRASIL, 2011, art. 45).

Seja nas penas administrativas por conta de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira:

Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.
§ 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas (BRASIL, 2015, art. 5, § 4º).

Seja até mesmo na aplicação de penas por crimes em geral:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências(*sic*) do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940, art. 59).

Nesses sentidos, a adoção de um programa robusto pode ser considerada pelos julgadores como circunstância suavizante no cálculo da pena. Além do mais, o programa tende a reduzir os riscos de reincidência e descumprimento das decisões dos julgadores, evitando aplicações de novas penalidades.

Efeitos resultantes das sanções e das perdas reputacionais são os custos e gastos contingenciais, provenientes de processos, condenações, publicidades dirimentes de perda reputacional, indenizações, inexecutabilidade de contratos, impedimento de acesso a recursos e licitações públicas, e até mesmo interrupção das atividades, dentre vários outros (CADE,

2016a, pp. 13 – 14). A inobservância às leis impacta financeiramente na instituição, sendo em muitas vezes de forma mais grave do que a pena cominada, por propiciar perdas não apenas pecuniárias, como também de oportunidades de negócios e captação de recursos.

Tanto o direito concorrencial quanto o direito penal têm por objetivo primordial proteger bens imprescindíveis à sociedade, sendo o patrimônio consagrado como tal (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 337). Em função do atual contexto de quantidade, especialização e eficiência das normas, a prestação de serviços de defesa institucional é necessária para proteção patrimonial e preservação reputacional da instituição e de seus funcionários e colaboradores, sendo até mesmo para captação de recursos (DINIZ, 2014, p. 113).

6 CONCLUSÃO

O questionamento sobre necessidades práticas de adoção de programas de *compliance* concorrencial é esclarecido por meio da divulgação das razões de interesse público e privado.

A abordagem de objetivos expressos na Constituição brasileira, no Título Da Ordem Econômica, evidencia os princípios e direitos positivados na sociedade brasileira concernentes à disciplinação das interações de caráter econômico entre agentes, tornando clara a consagração da liberdade de concorrência.

As apresentações de impactos de condutas anticompetitivas e das características de *compliance* concorrencial – redução das atividades ilícitas, identificação das possíveis infrações às leis, correção dos fatos anticompetitivos, livramento de condenações, ganho reputacional, redução de custos e gastos contingenciais revelam as necessidades públicas e privadas de instauração desse programa.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS, ABBI; FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, FEBRABAN. **Função de compliance**. Versão julho/2009.

[online]: PricewaterhouseCoopers, 2009. Disponível em:

http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf. Acesso em: 18 Jan. 2019.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **La conformité avec les règles de concurrence:**

des outils et des réflexes pour protéger les entreprises. [online]: Autorité de la Concurrence, 2012.

Disponível em: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/brochure_conformite_fr.pdf.

Acesso em: 22 Jan. 2019.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. [online]: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 Jan. 2019.

Código Penal. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.[online]: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 27 Jan. 2019.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** [online]: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 Jan. 2019.

Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.[online]: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 25 Jan. 2019.

Decreto n. 9.266, de 15 de janeiro de 2018. Altera o Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Fazenda, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE, e altera o Decreto nº 9.075, de 6 de junho de 2017, que dispõe sobre a composição e as competências da Comissão de Financiamentos Externos.[online]: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9266.htm. Acesso em 19 Jan. 2019.

Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.[online]: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 18 Jan. 2019.

Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.[online]: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 19 Jan. 2019.

Lei n. 6.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. [online]: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 18 Jan. 2019.

CASTILHO, Guilherme MissaliTeno. Programa de *compliance* antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, p. 5-27, 2015. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/145>. Acesso em: 21 Jan. 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, CVM. **O mercado de valores mobiliários brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2014. Disponível em: <http://www.portaldoinvestidor.gov.br/publicacao/LivrosCVM.html>. Acesso em: 18 Jan. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Cade. **Guia programas de *compliance*: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial**. Versão oficial. Brasília-DF: Cade, 2016a. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 18 Jan. 2019.

Guia: termo de compromisso de cessação para casos de cartel. Brasília-DF: CADE, 2016b. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf. Acesso em: 18 Jan. 2019.

Regimento Interno do CADE. 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/novo-regimento-interno-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-cade-07_nov-2017. Acesso em: 18 Jan. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, CGU. **Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas**. Brasília-DF: CGU, 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 22 Jan. 2019.

DINIZ, Eduardo Saad. A criminalidade empresarial e a cultura de *compliance*. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, ano 2, v. 2, n. 2, dezembro de 2014, p. 112-120. – Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/ojs/index.php/redpenal/article/view/14317/10853>. Acesso em: 18 Jan. 2019.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Compliance* e a lei anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, p. 87 – 105, jan. / mar. – Brasil, 2015. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/509944>. Acesso em: 18 Jan. 2019.

FARIA, Werter R. **Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 9. ed. rev., atual., e ampl. –Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 8. ed. rev. e atual. – [s.l.]: Malheiros Editores, 2003.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, ICC. **The ICC antitrust compliance toolkit: practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies**. [online]: ICC. 2013. Disponível em: <https://icewbo.org/publication/icc-antitrust-compliance-toolkit/>. Acesso em: 18 Jan. 2019.

MATTIUZZO, Marcela. Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, p. 5-20, 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/292/151>. Acesso em: 21 Jan. 2019.

MUNHOZ, Carolina PancottoBohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. – São Paulo: Lex Editore, 2006.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PARKIN, Michael. **Economia**. Tradução Cristina Yamagani; revisão técnica NelsonCavalheiro. – 8. ed. – São Paulo: Addison Wesley, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Corrupção, governança, ética e *compliance*. **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**, v. 1, p. 41-56, 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/14292/6019>. Acesso em: 21 Jan. 2019.

O antitruste e as empresas estatais. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 138, p. 178-192, 2005.