

5

ENFORCEMENT ANTITRUSTE POR MEIO DA APLICAÇÃO DO COMPLIANCE CONCORRENCIAL EM TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCCs)¹

Antitruste Enforcement through Compliance application
in Cease and Desist Agreements

Natasha Siqueira Mendes de Nóvoa²
Universidade Federal do Pará (UFPA) – Belém/PA, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: No contexto da Lei 12.529/11, o artigo visa analisar as possibilidades institucionais presentes na legislação quanto à aplicabilidade do *compliance* concorrencial como um instrumento potencializador do *enforcement* antitruste em Termos de Compromisso de Cessação (TCCs).

Objetivo: Demonstrar de que forma pode-se melhorar o *enforcement* antitruste a partir da aplicação do *compliance* como instrumento complementar em TCCs, sob à luz da Lei 12.529/11.

Método: O artigo foi desenvolvido essencialmente sob o método dedutivo e através de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, desenvolvida sob confluência multidisciplinar entre textos de Direito e Economia, juntamente com a análise jurisprudencial de casos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Conclusões: Entende-se que é plenamente possível utilizar os programas de *compliance* como instrumento complementar de cooperação regulatória na defesa da concorrência, sendo possível vislumbrar avanços positivos nas possibilidades instrumentais do SBDC após a vigência da Lei 12.529/11, no entanto, observa-se que ainda existem caminhos a serem percorridos no Brasil.

Palavras-chave: *compliance* concorrencial - Termo de Compromisso de Cessação de Prática - instrumento de *enforcement* - Lei 12.529/11 - governança corporativa.

STRUCTURED ABSTRACT

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 01/04/2022 **Aceito em:** 24/05/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq na área de Direito do Consumidor Digital. Membro do grupo de pesquisa “Consumo e Cidadania” (CNPq/UFPA). Intercambista no 41º PinCade. Mentorada no Women in Antitrust e membro do Women in Antitrust Júniores. **E-mail:** natasha.novoa@mudrovitsch.adv.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9626327474346706>. **ORCID:** <http://orcid.org/0009-0006-5024-3117>.



Context: The article aims to analyze how to improve antitrust enforcement through compliance in fulfillment of Cease and Desist Agreements (TCC for its acronym in Portuguese), in the context of Brazilian law.

Objective: Demonstrate how antitrust compliance can be used as an effective tool in Brazilian regulatory cooperation, especially to increase the enforcement antitrust.

Method: Deductive and bibliographic method and jurisprudential analysis.

Conclusions: Compliance programs are positives as an instrument of regulatory cooperation in antitrust law, especially as an enforcement for antitrust law.

Keywords: antitrust compliance - Cease and Desist Agreements – enforcement – Brazilian Antitrust Law - corporate governance.

Classificação JEL: K21; K42

Sumário: 1. Introdução; 2. O Termo de Cessação de Prática como instrumento da Lei 12.529/11; 3. O Compliance Concorrencial como Possibilidade de Cooperação Regulatória na Defesa da Concorrência; 4. Avanços Institucionais e Novas Formas de Pensar os Instrumentos Preventivos; 5 Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o Direito da Concorrência somente se consolida como uma matéria relevante a partir do final do século XX, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Antes disso, não havia um fortalecimento constitucional estabelecido, muito embora o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tenha sido criado em 1962, foi somente, após a Lei 8.884/94, que o órgão passou a ser uma autarquia com autonomia administrativa e orçamento próprio (BRASIL, 1994).

Dentre os principais fatores que limitavam a atuação do direito antitruste no Brasil, ressaltase a política de Estado protecionista e autoritária durante o Regime Militar (1964-1985), a qual dispunha de órgãos responsáveis pelo controle de preços na economia, bem como de incentivos à formação de grandes grupos econômicos. A atividade econômica, então, era rigidamente controlada pelo governo e foi somente após o início da década de 90, que o debate acerca da abertura da economia e do mercado como instrumentos de enfrentamento a processos inflacionários começou a se destacar de fato, pulverizando a importância de um direito da concorrência sólido no Estado brasileiro.

Assim, como um marco importante no antitruste brasileiro, pode-se ressaltar a lei 8.884/94 (BRASIL, 1994), bem como a Lei nº 10.149/2000 (BRASIL, 2000), que foram imprescindíveis na institucionalização do direito da concorrência, no entanto, com o passar dos anos, foram se observando algumas lacunas e contradições, especialmente nas restrições da discussão antitruste a uma parte isolada da sociedade, de modo que a população estava distante de qualquer decisão ou entendimento sobre o tema. Aliado a isso, alguns dispositivos legislativos não dialogavam mais com a tendência das autoridades internacionais, a exemplo do modelo de notificação posteriori ao Cade acerca da análise de um ato de concentração, ou até mesmo a estrutura organizacional da autarquia

e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, que careciam de uma divisão de função mais clara e operacional.

Desse modo, em 2011, foi promulgada a Nova Lei Antitruste responsável pela reestruturação do SBDC, que passou a ser composto somente pelo Cade e pela SEAE, bem como estabeleceu novos padrões institucionais e objetivos jurídicos ao Cade, a exemplo do seu alcance e das suas funções, a partir da adoção de ferramentas, até então, inovadoras. Assim, dentre as principais mudanças no SBDC, destacaram-se as alterações organizacionais, como a restrição do papel da SEAE, que passou a atuar com um enfoque maior na área educativa e de conscientização do direito concorrencial, e o papel mais ativo do Cade, o qual assumiu, de forma significativa, a função preventiva, repressiva e pedagógica.

No que se refere às três funções citadas, é imprescindível considerar que, conforme houve o fortalecimento normativo do direito antitruste no Brasil, surgem também novos desafios que exigem uma dialética constante com os novos instrumentos anticompetitivos, seja como método complementar à regulação ora vigente, seja como meio de ampliar o cumprimento da norma, o fato é: a Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011) trouxe um arcabouço prático e teórico capaz de expandir as políticas antitrustes, contextualizando-a no cenário internacional.

Para Carvalho e Ragazzo (2017, p. 31) “a maior efetividade da defesa da concorrência também se deve, em grande medida, ao aperfeiçoamento da política de acordos de leniência e compromissos de cessação de conduta”, uma vez que os instrumentos se tornaram mais efetivos e foi possível ter-se mais clareza nos procedimentos aplicados pela autarquia. Isso, no entanto, não impede o Cade de continuar buscando meios de fortalecer ainda mais esse *enforcement*, isto é, a estrita observância aos preceitos que regem a defesa da concorrência.

Nesse sentido, uma das tendências da agenda antitruste se acentuou nos programas de *compliance* concorrencial como um meio alternativo de minimizar os riscos de cometimento de ilícitos antitrustes, seja por meio da educação concorrencial, seja pelo fomento da adoção de procedimentos empresariais de prevenção e detecção de condutas anticompetitivas. Logo, quando os agentes econômicos passam a atuar em conformidade com a lei, tem-se o aumento do *enforcement* regulatório, o que estimula a adoção de mais condutas em sintonia com a legislação antitruste.

O presente artigo, portanto, irá explorar o *compliance* como uma possibilidade institucional da Lei 12.529/11 com potencial de ampliar a “taxa de cumprimento” de TCCs. Apesar de o programa não estar expressamente previsto na Lei de Defesa da Concorrência, vem se observando esforços significativos do CADE e das demais autoridades internacionais para difundir o referido instrumento, a exemplo da exigência de Programas de Prevenção à Ordem Econômica como requisito para a celebração de TCCs.

Como objeto principal do artigo, busca-se demonstrar como o *enforcement* antitruste pode ser ampliado através do *compliance* concorrencial, especialmente quando presentes em TCCs. No primeiro tópico, será explicado o conceito e aplicação dos Termos de Compromisso de Cessação de Prática, para poder analisar a importância da cooperação regulatória entre o referido acordo com os programas de *compliance*. Em seguida, será possível compreender como o Cade pode orientar sua intervenção no equilíbrio entre o *enforcement* punitivo e promoção de iniciativas de conformidade com as regras, respeitando os limites da Nova Lei de Defesa da Concorrência. Por fim, será feita uma análise comparativa entre alguns TCCs ativos no Cade, com o objetivo de se manter a dialética entre



a teoria e a prática.

Em homenagem aos dez anos de vigência da Lei 12.529/11, tem-se a imprescindibilidade de ressaltar suas inovações, mas também em compreender suas lacunas. E o *compliance* concorrencial em TCCs, dentro de seus limites institucionais, pode representar uma cooperação regulatória efetiva na defesa da concorrência, especialmente como *enforcement* da legislação antitruste.

2. O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA COMO INSTRUMENTO DA LEI 12.529/11

2.1. Uma Breve Análise do TCC na Legislação Antitruste Brasileira

O Termo de Compromisso de Cessação (TCC) consiste em um acordo firmado entre o Cade e qualquer pessoa física ou jurídica que esteja sendo investigada por um ilícito antitruste, institucionalizado no art. 85 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011). A partir desse acordo, a autoridade competente concorda em suspender as investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC, desde que os termos de compromisso estejam sendo cumpridos.

De forma simplificada, então, tem-se que o TCC é um instrumento que busca cessar imediatamente uma conduta suspeita de prática anticompetitiva, de modo a restabelecer um mercado que respeite a competitividade por meio de um método menos burocrático e mais célere. Assim, além da presença de requisitos para a suspensão imediata da prática anticompetitiva, o termo também permite a disposição de outras medidas preventivas e educacionais, capazes de estimular a concorrência no mercado, como é o caso do *compliance*.

Nas palavras de Petter (2014, p. 403):

O TCC constituiu-se em um instrumento de composição de conflitos concorrenciais, sem necessidade de se passar por todo o trâmite do inquérito e do processo administrativo, assumindo o instituto mais um caráter preventivo do que repressivo da lei. A finalidade é a de evitar que os danos ao mercado continuem a ocorrer, com a recomposição do ambiente concorrencial (PETTER, 2014, p. 403)..

No entanto, apesar de ser um instituto menos burocrático, é necessário que ele seja proposto perante a Superintendência-Geral do Cade e, caso os autos já estejam no Tribunal aguardando julgamento, a proposta passará a ser negociada diretamente como o Conselheiro Relator. O requerente, então, deverá expressar seu interesse depois de protocolar a sua proposta e aguardar o posicionamento do Cade que conta, inclusive, com uma “Comissão de Negociação” responsável por orientar na condução das negociações e sugestões ao Tribunal, seja indicando a homologação, seja indicando a rejeição da proposta.

No que concerne a sua disposição legal, tem-se que este está no previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011), a qual confere maior clareza e destaque perante as suas aplicações em comparação à Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), uma vez que na legislação antiga do SBDC havia uma falta de diálogo entre o Cade e a SDE, posto que ambos podiam celebrar acordos de leniência e termos de compromisso conforme seus critérios de preferência, sem preocupação com a harmonia

do SBDC. Ademais, enquanto hoje é possível propor um TCC ao tribunal do Cade e à Superintendência, antes somente a primeira opção era válida, de modo que a SG ficava isolada das negociações e focada, principalmente, nas condenações. Ou seja, não havia um alinhamento entre os dois setores na estratégia antitruste, o que dificultava um fortalecimento institucional desse instituto.

Essa análise fica ainda mais clara a partir da jurisprudência do Cade, uma vez que durante os anos de vigência da Lei nº 8.884/1994 somente trinta e seis TCCs foram homologados (1994 – até março de 2012) enquanto, a partir da vigência da Lei nº 12.529/11, um total de trezentos e setenta e cinco TCCs foram firmados, em um espaço bem menor de tempo (março de 2012 – 2021), conforme observa-se dos dados extraídos de anuários do CADE entre os anos de 2017, 2018, 2019, 2021 e 2021 (ANUÁRIOS DO CADE, 2023).

Isso se deu, principalmente, pelo fato de que o TCC, enquanto instrumento de negociação, se adequou aos novos moldes e motivações da nova lei, o que garantiu uma maior coerência e consistência, alinhando-o não somente às funções estruturais no momento da negociação, mas equilibrando também a sua função preventiva e punitiva das práticas anticompetitivas. A Lei 12.529/11, portanto, trouxe um fortalecimento institucional ao Termo de Compromisso, expandido o seu alcance, conforme estabelece o § 14 do art. 85 (BRASIL, 2011), que concedeu autonomia ao CADE para propor normas complementares a essa matéria, como é o exemplo do Regimento Interno do Cade, o que possibilitou a introdução dos programas de *compliance* como requisito desses termos de compromisso, conforme será mais bem exposto no próximo capítulo.

Não obstante, a Lei 12.529/11 retirou, ainda, a previsão existente no art. 53 da antiga lei de defesa da concorrência, que previa a não confissão presumida do suposto infrator mesmo com a sua assinatura, enquanto que, na legislação vigente, é totalmente possível que o Cade exija o reconhecimento do investigado na participação da conduta para que o TCC possa ser celebrado e, mesmo assim, tem-se que os números de termos homologados cresceram exponencialmente, evidenciando que o risco de assumir uma participação em determinada conduta por um agente econômico, tem compensado os benefícios do termo de cessação. Em verdade, para Rodrigues e Araújo (2017, p. 43), “Grande parte da contribuição às investigações deu-se em razão da exigência de reconhecimento de participação e colaboração com as investigações”. Isso demonstra, novamente, o fortalecimento instrucional do TCC, também impulsionado pela Nova Lei de Defesa da Concorrência.

Observa-se, assim, que a Lei 12.529/11 demonstra uma preocupação maior com a difusão da defesa da concorrência na sua perspectiva inovadora, se comparada com a Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994), na medida em que possui dispositivos que incentivam o diálogo com normas complementares e o alinhamento entre setores, enfatizando a possibilidade institucional de instrumentos alternativos para um melhor *enforcement*, desde regimentos a decretos, e programas de prevenção de infração à ordem econômica (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, é possível perceber que, consoante à tendência da Lei 12.529/11, o TCC tem se tornado um instrumento efetivo no âmbito de condutas unilaterais e concentradas, mas também como uma forma de incentivar o cumprimento das regras e a educação concorrencial, reforçando a importância do papel preventivo da autarquia antitruste. Apesar disso, ainda existem lacunas no que concerne à postura do Cade quanto ao monitoramento desses TCCs, de modo que é imprescindível identificar quais são as principais barreiras nesse processo e como os programas de *compliance* podem se mostrar um instrumento de cooperação regulatória efetiva.

2.2. Possíveis lacunas do Cade para garantir o cumprimento de TCCS: uma Análise do TCC do Gás Natural (2019)

Conforme visto, os meios consensuais estão sendo cada vez mais adotados pela autoridade antitruste brasileira para incentivar um mercado competitivo, seja no que se refere ao acordo de leniência, seja quanto à aplicação de TCCs, especialmente após a vigência da nova lei de defesa da concorrência.

No que se refere ao uso do *compliance* em acordos celebrados com a autarquia, é possível mencionar o TCC celebrado com a Cascol Combustíveis para Veículos Ltda nos autos do Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86 (BRASIL, 2009), que investigava suposta prática de cartel no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal. Na ocasião, a empresa celebrou TCC com o CADE para cessar a conduta e reconhecer a sua participação, de modo que, dentre as obrigações firmadas, foi exigido a implementação de um programa de *compliance*, o qual deveria prever a elaboração de um Código de Ética, bem como mecanismos para melhorar a conduta da empresa.

Outro exemplo de TCC que exigiu a aderência das requerentes a programas de *compliance*, foi o acordo celebrado pela Construtora Norberto Odebrecht no Inquérito Administrativo nº 08700.007277/2013-00 que investigava suposta formação de cartel em licitações para obras ambientais no Rio de Janeiro (BRASIL, 2013b). Dentre as cláusulas do referido acordo, restou estabelecido que a empresa deveria manter e aperfeiçoar o programa de *compliance* já existente na companhia, de forma contínua, sob pena de multa. Observa-se que nesse caso o programa de *compliance* já existia e foi ainda mais incentivado pela autarquia.

Logo, é possível afirmar que há uma tendência antitruste no Cade que visa a concretização de medidas mais voltadas à promoção da concorrência e reparação dos danos causados à sociedade, seja conscientizando as empresas sobre a noção de responsabilidade, seja exigindo destas uma forma mais célere de identificar infrações e suas respectivas soluções. Apesar disso, há de se reconhecer que esses instrumentos, especialmente em TCCs, ainda estão passando por adaptações, de modo que ainda existem lacunas compreensíveis quanto ao *enforcement* desses acordos, que podem servir como estudo de aprimoramento para a celebração de termos futuros.

Para demonstrar na prática algum desses gargalos, foi analisado o TCC do Gás Natural, celebrado entre o Cade e a Petrobrás (BRASIL, 2019), cujas principais objetivos consistiram na retirada completa dos elos de distribuição e transporte da empresa até o final de 2021, objetivando a abertura do mercado de gás natural a novos agentes. A alienação de ativos ficou sob a aplicação de *midstream-downstream* da cadeia, realizada somente após o processo produtivo, enquanto as etapas *upstream* passaram a serem restritas por regras comportamentais, que exigem, indubitavelmente, maior transparência e monitoramento em razão da maior dificuldade em se prever a efetivação dos resultados buscados.

Dentre as principais metas estabelecidas, destaca-se o compromisso da Petrobrás em:

- (i) desverticalizar sua atuação nos elos monopolistas (transporte e distribuição);
- (ii) arrendar o terminal de regaseificação/importação da Bahia (TR-BA);
- (iii) negociar de boa-fé e de forma não discriminatória o acesso às suas

essential facilities;

(iv) renunciar à exclusividade da capacidade de transporte;

(v) não contratar novos volumes de gás de outros produtores, exceto em situações específicas e sem cláusulas restritivas.

A regra comportamental-regulatória de precificação de contratos de fornecedores, por exemplo, não foi um item inovador, mas sim uma norma que vem apresentando dificuldade em surtir efeitos, conforme se pode extrair dos precedentes da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Para Carvalho, Machado e Micheli (2019), as cláusulas do referido termo carecem de esclarecimento e planejamento capaz de delimitar como o que foi acordado será de fato cumprido:

No caso do TCC do gás, as obrigações têm o objetivo de permitir que o mercado lide com o gargalo concorrencial representado pelo monopólio da Petrobras na obtenção da molécula. Mas as cláusulas são curtas, vagas e avulsas, carentes de definições ulteriores. Quanta capacidade deve ser liberada pela Petrobras? Quais termos do contrato de arrendamento permitirão que a importação seja independente, encontre vazão e exerça pressão competitiva real? Que condições de acesso a dutos e unidades de processamento podem ser consideradas competitivamente viáveis? (CARVALHO; MACHADO; MICHELI, 2019).

Ademais, dentre as lacunas do referido acordo, destacam-se a falta de clareza e transparência nas diretrizes de regulação setorial, tanto na interpretação quanto no monitoramento das regras estabelecidas pelo Cade o que, conseqüentemente, diminui o cumprimento do instrumento.

A falta de transparência foi objeto, inclusive da auditoria do TCU realizada em agosto de 2021, que concluiu pela insuficiência de publicidade e transparência no cumprimento das cláusulas do referido TCC pelo Cade, bem como constatou a existência de lacunas nas recomendações propostas pelo CNPE, juntamente com discriminação de acesso às infraestruturas essenciais do referido mercado, o que fere o compromisso de “negociar de boa-fé e de forma não discriminatória o acesso às suas *essential facilities*,” posto que não foi concebido nenhum modelo de acesso a essas infraestruturas (TCU APONTA..., 2021). Assim, observa-se que três anos após a celebração do TCC, ainda há críticas tanto dos agentes de mercado, quanto dos órgãos estatais, especialmente no que tange ao monitoramento de cumprimento das regras comportamentais.

Não obstante, nota-se a ausência de um programa capaz de analisar as eficiências da operação verticalizada ou até mesmo de simular um cenário pós-operacional na cadeia de gás natural, uma vez que o TCC da Petrobrás propôs uma verticalização completa da cadeia, sem estruturar os possíveis riscos e maiores custos de transação oriundos desse arranjo, o que não foi capaz de diminuir as barreiras aos novos agentes de mercado. Essas restrições, portanto, foram estabelecidas de modo amplo, sem um diálogo com os possíveis *players* futuros, apresentando certa despreocupação em longo prazo, posto que a falta de diretrizes dessas relações verticais dificulta, inclusive, um monitoramento adequado. A consequência de não estabelecer metas bem definidas consiste na impossibilidade de medir, de forma precisa, os efeitos alcançados com determinado

termo, ocasionando incertezas diante das expectativas de mercado.

Para sanar esse tipo de omissão – ou reduzi-las - surgem, então, os programas de *compliance* com a possibilidade não somente de estabelecer regras de conduta e punições, mas de orientar de forma concisa como os agentes investigados devem adotar esses procedimentos empresariais de prevenção e detecção das próprias condutas ilícitas, antes da celebração do termo de compromisso. Ou seja, o próprio Cade, ao estabelecer os comportamentos admitidos e não admitidos, já deveria dispor de medidas razoáveis em caso do não cumprimento ou ofensa a qualquer item do acordo, respeitando os limites institucionais da Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011).

Verifica-se, então, que apesar da legislação antitruste não prever expressamente em seus dispositivos os programas de *compliance*, observa-se um movimento significativo do Cade na adoção das ferramentas como solução complementar as abordagens consensuais, refletindo de forma coerente a mudança do paradigma punitivo do SBDC para um viés mais educativo e inclusivo, seja pelo contexto dos mercados digitais, seja pela tendência internacional na superação de métodos tradicionais de abordagem e resolução de conflitos.

Nesse contexto, entende-se que o *compliance* concorrencial vem se mostrando um instrumento complementar efetivo na defesa da concorrência, podendo, inclusive, ser uma solução alternativa em casos como o TCC do Gás Natural, posto que acordos relacionados à *essential facilities* são complexos e demandam um esforço bilateral ainda maior, tanto por parte da autarquia quanto das requerentes, para um monitoramento e cumprimento efetivo de suas cláusulas e diretrizes.

3. O COMPLIANCE CONCORRENCIAL COMO POSSIBILIDADE DE COOPERAÇÃO REGULATÓRIA NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

3.1. O Compliance Concorrencial no SBDC

Torna-se possível, então, adentrar mais afundo nos programas de *compliance* que, a respeito de uma perspectiva ampla, compreende uma série de medidas que podem ser adotadas por agentes públicos ou privados, com a finalidade de efetivar o cumprimento de determinada norma, objetivando a adequação dos referidos agentes às diretrizes de um sistema ou ordenamento.

A expressão é originária do verbo inglês “*to comply*”, que significa cumprir, executar ou atender a algo, de modo que a ideia central desse instrumento parte do conceito de conformidade. Nesse sentido, destaca-se a definição de Bertoncini e Araújo (2017) sobre o tema:

Em uma visão geral, o *compliance*, também denominado “Programa de Integridade” pela Lei Anticorrupção (Lei nº12.846/2013), é compreendido como o agir de acordo com o estabelecido por leis, regulamentos, protocolos, padrões ou recomendações de determinado setor, códigos de conduta e órgãos regulatórios. É um estado de conformidade desejado perante a lei, regulação ou em virtude de demanda. A expressão, originária do verbo inglês *to comply*, significa cumprir, executar, satisfazer ou realizar algo imposto. Dessa forma, estar em conformidade, colocando em prática regulamentos internos e externos, tendo como objetivo a mitigação de riscos e prejuízos, principalmente no âmbito empresarial, mas sendo também aplicado, cada

vez com maior intensidade, na esfera pública (BERTONCINI; ARAÚJO, 2017, p. 309).

De forma resumida, pode-se concluir que o *compliance* concorrencial parte do mesmo pressuposto do *compliance* tradicional, mas com um foco específico à observância normativa da lei antitruste, bem como aos demais instrumentos presentes no SBDC, a exemplo de regulamentos, cartilhas e diretrizes.

Foi, ainda em 2007, que o primeiro caso de programa de *compliance* esteve presente em um termo de cessação de conduta, celebrado entre a empresa Lafarge e o Cade, sob a investigação da indústria de cimento por prática de cartel:

Clausula Terceira – Das Obrigações da Compromissária 3.1. Adoção do Programa de *Compliance* – A COMPROMISSÁRIA compromete-se a incrementar as regras internas de prevenção às infrações concorrenciais e em adotar o programa de *Compliance* concorrencial anexo (BRASIL, 2014).

O programa continha as seguintes diretrizes: (i) – Normas Essenciais; (ii) Diretrizes de Implantação; (iii) - Inserção de Política e Programa de *Compliance*; (iv)- Conscientização, Treinamento e Informação; (v) - Cumprimento, Relatório e Verificação e (vi) - Violações à Política e já acenava para um novo paradigma no direito antitruste brasileiro. Ressalta-se, ademais, que a Lei 11.482 de 2007 alterou o art. 53 da Lei 8.884/94, passando a dispor em seu § 9º a possibilidade de normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração de TCC pelo Cade, dando indícios de que a autarquia iria se abrir, no futuro, a novas ferramentas concorrenciais.

Porém, foi somente após a vigência da Lei nº 12.529/11 que se observou um movimento crescente da defesa dos instrumentos de conformidade. Como um marco, tem-se a apresentação da proposta institucional pelo Cade, em 2015, para incentivar à adoção de programas de *compliance*. Isso foi feito a partir de um guia educativo cuja finalidade é estimular métodos eficazes de monitoramento de controle de condutas. Como resultado, o guia sugere um modelo de cooperação regulatória entre os entes privados e a autoridade antitruste, determinando, de forma clara, o objetivo do programa: torna-se um instrumento de *enforcement* na aplicação das regras concorrenciais previstas no SBDC. Ou seja, na defesa da concorrência os programas de *compliance* devem estar sempre atrelados a uma legislação ou norma já vigente, portanto, servem como instrumentos complementares e não como um fim em si mesmos.

Dentre os principais objetivos do programa, o guia do Cade (BRASIL, 2016) destaca: (i) identificação antecipada de problemas; (ii) reconhecimento de ilicitudes em outras organizações; (iii) benefício reputacional para a empresa e (iv) a redução de custos e contingências. No entanto, para que isso surta efeito, é imprescindível que haja um monitoramento adequado, que deve obedecer a algumas sugestões propostas também pelo documento do Cade, tais como: (i) proteção e organização de informações; (ii) clareza e transparência nos programas de tratamento e (iii) procedimento adequado para processar informações internas.

De acordo com a autarquia, os agentes econômicos, ao adotarem esses programas, passam a se prevenir e se adequar às regras do SBDC, o que, de certa forma, pode ser visto como um controle de conduta preventivo, bem como instrumento o *enforcement* regulatório. Assim, esse ciclo pode favorecer as três funções do Cade: a atuação preventiva, na medida em que evita a ocorrência

de infrações à ordem econômica e a ilícitos antitruste; a atuação educativa, tendo em vista o seu direcionamento ao esclarecimento de condutas, riscos e adequação à norma; e a atuação repressiva, posto que auxilia no *enfocement* de medidas já impostas pelo CADE, como nos monitoramentos de remédios concorrenciais e nos termos de compromisso de cessação de conduta.

Não menos importante, os programas de *compliance*, ao potencializar a função preventiva do Cade, também podem contribuir para a diminuição do sucateamento de demandas na autarquia e conseqüentemente para a redução de gastos.

Resta saber, entretanto, como os programas de *compliance* dialogam de fato com a Lei 12.529/11, a ponto de ser uma possibilidade institucional alternativa no combate ao ilícito antitruste

3.2. A Lei 12.529/11 permite os programas de *compliance*?

Conforme já demonstrado, apesar da nova lei de defesa da concorrência não prever expressamente os programas de *compliance*, ela abriu espaço para instrumentos normativos capazes de acompanhar a inovação antitruste, conforme se pode observar em seu art. 38, que defende o papel educativo da legislação concorrenciais, prevendo a instrução e a publicação das decisões ao público, com o intuito de tornar transparente a reputação dos agentes de mercado, incentivando, ainda que indiretamente, uma atenção maior das empresas quanto ao alinhamento legislativo (BRASIL, 2011).

Ademais, o guia do Cade esclarece a importância da adoção dos programas de *compliance* como fator atenuante da pena, dialogando também com o art. 45 da lei, que estabelece, como dever da autoridade antitruste, considerar a boa fé do infrator, bem como os seus possíveis efeitos negativos de mercado, durante a dosimetria da pena. Nessa perspectiva, o próprio guia de TCC elaborado em 2016 pelo Cade prevê expressamente os programas de *compliance* como elementos atenuantes durante a majoração da alíquota, na medida em que este se enquadra como exemplo de boa-fé do infrator:

Tribunal do Cade deve levar em consideração, segundo o art. 45, fatores como a boa-fé do infrator; o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; e a reincidência. A adoção de um programa de *compliance* robusto, com medidas de controle de danos, que atenda aos requisitos expostos na seção 3.2 acima, pode ser considerada evidência da boa-fé da empresa infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Por conta disso, é perfeitamente possível que o Tribunal enquadre o programa de *compliance* como uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a. Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade (BRASIL, 2016, p. 42).

Logo, uma empresa que demonstre a aplicação efetiva de programas de *compliance* já garante um ponto ao seu favor durante um momento decisivo.

Ressalta-se, ainda, que quando a legislação destaca a importância de se analisar os efeitos

negativos de determinada empresa no mercado, há uma clara alusão ao Princípio da Eficiência Econômico Social, que demonstra um compromisso social da interação econômico-jurídica hábil a respeitar os direitos individuais e coletivos de forma rápida e eficiente. Nas palavras de Stelzer e Chaves (2016, p. 90), o referido princípio consiste em um “vetor orientador para a criação e aplicação das normas, de maneira a vislumbrar espécie de convergência entre os ideais sociais e os princípios da ordem econômica”. Tal conceito dialoga com a própria evolução do papel do Estado em relação à sociedade e na consolidação do Estado Democrático de Direito, que carrega em seu bojo as noções de fraternidade, cooperação e responsabilidade social.

Portanto, não é incorreto dizer que há uma responsabilidade implícita das pessoas jurídicas com a qualidade competitiva do mercado, o que demanda ações compromissadas com o bem-estar social e com as diretrizes do SBDC, de modo que o *compliance* concorrencial deve ser visto como uma alternativa de efetivação do Princípio da Eficiência Econômico Social na atividade corporativa.

Não obstante o diálogo direto com a própria legislação da concorrência, é imprescindível destacar os esforços do Cade em demonstrar a importância dos programas de *compliance* para um melhor *enforcement* antitruste, posto que, além do guia publicado em 2016, o órgão antitruste também incluiu o referido tema no Plano Estratégico de 2013/2016 (BRASIL, 2013a) e no Plano Plurianual (2012/2015) do órgão, bem como passou a exigí-los em certos julgados, como nas cláusulas de TCCs já mencionadas.

É mister ressaltar que o TCC celebrado entre o Cade e a Cascol Combustíveis teve um impacto relevante no mundo do antitruste, visto que o referido caso foi elencado pela OCDE (2019) como uma das mais significativas investigações de cartéis do mundo. A exigência do programa de *compliance* no TCC homologado com a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em 2019 também merece destaque, uma vez que o acordo especificou, detalhadamente, a forma de aplicação do programa, com destaque para a cláusula 3.1 que discorre, inclusive, sobre a exigência de monitoramento:

3.1 Supervisor de Monitoramento

A implementação do Programa de *Compliance* Concorrencial e a adoção pela ECT de medidas aptas a garantir o cumprimento deste Acordo ficarão sujeitas à fiscalização de um Supervisor de Monitoramento, nos termos previstos na Cláusula Quarta abaixo.

Logo, os programas de *compliance* não somente são uma alternativa institucional possível à aplicação da Lei 12.529/11, mas passaram a ser incluídos na própria agenda do SBDC, ou seja, são incentivados. Os programas estão sendo utilizados tanto em remédios concorrenciais, como instrumentos em TCCs para alavancar o *enforcement* antitruste, de modo que a fiscalização, regras de conduta e transparência passaram a ser fatores fundamentais no combate ao ilícito antitruste. A postura do Cade também demonstra a relevância positiva do referido tema como forma de conscientização e estímulo à cultura organizacional pautada nos pilares da ética empresarial e da legalidade, especialmente nos últimos dez anos, posto que o guia de *compliance* publicado em 2016, ainda que não se trate de lei, é considerado um marco fundamental para os novos rumos da defesa da concorrência no Brasil.

Portanto, é imprescindível destacar que a Lei 12.529/11 proporciona um cenário dialético com



os demais instrumentos normativos, permitindo o desenvolvimento de instrumentos que rompem com o monopólio estatal da aplicação da norma, bem como se mostra capaz de aproximar o âmbito cooperativo da cultura da conformidade, evocando uma sensibilização e conscientização acerca da política anticartel.

4. AVANÇOS INSTITUCIONAIS E NOVAS FORMAS DE PENSAR OS INSTRUMENTOS PREVENTIVOS

Sob esse pano de fundo, é possível concluir que os casos e as iniciativas analisadas demonstram um olhar positivo à adoção do *compliance* em TCCs como *enforcement* antitruste, especialmente se comparados à Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994). Apesar disso, é importante destacar que o histórico da autoridade antitruste já demonstrava afeição pelo tema, sendo esses avanços institucionais resultados de engajamentos e edificações que percorrem um longo caminho para o alcance de um ambiente concorrencial íntegro, forte e sadio.

As iniciativas modernas, como o Guia de *Compliance*, se comparadas à Resolução nº 45 do Cade, responsável por modificar o Regimento Interno da agência antitruste, o qual estabelecia critérios para a assinatura de TCCs, ou então à Resolução nº 46, que introduziu a possibilidade dos programas de prevenção à ordem econômica nos TCCs, se mostram bem mais edificadas e seguras quanto às suas diretrizes. O artigo 38 da Lei 12.529/11, por exemplo, deixa em aberto inúmeras condições de possibilidades para novas formas de pensar os instrumentos preventivos, como é o caso da interpretação do princípio da boa-fé e do princípio da eficiência econômico social (BRASIL, 2011).

De certo modo, é possível concluir que o desenvolvimento na relação entre a disciplina pública da concorrência e a autorregulação privada consiste no alicerce dos novos instrumentos preventivos, posto que, quanto mais empresas internalizarem a cultura da concorrência, mais o Cade terá cumprido as suas três missões institucionais. No âmbito educacional, tem-se que o *compliance* cumpre com a difusão e sensibilidade da ética e conformidade empresarial. No cenário preventivo, o *compliance* assume justamente o instrumento de prevenção de comportamentos desviantes do previsto em lei. Já no que se refere à seara repressiva, tem-se que o descumprimento das cláusulas de *compliance* previstas em TCCs podem resultar em penalidades.

Nas palavras de Schapiro e Marinho (2016, p. 292):

Como assinalado, a promoção do *compliance*, se adequada, configura uma relação de cooperação regulatória, instituindo um círculo virtuoso: os agentes econômicos passam a desempenhar condutas em conformidade com a lei e, com isso, aumentam o *enforcement* regulatório, o qual, por sua vez, estimula a adoção de mais condutas em sintonia com a legislação (SCHAPIRO; MARINHO, 2016, p. 292).

Tem-se que é possível analisar um panorama otimista quanto aos avanços institucionais do Cade no que tange aos programas de *compliance*, especialmente após a vigência da Lei 12.529/11. Portanto, tais instrumentos devem continuar sendo explorados a fim de garantir ainda mais visibilidade e difusão da cultura anticartel, não somente como estratégia empresarial na seara

punitiva – preenchimento de requisito da boa-fé do infrator - mas principalmente como meio de assegurar a sensibilização e a efetividade da cultura e da ordem econômica constitucional brasileira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo entende que o Cade disciplina e incentiva os programas de *compliance*, bem como busca enriquecer o ambiente concorrencial a partir da difusão da defesa da concorrência para além de sua abordagem punitiva, de modo que muito desses avanços se devem à Lei 12.529/11, que permite a cooperação regulatória saudável entre os agentes do SBDC.

Esse viés moderno pode ser observado quando da análise estatística dos guias do Cade, que demonstram um aumento no número de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação nos últimos dez anos. Ademais, também se observa avanços em matéria de cooperação regulatória entre o Cade e outras autoridades brasileiras, bem como em sua imagem diante do cenário antitruste internacional.

No que tange ao uso do *compliance* em TCCs como *enforcement* antitruste, tem-se que os casos ora analisados demonstraram resultados positivos e dialogam com os avanços institucionais da autarquia, bem como se mostram uma alternativa complementar viável para demandas complexas que envolvem *essential facilities*, como na hipótese da sua aplicação no TCC do gás natural. O *compliance* em TCCs também dialoga com o Princípio da Eficiência Econômico Social, na medida em que é capaz de intensificar o compromisso social de agentes privados por meio de uma interação econômico-jurídica transparente e eficiente.

Apesar disso, é imprescindível considerar que ainda existem caminhos a serem percorridos, mas que o avanço brasileiro na matéria antitruste é notável e positivo, sendo a Lei 12.529/11 um fator determinante nos novos caminhos a serem percorridos, especialmente por aprofundar a área de alcance da proteção instrumental do direito da concorrência.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIOS DO CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3wf7ZOP>. Acesso em: 13 set. 2022.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; ARAÚJO, Alexandra Barbosa Campos de. Compliance Concorrencial: o Controle e o Combate às práticas ilícitas do Mercado Econômico. **Percursos**, Curitiba, v. 4, n. 23, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/43kpFY9>. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Programas de Compliance: Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/424wLiG>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Plano Estratégico 2013-2016 (versão 1.0)**. Brasília: Cade, 2013a. Disponível em: <https://bit.ly/3BMtwBf>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008859/2009-86**. Interessados: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda e outros. Brasília, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3IAHFpo>. Acesso em: 3 jan. 2023.



BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79**. Interessados: Lafarge Brasil S.A e outros. Brasília, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/432xAd8>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007277/2013-00**. Interessados: Carioca Christiani-Nielsen Engenharia e outros. Brasília, 2013b. Disponível em: <https://bit.ly/3pYaupc>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.003136/2019-12**. Brasília: Cade, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3MRV1A8>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/4358M48>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000**. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3opSKTk>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 2 nov. 2022.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MACHADO, Henrique Félix; MICHELI, Marco. TCCs do Refino e do Gás Natural. **Jota**, São Paulo, 25 jul. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/43qEloV>. Acesso em: 31 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política da Concorrência**: Brasil 2019. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3nfEx6n>. Acesso em: 11 nov. 2022.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques de. A Evolução do Antitruste do Brasil: A Política de Defesa da Concorrência sob A Lei 12.529/11. In: ANDERS, Eduardo Caminati *et al.* (coord.). **5 Anos Lei de Defesa da Concorrência**: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 22-34. Disponível em: <https://bit.ly/43EHVvR>. Acesso em: 2 mar. 2023.

RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei N. 12.529/2011: a defesa da concorrência avança no Brasil. In: ANDERS, Eduardo Caminati *et al.* (coord.). **5 Anos Lei de Defesa da Concorrência**: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 36-49. Disponível em: <https://bit.ly/43EHVvR>. Acesso em: 2 mar. 2023.

SCHAPIRO, Mário Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance Concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 211, jul./set. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3BRWAYz>. Acesso em: 17 dez. 2022.

STELZER, Joana; CHAVES, Daniel Rocha. O Princípio da Eficiência Econômico-Social: uma proposta

de vetor do *free trade* ao *fair trade*. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Florianópolis, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3ouA6JW>. Acesso em: 15 jan. 2023.

TCU APONTA 'ação discriminatória' da Petrobrás na abertura do mercado de gás natural. **Reuters**, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3MPy4h2>. Acesso em: 12 set. 2022.

