Vol. 3
Nº 1
2015 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL

2318 2253

CADE
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Programa de *Compliance* Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro

Guilherme Missali Teno Castilho[1]

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a traçar as linhas mestras a respeito do programa de *compliance*, notadamente de natureza antitruste, tendo em conta o momento propício para tanto. O tema será abordado de forma ampla, enfocando a atual perspectiva brasileira, de modo a contextualizar importantes questões que interessam à apreciação antitruste. Nessa linha, este trabalho pretende aduzir medidas propositivas e sugestões que, por sua vez, irão descortinar desafios de ordem prática, propiciando visão útil para auxiliar e garantir a aplicação eficiente da política de defesa da concorrência brasileira.

Palavras-chave: Antitruste; *Compliance*; Cultura; Efetividade; Interface; Prevenção; Recompensas.

ABSTRACT

This paper seeks to outline the general overview on compliance program, in particular the antitrust one, given the auspicious moment in that regard. The subject will be addressed broadly, focusing on the current Brazilian standpoint in order to contextualize important issues which matter for the antitrust review. Accordingly, this paper seeks to present propositional measures and suggestions which, in turn, will shed light on practical challenges, providing useful insight to help and secure the efficient enforcement of the Brazilian antitrust policy.

Key-words: Antitrust; Compliance; Culture; Effectiveness; Interface; Prevention; Rewards.

Classificação JEL: K21 – K23 – K42

[1] Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado na cidade de São Paulo, nas áreas de Direito Anticorrupção e Direito Concorrencial. E-mail: guimissali@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. *Compliance* em perspectiva 2.1. *Compliance* empresarial 2.2. *Compliance* antitruste 2.3. Estado da arte contemporânea 3. Ordenamento antitruste brasileiro 3.1. *Compliance* importa 3.2. Interface com outros normativos 3.3. Advocacia da concorrência e cooperação 4. Questionamentos propositivos 4.1. O que se esperar no Brasil 4.2. Inferências preliminares na estruturação do PCA 5. Experiência prática 5.1. Panorama histórico e jurisprudência do CADE 6. Considerações finais 7. Referências bibliográficas.

"*Antitrust compliance is on the agenda not because of a fear of enforcement, but rather because ethical and compliant business is 'the right thing to do*'" (RILEY, Anne; SOKOL, Daniel D.)

1. Introdução

O conceito de *compliance*[2] é amplo e apresenta conotação que extrapola as raias jurídicas, sendo a interdisciplinaridade elemento central neste exame. O fator preventivo acoplado ao *compliance* tem despertado interesse crescente dos agentes econômicos[3] sobre o assunto, em particular por conta dos riscos aos quais ficam expostos no mercado e a necessidade de gerenciá-los com segurança. Desse modo, à luz da vigilância empresarial, faz sentido a estruturação de programas dinâmicos, aptos a endereçar eficientemente um pacote de mecanismos e diretrizes alinhados à conformidade legal. Ao adotar tal postura, os agentes econômicos estariam, em princípio, no acertado caminho da integridade corporativa, calcada em uma métrica ética e de conformidade. Essa seria, em apertada síntese, a projeção do Programa de *Compliance* (PC) sob a ótica jurídica.

A fim de atingir seu objetivo de forma eficiente, um PC deve idealmente encerrar um agregado de instrumentos que sejam efetivos para prevenir, dissuadir e detectar a ocorrência de ilicitudes. Nesse prisma, um PC robusto é aquele que endereça uma gama de mecanismos de sensibilização e engajamento, ao mesmo tempo em que desencoraja a prática de eventos reprováveis sob o ângulo da licitude, com medidas assertivas para tanto. Daí a necessidade de modular o PC ante a realidade dos fatos ao qual o seu destinatário se insere, considerando um universo de particulares.

[2] Ante a ausência do termo no vernáculo pátrio, o mesmo, por simples casualidade, será referido como equivalente ao gênero masculino.

[3] Para efeitos didáticos e de simplificação, o termo "agente econômico" é assumido neste artigo como intercambiável à "empresa", abstraindo-se as especificidades técnicas existentes. Quando pertinente para a análise, no entanto, ressalva será feita.

Sob tal perspectiva se assenta este artigo, cujo propósito consiste em traçar as linhas mestras do *compliance* com foco no direito antitruste[4]. No primeiro capítulo será delineado um panorama do fenômeno, para, ato contínuo, focalizá-lo na dimensão antitruste. No segundo capítulo, apontamentos e evidências acerca do Programa de *Compliance* Antitruste (PCA) serão explicitados, à luz da dimensão nacional. O objetivo é ventilar a utilidade do PCA para a política de defesa da concorrência pátria. Em paralelo, serão sublinhadas as interfaces do PCA com outras searas jurídicas, além de chamar a atenção para o papel da advocacia da concorrência e a cooperação no intuito de encorajar discussões sobre o tema.

O terceiro capítulo será, na essência, de natureza propositiva. Na ocasião, intenciona-se trazer à baila questionamentos e provocações a serem potencialmente enfrentados no Brasil, tendo como referência o desenvolvimento do tema em jurisdições internacionais, que serão decisivos para fins da política antitruste. Ainda, certas inferências iniciais quanto à estruturação do PCA serão postas em relevo. O quarto capítulo ilustrará, concisamente, um panorama histórico da experiência brasileira em *compliance*, com indicação de certos precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre PCA.

No âmbito das considerações finais, em consistência ao exposto, ver-se-á o PCA como um instrumento oportuno para os predicados da política concorrencial. Em conjunto com outras iniciativas, esse programa funciona como fator relevante para prevenir e dissuadir a ocorrência de infrações à ordem econômica, assegurando aplicação mais substantiva da legislação antitruste. Ao revisitar pontos em aberto e questionamentos pré-estabelecidos, este artigo pretende suscitar um debate prático, acompanhado de apontamentos teóricos. O resultado conclusivo é no sentido de que as autoridades concorrenciais devem atuar preventivamente para desencorajar comportamentos anticompetitivos e, assim, evitar punições. Para tanto, o PCA posiciona-se como ferramenta estratégica, cujos incentivos são aqui reportados.

2. *Compliance* em perspectiva

2.1. *Compliance* empresarial

[4] Este artigo examina o programa de *compliance* corporativo sob o enfoque antitruste (PCA). A Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) reporta consenso geral no sentido de que um autêntico PCA pode ser útil no panorama concorrencial (não obstante discussões sobre como e se eles devem ser recompensados). Ver OECD Policy Roundtables. *Promoting Compliance with Competition Law* (2011). Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>. Acesso em: 11 de nov.2014.

Em linhas gerais, a literatura jurídica[5] interpreta o *compliance* como sinônimo de postura consentânea à determinada regra, o que traduz uma acepção ampla em termos de cumprimento e observância normativa[6]. No contexto empresarial, o *compliance* pode se manifestar de diversas formas. Uma delas, relativamente usual, consiste em explicitar em instrumentos, tais como códigos, diretrizes, regulamentos, cartilhas, etc., toda sorte de comandos e instruções, cujo fator conformidade/observância é núcleo duro. A inteligência do *compliance* ventila teor preventivo e tem por desiderato último evitar a ocorrência de infrações ao conteúdo que alerta.

Na linha de Tercio Sampaio Ferraz Junior, o *compliance* corporativo seria elemento integrante do sistema de governança corporativa, o qual engloba uma série de controles e auditorias internas, com a gestão de risco e a própria política de *compliance*[7]. Nesse entendimento, o *compliance* emerge como ferramenta central, com vistas a incentivar um ambiente corporativo ético, legalmente sustentável e socialmente responsável[8]. Como tal, o mesmo é percebido como elemento que catalisa e difunde a cultura da integridade, e gera frutos positivos para diversas searas, sejam ou não de natureza jurídica.

2.2. *Compliance* antitruste

No direito da concorrência, o *compliance* adquiriu contornos mais firmes nos últimos anos, impulsionado pela conscientização dos agentes econômicos no que tange aos malefícios

[5] Há diversos campos do conhecimento que apreciam o fenômeno. Em geral, na ótica jurídica, o estudo do *compliance* foca no grau de adesão dos destinatários da norma nos processos de atuação e na análise de obediência dos parâmetros legais por ela instituídos. Por esse viés, o enfoque não reside no fator implementação e eficiência em si. Tal poderia vir por meio do comprometimento robusto dos destinatários. Ver GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de Relativização do Nemo *Tenetur se Detegere*: Cultura do Controle e Política Criminal Atuarial. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>. Acesso em: 07 de abr.2015.

[6] Cf. Vogel: "*Compliance* é um conceito que provém da economia e que foi introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas, não necessariamente de natureza jurídica". Ver Pierpaolo Cruz Bottini. O que é *compliance* no âmbito do Direito Penal? *Consultor Jurídico*, 30 de abr.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em: 23 de ago.2014. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini, "dada a infinidade e complexidade de normas regulatórias para as mais diferentes atividades, empresas e instituições desenvolveram setores voltados única e exclusivamente para tal finalidade: assegurar que as regras a elas destinadas sejam cumpridas, evitando-se problemas jurídicos e de imagem".

[7] Ver FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Todos ganham com o *compliance*. *CNEP em Revista - Conselho Executivo das Normas-Padrão*. Ano 10, nº. 39, Junho 2014, p. 26-27. Disponível em: <http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

[8] Ver BAER, Miriam Hechler. Governing Corporate Compliance. *Boston College Law Review*. Vol. 50, No. 1, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1474291>. Acesso em: 05 de out.2014.

de condutas anticompetitivas e as respectivas estratégias para evitá-las e combatê-las. Uma gama de ferramenta veio a relevo, merecendo nota, em particular, o PCA.

No que concerne à natureza desse programa, aduz Guilherme Favaro Corvo Ribas:

> Os programas de *compliance* antitruste, também conhecidos como programas de prevenção a infrações à ordem econômica ou de conformidade à legislação de defesa da concorrência, são adaptações de programas empresariais voltados para prevenir a ocorrência de práticas ilícitas ou inapropriadas no cotidiano de uma determinada empresa ou associação de empresas.[9] (grifo nosso).

À luz dessa definição, um PCA proativo é aquele que interage com outras dinâmicas. A interdisciplinaridade é característica vital nesse contexto, vislumbrando-se abordagem holística, que promove um terreno fértil de interação com outras áreas jurídicas (e não jurídicas):

> As matérias abordadas na dinâmica desses programas variam bastante de acordo com os interesses, as atividades e as práticas das pessoas jurídicas, podendo abranger temas como tributos, meio ambiente, relações com entes públicos, relações de consumo, práticas laborais, operações contábeis e financeiras, política de meios eletrônicos, saúde, segurança, ética e demandas setoriais específicas.[10]

Em termos de escopo, simplificadamente, um PCA robusto deve perseguir dois grandes eixos de atuação, a saber, preventivo e repressivo, sendo o eixo educativo desdobramento natural. A visão tradicional pontua a utilidade do PCA no âmbito de condutas anticompetitivas, em particular o cartel. Nada obstante, na esteira das discussões contemporâneas, sugere-se uma abordagem que considere o eixo das estruturas, de sorte a alargar o escopo clássico do tema.

Isso porque, sob a égide do regime de análise prévia instituído pela Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei 12.529/2011 ou Lei de Defesa da Concorrência), o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) conferiu maior ênfase ao *compliance*. Donde, para além de sensibilizar os agentes econômicos na esfera de condutas anticompetitivas, um PCA pode ser igualmente virtuoso para conscientizar sobre violações relacionadas ao *gun jumping*[11], por exemplo, com foco nessa vertente.

Em sede de condutas anticompetitivas, a tarefa de se estruturar um PCA com foco em cartel costuma ser menos árdua ao se comparar com os desafios suscitados pelas condutas unilaterais em si. Assumindo-se que, geralmente, há maior clareza quanto a comportamentos

[9] Ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de Compliance Antitruste. In ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 330. O autor pontua que o foco principal desse tipo de programa é incutir na mentalidade de empresários e funcionários de empresas e associações de classe a relevância de respeitar com rigor os ditames constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa.

[10] Ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Op. cit., p. 330.

[11] O *gun jumping* foi disciplinado no âmbito do artigo 88, parágrafos 3º e 4º, da Lei 12.529/2011, complementado pelos artigos 108, parágrafo 2º, e 112, do Regimento Interno do CADE (RICADE).

concertados, os mecanismos de prevenção e dissuasão tendem a ser mais tangíveis para articular o PCA. Além disso, como grande parte da literatura se debruça no PCA sob o ângulo de cartéis, muitos dilemas já foram deslindados, ainda que as reflexões nunca cessem, haja vista os engenhosos arranjos que animam esse ilícito[12].

Em face de condutas unilaterais, porém, o cenário tende a ser mais intrincado. Para ilustrar, não raro a teoria econômica e a doutrina jurídica demonstram perplexidades para diferenciar competição agressiva lícita de um ilícito antitruste propriamente. Com efeito, enfrenta-se uma análise casuística, em que paira ambiente com margem para incerteza. Daí a relevância das diretrizes oficiais da autoridade, com vistas a auxiliar na engenharia do PCA, que funciona, por sua vez, como baluarte para os agentes personalizarem seus mecanismos de prevenção e, assim, facilitar a identificação e controle de riscos[13]. Reflexamente, também seria possível vislumbrar contribuições no sentido de evitar a ocorrência de falsos positivos quando de um PCA sólido e bem difundido.

No âmbito de concentrações, um PCA seria conveniente na medida em que estipularia recomendações e alertas que minorariam as chances de os agentes econômicos consumarem antecipadamente um ato (leia-se, sem o escrutínio do regulador antitruste). Em outras palavras, ao serem estabelecidos, de maneira precisa e com base na hermenêutica oficial, os pontos de preocupação, seria menos crível, *a priori*, que o agente devidamente treinado praticasse um ato que caracterizasse a integração prematura do negócio jurídico, a não ser que deliberadamente.

Outrossim, o *compliance* encontra reverberação no curso dos remédios antitruste. Nesse prisma, verificam-se, no CADE, alguns Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) e Acordos em Controle de Concentração (ACC) que contemplaram o PCA no bojo das medidas negociadas (afora outros instrumentos), conforme referidos oportunamente. Não menos importante, ademais, o acordo de leniência, cuja sinergia com o PCA é absoluta no contexto de combate a cartéis[14]. Ora, a leniência desempenha papel de primazia nesse

[12] Ver ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. Speeches. KOLASKY, William J. Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective. *Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute*. San Francisco, CA. July 12, 2002. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.htm>. Acesso em: 22 de set.2014.

[13] Nessa linha, um conjunto de cenários deve ser projetado, em particular para fins de modular salvaguardas. Citam-se: (i) o risco de fechamento significativo de mercado à luz da conduta; (ii) a existência de acordo de exclusividade, com abrangência elevada sobre pontos de venda e canais de distribuição; (iii) o fato de uma empresa igualmente eficiente ter a aptidão de reproduzir a política de preços; (iv) a existência de acordos de longo prazo com fornecedores em uma relação encadeada de exclusividade; e (v) a percepção do terceiro e/ou de concorrentes no tocante à política de *compliance* adotada pela empresa.

[14] A leniência facilita as condições para uma imunidade antitruste completa. Nessa ótica, dado um PCA robusto e agressivo anticartel, que estabeleça com clareza e segurança parâmetros para detectá-lo e reportá-lo, denota-se

enfrentamento, de sorte que um PCA efetivo e agressivo anticartel seria recurso extra para tal propósito[15].

2.3. Estado da arte contemporânea

A agenda antitruste mundial acentua a relevância em discutir o *compliance*. Uma série de fatores ratifica o momento propício para tanto, haja vista: (i) aumento do número de denúncias e investigações; (ii) novas tecnologias e sofisticação de técnicas investigativas; (iii) aumento de acordos de leniência; (iv) crescente severidade das sanções aplicadas em casos de condenação; (v) maior conscientização da sociedade civil para práticas anticoncorrenciais; (vi) novas legislações reprimindo com rigor condutas ilícitas, que se inter-relacionam com questões antitruste (e.g. anticorrupção), etc.

Nesse senso de vigilância, o tema adquire maior substrato, convidando-nos a revisitar certos parâmetros e ideais pré-concebidos. Em que pese a abordagem tradicional das autoridades na repressão aos cartéis seja focalizar um *enforcement* baseado em métodos frequentemente estanques na linha ortodoxa, como a combinação de rígidas penalidades e leniência, no atual contexto esse modelo parece não ser suficiente para fins da dissuasão ótima do ilícito[16]. Faz sentido, nesse retrato, refletir sobre mecanismos complementares e inovadores para tanto[17]. Logo, ante a limitação metodológica que se evidencia, a sugestão de incentivar uma cultura pró *compliance* entre os agentes econômicos é percebida como fator relevante em termos de efetividade do modelo dissuasório[18].

Conforme afirmam Anne Riley e Daniel D. Sokol, o *compliance* antitruste deve estar na agenda não em função do temor de eventual execução, mas porque ética e conformidade

---

suporte útil à denúncia e, dessa sorte, mais prováveis as reações céleres e combativas. Em adição, filtros quantitativos (*screening*) poderiam ser de enorme préstimo para referida detecção.

[15] Ver AMERICAN BAR ASSOCIATION. Antitrust. MURPHY, Joseph; KOLASKY, William. The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior. Vol. 26, No. 2, Spring 2012. Disponível em: <http://summerconvention.utahbar.org/2014/materials/H2_Cartel%20Compliance%20Programs.pdf>. Acesso em: 05 de out.2014.

[16] Ver WILLS, Wouter P.J. Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement (October 31, 2010). *Journal of Antitrust Enforcement*. Volume 1, Issue 1, April 2012, Forthcoming. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176309>. Acesso em: 10 de jan.2015.

[17] Ver ABRANTES-METZ, Rosa M. Proactive vs Reactive Anti-Cartel Policy: The Role of Empirical Screens (June 25, 2013). *Global Economics Group, LLC*. New York University - Leonard N. Stern School of Business - Department of Economics. Disponível em:<http://ssrn.com/abstract=2284740>. Acesso em: 02 de jan.2015.

[18] Como suporte a esse pensamento, ver RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Antitrust Compliance Programmes – Can Companies and Antitrust Agencies do More? Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>. Acesso em: 23 de ago.2014.

nos negócios é o certo a se fazer[19]. Dito isto, somada a uma realidade que dá sinais de esgotamento, cujo modelo tradicional revela-se insuficiente para atingir eficazmente seus propósitos, o PCA encontra receptividade para se estabelecer.

3. Ordenamento antitruste brasileiro

3.1. *Compliance* importa

No ordenamento pátrio, é de chamar a atenção o especial contexto no qual o tema se insere. O marco legal se efetivou mais nitidamente com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, não obstante importantes iniciativas que tiveram sua origem na Lei nº. 8.884/1994[20] e foram aperfeiçoadas ao longo do tempo. Nesse quadro evolutivo, o SBDC tem sinalizado esforços no combate a condutas anticompetitivas, em particular na repressão de cartéis, que, como sabido, são fatais para a ordem econômica[21].

Ora, condutas concertadas impactam adversamente a coletividade, dadas inúmeras perdas que ocasionam, tanto da perspectiva do bem-estar do consumidor, quanto em termos de competitividade[22]. Tal preocupação se agrava em face da dinâmica empresarial contemporânea, complexa e que envolve diversos agentes interagindo em escala global. Nessa atmosfera, pode surgir ambiente que facilita a troca de informações mercadologicamente sensíveis entre concorrentes, de sorte a viabilizar acerto de preços, divisão de mercado, acobertamento de estratégias, etc., com o objetivo último de eliminar a concorrência. Como resultado imediato, prejudica-se o ambiente concorrencial saudável com a fragilização da competição. Sensibilizados, pois, com cartéis cada vez mais engenhosos, organismos e agências internacionais têm enfatizado a utilidade do PCA para esse enfrentamento[23]-[24].

---

[19] Ver RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Enforcement* (August 25, 2014), p. 45-46. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959>. Acesso em: 02 de out.2014.

[20] Por exemplo, a criação da Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC) e as cartilhas da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) sobre cartéis e temas correlatos.

[21] Ver OECD Reports. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em:< http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

[22] Do ponto de vista da empresa, esta se expõe a toda sorte de riscos/danos ao se envolver em práticas concertadas. Por exemplo, (i) multas severas; (ii) prisão de executivos; (iii) despesas com advogados; (iv) ação de indenização privada; (v) investigações na esfera criminal;e (vi) negativa publicidade e distração interna dos negócios.

[23] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. SNYDER, Brent. Compliance is a Culture, Not Just a Policy. *Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce*. New York, NY, September 9, 2014. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/308494.pdf>. Acesso em: 20 de set.2014.

Nesse clima de ebulição[25], urge desconstruir, *prima facie*, o falacioso argumento que clama por maior severidade na punição. Em verdade, essa abordagem já foi testada, inclusive em outras áreas, e não se revelou frutífera. Deve-se reformular o pensamento que enfatiza na consequência. O cenário ideal seria aquele em que menos práticas anticompetitivas ocorressem[26]. Em outras palavras, uma forma efetiva de refrear o ilícito seria garantir que ele nunca se iniciasse. Nesse compasso, pois, a racionalidade do PCA genuíno, que, nos termos de Brent Snyder:

> um programa de *compliance* realmente bem administrado deve impedir uma empresa de conspirar para fixar preços, fraudar licitações, ou alocar mercados. Programas de *compliance* efetivos devem evitar que o crime se inicie, ou, no mínimo, detectá-lo imediatamente após o seu início. Sem questionamentos, o melhor resultado para a empresa e seus acionistas é nunca estarem sujeitos a investigações versando sobre cartéis internacionais. Um programa de *compliance* antitruste efetivo tem o potencial de ser uma contribuição significativa para esse fim[27]. (grifos nossos).

Evidente, portanto, a importância de reduzir punições atuando preventivamente. Há nexo nessa visão, vez que assim os danos concorrenciais são diminuídos, com a possibilidade de redução de custos coletivos. O desafio nessa avaliação consiste em delimitar com precisão os limites entre o prevenir e o remediar.

No que tange ao planejamento oficial acerca do PCA, note-se o Plano Estratégico 2013/2016 do CADE (Plano Estratégico), que contemplou a revisão desse programa[28]. O Plano Plurianual 2012/2015 (PPA) vai ao encontro a tal previsão[29]. Portanto, dado o suporte normativo sobre a temática, que acopla o PCA a um rol de estratégias governamentais, deduz-se que o tema foi considerado sob um horizonte amplo na agenda da política nacional. Delineiam-se, por corolário, diretrizes voltadas ao planejamento da administração pública, que repercutirão para fins de alocação, viabilização e execução de políticas públicas[30].

---

[24] Ver SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement. *Antitrust Law Journal*. Vol. 78, 2012. Disponível em:< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2079336>. Acesso em: 05 de out.2014.

[25] Ver ICC Antitrust Compliance Toolkit. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/competition/icc-antitrust-compliance-toolkit/>. Acesso em: 19 de set.2014.

[26] Ver José Eduardo Cardozo e Vinicius Marques de Carvalho. *Compliance* e defesa da concorrência. *Folha de São Paulo, Opinião*, 18.08.2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/181140-compliance-e-defesa-da-concorrencia.shtml>. Acesso em: 25 de ago.2014.

[27] Ver SNYDER, Brent. Op. cit., p. 1-2. Tradução livre do original.

[28] Plano Estratégico do CADE 2013/2016 (versão 1.0). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/CADE%20-%20Plano%20Estratégico%202013-2016%20-%20versão%201%200.pdf>. Acesso em: 10 de set.2014.

[29] Plano Plurianual 2012/1015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/PPA.pdf>. Acesso em: 10 de set. 2014. "Revisão dos programas de leniência e de *compliance*, incentivando a adesão dos agentes econômicos a esses programas com vistas a tornar mais efetiva a prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica".

[30] A nosso ver, no que toca à relação do *compliance* propriamente e o reflexo nas políticas públicas, mais que uma agenda de governo, o tema em apreço merece ser considerado à luz de uma política de Estado, tamanha importância do objetivo maior ao qual está vinculado.

3.2. Interface com outros normativos

A postura de conformidade empresarial influi, em regra, de modo favorável sobre os agentes de mercado. Abstratamente, da perspectiva antitruste, esse fenômeno poderia ser lido de modo análogo à externalidade positiva, com eventual efeito carona que deflagraria "comportamentos de conformidade antitruste" entre os agentes econômicos. Sob tal premissa, no que tange à capilaridade do *compliance* antitruste, delineiam-se abaixo, a título exemplificativo, searas em que se defendem benefícios qualitativos.

Mercado de capitais: à luz de elevados padrões de governança corporativa, a observância à legislação antitruste seria indício de vantagem competitiva aos agentes que transacionam valores mobiliários. Nessa relação de causalidade, as vantagens se concretizariam mediante a captação de investimentos em favor das empresas comprometidas com valores concorrenciais. Do ponto de vista dos investidores, a postura de integridade e transparência é avaliada como fato relevante na tomada de decisão e beneficia a reputação empresarial[31].

Lei da Empresa Limpa: não seria desarrazoado afirmar que o normativo da "anticorrupção empresarial" (Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013) surgiu como importante força motriz para alavancar o *compliance* corporativo no Brasil. Talvez a tônica que faltava, a mola propulsora do *compliance*, como os primeiros indícios levam a crer, foi engatilhada com a novel legislação. Nesse compasso, ilustra-se o destaque do novo normativo ao PC, que foi contemplado expressamente no texto de lei como um dos fatores para atenuação de penalidades[32]. Também, a Lei da Empresa Limpa, *inter alia*, interage com a legislação antitruste em tópicos relevantes, notadamente ao prever o instituto da leniência em prol do

[31] Ver ROMANIELO, Enrico Spini; PAULA, Germano Mendes de. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 20, 2011, p. 265-307. A título de completude, o *compliance* no mercado de capitais vem atrelado ao pilar da forte regulamentação, *accountability* e gerenciamento de riscos para assegurar a higidez financeira. Note-se a Lei Sarbanes-Oxley, de origem norte-americana, que contribuiu para estreitar níveis de controle e responsabilidade no setor.

[32] A Lei da Empresa Limpa explicita que um programa de *compliance* efetivo será considerado fator de atenuação da sanção, *in verbis*: "Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções: inciso 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". O Decreto nº. 8.420/2015 regulamentou esse dispositivo, de modo que algumas diretrizes poderiam ser de utilidade ao CADE quando da elaboração de guias sobre o assunto. Na conjuntura internacional, por exemplo, EUA e Canadá possuem *guidelines* nesse sentido. Ver, respectivamente, *Guidelines Manual* (Sentencing Commission - EUA) e Relatórios da Canadian Competition Bureau. Disponíveis, respectivamente, em: <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/guidelines-manual> e <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_03700.html>. Acesso em: 19 de set.2014.

êxito da investigação. A propósito, para fins da Lei da Empresa Limpa, o acordo de leniência deve contemplar cláusulas sobre programas de integridade.

Direito Civil/Consumerista: fato é que uma empresa que incorre em práticas anticompetitivas poderá ser responsabilizada em sede judicial por meio de reparação de danos (indenização privada), um fenômeno recorrente nas jurisdições estrangeiras. Ainda que embrionário no Brasil, esse fenômeno deverá sofrer incremento no futuro próximo, sobretudo em vista da estruturação coordenada do SBDC, que tem intensificado investigações e ações de busca e apreensão[33]. Donde, a conformidade à legislação antitruste é chave para que o agente econômico evite ser surpreendido em ações do tipo.

Direito Penal: o *compliance* antitruste apresenta reflexo direto na dinâmica criminal, haja vista cartéis cada vez mais rebuscados e que demandam uma forma inteligente de agir. Considerando que um PCA robusto desempenha papel de valia na prevenção de cartéis, o resultado imediato seria a racionalização de recursos do Erário. Por seu turno, infere-se um ganho coletivo, dado que ao se conter a movimentação do aparato estatal, tem-se um modo eficiente de alocar recursos públicos para áreas estratégicas, prestigiando-se o desenvolvimento socioeconômico. Também, não se pode olvidar a vertente do *criminal compliance*, que avança no âmbito de uma política criminal responsável, voltada ao controle de riscos e promoção de dispositivos de governabilidade[34].

Em face das evidências sumarizadas, forçoso reconhecer que o *compliance* transmite uma mensagem de confiança ao ambiente corporativo (e à coletividade em geral). Frisa-se a lógica do *compliance*, segundo a qual os agentes estariam a zelar pelas "regras do jogo", em compromisso à postura ética e, por conseguinte, ter-se-ia um jogo justo/limpo do ponto de vista concorrencial (*fair play* antitruste).

Ademais, consoante demonstrado, o PCA tem o potencial de minorar uma série de custos relacionados a defesas e danos, além de eventualmente abrandar penalidades, a depender do regime regulatório e da aderência do agente. Em razão disso, não raro sustenta-se que o PCA é sinônimo de investimento (ativo), que gera dividendos de longo prazo, lido de maneira análoga à vantagem competitiva, dado o efeito virtuoso que potencializa. Por outro lado, a ausência do mesmo pode gerar custos irrecuperáveis, desde financeiros até de

[33] Esse diagnóstico é crível e vem refletido no aumento de TCCs e acordos de leniência celebrados nos últimos anos. Como exemplo, comparar as pautas das sessões do CADE de dois anos atrás com as atuais. Ver <http://www.cade.gov.br/upload/Balanço%202%20anos%20nova%20lei.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

[34] No Brasil, a origem do *criminal compliance* costuma vir associada à necessidade de identificação e prevenção de condutas de lavagem de dinheiro (leia-se, Lei nº. 9.613/1998, modificada pela Lei nº. 12.683/2012).

oportunidades[35], daí a impactar adversamente os agentes envolvidos em infrações à ordem econômica.

3.3. Advocacia da concorrência e cooperação

A temática em evidência é das mais prioritárias em respeitados fóruns internacionais[36]. O *Toolkit* da International Chamber of Commerce (ICC) reporta a vivacidade da matéria, e justifica seu estudo aprofundado, dentre outros fatores, à luz da proliferação de legislações concorrenciais rígidas.

A esse respeito, uma política que racionaliza restritivamente, com base no rigor e severidade para refrear o ilícito (leia-se, penalidades proibitivas para propagar o medo da detenção), tende a ser disfuncional, por focar unicamente nas consequências do descumprimento. Para o pleno êxito da política antitruste dissuasória, oportuno estabelecer uma combinação de ferramentas regulatórias com vistas a aperfeiçoar as políticas de *compliance* em uma perspectiva ampla.

Nesse diapasão, diversas autoridades passaram a antever no PCA uma ferramenta com potencial de utilidade para fins da aplicação normativa eficaz, sem entrar no mérito, por ora, da eventual recompensa aos agentes que viabilizarem tal programa. De toda maneira, ainda que existam reguladores que concedam eventuais benefícios, há certa unanimidade no sentido de que o PCA importa e é relevante para assegurar o cumprimento às leis e promover um comportamento ético por e entre as empresas[37]. Ou seja, a discussão não se reduz ao fato dos prós e contras em se recompensar ou não um PCA, do contrário.

---

[35] Ver ROMANIELO, Enrico Spini; PAULA, Germano. Op. cit., p. 259. O simples fato de uma empresa estar envolvida em uma investigação, ainda que a mesma não venha a ser condenada, já enseja custos, com potencial efeito sistêmico. O que permanece na lembrança da sociedade é a investigação em si (e não propriamente a eventual absolvição). Disso pode derivar um efeito cascata em termos de custos: (i) honorários advocatícios; (ii) dedicação de tempo em reuniões; (iii) despesas relacionadas a viagens e encontros com autoridades e/ou advogados; e (iv) dedicação de tempo e alocação de profissionais da empresa para avaliar diversos documentos que podem ser utilizados como indícios pelas autoridades. Tais custos, se não fossem irrecuperáveis, poderiam ser alocados de forma mais eficiente na busca pela maximização do lucro empresarial. Do ponto de vista de danos, há desde prejuízos de ordem criminal, administrativa e civil, alem do impacto reputacional. Este, por sinal, é tido por muitas empresas como incentivo para seguir estritamente as leis. Ver Office of Fair Trading (OFT). Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law. 2010. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

[36] Por exemplo, International Competition Network (ICN) - Varsóvia (2013) e OECD Hearing (2014).

[37] As agências dos EUA e da União Europeia não atribuem recompensas em sede de PCA (neutralidade). Em ambas as jurisdições, vigora o regime de responsabilidade objetiva no modelo de execução de cartéis. A princípio, o fato de a empresa levar à autoridade indícios de cartel seria evidência de um programa de *compliance* falho. Ver UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Speech/10/586. ALMUNIA, Joaquín. *Competition Conference.* Brussels, 25 October 2010 (25/10/2010). Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm?locale=en>. Acesso em: 02 de out.2014. Já em jurisdições como Canadá,

No intuito de fomentar a cultura do *compliance*, o CADE, proativamente no papel de *advocacy*, tem aberto diálogo junto aos seus administrados[38]. A interação mais próxima com os agentes econômicos é vista, nesse panorama, como fator que capacita a autoridade quando da elaboração de recomendações e diretrizes, porquanto essas serão mais realistas à dinâmica empresarial, capturando preocupações específicas[39]. Essa forma de atuação redunda em maior segurança jurídica aos administrados, ao mesmo tempo em que aperfeiçoa a técnica das ferramentas antitruste. Estando a autoridade e os agentes econômicos alinhados na consecução do *compliance*[40], ambos protagonistas nesse ideal, verifica-se um passo firme em direção ao amadurecimento da política de defesa da concorrência.

4. Questionamentos propositivos

4.1. O que se esperar no Brasil

A seguir serão ilustrados alguns questionamentos preliminares que gravitam sobre o PCA, valendo-se, em especial, de ecos da experiência comparada. No curto prazo, presume-se, são aguardadas questões semelhantes a desafiar o arcabouço antitruste brasileiro.

Assim sendo, pontuem-se, aleatoriamente, os seguintes desafios: (i) esclarecer os elementos que caracterizam um PCA genuíno, as estratégias para implementá-los e a maneira ideal de internalizar eficazmente o *compliance* no ordenamento, fazendo dele um hábito; (ii) mensurar o nível de utilidade do PCA para fins de prevenção e dissuasão de práticas anticompetitivas, no contexto de múltiplas ferramentas voltadas ao pleno *compliance*, calibrando a medida ideal de combinação de instrumentos; (iii) definir o modelo para avaliação de responsabilidade (i.e. regime de responsabilidade objetiva *versus* responsabilidade subjetiva, ou, alternativamente, considerar um mix entre esses dois

---

Chile, Coréia, França, México, Noruega e Reino Unido, alguma forma de recompensa é atribuída ao PCA robusto.

[38] Um exemplo claro nesse sentido foi o seminário científico promovido pelo CADE, em 28 e 29 de ago.2014, em parceria com o Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Ver <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8abd4cdd37ec03000a37085ff35b>. Acesso em: 01 de out.2014.

[39] A depender da pertinência e requisitos de admissibilidade, a Resolução nº. 12/2015 do CADE, referente ao procedimento de consulta, pode ser um mecanismo complementar para os agentes econômicos extraírem orientação prática que, por sua vez, poderia fortalecer o juízo do *compliance*.

[40] Ver ICC. Policy and Business Practices – Annex 3. *Compliance as an Antitrust Law Enforcement Tool*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_compliance_general_en.pdf>. Acesso em: 08 de jan.2015.

regimes[41]); (iv) meditar sobre o trinômio se/quando/como do encorajamento e avaliação do PCA pela autoridade (avaliação *ex ante* ou *ex post*); (v) analisar se factível a obrigatoriedade de PCA em sede de remédios antitruste e leniência; (vi) considerar as lições e experiência pretérita do SBDC, bem como a conveniência e oportunidade de recompensar (e certificar) o PCA; (vii) atentar-se a eventuais riscos e debilidades do PCA para o ambiente concorrencial, e.g. amortecimento da concorrência, falha de prevenção e respectiva punição (majoração de penalidade), etc.

Como posto, uma matéria que acende os ânimos nessa discussão reside na conveniência de se recompensar o PCA. Uma importante questão é entender a racionalidade jurídica e econômica de se oferecer incentivos (como o abrandamento da penalidade e, no limite, imunidade antitruste) para os agentes econômicos envolvidos em infrações que implementaram PCA. Há, nessa abordagem, um raciocínio de custo/benefício que, pela via reflexa, preocupa-se com um possível desvirtuamento da política de estabelecimento de recompensas, vez que, ocasionalmente, agentes poderiam camuflar PCA com o condão único de se beneficiarem de tais recompensas.

Para evitar referido desvirtuamento, soa intuitivo a necessidade de o regulador estipular uma *proxy* cristalina para aferição de PCA, com balizas precisas que assegurem a previsibilidade aos agentes em geral. Nesse prisma, considerando o fator cooperação, seria de cogitar se a postura de inércia ou relutância do agente econômico quando da aferição de seu programa poderia implicar alguma forma de prejuízo, como a eventual limitação de benefícios.

Em complemento, um ponto de indagação tem a ver com a falha do PCA na detecção do risco e a respectiva configuração do ilícito. Lido de outra forma, a falha *per se* seria gatilho a autorizar a majoração da penalidade do agente econômico, em uma abordagem mais rigorosa na leitura dos parâmetros (ou da falta deles) do PCA. Nessa linha mais conservadora de análise, o PCA falho ensejaria a inscrição do agente em rol da mesma natureza de seu programa[42].

---

[41] Ver ARLEN, Jennifer; KRAAKMAN, Reinier. Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes. *NYU Law Review*. Vol. 72, No. 1 (1997). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11341>. Acesso em: 05 de out.2014.

[42] A *contrario sensu*, poder-se-ia cogitar sobre a certificação para PCA efetivo. A viabilidade desse aspecto pode ser ponderada à luz da experiência pretérita do SBDC. De toda forma e de antemão, um ponto parece ser uníssono, a saber, o fato de o agente econômico gozar de uma certificação positiva não significaria imunidade de investigações pelo suposto envolvimento em ilícitos. Ademais, curioso pensar sobre uma espécie de "corrida" ocasionada pelo *compliance*. Em teoria, esse fato seria benéfico para o ambiente concorrencial, vez que os agentes demonstrariam o compromisso de atingir as melhores métricas de conformidade. Todavia, questiona-se se tal corrida, no limite, não teria a aptidão para deflagrar comportamentos antiéticos entre concorrentes (i.e. alguma forma de sabotagem para rebaixar o nível de avaliação do rival).

Por fim, aspecto relacionado ao PCA falho diz respeito à extensão dos efeitos, inclusive para fins de dosimetria. Em verdade, indaga-se sobre o nexo em se considerar a responsabilidade da empresa controladora por atos/falhas de suas controladas, na hipótese em que a controladora tenha um rígido PCA estruturado. Pois bem, questões atinentes à solidariedade no âmbito do grupo econômico e ao risco de sucessão são igualmente imperiosas para esclarecer aspectos do *compliance*.

4.2. Inferências preliminares na estruturação do PCA

Como reportado de forma maciça na literatura, o modelo do tamanho único não é condizente para estruturar um PCA robusto (*one size does not fit all*)[43]. Pela lógica da efetividade, o PCA deve ser customizado e construído à luz do contexto específico do agente econômico. Consoante observado, na implementação do PCA, o agente deve verificar o grau de exposição com parceiros, fornecedores e concorrentes, atentando-se para qualquer espécie de informação intercambiada. A depender da natureza e recorrência desse evento, o PCA deverá estabelecer mecanismos aprofundados de salvaguardas, com treinamentos periódicos e específicos para monitorar redes e mapear setores horizontal e/ou verticalmente relacionados[44], por exemplo.

O desafio de formatar um PCA, nessa dinâmica, pode ser equiparado à habilidade de emular a visão da autoridade no *modus operandi* da empresa. Nesse exame, um ponto crítico diz respeito à rigidez. Isso porque regras muito rígidas poderiam, no limite, congelar estratégias de competição saudáveis. O equilíbrio nesse debate consiste em evitar o excesso de cautela, cenário em que os agentes se afastariam de condutas, com efeito, lícitas do ponto

[43] Ver RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Op. cit., p. 331: "o foco do programa poderá mudar de acordo com os mercados de atuação da empresa (...) seu território de atuação (...) e sua exposição (...). Entretanto, todos os programas devem ser desenvolvidos com base em alguns pilares essenciais e poderão contar com um conjunto de ferramentas semelhantes". O autor assinala quatro elementos essenciais ao PCA, a saber: (i) criação de padrões e procedimentos claros com relação à observação da legislação de defesa da concorrência pelos dirigentes e funcionários da empresa ou da associação de classe; (ii) coordenação e supervisão; (iii) delegação de poderes; e (iv) mecanismos de disciplina.

[44] Um elemento de particular atenção que interfere para o êxito da identificação do ilícito reside na denúncia ("delação"). Para tanto, imprescindível o estabelecimento de mecanismos robustos de antirretaliação para assegurar a denúncia livre e desimpedida. Nos EUA, interessante o olhar conjunto das esferas criminal e antitruste neste ponto (Ver S.42 - Criminal Antitrust Anti-Retaliation Act of 2013. Disponível em: < https://www.govtrack.us/congress/bills/113/s42/text>. Acesso em 03 de out.2014). Em paralelo, quanto à política do denunciante (*whistleblower*) e possíveis incentivos pecuniários ("denúncia remunerada") para tanto, constatam-se no Brasil projetos de lei nesse sentido (PL 1701/11 e PLS 664/2011). Por oportuno, suscita-se cabimento de o CADE conceder determinada recompensa (adicional) ao agente que denunciar práticas anticompetitivas, no ensejo de aprimorar os mecanismos da leniência e ampliar o seu escopo. Concorrentemente sobre o assunto, no mercado de capitais norte-americano, ver Securities Exchange Commission (SEC). Disponível em: http://www.sec.gov/whistleblower. Acesso em: 03 de out.2014.

de vista concorrencial, por conta de um sistema interno de *compliance* falho na equalização da severidade ("força paralisante"). Por outro lado, é imperativo que o PCA não seja frouxo, no sentido de ser mero cosmético (adorno). Programas assim são inócuos, sem qualquer força preventiva.

5. Experiência prática

5.1. Panorama histórico e a jurisprudência do CADE

Para desfecho deste artigo, sublinhe-se a experiência antitruste brasileira com PCA. Não se trata de assunto novo no ordenamento pátrio, contudo, tal como evidenciado, uma conjunção de fatores reavivou o ânimo em discuti-lo[45].

A título de contextualização, o PCA emergiu no ensejo do Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI). À época, observava-se contexto propício para sensibilização da cultura da concorrência, em particular para assuntos relacionados a cartéis. Assim, a extinta Secretaria do Direito Econômico (SDE), por meio da Portaria nº. 14, de 9 de março de 2004[46], viabilizou a introdução desses programas na legislação antitruste, influenciada pela experiência norte-americana e europeia.

Em termos gerais, o PPI estabelecia requisitos e condições para a emissão de um Certificado de Depósito (CD), o qual seria conferido pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) após averiguação da existência e cumprimento dos requisitos legais pelas empresas (análise de efetividade, conforme artigo 9º). Via de regra, as empresas com PPI e CD poderiam ter as penalidades atenuadas (essa possibilidade veio a ser revogada pela Portaria SDE 48/2009). Porém, mesmo com a importante iniciativa, não se observou eficiência expressiva em termos de adesão empresarial. Alega-se que esse resultado teve como causa determinante certas imperfeições no modelo então estruturado[47].

---

[45] Um episódio recente que também colaborou para esse fenômeno diz respeito à suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado de obras de montagem industrial "onshore" no Brasil, em licitações da Petrobras, envolvendo grandes empresas. Sem prejuízo das investigações em andamento, desde logo se infere o profundo impacto que várias das empresas aí envolvidas já sofreram. Nesse contexto de perdas de investimento e crises estruturais, viu-se também o descrédito internacional e generalizado no país. Daí a necessidade de trazer à luz a cultura do *compliance* em seu alcance mais amplo.

[46] Posteriormente alterada pela Portaria nº. 48, de 4 de março de 2009.

[47] Ver MARTINEZ, Maria Beatriz. Programas de *compliance* e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 12, Jan/2005, p. 153. A esse respeito, destaca-se a não obrigatoriedade de adoção de PCA e o respectivo modelo sugestivo da SDE para elaboração desse programa. Sem adentrar no mérito da obrigatoriedade dessa medida, é de se ressaltar que a Portaria SDE 48/2009 revogou a possibilidade de redução

Adicionalmente, observa-se a Resolução nº. 46, de 04 de setembro de 2007 do CADE, que disciplinou alguns aspectos do TCC ao aprovar a Emenda Regimental nº. 01/2007. Em seu artigo 129-A, inciso III, notava-se a "possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica"[48].

Mais recentemente, sob a égide da nova Lei de Defesa da Concorrência, ainda que não declarado, seguindo uma interpretação sistemática (e eventualmente forçada), cogitar-se-ia alusão implícita ou indireta ao PCA no texto legal. Senão vejamos: o artigo 45 da lei elenca os fatores a serem considerados na aplicação das penas. Sob tal enfoque, poder-se-ia suscitar que subjacente à noção da "boa-fé do infrator" (inciso II), estaria o fato de o mesmo ter se empenhado na estruturação de um PCA, tomando todas as medidas de precaução ao seu alcance para evitar a infração. Ademais, se assumirmos que o dispositivo em tela não estabeleceu um rol taxativo de fatores, indaga-se se eventual acréscimo de inciso, que enderece explicitamente o "programa de prevenção de infrações à ordem econômica", não teria pertinência (via regulamentação)[49]. Sem maiores abstrações, talvez uma resolução específica sobre a matéria, sem prejuízo de cartilhas temáticas, soasse mais adequada tecnicamente.

Em todo caso, e de forma pragmática, considerando o atual estágio, fato é que a Lei 12.529/2011 não consagrou o PCA de maneira impositiva. Daí também a não entrar no mérito de avaliação e discussões correlatas, consoante tangenciadas neste artigo.

Finalmente, para percepção geral, em sede de jurisprudência do CADE sobre medidas de *compliance* ou do PCA propriamente, citam-se os seguintes precedentes: (i) TCC, que contempla a adoção obrigatória do programa de *compliance* com o propósito de "incrementar regras internas de prevenção a infrações concorrenciais"[50]; (ii) Termo de Compromisso de

---

das penas ao depositante do PPI e, consequentemente, pode ter influído para o desestímulo e a respectiva baixa taxa de adesão por parte das empresas.

[48] Ver MARTINS, Amanda Athayde Linhares Martins; ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. Compromisso de cessação de prática em casos de cartel: requisitos de efetividade, p. 179-210. In *Remédios Antitruste*. DE OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 376.

[49] Já o raciocínio inverso estaria prejudicado nessa visão, a menos que a política a ser adotada seja a de tornar discricionária a adoção de PCA pelos agentes econômicos. Daí para se regular os efeitos do eventual PCA falho, dentre outras implicações.

[50] Ver sítio eletrônico do CADE (<http://www.cade.gov.br>): referente ao Processo Administrativo nº. 08012.011142/2006-79 (Requerente: Lafarge Brasil S.A.); e Processo Administrativo nº. 08012.002493/2005-16 (Requerente: JBS S.A.). Para ambos, cláusula genérica nos seguintes termos: "3.1. Adoção de Programa de *Compliance*: (...) o qual deverá nortear e restringir todo e qualquer ato, externo ou interno, da Companhia e seus empregados e prepostos perante quaisquer terceiros, mas em especial perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e associações de classe (...) 3.1.1. A Compromissária se obriga a efetuar a divulgação do programa de *compliance* concorrencial, bem como a executar o treinamento efetivo de todos os funcionários direta ou indiretamente ligados à atividade operacional e comercial, os quais igualmente restam obrigados às regras estabelecidas no referido programa, sob pena de sanções disciplinares por violação". A título de completude, ver

Desempenho (TCD), que condicionou a aprovação da operação mediante, dentre outras medidas, à adoção do PCA[51]; e (iii) ACC, que previu o PCA no bojo das medidas negociadas[52].

No concernente à edição de guias e diretrizes oficiais acerca do PCA, conforme antecipado, há expectativa de que tal atividade ocorra no horizonte próximo. Com efeito, a revisão desses programas constou no Plano Estratégico do CADE. Destarte, espera-se clareza sobre o assunto, que, por sua vez, contribuirá para o amadurecimento da cultura do *compliance* concorrencial. Nada obstante, em matéria de *compliance*, o diálogo entre o CADE e os agentes econômicos deverá ser sempre um meio disponível para que se logre o benefício coletivo.

6. Considerações finais

Em vista do exposto, restou inconteste a relevância do *compliance* e o espírito da ética e conformidade que ele descortina. No contexto antitruste contemporâneo, o momento não poderia ser mais propício para encorajar o tema, notando iniciativas globais nesse sentido. No

---

Processo Administrativo nº. 08012.002568/2005-51 (Requerente: Liquigás Distribuidora S.A.); e Processo Administrativo nº. 08012.004674/2006-50 (Requerentes: Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e pessoa física). Neste último, em sede do Anexo I, constata-se o cargo do *Compliance Officer*. Ademais, Processo Administrativo nº. 08012.005328/2009-31 (Requerentes: Companhia Brasileiro de Meios de Pagamento, Visa International Services Association e Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.) e Processo Administrativo nº. 08012.007238/2006-32 (Requerente: Associação de Auto Escolas e Centros de formação de Condutores de Campinas e pessoa física).

[51] Ver sítio eletrônico do CADE (<http://www.cade.gov.br>): referente ao Ato de Concentração nº. 08012.002148/2008-17 (*joint venture* Campo Limpo). A adoção do PCA decorreu de preocupação com intercâmbio de informações sensíveis. Conforme Parecer SEAE, "a constituição da Campo Limpo significará a criação de um foro legítimo para interação entre representantes das empresas controladoras, que poderão trocar informações concorrencialmente relevantes sobre o mercado, com baixíssima probabilidade de detecção pelas autoridades da concorrência".

[52] Ver sítio eletrônico do CADE (<http://www.cade.gov.br>): referente ao Ato de Concentração nº. 08700.009924/2013-19 (Requerentes: Innova S.A. e Videolar S.A.). As requerentes também se comprometeram em adotar uma política de portas abertas com o CADE. No que tange às medidas preventivas, destaca-se: "2.3. As Compromissárias se comprometem a incrementar as regras internas de prevenção de práticas ilícitas e a adotar Programa de Compliance, o qual deverá nortear e restringir todo e qualquer ato, externo ou interno, das Compromissárias e seus empregados e prepostos perante quaisquer terceiros, mas, em especial, perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e entidades de classe. 2.3.1. As Compromissárias se obrigam a efetuar a divulgação interna do Programa de Compliance, bem como a executar treinamento periódico e efetivo todas as pessoas direta ou indiretamente ligadas às áreas tática e estratégica das Compromissárias. Tais pessoas ficam obrigadas a seguir as regras estabelecidas no referido programa, sob pena de sanções disciplinares por violação". Ainda, Ato de Concentração nº. 08700.008607/2014-66 (Requerentes: GlaxoSmithKline PLC e Novartis AG). Preocupações com a constituição de uma *joint venture* entre as requerentes levaram à implementação de princípios, para servirem de guias para a governança corporativa, no intuito de assegurar a ausência de trocas indevidas de informações. Destaca-se o seguinte princípio: "10.1.1. (...) Em particular, qualquer disseminação indevida dessa informação dentro do grupo Novartis será prevenida por meio de rigorosas barreiras relativas a informações e a pessoas (como barreiras físicas e eletrônicas, treinamentos de *compliance* e mecanismos de monitoramento contínuo)".

Brasil, verificou-se essa pertinência e reconheceu-se o papel de advocacia da concorrência para tanto.

Além disso, dos questionamentos propositivos ventilados, cujas respostas demandarão escolhas sensíveis em termos de alocação de prioridades de políticas públicas (e.g. a conveniência de institucionalizar um modelo que recompensa PCA efetivo, o juízo de vantagem de tornar tal programa mandatório em sede de remédios e leniência, os incentivos para a promoção do verdadeiro *compliance*, o risco de arrefecimento da concorrência no âmbito de PCA mal calibrado e, daí, eventuais sanções a serem suscitadas, etc.), foi possível vislumbrar a necessidade de uma abordagem construtiva e valorativa, na qual a cooperação entre a autoridade antitruste e os agentes econômicos importará para que o *compliance* seja sedimentado com efetividade na política de defesa da concorrência.

Nesse ensejo, resta claro que o cenário ideal é aquele em que menos práticas anticompetitivas ocorrem, ao contrário do viés obtuso que projeta o aumento do rigor punitivo como o cenário mais efetivo em termos dissuasórios. Tal visão é distorcida e não se amolda à realidade dos fatos atualmente. Em face dessa constatação, o PCA, em conjunto com outros mecanismos, insere-se como ferramenta útil para os predicados antitruste, ao encorajar uma mudança de paradigma pautada pelo valor da ética e conformidade. A prevenção, nesse contexto, é um caminho sem volta e revela-se investimento dos mais frutíferos em favor da coletividade.

7. Referências bibliográficas

ABRANTES-METZ, Rosa M. Proactive *vs Reactive Anti-Cartel Policy: The Role of Empirical Screens (June 25, 2013). Global Economics Group, LLC*. New York University - Leonard N. Stern School of Business. Department of Economics. Disponível em:<http://ssrn.com/abstract=2284740>. Acesso em: 02 de jan.2015.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. Antitrust. MURPHY, Joseph; KOLASKY, William. *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior*. Vol. 26, No. 2, Spring 2012. Disponível em: <http://summerconvention.utahbar.org/2014/materials/H2_Cartel%20Compliance%20Programs.pdf>. Acesso em: 05 de out.2014.

ARLEN, Jennifer; KRAAKMAN, Reinier. *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes. NYU Law Review*. Vol. 72, No. 1 (1997). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11341>. Acesso em: 05 de out.2014.

BAER, Miriam Hechler. Governing Corporate Compliance. *Boston College Law Review*, Vol. 50, No. 1, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1474291>. Acesso em: 05 de out.2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O que é compliance no âmbito do Direito Penal? Consultor Jurídico*, 30 de abr.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em: 23 de ago.2014.

BRASIL. Conselho *Administrativo de Defesa Econômica. Plano Estratégico do CADE 2013/2016.* Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/CADE%20-%20Plano%20Estratégico%202013-2016%20-%20versão%201%200.pdf>. Acesso em: 10 de set.2014.

_____. *Plano Plurianual 2012/1015.* Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/PPA.pdf>. Acesso em: 10 de set.2014.

CANADÁ. *Canadian Competition Bureau*. Disponível em: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_03700.html>. Acesso em: 19 de set.2014.

CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance e defesa da concorrência*. In: Opinião, Folha de São Paulo, 18.08.2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/181140-compliance-e-defesa-da-concorrencia.shtml>. Acesso em: 25 de ago.2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Department of Justice. Speeches. KOLASKY, William J. Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective*. *Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute*. San Francisco, CA. July 12, 2002. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.htm>. Acesso em: 22 de set.2014.

_____. SNYDER, Brent. *Compliance is a Culture, Not Just a Policy*. *Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce*. New York, NY, September 9, 2014. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/308494.pdf>. Acesso em: 20 de set.2014.

_____. *Sentencing Commission. Guidelines Manual*. Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/guidelines-manual>. Acesso em: 19 de set.2014.

_____. *Securities Exchange Commission.* Disponível em: http://www.sec.gov/whistleblower. Acesso em: 03 de out.2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Todos ganham com o *compliance*. *CNEP em Revista - Conselho Executivo das Normas-Padrão*. Ano 10, nº. 39, Junho 2014, p. 26-27. Disponível em: <http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de Relativização do *Nemo Tenetur se Detegere*: Cultura do Controle e Política Criminal Atuarial. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>. Acesso em: 07 de abr.2015.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Commission on Competition. *The ICC Antitrust Compliance Toolkit: Practical Antitrust Compliance Tools for SMEs and Larger Companies*. 2013. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/competition/icc-antitrust-compliance-toolkit/>. Acesso em: 19 de set.2014.

_____. Policy and Business Practices – Annex 3. *Compliance as an Antitrust Law Enforcement Tool*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_compliance_general_en.pdf>. A Acesso em: 19 de set.2014.

MARTINEZ, Maria Beatriz. Programas de *compliance* e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 12, Jan/2005.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares Martins; ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. Compromisso de cessação de prática em casos de cartel: requisitos de efetividade, p. 179-210. In *Remédios Antitruste*. DE OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). São Paulo: Editora Singular, 2011.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Policy Roundtables. *Promoting Compliance with Competition Law* (2011). Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>. Acesso em: 11 de nov.2014.

_____. Reports. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em:< http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014.

REINO UNIDO. Office of Fair Trading. Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law (2010). Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf>. Acesso em: 01 de out.2014

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de Compliance Antitruste. In ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.

RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Antitrust Compliance Programmes – Can Companies and Antitrust Agencies do More? Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>. Acesso em: 23 de ago.2014.

_____; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Enforcement* (August 25, 2014). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959>. Acesso em: 02 de out.2014.

ROMANIELO, Enrico Spini; PAULA, Germano Mendes de. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 20, 2011, p. 265-307.

SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement. *Antitrust Law Journal*. Vol. 78, 2012. Disponível em:< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2079336>. Acesso em: 05 de out.2014.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Speech/10/58. ALMUNIA, Joaquín. Competition Conference. Brussels (25/10/2010). Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm?locale=en>. Acesso em: 02 de out.2014.

WILLS, Wouter P.J. Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement (October 31, 2010). *Journal of Antitrust Enforcement*. Volume 1, Issue 1, April 2012, Forthcoming. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176309>. Acesso em: 10 de jan.2015.