

GUILHERME TENO CASTILHO MISALE

**Programas de *Compliance* à luz do ordenamento concorrencial
brasileiro: instrumentos de conformidade para a política anticartel**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

GUILHERME TENO CASTILHO MISALE

**Programas de *Compliance* à luz do ordenamento concorrencial
brasileiro: instrumentos de conformidade para a política anticartel**

Versão corrigida da dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

Catálogo na Publicação
Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Misale, Guilherme Teno Castilho

Programas de *Compliance* à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: instrumentos de conformidade para a política anticartel / Guilherme Teno Castilho Misale. -- São Paulo, 2019.

407 f.; 30 cm

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: José Marcelo Martins Proença.

1. Direito Concorrencial. 2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). 3. Programa de *Compliance*. 4. Redução de multas. 5. Jurisprudência. I. Proença, José Marcelo Martins, orient. II. Título.

Nome: MISALE, Guilherme Teno Castilho

Título: Programas de *Compliance* à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: instrumentos de conformidade para a política anticartel

Versão corrigida da dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença.

Aprovado em: _____ / _____ / _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

*Para quem acredita no compromisso ético
para a mudança do paradigma cultural*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas e todos que estiveram envolvidos, direta ou indiretamente, com este trabalho. Gostaria de registrar quatro especiais notas de agradecimento, que não se exauzem nestas breves linhas.

A primeira vai para a minha família, em especial para o meu pai e para a minha mãe. Base de tudo, sou extremamente grato pelo apoio incomensurável dos meus pais, que não mediram esforços para minha formação. São meus exemplos de vida e para a vida, por quem nutro admiração e amor eternos. Esta dissertação certamente não existiria se não fosse o suporte fundamental que deles recebi. No meio do caminho dessa dissertação, de forma precoce e muito lamentável, meu pai deixou o plano terrestre, mas com a certeza de que me guiou e está a me iluminar. Fica ao meu saudoso pai o agradecimento *in memoriam*.

A segunda vai para a minha namorada, que sempre esteve ao meu lado na rica e intensa experiência que é a travessia do mestrado. Não fossem seus conselhos, ensinamentos e compreensão, nem de longe teria chegado até aqui. Uma pessoa cheia de virtudes, admirável, dentre outras coisas, por sua honestidade, gentileza, parceria e dedicação, me inspiro em seu brilhantismo acadêmico e na sua sabedoria de viver.

A terceira vai para o meu orientador, Prof. José Marcelo Martins Proença, a quem desde o período de graduação tive o grato privilégio de manter discussões acadêmicas profícuas e animadoras, que se aprofundaram ao longo do mestrado, encorajando os estudos e o debate de ideias. Nutro profunda admiração pelo seu senso de humanismo, integridade e profissionalismo. Agradeço a oportunidade e a confiança que me foram depositadas. Retornar à velha e sempre nova Academia foi certamente das maiores felicidades da vida.

A quarta vai para os amigos e colegas de convivência profissional, pelas sempre instigantes discussões. Particularmente, agradeço à equipe de Caminati Bueno Advogados pelo constante apoio e pela compreensão nos momentos de ausência. Em especial, registro o agradecimento para Eduardo Caminati e Marcio Bueno, amigos diletos, os quais muito admiro, sobretudo pelo talento profissional e retidão de caráter, e que sempre contribuem com ponderações equilibradas para fomentar os estudos.

Também não poderia deixar de pontuar uma nota de especial agradecimento a todas e todos professores e colegas que me acompanharam nas aulas, atividades e projetos ao longo do período de mestrado - e da vida acadêmica como um todo. A discussão franca e crítica nos bancos da Academia revigora e alimenta. Ressalto o agradecimento aos Professores Celso Fernandes Campilongo e Vicente Bagnoli, por aceitarem gentilmente compor a Banca de Qualificação e contribuírem com uma série de reflexões cuidadosas, permitindo refinar este trabalho. Para além disso, a convivência acadêmica com ambos os Professores é motivo de entusiasmo e contínua inspiração.

As notas são concisas, porém todas e todos que fizeram parte desta construção, seguramente, nutrem do meu eterno agradecimento, que extrapola esse registro.

EPÍGRAFE

*Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.*

*Continuamente vemos novidades,
Diferentes em tudo da esperança;
Do mal ficam as mágoas na lembrança,
E do bem (se algum houve) as saudades.*

*O tempo cobre o chão de verde manto,
Que já coberto foi de neve fria,
E enfim converte em choro o doce canto.*

*E afora este mudar-se cada dia,
Outra mudança faz de mor espanto,
Que não se muda já como soía.*

Luís Vaz de Camões
(“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades”, **Sonetos**)

RESUMO

MISALE, Guilherme Teno Castilho. **Programas de *Compliance* à luz do ordenamento concorrencial brasileiro**: instrumentos de conformidade para a política anticartel. 2019. 407 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

A presente dissertação tem por objeto imediato a análise de instrumentos de conformidade no âmbito do ordenamento concorrencial brasileiro, com foco no programa de *compliance* concorrencial, para avaliar a abordagem dispensada a esses instrumentos por parte do órgão antitruste. Em específico, a finalidade principal consiste em averiguar a disciplina do tema do ponto de vista dos incentivos forjados para a implementação desses instrumentos, notadamente no que diz respeito à recompensa direta na forma de descontos punitivos. Para tal mister, avaliaremos em detalhe tanto o quadro normativo concorrencial brasileiro, como a jurisprudência da autoridade antitruste. A fim de sugerir reflexões no debate acadêmico e eventuais proposições no âmbito da política concorrencial brasileira no que concerne ao tema, também cotejaremos a experiência estrangeira, além do debate doutrinário. Não há consenso entre os reguladores antitruste acerca da questão. Trata-se de um debate que perpassa estratégias de política pública. A discussão doutrinária também é permeada por controvérsia. Na introdução apresenta-se brevemente o tema, explicitando a metodologia proposta. No primeiro Capítulo, são desenvolvidos os conceitos fundamentais do *compliance* sob uma perspectiva ampla. No segundo Capítulo, o foco recai particularmente para o ordenamento concorrencial brasileiro a fim de perquirir a disciplina do programa de *compliance*. Como suporte analítico, procede-se com a análise jurisprudencial. No terceiro Capítulo, é apresentado um panorama da experiência estrangeira na disciplina do tema. No quarto Capítulo, aprofunda-se o debate doutrinário. Uma síntese objetiva da investigação empreendida conclui o trabalho, apresentando um conjunto de reflexões.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Programa de *Compliance*. Jurisprudência. Redução de multas. *Enforcement* anticartel.

ABSTRACT

MISALE, Guilherme Teno Castilho. **Compliance Programs under the Brazilian competition framework: compliance tools for anticartel policy.** 2019. 407 p. Thesis (Master's Degree) – Faculty of Law, University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2019.

The immediate purpose of this thesis is to analyze compliance tools under the Brazilian competition framework with focus on antitrust compliance programs in order to assess the approach taken by the Brazilian antitrust authority on this matter. Specifically, the main goal is to ascertain such matter from the incentives offered for the adoption of such programs' standpoint, notably with regard to direct rewards set in the form of fine reductions. To this end, we will evaluate in detail and consider both the Brazilian competition framework and the case law of the antitrust authority. In order to suggest considerations for academic debate and possible proposals to the Brazilian competition policy regarding this subject, we will also review both the international experience and the academic studies. There is no consensus amongst the antitrust regulators on the matter. It is a debate concerning public policy strategies. The doctrinal discussion is also permeated by controversy. In the introduction we briefly present the subject, explaining the proposed methodology. In the first chapter, we laid out a broad perspective of fundamental concepts of compliance. In the second chapter, the focus is particularly on the Brazilian competition framework in order to study the subject of the compliance program. As an analytical support, a case law review is undertaken. In the third chapter, an overview of the foreign experience in the subject matter is presented. In the fourth chapter, the doctrinal debate deepens. An objective synthesis of the study concludes the thesis, presenting a set of reflections.

Keywords: Competition Law. Administrative Council for Economic Defense (CADE). Compliance Program. Case law. Fine reductions. Anticartel enforcement.

LISTAS DE FIGURAS E TABELAS

Lista de Figuras

Figura 1 – Pilares estruturais do Programa de <i>Compliance</i>	65
Figura 2 – Arquétipo funcional do Programa de <i>Compliance</i>	67
Figura 3 – Visão holística do Sistema de <i>Compliance</i>	99

Lista de Tabelas

Tabela 1 – Síntese da revisão jurisprudencial do CADE – TCCs	193
Tabela 2 – Síntese da revisão jurisprudencial do CADE – Decisões	194
Tabela 3 – Síntese da experiência comparada	238
Tabela 4 – Síntese de argumentos favoráveis e contrários ao desconto	301
Tabela 5 – Algumas questões no contexto do desconto	302

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACC	Acordo em Controle de Concentrações
B3	B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão
BACEN	Banco Central do Brasil
BM&FBovespa	BM&FBovespa S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEDES	Centro de Estudos de Direito Econômico e Social
CF	Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988
CGU	Controladoria-Geral da União
Ciee	Centro de Integração Empresa-Escola
CMA	<i>Competition and Markets Authority</i> (Autoridade da Competição e do Mercado no Reino Unido)
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DEE	Departamento de Estudos Econômicos do CADE
DoJ	<i>U.S. Department of Justice</i> (Departamento de Justiça Norte-Americano)
ENACC	Estratégia Nacional de Combate a Cartéis
EUA	Estados Unidos da América
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i> (Lei Norte-Americana Anticorrupção no Exterior)
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
GCR	<i>Global Competition Review</i>
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
IBRAC	Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i> (Câmara de Comércio Internacional)
ICN	<i>International Competition Network</i> (Rede Internacional de Concorrência)
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i> (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)
OFT	<i>Office of Fair Trading</i> (Escritório de Comércio Leal do Reino Unido)
ProCADE	Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE
RICADE	Regimento Interno do CADE
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEC	<i>U.S. Securities and Exchange Commission</i> (Comissão de Títulos e Câmbios dos Estados Unidos)
Seprac	Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
SG	Superintendência-Geral do CADE

STF	Superior Tribunal Federal
TCC	Termo de Compromisso de Cessação de Prática
TCU	Tribunal de Contas de União
Tribunal	Tribunal Administrativo do CADE
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i> (Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento)
U.S.	<i>United States of America</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
Metodologia	19
Tema	20
Pressupostos	23
Problema.....	26
Método.....	27
Estrutura	29
1 LINHAS MESTRAS DO COMPLIANCE	31
1.1 O Que é <i>Compliance</i>?	31
1.1.1 Um olhar para a anatomia do programa de <i>compliance</i>	50
1.1.2 Algumas reflexões iniciais relacionadas ao programa de <i>compliance</i>	69
1.2 O Modelo Regulatório Tradicional em Mudança	79
1.2.1 Uma possível perspectiva sobre a autorregulação regulada e o <i>compliance</i>	85
1.3 A Governança Corporativa e o Entrelaçamento com o <i>Compliance</i>	91
1.3.1 Excurso: algumas perspectivas de interesse social ao <i>compliance</i>	101
1.3.1.1 Ética empresarial e <i>compliance</i> : o quadro institucional brasileiro em curtas linhas.....	111
2 O PROGRAMA DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL NO BRASIL	117
2.1 A Lei 8.884/1994 e o Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial	118
2.2 A Lei 12.529/2011 em Perspectiva	124
2.2.1 O contexto institucional brasileiro propício para discutir <i>compliance</i>	133
2.2.2 O guia de programa de <i>compliance</i> concorrencial: análise geral e comentários preliminares	146
2.3 Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial e a Revisão da Jurisprudência Brasileira	167
2.3.1 Lei 8.884/1994: Principais destaques do programa de <i>compliance</i> no âmbito de decisão condenatória	169
2.3.2 Lei 8.884/1994: Principais destaques do programa de <i>compliance</i> no âmbito de TCC	169
2.3.3 Lei 12.529/2011: Principais destaques do programa de <i>compliance</i> no âmbito de decisão condenatória	172
2.3.4 Lei 12.529/2011: Principais destaques do programa de <i>compliance</i> no âmbito de TCC	176
2.4 Síntese da Análise Jurisprudencial: principais sinalizações e conclusões	186

2.5 Reflexões Adicionais sobre o Programa de <i>Compliance</i> e Algumas Proposições	195
3 O PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> CONCORRENCIAL NO MUNDO	206
3.1 Incursão Panorâmica na Experiência Comparada	206
3.1.1 EUA	211
3.1.2 Comissão Europeia	227
3.1.3 Outras jurisdições	230
3.1.4 Síntese da experiência comparada	238
3.2 O Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial sob a Perspectiva de Algumas Organizações Internacionais	246
3.2.1 ICC	246
3.2.2 ICN	249
3.2.3 OCDE	250
3.3 Possíveis Lições e Iniciativas para o Brasil: proposições complementares	252
4 HORIZONTES QUE SE EXPANDEM PARA O PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> CONCORRENCIAL	265
4.1 Retomando Algumas Questões Teóricas	265
4.2 A Perspectiva do Desconto à Luz do Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial	279
4.2.1 O desconto e o “nó górdio”	285
4.3 Questões Conexas ao Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial: uma brevíssima imbricação com a leniência e com a responsabilidade solidária	302
CONCLUSÕES	314
BIBLIOGRAFIA	331
APÊNDICES	364
EXPLICAÇÃO METODOLÓGICA	365
APÊNDICE I - Lei 8.884/1994: Programa de <i>compliance</i> em decisão condenatória	368
APÊNDICE II - Lei 8.884/1994: Programa de <i>compliance</i> em TCC	369
APÊNDICE III - Lei 12.529/2011: Programa de <i>compliance</i> em decisão condenatória	381
APÊNDICE IV - Lei 12.529/2011: Programa de <i>compliance</i> em TCC	389

INTRODUÇÃO

O *compliance* só tem sua função de ser se normas houver. Mas com elas não se confunde. O *compliance* instrumentaliza o cumprimento das normas, buscando ajustar comportamentos no sentido da conformidade. Cuida, então, por instrumentalizar o cumprimento normativo, criando *estruturas conformadoras* para tal fim, criando um *sistema interno de cumprimento*, particular para cada organização, mas geral em seu escopo. Dado que se está a falar de conformação de comportamento às normas, incentivos importam para orientar essa conformação. Não obrigatório em sua essência,¹ o *compliance* é um meio voluntário para a organização melhor assegurar a *conformação com as leis*. *Compliance* é, assim, uma diligência para a governança empresarial. Procura uniformizar comportamentos no sentido da conformação ao *derecctum*, aproximando a organização ao *dever-ser*, mas não o sendo. O *compliance* nem sempre implica o resultado que a conformação visa, pois inserto em uma realidade social de riscos, complexa, cambiante e de motivações plúrimas. Ele facilita, mas não assegura que o resultado visado seja atingido. A limitação funcional é inerente às estruturas conformadoras, o que não as desnatura, porém.

É com esses singelos e preliminares lineamentos - que serão desenvolvidos e refinados ao longo deste trabalho em um contexto maior - que introduzimos a presente dissertação, tocando no núcleo do *compliance* sob o enfoque jurídico.² À primeira vista, uma leitura apressada poderia concluir que o cumprimento normativo se revela um truísmo no estado de Direito, de modo que discutir *compliance* soaria como uma tautologia, dado que a pressuposição de obediência ao Direito encerra o imperativo ínsito ao dever(-ser) jurídico.³

¹ Considerando o contexto desta dissertação (ordenamento concorrencial brasileiro), cumpre registrar a não mandatoriedade da implementação do programa de *compliance* (*i.e.*, medida voluntária), conforme será delineado em Capítulo apropriado. Todavia, a depender da disciplina jurídica, o programa de *compliance* pode ser compreendido como uma espécie de autorregulação regulada (corregulação) e, nesse caso, a depender da modalidade de autorregulação, pode constituir um dever jurídico impositivo pela coerção estatal (administrativa, por exemplo), produzindo efeitos vinculantes e consequências jurídicas. Donde, relativiza-se a essencialidade voluntária do *compliance* nessa perspectiva (recentes diplomas legais no Brasil, por exemplo, começam a explicitar uma carga mandatória ao programa de *compliance*, matizando sua origem voluntária, de sorte a amplificar as consequências jurídicas desse instrumento).

² Para fins desta dissertação, “*compliance*” e “conformidade” serão tratados como sinônimos, logo, usados de maneira intercambiável. Explicação semântica detalhada acerca dos termos será feita no Capítulo 1. Por opção, quando for feita referência exclusiva ao termo *compliance*, empregar-se-á o tratamento no masculino.

³ Conforme afirmado por Alamiro Velludo Salvador Netto, “a ideia de *Compliance* como observação do Direito pode parecer uma redundância, eis que a pressuposição de obediência ao Direito é algo ínsito ao

Conquanto não se trate de novo conceito, pertinente se faz uma leitura matizada no que se refere ao entendimento do *compliance* que ora se propõe, no sentido de compreendê-lo, a princípio, como um instrumento estabelecido voluntariamente pelas empresas⁴⁻⁵ para conformar a atuação empresarial aos ditames legais. Isso significa, como aclarado acima, que o *compliance* não se confunde com a norma, mas se apresenta como um mecanismo viabilizador do cumprimento normativo ao criar meios para garantir um dever já estabilizado, lido como um *instrumental* para assegurar a conformidade com as leis. Se é assim, redundância não existe: há uma leitura complementar e interativa entre norma e *compliance*, não sendo este um fim em si mesmo.

No arcabouço jurídico hodierno, constata-se o adensamento regulatório em face da expansão de riscos corporativos. Amplifica-se, *pari passu*, a exigência social para que as empresas pautem suas atividades de maneira socialmente responsável, sob o paradigma do comprometimento com a ética empresarial. Nessa perspectiva, a elaboração de instrumentos de autogovernança corporativa exsurge como mecanismo-chave para o gerenciamento de riscos e, mais além, para a transformação da cultura empresarial no sentido conformidade, traduzindo a roupagem nuançada que se acopla ao conceito de *compliance*. O quadro regulatório e as relações corporativas vivenciam a transição para um padrão de governança mais elevado e que acentua a necessidade de transparência, prestação de contas, ética, sustentabilidade, integridade e conformidade. Menosprezar esses aspectos pode significar, fatalmente, consequências devastadoras para o agente econômico.

fenômeno jurídico”. Ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 220. Em adição, Julianna Nunes Targino Barbosa observa que “O termo ‘*compliance*’, que pode ser traduzido para o português como ‘cumprimento’, revela semanticamente, a ideia de observância, atendimento. E esse é, realmente, o cerne de seu conteúdo: a busca pela observância das normas. Ainda que o termo *compliance* não seja exclusivo do Direito, nesse específico campo, que nos interessa, reflete o conceito de conformidade jurídica. Mas, no campo jurídico, a conformidade ao Direito é algo da sua própria essência (em especial no Direito Penal), de forma que, a primeira vista, o conceito não parece trazer uma definição própria. Afinal, buscar estar em conformidade ao Direito é algo incito (sic) ao dever jurídico, de forma que toda pessoa, seja física ou jurídica, deve procurar. Bem por isso, o entendimento de *compliance* não se resume à busca por estar em conformidade ao Direito, mas sim, deve ser traduzido como um instrumento para estruturação empresarial de forma harmônica com o Direito”. Ver: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 158.

⁴ Para fins desta dissertação, “Empresa”, “Organização” (no sentido de organização empresarial), “Agente Econômico”, “Administrado” e “Sociedade” (no sentido de sociedade empresária) serão tratados como sinônimos, logo, usados de maneira intercambiável. Embora haja evidente diferença técnica entre os termos/conceitos, o objetivo é que seja dada amplitude para capturar diversas situações (relacionadas ao *compliance*). A amplitude semântica busca abranger qualquer meio de organização, independentemente de forma jurídica e de personalidade jurídica. Quando necessário, faremos a distinção.

⁵ Vide nota introdutória sobre a questão da voluntariedade do *compliance* e de nosso enfoque.

Entrementes, para acompanhar novos e complexos fenômenos sociais na esteira da globalização econômica, o Estado passa a revisitar certos modelos e estratégias de intervenção. Gradualmente, passa-se a incentivar uma combinação de estilos e estratégias regulatórias com o condão de incrementar o cumprimento legal, tendo em conta a limitação da regulação tradicional para, sozinha, realizar a contento as suas funções. Pondera-se, nesse cenário, sobre abordagens de natureza mais cooperativa e dialógica entre reguladores e regulados, diante de um panorama de redistribuição dos papéis desses atores, observando um ambiente que acentua a autorregulação privada para complementar a regulação pública, de maneira a exortar a conformidade por meio do autocontrole empresarial. Nesse diapasão, objetiva-se incutir nos agentes econômicos a implementação de modelos ético-organizativos voltados ao objetivo estatal de controle de riscos. As empresas internalizam, com isso, os custos da não conformidade legal. Ao mesmo tempo que parcialmente translada aos agentes econômicos a concreção de interesses predeterminados, o Estado conserva seu poder de polícia para efetivar ditos interesses, em uma relação de complementaridade no que se refere à implantação e execução de políticas públicas entremeada à autorregulação privada.

No capitalismo contemporâneo, a (falta de) conformidade empresarial assume traço de relevo, sobretudo nas três últimas décadas, tendo em vista episódios bastante adversos relacionados a mega escândalos corporativos, com grande tônica no âmbito da criminalidade empresarial. Com efeito, testemunhou-se nesse período consequências deletérias para os agentes econômicos que desafiaram preceitos éticos e legais. Contemporaneamente, na esteira de um mundo interconectado (que, na mesma medida, ventila consequências interconectadas), bem como do protagonismo exercido pelas empresas nas relações socioeconômicas, o mercado e a sociedade experimentam relações mais complexas e desafiadoras, que potencializam riscos variados. Uma das reações estatais nesse quadro foi paulatinamente enrijecer seus controles, editando uma miríade de legislações de cunho mais severo, que amplificou as bases da responsabilização punitiva.

Esse macrocenário de adensamento regulatório repercutiu diretamente no direito concorrencial,⁶ com a proliferação de legislações em diversos países, consolidando o

⁶ Não obstante sutilezas teórico-científicas quanto à precisão conceitual embutida ao “direito concorrencial” e ao “direito antitruste”, empregaremos ambos os termos de maneira intercambiável ao longo desta dissertação, sem prejuízo de sentido. Sobre o assunto, por exemplo, ver: BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 287-288.

paradigma de combate a cartéis como a priorização da política antitruste, que, a seu turno, assistiu a um *enforcement* anticartel agressivo jungido a penalidades rigorosas. Não obstante, os cartéis continuaram a pulular mundo afora, o que colocou em xeque⁷ a efetividade da regulação tradicional, baseada na lógica de comando e controle, para, sozinha, dissuadir consistente e efetivamente tal prática anticompetitiva. Nessa ambiência, como dito acima, discute-se a redistribuição dos papéis do Estado e a sua interface com os agentes econômicos, ganhando força, nesse redesenho, o *compliance* concorrencial⁸ como forma alternativa de controle em um quadro regulatório tradicionalmente marcado pelo monopólio estatal na aplicação das leis.

No cenário brasileiro em particular, com força adicional e mais determinante a partir da Lei 12.529/2011, somado ao contexto corporativo, o que se constatou foi um ambiente regulatório de fortalecimento de medidas, iniciativas e políticas institucionais propício para a promoção da autorregulação corporativa como ferramenta complementar à disciplina da regulação pública da concorrência. O programa de *compliance* privado⁹ exsurge, pois, como uma ferramenta complementar à política pública da concorrência. Nesse panorama, o regulador tende a conferir mais peso ao fomento de iniciativas empresariais orientadas aos ditames da prevenção e detecção de condutas ilícitas, considerando diferentes estilos e formas de incentivos para promover a educação e a conscientização concorrencial.

Diante desse pano de fundo, para os fins deste trabalho, miraremos para os *incentivos indiretos*, *i.e.*, iniciativas de orientação (guias e outros materiais institucionais), em uma linhagem de advocacia da concorrência,¹⁰ e, de modo preponderante, para os *incentivos*

⁷ Trata-se de assunção que será explorada oportunamente.

⁸ Leia-se, ferramentas (“tecnologias”) para contribuir com o *compliance* concorrencial, mirando, para os fins desta dissertação, em maior intensidade para o programa de *compliance* concorrencial.

⁹ Programa de *compliance* concorrencial considerado um tipo de “*enforcement* alternativo”, conforme aduzido por Eva Lachnit, observando que “[...] compliance programmes [...] are not strictly enforcement instruments for the competition authorities themselves, but rather tools for companies to secure compliance that have proven to have some interplay with the procedures at the authority level. In that sense [...] compliance programmes are supplementary to the authorities’ other enforcement efforts”. Ver: LACHNIT, Eva. **Alternative Enforcement of Competition Law**. Haia: Eleven International Publishing, 2016, p. 268.

¹⁰ Trata-se de uma interpretação extensiva do conceito de *advocacy* (advocacia da concorrência). Conforme esclarece a ICN, “Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-*enforcement* mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition”. O estabelecimento da “cultura da concorrência” é considerado um dos principais objetivos das iniciativas de *advocacy*. Acerca da cultura da concorrência, a ICN a define como “the awareness of economic agents and the public at large about competition rules. This included the business community, other governmental agencies, academia and society as a whole”. Em estudo conduzido por grupo de trabalho da ICN (*Advocacy Working Group* (AWG)), a cultura da concorrência foi percebida como mais

diretos, em específico no que se refere à hipótese de atribuição de um “prêmio”,¹¹ isto é, um *desconto punitivo* (i.e., atenuante pecuniária)¹²⁻¹³ para o agente econômico implicado no cartel, que implementou ou se comprometeu a implementar ou aperfeiçoar o seu programa de *compliance* concorrencial. É justamente nesse particular que reside o foco primário da presente investigação, consoante será explicitado ao longo do tópico sobre metodologia a seguir.

Metodologia¹⁴

As considerações de ordem metodológica são apresentadas na sequência com o fito de delinear e tornar preciso o recorte temático, os pressupostos, o método e o problema que animam esta investigação. Também se destaca, ao final desta dissertação, uma explicação de ordem metodológica específica, relacionada à pesquisa jurisprudencial que foi empreendida. Este cuidado metodológico é posto no melhor interesse de uma pesquisa científica acurada e que intenciona contribuir para o desenvolvimento dos debates e das investigações acadêmicas à luz de um importante tema, cuja produção científica na literatura antitruste nacional se mostra incipiente até o momento. Espera-se que a presente

fraca em economias em desenvolvimento e transição. Ver: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Advocacy Working Group. **Competition Culture Project Report**. 14th ICN Annual Conference. Sydney, 29 abr./1 maio 2015.

¹¹ É possível antever uma conexão com a função promocional do Direito mediante o incentivo estatal para indução de programas de *compliance*, “premiando” os agentes a fim de atingir a mudança social desejada, consistente, nesse caso, na prevenção de condutas anticompetitivas e na maior disseminação da cultura da concorrência. Tal questão será pontuada ao longo da dissertação. Sobre a função promocional do Direito, ver: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Tradução de Daniela B. Versiani. Barueri: Manole, 2007.

¹² O foco desta dissertação resta centralizado sobre os *incentivos diretos* relacionados à *atenuação* da penalidade. Seria possível analisar outras formas de incentivos, como, por exemplo, a isenção da penalidade (no sentido da imunidade absoluta) para empresas dotadas de programas de *compliance* robustos e efetivos. Entretanto, esse exame específico extrapola as raias de nossa análise, ainda que sejam registrados apontamentos concisos a esse respeito em determinadas passagens do presente trabalho. Outra forma de incentivar o *compliance* (incentivo negativo) seria por meio da *agravante* em vista da falta de (estruturar) um programa de *compliance*. Contudo, no âmbito da legislação concorrencial brasileira, não há obrigação de estruturar programas de *compliance*. Destarte, em princípio, não seria possível atribuir a agravante especificamente em razão da ausência do programa de *compliance* concorrencial. Sem prejuízo, a falta de estruturar um programa de *compliance* no bojo de um compromisso negociado com a Administração pública, em tese, poderia dar azo à penalidade (ou agravante). Ainda, a agravante poderia ser passível de atribuição na hipótese de uma dada empresa que emula um programa de *compliance* no intuito de exclusivamente ludibriar a autoridade e/ou ocultar algum ilícito, prejudicando a Administração pública, bem como concorrentes, consumidores etc. Abordaremos essa hipótese ao longo da dissertação.

¹³ Ao longo da presente dissertação, “desconto punitivo”, “recompensa”, “prêmio”, “reduzidor de multa” referem-se à possibilidade da atenuante pecuniária no contexto do programa de *compliance* concorrencial. Quando necessário algum esclarecimento, faremos na ocasião apropriada.

¹⁴ Dentre outras obras versando sobre metodologia científica que foram consultadas para a elaboração deste trabalho acadêmico, citamos: ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 23^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2010; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

investigação se faça útil e contribua para suscitar reflexões críticas e propositivas, fomentando ulteriores pesquisas acadêmicas que aprofundem e introduzam novas questões, desafios e inquietudes.

Tema

O *tema* desta pesquisa versa sobre programa de *compliance* concorrencial. Na essência, o que se objetiva investigar à luz do *tema* enunciado diz respeito ao *problema* dos incentivos estabelecidos pela autoridade concorrencial brasileira, particularmente o incentivo relacionado ao desconto pecuniário (*i.e.*, atenuante de multa), para o infrator que dispunha ou que se comprometeu a estruturar ou aperfeiçoar um programa de *compliance*. A forma e o método de explorar tal problema são detalhados abaixo.

À guisa de observação, oportuno sublinhar a natureza específica do programa de *compliance* que será objeto deste exame (*i.e.*, *concorrencial*), haja vista, naturalmente, a possibilidade de que o programa de *compliance* seja apreciado e formatado mediante distintos contornos temáticos (*e.g.*, anticorrupção, bancário, antilavagem, tributário, proteção de dados, ambiental, consumerista, trabalhista, direitos humanos etc.). Consoante será detalhado em Capítulo apropriado, na realidade dos fatos, contudo, o usual (e esperado se se pretende construir um programa de *compliance* realmente robusto e efetivo) é que o programa sirva como moldura geral, assentado em pilares estruturais,¹⁵ que, por sua vez, são preenchidos por diferentes substâncias,¹⁶ de acordo com as especificidades de cada agente econômico em termos de necessidades, características e exposição a riscos.

Portanto, a delimitação ora posta, *i.e.*, analisar o programa de *compliance* sob a vertente concorrencial, se faz a propósito da melhor didática, não podendo descurar que,

¹⁵ Foge ao escopo desta dissertação destrinchar cada pilar em pormenor, avaliando suas repercussões, dimensionando efetividade etc. Ao revés, entendemos mais aconselhável que o leitor examine documentos elaborados nesse sentido, alguns deles da lavra dos próprios reguladores e de organizações internacionais, para além de existirem trabalhos voltados a esse fim. Sem embargo, tocaremos nos pilares do programa de *compliance* em termos gerais, com o condão de situar o debate e trazer uma perspectiva útil ao leitor.

¹⁶ Relação de conteúdo/continente. Também é possível compreender o programa de *compliance* como o *gênero*, sendo que as áreas/vertentes desse programa seriam as *espécies*, sempre levando em conta uma visão holística, que integre, em um todo orgânico e concatenado, essas diversas áreas em prol da maior robustez e efetividade do programa. Para os efeitos desta dissertação, assume-se a equivalência entre os termos “programa de *compliance*”, “programa de conformidade” e “programa de integridade” (este último é considerado espécie do programa de *compliance*, levando-se em conta a Lei 12.846/2013).

realisticamente, um programa de *compliance* efetivo abarca uma miríade de searas inter-relacionadas, à luz de uma abordagem holística e integrada.

Outrossim, deve restar claro o recorte que subjaz à investigação do programa de *compliance* concorrencial. O foco do programa de *compliance* resta direcionado à conduta

de cartel¹⁷⁻¹⁸, especialmente porque se assume que se trata da conduta mais perniciosa, a mais grave lesão à concorrência.¹⁹ Nesse sentido, pressupondo uma conduta intrinsecamente

¹⁷ Conduta anticompetitiva considerada, por excelência, a mais deletéria para a concorrência, o cartel prejudica consumidores ao aumentar os preços e restringir a oferta, tornando os produtos e serviços mais caros ou indisponíveis, comprometendo a inovação da indústria e a competitividade da economia, com perda de bem-estar social. Sinteticamente, trata-se de acordo entre concorrentes para, principalmente, fixar preços ou quotas de produção, dividir clientes e mercados de atuação. Explicando detalhes sobre o cartel, vê-se em Guilherme Favaro Corvo Ribas que “[c]artéis são acordos entre concorrentes envolvendo variáveis sensíveis (preço, produção, oferta, clientes etc.), com aptidão para regular ou neutralizar, de maneira artificial, a dinâmica de competição nos mercados afetados”. Ver: RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo Administrativo de Investigação de Cartel**. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 36. Nessa esteira, Flávia Chiquito dos Santos sintetiza que “cartel é, essencialmente, um grupo de vendedores ou compradores de bens ou serviços que, em vez de competirem livremente, unem-se para tentar eliminar a concorrência, visando maximizar seus lucros”. Cf. SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p. 15. Destaca-se a feição secreta e clandestina do cartel, com seus participantes cientes do caráter ilícito da conduta (cf. RIBAS, p. 41). Podem ser viabilizados por meio de acordo expressos (explícitos) ou então por ausência de acordos expressos, logo, se fala em cartéis implícitos ou tácitos. Lidamos, em específico, com o cartel *hard core*, isto é, *cartéis clássicos, integrais ou institucionalizados*, marcados pelo caráter da institucionalização e perenidade da conduta, dispondo de ferramentas de monitoramento, detecção e punição (*i.e.*, na essência, visam fixar preços, fraudar licitações, estabelecer restrições na produção ou quotas, ou dividir mercado por meio da alocação de clientes, fornecedores, territórios etc.). De outro lado, tem-se o que se convencionou chamar no Brasil por cartel *soft core*, ou seja, *cartéis difusos, eventuais e não institucionalizados*, tratando-se de uma coordenação cujo objetivo é similar ao do cartel *hard core*, porém é realizada de modo eventual, ocasional e/ou reativo a um evento externo ou oportunidade que afeta os membros do cartel (*i.e.*, na essência, envolvem a troca de informações concorrenciais sensíveis entre os participantes). Sob a perspectiva da gravidade, os cartéis *hard core* são mais graves do que os *soft core*. Para além disso, é possível desdobrar a análise da classificação de cartéis em (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) cartéis de compra ou de venda; (iv) cartéis de importação ou de exportação. Pontue-se, ademais, o cartel em licitação, que constitui um tipo particular de cartel de alocação de mercado, repercutindo de modo assente no campo penal. Ver: MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 41 et seq. Em síntese precisa sobre o conceito de cartel à luz da legislação concorrenciais brasileira, Paula Forgioni bem anota “os cartéis são acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que têm seu objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, caput, da Lei 12.529 de 2011”. Ver: FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 341. Para aprofundamento sobre o assunto, referir às obras dos citados autores. Para os fins desta dissertação, é suficiente ter fixado os conceitos ora explicitados sobre o cartel (notadamente o cartel *hard core*), bem como pontuar brevemente a sua disciplina no ordenamento pátrio. No Brasil, para além de caracterizar um ilícito punível na esfera administrativa, o cartel é crime, passível de punição na esfera criminal. Na Lei 12.529/2011, a disciplina do cartel encontra-se prevista no art. 36, §3º, inciso I (cartéis clássicos) e inciso II (práticas facilitadoras), aqueles certamente mais graves que estes. Em termos de sanção, referida lei prevê, em seu art. 37, a imposição de multas como a principal sanção para os agentes infratores da ordem econômica. Para além das sanções de natureza pecuniária, no art. 38 são cominadas penalidades acessórias quando a gravidade dos fatos ou o interesse público geral assim exigir, penas essas que podem ser impostas isolada ou cumulativamente. De se notar, subjacentemente, a questão da territorialidade e dos efeitos no tocante à persecução do cartel. Isto é, apenas são perseguidas pela lei brasileira as práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos (art. 2º, caput, Lei 12.529/2011). Por sua vez, na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), conforme a atual redação, o cartel encontra-se tipificado no art. 4º, mais propriamente abarcado em seu inciso II (ainda que possa também ser enquadrado no inciso I, desde que comprovado o dano, cf. MARTINEZ), com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa (cf. art 4º). Registre-se também que a Lei 8.666, de 21 de julho de 1993 (que institui normas para licitações e contratos da Administração pública), contempla o crime de cartel em licitações, cf. art. 90 (também com possibilidade de enquadramento nos arts. 95 e 96, cf. MARTINEZ - vale a leitura dessa autora, conforme obra citada, no que tange ao aparente conflito de normas ou concurso formal entre as Leis 8.137/1990 e Lei 8.666/1993). Em paralelo, note-se ainda que, na esfera administrativa, no âmbito da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 (dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira), prevê-se a possibilidade de punição pela prática colusiva no

ilícita, e, por conseguinte, dispensando exames detalhados no que se refere ao poder de mercado e demais variáveis, em princípio, o programa de *compliance* concorrencial seria mais efetivo para instruir os agentes econômicos no âmbito da prevenção e detecção de cartel se comparado aos mecanismos a serem desenvolvidos para prevenir e detectar condutas unilaterais e práticas verticais lesivas, por exemplo, dado que tais condutas exigem, necessariamente, uma análise minudente para o cotejamento de seus efeitos positivos e negativos.

Dito de outro modo, não há um entendimento apriorístico e generalizante para lidar com referidas condutas no bojo do programa de *compliance*, ainda que possam ser estipulados balizamentos e linhas mestras para tratar de condutas ilícitas enquadráveis nessas categorias. E, a nosso sentir, tal entendimento ganha ainda mais peso e vivacidade diante de novos temas que desafiam o direito antitruste na esteira da (r)evolução tecnológica e intensificação digital.

Pressupostos

O primeiro pressuposto para o desenvolvimento desta investigação considera que o *enforcement* anticartel não opera em nível ótimo, tanto da perspectiva mundial, quanto da perspectiva local, no que pertine à dissuasão dessa conduta anticompetitiva.²⁰ Está fora do

procedimento licitatório, a par do art. 5º, inciso IV, mais propriamente alínea “a”, tendo em vista o ato lesivo relacionado a uma atividade de interesse da Administração pública. As sanções na esfera administrativa estão disciplinadas no art. 6º da citada Lei, ao passo que as sanções por conta da responsabilidade na esfera judicial estão previstas no art. 19.

¹⁸ Daí o subtítulo desta dissertação atribuir o qualificador *anticartel* à política concorrencial.

¹⁹ Em complemento à nota anterior, pontue-se que o cartel *hard core* é considerado pelos reguladores antitruste como a mais grave infração concorrencial, gerando ineficiências de três ordens: alocativa, produtiva e dinâmica. Ver: CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines: 3 Issues in Competition Law and Policy. **ABA Section of Antitrust Law**, 2008, pp. 2203-2204. Sobre a perspectiva dos reguladores a respeito do cartel, como referência, nota-se: “[F]ighting cartels is one of the most important areas of activity of any competition authority and a clear priority of the Commission. Cartels are cancers on the open market economy, which forms the very basis of our Community. By destroying competition they cause serious harm to our economies and consumers. In the long run cartels also undermine the competitiveness of the industry involved, because they eliminate the pressure from competition to innovate and achieve cost efficiencies” (grifos nossos). Cf. UNIÃO EUROPEIA. EUROPEAN COMMISSION. MONTI, Mario. **Fighting Cartels: Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?** SPEECH/00/295. III Nordic Competition Policy Conference. Estocolmo, 11-12 set. 2000. Nos EUA, no âmbito do caso *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 408 (2004), o cartel foi tratado como “the supreme evil of antitrust”. Para referências adicionais, ver: MARQUES, Nuno Castro. A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels be Criminalised? **Market and Competition Law Review**. Universidade Católica Portuguesa, v. 1, n. 2, out. 2017.

²⁰ A título de exemplo, ver: RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. **Journal of Antitrust Enforcement**. 25 ago. 2014; THÉPOT, Florence. Can Compliance Programmes contribute to effective

escopo desta dissertação investigar/mensurar qual seria o suposto nível de *enforcement* para a dissuasão ótima de cartel (no mundo ou no Brasil).²¹ Nesse contexto, o pressuposto subjacente é de que a regulação tradicional (comando e controle) é insuficiente para tanto, jogando luz para alternativas regulatórias no intuito de complementar o *enforcement* tradicional, evocando o que foi delineado nesta Introdução.

O *segundo pressuposto* desta dissertação, que se relaciona de maneira direta com o pressuposto anterior, considera, em linha com parte da literatura internacional,²² que o programa de *compliance* concorrencial é um instrumento oportuno para colaborar com o *enforcement* anticartel,²³ na medida em que contribui tanto para *prevenir*, quanto para facilitar a *detecção* dessa conduta, oportunizando mais celeremente a *denúncia* e a *remediação*, de tal modo a *complementar* o eixo dissuasório, forjando uma cultura de respeito à legalidade e de padrões éticos, cultura essa que alcança o senso de moralidade, algo que a aplicação de sanções não consegue alcançar ao apenas precificar a violação.²⁴ Para além do *enforcement* crível, a estrutura de incentivos forjada no interior da organização²⁵ exerce papel fulcral para a efetividade do programa de *compliance* e da consequente internalização da cultura pró-competitiva.

O *terceiro e último pressuposto*, que vem acoplado às nossas considerações, relativiza o olhar da teoria econômica ortodoxa quando esta examina o comportamento do agente econômico, que, segundo dita teoria, baseia as escolhas ponderando racionalmente os custos e benefícios entre cumprir ou deixar de cumprir as leis (*homo oeconomicus*).²⁶

antitrust enforcement? In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programs: An Interdisciplinary Approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book); GERADIN, Damien. Antitrust *compliance* programmes and optimal antitrust enforcement: a reply to Wouter Wils. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 1, n. 1, 2013.

²¹ Trata-se de um assunto intrincado e complexo, não menos passível de inquietações na doutrina, sobretudo em termos de dados empíricos (in)disponíveis/limitados para proceder com tal cotejamento. Ver, por exemplo, HARRINGTON JR., Joseph E. Optimal Corporate Leniency Programs. **The Journal of Industrial Economics**, v. LVI, n. 2, 2008.; SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 1, 2012.

²² Por todos, ver: THÉPOT, Florence, op. cit., **Can Compliance Programmes...**

²³ Para fins desta dissertação, a análise resta centralizada sobre o programa de *compliance* concorrencial, em que pese a possibilidade de considerar outras estratégias e incentivos para incrementar o *enforcement* anticartel. Como referência pontual, o adensamento da pena privativa de liberdade para o indivíduo infrator, o banimento (desqualificação) das atividades profissionais, o melhor e maior incentivo para ações de reparação de danos, o incremento da transparência da atuação do regulador etc., são algumas possíveis ações para potencializar o *enforcement* anticartel na medida em que podem contribuir para a dissuasão dessa conduta.

²⁴ Ver RILEY, SOKOL, op. cit., p. 45.

²⁵ Havendo aqui, principalmente, questões relativas à cultura organizacional e a problemas de agência.

²⁶ Simplificadamente, ter-se-ia a premissa de que, na tomada de decisão, o agente econômico racional avalia os custos e benefícios esperados, e opta pela ação que maximiza sua própria utilidade (satisfação). Trata-se da

Com efeito, parece-nos importante matizar a visão da teoria econômica neoclássica, de modo a delinear uma carga de apreensão mais realista face aos complexos fenômenos que ocorrem no interior das empresas, ajudando a compreender de forma mais crível o comportamento do agente econômico (e de suas engrenagens). Nesse particular, por exemplo, contribuições das ciências comportamentais revelam a influência de vieses, atalhos heurísticos e falhas de percepção na tomada de decisão, o que significa, de maneira objetiva, que as escolhas humanas são condicionadas, no mínimo, por uma racionalidade limitada (*bounded rationality*).²⁷⁻²⁸

O ser humano é um agente complexo e suas ações não necessariamente pressupõem uma coerência lógica entre os fins e os meios adotados.²⁹ Uma pluralidade de fatores molda a cognição e repercute nas escolhas humanas. Se é assim, ampliando o raciocínio, há razão

premissa básica da teoria da escolha racional, também chamada de teoria da maximização da utilidade esperada, que emoldura a chamada “*deterrence theory*”. Aqui, do ponto de vista da teoria econômica do crime, por exemplo, o agente ponderaria, na decisão de praticar o ilícito, os potenciais ganhos *versus* as perdas da ação criminosa, considerando a severidade da pena e a probabilidade de ser pego e punido.

²⁷ Para além de outras limitações, como, por exemplo, a força de vontade limitada e o autointeresse limitado. Sobre o assunto, ver: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva, 2012; THALER, Richard. **Misbehaving**: the making of behavioral economics. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2016; THALER, Richard. Unless you are spock, irrelevant things matter in economic behavior. **The New York Times**, 09 maio 2015.

²⁸ George Akerlof e Robert Shiller reconhecem a influência de diversas motivações no processo de decisão dos indivíduos - motivações econômicas e também não econômicas, que podem ser irracionais ou equivocadas. Aliás, os autores comentam que Adam Smith não teria levado em conta esse aspecto (motivações não econômicas a guiar os indivíduos) na sua análise, ao contrário do que teria feito John Maynard Keynes ao reconhecer a importância do “*animal spirits*”. Nesse sentido, “[T]he thought experiment of Adam Smith correctly takes into account the fact that people rationally pursue their economic interests. Of course they do. But this thought experiment fails to take into account the extent to which people are also guided by noneconomic motivations. And it fails to take into account the extent to which they are irrational or misguided. It ignores the animal spirits. In contrast, John Maynard Keynes sought to explain departures from full employment, and he emphasized the importance of animal spirits. He stressed their fundamental role in businessmen’s calculations”. Esclarecendo o sentido do termo “*animal spirits*” no atual contexto econômico, Akerlof e Shiller assinalam: “[...] in modern economics *animal spirits* has acquired a somewhat different meaning; it is now an economic term, referring to a restless and inconsistent element in the economy. It refers to our peculiar relationship with ambiguity or uncertainty. Sometimes we are paralyzed by it. Yet at other times it refreshes and energizes us, overcoming our fears and indecisions”. Para os autores, em suma, padrões de pensamento que “animam” as ideias e sentimentos dos indivíduos formam o “espírito animal”. Há, em suma, cinco diferentes aspectos do espírito animal que afetam as decisões econômicas, quais sejam, “*confidence, fairness, corruption and antisocial behavior, money illusion and stories*”. Ver: AKERLOF, George A.; Shiller, Robert J. **Animal Spirits**: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism. Princeton University Press, 2010, p. 3 et seq.

²⁹ Ver, por exemplo, investigação levada a cabo por Eugene Soltes ao analisar os determinantes que influenciaram a prática de crimes de colarinho branco. Após pesquisas de mais de sete anos, que incluíram entrevistas com cerca de cinquenta executivos que haviam praticado o ilícito corporativo, o autor diagnosticou que, usualmente, o comportamento ilícito não derivou de um cálculo de custo/benefício. Em apertado resumo, verificou-se que os executivos não tomaram ações ante uma análise racional de custos e vantagens, ponderando as consequências de suas ações, mas fundamentalmente as ações foram baseadas no senso de intuição (“*gut feelings*”). Ver: SOLTES, Eugene. **Why They do it**: Inside the Mind of the White-Collar Criminal. Nova Iorque: PublicAffairs, 2016.

para refutar, e mais, desconstruir a visão monolítica que aduz na empresa uma “caixa preta”,³⁰ de tal maneira a extrapolar essa visão para considerar as diferentes camadas, níveis e subníveis dessa complexa estrutura,³¹ considerando, pois, as diferentes idiossincrasias que revestem o seu interior (indivíduos).³² Nesse passo, dentre outros fatores que condicionam comportamentos, moldam atitudes e ativam decisões (e omissões) no interior da empresa, pontua-se a cultura ético-organizacional,³³ levando-se em consideração, valores, ambiente interno da empresa, ética coletiva, estilo de liderança, força do exemplo da alta administração, regras formais e informais etc.

Problema

O *problema* basilar desta dissertação incide sobre a política de defesa da concorrência brasileira no concernente ao *tratamento normativo e jurisprudencial dispensado ao programa de compliance concorrencial em matéria de incentivos*, particularmente do ponto de vista dos incentivos diretos estabelecidos pelo regulador no contexto da dosimetria da pena, leia-se, redutor de multa,³⁴ acompanhando uma discussão contemporânea na realidade antitruste mundial, seja sob o prisma dos reguladores, seja sob o prisma acadêmico.

Como subsídio para investigar esse problema, são derivados quatro eixos correlacionados: (a) se o CADE *disciplina e incentiva* a implementação de programas de *compliance* concorrencial; (b) no caso de resposta afirmativa, (b.1) como o CADE *disciplina e incentiva* a implementação dos referidos programas; (b.2) se a abordagem adotada pelo CADE *está alinhada* ao que se observa nas principais jurisdições antitruste; (b.3) se seria

³⁰ Ver: KOTZIAN, Peter et al. **Reducing Antitrust Violations: Do Codes of Conduct and Compliance Training Make a Difference?** In: PAHA, Johannes (ed.). *Competition Law Compliance Programmes: an interdisciplinary approach*. Suíça: Springer, 2016 (e-book), p. 60.

³¹ Como pontuam Rosa Abrantes-Metz e Daniel Sokol, “a firm is not merely a single entity in its actions. Rather, a firm is made up of a number of various components, each of which has its own incentives that shape firm behavior”. Cf. ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance*. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. (ed.). **Oxford Handbook of International Antitrust Economics**. Oxford University Press (no prelo). Minnesota Legal Studies Research Paper n. 13-18, (08 abr. 2013), p. 1.

³² Ver: INTHAVISAY, Caroline; PIERI, Simone. *Business helping business to comply with the law: ICC Antitrust Compliance Toolkit*. **Concurrences**, Revue, n. 1, 2016, p. 6.

³³ Cf. PARUZEL, Agnieszka et al. *Psychological Contributions to Competition Law Compliance*. In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programmes: an interdisciplinary approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book).

³⁴ Nas entrelinhas, também se investiga o reverso da moeda, isto é, a hipótese da agravante pecuniária. A hipótese da isenção de responsabilidade corporativa em função do programa de *compliance* concorrencial não é examinada em profundidade neste trabalho, vez não constituir seu foco.

conveniente e oportuno *refinar* algum aspecto da política concorrencial brasileira em matéria de programa de *compliance* a fim de *tornar mais atrativos* os incentivos para implementação desses programas.³⁵

Método

À vista do problema que se objetiva responder, foram empregados, primordialmente, dois métodos no âmbito desta pesquisa, a saber, (i) revisão bibliográfica; e (ii) análise jurisprudencial.

A *revisão bibliográfica* diz respeito à varredura e análise de pesquisas, trabalhos, artigos e publicações científico-acadêmicas sobre o *tema* programa de *compliance* concorrencial, considerando o enfoque temático dado a este trabalho. Nesse sentido, a literatura internacional se mostrou mais expressiva comparativamente à literatura nacional, que, apenas mais recentemente, começou a aprofundar a discussão e trazer contribuições sobre o assunto. Em geral, a doutrina estrangeira relata a carência de estudos mais minudentes sobre programa de *compliance* concorrencial, especialmente do ponto de vista empírico.³⁶ Nesse tocante, ilumina-se o fato de que a análise contrafactual do programa de *compliance* concorrencial não se mostra trivial, notadamente pela dificuldade empírica ínsita ao exame (*e.g.*, e *se não fosse* o programa de *compliance*, o cartel teria ocorrido? E *se fosse* o programa de *compliance*, o cartel teria deixado de ocorrer?).³⁷

A *análise jurisprudencial* diz respeito ao cotejamento da base de dados do CADE, conforme acervo publicamente³⁸ disponível no *website* da autoridade antitruste brasileira,³⁹

³⁵ Nesses eixos, ao fazer referência ao CADE, estamos a investigar os contornos dispensados pela legislação concorrencial brasileira e a prática da autoridade antitruste sobre o problema objeto de estudo.

³⁶ Ver: STEPHAN, Andreas. *Hear no Evil, See no Evil: Why Antitrust Compliance Programmes May be Ineffective at preventing cartels*. **The Company Lawyer**, v. 31, ESRC CCP Working Paper n. 09-09, 10 jul. 2009, pp. 231-239; MURPHY, Joseph, BOEHME; Donna. **Fear No Evil: A Compliance and Ethics Professionals' Response to Dr. Stephan**, 28 nov. 2011; RILEY; SOKOL, op. cit.; WILS, Wouter P. J. *Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement*. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 1, n. 1, 2013, pp. 14-15; GERADIN, op. cit., p. 8.

³⁷ Ver: WILS, op. cit.; GERADIN, op. cit.

³⁸ Sublinhe-se a natureza pública da integralidade dos dados utilizados para consulta. A título de rigor acadêmico e também por questões de sigilo profissional, informa-se que não foi utilizada, para efeitos da presente investigação, qualquer informação de cunho confidencial e de natureza restrita, mas tão somente informações de acesso público, conforme franqueadas a quaisquer terceiros na base de dados do CADE, que se encontram disponíveis para consulta no sítio eletrônico da autoridade (<<http://www.cade.gov.br/>>).

³⁹ A título de ressalva e clareza acadêmica, ainda que este pesquisador tenha envidado amplos esforços no sentido de proceder com um cotejamento abrangente (e tentativamente exauriente), não se descarta a eventual

visando mapear precedentes que versaram diretamente sobre programas de *compliance* concorrencial na experiência antitruste, tanto sob a égide da Lei 8.884/1994,⁴⁰ quanto sob a égide da Lei 12.529/2011,⁴¹ com foco direcionado para o controle de condutas.⁴² Para amparar a análise jurisprudencial, fez-se necessário empregar uma lente de *cunho indutivo* ao proceder com o cotejamento dos resultados. Visando facilitar a consulta do material compulsado, ao final desta dissertação foram consolidados quatro Apêndices e uma nota de explicação metodológica, conforme será esclarecido em Capítulo oportuno.

A par da análise jurisprudencial, conjugada com a revisão bibliográfica, esta dissertação procura delinear os principais desenvolvimentos, tendências e conclusões, bem como ventilar contribuições propositivas no que se refere à disciplina do programa de *compliance* concorrencial no Brasil, com o fito de proporcionar uma reflexão mais profunda sobre possíveis aspectos a serem debatidos e refinados na política antitruste brasileira acerca desse tema, endereçando o problema enunciado.⁴³

Dito isso, apresentamos a seguir rápidos esclarecimentos sobre alguns métodos em que esta dissertação *não* se baseia.

Esta dissertação *não* se baseia no método comparatístico, em que pese uma concisa incursão na experiência comparada que é realizada. O olhar comparado neste trabalho é ancilar para averiguar a evolução temática em determinadas jurisdições antitruste, de modo a apresentar um delimitado referencial do evoluir da discussão no quadro internacional,

hipótese de não ser tal cotejamento 100% exaustivo. É preciso levar em conta as limitações de pesquisa no *website* do CADE, informações confidenciais etc. Nada obstante, acredita-se que o mapeamento realizado é bastante crível, fidedigno e abrangente o suficiente para capturar senão a totalidade, os principais desenvolvimentos do assunto, servindo de suporte material válido para os fins desta dissertação.

⁴⁰ Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

⁴¹ Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Trata-se da atual lei de defesa da concorrência brasileira (antitruste).

⁴² Em que pese o foco centralizado sobre o *controle de condutas*, referencialmente, sem pretensão exaustiva, será feita menção pontual a alguns julgados do CADE no âmbito do *controle de estruturas* para ilustrar que, em ambas as funções, repressiva e preventiva, o programa de *compliance* concorrencial foi/é excogitado pelo regulador antitruste brasileiro.

⁴³ Com base no melhor conhecimento deste pesquisador, ao tempo de depósito desta dissertação, não havia trabalho acadêmico na literatura nacional que tenha enveredado por rumos semelhantes, conduzindo um levantamento sistemático tal como o realizado na presente ocasião, para além de expandir os resultados no intuito reflexivo/propositivo. Como consequência, este cotejamento representa, a nosso ver, uma contribuição de caráter inovador e de valia para investigações ulteriores, sintetizando seja a memória institucional do órgão antitruste na temática, seja um enfoque propositivo para estimular pesquisas acadêmicas e reflexões práticas sobre possíveis ajustes, desenvolvimentos e amadurecimento na política concorrencial brasileira em matéria de instrumentos de conformidade.

avaliando compactamente como o Brasil se posiciona nesse ambiente. Para esse exame, uma lente de *cunho dedutivo* foi empregada.

Esta dissertação também *não* se arvora no método histórico. Em verdade, acessoriamente, percorre-se de modo panorâmico a evolução do tema sob a égide da Lei 8.884/1994 e da Lei 12.529/2011, delineando genericamente o contexto dos referidos normativos, mapeando documentos e materiais relacionados ao tema, considerando o recorte temático.

Para situar o contexto institucional do país que impulsionou a discussão do *compliance* de modo mais substantivo e consistente, secundariamente, esta dissertação apresenta brevíssimas e singelas notas sobre a operação Lava Jato,⁴⁴ bem como tangencia considerações de ordem geral sobre o “momento” do *compliance* no Brasil. O objetivo com isso é de proporcionar ao leitor uma visão realista e multifocal de algumas dimensões do *compliance* que dialogam com esta dissertação. Ademais, para subministrar nossas investigações, limitadamente, apresentamos ao longo deste trabalho determinadas considerações que transcendem às raias do direito concorrencial, mas que a elas procuramos inter-relacionar com o intuito de trazer ao leitor uma perspectiva útil das discussões desenvolvidas.⁴⁵

Estrutura

Sinteticamente, em termos de estrutura, após esta Introdução que apresenta o tema e delimita seu recorte de investigação, segue o Capítulo 1, que introduz o conceito de *compliance*, esclarece a compreensão do programa de *compliance* e detalha seus contornos práticos, tocando em seus pilares estruturais. Nesse Capítulo, também se apresenta um panorama do contexto regulatório que oportunizou maior atenção aos instrumentos de

⁴⁴ Novamente, repisa-se que esta análise, assim como qualquer outro cotejamento analítico ao longo da presente dissertação, se valeu apenas e tão somente de informações e materiais publicamente disponíveis.

⁴⁵ À luz das explicações sobre o método empregado nesta dissertação, esclarecemos a ausência de uma hipótese explícita. Nosso objetivo imediato é investigar o tema e seu problema a partir da análise de materiais que consideramos mais significativos e representativos na literatura face ao recorte estipulado, juntamente com a análise jurisprudencial (mais substantivamente) e a breve incursão na experiência comparada, a fim de avaliar o estágio antitruste brasileiro na disciplina temática. A partir disso, tendo adquirido uma visão sólida, crítica e fundamentada, ventilar aspectos propositivos para reflexão e amadurecimento no campo prático e teórico da disciplina e estudo do tema. A ausência de uma hipótese explícita não compromete a pesquisa levada a cabo nesta investigação.

conformidade, para além de jogar luz sobre a interface do *compliance* com a governança corporativa, tangenciando brevemente determinados aspectos societários e institucionais associados ao *compliance* à luz do quadro fático nacional. No Capítulo 2, a investigação é orientada para o ordenamento concorrencial brasileiro, desnudando o programa de *compliance* sob a égide da Lei 8.884/1994 e da Lei 12.529/2011. Nesse Capítulo, espinha dorsal para se aproximar do problema investigado, procedemos com uma minudente pesquisa jurisprudencial, cotejando o tratamento dispensado ao tema, para além de apresentar ponderações iniciais. No Capítulo 3, de modo a proporcionar uma visão comparada, ainda que concisa, avança-se para o exame do tema em outras jurisdições de referência. Com base na análise empreendida, ganha-se senso comparativo para as reflexões da disciplina do assunto no Brasil. No Capítulo 4, aprofunda-se no debate doutrinário a fim de conferir densidade teórica ao tema em estudo. Arremata-se com as conclusões, sumariando aspectos-chave e realçando nossas opiniões à luz da investigação empreendida, para além de ventilar questões propositivas a título de reflexão e de estímulo a ulteriores pesquisas e investigações acadêmicas.

1 LINHAS MESTRAS DO *COMPLIANCE*

Este Capítulo apresenta ao leitor conceitos teóricos propedêuticos para a compreensão do *compliance*, iluminando aspectos que formam as linhas mestras da presente investigação. Em razão disso, trata-se de Capítulo naturalmente mais extenso, porém necessário para fixar a base conceitual do tema que se propõe a desenvolver. Deveras, o *compliance* é examinado nesta ocasião dentro de um recorte epistemológico específico e que interessa aos fins da presente dissertação, o que significa dizer que não se pretende exaurir uma abrangente e multidisciplinar discussão que decorre do *compliance*.

Dito isso, inicialmente é descortinado um panorama teórico do *compliance*, aclarando questões de fundo terminológico e desenvolvendo conceitos-chave para o escoreito entendimento do trabalho. Sob uma lente aproximativa, examinaremos também intersecções do *compliance* na interface regulatória e societária, para além de traçar breves lineamentos no contexto da ética empresarial ante o quadro fático-institucional brasileiro. Fixadas as bases conceituais do *compliance* e tangenciadas reflexões preliminares, nos Capítulos subsequentes, efetivamente, os problemas enunciados no introito serão investigados à luz dos limites epistemológicos estabelecidos.

1.1 O Que é *Compliance*?

O questionamento ao avesso, isto é, indagar sobre o que não é o *compliance* também poderia ser feito e a resposta tenderia a soar intuitiva, em particular à vista das consequências deletérias de uma série de escândalos corporativos vivenciado no contexto mundial recente. Tecnicamente, porém, mesmo por esse ângulo “ao avesso”, o entendimento do *compliance* que ora se objetiva investigar poderia ser impreciso, eis a razão deste tópico, para conferir o necessário teor de esclarecimento e precisão científica.

Com efeito, nas três últimas décadas, e especialmente na última década no que se refere ao Brasil, assuntos envolvendo *compliance* pulularam. No ordenamento jurídico, o termo *compliance* tem sido utilizado difusamente, especialmente no campo econômico-empresarial. Arriscaríamos dizer que *compliance* é hoje dos termos mais repetidos nas relações de mercado, o que não significa uma relação de causalidade entre a carga conceitual

que o termo devota e o que se reflete na práxis. Sem muito esforço, basta uma rápida mirada nas políticas institucionais de muitas organizações brasileiras⁴⁶ para, cada vez mais frequentemente, se verificar uma miríade de iniciativas sob o guarda-chuva desse tal *compliance*. Daí um primeiro indicativo: a plasticidade polissêmica que dá contorno ao termo *compliance* na esfera empresarial. O termo é associado a um rol de políticas e iniciativas, cujo anglicismo é mantido ou então “tropicalizado”. Nesse giro, à guisa de exemplo, identificam-se expressões do tipo *programa de compliance*, *treinamento de compliance*, *função compliance*, *chief compliance officer*, *departamento de compliance*, *embaixador de compliance*, *agente de compliance*, e outras tantas, algumas construídas ao sabor da criatividade.

À primeira vista, poder-se-ia cogitar um maior apreço e conscientização dos agentes econômicos no que se refere à temática do *compliance vis-à-vis* a pluralidade de ações que rodeiam o termo.⁴⁷ Todavia, como afirmado acima, tal pode ser uma falsa hipótese. Antes de mais nada, é importante a devida assimilação da carga semântica jungida ao *compliance* para evitar a sua banalização ou mesmo o uso atécnico, aleatório ou inadvertido, como se fosse um modismo ou casualidade. Conforme será depurado ao longo deste trabalho, mormente em vista do cenário de globalização econômica, que trouxe *pari passu* riscos interligados, especialmente riscos da própria atividade empresarial, que se tornaram mais complexas no contexto de uma sociedade também mais complexa, juntamente com um cipoal de normas e legislações mais severas, entender o *compliance* e suas ramificações de um ponto de vista holístico consiste na pedra angular para, igualmente, compreender as repercussões de diversos fenômenos no mercado. Tanto o *compliance* quanto o seu avesso (*i.e.*, não *compliance*) podem gerar efeitos no ordenamento jurídico.

⁴⁶ O que pode ser feito consultando o *website* institucional de empresas de diferentes perfis e setores de atuação. Em geral, as políticas de *compliance* ficam alocadas no campo/seção destinada à relação com investidores, área ética, de governança, de *compliance*, de conformidade, de transparência etc. Para pesquisa abordando a evolução do *compliance* no Brasil, que foi especialmente alavancado no contexto pós Lei 12.846/2013, na esteira da operação Lava Jato, mas ainda com espaço para crescimento, ver: DELOITTE BRASIL; ICC BRASIL. **Integridade corporativa no Brasil: evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos.** Pesquisa 2018.

⁴⁷ O que não significa, necessariamente, que existe um interesse autêntico por parte de todos os agentes, podendo se tratar de reflexo automático do movimento do mercado, tal como num efeito manada. Nessa ótica, é fundamental distinguir entre iniciativas inspiradas e pautadas sob o senso genuíno do *compliance* em contraposição a iniciativas “de fachada” e que se dão apenas ao sabor da aparência, a título de mimetização dissimulada. Essa questão será fartamente examinada neste trabalho.

Em linhas gerais, a literatura acadêmica que se debruça no estudo do *compliance* (*lato sensu*) converge quanto ao conceito que emana do seu núcleo.⁴⁸⁻⁴⁹ Semanticamente, *compliance* (substantivo) advém do verbo inglês *to comply* (cumprir) e traduz a ideia de cumprimento, não apenas limitado à seara jurídica, seus subsistemas e microssistemas, diga-se, mas também englobando outros campos da ciência, o que faz do *compliance* um conceito relacional.⁵⁰⁻⁵¹ No ordenamento jurídico, *compliance* se relaciona com uma ideia prosaica à primeira vista: *conformidade com regras, cumprimento de leis, observância de normas*. Significa, pois, o *comportamento consentâneo* com determinado *comando* que irradia *reflexos jurídicos*. Significa *conformar uma conduta* em atendimento a uma *determinação legal*. Sob um nível granular simplificado, é possível aduzir uma dúplici acepção no *compliance* considerando o *emissor das normas*:

⁴⁸ Como ensina Tercio Sampaio Ferraz Jr., “o *compliance* em si é palavra inglesa de origem latina que designa o ato de cumprir em conformidade com uma norma, uma vontade; melhor que cumprimento, sua tradução deveria ser observância. O *compliance*, dentro de uma empresa, pode ser considerado um dos elementos que integram o sistema de governança corporativa”. Ver: CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO (CENP). Entrevista com Tercio Sampaio Ferraz Junior. **Todos ganham com o compliance**. CENP em Revista. Ano 10, n. 39, jun. 2014, p. 27.

⁴⁹ Ainda que possam haver variações pontuais, essas não alteram o âmago semântico do termo. Isabel Franco observa que “[a] palavra *compliance*, apesar de não encontrar sinônimo ideal na língua portuguesa, exprime a ideia de uma forma de se agir em ‘cumprimento’ ou ‘conformidade’ com normas, regras, princípios de integridade, ética e boas condutas nos negócios. Ver: CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO (CENP). Artigo Isabel Franco. **Compliance & Publicidade**: por respeito à sociedade. Ano 10, n. 39, jun. 2014, p. 30.

⁵⁰ Também se poderia adicionar, nesse apanhado conceitual, o sentido de satisfazer a algo estabelecido, isto é, a ação e a prática de satisfazer regras estabelecidas. Como pontua Pedro Dutra, o emprego corrente do verbo *to comply* data do século XVI, tendo seu radical latino - *complere* - o sentido de completar, mas também de satisfazer. O autor observa que satisfazer, atender e completar são significados próximos do vocábulo cumprir, de mesmo étimo, que pode ser somado. De toda maneira, na visão de Pedro Dutra, o significado mais preciso do *compliance* viria no vocábulo “conformação”, à semelhança da língua francesa, que se vale do termo *conformité*. Nessa leitura, conformação evoca a ideia de ajustamento permanente, que, segundo o autor, a ideia de conformidade não traduz. Logo, tem-se na conformação o sentido de adaptações específicas feitas pelas empresas e seus empregados para que se conduzam seguindo as regras, isto é, a conformação da conduta empresarial (e seus empregados) a regras, de naturezas variadas. De qualquer maneira, como anota o autor, em última análise, o sentido dos dois vocábulos se soma, havendo no *compliance* o senso de cumprimento e assentimento à regra, que é alcançado pela conformação da conduta ao seu comando. Ver: DUTRA, Pedro. **Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira**. São Paulo: Editora Singular, 2017, p. 153 et seq. Acresce-se, na vertente etimológica do termo, o que pontuou Saloni P. Ramakrishna, para quem a origem mais remota do *compliance* seria no século XVII, em italiano “complire”, em espanhol “complir”, ambas as modificações vindas da raiz latina “complere”. Ver: RAMAKRISHNA, Saloni P. **Enterprise Compliance Risk Management: an essential toolkit for banks and financial services**. Cingapura: John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd, 2015, p 11.

⁵¹ Em pormenor, de se observar que a diferença entre o núcleo do verbo *to comply* e o substantivo *compliance* situa-se no objeto: isso porque, ao passo que *to comply* significa a ação (*i.e.*, agir de acordo com uma ordem) o *compliance* traduz a postura do agente (*i.e.*, obedecer a uma ordem). Cf. ALVES, Robinson. **Contra a banalização do mal**: Hannah Arendt, Justiça Restaurativa e o Papel do Indivíduo no Compliance Concorrencial, 2016. 13º Prêmio Literário CIEE/CADE, 1º lugar.

(i) dimensão interna (*interna corporis*): diz respeito às diretrizes, regras, códigos, políticas institucionais etc. (doravante normas) emanados pela empresa e que os seus executivos, empregados, colaboradores etc. devem observar e cumprir;⁵² e

(ii) dimensão externa (*externa corporis*): diz respeito a legislações, normativos, regulamentos etc. (doravante normas) expedidos pelo Poder público e que a organização deve observar e cumprir.

Trata-se de um recorte simplificador e didático. As empresas são reguladas por normas externas e internas.⁵³ As normas internas devem estar em consonância com as normas externas. Os preceitos contidos nas normas internas aproximam-no da realidade específica de cada organização. São mecanismos importantes para dar concreção às normas legais (externas). O *compliance* aproxima e transporta a lei para dentro das relações que se forjam no interior da organização. Nessa ótica, o *compliance* se apresenta como um mecanismo viabilizador do cumprimento das normas. Ao *compliance* pode ser relacionada uma função catalisadora no sentido de estimular “a prática legal na medida em que ajunta o indistinto e o peculiar, a lei e a realidade organizacional. O *compliance*, nessa perspectiva, facilita a lei”.⁵⁴ Existe, assim, um tipo de *ação comunicativa* entre o *compliance* e a lei. Partindo dessa premissa inicial, em princípio, o *compliance* não é meio de que se vale para imputar a obrigatoriedade a respeito da lei. Para isso bastaria a própria lei.⁵⁵ O *compliance*

⁵² Estamos assumindo que as normas da empresa espelham as normas externas. Em outras palavras, as normas internas da empresa estão em consonância com as leis.

⁵³ Trata-se de um olhar simplificado. Outros aspectos interferem na gestão e no governo da empresa.

⁵⁴ Sob uma leitura complementar, poderia se falar que o *compliance* auxilia na padronização comportamental. Conforme Ricardo Favoreto, Clodomiro Junior e Arnaldo Nogueira, para promover a efetividade de um conjunto de normas internas, “o *compliance* dissemina expectativas de comportamentos que devem ser satisfeitas indistintamente. Não importa, assim, o indivíduo a ocupar o lugar. Em princípio, qualquer que seja o indivíduo, independentemente da situação em que se encontre, deverá ele adequar-se às normas internas como único meio de granjear pertencimento ao grupo.” Ou autores atribuem o componente “irrefletido” à ideia de padronização comportamental, defendendo que “[...] na execução do encargo de traduzir as políticas e os valores internos e as normas legais, o *compliance* reduz poder de escolha e, colateralmente, pode, em alguma medida, mitigar a reflexão. Ao limitar que a decisão escorregue para o indesejável, também gera o *compliance* o risco de que se restrinjam as potencialidades desejáveis da decisão. A efetividade do controle depende sempre de que a decisão seja refreada por um mínimo de vinculação. O *compliance*, por esse ângulo, faria as vezes de um mostruário do qual se poderia recolher “a solução ética” mais apropriada à dada situação”. Ver: FAVORETO, Ricardo Lebbos; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. **Governança Corporativa e Compliance: Reflexões Propedêuticas sobre uma relação conceitualmente requerida.** EnANPAD 2018, Curitiba/PR, 03 – 06 out. 2018, pp. 1-13.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 9.

cria meios para garantir um dever já estabilizado, é um *instrumental* para assegurar o cumprimento normativo.⁵⁶

Como afirmam Ricardo Favoreto, Clodomiro Junior e Arnaldo Nogueira, a expansão do *compliance* coincide com três principais fatores: (i) gigantismo organizacional;⁵⁷ (ii) intensificação da necessidade de legitimação; e (iii) estímulos normativos. Grosso modo, o primeiro fator relaciona-se com o imenso poder conquistado pelas empresas à luz de um contexto global, complexo e heterogêneo, caracterizador da sociedade moderna (enredamento social), que reclama a necessidade de implementar estruturas para assegurar relações minimamente previsíveis. Em suma, tem-se a ideia do *compliance* como mecanismo de controle interno da organização, que, externamente, reflete uma demanda da sociedade, requerendo estruturas de governança dessas poderosas organizações para diminuir incertezas. O segundo fator relaciona-se com a intensificação das relações em face desse contexto global, que reclama maior legitimação social. A legitimidade se revela quando aqueles que integram o meio (organização) agem de forma consentânea com o que deles se espera. Nessa perspectiva, *compliance* é uma forma de intercambiar legitimidade.⁵⁸ O terceiro fator diz respeito aos estímulos normativos.

Em resumo, as normas que têm motivado o *compliance* são de ordem legal e comercial. Ao longo deste trabalho veremos, especificamente, o estímulo normativo (legal) aos programas de *compliance* concorrencial. Note-se que, algumas vezes, os estímulos podem se revelar na forma de restrições quando, por exemplo, a ausência de *compliance* limita o direito das empresas no exercício comercial.

⁵⁶ Favoreto, Bannwart Junior e Nogueira aduzem na democracia a real significação do *compliance*, em um contexto de coexistência com o estado de Direito. Nesses termos, afirmam os autores: “[...] nas sociedades democráticas que o *compliance* ganha significação. Instituída com a prerrogativa de salvaguardar a soberania popular, a democracia depende da difusão de um conjunto de normas válidas para todos. Conceber uma democracia que sobreviva à ausência de um ordenamento jurídico é um exercício de difícil idealização. Se não do ordenamento, a democracia depende da coexistência do Direito ao menos. Para que a soberania popular se efetive, é necessário que os mandamentos não decorram de pessoas ou entidades particulares, mas de exteriorizações éticas públicas, decorrentes dos desígnios da sociedade em geral. É com isso que se confrontam dois fatores relevantes para a compreensão do *compliance*: o primeiro, já apontado, é o imenso poder conquistado pelas empresas e o segundo, o enredamento social, representado pela complexidade dos ordenamentos modernos”. Ibid., p. 7.

⁵⁷ “O gigantismo caracteriza a fisionomia de organizações altamente sofisticadas e ao mesmo tempo dotadas de uma carga de ingovernabilidade. Nem as mais avançadas técnicas de gestão conseguem prover soluções para o pandemônio estrutural em que essas organizações se puseram”. Id., Ibid., p. 8.

⁵⁸ “Organizações que o adotam [*compliance*] tendem a se legitimar no meio, bem como a exigir que outras organizações, aquelas com as quais se relaciona diretamente, também o adotem. Ao mesmo tempo, no palco social que o mercado monta, essas organizações compelem seus concorrentes a fazerem o mesmo, uma vez que estão todos sendo observados”. Ibid., p. 11.

Com base nessa primeira aproximação teórica, infere-se que *compliance* transcende a ideia de uma simples conformidade normativa.⁵⁹ *Compliance* não se confunde com o mero cumprimento de regras formais. Se fosse assim, ter-se-ia um conceito aparentemente circular e potencialmente redundante: cumprir normas quando normas são postas para serem cumpridas sob a égide do estado de Direito.⁶⁰ Entretanto, eis o ponto distintivo, não necessariamente tal axioma se traduz na prática social, ou seja, a observância legal pode não corresponder ao comportamento dos indivíduos, e, mais além, ao comportamento da organização.⁶¹

É nesse entremeio que vislumbramos um conceito mais nuançado do fenômeno que está sendo perquirido. Isto é, a sutileza do *compliance* consiste em interpretá-lo dentro da ideia de um sistema⁶² que procura viabilizar o cumprimento normativo. Dito de outro modo, o *compliance* traduz a ideia de *suporte, meio, plataforma-instrumento* para assegurar o cumprimento normativo. Não é a lei, mas existe para garantir a sua observância, para sensibilizar e conformar a organização no sentido do *derectum*.⁶³ É sob essa hermenêutica que o *compliance* adquire sentido técnico e uma densidade própria.

Espelhando objetivamente essas ponderações preliminares, Sean Griffith aduz que:

⁵⁹ Na mesma trilha é o entendimento de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, quando anotam “[C]ompliance não deveria ser considerado um novo mecanismo de prevenção à criminalidade, pois, na medida em que deriva de *comply with the Law*, isto é, estar em conformidade com a lei, sua concepção é contemporânea ao surgimento da própria lei”. Cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Breves Considerações sobre o Papel do Advogado nos Programas de *Compliance*. In: DINIZ-SAAD, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2016, p. 111.

⁶⁰ Leia-se, normas de cumprimento obrigatório e indistinto.

⁶¹ “Sendo qualquer organização constituída por pessoas, é pelos atos das pessoas que a organização se movimenta no mundo. O comportamento da organização será sempre o reflexo do comportamento dos seus membros”. FAVORETO, BANNWART JUNIOR, NOGUEIRA, op. cit., p. 9.

⁶² O conceito se funda em um *sistema de mecanismos de controles e políticas, compostos por ferramentas e instrumentos*, para conformar o *compliance*.

⁶³ Sobre a expressão *derectum*, que pouco a pouco substituiu a expressão *jus* e, a partir do século IX, começou a ser utilizada para indicar o ordenamento jurídico ou uma norma jurídica geral, ver: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 33-34. Ferraz Jr., explicando a amplitude e as diversas facetas da palavra *direito*, anota que, em português, a palavra (assim como nas correspondentes em língua germânica) guarda relação tanto com *jus*, como aquilo que é consagrado pela Justiça em termos de virtude moral, quanto com o *derectum*, como o exame da retidão da balança, por meio do ato da Justiça (em termos de aparelho judicial), podendo significar tanto o ordenamento vigente, como a possibilidade concedida pelo ordenamento de agir e fazer valer uma situação, para além de um uso moral na expressão.

Although compliance with law and regulation is not a new idea, the establishment of an autonomous department within firms to detect and deter violations of law and policy is. American corporations have witnessed the dawn of a new era: the era of compliance. That we now live in an era of compliance is beyond serious doubt.

[...]

All firms exist within a nexus of legal, regulatory, and social norms. The contemporary compliance function is the means by which firms adapt their behavior to these constraints. More concretely, compliance is the set of internal processes used by firms to adapt behavior to applicable norms. Compliance establishes internal mechanisms to prevent and detected violations of law and regulation.⁶⁴ (grifos nossos)

Na mesma senda, compreendendo o *compliance* à luz do quadro matizado ora proposto, leia-se, que explicita um *sistema de políticas e controles* adotado pela empresa para impedir violações à lei (ou seja, conformar o comportamento ao *derecctum*) e também assegurar às autoridades externas que está adotando medidas para impedir violações (agregando componentes éticos e normativos), Miriam Baer observa que:⁶⁵

‘Compliance’ is a system of policies and controls that organizations adopt to deter violations of law and to assure external authorities that they are taking steps to deter violations of law. General compliance programs address the overall conduct of business in accordance with prescribed legal, and increasingly ethical and cultural, norms. (grifos nossos)

Decorre daqui uma carga conceitualmente múltívoca embebida ao *compliance*, que extrapola o conceito de cumprimento ou conformidade. Não se prescinde desse conceito, afinal, é uma das vigas mestras que sedimenta o *compliance*, porém se acoplam matizes a esse conceito, tornando-o distintivo. Nessa perspectiva, André Martinez e Carlos Lima afirmam ser possível capturar quatro ângulos de análise para apreciar o *compliance*, quais sejam: (i) um departamento dentro de uma empresa; (ii) um programa de conformidade a regulamentos e leis; (iii) uma política ética da organização; e (iv) uma cultura de honestidade em todos os relacionamentos da empresa com os seus consumidores, com os órgãos reguladores, com terceiros contratados, e com seus empregados.

⁶⁴ GRIFFITH, Sean J. Corporate Governance in an era of compliance. *William & Mary Law Review*, v. 57, n. 6, 2016, p. 2077 et seq.

⁶⁵ Miriam Baer observa que, frequentemente, o programa de *compliance* se concentra sobre todos os tipos de infrações. A autora aponta que a justificativa comum para o programa de *compliance* é que ele *previne o ilícito e gera normas éticas dentro da organização*. Cf. BAER, Miriam Hechler. Governing Corporate Compliance. *Boston College Law Review*, v. 50, n. 4/4, 2009, p. 10 et seq.

Deriva desses ângulos, consoante afirmado anteriormente, a plasticidade polissêmica imbuída ao *compliance*. Em particular, é digno de relevo o paradigma da *cultura ética* que se funde ao *compliance* nessa multissignificação, fincando sua outra viga mestra.⁶⁶ Nos termos explicitados pelos mesmos autores:

Dentre todos esses significados, é preciso reforçar a compreensão de *compliance* como uma cultura comportamental ética de todos os envolvidos com os interesses da instituição (stakeholders), pois é justamente esse comportamento honesto que deve ser o objetivo final de todo programa de *compliance*. [...] O *compliance*, dessa forma, ultrapassa a mera prevenção de violação de leis e regulamentos, pois mesmo condutas lícitas, porém desonestas, podem implicar severos danos reputacionais para as empresas.⁶⁷ (grifos nossos)

Nessa toada, com as respectivas sutilezas, uma série de autores apresenta, delinea e refina o conceito de *compliance*. A título de exemplo, Carlos Lima dispõe que:

[n]a esfera empresarial, *compliance* adquiriu seu significado mais conhecido, referindo-se à obrigação de todos os envolvidos na atividade de uma empresa de agir conforme as normas legais, regulamentos públicos, regulamentos internos, códigos de ética e bom procedimento, com o intuito de minorar o risco à reputação desta, bem como o risco da empresa ser sancionada pela administração pública. É de se notar, em adendo, que esse significado extrapola o âmbito empresarial, sendo perfeitamente aplicável às sociedades civis ou profissionais liberais.⁶⁸ (grifos nossos)

⁶⁶ Ana Frazão e Ana Rafaela Medeiros pincelam que o *compliance* pode ser entendido tanto de maneira abrangente, para indicar a observância a parâmetros legais e a parâmetros de cunho ético e da política empresarial, além como de maneira mais estrita, para indicar exclusivamente o cumprimento de regras previstas em lei. Nesse ponto, as autoras, referindo à Paul McNulty, anotam que, em termos práticos, para tal autor, a ideia de *compliance*, no seu sentido amplo, significa transformar valores éticos em algo mais concreto, ou seja, condutas éticas. Para tal mister, há um espectro abrangente de mecanismos preventivos e reparadores para conter diversos riscos à luz da atividade que a empresa desempenha. FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a Efetividade dos Programas de *Compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71.

⁶⁷ Realçando a importância da cultura ética, aduzem os autores: “*compliance* é um processo de implementação da cultura organizacional específica, a cultura da ética nas relações entre os diversos stakeholders, dentre os quais se incluem os diversos agentes reguladores. Ou seja, o *compliance*, para ser eficaz, deve produzir mudanças positivas na cultura da empresa em relação à conformidade.” Acerca da cultura, elucidam os autores: “Cultura é o conjunto de crenças e valores que informam a maneira de pensar e decidir de uma pessoa ou organização. Não se trata, portanto, de regulamentos, de normas internas e externas, mas da maneira como essas normas são valoradas, interpretadas, e, principalmente, aceitas”. Ver: MARTINEZ, André Almeida Rodrigues; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. *Compliance Bancário: um manual descomplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 47.

⁶⁸ Cf. LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: As obrigações de *Compliance*. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal*. 2ª ed., Verbo Jurídico Editora, 2013., p. 60.

Nesse ritmo é a caminhada de Ricardo Villas Bôas Cueva, que acrescenta colorações ao programa de *compliance* ao afirmar que:

Os programas de *compliance*, também chamados de programas de conformidade, de cumprimento ou de integridade, são instrumentos de governança corporativa tendentes a garantir que as mais diversas políticas públicas sejam implantadas com maior eficiência. Eles se compõem de rotinas e práticas concebidas para prevenir riscos de responsabilidade empresarial decorrentes do descumprimento de obrigações legais ou regulatórias. Em contraposição às políticas sancionatórias tradicionais, que se fundam na imputação de uma pena correspondente a um ilícito praticado, os programas de *compliance* volta-se para a mudança de comportamento, por meio de padrões de conduta a serem observados e monitorados pelas empresas e administradores e funcionários, a fim de evitar o cometimento de ilícitos.⁶⁹ (grifos nossos)

De modo sincronizado com esses apontamentos, Francisco Schertel Mendes e Vinicius Marques de Carvalho aduzem que:

Um programa de *compliance* visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramenta para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema.⁷⁰ (grifos nossos)

Ainda, observando que o *compliance* deve ser institucionalizado para moldar os valores reitores da organização, para criar um ambiente que apoia a cultura ética e para instilar o senso de responsabilidade compartilhada entre os empregados, Lynn Sharp Paine apud William Laufer observa que:

⁶⁹ Cf. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance* e Defesa da Concorrência. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 539.

⁷⁰ Constatando um desenho mais cooperativo na relação entre Estado e agentes econômicos magnetizado pelo programa de *compliance*, bem como observando as razões que levam o Estado a incentivar o regulado a implementar o programa, Mendes e Carvalho comentam: “É por isso, inclusive, que o Estado incentiva a sua adoção [...] nota-se uma espécie de compartilhamento de uma atividade própria do poder público com os agentes privados. Ou seja, entende-se que a sociedade tem algo a ganhar se for criado um incentivo para que as próprias empresas sejam parcialmente responsáveis por garantir o cumprimento da legislação. Evidentemente, o Estado não abdica dessa atividade (e nem poderia fazê-lo), mas conscientemente confere aos agentes privados um papel maior na observância da lei, criando incentivos palpáveis para as empresas que desenvolverem um programa efetivo de *compliance*”. Ver: MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 31.

Compliance is an empowered accountability that is driven down the corporate hierarchy through the firm's structure, processes, and decisions. Compliance should be institutionalized to shape ‘an organization's guiding values, to create an environment that supports ethically sound behavior, and to instill a sense of shared accountability among employees’.⁷¹ (grifos nossos)

Face ao exposto, a chave de leitura consiste em compreender o *compliance* para além de uma apressada tradução de *conformidade*, mas sim considerá-lo à luz de um “sistema” específico, isto é, o *programa de compliance*. O signo do *compliance* é a estrutura que ele conforma. A elaboração dessa estrutura requer uma série de recursos moldado às necessidades e características individuais (linguagem) da organização. Identificada essa estrutura no programa de *compliance*, aduz-se um *sistema de autocontrole e gerenciamento de riscos da organização*, cujo fio condutor é a *prevenção de ilícitos*, de modo contíguo à *deteção e resposta* face à ocorrência de eventuais violações. Mas não só. Como sublinhado, para além de *assegurar o cumprimento normativo*, evitando ou minorando riscos de violações e, como resultado, diminuindo consequências negativas da não conformidade, o programa de *compliance* busca alicerçar *standards éticos* no seio da organização, de modo a *incrustar valores morais relacionados à cultura ética* junto à empresa. Sob esse ponto de vista, um genuíno sistema de *compliance* se traduz no *amalgama do cumprimento normativo jungido ao imperativo da cultura ética*.⁷²⁻⁷³

⁷¹ Lynn Sharp Laine apud LAUFER, William. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, 1999, p. 1393.

⁷² Em outras palavras, significa dizer que para além de dispor de um conjunto de mecanismos voltados a assegurar o cumprimento normativo, estruturado sob a tríade preventiva, de deteção e de resposta a partir de uma abordagem que mira incentivos externos, também se faz essencial, para a efetividade do programa de *compliance*, instilar a cultura ética no seio da organização, de tal modo que o cumprimento da lei decorra, primariamente, do dever ínsito da ética empresarial (*de dentro para fora*), e não por força de uma lógica utilitarista da empresa que estrutura o programa de *compliance* sob o mero raciocínio do custo/benefício da medida em termos de retorno financeiro por parte do regulador. Em linha semelhante é o comentário de Maurice Stucke, ao colocar em xeque as *Sentencing Guidelines* norte-americanas no que tange aos estímulos conferidos aos agentes econômicos para a adoção de programas de *compliance*. De um lado, tem-se um modelo que há mais de vinte anos oferece incentivos financeiros significativos e, mesmo assim, muitos programas permanecem inefetivos e crimes remanesçam. Dessa sorte, ilumina-se abordagem alternativa para superar esse modelo, abordagem esta que articula incentivos intrínsecos para instilar uma cultura ética na empresa: “[...] the Guidelines’ extrinsic, incentive-based approach to compliance does not cure, and likely contributes to, the problem. The extrinsic approach is hard to administer. It does not instill an ethical culture. As the Sentencing Commission Chair recognized, ‘It is questionable whether a compliance program can be truly effective if it does not have an ethics component’”. Essa questão será retomada oportunamente, notando que a cultura ética tem sido reiterada como essencial para a efetividade do programa de *compliance*, havendo, pois, um ponto de encontro entre ética e *compliance*. Ver: STUCKE, Maurice E. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. *The Journal of Corporation Law*, v. 39:4, 2014, p. 832.

⁷³ Um apontamento no embalo da nota anterior: de se registrar que não necessariamente uma conduta legal (do ponto de vista jurídico) significa uma conduta ética. Sob tal pressuposto, limitando e simplificando uma discussão muito fértil e repleta de questões filosóficas, registre-se o fato de ser cada vez mais frequente na realidade contemporânea a explicitação da *ética empresarial* no contexto do programa de *compliance*. A finalidade é evocar e expressar a “cultura ética” que alegadamente estaria presente no âmago do programa,

Sob o ângulo interno, em princípio, os empregados da organização se tornam mais nutridos pelo paradigma da conformidade, zelando pelo cumprimento normativo ao vigiar comportamentos dentro e fora da organização, ante um senso de responsabilidade compartilhada. Mediatemente, a empresa colabora com o controle estatal por intermédio da chamada “autorregulação regulada”, internalizando determinados custos de monitoramento. Parte dos custos da Administração pública, no âmbito persecutório, são deslocados para a empresa no âmbito preventivo. Consoante será aclarado adiante, o programa de *compliance* pode ser lido como um instrumento de autorregulação empresarial que complementa o *enforcement* estatal, posto sob um contexto específico de estratégia regulatória.

Mais além, a consolidação da *cultura ética* no seio da organização fortifica sua autogovernança, contribuindo para irradiar ações e atitudes positivas no seu entorno. Como consequência, dissemina-se o paradigma empresarial da integridade junto aos *stakeholders*, incentivando a construção de um ambiente de mercado mais íntegro, saudável e livre de distorções. O enlace da governança corporativa com o *compliance* é conseqüente lógico do quanto exposto. Hodiernamente, mais que nunca, exige-se que as empresas atuem de maneira sustentável e se insiram na comunidade. Nesse contexto, torna-se primordial a análise da *ética nos negócios* sob uma orientação que “opera transformações no modo de relação dos participantes entre si, com a tecnologia, com os *stakeholders*, com o entorno e com o processo de trabalho e da tomada de decisões”.⁷⁴ Como ressaltado por Marcia Ribeiro e Patrícia Diniz, para os propósitos do desenvolvimento sustentável, não basta apenas a inserção do estudo da ética na economia (e aqui há uma rica contribuição de Amartya Sen),⁷⁵

reverberando a carga axiológica da ética no campo de afetação do programa – perante a empresa, seus empregados, *stakeholders* etc. Vale pontuar, em especial, o clamor de inserir o “componente ético” no bojo do programa de *compliance* a fim de incrustar uma “consciência coletiva” na cultura empresarial que se veria moldada, sensibilizada e decantada por valores morais. No presente trabalho, fazemos referência ao programa de *compliance* como instrumento para conformação do comportamento empresarial às leis. Subjacentemente, admitimos que uma verdadeira “cultura do *compliance*” deve evocar e incorporar o paradigma da ética (empresarial). Aduz-se uma relação ancorada sob o prisma das regras, princípios e valores que influenciam e orientam a atitude e a decisão empresarial - e afetam o íntimo da empresa (seu *ethos* e a consciência de seus empregados) - no sentido de pautar a atuação corporativa com retidão e integridade, tendo em conta o bem comum à vista de compromissos morais, por exemplo. Dentre outros aspectos, na interface externa ter-se-ia uma “ética” da empresa à vista dos valores que orientam e ditam o exercício do poder e o relacionamento com o seu entorno. Enxergamos nesse horizonte, de modo coligado, uma preocupação social com as externalidades geradas pela atividade empresarial perante à comunidade em que se insere e convive, influencia e é influenciada, ventilando um conceito que remete à cidadania corporativa e que ilumina o comprometimento corporativo com causas comuns/coletivas (podendo, com base nessa lógica, transcender o Direito, mas o levando em conta).

⁷⁴ Cf. PATRUS-PENA, Roberto; CASTRO, Paula Pessoa de. **Ética nos negócios**: condições, desafios e riscos. São Paulo: Atlas, 2010, p. 149.

⁷⁵ Grosso modo, Amartya Sen pugna pela revisão ética do conceito de racionalidade econômica (pressuposto do comportamento autointeressado da economia clássica), colocando em xeque a definição do ótimo social

devendo também incluir o estudo do direito, notadamente considerando a inter-relação entre direito, economia e mercado.⁷⁶

Em uma palavra: cada vez mais o mercado e a sociedade exigem condutas empresariais legais, responsáveis e éticas, de maneira que às empresas compete buscar a lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental na condução de seus negócios. No atual contexto de mercado, o *compliance* tem sua abrangência ampliada para abarcar novos padrões socialmente desejáveis de comportamento.⁷⁷ Em suma, a *responsabilidade ética* da organização está em criar lucro fundamentado em boas práticas, compromisso social e transparência, traduzindo a responsabilidade com a perenidade e sustentabilidade dos negócios empresariais, que deixam de ser vistos sob uma perspectiva pragmática e utilitarista do lucro (“os negócios dos negócios são os negócios”),⁷⁸ e passam a ser percebidos dentro de uma cadeia de valor social.

Nesse contexto, o paradigma da boa governança corporativa e do *compliance* contribuem para assegurar que as empresas pautem suas condutas de forma ética, responsável e sustentável, que, por sua vez, transmite ao mercado a mensagem da segurança, e previsibilidade, facilitando as negociações comerciais, especialmente porque alcançam mais confiança⁷⁹⁻⁸⁰ e boa reputação.⁸¹ Nessa linha, como anotado por Ribeiro e Diniz, o *compliance* se revela fundamental para empresas que prezam pela eficiência e buscam perenizar e aumentar seus lucros, vez que embute ética, confiança e transparência nas relações (internas e externas). Conforme referidas autoras, essa exigência foi criada pelo próprio mercado,

ancorada somente em função do aumento de riqueza total. Ver: SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 94 et seq.

⁷⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 91.

⁷⁷ Ver: COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**; São Paulo, Atlas, 2010, pp. 1-2.

⁷⁸ Entonando, em linhas gerais, alguns dos ideais de Milton Friedman.

⁷⁹ “O sucesso das organizações é extremamente dependente da admiração e da confiança pública, refletida no valor de suas marcas, na sua reputação, na capacidade de atrair e fidelizar clientes, investidores, parceiros e até os empregados. Estudos recentes têm demonstrado como estão à frente as organizações que apresentam uma estrutura sólida de preceitos éticos e atuam de forma responsável, em detrimento das demais que atuam de forma diversa”. Cf. COIMBRA; MANZI, op. cit., p. 5.

⁸⁰ Sobre a relação entre cooperação (*interna e externa corporis*) e confiança para facilitar uma política de *compliance* efetiva, ver: RIBEIRO; DINIZ, op. cit., p. 95 et seq.

⁸¹ A respeito da reputação da empresa junto à sociedade, ventilando notas sobre a postura ética proativa que se traduz, estrategicamente, em vantagem competitiva para a empresa, ver: AZMI, Rania Ahmed. **Business ethics as competitive advantage for companies in the globalization era**. jul. 2006.

porquanto atualmente é inimaginável que uma empresa de grande porte (ou que pretenda atingir essa condição) atuem sem a adoção dos princípios de governança corporativa e de uma política de *Compliance*, principalmente após a Revolução Tecnológica e o fortalecimento de uma massa de consumidores críticos, que adquirem condutas e valores, e não mais somente produtos e serviços [...] a implantação de uma política de *Compliance* auxilia não somente no desenvolvimento das empresas, mas principalmente da sociedade, porque os comportamentos adotados em cada seara tendem a ser copiados e replicados, estimulando a transparência, a ética e a confiança em qualquer relação, bases para uma verdadeira sustentabilidade.⁸² (grifos nossos)

Abordaremos em mais nuances a sinergia entre o *compliance* e a governança corporativa em tópico específico.

Paralelamente a essas considerações, destacamos, a título de registro, que boa parte dos estudos jurídicos mais recentes que aprofunda na temática do *compliance* o tem feito sob a lente do *criminal compliance*,⁸³ essencialmente atentos no que tange à estruturação de programas dessa natureza com vistas a dissuadir e combater a criminalidade econômica (e.g., crimes de colarinho branco), para além de refletir sobre as potenciais implicações no tocante à responsabilidade criminal, seja eventualmente da empresa, a depender do regime adotado,⁸⁴ seja do responsável pelo departamento de *compliance* (*chief compliance officer*),

⁸² RIBEIRO; DINIZ, op. cit., pp. 102-103.

⁸³ Como pontua Ilana Martins Luz, “é importante assinalar que, quando se refere ao *criminal compliance*, a carga de significado que se extrai não se resume ao mero e simples cumprimento das normas que conglobam o Ordenamento Jurídico e sim na autorregulação da sociedade empresária com repercussões no Direito Penal Repressivo, ou seja, na criação de um mecanismo estruturado e ordenada na e pela sociedade empresária para propiciar que esta, seus funcionários e diretores cumpram adequadamente o que determinam as leis, minorando os riscos criminais e as responsabilidades referentes ao exercício daquela atividade”. LUZ, Ilana Martins. **A responsabilidade penal por omissão e os programas de *compliance***. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017. Ainda, como assinala Salvador Netto, “O *Criminal Compliance* consolida-se como as medidas a serem adotadas pelas empresas com a finalidade de se estruturar internamente de modo a impedir a prática de crimes no transcurso de suas próprias atividades. Reúne-se aqui, portanto, aspectos preventivos; organização empresarial; e a promoção e o cultivo da ética corporativa. Nesse sentido, o *Compliance* pode ser genericamente definido como ‘uma prática empresarial que pretende colocar padrões internos de acordo e em cumprimento de dados normativos’. Já o *Criminal Compliance*, ao seu turno, pode ser visto como especificação dessa modalidade, ou seja, um resultado da ‘evolução dos conhecidos códigos de conduta corporativos’, capaz de propiciar à empresa externar ‘uma boa intenção em postar-se fora do âmbito da delinquencial’”. Ver: SALVADOR NETTO, op. cit., pp. 219-220.

⁸⁴ Em apertadíssimo resumo, atualmente se fala de três grandes modelos a justificar a responsabilidade penal-empresarial, quais sejam, (i) modelo vicarial (heteroresponsabilidade); (ii) modelo de culpabilidade própria da organização (autorresponsabilidade); e (iii) modelo misto. Em condensada síntese, no modelo vicarial (*vicarious liability*) a vontade (finalidade) e a conduta (ação/omissão) dos entes coletivos são representadas pela sua identificação com o agir e a intenção de pessoas físicas (*i.e.*, teoria da representação) que, considerando a sua relevância na hierarquia organizacional, transferem responsabilidade para o próprio ente. Simplificadamente, da perspectiva da empresa, a responsabilidade vicarial identifica-se com a responsabilidade objetiva (*strict liability*). O segundo modelo, por sua vez, pauta-se na identificação das falhas no sistema de controle e gestão da empresa. Se assim for, a empresa responderá criminalmente por um fato próprio em razão

dos executivos da alta direção ou dos demais agentes em posição de garante ou equivalente.⁸⁵ De fato, a gênese do *compliance* no universo jurídico remonta à ideia de combater crimes

do defeito da sua organização. O terceiro modelo explicita um amálgama dos modelos anteriores. Isto é, parte-se do modelo vicarial para justificar a imputação criminal contra os entes coletivos, porém admite-se, para fins de gradação e dosimetria da pena, a culpabilidade de própria empresa, levando em conta fatores agravantes e atenuantes. Conjugando a perspectiva do programa de *compliance*, grosso modo, no modelo vicarial, a partir do momento que o delito é comprovado, o programa deixa de ter qualquer relevância para fins de defesa penal no sentido de afastar a responsabilização, o que implica dizer que a empresa será sancionada pelos atos realizados por seus colaboradores (desde que tenham poderes de decisão), sempre e quando houver algum benefício ao ente coletivo. Logo, à luz do modelo de heteroresponsabilização, a rigor, o programa de *compliance* poderá prevenir a ocorrência de fatos delituosos no contexto da organização, entretanto não será capaz de afastar o risco da responsabilização criminal do ente. Assim, uma vez confirmado o dano penalmente reprovável, a empresa será responsabilizada criminalmente, sendo que o programa poderá apenas influenciar no *quantum* da pena. Já no modelo de autorresponsabilização (defeito da organização), vê-se um sistema no qual há uma culpa autônoma imputada à empresa, sem prejuízo de outra imputada às pessoas físicas envolvidas no fato delituoso. Nessa perspectiva, a fundamentação do injusto reside na má administração, ou melhor, na administração defeituosa de riscos da organização (“grandes riscos”). Anote-se, em particular, que daí origina-se o conceito de “bom cidadão corporativo”, que pressupõe a institucionalização de mecanismos que controlem adequadamente a atividade empresarial, produtora de riscos sociais, de sorte que a atividade tornar-se-ia socialmente responsável e, portanto, sem qualquer justificativa de penalização. Em resumo, o cerne desse modelo está nas medidas internas de controle e prevenção de resultados penalmente reprováveis. O liame causal reside no resultado penalmente relevante e o defeito da organização. Por essa lógica, quando da existência de um programa de *compliance* efetivo, em tese, inexistiria justificativa para a responsabilização criminal, vez que a organização teria envidado os melhores esforços e adotado todas e adequadas medidas de *compliance* para o cumprimento legal, em linha com os seus deveres. Portanto, há, em princípio, grande estímulo para as empresas implementarem programa de *compliance* em ordenamentos que disciplinam a incriminação penal dos entes coletivos de forma autônoma. Ainda, é de se notar que a reação da empresa ao ilícito também é avaliada no momento de determinar a sua culpabilidade, o que significa que, nesse modelo, a implementação posterior de programas de *compliance* efetivos podem diminuir a pena ou, no limite, afastar completamente a responsabilidade penal do ente coletivo. Por fim, o modelo misto possibilita que a ausência de culpabilidade autônoma da empresa anule a transferência das consequências da conduta dos colaboradores para o campo de responsabilização dos entes coletivos. Diante desse modelo, o tipo subjetivo com que os colaboradores agem não determina o tipo subjetivo da organização, mas é indicador relevante da gravidade do defeito da organização. Muito bem, por óbvio, esse é apenas um quadro genérico e simplificado, vez que não o foco desta dissertação, de modo que contornos e matizações específicas existem e variam entre as diferentes jurisdições no que se refere à disciplina da responsabilização criminal do ente coletivo, aliás, um assunto caloroso na academia. Para um exame recente e minudente a respeito do exposto, ver: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011; SALVADOR NETTO, op. cit.; BARBOSA, op. cit., SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Editora LiberArs, 2016; SARAIVA, Renata Machado. **Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental**: a propósito da responsabilidade penal de empresas. São Paulo: Editora LiberArs, 2018. À guisa de observação, impende registrar que no Brasil a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra-se prevista somente na seara ambiental, no âmbito da Lei nº 9.605/1998 (em específico à luz do art. 3º, que regulamentou o disposto no art. 225, §3º da Constituição Federal). Nesse âmbito, observa-se a adoção do modelo da *vicarious liability*. Em paralelo, existem ricas e fartas discussões doutrinárias no sentido de se defender a responsabilidade criminal da pessoa jurídica à luz do disposto no art. 173, §5º da Carta Magna, e dar mais propulsão ao evoluir do assunto do campo legislativo. Nesse passo, SHECAIRA afirma que “[a] Constituição brasileira, inescandivelmente, adotou a responsabilidade penal da empresa. Ela o faz nos arts. 173, §5º, e 225, § 3º. É, portanto, para esses casos que se recomenda a responsabilização da empresa no plano jurídico-penal. Não obstante alguns autores ainda não admitirem seu reconhecimento, qualquer que seja o critério adotado, com uma interpretação literal, lógico-sistemática ou teleológica, histórico-comparativa ou evolutiva, sempre há de se concluir pela consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos dispositivos mencionados [...]”. Cf. SHECAIRA, op. cit., pp. 121-133.

⁸⁵ Como registrado em nota acima, trata-se de um assunto dos mais calorosos na discussão doutrinária penal (*criminal compliance*), a valer as repercussões do programa de *compliance* à luz do modelo de responsabilização adotado.

econômicos complexos e transnacionais,⁸⁶ mais especificamente de ordem financeira, sobretudo à vista de crises e escândalos que assolaram mundialmente o sistema bancário, com ênfase nos Estados Unidos da América.⁸⁷ Sem embargo, em vista da magnificação de riscos empresariais e da complexificação do tecido social, tais programas se espalharam para diversas searas, sublinhando o direito antitruste, como assinala João Grandino Rodas:

Todas as áreas empresariais suscetíveis de regulação podem ter programas de *compliance*. No que tange à área concorrencial, tais programas surgiram, voluntariamente nos Estados Unidos, nos anos 40 do século XX. Inicialmente reproduzidos na Europa, começaram a se espalhar pelo mundo há cerca de 20 anos, fruto do impacto do julgamento de dois casos de cartel, o das lisinas e o das vitaminas, que levaram a investigação antitruste a países longínquos como o Japão e resultaram em multas, ressarcimento de danos e penas de prisão. Os programas em questão continuam a aumentar em número e complexidade pelo incremento do desafio concorrencial em um planeta em crescente globalização.⁸⁸ (grifos nossos)

⁸⁶ Em linhas gerais, pode-se dizer que, do ponto de vista histórico, as instituições financeiras foram as primeiras a implementar programas de *compliance*, seguidas de outros setores regulados, como transporte, segurança, farmacêuticos, alimentício e telecomunicações. Contemporaneamente, é raro falar de um setor alheio às políticas de *compliance*, o que não significa, necessariamente, que apenas pelo fato de o setor/indústria ter conhecimento da existência do *compliance* suas políticas serão adotadas e, mesmo se adotadas, que serão efetivas. Difícil, pois, estabelecer qualquer relação de causalidade aqui. Em geral, multinacionais e empresas com estruturas mais complexas tendem a implementar tais programas como parte de uma política estratégica de atuação empresarial global, sobretudo para proteção de riscos. Não obstante, empresas de médio e pequeno porte também estão, paulatinamente, antevendo os benefícios da implementação do programa de *compliance*, ainda que, naturalmente, sejam mais modestos e adaptados às suas características.

⁸⁷ Os EUA são vanguardistas na temática do *compliance*, motivados especialmente por escândalos financeiros que acometeram o país. Em verdade, em 1913, foi criado o Banco Central Americano, que objetivou a formação de um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável, possivelmente trazendo os germens do *compliance*. O assunto realmente ganha envergadura no embalo do *crash* de 1929 (Grande Depressão), com o sucedâneo da Política Intervencionista do *New Deal* e da criação da *Securities and Exchange Commission* - SEC (equivalente à Comissão de Valores Mobiliários - CVM no Brasil), em 1934, que passou a exigir um novo padrão de governança das empresas com a finalidade de proteger o mercado de valores mobiliários e seus investidores. Dando um salto, em 1977, em parte como resultado do escândalo de *Watergate*, é editada nos EUA a *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) para lidar com atos de corrupção transnacional. Vale observar que, na Europa, em 1975, ocorreu a primeira reunião do Comitê da Basileia para Supervisão Bancária (fórum integrado ao *Bank for International Settlements* - BIS, uma organização criada em 1930). O Comitê da Basileia tem por objetivo servir como fórum de cooperação entre os bancos centrais dos países membros, de modo a supervisionar e regulamentar a atividade bancária internacional visando, em resumo, ao aumento da estabilidade financeira (comente-se que o Brasil é membro do Comitê da Basileia). Alguns marcos referenciais sobre a temática do *compliance* em sentido amplo são: *U.S. Sentencing Guidelines* (EUA, 1991); Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996) (Convenção da Organização dos Estados Americanos - OEA); Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre o Combate ao Suborno de Oficiais Públicos Estrangeiro sem Transações Comerciais Internacionais (1997); Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção (2003); *Sarbanes-Oxley Act* (2002) e *UK Bribery Act* (2010).

No Brasil, afirma-se que o “*début*” do *compliance* tem seu marco associado ao ano de 1998, quando da publicação da Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) e da Resolução 2.554 do BACEN (que incorporou princípios evocados pelo Comitê da Basileia), que obriga as instituições financeiras a implantarem e implementarem sistemas de controles internos efetivos e consistentes à natureza, complexidade e risco das operações realizadas pelas instituições.

⁸⁸ Cf. RODAS, João Grandino. Compliance concorrencial deve ser a lição positiva da “lava jato”. Olhar Econômico: **Consultor Jurídico - Conjur**, 25 jun. 2015.

Os mecanismos que estruturam o programa de *compliance* fazem dele uma espécie de arquétipo dinâmico. Conforme será delineado abaixo, os vetores da prevenção, detecção e resposta/remediação interagem sinergicamente, ventilando uma atuação empresarial ética e comprometida com o cumprimento das leis, proporcionando externalidades positivas de um ponto de vista coletivo. Sob essa leitura, o estabelecimento de uma cultura empresarial que incentiva a conformidade e padrões éticos se reflete em benefícios multiplicadores, seja para a empresa, seja para a sociedade em geral.

Contudo, é necessário ter em conta que os valores organizacionais não mudam automaticamente. Os valores da organização podem ser alterados gradualmente por meio de incentivos, não sendo a imposição de regras formais ou informais, entretanto, que modificará instantaneamente traços culturais, padrões sociais e o clima ético da organização. Nesse contexto, o estabelecimento de incentivos proporcionais e adequados é chave para a sensibilização interna, propiciando a construção e o desenvolvimento de normas de comportamento que conduzam às alterações desejadas. Nessa linha, é importante que haja instituições e sistemas que incentivem o comportamento desejado.

Do ponto de vista empresarial, busca-se uma efetiva mudança de mentalidade que leve a uma genuína transformação e à aquisição da cultura da conformidade, podendo não ser eficientes medidas impositivas nessa direção. Como observam Ribeiro e Diniz, a implantação efetiva do *compliance* (e da cultura que ele busca transformar e criar) só terá impacto no desenvolvimento quando “regras formais e informais para tal intento surgirem da opção dos atores”. E essa observação é muito interessante, uma vez que, como abordam as citadas autoras, o desenvolvimento das organizações se reflete no desenvolvimento da sociedade, sendo um espelho do outro.⁸⁹ Logo, “a evolução em um desses setores influenciará o outro, pois estará demonstrando o aprendizado e o desejo de mudança dos atores”.⁹⁰

⁸⁹ Ribeiro e Diniz fazem uma leitura do desenvolvimento da empresa em linha com os pressupostos desenvolvidos por Douglass North no tocante ao desempenho econômico através do tempo. Ver: RIBEIRO; DINIZ, op. cit., p. 98.; NORTH, Douglass C. Economic performance through time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, jun. 1994, pp. 359-368.

⁹⁰ Cf. RIBEIRO; DINIZ, op. cit., p. 98.

Outro aspecto a ser salientado nessa interface diz respeito à necessária compatibilização entre interesses privados e interesses sociais tendo em conta, no contexto brasileiro, especialmente, *a função social da empresa* como um princípio reitor insculpido no art. 5º, XXIII, e no art. 170 da CF.⁹¹⁻⁹²

O papel catalítico que a empresa exerce hoje junto à comunidade é inegável e impressiona. Trata-se de verdadeiro centro irradiador de transformação econômico e social. Se é assim, a responsabilidade da empresa é necessariamente expandida. Não à toa, Fábio Konder Comparato observa que “pela sua influência, dinamismo e poder de transformação”, a *instituição social* empresa sintetiza “elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”.⁹³⁻⁹⁴ A empresa influencia, nesse passo, a fixação do comportamento de outras instituições e grupos sociais.

Deveras, nesse contexto de maiores deveres e responsabilidades, impossível dissociar a discussão sobre poder, o qual é magistralmente examinado por Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho.⁹⁵⁻⁹⁶ O poder deve ser exercido face aos deveres associados aos direitos que são forjados.⁹⁷ Em apertada síntese, tem-se que o exercício do

⁹¹ “[...] a função social da empresa é princípio que amplia e modifica o interesse social das sociedades empresárias e mesmo os objetivos da atividade empresarial. Com isso, tal princípio tem impacto direto sobre a compreensão do interesse social, que continua sendo questão fundamental do direito societário nos dias atuais. [...] A função social, conforme construída pela doutrina italiana, não tem por finalidade apenas a anulação de condutas antissociais, mas também o direcionamento e orientação do exercício dos direitos para a realização do interesse público, sem comprometer o núcleo de individualidade a eles inerente”. Cf. FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUCSP - PUC - Pontifícia Universidade Católica**. Tomo: Direito Comercial. COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord. do tomo). 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

⁹² Vale lembrar, como pano de fundo, que a sociedade empresária é, por definição, atividade lucrativa, de tal forma que, no limite, poderia ser desconfigurada se for imposta a ela uma funcionalização excessiva. De outro lado, ela deve se preocupar com a realização do “interesse social” à luz dos vários sujeitos que participam ou rodeiam a atividade empresarial. Nesse ponto, como sumarizado por Ana Frazão e Angelo Carvalho, “o objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na atividade econômica, sempre em respeito ao conteúdo mínimo dos direitos subjetivos e das liberdades individuais”. Ver: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Responsabilidade Social Empresarial. In: FRAZÃO, Ana (org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017, p. 203.

⁹³ Ver: COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 50, v. 22, abr./jun. 1983, pp. 56-74.

⁹⁴ Para uma visão sistematizada sobre a importância da empresa na civilização contemporânea, ver: DE LUCCA, Newton. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 312 et seq.

⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle da sociedade anônima**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4ª ed. rev. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

⁹⁷ “[...] a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas”. COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 363.

poder exige responsabilidade,⁹⁸ tal qual num sistema de freios e contrapesos, requerendo moderação e equilíbrio à vista de uma gama de direitos e interesses afetados.⁹⁹ Ao mesmo tempo que a atividade empresarial busca, por definição, a concreção de lucros, esses devem ser perseguidos lícitamente, de acordo com *standards* de conformação ético-sociais, cujos efeitos repercutem no entorno social desde uma perspectiva comunitária.¹⁰⁰⁻¹⁰¹ A propósito da ética, Newton de Lucca não hesita ao afirmar que esta pode ser acoplada no bojo da empresa:¹⁰²

É claro que a ética pode ser transportada do indivíduo que a possui para o seio de uma organização empresarial. A formação do hábito é de suprema importância no desenvolvimento do comportamento ético, sendo relevante a prática reiterada de condutas éticas para que os padrões morais dentro de uma companhia possam, efetivamente, ser implementados. (grifos nossos)

Em compasso com essa discussão, é fundamental acrescentar algumas nuanças da organização que comumente não são esmiuçadas ou escapam do foco do direito antitruste e que repercutem diretamente no debate. A tríade *estrutura, cultura e agência* impacta os incentivos para o *compliance* no bojo organizacional, consoante discutiremos ao longo desta dissertação. Isso implica, pois, compreender a empresa realisticamente à luz de seu emaranhado de relações interiores, um complexo matizado. É a empresa também considerada do ponto de vista de suas dimensões hierárquicas, das suas camadas internas,

⁹⁸ Conforme observa Renato Ventura Ribeiro, “O reconhecimento da empresa como instituição e sua função social implicam novos deveres aos administradores e, portanto, maior responsabilidade. Se anteriormente, nas suas relações meramente privadas e internas com acionistas, já eram identificados problemas, a tendência é o agravamento das tensões com os novos deveres perante terceiros. A atribuição de novas funções à empresa significa maior responsabilidade aos administradores e maior necessidade de controle de seu poder, como forma de prevenção e repressão, para evitar abusos e desvio de poder”. Cf. RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 176.

⁹⁹ Notadamente considerando o que dispõe os arts. 115, 116 parágrafo único, 117, 154 a 157 da LSA.

¹⁰⁰ Há, nessa assertiva, pressupostos que afloram da *Corporate Social Responsibility* (CSR), conforme será tratado adiante, na medida em que se busca conciliar questões sociais e de sustentabilidade na atividade lucrativa da organização, ventilando uma forma de atuação conectada às chamadas “*Benefit Corporations*”. Para uma breve análise do assunto à luz do contexto brasileiro, que remete aos chamados “investimentos de impacto”, ver: GUIA NETO, Marcos Luiz dos Mares. *Benefit Corporations: possíveis novas perspectivas para a dimensão prática da função social da empresa no direito brasileiro*. In: FRAZÃO, Ana (org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017.

¹⁰¹ Enfatizando o objetivo da função social para promover os fundamentos, fins e valores da ordem econômica constitucional, José Afonso da Silva assim aduziu: “Essas considerações complementam algumas idéias já lançadas, segundo as quais a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica”. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 790.

¹⁰² DE LUCCA, op. cit., p. 315.

das idiosincrasias que animam seus executivos e empregados, que, por sua vez, são vistos a partir de suas condicionantes, vieses e motivações. Deve-se considerar o comportamento dos executivos e empregados à vista dos incentivos e relações no seio da empresa.¹⁰³

Como afirmado, o *compliance* é um produto complexo e resulta, na essência, da *estrutura, cultura e agência*.¹⁰⁴ Sob o paradigma do *compliance* é imperativo, como pontua Florence Thépot, que valores e comportamentos moldem o ambiente da organização, traduzindo-se em um forte comprometimento moral com a conformidade em todos os seus níveis.¹⁰⁵ À guisa de exemplo, oportuno considerar, em especial, problemas de agência (custos) que ventilam possíveis dilemas no tocante à conformidade, considerando o *trade-off* entre atingir uma meta agressiva (e ilegal) para conseguir uma bonificação/promoção ou mesmo para atender a pressões que acenam com a ilicitude¹⁰⁶ vs. manter uma postura em consonância com as diretrizes de *compliance* implementadas pela empresa.

A propósito dos incentivos para o cumprimento normativo sob o foco nos programas de *compliance*, Amaya Garzaro bem observa que,

Lo que está claro, es que el cumplimiento dependerá de una compleja interacción de varios factores, siendo uno de ellos los *compliance programs*, pero no el único. También deberemos tener en cuenta los incentivos que se fijan para los empleados, el comportamiento que tengan los directivos y managers, la existencia de una *corporate culture*, ...¹⁰⁷
(grifos nossos)

O problema de agência tende a se tornar mais desafiador no âmbito de cartéis, haja vista que, a rigor, o cartel também é benéfico para a empresa envolvida no ilícito, de modo

¹⁰³ Ver: MURPHY, Joseph; KOLASKY, William. The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior. **American Bar Association, Antitrust**, v. 26, n. 2, spring, 2012, p. 63.

¹⁰⁴ Ver: PARKER, Christine; GILAD, Sharon. Internal corporate compliance management system: structure, culture and agency. In: PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. **Explaining Compliance: business responses to regulation**, Edward Elgar, 2011.

¹⁰⁵ Cf. Thépot, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 197. Também, ver RILEY; SOKOL, op. cit. passim.

¹⁰⁶ No contexto antitruste, conforme observa Wils, os empregados são motivados, precipuamente, pelo que percebem ser o interesse da empresa ou pelo que pensam ser esperado deles, ou ainda pelos incentivos que a empresa estabelece para eles. Nesse particular, a pressão sobre o empregado para atingir metas ambiciosas ou *performance* de resultados influencia na decisão de cometer o ilícito. Dessa feita, conforme Wils, a empresa tem boas condições para influenciar os principais fatores que determinam a probabilidade da violação pelos empregados. Cf. WILS, op. cit., p. 9.

¹⁰⁷ GARZARO, Amaya Angulo. Los “*compliance programmes*” en el derecho de la competencia como medida preventiva de futuros procedimientos sancionadores, p. 637. In: LLUCH, Xavier Abel (coord.). **Las medidas preventivas de conflictos jurídicos em contextos económicos inestables**. Barcelona: Bosch Editor, 2014.

que se chega a um suposto alinhamento de interesses entre os executivos infratores e a empresa, podendo dificultar, a princípio, a efetividade do *compliance*. Nesse cenário, o *compliance* pode ter um papel reduzido se diante de incentivos distorcidos e de uma cultura viciada.

Enfim, frente a esse breve apanhado de considerações, afirmamos que o momento atual traz inúmeros desafios e complexidades que impõem às empresas, mais que nunca, uma postura proativa e responsável no tocante à vigilância de suas atividades, tanto para se prevenirem de externalidades negativas e, desejavelmente, colaborarem com o Poder público na fiscalização do mercado, forjando um ambiente mais seguro e multiplicador de boas práticas, quanto para ventilarem uma verdadeira cultura ética no setor privado - e que influi no setor público -, pautando relacionamentos mais íntegros, confiáveis e consistentes, redundando em uma cadeia de valor positiva a idealmente se perpetuar nessa direção. O programa de *compliance* ganha destaque nesse estado de coisas. Isoladamente, não é a solução, posto que depende de diversas variáveis para sua efetividade, devendo estar conjugado a outros instrumentos de *enforcement* em um contexto mais nuançado. Não obstante, pode contribuir positivamente para a consolidação de uma cultura de conformidade empresarial a depender fundamentalmente dos incentivos (internos e externos) que forem estabelecidos.

1.1.1 Um olhar para a anatomia do programa de *compliance*

O referencial teórico esboçado acima trouxe os contornos iniciais para fincar o entendimento do *compliance* sob uma perspectiva geral. Passa-se, por agora, a investigar em pormenor determinados aspectos práticos do programa de *compliance*, jogando luz para a estruturação e o funcionamento desse programa, observados os limites metodológicos deste trabalho.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Está fora do escopo desta dissertação examinar na minúcia questões que derivam dos pilares do programa de *compliance*, como a mensuração de sua efetividade prática, por exemplo. Na verdade, a ideia é delinear os pilares do programa para situar o leitor acerca da existência e do funcionamento. A abordagem será em tom geral, com algumas notas direcionadas para o contexto antitruste. O aprofundamento para questões específicas do programa de *compliance* concorrencial será feito nos demais Capítulos.

A começar, é condição fulcral que o programa seja elaborado considerando as características da empresa e as suas reais necessidades.¹⁰⁹ Isso significa dizer, *a contrario sensu*, que não existe um modelo único para a feitura do programa (“*one size does not fit all*”).¹¹⁰ Não há fórmula pronta, roteiro padrão ou receita universal quando o assunto versa sobre estruturar um programa de *compliance* robusto. Para ser genuíno e vigoroso, é necessário que o programa seja customizado em face da realidade da empresa, elaborado sob medida para atender às suas peculiaridades,¹¹¹ tendo em conta uma plethora de fatores internos e externos. Nesse sentido, à guisa de exemplo, citamos: porte, número de empregados, estrutura hierárquica, organograma funcional, recursos disponíveis (materiais, humanos e financeiros), complexidade organizacional, cultura interna, país(es) de atuação, área(s) de atuação,¹¹² sensibilidade a riscos e áreas mais expostas, histórico e contexto do mercado, mercado(s) de atuação, participação de mercado, interação com concorrentes e associações comerciais, relacionamento com o poder público, histórico de condenações da empresa e do setor, novas legislações nacionais e internacionais etc.

Sob esse prisma, o programa deve ser lapidado à singularidade da organização para então ser incrustado de maneira orgânica e integrada, permeando os diferentes setores da empresa de forma natural, sinérgica e consistente.¹¹³ Lido ao contrário, não será funcional nem efetivo o programa de *compliance* que baseia sua formulação em um lista estática de itens a serem meramente “ticados” (“*check the box*”). Conquanto seja indispensável a estruturação do programa à luz de idiosincrasias da organização, existem elementos comuns que devem integrar e balizar qualquer programa de *compliance* genuíno. Designamos esses elementos como “pilares estruturais”. São os elementos mínimos/requisitos básicos de

¹⁰⁹ Ver: MENDES; CARVALHO, op. cit.; LUZ, op. cit.

¹¹⁰ Ver: MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). **Temas de Anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 178.

¹¹¹ Cf. Sérgio Varela Bruna, anotando que, sob o pressuposto da efetividade, não há programas *prêt-à-porter*, uma vez que cada empresa possui as próprias necessidades. Por outras palavras, o programa deve ser elaborado à luz do plexo de fatores que corporifica a organização. Ver: BRUNA, Sérgio Varela. *Compliance*, esse animal desconhecido. **JOTA**, 31 jul. 2017.

¹¹² Eduardo Saad-Diniz afirma que “a depender da natureza do risco, da adequação dos mecanismos regulatórios, das dimensões da empresa e da complexidade do negócio, não se limitando às políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, antes se estendendo a outros domínios empresariais, como o *compliance* socioambiental, médica ou mesmo no âmbito das relações de trabalho. Ver: SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na AP n 470/MG. **Revista dos Tribunais**, v. 102, n. 933, jul. 2013 (o nosso acesso se deu por meio da **Revista dos Tribunais Online**. A página de referência é 2).

¹¹³ Isso é importante para que se evite a fragmentação de iniciativas da organização, como assinalam Mendes e Carvalho, sustentando, pois, uma abordagem integrada, abrangente e coordenada para pautar a estruturação e implementação do programa, entendendo os riscos a que cada setor da empresa está exposto, de modo a evitar a redundância de esforços ou falta de coerência entre os setores. Ver: MENDES; CARVALHO, op. cit., p. 128.

qualquer programa, os quais estão interconectados entre si. Longe de exaurir o exame desses pilares, nossa pretensão é mais singela, porém não de somenos importância: em linhas gerais, listaremos e discorreremos brevemente abaixo sobre os típicos pilares do programa de *compliance*.

Dito isso, a partir do cotejamento de diversos guias e manuais sintetizados em trabalhos acadêmicos,¹¹⁴ é possível aduzir uma linha mestra e chegar a um aparente consenso quanto aos seguintes elementos básicos que devem conformar os pilares de um programa de *compliance* robusto e efetivo.¹¹⁵⁻¹¹⁶

¹¹⁴ Ilustrativamente, citamos: LUZ, op. cit.; MENDES; CARVALHO, op. cit.; DEBBIO; MAEDA; AYRES, op. cit.; MARTINEZ; LIMA, op. cit. etc. Como referência a alguns documentos de autoridades e organizações internacionais, citamos: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; THE WORLD BANK. **Anti-corruption Ethics and Compliance Handbook for business**. 2013; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance, Annex II**. 18 fev. 2010; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Promoting Compliance with Competition Law**. Policy Roundtables. 2011; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Antitrust Compliance Toolkit**. 2013; ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Division. Fraud Section. **Evaluation of Corporate Compliance Programs**. 2017; ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, CRIMINAL DIVISION; U.S. SECURITIES EXCHANGE COMMISSION, ENFORCEMENT DIVISION. **FCPA - A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. nov. 2012; BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Programas de Compliance**: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. jan. 2016; BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Coleção Programa de Integridade**.

¹¹⁵ Com possíveis variações de terminologia e formas metodológicas de agrupamento dos pilares.

¹¹⁶ Tomando como exemplo Ilana Martins Luz, a autora propõe o que designa de “teoria geral dos elementos essenciais do programa de *compliance*” ao cotejar uma série de documentos legislativos e recomendações de órgãos supranacionais, os quais permitem “traçar um parâmetro genérico para a elaboração de qualquer programa de *compliance*, independente do risco a ser enfrentando”, mostrando-se muito em linha com a nossa análise. A autora lista nove elementos essenciais, a saber: (i) análise do ambiente interno (especialmente servir de base para implementar um programa de gerenciamento de riscos, sublinhando que *compliance* não se confunde com gestão de riscos, o qual é mais genérico); (ii) mapeamento de riscos (consiste na identificação, análise e avaliação dos riscos a que a empresa está sujeita); (iii) comprometimento da alta cúpula (refere-se ao compromisso assumido pela alta gestão da organização, dito como ponto indispensável para o sucesso do programa – concordamos que esse elemento consiste no cerne, o coração para o bom funcionamento do programa); (iv) elaboração de documentos escritos (em suma, regras e instrumentos escritos para formalizar o programa na sociedade – *e.g.*, código de ética e conduta e outras políticas nesse sentido); (v) realização de treinamentos (refere-se, como o nome sugere, à realização de treinamentos para difusão de códigos de conduta e procedimentos escritos para partes internas e externas à empresa); (vi) nomeação de um responsável pelo *compliance* (trata-se da designação de um grupo de empregados, ou, ao menos, de um empregado, para fiscalizar os procedimentos realizados pelos demais empregados e verificar o cumprimento do programa – o empregado responsável por tal função é referido na literatura estrangeira como *compliance officer* – importante destacar que este profissional deve ser dotado de independência, autonomia e estabilidade para a realização de suas atividades na empresa); (vii) canais de denúncia internos e externos (canal de denúncia para auxiliar na detecção de correção de possíveis irregularidades – são de meios de comunicação estabelecidos na empresa ou terceirizado sob a sua supervisão, para que os empregados ou até mesmo terceiros possam denunciar irregularidades cometida pela ou envolvendo a empresa); (viii) procedimentos sancionatórios (seria uma espécie de “devido processo legal interno”, segundo afirma a autora. São medidas importantes para transmitir a mensagem de que a empresa não admite ações em desacordo aos preceitos do código de conduta, de modo que a condução dos negócios deve se pautar por diretrizes éticas e legais, caso contrário haverá penalidade, independentemente da posição hierárquica); (ix) monitoramento, análise e revisão do programa (consiste no

- (1) Comprometimento integral e apoio genuíno da alta direção;
- (2) Avaliação de riscos;
- (3) Código de Ética e de Conduta e outras políticas e procedimentos;
- (4) Setor responsável pela governança do *compliance*;
- (5) Cultura empresarial do *compliance*;
- (6) Monitoramento permanente, revisão periódica e atualização;
- (7) Treinamentos contínuos;
- (8) Canais de comunicação; e
- (9) Medidas disciplinares e medidas de incentivos.

Considerando esses nove pilares estruturais, sequenciamos a análise com os apontamentos referenciais que entendemos pertinentes para a presente ocasião:

- (1) Comprometimento integral e apoio genuíno da alta direção

Usualmente, é reputada a viga mestra entre todos os pilares.¹¹⁷ Leia-se, é a chave da abóbada para assegurar que o programa seja efetivo, orgânico, perene e bem-sucedido. Em resumo, refere-se ao suporte genuíno da alta administração para com o programa de *compliance*, suas políticas e a *cultura ética da organização*. É crucial que haja comprometimento declarado, ativo e inquestionável dos órgãos mais altos da administração (*e.g.*, direção, conselho de administração etc.) como forma de conferir credibilidade, legitimidade e influenciar a tomada de decisão dos diferentes atores afetados pelo programa. Afinal de contas, senão a totalidade, a maior parte dos incentivos postos pela empresa decorre de decisões, direta ou indiretamente, emanadas da alta administração, de modo que

controle e verificação do funcionamento concreto do programa, preferencialmente realizado por auditores externos e independentes, objetivando aprimorar determinados aspectos que foram falhos do programa, contribuindo para a prevenção de riscos). Ver: LUZ, *op. cit.*, p. 102 et seq. Ademais, e de forma compacta, vale pontuar cinco aspectos centrais agrupados por Bruno Maeda para que os programas de *compliance* (anticorrupção) possam ser considerados efetivos (a nosso ver, tais aspectos podem ser transpostos para a estruturação de qualquer programa de *compliance* que se pretenda robusto, constituindo seus elementos mínimos), a ver: (i) Suporte da Administração e Liderança; (ii) Mapeamento e Análise de Riscos; (iii) Políticas, Controles e Procedimentos; (iv) Comunicação e Treinamento; e (v) Monitoramento, Auditoria e Remediação. Cf. MAEDA, *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁷ Ver, a esse respeito, LACHNIT, *op. cit.*, **Alternative enforcement...**, p. 265. A autora salienta que o comprometimento normativo com as regras não pode ser coactado, de maneira que é fundamental estar atento às circunstâncias nas quais os altos executivos (seniores da alta direção) são mais propensos a abandonar seu compromisso com as leis.

os executivos do alto escalão tendem a influenciar ponderavelmente o comportamento dos empregados.¹¹⁸

É imperativo que esses executivos se envolvam e engajem de maneira individual às políticas da organização mediante ações claras¹¹⁹ e exemplos motivacionais, espelhando e corroborando os valores e princípios éticos da empresa, não ficando apenas na retórica. O comprometimento pessoal dos executivos - incluindo Presidente¹²⁰ e Vice-Presidente - para com as diretrizes da organização deve ser sincero, voluntário e estar acima de qualquer dúvida, ditando o tom da cultura empresarial (“*tone at the top*”).¹²¹ Longe de uma visão romanceada ou cabotina, os executivos devem ser vistos como verdadeiros líderes éticos e confiáveis, inspiradores e modelos de atitudes positivas perante os empregados e partes relacionadas, fortificando uma cultura organizacional ética e íntegra, que se pauta no completo respeito às normas.

É possível deduzir do comprometimento da alta administração a outra face do *dever de diligência dos administradores*, sublinhando uma questão umbilicalmente conectada à temática societária e aos pressupostos da boa governança corporativa.¹²²

¹¹⁸ Nesse compasso, pontue-se que os incentivos determinados pela alta administração influenciam os comportamentos dos demais empregados, conforme exploraremos ao longo desta dissertação. Em especial, os empregados do médio escalão emulam as condutas do alto escalão, seguindo um efeito cascata. O líder hierarquicamente superior é visto, nessa perspectiva, como o padrão de comportamento a ser seguido na organização. Estamos assumindo uma estrutura tradicional na *ratio decidendi* da empresa. Com efeito, existem estruturas empresariais contemporâneas que não apresentam o delineamento vertical na tomada de decisões.

¹¹⁹ A título de exemplo, uma ação que contribui para reforçar o comprometimento da alta administração para com as políticas do programa - e se conecta de modo concreto com outro pilar - diz respeito ao apoio conferido pelos executivos à instância responsável pela supervisão do programa de *compliance*, dotando-a de recursos adequados e suficientes para a execução das atividades, sem interferência nos trabalhos.

¹²⁰ Destacando essa questão, especialmente o poder e a responsabilidade dos diretores e administradores em restaurar a confiança pública, a então Comissária da SEC, Cynthia Glassman, assim pontuou quando da implementação da Sarbanes-Oxley Act em 2003: “[...] the ultimate effectiveness of the new corporate governance rules will be determined by the ‘tone at the top.’ Adopting a code of ethics means little if the company’s chief executive officer or its directors make clear, by conduct or otherwise, that the code’s provisions do not apply to them [...] More than any regulatory body, corporate officers and directors have it within their power to restore public trust. Trust depends not just upon putting new rules on the books, but more importantly, on whether there is a widespread consensus that those rules are accepted and will be implemented effectively and in good faith. Corporate officers and directors hold the ultimate power and responsibility for restoring public trust by conducting themselves in a manner that is worthy of the trust that is placed in them”. ESTADOS UNIDOS. U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. GLASSMAN, Cynthia A. **SEC Implementation of Sarbanes-Oxley: The New Corporate Governance**. abr. 2003.

¹²¹ Como comentam Mendes e Carvalho, “[...] considerando que um programa de *compliance* efetivo deve fazer parte da cultura corporativa, é preciso que ele caminhe lado a lado com a comunicação dos valores essenciais da organização. Essa comunicação precisa, necessariamente, ser feita pela alta administração”. Ver: MENDES; CARVALHO, op. cit., p. 131.

¹²² Ainda que esteja fora do alcance desta dissertação, vale brevemente registrar uma possível e interessante discussão relacionada ao dever fiduciário de diligência dos administradores no tocante à implantação de estruturas de conformidade (programa de *compliance*) *vis-à-vis* potencial ação da responsabilidade civil da

(2) Avaliação de riscos

Pilar igualmente essencial para principiar a estruturação e prosseguir com a implementação segura e efetiva do programa. Trata-se de uma tarefa complexa e que requer avaliações minudentes e continuadas a respeito dos riscos a que a empresa se submete. O objetivo é de minimizar a probabilidade da ocorrência de ilícitos, ciente de que a neutralização absoluta de incidentes não é factível diante da realidade (mutável e complexa) dos fatos; daí a importância de uma análise regrada e meticulosa dos riscos para minorar ao máximo as chances de ilícitos. Pretende-se, nessa avaliação, antecipar as principais áreas de exposição e vulnerabilidades, de sorte que sejam implementadas medidas preventivas compatíveis e adequadas aos riscos identificados.

Como dito, trata-se de análise que deve ser feita de modo particularizado, levando em conta um sem número de especificidades da empresa. Quanto mais complexa for a

empresa contra o administrador pelos prejuízos causados diante da falha no atendimento do mencionado dever (considerando uma interpretação sistemática dos arts. 153, 154 e 159, §6º da LSA). Deveras, a discussão é ainda incipiente na interface da antitruste brasileira. Amanda Athayde e Ana Frazão trouxeram, cada qual, luzes oportunas para incitar o debate. Ver: ATHAYDE, Amanda. The Japanese Experience and Possible Lessons. In: SILVEIRA, Paulo Burnier da (org.). **Competition Law and Policy in Latin America: recent developments**. Wolters Kluwer, 2017, pp. 239-253; FRAZÃO, Ana. Dever de diligência: novas perspectivas em face de programas de *compliance* e atingimento de metas. **JOTA**, 15 fev. 2017. Pensando de forma mais abrangente, e admitindo uma recepção, ou melhor, uma “equivalência funcional” entre o art. 159, §6º da LSA e a “*business judgment rule*”, seria de se perquirir quatro grandes elementos nesse contexto: (i) ocorrência de uma decisão negocial; (ii) desinteresse e independência; (iii) diligência; e (iv) boa-fé, como assinala Pedro Brigagão, de sorte a averiguar se o administrador “agiu no interesse da companhia” (art. 154, *caput*, da LSA) satisfazendo as exigências do bem público e da função social da empresa, para então afastar eventual ação de responsabilidade. Há um cipoal de variantes em jogo: desde delimitar o alcance societário do entendimento de bem público e função social, e, assim, do interesse social da empresa, até transpor a discussão para a esfera antitruste e correlacionar com uma possível falta do dever de diligência (*lato sensu*) dos administradores por conta da não implementação de estruturas de conformidade antitruste, o que, por sua vez, pode ter colaborado para (i) a manutenção de uma cultura empresarial negligente aos riscos antitruste, facilitando a ocorrência de práticas anticompetitivas em um mercado com histórico de infrações; e/ou (ii) a reincidência do ilícito, visto que, não obstante a condenação anterior, os administradores faltaram com o dever de diligência e não agiram no sentido de implementar/aperfeiçoar controles internos de conformidade. Se assim fosse, seria de se ponderar, *a priori*, o “comprometimento inequívoco” da alta administração para com a cultura da conformidade empresarial, e, nesse sentido, se seria crível uma ação da organização em desfavor dos administradores. Para análise sobre a *business judgment rule*, ver: BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de companhias e a business judgment rule**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. Sobre o dever de diligência dos administradores, ver, dentre outros, RIBEIRO, Renato Ventura, op. cit.

estrutura da empresa, maiores os riscos envolvidos.¹²³⁻¹²⁴ Em adição, é importante atentar-se para a devida calibração na análise de riscos, porquanto uma análise extremamente rigorosa e restritiva pode levar ao exagero de ações preventivas, de modo a, reflexamente, engessar as atividades da empresa, inclusive limitando práticas comerciais que, apesar de agressivas, são saudáveis e lícitas, de modo a fossilizar e burocratizar os negócios corporativos, o que, em última instância, tende a repercutir na economia se se assume o arrefecimento competitivo. A chave reside em encontrar o devido equilíbrio para evitar esse tipo de entrave, sem descuidar dos riscos existentes, mas os tratando com medidas proporcionais e adequadas.

(3) Código de Ética e de Conduta e outras políticas e procedimentos

Muito importante que haja regras claras, diretas e inteligíveis, formalizadas e disseminadas ostensivamente por toda a organização, com o intuito de conscientizar empregados, administradores e terceiros que se relacionam com a empresa acerca dos pontos cardiais, leia-se, cultura, valores e princípios que regem a organização. Da mesma maneira, é importante que seja especificado, sem margem para ambiguidades, o comportamento esperado dos colaboradores, os limites e pontos de atenção, as condutas vedadas e autorizadas etc. Não há regra padrão quanto ao formato e conteúdo dos códigos.¹²⁵ Há desde

¹²³ Quanto mais complexa a organização, maior a probabilidade de que ocorra uma atividade ilegal dentro da empresa, sobretudo por conta do aumento dos problemas de agência e da correspondente dificuldade de monitoramento. Especialmente, e em grande escala, o crime corporativo se manifesta como resultado de problemas de agência. A estrutura interna de governança da empresa afeta a probabilidade do sucesso no monitoramento do comportamento ilegal e, conseqüentemente, repercute na taxa de conformidade. A esse respeito, ver: ABRANTES-METZ; SOKOL, op. cit., p. 3; SOKOL, Daniel D. Policing the firm. **Notre Dame Law Review**, v. 89, n. 2, 2014, p. 806. Considerando problemas de agência que repercutem na seara antitruste, uma possibilidade para incrementar o nível de dissuasão e diminuir referidos problemas seria conferir maior responsabilização da pessoa física (*i.e.*, reforçar o uso de pena restritiva de liberdade (prisão), especialmente quando se tratar de executivos do alto escalão) ao invés de colocar foco excessivo em multas corporativas (“[T]he essential tenet of our proposal is that shifting incremental cartel sanctions away from corporations and toward the individuals who engage in price-fixing or are responsible for monitoring antitrust compliance will enhance deterrence”). Ver: GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D.; Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, v. 6, n. 2, 2010, pp. 19-20. Adicionalmente, à guisa de registro, pontue-se determinadas contribuições no campo do *behavioral economics* aplicadas ao direito antitruste, trazendo técnicas preditivas e de modelamento para alavancar as estratégias dissuasórias com foco no comportamento dos potenciais infratores. Para contornos gerais sobre o *behavioral economics* no contexto antitruste, ver, por exemplo, STUCKE, Maurice E. The Implications of Behavioral Antitrust. **University of Tennessee Legal Studies**, Research Paper n. 192, 2012, p. 2.

¹²⁴ Note-se que nos setores regulados os riscos decorrem da própria natureza complexa e da multiplicidade de regras do setor (*e.g.*, bancário).

¹²⁵ Aliás, algumas empresas abordam o Código de Ética e de Conduta de modo separado. Não há fórmula única. Espera-se, entretanto, que os códigos, caso estruturados de maneira separada, estejam alinhados e dialoguem entre si, apresentando uma abordagem integrada.

materiais mais detalhados até mais objetivos, contudo, o essencial é que a linguagem seja acessível e compreensível para todos os empregados, sem exceção, e que estejam claramente delineadas as condutas esperadas e proibidas. Fundamental que os empregados entendam a importância do documento, não o encarando como uma burocracia, mas sim como um aliado para a sua regular atuação, a ser consultado e revisitado com frequência.

Os códigos e as políticas de conformidade devem ser adaptados aos respectivos países de atuação da empresa, incluindo idioma, exemplos, linguagem etc., de sorte a serem críveis. Esses instrumentos externalizam para o empregado que a empresa se preocupa e se importa com o respeito às leis, esperando o mesmo de seus colaboradores, buscando sensibilizar e inculcar uma cultura organizacional baseada na ética e no cumprimento legal.¹²⁶

Outrossim, esses instrumentos sinalizam para contrapartes e terceiros que a empresa se pauta por padrões éticos e responsáveis, e que está empenhada em assegurar a plena observância legal nas relações comerciais, traduzindo maior confiabilidade e segurança para o mercado, o que é primordial no contexto corporativo contemporâneo, mormente em tempos de investidores e consumidores mais informados, críticos e exigentes no tocante à transparência e integridade, que passam a “consumir” valores, e não apenas produtos e serviços, com reflexo direto na reputação empresarial. Nessa dinâmica, a boa reputação se reflete no estabelecimento de relações mais estáveis e duradouras, criando condições propícias para a realização de negócios.

(4) Setor responsável pela governança do *compliance*

É curial que a empresa disponha de um setor/instância responsável pela administração do *compliance*, compreendendo a supervisão,¹²⁷ fiscalização e execução dos

¹²⁶ Encoraja-se, contiguamente, a elaboração de políticas institucionais específicas voltadas a reger atividades e situações de maior risco e sensibilidade.

¹²⁷ Uma questão polêmica, algumas vezes ventilada na literatura estrangeira, refere-se ao “*attorney-client privilege*” e as possíveis implicações no âmbito do programa de *compliance*. Em linhas gerais, o “*attorney-client privilege*” diz respeito à proteção da comunicação entre “cliente-advogado” no âmbito da relação profissional. De modo simplificado, por dever de ofício, o advogado está obrigado a preservar a confidencialidade de qualquer informação não pública que lhe é confiada por seu cliente. Informação protegida pelo sigilo cliente-advogado, via de regra, não pode ser acessada pelas autoridades, o que implica que não pode ser usada como evidência e/ou prova em um processo sancionatório. A problemática deriva do afastamento desse imperativo no âmbito interno da empresa, isto é, na relação entre o advogado interno e os empregados. Nas jurisdições em que tal sistemática se aplica, as informações confiadas ao advogado interno podem ser acessadas pelos reguladores no curso de determinado processo, podendo minar a relação de confiança entre o

mecanismos do programa.¹²⁸ Os profissionais¹²⁹ alocados nessa área devem ser dotados de razoável grau de autonomia e independência em relação aos demais setores da empresa, incluindo a direção,¹³⁰ de modo a adequadamente implementarem políticas, procedimentos e controles, sem suscetibilidade a pressões ou ingerências. Esses profissionais devem dispor de autoridade e recursos suficientes (físicos, humanos, financeiros) para a execução de suas atividades, tendo desejável estabilidade, além de contarem com independência na tomada de decisão.¹³¹⁻¹³² Para o manejo efetivo do programa, é extremamente recomendável que os profissionais dessa área, notadamente o *chief compliance officer* – CCO, tenha um canal direto e proativo de interlocução com a alta administração.

(5) Cultura empresarial do *compliance*

A cultura empresarial do *compliance*¹³³ deve estar arraigada e ser difundida pela organização, de tal maneira que seja percebida como o seu núcleo duro. A cultura da

jurídico interno e os empregados da organização, os quais poderiam deixar de reportar inúmeras preocupações e incidentes. E isso tende a se agravar na medida em que, teoricamente, o imperativo da proteção entre cliente-advogado não se estende para a comunicação entre o *compliance officer* e os empregados, podendo desincentivar a discussão de problemas relacionados ao *compliance*. A esse respeito, ver LACHNIT, op. cit., **Alternative enforcement...**, p. 267.

¹²⁸ Por certo, para empresas menores e de menor complexidade, esse pilar pode ser adaptado (assim como os demais pilares). De todo modo, é fundamental que exista um profissional responsável pela supervisão e execução do programa de *compliance*, com recursos adequados para tanto. Eventualmente, pode-se considerar a unificação da área jurídica com o *compliance*, a depender das peculiaridades da empresa, estrutura, perfil, complexidade de riscos etc. De qualquer maneira, ainda que não seja criado um departamento específico para o *compliance*, encoraja-se a existência de um responsável pelo *compliance* e que este seja dotado de autonomia e independência na execução de suas atividades.

¹²⁹ Em termos ideais, sugere-se que haja uma equipe multidisciplinar alocada nessa área, enriquecida pela sinergia de conhecimentos, *e.g.*, administração, direito, economia, engenharia, psicologia etc. O “chefe geral de *compliance*” é referido na literatura estrangeira como “*chief compliance officer*”. Recomenda-se que seja um profissional experiente e com sólidos conhecimentos em *compliance* e outras competências. Especialmente na esfera penal, há repercussões acaloradas acerca do papel desse profissional no contexto de responsabilização, o que, entretanto, não é objeto de análise desta dissertação. Para tanto, sugere-se a leitura de SARCEDO, op. cit., p. 52 et seq.; LUZ, op. cit., 164 et seq.

¹³⁰ Ver MENDES; CARVALHO, op. cit., p. 154.

¹³¹ Sobre papel e funções do *compliance officer*, ver: MARTINEZ; LIMA, op. cit., pp. 65-69 e pp. 155-197.

¹³² Digna de nota uma série de oito artigos da lavra do então responsável global das áreas de *compliance*, concorrencial e contencioso de uma grande organização mundial, em que dividiu experiências práticas sobre os principais desafios de seu dia a dia. A esse respeito, ver: VALLE, Martim Della. Diário de um chefe de *compliance*. **JOTA**, 16 jan. 2018.

¹³³ “Cultura empresarial”, simplificada, entendida como valores, atitudes e comportamentos que norteiam e prevalecem na empresa, *i.e.*, normas implícitas que orientam a atuação dos empregados na ausência de normas regulatórias ou regras expressas sobre *compliance*, consoante aludem Frazão e Medeiros, op. cit., p. 100. Em complemento, acerca da definição de “cultura do *compliance*”, Donald Langevoort esclarece que se trata dos “shared beliefs – ‘sense-making’ - inside any given organization about the importance or legitimacy of legal compliance vis-à-vis other pressures and goals. It is highly normative. [...] An ideal culture of compliance would be one that accepts public responsibility to lessen the net social costs of its activities - the harms from legal wrongdoing - even if a private calculus of likely consequences suggests that there is money to be made by cautious cheating”. O autor ressalta que a mensagem mais importante sobre cultura do

conformidade se reflete na atuação dos executivos e empregados, que se apresentam mais empoderados, motivados e conscientes de seus deveres, responsabilidades e papéis para a perpetuidade das atividades da empresa. O clima organizacional é de intrínseco encorajamento a atitudes éticas e valores compartilhados, propiciando maior segurança e satisfação entre os empregados, o que contribui para o aumento de produtividade e lealdade. Tem-se nesse ambiente uma cultura proativa e resiliente, de contínua reflexão sobre os valores e as práticas empresariais, promovendo-se a conformidade e a integridade em primeiro lugar.¹³⁴⁻¹³⁵

compliance é para os líderes da empresa, especialmente o Conselho de Administração. Isso porque, como mencionamos, os administradores/executivos exercem papel fulcral de irradiação na cultura da conformidade, resplandecendo a ideia do *tone at the top*. Ver: LANGEVOORT, Donald C. *Culture of Compliance*. **American Criminal Law Review**, Georgetown University Law Center, v. 54, 2017, p. 944.

¹³⁴ Nos termos de Claudia Pinheiro, com o qual estamos integralmente de acordo, “[...] desenvolver uma cultura de *compliance* é tarefa que não necessariamente se esgota na implantação de um programa de *compliance*. A cultura de conformidade diz, em primeiro lugar, com os reais valores de uma organização, para além de sua comunicação corporativa e seus processos internos. É nos valores que reside o verdadeiro potencial de uma organização estabelecer ou modificar padrões de comportamento empresarial e individual. Por outro lado, o entendimento da cultura de determinada empresa, notadamente de sua pauta de valores, não prescinde do reconhecimento de fatores sociais, políticos e econômicos, internos e externos, que sobre ela exercem influência. Ignorá-los limita as chances de sucesso na promoção de uma cultura de ética”. PINHEIRO, Claudia Travi Pitta. Criando uma cultura de *compliance* antitruste. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 111-112.

¹³⁵ Expandindo esse ponto e em contexto específico, observamos Maurice Stucke ao abordar o que designa de “*intrinsic, ethics-based approach*” em contraposição ao que denomina de “*extrinsic, incentive-based approach*”. Basicamente, a primeira abordagem seria uma alternativa para aperfeiçoar o modelo estipulado pelos *Sentencing Guidelines* do DoJ (que serão abordados pontualmente no Capítulo 3), de maneira a fomentar uma abordagem alinhavada à cultura da ética empresarial com incentivos internos para o cumprimento da lei, e não uma abordagem calculista da empresa que estrutura um programa de *compliance* à vista de incentivos externos dos reguladores, tais como recompensas financeiras de uma conta de chegada, que dificilmente são efetivas para mudar comportamentos e internalizar uma verdadeira cultura de ética no seio da organização. Como anotado por Stucke, “[F]or over 20 years, the Guidelines have offered firms a significant financial incentive to develop an ethical organizational culture. Nonetheless, too many ethics programs remain ineffective and corporate crime persists. The compliance industry complains that ‘[t]oo many business executives take a ‘check the box’ approach to their programs, rather than satisfying the full intent of the [Guidelines].’ the Guidelines’ extrinsic, incentive-based approach to compliance does not cure, and likely contributes to, the problem. The extrinsic approach is hard to administer. It does not instill an ethical culture. As the Sentencing Commission Chair recognized, ‘It is questionable whether a compliance program can be truly effective if it does not have an ethics component.’ And it is doubtful that monetary incentives can effectively promote an ethical organizational culture necessary to deter and prevent corporate crimes. Rather than mix two approaches, the courts and DOJ should emphasize an intrinsic ethics-based approach. The intrinsic approach, in promoting shared value, will likely provide the firm with a competitive advantage. In aligning and embedding the firm’s core ethical values with daily operations, the approach will likely strengthen ethical leadership and an ethical organizational culture”. STUCKE, op. cit., **In search of...**, p. 832. Adicionalmente, sobre a abordagem pautada nos valores éticos, indicando uma literatura acadêmica ativa e sofisticada que promove esse tipo de abordagem, contra a “missão” comando e controle, ver: LANGEVOORT, op. cit., **Culture of...**, p. 946.

A complexidade da realidade empresarial não pode ser reduzida apenas a previsões de códigos de ética e de conduta, por importantes que sejam.¹³⁶ Nessa esteira, para fortificar a cultura do *compliance*, dentre várias medidas, sugere-se uma série de incentivos positivos a iniciativas de sensibilização.

A título de exemplo, é possível mencionar: a instituição de um “dia do *compliance*” para reafirmar o compromisso da empresa com seus princípios, valores e políticas; a elaboração de documentos interativos que transcendam o que consta nos códigos, agregando senso de conhecimento e conscientização; a apresentação de exemplos positivos e reais noticiados na mídia em matéria de *compliance*, bem como exemplos negativos em razão da ausência da conformidade; o engajamento dos altos executivos e empregados em eventos institucionais e inspiradores para compartilhar experiências cotidianas relacionadas ao *compliance*, forjando um senso comunitário etc.

(6) Monitoramento permanente, revisão periódica e atualização

É fundamental que exista um monitoramento contínuo e dinâmico do programa, com auditorias efetivas (tanto interna, quanto externa e independente) para mapear o seu funcionamento, isto é, verificar se os empregados estão se comportando conforme as regras e documentos da empresa, analisar se a empresa está reagindo adequada e eficientemente face a eventuais falhas, irregularidades e violações etc. Também é fundamental que a efetividade do programa seja mensurada. Para tanto, é importante que a empresa estabeleça metodologias, modelos e métricas adequadas¹³⁷ para acompanhar a evolução do programa,

¹³⁶ Na acertada avaliação de Mendes e Carvalho, “[p]or mais abrangente que seja o código de conduta de uma organização, ele nunca será capaz de antecipar todas as situações de risco a que seus funcionários e colaboradores estão expostos. A realidade empresarial é sempre mais rica, interessante e complexa que as previsões existentes nos textos legais. Por esse motivo, é essencial que a organização crie e difunda uma cultura de compliance que vá além daquilo que consta nos códigos de conduta e que esteja incorporada no dia a dia dos funcionários. O pior destino de um programa de compliance é se tornar um *checklist* que os colaboradores veem como um obstáculo burocrático à realização do negócio”. Ver: MENDES; CARVALHO, op. cit., p. 138. A importância da cultura da ética e do *compliance* ganha força ainda maior em situações lacunosas, quando não houver diretrizes normativas ou pairar cenários de indefinição.

¹³⁷ Aqui, em especial, é interessante considerar técnicas econômicas e econométricas que se baseiam em filtros (*screens*) para mapear a regularidade do programa, facilitando a identificação de eventuais desvios e padrões anômalos. Ademais, com novas tecnologias e crescente uso de inteligência artificial e *big data*, é importante, na medida do possível, que a empresa proceda com uma avaliação empírica de seus dados para igualmente analisar regularidade de condutas, mensurar a efetividade do programa, atualizar indicadores etc. Acerca do uso de filtros inteligentes no contexto antitruste, recomendamos os trabalhos de Rosa M. Abrantes-Metz. Citamos, referencialmente, ABRANTES-METZ, Rosa M.; BAJARI, Patrick; MURPHY, Joseph. **Antitrust Screening: Making Compliance Programs Robust**; ABRANTES-METZ, Rosa M. **Proactive vs Reactive Anti-Cartel Policy: The Role of Empirical Screens**. 25 jun. 2013; ABRANTES-METZ; SOKOL, op. cit.

traçar pontos críticos e, fundamentalmente, avaliar seu impacto visando tanto à melhoria, quanto a evitar redundâncias de custos na administração desse instrumento.¹³⁸

Um monitoramento bem feito permite que a revisão do programa seja mais efetiva e assertiva, atualizando e aperfeiçoando tempestivamente seus mecanismos, seja em função de eventuais falhas identificadas, seja ainda em razão de novos riscos, de novas legislações e entendimentos regulatórios, de novas estratégias empresariais etc. Assim, contribui-se para a prevenção de riscos de não conformidade, bem como para a detecção célere de eventual infração, consistentemente maturando o programa. É importante que a revisão do programa seja dinâmica, vez que um programa desatualizado pode ser inócuo e inefetivo frente aos seus objetivos, podendo, *a contrario sensu*, representar um verdadeiro perigo para a própria empresa diante de regras ultrapassadas e da não correção das fragilidades, expondo a organização a situações de vulnerabilidades adicionais etc.

(7) Treinamentos contínuos

Para que o programa seja bem-sucedido, é indispensável que haja treinamentos contínuos e rotineiros. Trata-se de uma ação de suma importância em termos de educação e conscientização, renovando e fixando conceitos que orientam a cultura e as políticas da empresa. Para melhor internalização, sugere-se que, ao iniciar no emprego, o empregado já receba o adequado treinamento.¹³⁹ Os treinamentos devem ser ministrados por profissionais competentes e com experiência,¹⁴⁰ feitos de modo cuidadoso, serem motivacionais, persuasivos e convincentes, do contrário é grande a chance de serem encarados como burocracia maçante pelo empregado, um formalismo sem sensibilização genuína.¹⁴¹ Além

Como nota lateral, não se pode ignorar o cuidado no manejo dessas ferramentas sob a perspectiva da proteção de dados pessoais, mormente em face de novas legislações no mundo que vêm dedicando atenção ao assunto.

¹³⁸ Ver: CHEN, Hui; SOLTES; Eugene. Why Your Compliance Programs Fail – and How to Fix Them. **Harvard Business Review**, mar./abr. 2018.

¹³⁹ A título de curiosidade, na seleção para emprego, um procedimento que tem se tornado usual é o mapeamento do histórico do candidato no tocante ao envolvimento em ilícitos (*i.e.*, verificação de antecedentes), juntamente com avaliação de conhecimento sobre *compliance* e assuntos correlatos.

¹⁴⁰ Tanto pela própria área de *compliance* em conjunto com a alta cúpula da empresa, quanto com o suporte de profissionais externos e independentes. Em geral, essa abordagem integrada tende a ser mais recomendável em termos de efetividade.

¹⁴¹ Em consonância com essa visão, Claudia Pinheiro discorre que “para que os treinamentos de *compliance* não sirvam apenas para cumprir uma formalidade, mas para verdadeiramente educar e engajar os participantes, é importante que os treinadores sejam capacitados, influentes e persuasivos. Treinamentos presenciais bem ministrados são provavelmente o segundo elemento de maior impacto em termos de criação da cultura da integridade, antecidos apenas pelo ‘tone from the top’”. Ver: PINHEIRO, op. cit., p. 118.

disso, é recomendável reforço de treinamento para áreas mais expostas a riscos e ao pessoal-chave (*e.g.*, comercial, marketing, empregados com poder de decisão estratégica, empregados com interação mais constante com agentes públicos, com concorrentes, que frequentam reuniões em sindicatos e associações comerciais etc.). Há diferentes modalidades de treinamento, *e.g.*, presencial, virtual, misto, e a escolha deve levar em conta as especificidades e as necessidades da organização.¹⁴²

Vale ressaltar: assim como para todas as demais iniciativas tomadas pela organização, é imperativo que a realização de treinamentos (ações de conscientização) seja devidamente documentada e formalizada, de modo que a empresa mantenha provas e evidências no seu acervo histórico sobre o rol de iniciativas levada a cabo, formando uma importante cadeia de custódia. Esse procedimento facilita enormemente a prestação de contas (interna ou externamente), é útil para a memória institucional, além de, sem dúvida, ser fundamental caso haja algum questionamento por parte da Administração pública sobre as medidas de conformidade adotadas pela empresa, permitindo uma colaboração mais útil e qualificada com os reguladores (*e.g.*, em sede de acordos), ou mesmo se a empresa reivindicar o reconhecimento ou alguma contrapartida em virtude dos esforços empreendidos nessa seara, haja vista que, via de regra, o ônus de comprovar que adotou medidas de conformidade recai sobre aquele que pleiteia o benefício.¹⁴³

(8) Canais de comunicação

O programa deve contemplar canais de comunicação que, basicamente, dispõem de uma dúplici função. Ele sevem para o (i) esclarecimento de dúvidas e provimento de orientações (“*helpline*”); e (ii) reporte de práticas suspeitas e denúncias de indícios e atos (possivelmente) ilícitos (“*hotline*”).¹⁴⁴ É importante que o canal seja estruturado de maneira

¹⁴² Nos dias atuais, mormente por conta da facilidade e da praticidade que a tecnologia proporciona, muitas empresas têm focado no uso de treinamentos virtuais, criando interessantes e inovadores recursos, aplicativos etc. De toda maneira, é igualmente importante que haja a administração de treinamentos presenciais, sobretudo com a participação da alta administração, de modo a demonstrar o engajamento e tornar o treinamento mais “motivacional”. Destacando a importância de treinamentos motivacionais para enraizar a cultura da conformidade, notadamente no cenário anticartel, ver MURPHY; BOEHME, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴³ Tal é a lógica adotada no Guia de *Compliance* do CADE (e também nos Guias da CGU, a título de referência). No mesmo diapasão, em linhas gerais, são os guias internacionais de *compliance* concorrencial em diferentes jurisdições.

¹⁴⁴ Costuma-se recomendar que o canal seja operado por uma empresa independente e especializada. Ademais, note-se que, em determinadas estruturas, os canais “*helpline*” e “*hotline*” são cumulados em uma mesma estrutura. A formatação varia caso a caso, conforme necessidades, governança etc. da empresa.

que a equipe responsável por receber as demandas tenha condições e preparo para manejá-las tempestiva e coerentemente, seja ao prover instruções claras e inteligíveis às dúvidas suscitadas, seja ao apurar e investigar celeremente as denúncias recebidas para tomada tempestiva das providências cabíveis, que, por seu turno, podem ser decisivas no tocante à assinatura de acordos com as autoridade competentes, por exemplo. Agindo desse modo, evita-se o ceticismo quanto à legitimidade e à efetividade do canal. Em particular, o canal deve estar estruturado de modo que transmita segurança e confiança ao potencial denunciante. Para tanto, é essencial que haja uma firme política antirretaliação com o fito de garantir ao denunciante um ambiente seguro, íntegro e livre de represálias. Além disso, é fundamental que se garanta absoluto sigilo às informações recebidas, para além de preservar a confidencialidade do denunciante de forma integral e permanente.¹⁴⁵

É desejável, igualmente, que a empresa encoraje e divulgue os canais de comunicação por diversos meios, de modo a evidenciar a sua abertura e permanente acessibilidade.¹⁴⁶ A propósito, é interessante que o canal esteja disponível também para terceiros e não apenas aos empregados da organização, de maneira a incrementar a efetividade no que toca ao esclarecimento de dúvidas e à prevenção/detecção/resposta-remediação de eventuais ilícitos.

(9) Medidas disciplinares e medidas de incentivos¹⁴⁷

É essencial que haja medidas disciplinares e medidas de incentivos, tanto para dissuadir e punir comportamentos indesejados, quanto para estimular e motivar comportamentos desejados, destacando, na modulação de tais medidas, a premissa de que os seres humanos reagem a incentivos de diferentes maneiras, explicitando o componente da

¹⁴⁵ Alguns canais de comunicação preveem a possibilidade de que a denúncia seja apresentada de forma anônima. Não existe um modelo único a esse respeito. A definição vai depender, essencialmente, das estratégias de *compliance* da empresa e do ambiente interno. Em todo caso, é indispensável que a identidade do denunciante (informante) seja preservada.

¹⁴⁶ Novamente, há diversos recursos que a empresa pode empregar para divulgar os canais de comunicação. O fundamental é que haja informação clara sobre a existência desse mecanismo, bem como que se garanta ampla acessibilidade a ele, *e.g.*, por meio de e-mail, telefone, aplicativo de celular, pessoalmente etc.

¹⁴⁷ Murphy e Kolasky ressaltam que, em geral, pouca atenção se dá (ou praticamente não se dá) para os incentivos, justamente o principal motivador da conduta empresarial e parte essencial de qualquer programa de *compliance*. Tocaremos no ponto dos incentivos oportunamente, em particular da perspectiva concorrencial. Como referência, ver: MURPHY, Joseph. Using incentives in your compliance and ethics program. In: **Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE)**, 2012; ABRANTES-METZ; SOKOL, op. cit., p. 4 et seq.; MURPHY; KOLASKY, op. cit., 62.

análise comportamental nas diretrizes de *compliance*. As medidas disciplinares devem ser comunicadas de forma clara e ostensiva, aplicando-se para todos os empregados da organização, independentemente do nível hierárquico (ou seja, a alta cúpula da empresa deve estar sujeita a medidas disciplinares tais como os demais empregados). As medidas disciplinares e ações corretivas, em geral, se pautam por uma régua escalonada, variando de acordo com a gravidade da violação, devendo ser observados necessariamente, na respectiva aplicação, direitos e garantias constitucionais, normas trabalhistas etc. Em casos mais extremos, inclusive, é possível justificar a demissão por justa causa.

Por outro lado, para engendrar comportamentos desejados e motivar um ambiente salutar de estímulo a boas práticas, é importante acoplar medidas de incentivo, óbvio que com a necessária parcimônia para evitar efeitos contraproducentes e na contramão do esperado, o que poderia ser o caso na hipótese de um estímulo mal calibrado que não gere o engajamento autêntico no empregado às políticas de conformidade, mas sim que motive um comportamento simplesmente calculado em função dos potenciais benefícios financeiros atrelados a metas de *performance* (custo/benefício).¹⁴⁸ Nesse aspecto, incentivos financeiros atrelados a metas de *compliance* demandam cuidado especial para não gerar efeitos perversos decorrentes da má-administração da medida.

Possibilidade adicional de estímulo positivo decorre de incentivos morais na forma de reconhecimento aos empregados comprometidos com a cultura do *compliance*: tal medida pode ser interessante para fortalecer o senso de cumprimento normativo na organização e inspirar ações positivas, potencializando um círculo virtuoso de comportamentos íntegros. Outrossim, sob uma abordagem moderada, é possível que os esforços dedicados ao *compliance* sejam levados em conta nos indicadores para eventual promoção hierárquica ou mesmo em outras espécies de bonificação.¹⁴⁹

Em suma, didaticamente, os pilares estruturais podem ser assim esquematizados:

¹⁴⁸ Ver, a esse respeito, RILEY; SOKOL, op. cit., p. 42.

¹⁴⁹ RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Antitrust Compliance Programmes – Can Companies and Antitrust Agencies do More? In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Promoting Compliance with Competition Law**. Policy Roundtables, 2011, p. 336.

Figura 1¹⁵⁰

Vistos, de modo geral, os principais elementos que (con)formam os pilares estruturais do programa de *compliance*, a título de nota complementar, ilustramos na sequência um “arquetipo funcional” para compreender a dinâmica do programa a partir da interação entre seus *vetores funcionais* e a *cultura empresarial*. Simplificadamente, trata-se de arquetipo formado por quatro componentes interligados entre si, sendo um nuclear (cultura) e três funcionais que orbitam o núcleo (prevenção, detecção e remediação), com várias ferramentas para concretização de suas finalidades (ferramentas essas que são partes dos pilares estruturais acima analisados). As flechas do arquetipo simbolizam a natureza dinâmica e resiliente da estrutura, com os componentes interagindo entre si, adaptáveis a mudanças e interconectados pelo componente nuclear.

A mensagem que se busca ventilar aqui é objetiva: o *compliance* somente irá ecoar, produzir efeitos concretos e ensejar uma mudança de paradigma positiva e duradoura na organização se houver uma autêntica cultura empresarial orientada pelos preceitos da ética e da conformidade. De nada adianta elaborar sofisticadas ferramentas para prevenção, detecção e remediação¹⁵¹ de irregularidades se não houver o incentivo à uma cultura genuína que incentive a conscientização refletida na empresa. A perenidade e a sustentabilidade da

¹⁵⁰ Elaboração própria.

¹⁵¹ Nesta proposta, a remediação é apresentada de modo amplo, contendo o tratamento, a resposta e a correção.

organização são dependentes de uma cultura corporativa de valores éticos e padrões íntegros. Como dito, os três componentes (vetores) que giram em torno da *cultura* nesse arquétipo contêm uma série de ferramentas para perfectibilizar suas funções (*i.e.*, são as ferramentas dos pilares estruturais).

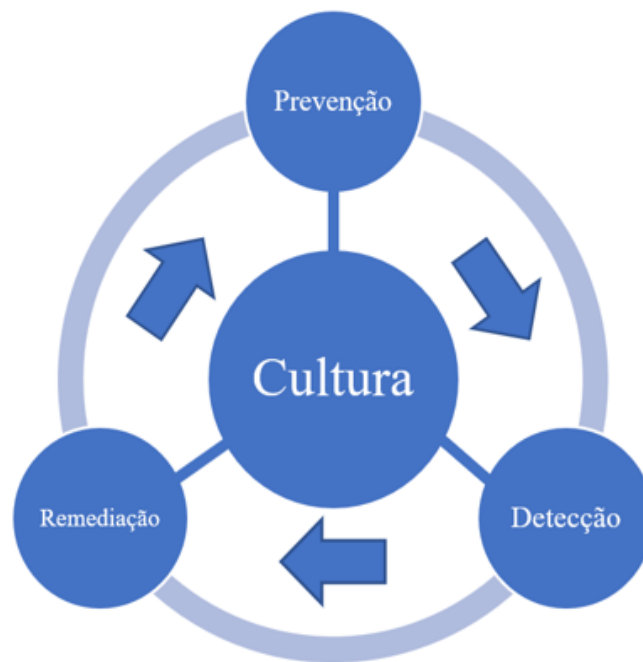
A cultura está diretamente relacionada com as regras morais da organização (*ethos*) e com o clima ético do ambiente corporativo, influenciando o funcionamento de todo o arquétipo. Especialmente, o apoio da alta cúpula, a partir da demonstração inequívoca do seu estrito e inafastável comprometimento com os princípios e valores éticos da organização, é vetor essencial para o modelamento da cultura¹⁵² que, por sua vez, é o componente-chave que assegura o equilíbrio do ecossistema corporativo, com empregados empoderados, motivados e conscientes de suas responsabilidades e papéis para a perpetuidade das atividades da empresa.

Ao fim e ao cabo, como bem observou Brent Snyder,¹⁵³ *compliance* é uma cultura, não apenas uma política. Riley e Bloom, em adição, destacaram que a cultura do *compliance* é descrita principalmente em termos de valores: *ética, integridade, respeito, confiança e responsabilidade*. Nessa linha, o comprometimento com a *cultura do compliance* deve estar incrustado no âmago da organização, de modo que o padrão ético e a conformidade empresarial sejam “não apenas uma política de negócios, mas a maneira pela qual os negócios são realmente feitos”.¹⁵⁴ Dito isso, de maneira objetiva, apresenta-se abaixo o arquétipo funcional.

¹⁵² É praticamente indissociável - numa relação de simbiose - o modelamento dos padrões culturais da empresa (cultura organizacional) e a atuação da alta administração em termos de apoio à essa cultura (tom da liderança).

¹⁵³ ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. SNYDER, Brent. **Compliance is a Culture, Not Just a Policy**. Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop. Nova Iorque, 9 set. 2014.

¹⁵⁴ As autoras comentam que a cultura corporativa “é um conceito de múltiplas camadas, que inclui crenças, valores e ideologias corporativas, normas comportamentais e expectativas, padrões de comportamento e processos organizacionais corporativos”. Cf. RILEY; BLOOM, *op. cit.*, p. 332.

Figura 2¹⁵⁵

Explicitada essa nota complementar, que, subjacentemente, consideramos de valia para compreender o racional por detrás de qualquer mudança de cultura empresarial - *i.e.*, a premissa de que mudar a cultura de uma empresa envolve a mudança de incentivos para promover a conformidade e para promover o valor ético da conformidade -, é importante anotar: a implementação, execução, supervisão e administração do programa de *compliance* é um processo, ou melhor, um comprometimento substancial e perene. Se é assim, equivocasse quem aborda o programa de *compliance* como um instrumento meramente formal, impositivo e legalístico, ignorando questões mais sensíveis e nuançadas à luz de uma visão de *continuum* associada ao *compliance*. Essa “visão dilatada” se aplica notadamente no que diz respeito ao processo de construção, internalização, consolidação e reafirmação de princípios e valores relacionados à cultura ética no seio empresarial.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Elaboração própria.

¹⁵⁶ Sobre a importância de agregar valores ou base ética na cultura do *compliance*, e não apenas encará-lo a partir de uma ótica legalista, Donald Langevoort assim nota: “[...] prominent researchers in the field were insistent that without a values or ethics base to crowd out excess legalism in *compliance*, *compliance* programs would predictably fall short. By the end of the last century, the role of culture in *compliance* had gained solid academic acceptance”. Inclusive, o autor observa como a invocação da “cultura” no âmbito do *compliance* deixou de ser apenas “obsessão” na academia, e invadiu também a política dos reguladores (*e.g.*, DoJ, SEC). Nesse prisma, segundo o autor, ao enfatizar a “cultura”, o que os reguladores estão a sinalizar é que a eventual recompensa (crédito) a ser concedida para a empresa depende não apenas dos elementos estruturais do *compliance* (*i.e.*, pilares), mas também quão genuinamente e quão bem esses elementos conduzem a maior precaução e cumprimento normativo. Interpretando *a contrario sensu*, a ideia é justamente inibir o

Em paralelo, para concluir, sob a perspectiva de encarar o *compliance* como um instrumento que transcende o mero *checklist*, iluminamos um eixo prático e mais específico que se volta ao processo de aprimoramento na avaliação interna do programa, com o uso de novas técnicas que se complementam, contribuindo para a efetividade desse instrumento, para além de propiciar resultados que não se limitam ao exercício legalístico - e aqui realçamos, pois antevemos um campo fértil para estudos multidisciplinares. Explica-se: ao invés de uma monovisão ao *compliance* fundamentada no exercício puramente formal, o que se propõe é uma polinização cruzada de análises mediante a aplicação de ferramentas das ciências comportamentais (e.g., *behavioral economics*, *behavioral compliance* e *behavioral ethics*)¹⁵⁷ a fim de enriquecer e tornar os programas de *compliance* mais robustos e efetivos. Nesse sentido, como exemplo pontual, ao desenvolver melhores indicadores de efetividade, a organização se torna mais capacitada para implementar programas inovadores e “ambiciosos”, que realmente são aptos para inibir comportamentos inadequados. Nesse compasso, salientam Hui Chen e Eugene Soltes:¹⁵⁸

While many firms continue to see ensuring compliance as a legal exercise, it is really much more a behavioral science. That assertion may make attorneys uncomfortable, but for compliance programs to have real impact,

comportamento oportunista do agente econômico que, sob um racional baseado na lógica de custo/benefício, estrutura um programa apenas com o condão de tirar proveito de eventuais recompensas, sem dedicar esforços para uma mudança de cultura que leve ao maior cumprimento e comprometimento legal. Esse aspecto será abordado oportunamente. Ver: LANGEVOORT, op. cit., **Culture of...**, pp. 942-944.

¹⁵⁷ BAZERMAN, Max H.; GINO, Francesca. Behavioral Ethics: toward a deeper understanding of moral judgment and dishonesty. **Annual Review of Law and Social Science** 8. Harvard Business School, dez. 2012. Os autores definem o “*behavioral ethics*” como “as the study of systematic and predictable ways in which individuals make ethical decisions and judge the ethical decisions of others, ways that are at odds with intuition and the benefits of the broader society”. Demais disso, citamos Donald Langevoort, para quem é importante considerar algumas possibilidades mais nuançadas provenientes da análise comportamental para a elaboração e implementação de programas de *compliance*. Segundo o autor, a análise da ética comportamental não é nova. Nos últimos vinte e cinco anos, aproximadamente, pesquisadores interessados em comportamento gerencial e organizacional têm utilizado contribuições da psicologia das boas e más escolhas morais para sugerir como as empresas podem administrar riscos legais e de reputação. Em geral, parece haver consenso de que a ética é um pilar essencial para a conformidade legal e gestão de riscos corporativos. Dentre uma série de interessantes repercussões que a análise comportamental parece ter sobre o *compliance*, o autor examina, por exemplo, a comunicação, o monitoramento, os incentivos e análises construtivas. Não é objetivo desta dissertação empreender um exame sob o esteio das ciências comportamentais, mas apontar que existe uma interessante linha de estudos engendrada nessa seara e que pode questionar algumas premissas/análises baseadas na análise econômica convencional. O autor esclarece, contudo, que o *behavioral compliance* “is not some new or different brand of *compliance* design, but rather an added perspective. Just as *compliance* requires good economics skills, it requires psychological savvy as well, to help predict how incentives and compliance messages will be processed, construed and acted upon in the field”. Cf. LANGEVOORT, Donald C. Behavioral Ethics, Behavioral Compliance. In: ARLEN, Jennifer. **Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing**. Research Handbooks in Corporate Law and Governance series. Edward Elgar Publishing, 2018.

¹⁵⁸ CHEN; SOLTES; op. cit.

managers need to test what works and what doesn't. This will require firms to engage in some experimentation and innovation. Codes of conduct should articulate policies that are core to a firm's success. And hotlines should exist not only to record reports of wrongdoing but also to help employees resolve predicaments before they make a bad move. By developing better measures of effectiveness, firms can adopt more ambitious and innovative programs that really do curb improper behavior. (grifos nossos)

1.1.2 Algumas reflexões iniciais relacionadas ao programa de *compliance*

Feito o breve lineamento acerca dos aspectos práticos do programa de *compliance* sob o ponto de vista de seus pilares estruturais, passemos agora a verificar algumas questões iniciais que exsurtem do programa de *compliance*.

Em primeiro lugar, é de se reconhecer que o programa de *compliance* traz custos de estruturação e manutenção, o que exige preparo e disponibilização de recursos da empresa. Porém, argumenta-se que referidos custos não se comparam com os benefícios derivados do programa, eis que esses são muito maiores sob uma perspectiva de longo prazo. Dito de outra forma, os prejuízos causados pelo envolvimento no cartel, nessa hipótese, são imensamente superiores aos custos de implementação do programa,¹⁵⁹ de tal maneira a transmutar o custo em investimento. Com base nessa lógica, tomando por analogia a teoria dos *custos de transação* em Coase,¹⁶⁰ particularmente sob o olhar de Williamson,¹⁶¹ simplificada, é possível cogitar, no mínimo, três aspectos relacionados a custos de transação no processo de implementação do programa de *compliance*, nomeadamente (i) custos de manutenção; (ii) custos de não conformidade; e (iii) custos de governança.

¹⁵⁹ Delimitadamente, diante da legislação antitruste brasileira, à vista de condutas anticompetitivas, Gilvandro Vasconcellos Coelho de Araújo e Mariana Piccoli Lins Cavalcanti observam: “É indubitável que o custo de investir em políticas de *compliance* é inferior ao custo que uma empresa terá que arcar para eventualmente se defender perante um processo administrativo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ou ao custo de uma eventual condenação. Nos termos dos arts. 37 e 38 da Lei 12.529/2011, uma empresa que se engaja em condutas anticompetitivas e não segue os ditames de uma lei concorrencial está sujeita a multas entre 0,1% a 20% de seu faturamento bruto anual e a demais penalidades, como a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas por prazo não inferior a cinco anos”. Cf. ARAÚJO, Gilvandro Vasconcellos Coelho de; CAVALCANTI, Mariana Piccoli Lins. A importância do *compliance* no direito antitruste brasileiro. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

¹⁶⁰ O gérmen dessa teoria veio de sua obra: The Nature of the Firm. **Economica**, New Series, v. 4, n. 16, nov. 1937, 386-405. Cumpre mencionar também: COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, v. 3, out. 1960, pp. 1-44.

¹⁶¹ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-Cost Economics: The governance of contractual relations. **The Journal of Law & Economics**. v. 22, n. 3, out. 1979, pp. 233-261.

Considerando essas três espécies de custos, tem-se que a primeira espécie se relaciona com os custos de executar e promover a política de *compliance*, espelhando, por exemplo, o custo de pessoal, treinamento, comunicação e consultoria. A segunda espécie tem a ver com as sanções, penalidades, multas e tributos, custo de remediação e reparação, perda da receitas, interrupção dos negócios, perda de produtividade, desvio de foco, impacto no capital, danos à reputação da empresa, de seus empregados e da marca, despesas com assessoramento jurídico e econômico, custas judiciais e gastos com os processos, valor/hora da alta administração etc. A terceira espécie se relaciona com a manutenção e as despesas da diretoria e dos comitês, custos legais e jurídicos, contratação de auditoria externa e relacionamento com investidores e comunicações. É nessa linha o raciocínio desenvolvido por Ribeiro e Diniz.¹⁶²

Tendo em mente a teoria dos custos de transação, em síntese, a premissa é de que as empresas somente iriam adotar programas de *compliance* quando o aumento no valor da produção gerado pelo programa for perceptivelmente maior que os custos incorridos para implementá-lo. Se o custo de implementação for maior que as vantagens perceptíveis advindas do programa (daí a importância das sinalizações aos benefícios do programa e da “vantagem competitiva” que ele representa), Ribeiro e Diniz aduzem que seria necessário a *imposição* desse instrumento por meio da regulação governamental, o que nem sempre tende a se refletir em termos de melhores resultados. Nesse sentido, as autoras comentam que:

Uma norma cujo propósito seja minimizar os custos de implementação da política de *Compliance* precisa ser eficiente para ensejar o bem-estar – noção utilitarista e balizamento ético – para o maior número possível de pessoas. O ganho dos vencedores deve permitir a compensação dos perdedores, conforme o critério de Kaldor-Hicks, sendo tal entendimento essencial para a elaboração de políticas públicas eficientes. No caso do *Compliance*, acredita-se, a implantação de tal política somente será efetiva se arraigada na cultura organizacional, ultrapassando a mera divulgação ou imposição a partir de norma expressa, ou seja, o respeito e a exigência de condutas adequadas e a intolerância às condutas inadequadas devem fluir naturalmente, inclusive dentro da alta administração.¹⁶³

Disso, observa-se que programas consistentes e robustos demandam tempo e custos não negligenciáveis do ponto de vista de recursos - humanos e econômicos - dedicados à sua

¹⁶² RIBEIRO; DINIZ, op. cit., p. 94.

¹⁶³ Ibid., p. 95.

implementação e manutenção,¹⁶⁴ observando um interativo *continuum* para a consolidação da cultura ética na organização, que, idealmente, deve partir de dentro no sentido de forjar valores intrínsecos, de sorte a colocar em perspectiva a efetividade de normas impositivas (e não de caráter cooperativo/negociado) para a perenização do genuíno *compliance*, de modo a dialogar com a observação das autoras supra referidas.

Outro aspecto a ser iluminado diz respeito à limitação do programa de *compliance*. Dito de outra forma, esse programa não se presta a anular riscos e eliminar violações, mas sim minimizar riscos e minorar a ocorrência de infrações e, conseqüentemente, evitar a concretização do custo de não conformidade, em especial.¹⁶⁵ O fato de não ser imune a falhas não descaracteriza, em princípio, a robustez e a efetividade¹⁶⁶ do programa, mormente quando viabiliza a rápida detecção do ilícito e permite o seu tratamento tempestivo, evitando o empilhamento de custos e danos.

Conexamente a essa discussão, anotamos a visão de Cristiane Schmidt,¹⁶⁷ quando discorre sobre a necessária harmonização entre o programa de *compliance* (concorrencial) e a governança corporativa. Para Schmidt, um programa robusto é “condição necessária, ainda

¹⁶⁴ Ana Frazão anota que a estruturação de programas de *compliance* (tanto na seara antitruste como anticorrupção) “é algo extremamente complexo, custoso e trabalhoso, pois se trata de um programa abrangente e permanente, que precisa ser constantemente supervisionado e atualizado”. Ver: FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 286. Sarcedo também comenta que estruturar um programa de *compliance* realmente eficaz se trata de “tarefa hercúlea”, mas relativiza argumentos relacionados a custos para justificar a não estruturação do programa, porquanto, analisando sob um viés amplo e não apenas negocial, salienta o autor que o custo de implementação “é muito inferior aos montantes que podem atingir as multas e as penalidades legais e regulatórias incidentes sobre a atividade empresarial, isto sem falar nos prejuízos de imagem e de divisão de mercado que podem ser suportados por uma companhia em caso de falhas em sua estrutura de prevenção de ilícito”. Cf. SARCEDO, op. cit., p. 49. Em outras palavras, a lógica consiste em compreender o programa de *compliance* como um investimento, que, de fato, representa custos não negligenciáveis, mas que superam em muito a não estruturação ante a ocorrência de ilícitos e, conseqüentemente, custos de elevada e variada monta. Nessa linha, Sarcedo refere-se à Richard Steinberg, o qual, a respeito do custo da não conformidade, comentou que “um dos estudos descobriu que uma empresa de um bilhão de dólares de faturamento com somente uma falha de *compliance* incorreu em oitenta e um milhões de dólares em custos”, entre multas, acordos, perdas negociais e interrupção de negócios. Cf. Richard M. Steinberg apud SARCEDO, op. cit., pp. 49-50.

¹⁶⁵ Como afirmado por Bruno Maeda, seria errôneo esperar que o programa garantisse a ausência de violações. Em verdade, o que se espera “é que empresas façam o máximo para reduzir a probabilidade de violações, através de uma postura comprovadamente diligente e vigilante e dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade frente aos riscos específicos presentes em suas operações”. Cf. MAEDA, op. cit., p. 181.

¹⁶⁶ Considerando efetividade de maneira ampla, conforme será esclarecido.

¹⁶⁷ Uma nota de registro para esclarecer que, pouco antes do depósito desta dissertação, foi publicada, no Diário Oficial do Estado de Goiás de 02 de janeiro de 2019, a nomeação de Cristiane Schmidt para o cargo de secretária da Secretaria de Estado da Fazenda. Schmidt, então Conselheira do Tribunal do CADE, solicitou a renúncia em 12 de dezembro de 2018, conforme ofício remetido para o Ministro da Justiça nesse sentido.

que não suficiente para a sua efetividade”. Sob tal pressuposto, alega Schmidt que se a governança corporativa for falha, pouco importaria um programa ser robusto, de modo que

[p]ara se ter um programa de *compliance* concorrencial efetivo, assim, além deste ter que ser robusto, a empresa precisa ter uma governança corporativa que permita que haja uma ‘perfeita harmonia’ entre o programa e a prática dos colaboradores.¹⁶⁸

Concordamos com o racional de Schmidt, sem prejuízo de adicionarmos, em particular, breves nuances no que tange ao nosso entendimento a respeito da “efetividade”, que, sob a nossa chave de leitura, não necessariamente se restringe à evitação do ilícito no contexto maior do *compliance*. É dizer, a falha em prevenir um incidente não se traduz em raciocínio automático a respeito da não efetividade geral do programa de *compliance*.¹⁶⁹ Na realidade dos fatos não existe programa em *padrão de perfeição* que previna por completo a ocorrência de violações, que blinde a organização de infrações praticadas por seus executivos e empregados. Conforme consignado no Guia de Recursos para a Lei Norte-Americana Anticorrupção no Exterior (*FCPA - A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*):¹⁷⁰

These considerations reflect the recognition that a company’s failure to prevent every single violation does not necessarily mean that a particular company’s compliance program was not generally effective. DOJ and SEC understand that ‘no compliance program can ever prevent all criminal activity by a corporation’s employees,’ and they do not hold companies to a standard of perfection. An assessment of a company’s compliance program, including its design and good faith implementation and enforcement, is an important part of the government’s assessment of whether a violation occurred, and if so, what action should be taken. In appropriate circumstances, DOJ and SEC may decline to pursue charges against a company based on the company’s effective compliance program, or may otherwise seek to reward a company for its program, even when that program did not prevent the particular underlying FCPA violation that gave rise to the investigation. (grifos nossos)

¹⁶⁸ Cf. SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Governança corporativa e compliance concorrencial. **JOTA**, 11 nov. 2018.

¹⁶⁹ Ou mesmo da não robustez do programa ou da ausência de boa-fé da organização. É de fundamental valia, para tanto, apurar os efeitos do programa à luz da realidade concreta para se proceder com o adequado diagnóstico, descartando assunções apriorísticas.

¹⁷⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, CRIMINAL DIVISION; U.S. SECURITIES EXCHANGE COMMISSION, ENFORCEMENT DIVISION. Op. cit., **FCPA...**, p. 65.

As Diretrizes de Sentença dos EUA (*Sentencing Guidelines*) andam na mesma direção, ao disporem que “[t]he failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct”.¹⁷¹

Ora, empresas não atuam no vácuo; elas interagem (e seus indivíduos interagem) em uma sociedade global, complexa¹⁷² e multifacetada, onde há riscos difusos. E mais: o risco¹⁷³ é da essência da vida - incluindo a vida corporativa, com risco no mercado e dentro da própria organização.¹⁷⁴⁻¹⁷⁵ O risco não cessa, embora possa ser mitigado com instrumentos e

¹⁷¹ ESTADOS UNIDOS. UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **2018 Guidelines Manual**. nov. 2018. Cf. §8B2.1.(a) Effective Compliance and Ethics Program.

¹⁷² Ver: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad: 2000. Em especial, Partes III (Globalização, democracia e direito) e IV (Complexidade social e sistema jurídico).

¹⁷³ O risco é um aspecto central em qualquer discussão de *compliance*. No contexto empresarial, estratégias de prevenção perpassam por elaborar instrumentos de avaliação de riscos (*risk assessment*) visando minimizar a probabilidade de violações para evitar danos à organização.

¹⁷⁴ Dentre diversas dimensões para se analisar a questão do risco, citamos a abordagem microeconômica, em específico à luz da *economia da incerteza*. Estudos mais consistentes sobre risco e incerteza para a análise econômica datam do século passado (1920), jogando luz para o trabalho de Knight – *Risk, Uncertainty and Profit*, em que vincula os conceitos de risco e incerteza para abordar questões de lucro, empreendedorismo e sistema de livre empresa. Conforme explica Danilo Araújo, a distinção entre risco e incerteza proposta por Knight interpreta o risco como uma “aleatoriedade com probabilidades conhecidas”, enquanto que a incerteza seria uma “aleatoriedade com probabilidades desconhecidas”. Nesse passo, Danilo Araújo observa que, para Knight (“*knighthian uncertainty*”), “o risco se refere a uma situação em que a probabilidade de um resultado pode ser determinada, sendo então possível, por meio de seguro, proteger-se contra esse resultado. A incerteza, ao contrário, refere-se a um evento cuja probabilidade não pode ser conhecida (quer dizer, refere-se a uma situação em que a distribuição de probabilidade de um resultado variável é desconhecida)”. Todavia, o autor expõe um contraponto a essa ideia, ante o argumento de que risco e incerteza “seriam uma única e mesma coisa” e que o problema colocado por Knight “estaria meramente se referindo à circunstância de que o agente não atribui probabilidades, e não que ele não poderia fazê-lo, tal maneira que incerteza seria um problema de ordem epistemológica e não ontológica. De mais a mais, como explica Danilo Araújo, a incorporação formal de risco e incerteza na teoria econômica, de fato, começa em 1944, com trabalho de von Neumann e Morgenstern (*Theory of Games and Economic Behavior*). Não está nos limites deste trabalho aprofundar nessa análise, mas apenas pontuar diferentes formas de encarar o “elemento risco”. Aproximando a análise para o contexto empresarial, e considerando o empresário e a atividade por ele exercida, denota-se que o risco é ínsito à referida atividade, conforme Romano Cristiano apud Danilo Araújo: “[S]e é verdade que a palavra ‘empresa’ não se refere a todos os tipos de atividade humana [...] também não pode haver dúvida a respeito do seguinte: em sentido geral, a característica fundamental (portanto – nota-se – não único) de toda e qualquer empresa é a existência de atividade contendo risco em grau relevante. Melhor dizendo: onde há empresa há risco, ou, caso prefira: havendo empresa, ela só é tal porque nela há risco; risco de dano notável ou de perda de algo importante”. Ver: ARAÚJO, Danilo B. dos S. Gomes de. Limitação do Risco Empresarial. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (coord.). **Agenda Contemporânea: direito e economia 30 anos de Brasil**. Tomo 3. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw), pp. 221-222.

¹⁷⁵ A título de nota, vale registrar algumas teorias sociológicas que examinam o risco (aliás, uma palavra de carga polissêmica), cujos desenvolvimentos e conceitos científicos ganham escala no século XX. José Manuel Mendes apresenta um panorama entre alguns conceitos de risco que foram desenvolvidos, focando sobretudo nas teorias de Ulrich Beck (calcada na modernização reflexiva) e em Niklas Luhmann (calcada na teoria dos sistemas, aqui tratando, também, da diferença entre a noção de perigo e risco, aquele atribuível a um fator externo e não controlável, ao passo que este vem ligado às consequências de decisões tomadas voluntariamente pelos atores sociais). Para detalhes, ver: MENDES, José Manuel. **Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições**. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

controles apropriados. Partindo dessa assunção, a nosso entender, o programa de *compliance* será crível e terá *envergadura de efetividade* se, a despeito de não prevenir um incidente,¹⁷⁶ a organização, de boa-fé, tiver atuado com diligência e utilizado recursos adequados para prevenir incidentes, detectando e respondendo-remediando eventual incidente que não foi possível conter.¹⁷⁷

A esse raciocínio de diligência empresarial deve se acoplar uma mudança material na cultura da organização em termos do paradigma da ética e conformidade. Isso significa dizer, em outras palavras, que se a prevenção não foi suficiente para evitar um incidente, é esperado que um programa realmente efetivo disponha de mecanismos de monitoramento que sejam aptos a detectar pronta e eficazmente a irregularidade, oportunizando uma detalhada investigação para apuração dos fatos e consequente tomada de providências (*e.g.*, remediação de danos e celebração de acordos com o regulador).¹⁷⁸ Sublinhe-se, nesse aspecto, que a resposta proativa, assertiva e satisfatória da empresa frente ao ilícito é um fator diferencial, senão o mais decisivo, no tocante à avaliação da efetividade e robustez do programa face a visão mais alargada proposta, considerando, nessa lógica, a existência de uma cultura da conformidade na organização.

A propósito, não se descartaria, nessa hipótese, a possibilidade de a Administração pública eventualmente recompensar a empresa, a despeito da ocorrência da violação, haja vista a colaboração útil e efetiva prestada pelo agente, que oportunizou o desmantelamento da infração, por exemplo (*e.g.*, cartel). Face a esse raciocínio, o evento ilícito não seria o liame causal a neutralizar a possibilidade do “prêmio”, isto é, da recompensa estatal à

¹⁷⁶ Aludindo ao “fator humano” no contexto de possíveis riscos, Ilana Luz assim anota, “[é] de se afirmar, outrossim, que são programas coordenados por pessoas e, portanto, sempre sujeitos à falibilidade humana, de modo que nenhum programa, por melhor que seja, terá o condão de evitar, em todas as situações, os riscos de não conformidade. A função do programa é dirimir, mitigar esses riscos, devendo-se ter em mente que sempre haverá possibilidade de ocorrência desses”. LUZ, *op. cit.*, p. 123. Na mesma senda, Riley e Sokol observam que “[u]ltimately compliance with the law is dependent on human behavior [...] a single non-compliance incident is not an indication that the company has ‘failed’ in compliance – but the company’s response to the compliance incident is highly indicative of the company’s culture and commitment”. RILEY; SOKOL, *op. cit.*, p. 45.

¹⁷⁷ Cf. Eva Lachnit “a single incident is not necessarily a sign of a ‘failed’ compliance programme, and the willingness to improve upon an existing programme should be considered a sign of the commitment to compliance”. LACHNIT, *op. cit.*, **Alternative enforcement...**, p. 318.

¹⁷⁸ Esse processo não necessariamente será automático, não há uma relação causal. A empresa pode detectar a conduta e, por razões estratégicas, optar por não reportar o ilícito à autoridade. Nessa perspectiva, o incentivo externo do regulador - via multas severas, possibilidade de acordos e benefícios, reputação etc. - pode influenciar a decisão do agente quanto às consequências de denunciar ou não o ilícito detectado, lembrando que, como frisamos, essa questão deve ser encarada sob um viés que extrapola as raízes da teoria neoclássica.

organização que envidou esforços de boa-fé para prevenção, detecção e tratamento-remediação do ilícito. Essa questão atinge o cerne do exame que subjaz aos Capítulos subsequentes. Com efeito, há uma série de variáveis que deve ser sopesada diante da casuística. Como pano de fundo dessas considerações, é vital que se verifique o *alinhamento de incentivos* entre *compliance* e governança para que os resultados do programa sejam efetivos e consistentes, especialmente no que toca à formulação de incentivos pela alta administração em prol da conformidade.¹⁷⁹ Como se examinará adiante, *compliance* e governança aparecem como conceitos interativos.

Em adição, pontue-se um pressuposto contido no arrazoado desenvolvido até aqui: o programa de *compliance* funciona como meio¹⁸⁰ para a concreção dos objetivos a que se destina, e não como um fim em si mesmo. E, como corolário, não é despidendo advertir: o programa de *compliance* não é panacea,¹⁸¹ mas antes constitui instrumento oportuno para subsidiar a empresa na *conformação ao comportamento* desejado - leia-se, a conformidade com as leis em linha com uma cultura de ética empresarial.

Posto de lado o sofisma da panacea, vale outro rápido alerta no que toca ao risco de “fetichizar” o programa de *compliance*. Leia-se, o funcionamento limitado ou inviabilizado do programa como reflexo da abundância de imposições e demandas. Aqui, no afã de implementar medidas de *compliance*, a empresa pode descalibrar e impor um arrocho de exigências normativas, sem ressonância na cultura empresarial. Se é assim, há o risco de que as demandas corporativas sejam percebidas pelos empregados como excessivas e sem eco no ambiente corporativo, sem estímulos para o cumprimento genuíno, e, mais grave, podendo ventilar rejeição por conta do esgotamento que proporcionam. Trata-se de um fenômeno no qual a organização maneja as políticas de *compliance* em tom inadequado e sem sensibilização, com demandas que consomem e estafam os empregados ao exigirem em demasia. Nesse cenário, o que, em princípio, se administrada de forma equilibrada,

¹⁷⁹ Portanto, nesse aspecto, está-se em consonância com SCHMIDT, à vista do retro exposto.

¹⁸⁰ Fazemos aqui uma analogia entre o programa de *compliance* e o dever de cuidado (*i.e.*, a implementação do programa de *compliance* como um *dever de meio* por parte do administrador), referenciando à Ana Frazão, quando a autora observa: “[...] [D]ever de cuidado é um dever de meio e não de fim, motivo pelo qual o simples fato de haver um ilícito não quer dizer que a pessoa jurídica tenha violado o seu dever de cuidado e agido de forma reprovável. Tal assertiva é particularmente verdadeira em grandes corporações, nas quais é absolutamente impossível que os administradores possam assegurar o resultado da ação dos milhares de empregados e representantes que agem em nome da pessoa jurídica”. Ver: FRAZÃO, op. cit., **Direito da concorrência...**, p. 278.

¹⁸¹ Ver, nesse sentido, ANDERS, Eduardo Caminati; MISALE, Guilherme Teno Castilho. Programa de Compliance Concorrencial: quando compliance e enforcement se encontram. **JOTA**, 22 fev. 2017.

cuidadosa e proporcional, poderia ser uma iniciativa edificante para catalisar a cultura do *compliance*, acaba por se traduzir em inflação de diretrizes burocráticas e demandas formais, potencializando um efeito fadiga (“*compliance fatigue*”),¹⁸² que pode levar, inclusive, à sabotagem dessas diretrizes e suscitar riscos de infrações.¹⁸³ Um nota aqui da perspectiva do regulador: se este se vale de tal abordagem no cenário de avaliação do programa, impondo um sem número de exigências maçantes e desconectadas da realidade, não se descarta a possibilidade de que haja igual incentivo perverso para o não cumprimento por parte do agente econômico (ou o cumprimento irrefletido e de aparência, sem sensibilização real).

Conectado ao problema da “fetichização”, também registramos outro. Trata-se de hipótese na qual o programa de *compliance* é deliberadamente emulado pelo agente econômico, sem interesse em internalizar qualquer senso de conformidade na organização. Não há preocupação com a conscientização dos valores éticos. O agente atua de modo oportunístico, com o intuito exclusivo de tirar proveito de eventual contrapartida financeira que o regulador possa conceder quando da dosimetria da pena. O agente mimetiza o programa, racionalizando essencialmente sobre o custo/benefício dessa hipótese à vista da recompensa financeira por parte do Estado. Nesse caso, ver-se-ia o chamado “programa cosmético”, que equivaleria a um instrumento “de fachada”,¹⁸⁴ sem compromisso em alterar o *animus* empresarial em favor do paradigma ético e da conformidade.

Diante de um cenário global de elevada fiscalização normativa e de demandas sociais por comportamentos éticos, transparentes e responsáveis, levando muitas organizações a estruturarem instrumentos de autogovernança e *compliance*,¹⁸⁵ também se exponencia a engenhosidade dos agentes econômicos para ocultar os seus malfeitos e ludibriar os reguladores e a sociedade com falsos sistemas de controle.¹⁸⁶ Nesse contexto, não seria

¹⁸² Abordando sobre essa possível “síndrome”, ver: PROENÇA, José Marcelo Martins; MISALE, Guilherme Teno Castilho. Compliance: entre o fetiche e a fadiga, um alerta para a saúde corporativa. *JOTA*, 03 set. 2018.

¹⁸³ Para evitar esse tipo de risco, isto é, o contraincentivo ao *compliance*, é imperioso que as estratégias de *compliance* da organização sejam formuladas, administradas e promovidas de maneira a genuinamente sensibilizar e engajar todos os seus executivos e empregados em prol de ações voltadas ao espírito da ética e conformidade, inspirando e incutindo de maneira segura, equilibrada e real os valores e compromissos que moldam e orientam a cultura da organização. Cf. *Ibid.*

¹⁸⁴ Sinônimos extraídos da literatura acadêmica são: programas de papel, cosmético, superficial, de prateleira, formal, protocolar, de adereço, de aparência, *proforma*, *window dressing* etc.

¹⁸⁵ E todo o necessário cuidado para daí não derivar a “fetichização”, conforme alertado acima.

¹⁸⁶ Vide, por exemplo, a Volkswagen, com multa de 1 bilhão de euros na Alemanha por conta de fraudes em testes de emissão de poluentes de veículos equipados com motor a diesel. Nos EUA, a empresa negociou acordos, arcando com 4,3 bilhões de dólares para encerrar acusações civis e criminais. Além dessas multas, não se pode ignorar os potenciais processos abertos por acionistas contra a empresa. Conforme noticiado, a

inconcebível supor, na hipótese relatada acima, que um agente econômico mimetizasse intencionalmente um programa de *compliance* com o fito de ludibriar o regulador e/ou demais agentes de mercado, ou mesmo para camuflar alguma prática lesiva. Na superfície, a organização aparentaria ser uma empresa íntegra à vista do ornamental do *compliance*. Programas desse calibre também se amoldam na caricatura de fachada, ventilando um aspecto mais intenso de falsidade (“*sham*”). São instrumentos oblíquos e dissimulatórios, sem força preventiva e sem o potencial de reformar a cultura organizacional aos preceitos da conformidade, buscando induzir a erro e/ou ocultar infrações. Claramente, existe um propósito pernicioso na raiz desse artefato. A depender das consequências negativas, em princípio, excogita-se a má-fé do agente que se travestiu nessa falsa estrutura para lesionar a autoridade, o mercado e os *stakeholders*, por exemplo.¹⁸⁷

Como consectário lógico, é mister que a instância reguladora responsável por avaliar a robustez e efetividade do programa de *compliance*¹⁸⁸ seja dotada de adequada capacitação e conhecimento técnico, sob pena de não discernir entre um programa de *compliance* autêntico/real, eventualmente merecedor de algum prêmio, e um programa de fachada, dando azo à seleção adversa. Por conta da assimetria informacional que potencializa riscos de falsos positivos/negativos, poderia decorrer um efeito social perverso, qual seja, o desestímulo à confecção de programas sérios e comprometidos com o *standard* da conformidade, inibindo a expansão da cultura de *compliance*. Acresce-se que a não distinção entre os tipos de programa de *compliance* implicaria, no mínimo, um duplo custo para aqueles agentes de boa-fé: ao custo de implementação do programa de *compliance* se

Volkswagen fez uma provisão de 28,5 bilhões de euros para lidar com os gastos relacionados a esse escândalo (Evercore ISI). Ver: EXAME. **Volkswagen é multada por fraude em testes de emissão de poluentes**, 13 jun. 2018.

¹⁸⁷ Tal interpretação encontra respaldo na visão de Mendes e Carvalho, quando pontuam “[V]ale ainda destacar que, caso se constate a criação de um programa de *compliance* de fachada pela empresa [...] as autoridades podem, em vez de diminuir a pena, aumentá-la, dado que a presença ou não de boa-fé é sempre um fator avaliado na dosimetria da pena, tanto na defesa da concorrência quanto na Lei Anticorrupção. Ver MENDES; CARVALHO, op. cit., p. 160.

¹⁸⁸ Tal exercício não é (ou não deveria ser) algo trivial. A rigor, a aferição de robustez e efetividade demanda um exame aprofundado - e complexo - da cultura do *compliance* empresarial, sujeita à influência de inúmeras variáveis. Para tanto, logicamente, as informações e a cooperação do agente contribuem, mas é preciso que a autoridade também tenha capacitação para adequadamente empreender essa análise. Como aponta Donald Langevoort, “[T]he goal for regulatory and self-regulatory actors is to know how to assess the difference between good and bad compliance systems and cultures, or more precisely, how to array any given system on the lengthy continuum running from good to bad. This requires a deep anthropological knowledge of the firm and its people in the face of ample incentives to dress up to fool the casual visitor. We are far enough along in the law of compliance that all major firms do something in the name of compliance, often with checklists at hand of ‘to do’ items. Successful firms are usually adept at impression management, and managers and employees often believe their own myths. The masks they wear will not be easy to see through”. Cf. LANGEVOORT, op. cit., **Culture of...**, pp. 936-937.

somaria a desvantagem competitiva que ficaria esse agente ante a empresa que implementou um programa de fachada e que eventualmente teve seu programa considerado de maneira positiva pelo regulador, ensejando situações paradoxais da perspectiva da conformidade.

Esse potencial desnivelamento no âmbito da avaliação, frisa-se, poderia redundar efeitos indesejados e comprometer a disseminação da salutar cultura do *compliance*, porquanto, *ceteris paribus*, tenderia a desmotivar e, assim, arrefecer a elaboração de programas autênticos se, ao final, o agente que dispõe de um programa superficial fosse tratado, nesse quesito, da mesma maneira ou, pior, de forma mais benéfica do que aquele agente que se engajou e investiu elevados recursos na construção de um programa robusto, reforçando a situação paradoxal em comento.

Em última análise, ver-se-ia aqui uma manifestação do “custo da desonestidade”, que vem a reboque da seleção adversa.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰ Se é assim, a falta de uma “discriminação seletiva” quanto à qualidade do programa de *compliance*, por exemplo, tende a minguar os esforços genuínos para a consolidação da cultura da conformidade, havendo, como decorrência, custo de transação adicional na confecção do programa. Em resumo, é imperativo que a avaliação do programa seja feita de maneira muito cuidadosa e atenta para evitar o risco de seleção

¹⁸⁹ AKERLOF, George A. The market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the market mechanism, **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, aug. 1970, pp. 488-500.

¹⁹⁰ Para uma análise geral do ponto de vista da psicologia e economia comportamental a respeito do comportamento humano e motivações que levam à desonestidade, ver: ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sem desonestidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

adversa e, mais além, de predação regulatória,¹⁹¹⁻¹⁹² evitando, de igual sorte, o risco de situações paradoxais.

1.2 O Modelo Regulatório Tradicional em Mudança

Até aqui, procuramos delinear um esboço geral do programa de *compliance*, apresentando questões que interessam à presente investigação. Agora, iremos ventilar, com brevidade, algumas questões de fundo que ajudam a compreender a emergência dos instrumentos de conformidade no arcabouço jurídico. Como já enunciado e doravante desenvolvido, face à intensificação de riscos no evoluir econômico-social, notadamente em um complexo ambiente corporativo que traduz uma sociedade igualmente complexa (e de risco),¹⁹³⁻¹⁹⁴ novas abordagens e estratégias regulatórias se fizeram sentir para acompanhar

¹⁹¹ A Seção de Fraudes da Divisão Criminal do DoJ dispõe de um documento de orientação com tópicos e exemplos de aspectos e questões a serem considerados a fim de auxiliar os procuradores a tomarem decisões informadas a respeito da efetividade dos programas de *compliance* dos agentes econômicos (cf. ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Division. Fraud Section. Op. cit., **Evaluation...**). A nosso ver, tal documento é útil não apenas para os procuradores, mas também sob a ótica das empresas, vez que pode servir de balizamento adicional no contexto da estruturação e aplicação dos mecanismos do programa de *compliance* empresarial, iluminando pontos sensíveis e aspectos que requerem maior priorização aos olhos das autoridades competentes. Na formatação desse documento, consideramos oportuna a abordagem em tom aberto e moldável para o exame individualizado à luz do caso concreto, isto é, não cerrado no formato *checklist*, pois fosse uma lista ou fórmula estanque, ver-se-ia o risco de incentivos perversos. Cumpre esclarecer que após o depósito desta dissertação, a Divisão Criminal do DoJ publicou, no final de abril de 2019, exatamente sob o mesmo nome, documento atualizado para avaliação de programas de *compliance*; os princípios desse documento, na essência, não foram alterados. Apenas pincelando as três “questões fundamentais” postas nesse documento que os procuradores devem perguntar na decisão sobre a efetividade do programa, verificamos: (i) o programa de *compliance* da organização é bem desenhado? (ii) o programa está sendo implementado efetivamente (aplicado seriamente e de boa fé)? (iii) o programa funciona na prática? Ainda, vale registrar que, em setembro de 2018, a CGU editou um guia prático que, a nosso entender, procura se aproximar, *mutatis mutandis*, dos ideais do documento do DoJ (cf. BRASIL. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade: orientação para a administração pública federal**: orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional. set. 2018).

¹⁹² Ver: SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência? **RIL Brasília** a. 53 n. 211 jul./set. 2016.; CUEVA, op. cit., p. 548.

¹⁹³ Para algumas visões sobre o assunto, ver: LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. Berlin: Walter de Gruyter, 1993; CAMPILONGO, op. cit., **O Direito na sociedade complexa**; BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

¹⁹⁴ Consoante Claudia Cristina Barrilari, “a conhecida definição da sociedade moderna como sociedade de risco, para os fins aqui relevantes, no que se refere aos grandes conglomerados empresariais, às indústrias multinacionais, às corporações em geral, colocam-nas no papel de geradoras dos riscos que ameaçam a estabilidade social e de detentoras do domínio do conhecimento científico. Esses fatores, conjugados, abalam as estruturas do Estado na medida em que o mesmo não se vê preparado para enfrentar essa nova configuração social”. Cf. BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada, criminal compliance e mecanismos sancionatórios**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 49.

realidades sociais cambiantes. Ora, esse ambiente instiga a reflexão sobre a necessidade de estratégias de *compliance lato sensu*, incluindo o programa de *compliance*.

No campo da ética organizacional, da integridade e do *compliance*, constata-se a expansão de estudos e pesquisas multidisciplinares à vista de desafios econômicos, políticos, socioculturais, tecnológicos e organizacionais que caracterizam a transição friccionada entre os séculos XX e XXI. Tem-se um cenário instável e permeado por crises de credibilidade e confiança nos setores público e privado. Em particular, aumentam as pressões sociais de grupos afetados pelo comportamento empresarial, demandando maior governança, com destaque para a responsabilidade social. Nesse contexto, verifica-se a ascensão de movimentos legais de fiscalização de práticas que violam os preceitos éticos e legais.¹⁹⁵

Percebe-se, face a esse horizonte, um arcabouço institucional de complexificação de riscos que, por sua vez, espelha uma igual complexificação da sociedade e das instituições. A acentuação de riscos pode ser interpretada, dentre outros fatores, como derivação de um terreno social mais buliçoso, plural e sofisticado. Os riscos se amplificaram, em grande medida, na esteira do processo de globalização¹⁹⁶ e do regime neoliberal¹⁹⁷ (na confluência

¹⁹⁵ Ver: KUNSCH, Margarida M. Krohling; LEMOS, Else; PARAVENTI, Agatha. Comunicação-Ética-Integridade, uma luz para a compreensão dos fenômenos contemporâneos organizacionais no tempo-espaço contemporâneo. In: **Organicom - Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas**. Apresentação. Ano 14, n. 27, São Paulo, 2º sem 2017, p. 12.

¹⁹⁶ Dentre uma miríade de estudos e trabalhos dedicados à globalização e suas variadas repercussões, citamos André Jean Arnauld, aduzindo o “paradigma heurístico” representado pela globalização e suas mudanças de várias ordens, o que permitiria redescrever várias situações e estruturas, até mesmo o sistema jurídico, onde a regulação jurídica “tenderia a ser mais *soft*, pragmática e pluralista”, tal como uma “fragmentação das formas jurídicas”, segundo vislumbra Celso Fernandes Campilongo, mas ainda remanescendo distinções próprias do sistema jurídico frente a outros sistemas. Aliás, Campilongo, com uma lente interdisciplinar na teoria dos sistemas, observa a globalização a partir de conceitos como diferenciação funcional, sistemas autorreferenciais e redes de inclusão, para perquirir a relação globalização com a democracia. Ver: ARNAULD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990; CAMPILONGO, op. cit., pp. 115-116. Demais disso, válido pontuar o que, mais recentemente, tem-se ventilado como uma suposta tendência de “desglobalização”, mormente na esteira da vitória de Donald Trump como Presidente dos Estados Unidos da América, em 2016, e a respectiva adoção de políticas comerciais protecionistas sob a defesa de princípio da soberania, bem como o “fenômeno” Brexit (grosso modo, processo de saída do Reino Unido da União Europeia). Para Boaventura de Sousa Santos, entretanto, não haveria que se falar em “desglobalização”, mas antes, ter-se-ia uma nova fase de globalização, “mais dramática, mais excludente e mais perigosa para a convivência democrática, se é que não implicam o fim desta”, fazendo uma crítica contundente a algumas novas manifestações da globalização. A esse respeito, ver: SANTOS, BOAVENTURA de Sousa. Boaventura: a ilusória “Desglobalização”. **Outras Palavras**. Geopolítica & Guerra, 14 out. 2017. Ainda, trazendo um apanhado sobre globalização, desglobalização, democracia, pós-modernidade e o atual “estado de perplexidade”, lançamos luz para LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Desglobalização e Democracia. **Justiça & Cidadania**, artigos, edição 206, 20 out. 2017.

¹⁹⁷ Globalização como fato histórico, cuja emergência é associada à terceira Revolução Industrial, ao passo que o neoliberalismo é fruto de uma ideologia, conforme entendimento de Eros Grau. Ver: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 45-53.

da “pós-modernidade”, se assim se admite),¹⁹⁸ que, não obstante tenham propiciado uma série de contribuições singulares, citando avanços nos campos tecnológico e científico, também alargaram o manto da criminalidade,¹⁹⁹ em especial com o surgimento/densificação

¹⁹⁸ De uma maneira muito resumida, vê-se um mundo estruturado sob o modo de produção capitalista, na era da globalização (pós-)industrial, que tem experimentado o adensamento das relações, das trocas, da comunicação, do trânsito de pessoas e de mercadorias, permeabilizando fronteiras e relativizando o conceito de tempo e espaço. Tem-se um mundo complexo e uma sociedade igualmente complexa, regidos pelo dínamo da tecnologia da informação e do paradigma da digitalização e da velocidade, em constante processo de inovações tecnológicas, destruições e “disrupções” criativas e competição acirrada. O dado é o novo petróleo, a nova *commodity* que ambiciona e revoluciona. A máquina se confunde com o empregado e ambos competem na indústria. Surgem novos mercados de mercadorias etéreas ou que mal existem. A globalização ganha um acentuado jaez econômico-comercial, averiguando a interconexão dos sistemas financeiros e a uniformização/padronização das práticas comerciais. Nesse horizonte, forja-se a morfologia de uma sociedade pautada por incertezas fabricadas, convivendo no eterno estado de medo, em que perigos e ameaças de diversas naturezas abundam, se matizam e permeiam a tessitura global. O virtual se torna real, o novo signo relacional e comunicativo. As relações pessoais são paradoxalmente cada vez mais impessoais, imagéticas, líquidas e rarefeitas, forjadas sob um tecido social esgarçado, poroso, repleto de fricções e desníveis, embebido por conflitos políticos, contradições sociais, questionamentos éticos e morais, desigualdades econômicas e experiências multiculturais ambíguas, que ao mesmo tempo que excluem aproximam, sobejando um caldo denso e buliçoso, de fenômenos complexos, desafiadores, multifacetários e interconectados, em que a despeito do inchaço de controles, a sensação é de permanente descontrolo. A regulação tradicional, nesse ambiente complexificado, carece de recursos para acompanhar *pari passu* a fluidez das novas relações e dos novos tempos, evocando a necessidade de estratégias cooperativas, sob o signo da confiança, para apreender os novos fenômenos e as novas realidades que se espraiam em um mundo transformador e transformativo. Essa é uma leitura sintetizada que fazemos desse “novo tempo” que se acentua na esteira do século XXI. De modo adicional, e examinando o direito na “pós-modernidade” (expressão de carga controversa), como um exemplo, citamos: BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 96 et seq.

¹⁹⁹ Como verifica Ulrich Sieber, “[O]s programas de *compliance* e as novas formas de regulação para a prevenção da criminalidade a ele relacionadas são uma reação aos escândalos espetaculares no âmbito da criminalidade econômica experimentados nos últimos tempos tanto nos EUA quanto na Europa: com a bancarrota empresarial, por exemplo, da *WorldCom*, *Enron*, *Parmalat* e *Flowtex*, que desde então já indicavam a fundamentação de que a criminalidade poderia levar tanto à bancarrota quanto a consideráveis danos à sociedade como um todo”. Cf. SIEBER, Ulrich. Programas de *Compliance* no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução por Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William T. et al. (org.) **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 291. Ademais, como aponta William Laufer, “[A] quebra da Enron, a condenação de Andersen e a bancarrota da WorldCom definem o que tem sido chamado de um período histórico da ganância corporativa, enganos sem precedentes, falha generalizada do ‘gatekeeper’ e má governança organizacional. [...] Os escândalos também providenciaram melhores oportunidades para grupos ativistas com foco na ética corporativa, governança e boa cidadania”. Cf. LAUFER, William S. Ilusões de *Compliance* e Governança. Traduzido por Matheus de Alencar e Miranda e Leonardo Simões Agapito. In: DINIZ-SAAD, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2016, p. 13.

de redes e organizações empresariais complexas, dinâmicas e onipresentes,²⁰⁰⁻²⁰¹ dotadas de concentração de conhecimento e significativo poder técnico e econômico.²⁰² Para apreender tal cenário sob o escopo regulatório, verifica-se detida reflexão sobre novas estratégias de controle,²⁰³ mais maleáveis quando comparadas a uma abordagem rigidamente sancionatória,²⁰⁴ desnudando ferramentas mais colaborativas, alinhadas a um quadro matizado de incentivos e punição (*carrot and stick approach*).

Muito compactamente, é nesse caldo efervescente de coisas que se vislumbra a inserção do *compliance* de modo mais sistematizado. Se, de um lado, entremostrou-se maior arrocho regulatório em termos de *enforcement* para conter as novas articulações empresariais,²⁰⁵ por outro também se intuiu a aparente limitação da abordagem tradicional

²⁰⁰ Como constata Salvador Netto, “O avanço do capitalismo e as suas formas de organização definitivamente alçaram as empresas à posição de personagens principais, detentoras de fortíssimo poder econômico, controle da atividade de produção e distribuição de bens, monopolizadoras dos conhecimentos técnico-produtivos e científicos, além de propulsoras de tendências e comportamentos dos indivíduos consumidores. Concomitantemente, as empresas apresentam um número cada vez maior de funcionários e dependentes, como terceirizados e prestadores de serviço, despersonalizando a identidade de seus membros e institucionalizando-se enquanto ente empresarial”. Cf. SALVADOR NETTO, op. cit., p. 59 et seq. Ainda, Saad-Diniz aponta, em particular, que a “cultura da responsabilidade penal empresarial” ganha tônica em um contexto amplo de “transformações advindas da sociedade econômica, movida por elevada especialização na industrialização, proliferação de grandes complexos empresariais e grande movimentação internacional de capitais”. Cf. SAAD-DINIZ, op. cit., p. 3.

²⁰¹ Nesse ambiente, conforme Wolfgang Schaubensteiner, umas das principais referências alemãs na prática de *compliance*, apud Eduardo Saad-Diniz, “com a globalização, a corrupção e a criminalidade econômica também experimentaram o seu auge. A crise financeira deu novo ânimo à sedução de se buscar os benefícios à concorrência por meio de caminhos ilegais. As leis anticorrupção recrudesceram e uma rigorosa interpretação jurisprudencial reforçou a pressão sob a condução das empresas no sentido da preocupação com um gerenciamento adequado de risco, a fim de garantir o cumprimento das leis. Ao mesmo tempo, as empresas são cada vez mais confrontadas pelas reivindicações de *compliance* impostas pelos agentes de mercado”. Cf. SAAD-DINIZ, op. cit., p. 3.

²⁰² Cf. BARBOSA, op. cit., p. 35.

²⁰³ Sob o pano de fundo da sociedade (de risco) global e complexa, Ulrich Sieber reflete que “a autorregulação das empresas pode então ser um mecanismo bastante efetivo, mais do que as ideias de regulação estatais – em parte incompatíveis com a vida concreta das empresas. Se as empresas internacionais suportarem as formas determinadas de *self policing*, isso não deve ser no entanto uma expressão do *laissez faire* liberal, mas sim, para muitos dos casos, a única possibilidade para a recuperação de parte do controle estatal na forma de ‘autorregulação regulada’ ou a *rule at a distance*.” No ensejo, Sieber alude à John Braithwaite (*The New Regulatory State and the Transformation of Criminology. The British Journal of Criminology*, v. 40, n. 2, mar. 2000, Oxford Academic) para comentar a respeito de que a moderna sociedade de risco se aproxima à noção do “novo modelo *hayekiano* de regulação, isto é, o Estado regula e a sociedade civil dirige, em contraposição ao modelo regulação *keynesiano*, onde o Estado muito se dirige mesmo com a má regulação. Ver: SIEBER, op. cit., pp. 310-311.

²⁰⁴ Como aponta Laufer, “[...] a transformação da lei que acompanhou o movimento da cidadania da boa governança sugeriria uma troca bem-vinda. Códigos éticos, programas de treinamentos éticos e outras demonstrações de liderança corporativa em ética sugerem controle interno suficiente ou autorregulação. Ademais, estratégias de comando e controle fundamentadas em uma leitura literal da lei não são páreo para tal autorregulação ou estilos menos formais de regulação cooperativa”. Ver: LAUFER, op. cit., **Ilusões de...**, p. 15.

²⁰⁵ Grosso modo, o arrocho regulatório-normativo forjado nos últimos tempos deriva, substancialmente, do cenário de inúmeras preocupações que gravitam em torno da higidez do mercado e de seu funcionamento ético

de comando e controle para acompanhar a contento uma realidade complexa e em mutação.²⁰⁶ Assim, não obstante um padrão altamente coercitivo, o *enforcement* tradicional sugere sinais de limitação. Nesse estado da arte, estratégias regulatórias de controle são levadas à reflexão.²⁰⁷

Pois bem, buscando conciliar a dicotomia entre, de um lado, uma abordagem regulatória calcada na detenção (*deterrence-based*)²⁰⁸ e, de outro, uma abordagem regulatória calcada na persuasão (*cooperative*),²⁰⁹ como exemplo, ilumina-se o modelo baseado no *Responsive Regulation*, que, de modo muito singelo, mescla os componentes de ambas as abordagens para garantir a conformidade regulatória, forjando um conceito conhecido como “Pirâmide de *Enforcement*”.²¹⁰ Ao fim e ao cabo, busca-se estabelecer um

e íntegro, haja vista uma espiral crescente de crimes econômicos (*e.g.*, corrupção, lavagem de dinheiro, conluíus etc.). Nessa ótica, com o intuito de refrear e dissuadir ilícitos empresariais, focalizando sobre práticas colusivas e corrupção, que impactam severamente o bem-estar social e a economia, houve esforço global dos legisladores/reguladores com vistas a ampliar as bases da responsabilização jurídica e impor novos e mais severos tipos de penalidades sobre os infratores, bem como de estabelecer acordos de cooperação internacionais. Em particular, quanto à amplificação da responsabilização jurídica objetivando fortificar o ambiente institucional de repressão a ilícitos empresariais, sublinhe-se, no ordenamento jurídico brasileiro, dois normativos que tipificam a responsabilidade objetiva dos agentes econômicos, quais sejam, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) e a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

²⁰⁶ Consoante constata Ana Frazão, “[A] discussão sobre *compliance* ainda precisa ser travada no contexto das limitações que a regulação jurídica estatal sobre os mercados apresenta na atualidade, especialmente baseada somente na coerção. Daí a necessidade de se buscar novos horizontes para a regulação estatal, conectando-a com o estímulo a autorregulação [...] Por essa razão, Sieber considera o *compliance* como um processo de privatização da prevenção do delito e do controle da criminalidade através de ‘sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada’”. Ver: FRAZÃO, op. cit., **Direito da concorrência...**, p. 282.

²⁰⁷ As estratégias regulatórias de controle compreendem uma “mistura de ferramentas e abordagens regulatórias a partir das escolhas do regulador quando da definição das regras, do monitoramento do comportamento e do *enforcement* dos padrões desejados”. Conforme anota Jonas Antunes, “mais do que possuir uma caixa de ferramentas diversificada e conhecer a utilidade de seus utensílios, para ser efetivo, o regulador precisa saber onde, quando e como utilizá-las”. Cf. COUTO, Jonas Antunes. **Concorrência e Telecomunicações: estratégias regulatórias para o compliance com regras de acesso a redes**. São Paulo: Editora Singular, 2015, p. 82.

²⁰⁸ Abordagem regulatória da detenção / punição (*enforcement* via detenção). Em suma, essa abordagem parte da premissa da economia neoclássica, que assume o agente como um ser amoral/racional e maximizador de utilidade (lucro utilitário), que sopesa suas decisões à luz de um cálculo de custo/benefício autointeressado. Modelo de *enforcement* moldado pelo estilo confrontador/acusatório e legalista, que traz a perspectiva da coerção e ameaça, traduzindo um “jogo de gato e rato” entre fiscais e regulados, isto é, “os primeiros investem seus recursos na perseguição dos potenciais infratores; já os regulados investem seus recursos de modo a minimizar a probabilidade de serem pegos e punidos. O resultado do jogo é a geração de custos sociais substantivos que impactam os níveis de bem-estar geral”. Ver: ODED, op. cit., p. 47; COUTO, op. cit., p. 78.

²⁰⁹ Abordagem regulatória da cooperação/persuasão (*enforcement* via cooperação). Em suma, essa abordagem parte da premissa de que o agente é comprometido com o cumprimento legal, com senso de responsabilidade social (em princípio). Reconhece-se, de todo modo, a heterogeneidade dos regulados, o que significa que esses variam quanto ao nível de responsabilidade social e comprometimento normativo, trazendo uma visão que incorpora os pressupostos da economia comportamental. Modelo de *enforcement* com estilo conciliatório e que promove o *compliance* pela via da cooperação e da persuasão mútua. Para aprofundamento sobre conceitos e definições regulatórias, ver, por exemplo, ODED, op. cit., pp. 15-99.

²¹⁰ Em síntese, na base da pirâmide estão as estratégias de cunho persuasório, utilizadas para assegurar o *compliance*. Não obstante, é possível que o regulador escale a pirâmide para aplicar medidas mais

enforcement lastreado em uma abordagem “temperada”, que seja sinérgica e integrativa,²¹¹ para induzir a um *compliance* proativo, lidando com o não cumprimento das regras pelos regulados. Uma série de estratégias baseadas na *Responsive Regulation* é desenvolvida com vistas a aperfeiçoá-la. Na essência dessas novas estratégias e abordagens, que, em suma, buscam ir além de disputas insuladas sobre detenção/punição e cooperação/persuasão, tem-se a ideia de que “to reject punitive regulation is naïve, to be totally omitted to is lead a change on the light brigade. The trick of successfully regulation is to establish a synergy between punishment and persuasion”.²¹²

Com efeito, novos horizontes se abrem para um *enforcement* cooperativo, que busca alinhar objetivos (e incentivos) entre reguladores e regulados, contrapondo-se ao *enforcement* calcado no regime de comando-sanção, insuficiente para assegurar, unilateralmente, a eficácia dos comandos legais. Nesse particular, ressalta Ana Frazão, com olhar sobre o ordenamento concorrencial brasileiro, que:

Muito se discute na atualidade sobre os meios mais adequados e eficazes de regulação dos mercados, a partir da constatação de que a regulação jurídica tradicional, concentrada apenas em normas estatais que impõem obrigações coercitivas, não é mais suficiente para, sozinha, assegurar que os mercados funcionem bem e os agentes econômicos se comportem adequadamente. Mesmo com a ampliação dos instrumentos para se assegurar o *enforcement* das normas concorrenciais, de que é exemplo a possibilidade da utilização de ações privadas, tal como expressamente previsto pelo art. 47 da Lei n. 12.529/2011, há que se buscar outros mecanismos para a manutenção adequada do ambiente concorrencial. Dentre esses mecanismos está a utilização da regulação jurídica estatal para outras finalidades que não apenas a imposição de obrigações coercitivas, tais como para sinalizar valores e propósitos a serem buscados pelos agentes econômicos, conceder estímulos e incentivos a

intervencionistas buscando o *compliance* regulatório no caso da não cooperação do regulado. Em conexão, sublinhe-se o modelo pautado na “Pirâmide de Estratégias Regulatórias”, que se baseia na mesma lógica da “Pirâmide de *Enforcement*” (enquanto esta se baseia no regulado individualmente, aquela é expandida para a indústria). O Estado inicia o *enforcement* com soluções de autorregulação e avança gradualmente para arranjos regulatórios mais incisivos ao longo da escalada, caso necessário. O *Responsive Regulation* não ficou imune a críticas. Buscando aperfeiçoá-lo, foram desenvolvidas estratégias baseadas nesse modelo, como, por exemplo, *smart regulation*, *problem-centered regulation*, *really responsive regulation*, *regulatory analysis*. Para detalhado exame, ver: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate.** Nova Iorque: Oxford University Press, 1992; BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: theory, strategy, and practice.** 2ª ed., Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

²¹¹ Ver ODED, Sharon. **Corporate compliance: new approaches to regulatory.** Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 263 et seq.

²¹² Cf. BALDWIN; CAVE; LODGE, op. cit., p. 259.

determinados comportamentos, criar ambientes propícios para a cooperação entre os agentes, dentre outros.²¹³ (grifos nossos)

Como afirmado, sozinha, a regulação estatal (heterorregulação) revela seus limites práticos para acompanhar adequadamente a evolução dos novos negócios e dimensões corporativas.²¹⁴ Sem mencionar, subjacentemente, que o *enforcement* tradicional precifica o descumprimento das normas jurídicas por meio de multas pecuniárias e outras sanções, passando ao largo da variável moral para a construção de uma cultura de *compliance*. Se é assim, o *enforcement* tradicional se mostra potencialmente ineficaz para assegurar que as empresas atuem regularmente, internalizando a cultura da conformidade.²¹⁵

1.2.1 Uma possível perspectiva sobre a autorregulação regulada e o *compliance*

Com base nesse brevíssimo pano de fundo, dentre diversas iniciativas voltadas à promoção de um *enforcement* “inclusivo”, afigura-se, especificamente para os fins desta investigação, uma estratégia regulatória de indução aos instrumentos de *compliance*, que é feita mediante incentivos estatais para que os regulados internalizem instrumentos de autofiscalização (incorporando custos de monitoramento) a fim de atenderem a determinados objetivos públicos. Basicamente, o que se está por trás dessa estratégia é a conjugação de uma abordagem cooperativa, por meio da qual o regulador cria incentivos adequados e suficientes para sensibilizar os regulados acerca do autopolicimento de suas estruturas. Esses, por sua vez, são incentivados a elaborar “instrumentos de governança corporativa tendentes a garantir que as mais diversas políticas públicas sejam implantadas

²¹³ Ana Frazão observa, nesse sentido, as dificuldades naturais da autoridade concorrencial para, sozinha, isto é, de modo unilateral e diante de recursos limitados, fiscalizar e controlar os agentes e os mercados, de tal sorte que é muito importante que a autoridade seja flexível e explore novos caminhos no sentido de sinalizar valores e difundir a importância da cultura da concorrência, mormente levando em consideração o contexto brasileiro de país em desenvolvimento, com liberalização de serviços públicos e privatização tardia, de tal modo que a busca pela agenda de cooperação e autorregulação por meio do estímulo a posturas proativas do regulado é um caminho produtor, e isso pode ser endereçado por meio da chamada “advocacia da concorrência”. Cf. FRAZÃO, op. cit., **Direito da concorrência...**, pp. 67-68.

²¹⁴ Nesse sentido, Julianna Barbosa, ao ressaltar a limitação do Estado para acompanhar *pari passu* e a contento os avanços tecnológicos e o movimento das empresas, mormente na linha do *criminal compliance*: “[...] não só pela falta de conhecimento, bem como pela incapacidade de acompanhar a velocidade das modificações tecnológicas e de estabelecer uma adequada regulação do complexo entramado organizativo que constitui as empresas, reconhecendo-se, nesse aspecto, sua peculiar situação de sistema autônomo”. Tal fato, segundo Barbosa, resultou na necessidade de o Estado adotar uma estratégia de regulação distinta, isto é, instrumentalizar a capacidade empresarial em prol dos objetivos estatais de prevenção e contenção de riscos. Dessa sorte, exsurge a autorregulação como estratégia estatal para superar a deficiência interventiva, de tal maneira a conceder efeitos jurídicos às soluções apresentadas pelas empresas ao definir sua organização. Ver: BARBOSA, op. cit., p. 157.

²¹⁵ Ver: RILEY; SOKOL, op. cit., p. 7.

com maior eficiência”.²¹⁶ Sintetiza-se, à luz dessa estratégia, uma relação de complementaridade (e não de substituição) entre Estado e agentes econômicos.

Os instrumentos de autogovernança elaborados pelos agentes econômicos, em princípio, contribuem para tornar as políticas públicas mais efetivas e transparentes, e são de valia para inibir a prática de ilícitos mediante a mudança do comportamento empresarial. Isso porque os agentes econômicos são levados a internalizar o custo do descumprimento, ou seja, o custo da não conformidade com as leis.²¹⁷ Diga-se, o custo de transação do Estado na função persecutória é parcialmente deslocado, ou melhor, “compartilhado” com o agente econômico em sua missão preventiva.

Consoante afirmamos, nas últimas décadas, a sociedade assistiu a um conjunto de episódios que colocou em xeque a suficiência da regulação clássica baseada em ferramentas de comando e controle²¹⁸ para prevenir e detectar eficazmente ilícitos empresariais, especialmente na seara corporativa (leia-se, crimes empresariais *lato sensu*).²¹⁹ Nessa

²¹⁶ Cf. CUEVA, op. cit., p. 539. Como se verá adiante, trata-se de modalidade de regulação conhecida como “autorregulação regulada” ou “corregulação” (ou, na variante do direito anglo-saxão, *self-regulation*). Em linhas muito genéricas, a autorregulação regulada se traduz como manifestação da participação privada no processo regulatório, com diferentes modalidades de implementação. Os agentes privados intervêm no processo de regulação para concreção de interesses públicos estabelecidos pelo Estado, a quem se subordinam. Há formas mistas ou planos intermediários dentro dessa modalidade. Abordaremos a questão de forma genérica, deixando claro que, para os fins do direito da concorrência no Brasil, o que se tem atualmente é uma estrutura de incentivos ao programa de *compliance* (via possibilidade de atenuante pecuniária em face da estruturação voluntária ou negociada), e não a sua imperatividade (via obrigação de estruturar o programa, com consequências jurídicas da conduta omissiva). No ordenamento concorrencial brasileiro, o regulador estabeleceu preceitos gerais e não vinculantes para incentivar os administrados a adotarem mecanismos de conformidade (autorregulação), gozando de discricionariedade para atribuir descontos punitivos no intuito de induzir a implementação desses mecanismos. O Estado conserva seu poder de polícia, não abrindo mão de regular o mercado nem de impor sanções, porém passa a incentivar mais diretamente os administrados para que esses se subordinem aos fins ou aos interesses estatais mediante a autorregulação privada, identificando-se, por conseguinte, uma relação de complementaridade entre a regulação estatal e a autorregulação privada. Com efeito, a depender de sua disciplina jurídica, os instrumentos de *compliance* podem ser considerados mandatórios à luz do quadro da corregulação, produzindo efeitos vinculantes e consequências sobre o sistema jurídico estatal, expressando um dever jurídico impositivo pela coerção estatal-administrativa. Não se trata, entretanto, da realidade concorrencial brasileira atualmente. Foge ao escopo desta dissertação adentrar nessa questão particular, ora deixada para ulteriores oportunidades de pesquisa. Sobre o assunto, ver: SIEBER, op. cit., pp. 291-318.

²¹⁷ Cf. CUEVA, op. cit., 548.

²¹⁸ Ou seja, comandos legais e sanções aplicados aos casos de descumprimento visando garantir comportamentos socialmente desejáveis. Ver: COUTO, op. cit., p. 58.

²¹⁹ Sarcedo discorre sobre a governança corporativa na sociedade globalizada, especialmente à luz das ideias neoliberalizantes que afloraram com mais vigor a partir de 1980, pregando a desregulamentação estatal da economia. Nessa interface, que também viu a intensificação do desenvolvimento tecnológico, desenvolve-se a categoria dos “proprietários ausentes” (cf. Zygmunt Bauman). A ideia dos proprietários ausentes na era globalizada diz respeito, em síntese, às situações em que esses proprietários investem seus recursos em atividades econômicas sobre as quais não dispõem de controle administrativo e operacional direto e localizado. Nessa sistemática, como aponta Sarcedo, pode haver distanciamento e, não raro, conflito entre os interesses

ocasião, vislumbrou-se caminho alternativo para um tipo de regulação que busca acomodar ferramentas de comando e controle com incentivos e cooperação, abrindo espaço para a chamada autorregulação regulada. Grosso modo, reiterando o exposto, a autorregulação regulada pressupõe que o Poder público conserva a regulação, mas delineia uma abordagem mais flexível e interativa com o regulado, o qual, por seu turno, é requerido no sentido de diligenciar por suas atividades e perfectibilizar finalidades ou interesses predeterminados pelo ente regulador. Não se está, nessa lógica, a “privatizar” a atividade de controle estatal para o ente regulado no sentido estrito do expressão,²²⁰ na medida em que o regulador mantém seu aparato coercitivo; entretanto, atribui-se maior peso de responsabilidade ao regulado no sentido de colaborar com o regulador na execução de suas atividades.²²¹ Via de regra, o regulado dispõe de “informações privilegiadas” acerca de suas atividades ao se contrastar com o conhecimento limitado (assimetria informacional e escassez de recursos) do regulador.²²²

É nessa coexistência de interesses que, em resumo, vem a lume a ideia da autorregulação regulada. Como anotado por Ana Frazão, os programas de *compliance* exsurtem para desafogar a regulação estatal, de tal maneira que os agentes privados, por intermédio da autorregulação, se tornam “colaboradores na implementação dos valores

dos acionistas e investidores, remetendo à ideia de problema de agência. É nesse recorte, e mais fortemente a partir da década de 1990, quando se acentua a desregulamentação das atividades econômicas, trazendo a reboque um novelo de escândalos empresariais, que se fez imperativo o estabelecimento de regras e manuais para proteção de investimentos das partes interessadas no bom funcionamento da empresa, protegendo de desmandos de gestão etc., haja vista a separação entre interesses dos detentores de propriedade e os responsáveis pela gestão/administração da empresa. Ver: SARCEDO, op. cit., pp. 40-42.

²²⁰ Seria, na verdade, se é possível traçar uma simples analogia, uma espécie de “delegação”, porém sob controle. Ou melhor, o intermeio entre a autorregulação privada pura e a regulação estatal, desnudando uma correção público-privada para, em última instância, viabilizar um sistema de controle de ilicitudes que assegure maior efetividade das políticas públicas.

²²¹ Nesse sentido, nos termos de Ana Frazão e Ana Rafaela Medeiros, “[O] Estado, portanto, não abre mão da tarefa de regular o mercado nem de impor regras coercitivas aos agentes privados, mas atribui a eles maior relevância no processo de conformação à regulação estatal, concedendo incentivos para a adoção de programas de *compliance*”. Cf. FRAZÃO; MEDEIROS, op. cit., p. 75. Em similitude, Julianna Barbosa pontua que “[D]eve-se ressaltar, contudo, que tal estratégia não recorre à plena liberdade empresarial para definir seus rumos de regulação, mas sim se orienta pela busca de cooperação empresarial voltada para uma maior eficácia da intervenção estatal. Nesse aspecto, deve-se dizer que a autorregulação na gestão das atividades empresariais, como instrumento de regulação do Estado, não se embasa num argumento de autonomia, fundamento ideológico presente na ideia inicial de uma autorregulação como liberdade negativa, entendida como cláusula de não-intervenção estatal para o reconhecimento da autonomia política da empresa. Esse fundamento, aliás, se esfacela diante das crises do capitalismo e do aumento do poderio empresarial, que acaba conduzindo à necessidade de uma ‘autonomia responsável’”. Cf. BARBOSA, op. cit., p. 36.

²²² Por questões lógicas de complexidade, sobretudo econômica, o regulado não dispõe de informação completa a respeito de todas as suas atividades, entretanto, é esperado que disponha de mais dados e conhecimento de sua organização do que o ente regulador.

buscados por determinada sociedade, sendo corresponsáveis por tal objetivo”.²²³ Sendo assim, seja em face de novos²²⁴ riscos que avultaram, suscitando um enrijecer no regime de responsabilização empresarial, seja à luz da aparente limitação de estratégias regulatórias tradicionais para dar conta de seus objetivos, forjou-se terreno propício para a introdução de ferramentas complementares à regulação tradicional, menos intrusivas e mais “criativas”, de natureza cooperativa, aproximando regulador e regulado no desiderato comum de zelar por um ambiente institucional hígido e saudável.

Descortina-se, pois, a correção estatal-privada,²²⁵ em que o ente regulador assume um papel de maior aconselhamento (mas assegurando o poder punitivo; aliás, dando claros sinais do *enforcement* por meio do “*stick*”), incentivando os regulados a conduzirem seus negócios em conformidade com as leis. Os regulados, por sua vez, elaboram mecanismos de autocontrole corporativo antevendo potenciais recompensas (“*carrots*”). Nesse esquadro, criam-se preceitos estatais e estruturas de incentivos para induzir as empresas a implementarem mecanismos de autorregulação que se vinculam às determinações legais e regulatórias emanadas pelo Estado.²²⁶

²²³ Nesse contexto, o *compliance* se coloca como um incentivo adicional para o cumprimento normativo, como pontua Ana Frazão: “[A] proposta do *compliance* é a de oferecer um incentivo a mais – e mais eficiente – para o cumprimento da legislação, possibilitando a iniciativa e o protagonismo dos agentes econômicos não apenas na adoção dos programas, mas sobretudo na compreensão do valor intrínseco das regras por ele previstas”. Cf. FRAZÃO, Ana. Corrupção e *Compliance*. **JOTA**, 03 jul. 2018.

²²⁴ Alguns dos quais podem não ser verdadeiramente novos, mas sim resquícios de velhos problemas não atacados ou mal resolvidos.

²²⁵ Cf. Sieber, “[...] Enquanto que a pura ‘autorregulação’ deixa as empresas considerável espaço de liberdade e a regulação estatal fixa todas as decisões determinantes, a correção caracteriza-se por criar preceitos estatais – e suas premissas detalhadas em maior ou menor medida – ou estruturas de incentivo para a autorregulação e/ou fazer vincular as medidas de autorregulação. Por isso mesmo, a correção também se manifesta na ‘autorregulação regulada’, que, em referência ao conteúdo organizado no espaço de liberdade, evidencia tanto o ‘formulador’ do programa previsto quanto a introdução de estruturas de incentivo ou imperatividade – inúmeras formas mistas ou planos intermediários que vão da ‘autorregulação’ à regulação estatal. Estas formas de ‘autorregulação’ e ‘correção’ possibilitam, em um mundo complexo, novas formas de regulação no âmbito da economia. Isso se torna claro, quando se veem os novos *corporate codes*, desde uma observação teórico-sistêmica, como constituição autônoma da empresa e sistemas autorreflexivos ou autopoéticos (quer dizer, que se autorregulam)”. Desenvolvendo um pouco mais o aspecto da teoria sociológica dos sistemas (cujo grande expoente foi o sociólogo alemão Niklas Luhmann), Sieber pontua, ademais, que “em uma observação teórico-sistêmica dos sistemas de regulação privado e estatal, como subsistemas do sistema jurídico, torna-se evidente também a *cooperação funcional* entre ambas as formas de subsistemas na realização de suas funções”. Disso se tem o raciocínio segundo o qual “o sistema de regulação estatal, para persecução dos próprios interesses, impõe deveres de colaboração aos sistemas de regulação privados”. Ver: SIEBER, op. cit., pp. 299-300.

²²⁶ O comentário do ex-Procurador-geral da República, Rodrigo Janot, pode ser lido nessas entrelinhas, quando sublinha um novo caminho no horizonte, que parece se dar pela “conjunção de esforços do setor público, por meio de seus órgãos de controle, e o setor privado, por meio do *compliance*, na prevenção e repressão de ilícitos”. Ver: JANOT, Rodrigo. *Compliance or not compliance*. **O Globo**, 06 ago. 2018.

Sinteticamente, é à vista desse quadro de expansão de riscos, recrudescimento de normas regulatórias e insuficiência dos modelos de autorregulação pura e de regulação tradicional (heterorregulação) que os instrumentos de conformidade pululam na agenda regulatória via autorregulação regulada. O Estado passa a conferir incentivos (*ex ante*) aos agentes econômicos para que estruturarem mecanismos de autocontrole aptos a concretizar finalidades estatais.²²⁷ Nesse desenho regulatório cooperativo, é essencial que o *enforcement* estatal seja crível, com multas suficientemente dissuasórias, para ensejar um sistema de *compliance* efetivo,²²⁸ de tal feita a conformar um ecossistema regulatório cooperativo que induza ao cumprimento normativo.²²⁹ O *enforcement* é, nessa perspectiva, peça-chave para promover o *compliance*. Nesse âmbito, trazendo para o contexto antitruste pátrio, consoante anotado em contribuição apresentada pelo CADE em sessão intergovernamental na UNCTAD:²³⁰

[...] the more the authorities enhance their power of monitoring and repression, the more the economic agents become aware of the risks of being punished, and of how it would affect their business. As to mitigate or eliminate those risks, the economic agents prefer to act in compliance than to be involved in infringements. Moreover, when compliance is stimulated, the capacities for preventing and detecting infringements are also improved, feeding the virtuous cycle. As for penalties – especially the ones related to economic offenses – they should not only take into account punitive or retributive considerations, but also dissuasive concerns, in order to discourage other economic agents to practice infringements [...] competition authorities around the world, by means of their own initiative as well as through competition networks have intensified their activities aiming at a more effective and dissuasive enforcement, as well as fostering

²²⁷ “Compliance is a de facto government mandate imposed upon firms by means of ex ante incentives, ex post enforcement tactics, and formal signaling efforts. The imposition of governance structures aimed at *compliance* is a novel exercise of government power”. Cf. GRIFFITH, op. cit., p. 2078. Para o contexto específico desta dissertação (ordenamento concorrencial brasileiro), reafirmando, os instrumentos de *compliance* são de adesão voluntária, sem reflexo, em princípio, no que diz respeito às consequências jurídicas da conduta omissiva de não implementação do instrumento. Acopla-se, assim, a autorregulação regulada (corregulação estatal-privada) a partir de um plano intermediário.

²²⁸ No contexto antitruste, sem negar a importância do *enforcement*, mas iluminando o aspecto da mudança dos valores sociais normativos à luz de negócios éticos e responsáveis - um racional que também embala nossas considerações, conforme se verá nos demais Capítulos -, Riley e Sokol afirmam que “While enforcement remains essential and fines obviously have an important role to play, the real debate should be about how to change normative societal values, so that 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’”. Cf. RILEY; SOKOL, op. cit., p. 45. Logo, outros estímulos que não apenas a ameaça de punição (*e.g.*, a condução dos negócios de forma ética porque isso é o certo a se fazer) também animam as organizações a cumprirem as leis.

²²⁹ Parafrazeando D’Arcangelo, Salvador Netto aduz que a autorregulação regulada, em suma, pode ser vista como um “ponto de delicado equilíbrio” entre a autonomia organizacional da empresa e a heterônima regulação estatal. Cf. SALVADOR NETTO, op cit., p. 223.

²³⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. 15th Session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. Geneva, 17-18 out. 2016. **Contribution by Brazil CADE**. Paper written by Amanda Athayde Linhares Martins, Diogo Thomson de Andrade and Lívia Dias de Melo. Translation by: André Rothfeld Gratone, Fábio Lopes de Sousa and Raissa Guerreiro Bonfim.

a competition culture in the market. Enforcement therefore constitutes a fundamental step in promoting competition compliance. (grifos nossos)

Inferre-se, em face desse movimento de “rebalanceamento”²³¹ entre regulação pública e autorregulação privada, uma espécie de “corresponsabilização” entre Estado e agentes econômicos no sentido de diligenciarem por um quadro global de conformidade. O agente é encarado como um parceiro fundamental do ente estatal nesse ambiente, sendo parte do desenho regulatório para a concreção da política pública visada. Quanto ao papel do agente econômico na cultura de defesa da concorrência, Diogo Thomson de Andrade e Eduardo Frade Rodrigues destacam que

O risco gerado pela conduta de cartel vem, ao longo dos últimos 15 anos, se consolidando como cada vez mais importante, e as punições, conseqüentemente, cada vez mais críveis e rigorosas. Neste sentido, o que se deseja é que os programas de *compliance* concorrencial sejam mais do que políticas de proteção, mas sim verdadeiros aliados privados no combate aos cartéis, aumentando ainda mais o alcance da atuação da autoridade antitruste no sentido de uma transformação da cultura corporativa [...] Neste contexto, a atuação do setor privado não só como destinatário da atuação da autoridade, mas também como um aliado na construção de uma cultura de defesa da concorrência, o que necessariamente contém o combate aos cartéis, é fundamental. Para essa engrenagem funcionar é fundamental tanto que o Poder Público forneça meios para que aqueles que identificam um ilícito possam se reconstruir se assim o queiram, como que o setor privado entenda que o valor de sua colaboração com as investigações está não somente em seu benefício individual, embora este seja relevante, mas agregado a um cenário de maior competitividade que permite uma economia mais desenvolvida. (grifos nossos)²³²

Com força adicional e mais determinante a partir da Lei 12.529/2011,²³³ somado ao contexto corporativo brasileiro, o que se constatou foi um ambiente regulatório de fortalecimento de medidas, iniciativas e políticas institucionais propício para a promoção da autorregulação corporativa como ferramenta complementar à disciplina da regulação pública da concorrência. Nesse panorama de aproximação de relações público-privadas mais

²³¹ Conforme expressão utilizada por SCHAPIRO; MARINHO, op. cit., p. 212.

²³² Cf. ANDRADE, Diogo Thomson de; RODRIGUES, Eduardo Frade. A importância do *compliance* na detecção e combate aos cartéis. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 144-145.

²³³ Com efeito, ao longo da aplicação da Lei 8.884/1994, assistiu-se à consolidação do SBDC no ambiente institucional brasileiro, firmando-se como autoridade concorrencial crível, galgando credibilidade e legitimidade perante a sociedade civil, demais instituições e junto aos seus pares (considerando aqui os órgãos antitruste brasileiro quando da referência macro ao SBDC), fato que favoreceu as iniciativas de *compliance* concorrencial no âmbito da Lei 12.529/2011. Tal questão será evidenciada no Capítulo 2.

flexíveis (menos hierárquicas e mais heterárquicas) é que se joga luz para possibilidades regulatórias complementares para a promoção da defesa da concorrência mediante o *compliance* concorrencial, relativizando o monopólio estatal na aplicação das regras. Nesse cenário, o *compliance* concorrencial será tanto mais efetivo quanto mais crível for o *enforcement* regulatório, o qual, por seu turno, é tanto mais eficaz quanto mais empresas internalizarem a cultura competitiva.²³⁴⁻²³⁵ Esse arranjo regulatório cooperativo, atuando em convergência de propósitos, impacta positivamente o direito concorrencial, verificando-se, em última instância, a ampliação da cultura da concorrência e do padrão de conformidade, com uma economia mais competitiva, pulsante e dinâmica, com ganhos de bem-estar econômico e social.²³⁶

1.3 A Governança Corporativa e o Entrelaçamento com o *Compliance*

Agora, aproximaremos a lente do *compliance* ao tema da governança corporativa.²³⁷ Longe de desenvolver uma análise exauriente, haja vista a densidade e as plúrimas interfaces

²³⁴ “[...] a relação entre a regulação concorrencial e a autorregulação privada é de mútuo reforço: o *compliance* é tanto mais efetivo, quanto mais crível for o *enforcement* regulatório; e este, por sua vez, é tanto mais eficaz quanto mais empresas internalizarem a cultura competitiva”. Cf. SCHAPIRO, MARINHO, op cit., p. 273.

²³⁵ Para análise adicional a respeito da redistribuição entre os papéis do Estado e dos agentes econômicos do ponto de vista da cooperação regulatória entre a disciplina pública da concorrência (regulação, comando e controle) e os dispositivos de meta e autorregulação (*compliance* privado), com foco para o *compliance* concorrencial brasileiro, e como essa relação pode ser de mútuo reforço ou, ao contrário, incentivar um panorama de predação regulatória, ver os autores citados em nota supra.

²³⁶ Conforme Antônio Ferreira Gomes, “A concorrência no mercado proporciona aos consumidores preços mais baixos, melhor qualidade, inovação técnica e uma maior variedade de escolha nos bens e serviços, o que maximiza o seu bem-estar. Permitindo a entrada e manutenção de empresas eficientes no mercado e afastando as menos eficientes, a concorrência promove, em termos gerais, a produtividade e potencia o crescimento econômico. Um correto funcionamento do mercado é pois benéfico para os consumidores, para as empresas e para a economia em geral [...] Quando a concorrência é eliminada ou limitada, as empresas perdem o incentivo para inovar e para reduzir custos, tornando-se menos eficientes e competitivas. Tal prejudica, no imediato, os consumidores, diminuindo o seu bem-estar, mas é também nocivo, no médio prazo, pra as próprias empresas, que vão perdendo robustez para enfrentarem novos desafios”. Ver: GOMES, Antônio Ferreira. Discurso do Presidente da Autoridade da Concorrência Professor Doutor Antônio Ferreira Gomes Seminário sobre *Compliance* e Defesa da Concorrência. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 25 et seq.

²³⁷ A despeito da controvérsia terminológica quanto ao uso do vernáculo “governança corporativa” para se referir a “corporate governance”, levando-se em conta a nossa limitação de escopo, não se faz necessário proceder com uma reflexão profunda sobre o assunto. Ademais, considerando que o termo é de uso consolidado e amplamente admitido no mercado de capitais brasileiro, pautaremos nossas considerações empregando o termo “governança corporativa”. Sobre o assunto, ver: VERGUEIRO, Carlos Eduardo. **Acordo de Acionistas e a Governança das Companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Para histórico da governança corporativa no mundo e considerações gerais sobre o estágio e implicações do movimento da governança corporativa no mundo, ver, respectivamente: MORCK, Randall K. **A History of Corporate Governance around the World**. Chicago: The University of Chicago Press, 2005; PARGENDLER, Mariana. The Corporate Governance Obsession. **Journal of Corporation Law**, v. 42, n. 2, 2016.

do assunto, a proposta aqui é pontualmente iluminar a intersecção entre governança corporativa e *compliance* sob um ângulo específico, especialmente em face do ordenamento brasileiro, examinando como essa interação se verifica em termos gerais. É de se notar que ambos os temas são recentes, de modo que muito há de ser reflexionado e amadurecido. Seguiremos uma análise essencialmente afinada às proposições do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC).

Com efeito, os vasos comunicantes entre esses temas estiveram, de certo modo, implícitos nos tópicos que precederam. Neste momento, daremos teor de explicitação à interface que existe. Sinteticamente, Ricardo Favoreto, Clodomiro Junior e Arnaldo Nogueira afirmam que *compliance* versa sobre o respeito às normas legais e regulamentares estatuídas, enquanto que *governança corporativa* versa sobre o modo pelo qual as empresas são regidas e governadas, considerando os interesses de todos os envolvidos (*stakeholders*). Referidos autores afirmam que “governança e *compliance*, não opcionalmente, caminham juntos”.²³⁸

Em relação ao conceito de governança corporativa,²³⁹ rapidamente, apresentamos a visão de Milton Nassau Ribeiro,²⁴⁰ para quem governança corporativa sintetiza a ideia de um sistema de gestão que privilegia o uso de instrumentos, *e.g.*, lei, regulamentos e práticas comerciais, com o fito de compatibilizar os variados interesses daqueles que interagem com

²³⁸ Cf. FAVORETO; BANNWART JUNIOR; NOGUEIRA, *op cit.*, 7.

²³⁹ Há várias formas de conceituar governança corporativa. Para fins desta dissertação, afinamo-nos com a conceituação proposta pelo IBGC, ainda que algumas visões complementares sejam apresentadas a título de referência.

²⁴⁰ RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 23-24.

a companhia.^{241 - 242} Mario Engler acresce, afirmando que governança corporativa diz respeito a um conjunto de instituições²⁴³ que disciplinam e influenciam as relações entre os que investem recursos na companhia e os responsáveis pela sua gestão.²⁴⁴ Engler observa,

²⁴¹ As origens deste “instituto” remontam aos escândalos corporativos e financeiros ocorridos nos EUA e na Inglaterra nas décadas de 1980 e 1990, os quais despertaram interesse de investidores institucionais para problemas de gestão das companhias no mercado de capitais. Nesse contexto, autoridades e órgãos ligados ao mercado de capitais estabeleceram comissões para discutir temas relacionados à boa gestão das companhias. Inicialmente, o foco se voltou, ne essência, para a resolução de conflitos internos nas companhias, com o objetivo de facilitar a sua administração pelos controladores. Já nesse começo de análise, mostrou-se evidente a importância de separar as figuras do gestor e do controlador, bem como de estabelecer novas técnicas de relacionamento na companhia, as quais resultaram em regras de conduta reunidas na forma de “códigos de melhores práticas”. Tais códigos consolidam princípios e regras de conduta, sem força vinculante, e são propostos por diversas organizações, governamentais ou não, sugeridos às companhias e aos seus órgãos, visando à gestão equânime daquelas. O primeiro código (relatório) a sugerir a adoção de práticas de governança corporativa surge na Inglaterra, em 1992, no âmbito da Comissão de Cadbury, baseado em quatro princípios fundamentais para orientar as atividades das companhias, quais sejam, (i) *compliance*; (ii) *accountability*; (iii) *disclosure*; e (iv) *fairness*. Em geral, as práticas de governança corporativa têm como função: (a) dirimir “problemas de agência”, isto é, problemas gerados por conflitos de interesses entre controladores e minoritários ou entre gestores e acionistas; (b) estabelecer freios e contrapesos na administração das companhias visando sua perenidade; (c) incrementar a transparência das companhias e de sua gestão; e (4) aumentar o acesso a capital a um custo mais baixo. Particularmente sobre problemas de agência, trata-se de conflito de interesses ínsito a quaisquer companhias, isto é, indiferente à estrutura de propriedade (concentrada ou dispersa), e decorrem de comportamentos voltados para interesses individuais em detrimento de um contexto social. Esses conflitos se relacionam ao que se convencionou chamar de “*agency problem*”. Há custos derivados desses conflitos, de modo que, em última análise, as práticas de governança corporativa objetivam reduzi-los. Sobre o assunto, ver: JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4, out. 1976, pp. 305-360. As bases conceituais da governança corporativa podem ser atribuídas a minudentes estudos de Aldof Berle e Gardiner Means, consolidados em 1932, destacando, dentre outras contribuições, que a separação de funções (controle e propriedade) levou a reconhecer o “controle” como um produto característico do sistema de sociedade anônima, que se coloca como algo independente da propriedade, por um lado, e da administração, por outro, o que representa, em termos práticos, o divórcio entre controle e propriedade. A esse respeito, ver: BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

²⁴² Para além dos escândalos financeiros nos EUA e na Inglaterra, colaborou para o desenvolvimento da governança corporativa, dentre outros fatores, a expansão e o maior ativismo de grandes fundos de pensão norte-americanos (e.g., Calpers e Fidelity), bastante exigentes no que se refere à informação, transparência e limitação de abusos dos controladores, movimento de aquisições hostis nos EUA na década de 1980, movimento de privatizações nos países europeus e em desenvolvimento, desregulamentação e integração global dos mercados de capitais etc. Face ao aprofundamento dos escândalos corporativos (e.g., Enron, WorldCom, Tyco), em larga razão por conta do uso indevido de técnicas contábeis (ou seja, fraudes contábeis, o que não necessariamente significa ilegalidade pura e estrita, mas sim manipulações contábeis embrenhadas em brechas legislativas que existiam à época), o governo norte-americano editou, em 2002, a Sarbanes-Oxley Act (SOX), objetivando, em suma, reparar a perda de confiança pública dos líderes empresariais norte-americanos e ressaltar a importância dos padrões éticos na preparação das informações financeiras reportadas aos investidores. No Brasil, a discussão sobre governança corporativa começa a tomar forma em meados da década de 1990 e ganha corpo a partir de 2000, como reflexo preponderante da abertura da economia brasileira, do desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro e do gradual incremento do número de companhias listadas na B3 (atual designação da BM&FBovespa). A bem da verdade, atribuímos traços germinais das bases teóricas para o estudo da governança corporativa no Brasil a partir da paradigmática obra de Fábio Konder Comparato (“O Poder de Controle na Sociedade Anônima”). Pontue-se, ainda, que no período compreendido entre 2004 a 2007, houve uma grande “euforia” no mercado acionário brasileiro, especialmente por conta da conjuntura econômica favorável do país, para além de facilidades de obtenção de crédito (nacional e internacionalmente) junto com a “popularização” dos níveis especiais de listagem da BM&FBovespa.

²⁴³ Isto é, leis, regulamentos, normas estatutárias, disposições contratuais e práticas negociais.

²⁴⁴ Conforme Alexandre di Micelli da Silveira, o estudo da governança corporativa exige um enfoque multidisciplinar, englobando áreas como ética empresarial, gestão, liderança, psicologia social, direito,

ademais, uma correlação positiva entre a qualidade da governança e o mercado de capitais, que, em princípio, resulta na melhoria da *performance* empresarial.²⁴⁵

Para os fins da presente análise, interessa-nos externar a visão do IBGC, porquanto é partir dela que delinearemos a maior parte de nossas reflexões:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.²⁴⁶ (grifos nossos)

economia, finanças, contabilidade etc. Para o autor, ao fim e ao cabo, governança corporativa tem como objetivo “criar, nas empresas, um ambiente no qual as pessoas procurem voluntariamente cumprir regras e tomar decisões no melhor interesse comum de longo prazo da organização. Para os públicos externos, o movimento da governança procura ainda fazer com que as empresas sejam transparentes e sustentáveis em relação a seus resultados financeiros e impactos não financeiros, bem como assegurar a todos os acionistas o exercício pleno de seus direitos”. Ver: SILVEIRA, Alexandre di Micelli da. **Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. Ademais, De Paula e Stanley, a partir do conceito formulado por Shleifer e Vishny (“governança corporativa como forma de lidar com os meios pelos quais os fornecedores de recursos financeiros para as empresas asseguram que haja retorno de seu investimento”), desdobram o estudo do tema em três dimensões: (i) políticas públicas; (ii) estrutura de propriedade; e (iii) boas práticas. O eixo mais saliente do *compliance* aparece na dimensão das boas práticas, nos chamados “códigos de voluntários de boas práticas de governança corporativa”, muito embora, a nosso ver, também tenha efeitos sobre outros aspectos das boas práticas, como o Conselho de Administração das companhias e a transparência e integridade das informações prestadas ao mercado. A esse respeito, ver: ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil: os programas de *compliance* como boas práticas de governança. **Revista dos Tribunais Online**, 2011, p. 5.

²⁴⁵ Ver: PINTO JUNIOR, Mario Engler. A governança corporativa e os órgãos de administração. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords.). **Direito Societário: Gestão e Controle**. São Paulo: Saraiva, 2008 (Série GVlaw), p. 79.

²⁴⁶ Consoante o IBGC, os princípios básicos de governança corporativa se articulam em quatro grandes pilares, a saber: “(i) Transparência: consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização; (ii) Equidade: caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas; (iii) Prestação de Contas (*accountability*): os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis; e (iv) Responsabilidade Corporativa: os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional etc.) no curto, médio e longo prazos”. Ver: INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5ª ed, São Paulo: IBGC, 2015, pp. 20-21.

Tendo referido conceito como baliza,²⁴⁷ convém examinar, primeiramente, se o *compliance* a ele se relaciona e algumas possíveis implicações. É tempo, pois, de explicitar o que estava parcialmente implícito.²⁴⁸ Pois bem, Tercio Sampaio Ferraz Jr. comenta sobre as semelhanças entre governança corporativa e *compliance*, anotando que:

Há semelhança entre programas de *compliance* e questões de governança corporativa, pois nos dois casos trata-se de institutos que principiam a partir de iniciativas voluntárias por parte das empresas, no sentido de tratar recomendações de caráter preventivo como princípio e norma interna de atuação.

[...]

Para alguns, o sistema de governança corporativa, englobaria uma série de controles internos da empresa, auditorias internas, a gestão de risco e a política de *compliance* da empresa, os quais seriam geridos de maneira integrada dentro da empresa.²⁴⁹ (grifos nossos)

Prosseguindo, Ana Frazão e Ana Rafaela Medeiros observam que “o aspecto comum a qualquer noção de *compliance* é o de estar associado ao conceito de ‘bom cidadão corporativo’, à existência de controles internos e externos, à limitação e ao equilíbrio de

²⁴⁷ Para registro, a CVM assim define: “Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade (sic) de tratamento dos acionistas e prestação de contas”. Nessa linha, como esclarece a CVM, “Para os investidores, a análise das práticas de governança auxilia na decisão de investimento, pois a governança determina o nível e as formas de atuação que estes podem ter na companhia, possibilitando-lhes exercer influência no desempenho da mesma. O objetivo é o aumento do valor da companhia, pois boas práticas de governança corporativa repercutem na redução de seu custo de capital, o que aumenta a viabilidade do mercado de capitais como alternativa de capitalização”. Ver: BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. jun. 2002. Pontue-se a interface entre práticas de governança corporativa e *compliance* sendo notabilizada recentemente no quadro regulatório. Por exemplo, a Instrução CVM 586 alterou a Instrução CVM 480 para determinar que as companhias abertas (Categoria A) divulguem informações sobre a aplicação das práticas de governança corporativa estabelecidas no Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas, sob um modelo conhecido como “pratique ou explique”. Ver: BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução 586, 8 jun. 2017**. Há uma série de recomendações que dizem respeito à implantação de controles e mecanismos de autorregulação. Ademais, a Resolução 4.567/2017 do BACEN trouxe obrigações típicas de programas de *compliance* para instituições controladas pela instituição (e.g., canais de denúncia internos). Ver: BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução 4.567, 27 abr. 2017**. Por fim, ainda é digno de nota exigência da B3 (atual designação da BM&FBovespa) no que se refere à adoção de boas práticas de governança corporativa, para além daquelas já exigidas pela legislação, para fins de emissão de ações listada no “Novo Mercado”, segmento mais moderno e sofisticado, e que exige um elevado grau de transparência por parte das empresas listadas. Conforme atual regulamento do Novo Mercado, é obrigatória a implementação de “funções de *compliance*, controles internos e riscos corporativos, sendo vedada a acumulação com atividades operacionais”. Ver: BRASIL. BM&FBovespa. **Segmentos de listagem**. Novo Mercado.

²⁴⁸ Segundo Griffith, existe sobreposição entre governança corporativa e *compliance* na medida em que ambos se pautam na estruturação de mecanismos internos de controle na organização, o que não significa, segundo o autor, que a sobreposição seja completa nem que, necessariamente, a eventual sobreposição implicará conflito. Cf. GRIFFITH, op. cit., p. 2107.

²⁴⁹ Cf. FERRAZ JR., op cit., pp. 26-27.

poder”.²⁵⁰ No mesmo pendão, Diogo Thomson de Andrade e Eduardo Frade Rodrigues afirmam que ao proteger a empresa de riscos reputacionais que podem emergir em razão de eventuais investigações, bem como ao resguardar a organização de custos inerentes à falta de conformidade, o programa de *compliance* se conecta com a governança corporativa, especialmente no contexto das empresas que procuram “atender a critérios de responsabilidade social”.²⁵¹ Ainda, Eduardo Saad-Diniz, aludindo ao programa de *compliance*, assinala que suas políticas se concentram na orientação e gestão da organização empresarial, tendo em vista diretrizes básicas de governança, *e.g.*, deveres de diligência e cuidado, lealdade e sinceridade. Dessa forma, na visão de Saad-Diniz, se estimula a incorporação de “padrões diferenciados de comportamento para o cumprimento de dever e para o controle da tomada de decisão no âmbito empresarial”.²⁵²

Com base nesse curto arrazoado, aparecem alguns indicativos que são úteis para desenvolvermos algumas considerações relacionadas aos temas em investigação. Em primeiro lugar, tem-se que, no bojo das *boas práticas*, a estruturação e a aplicação voluntária do programa de *compliance* sinalizam o comprometimento da empresa no tocante aos preceitos da legalidade (e da ética empresarial), de modo a influir positivamente na *accountability* da gestão empresarial.²⁵³ De forma conexa, o fortalecimento das boas práticas corporativas contribui para a construção de uma gestão mais *transparente* da organização, o que, em teoria, propicia o aumento do valor da empresa junto ao mercado face à boa reputação corporativa. Aliás, o comportamento probo, lícito e transparente no mercado é vital para a empresa granjear lucros fundamentados em práticas responsáveis e sustentáveis, gerando e motivando relações negociais mais estáveis, que, por sua vez, fortalecem o vínculo de confiança entre os atores. Nesse contexto, o fortalecimento do vínculo de confiança colabora para perenizar relações e comportamentos cooperativos lícitos entre os agentes econômicos, que abraçam *interesses sociais* e que se traduzem, ao final, em benefícios coletivos. Nessa ótica, o *compliance* é visto como um instrumento facilitador do círculo virtuoso empresarial assentado na governança.

²⁵⁰ Cf. FRAZÃO; MEDEIROS, *op. cit.*, p. 2.

²⁵¹ Cf. RODRIGUES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 129.

²⁵² Cf. SAAD-DINIZ, *op. cit.*, p. 2.

²⁵³ Ver: FRAZÃO, *op. cit.*, **Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC...**

Em particular, deitando os olhos sobre o princípio da *responsabilidade social*,²⁵⁴ com suporte em interpretação lógico-sistemática e teleológica, observa-se que o “sistema de *compliance*”²⁵⁵ deve considerar as *externalidades negativas* do negócio, atuando com o objetivo de minimizá-las e, da mesma sorte, deve considerar medidas para aumentar as *externalidades positivas*. Sucede daí que a adoção do sistema de *compliance*, como parte das boas práticas de governança, pode ser percebida como resposta às externalidades negativas produzidas pela organização e, ao mesmo tempo, como incentivo à geração de externalidades positivas. E, especialmente em relação a esse último ponto, ressalte-se que à medida que a empresa se mantém aderente às normas, promove práticas éticas e espria exemplos positivos de boa governança, ela tende a ser mais valorizada pelos *stakeholders*, com vantagem competitiva em face de concorrentes, o que resulta, por exemplo, na melhora dos seus índices de sustentabilidade e longevidade.²⁵⁶⁻²⁵⁷

²⁵⁴ Uma nota paralela aqui para apontar a crescente demanda no ambiente de negócios, especialmente no exterior, sob a forma da “*Corporate Social Responsibility*” – CSR, no sentido de exigir das empresas uma atuação pautada na ética, de modo a ir além da regulação convencional, mediante uma forma de autorregulação. O movimento pela CSR tem se expandido para diversas áreas do direito, sublinhando, com particular interesse, o antitruste. E é assim porque práticas anticompetitivas, notadamente o cartel, pode ser considerado “imoral” na medida em que seria uma forma de “roubo dos consumidores” (ou mesmo dos fornecedores, pensando em um cartel de compras). Sob essa chave de leitura, o comportamento antiético e ilegal envolve, grosso modo, os mesmos tipos de problemas que demandam mais CSR. Nesse contexto, um programa de *compliance* crível, em princípio, cria uma reputação aumentada para as empresas, para além de poder atrair e manter empregados que querem trabalhar em empresas éticas. Também os consumidores vêm demandando crescentemente maior nível de *compliance* relacionado ao CSR. Se é assim, Riley e Sokol apontam que o uso mais intenso da CSR na área antitruste pode reforçar a pressão institucional por padrões mais elevados de boa governança. Ver: RILEY; SOKOL, op. cit., p. 14. Ver também, sob uma perspectiva psicológica, Agnieszka Paruzel et. al, notando que o programa de *compliance* pode ser parte integrante das políticas de CSR da organização, e, ainda, que iniciativas específicas de CSR podem aumentar os níveis de *compliance*. Aduz-se, pois, uma espécie de polinização cruzada entre medidas de *compliance* e iniciativas de CSR. Ver: PARUZEL et al., op. cit., p. 220.

²⁵⁵ Terminologia utilizada pelo IBGC e que manteremos para fins deste tópico.

²⁵⁶ Em especial, com foco no programa de *compliance* antitruste e a interface com o mercado de capitais, sugere-se um possível efeito virtuoso entre ambos. Como sustentam Romanielo e De Paula, “resta concluir que os programas de *compliance* antitruste, na medida em que previnem a ocorrência de infrações à ordem econômica e, por consequência, os impactos negativos para o MCB [mercado de capitais brasileiro], contribuem para com o seu desenvolvimento (e também para o bem-estar da sociedade), já que empresas que os adotarem terão menores probabilidades de serem investigadas e, por consequência, serão vistas pelos investidores de forma diferenciada. Em última instância, portanto, devem ser entendidos como boas práticas de GC [governança corporativa]”. Cf. ROMANIELO; DE PAULA, op. cit., p. 23. Tais autores mencionam que o mercado de capitais reage aos principais eventos de uma investigação antitruste, e, como resultado, quando tais eventos são prejudiciais às empresas investigadas, vê-se uma queda no valor das ações transacionadas em bolsa. Daí a se sublinhar a importância de um efetivo programa de *compliance* (concorrencial) a fim de que o agente econômico se resguarde da ocorrência de ilícitudes, evitando o efeito negativo retro mencionado, especialmente por conta do dano reputacional para a empresa que se vê alvo da investigação (ainda que, ao final, não haja a condenação), o que abala a confiança dos investidores, para além de outros efeitos sobre os consumidores e o mercado em geral, sem mencionar os diversos custos decorrentes da investigação, que desviam energia e recursos pessoais, materiais e financeiros, que poderiam ser alocados de maneira mais eficiente.

²⁵⁷ No âmbito de mestrado em administração, sob uma pesquisa voltada para os sistemas de *compliance* de empresas de capital aberto da região metropolitana da Serra Gaúcha *vis-à-vis* o modelo de governança corporativa utilizado, a conclusão foi no sentido de que os sistemas de *compliance* influenciam as boas práticas de governança corporativa. À luz dos resultados obtidos na pesquisa, foi possível inferir que a implementação

Nessa leitura, o sistema de *compliance* adquire uma carga ambivalente: desempenha importante papel tanto no que diz respeito à prevenção de externalidades negativas quanto no que se refere à promoção de externalidades positivas.

Com base nessas primeiras ilações, em princípio, deduz-se a interligação entre governança corporativa e *compliance*, notadamente no que concerne às boas práticas. Evidenciando esse ponto, o IBGC anota a importância das iniciativas levadas a cabo pelas organizações para estabelecerem deliberações éticas na construção de seus *sistemas de governança*. Nesse tino, e tornando mais concreta a relação entre os temas, o IBGC pontua:

o sistema de *compliance* deve ser entendido como um conjunto de processos interdependentes que contribuem para a efetividade do sistema de governança e que permeiam a organização, norteados as iniciativas e as ações dos agentes de governança no desempenho de suas funções. Em sua base, devem estar os princípios básicos de governança corporativa apoiados, por sua vez, na prática constante da deliberação ética. Em resumo: de acordo com as melhores práticas de governança corporativa, o *compliance* deve ser tratado sob o ponto de vista da deliberação ética, como mecanismo de cumprimento de leis, normas internas e externas, de proteção contra desvios de conduta e preservação e geração de valor econômico. (grifos nossos)

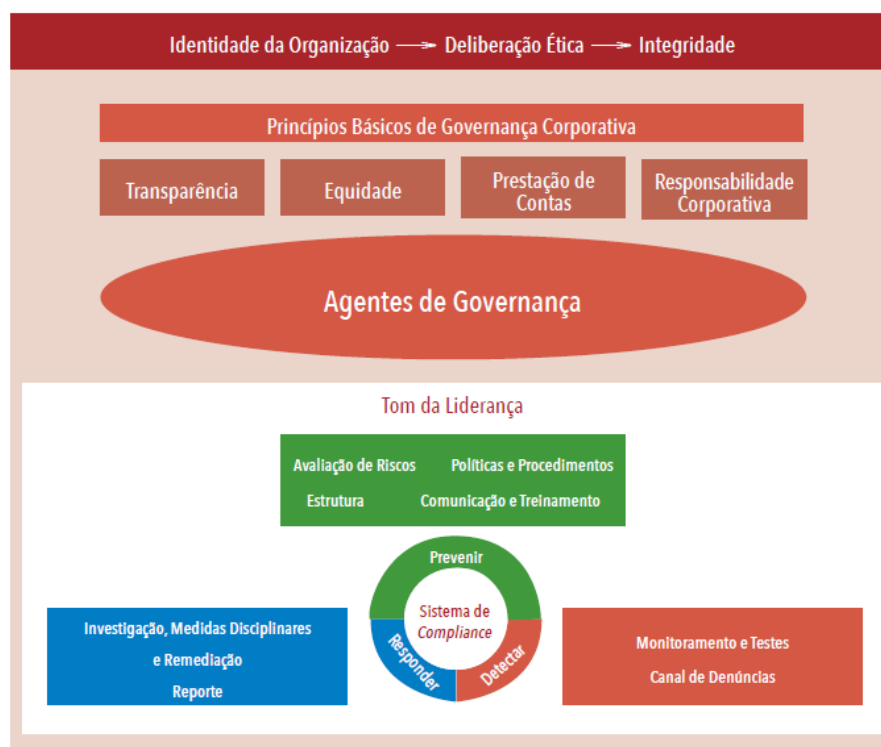
Nesse quadro, como já visto, em prol de sua efetividade, a premissa é de que o sistema de *compliance* deve permear todos os níveis da organização. Os *princípios básicos da governança corporativa* estão diretamente conectados com a identidade da organização, que, por sua vez, influencia a deliberação ética e norteia a atuação dos chamados “agentes de governança”,²⁵⁸ repercutindo no funcionamento do sistema de *compliance*. Na esteira do que foi explanado anteriormente, o sistema de *compliance* é composto por um conjunto de

dos mecanismos de *compliance* favoreceram o suporte à governança corporativa. Ver: CLAMER, Roberto. **Avaliação dos sistemas de *compliance* com a governança corporativa nas organizações da serra gaúcha:** uma análise nas empresas de capital aberto com ações na BM&F Bovespa. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade de Caxias do Sul, 2018.

²⁵⁸ Conforme definido no Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC, agentes de governança são “indivíduos e órgãos envolvidos no sistema de governança, tais como: sócios, administradores, conselheiros fiscais, auditores, conselho de administração, conselho fiscal etc.”. Ademais, destaca-se que “Os agentes de governança têm papel relevante no fortalecimento e na disseminação do propósito, dos princípios e dos valores da organização. A liderança e o comprometimento dos administradores e demais executivos são fatores determinantes para a formação de um ambiente ético. [...] Os agentes de governança têm responsabilidade em assegurar que toda a organização esteja em conformidade com os seus princípios e valores, refletidos em políticas, procedimentos e normas internas, e com as leis e os dispositivos regulatórios a que esteja submetida. A efetividade desse processo constitui o sistema de conformidade (*compliance*) da organização”. Ver: IBGC, op. cit., **Código das Melhores...**, pp. 17-91. Como delineado, os profissionais alocados nessa área devem ter experiência e conhecimentos técnicos, para além de, indispensavelmente, gozar de autonomia, independência e serem providos de recursos (financeiros e humanos) suficientes e adequados pela empresa, de forma a executar o seu trabalho de maneira técnica e no melhor interesse da organização.

elementos para consecução de três finalidades primordiais: *prevenir, detectar e responder*. A relação de interdependência entre governança corporativa e *compliance* se evidencia novamente aqui, dado que o sistema de *compliance* contribui para aperfeiçoar o modelo de gestão da organização à luz dessas três finalidades, de sorte a agregar valor, perenidade e sustentabilidade para a organização, harmonizando o retorno aos sócios com os interesses internos e externos a serem atendidos pela companhia.²⁵⁹ Com base nesse raciocínio, o IBGC propõe então a “visão holística” do sistema de *compliance*, conforme Figura 3 que segue.²⁶⁰

Figura 3²⁶¹



²⁵⁹ Chamamos a atenção para a importância da estruturação de soluções/sistemas integrados, isto é, GRC (Governança, Risco e *Compliance*), para orientar e influenciar a formulação de estratégias e a implementação de técnicas e decisões administrativas. O objetivo não é outro senão, em resumo, capacitar as organizações na melhoria de tomada de decisões para que seus resultados sejam alcançados de modo sustentado e sustentável, sob o tripé da governança, do gerenciamento de riscos corporativos e da conformidade. A cultura empresarial é fator vital para garantir a implementação e aceitação desse tripé na organização. Para detalhes sobre o gerenciamento de riscos corporativos, ver: INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Gerenciamento de Riscos Corporativos: evolução em governança e estratégia**. São Paulo: IBGC, 2017 (Cadernos de Governança Corporativa, 19). Além disso, para uma análise referencial do citado tripé, ver: ADACHI, Pedro Pobdoi. Governança, Risco e *Compliance* nas Empresas Familiares, p. 69. In: DINIZ-SAAD, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2016, pp.69-76.

²⁶⁰ Ver: INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. ***Compliance à luz da Governança Corporativa***. São Paulo: IBGC, 2017 (Série: IBGC Orienta), p. 32.

²⁶¹ Fonte: IBGC. Ibid.

Como se pode inferir, referida figura delinea os pilares-chave para a conformação do sistema de *compliance*, os quais guardam relação direta com os pilares estruturais que apresentamos no tópico 1.2. Diante dessa figura, repisamos o destacado papel dos agentes de governança, tendo em conta a responsabilidade que exercem no sentido de assegurar que a organização esteja em conformidade com os seus princípios e valores éticos. Para efetivar tal processo, é de suma valia que a organização implemente e execute efetivamente o sistema de *compliance*. Vale lembrar, nesse contexto, da atuação do Conselho de Administração como “guardião” dos princípios e valores da organização, desempenhando papel de primeira ordem para forjar um ambiente corporativo interno de confiança e integridade. Se é assim, retoma-se a ideia do “*tone at the top*”, essencial para disseminar práticas responsáveis e fazer valer a cultura ética no seio da organização.

Em paralelo, registramos um breve ponto que só realça a conexão entre os temas investigados, a saber, os *deveres fiduciários* dos administradores, conforme art. 153 e seguintes da LSA.²⁶² Tomando como norte, por exemplo, o dever de diligência, entendemos que, a rigor, a estruturação de um sistema de conformidade vai ao encontro dos interesses da companhia, visto como uma medida diligente para auxiliar a perfectibilizar a sua função social. Ora, em princípio, um sistema de *compliance* genuíno e efetivo contribui para que o administrador aja de boa-fé e de maneira mais bem informada quando da tomada de decisões. Com base nessa premissa, o *compliance* auxilia o administrador a tomar decisões mais esclarecidas e no melhor interesse da organização. Ante um contexto de amplificação subjetiva do dever de diligência, em que diversos interesses precisam ser sopesados,²⁶³⁻²⁶⁴ o sistema de *compliance* é, portanto, uma medida que contribui para tal fim.

²⁶² “Os dirigentes – conselheiros de administração e diretores – estão investidos de poderes tais que têm como contrapartida o atendimento de deveres fiduciários (dever de diligência, dever de fidelidade, de não agir em situação de conflito de interesse, de buscar sempre o atendimento ao interesse da sociedade – o interesse social, tal qual como previsto no objeto identificado no estatuto ou no contrato social). Trata-se de um poder-dever, através do qual os administradores devem ter uma atitude proativa, de comprometimento com a realização do interesse social, com respeito aos interesses de todas as partes interessadas que estão vinculadas com a sociedade (colaboradores, fornecedores, credores, clientes) ou que suportam os efeitos das suas ações (comunidade em geral)”. Ver: CARAZZAI, Emílio; CAMARGO, João Laudo de. *Ética na Governança Corporativa*. In: CUNHA FILHO, Alexandre J Carneiro da et al. (coords.). **48 Visões sobre a Corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 60.

²⁶³ Ana Frazão assevera que uma das tendências atuais do direito societário consiste em reforçar o dever de diligência dos administradores em relação aos acionistas, empregados, investidores em títulos de companhias abertas, poder público e terceiros, o que exige desses administradores uma postura de “árbitros de vários interesses, devendo sopesá-los com prudência, para tomar decisões equilibradas”. Cf. FRAZÃO, op. cit., **Função Social da Empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP...**

²⁶⁴ Nesse âmbito, e externando uma visão com a qual coadunamos integralmente, Ana Frazão salienta que “[...] por mais que a gestão deva ser orientada para o lucro e para a manutenção da empresa, caberá aos administradores trilhar esse caminho de forma ponderada e não excessiva, diante dos demais interesses que

Em linha com esse pensamento, e como fartamente tratado, a implementação de sistemas de *compliance* contribui para preservar a saúde corporativa, estimular uma cultura de conformidade e incitar práticas éticas. Conforme examinado, ilicitudes implicam custos de transação: geram desgastes financeiros e morais para a organização, comprometendo sua credibilidade, deteriorando seu valor econômico e minando a confiança perante os *stakeholders*. Tudo isso, em última instância, afeta a sustentabilidade e a longevidade empresarial na medida em que se deteriora a responsabilidade corporativa e a efetividade das práticas de governança. Sobressai, nesse cenário, o papel do sistema de *compliance* como meio para criação de ambientes que permitam a tomada de decisões informadas, alinhadas e promovedoras dos valores e princípios manifestados pela empresa, o que, ao final, contribui para gerar valor de longo prazo para a organização e para o bem comum.

Como corolário do exposto, vislumbramos uma ligação *quasi*-intrínseca ou uma relação *quasi*-simbiótica entre os temas em evidência. Consoante assinalado pelo IBGC, “o sucesso do sistema de *compliance* requer um conjunto de processos interdependentes que se sustentam nos princípios básicos e melhores práticas de governança corporativa e os fomentam”.²⁶⁵ Registre-se, por fim, de modo subjacente às considerações supra desenvolvidas, um movimento de mudança no quadro de governança corporativa contemporâneo, isto é, a mudança do modelo com foco nos interesses dos acionistas (*shareholder-oriented*) para um modelo capaz de acomodar e administrar os diversos interesses afetados pela atuação da companhia (*stakeholder-oriented*).

1.3.1 Excurso: algumas perspectivas de interesse social ao *compliance*

Clarificadas as linhas gerais da (inter-)relação entre governança corporativa e (o sistema de) *compliance*, explicitaremos agora notas adicionais sobre um eixo particular da governança, jungindo a questões de natureza societária à luz do quadro brasileiro. Apesar de não constituir o foco desta dissertação, essa análise, ainda que pontual, agrega substância para compreensão mais completa deste trabalho.

devem ser resguardados, sendo possível inclusive o afastamento de ações vantajosas para a sociedade e os sócios sempre que trouxerem danos desproporcionais a outros grupos envolvidos”. Ibid.

²⁶⁵ IBGC, op cit., *Compliance à luz...*, p. 40.

Consoante afirmado em momento anterior, tem-se a empresa como uma *instituição social* poderosa, que é capaz de transformar²⁶⁶ e influenciar comportamentos, e, não por acaso, é percebida como um ator primordial na sociedade contemporânea.²⁶⁷ Parafrazeando Paula Forgioni, no quadro hodierno, a empresa, apreendida na sua *visão dinâmica*, encontra o pressuposto da sua função (econômica) no mercado, em um giro no qual a *atividade empresarial conforma e é conformada pelo mercado*.²⁶⁸ A empresa é vista imbricada na dinâmica das relações de mercado.²⁶⁹

Em uma tentativa de sintetizar as suas variadas significâncias, afirma-se que a empresa representa o ponto de encontro dos indivíduos para a ação em comum. Se é assim, em linha com José Marcelo Martins Proença, as atividades da sociedade (anônima) moderna²⁷⁰ geram efeitos sobre a vida dos empregados e de suas famílias, e também sobre fornecedores, consumidores, concorrentes, comunidades, enfim, a empresa é dotada de enorme e crescente poder²⁷¹ e, por via de consequência, influencia sobremaneira a vida de todo um povo, o que justifica o reconhecimento dos seus *deveres sociais*. Deriva desse raciocínio a necessidade de encontrar o justo equilíbrio entre os interesses da empresa. Como bem leciona Fábio Konder Comparato, “o interesse dos acionistas na macro-companhia é cada vez mais suplantado por outra realidade: o interesse da empresa”.²⁷²⁻²⁷³

²⁶⁶ Cf. Newton de Lucca, “O poder de transformação da atividade empresarial é muito maior, talvez, do que se possa imaginar, nomeadamente no âmbito de atuação das macro-empresas multinacionais e transnacionais, ambas detentoras de um poder econômico-financeiro, tecnológico, político e até mesmo cultural de fazer inveja ao PIB de muitos países do planeta”. DE LUCCA, op. cit., p. 396.

²⁶⁷ Cf. Alfredo Lamy Filho e José Bulhões Pedreira, tratando da “grande empresa” (sociedade anônima), tem-se que “Hoje, a empresa – a grande empresa – é célula base de toda economia industrial. Em economia de mercado, é, com efeito, no nível da empresa que se efetua a maior parte das escolhas que comandam o desenvolvimento econômico: definição de produtos, orientação de investimentos e repartição primária de rendas, esse papel-motor da empresa é, por certo, um dos traços dominantes de nosso modelo econômico: por seu poder de iniciativa, a empresa está na origem da criação constante da riqueza nacional; ela é, também, o lugar da inovação e da renovação”. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1992, n. 6, p. 155.

²⁶⁸ Ver: FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

²⁶⁹ Dentro de uma das acepções de mercado (em sua dimensão econômica), cf. elucidada Paula Forgioni, *ibid.*, p. 137. Ver também: GRAU, Eros Roberto, op. cit., pp. 29-34, tratando da “instituição jurídica” mercado, constituída pelo *Direito Positivo* (o *Direito posto* pelo Estado Moderno).

²⁷⁰ E aqui, em que pese o papel epicentral das sociedades anônimas, extrapolamos para considerar empresas *lato sensu*, especialmente em face da importante função que cada qual desempenha - para a economia e para a sociedade.

²⁷¹ Econômico, social, político etc.

²⁷² COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 43.

²⁷³ Estamos pressupondo, para os fins de nossas considerações, uma lente dinâmica quanto aos bens de produção em regime de empresa no capitalismo contemporâneo, de tal sorte que se fala em uma “função social [da propriedade privada] dos bens de produção em dinamismo”, o que significa, em última análise, a expressão da *função social da empresa*. Tal função é bem assente à luz do art. 116, parágrafo único, e do art. 154 da LSA.

Nessas linhas, Ana Frazão e Angelo Carvalho observam que o *interesse social* não deve ficar restrito apenas aos interesses dos sócios e administradores, devendo considerar os interesses dos demais *stakeholders*. Nesse contexto, exsurge a *responsabilidade social*, que vem a transformar o papel da empresa na sociedade. Como anotam Frazão e Carvalho,

Se o exercício da empresa está condicionado ao equilíbrio entre poder e responsabilidade, é fundamental o desenvolvimento de práticas que contribuam para o desenvolvimento da sociedade como um todo. Tais práticas não são somente implementadas pela imperatividade da função social da empresa, mas vão além até dos deveres impostos por essa cláusula geral, uma vez que a legitimação social da atividade empresária passa a ser elemento importante para os agentes que operam nos mercados [...] a responsabilidade social está pautada em um tipo de ética corporativa que não impõe deveres cogentes de ação aos empresários ou gestores, mas aumenta a autonomia destes para levar em consideração a totalidade dos interesses envolvidos na gestão empresarial.²⁷⁴ (grifos nossos).

Referidos autores aludem ao *Green Paper da Commission of the European Communities*²⁷⁵ para explicitar a definição de *responsabilidade social*, a saber, *integração voluntária de preocupações sociais e ambientais na atividade empresarial e em sua interação com seus stakeholders*, comentando que essa noção extrapola o cumprimento das obrigações previstas na legislação, de sorte a distinguir responsabilidade social de *compliance* e também da função social da empresa. Ter-se-ia aqui, segundo os autores, uma forma de conciliar o desenvolvimento social à competitividade das empresas. De modo adjacente, o Instituto Ethos pontua:

as empresas, adotando um comportamento ético socialmente responsável, são poderosos agentes de mudança para, juntamente com o Estado e sociedade civil, construir um mundo melhor. Esse comportamento é caracterizado pela coerência ética nas suas ações e relações com os diversos públicos com os quais interagem, contribuindo para o desenvolvimento contínuo das pessoas, das comunidades e de suas relações entre si e com o meio ambiente.²⁷⁶ (grifos nossos)

Existe aqui uma questão teórica de fundo a diferenciar a *propriedade dotada de função individual* e a *propriedade dotada de função social*. É sobre esta última, mais precisamente, que estamos a tratar, tendo em vista que tal propriedade traduz uma *funcionalidade*, ou melhor, tem-se uma propriedade dotada de função social [ativa] justificada pelos seus fins, serviços e função [rementendo à noção de um *poder-dever* ou *dever-poder*, condicionando, assim, o poder a uma finalidade], conforme elucidada Eros Grau. Ver: GRAU, Eros Roberto, op. cit., pp. 237-240. Ver também: COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1986, p. 77.

²⁷⁴ Cf. FRAZÃO; CARVALHO, op cit., pp. 207-208.

²⁷⁵ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Green paper**: promoting a European framework for Corporate Social Responsibility. Bruxelas: 2001.

²⁷⁶ Instituto Ethos apud DE LUCCA, op cit., p. 398.

Na leitura de Newton De Lucca, apesar do caráter multívoco embebido à expressão “responsabilidade social”, no íntimo, tratar-se-ia de um “imperativo categórico” para as empresas que reconhecem seu dever de atuar em benefício da comunidade em que estão inseridas. E, nesse particular, explorando a interface com a função social, De Lucca²⁷⁷ comenta que cumprir a função social

implica assumir a plenitude da chamada responsabilidade social, vale dizer, a consciência de que todos nós temos, em maior ou menor grau, - como cidadãos, em geral, ou como empresários, em particular – o indeclinável dever ético de pôr em prática as políticas sociais tendentes a melhorar as condições e a qualidade de vida de todos os nosso semelhantes. (grifos nossos)

Diante disso, considerando o papel epicentral da empresa contemporânea, que, como visto, se integra ao meio social onde atua e influencia uma miríade de relações e comportamentos,²⁷⁸⁻²⁷⁹ seria muito reducionista, a nosso ver, considerar os interesses da empresa limitados à luz da teoria do contratualismo (clássico ou moderno). Consideramos mais apropriado considerar os interesses da empresa em face do institucionalismo integracionista ou da teoria organizativa,²⁸⁰ teorias abordadas meticulosamente por Calixto Salomão Filho.²⁸¹ Há de se reconhecer as diferentes camadas, dimensões e propósitos - interesses públicos, ora entendidos como interesses do povo, isto é, da coletividade²⁸² - na atuação empresarial responsável. Se é permitida uma analogia para traduzir os *interesses da coletividade*, tem-se, nos dizeres de Tobias Barreto, que “o direito é um meio para a

²⁷⁷ Ibid., pp. 328-329.

²⁷⁸ A empresa influencia relações e comportamentos internos e externos. Da mesma maneira, a empresa é influenciada por relações e comportamentos. Positiva e negativamente. Particularmente para nossa análise, sob o enfoque do direito concorrencial à luz das políticas anticartel, é deveras importante considerar as relações e comportamentos ambientados no interior da empresa, mormente para verificar os incentivos transmitidos no que concerne à cultura da concorrência (ou a falta dela), pois essa variável será chave para compreender o funcionamento dos mecanismos de *compliance*. A modulação de incentivos altera e determina comportamentos. Há uma relação umbilical entre incentivos e *compliance* nessa perspectiva. Da mesma maneira, os incentivos externos devem ser considerados no contexto do *compliance*. Trataremos em mais detalhes dessa questão no Capítulo 4. Como nota paralela, pontue-se que as diferentes formas de sanção podem repercutir de diferentes maneiras nas empresas. Da perspectiva dissuasória, a pena de prisão tende a ser mais temida pelos executivos e empregados, por exemplo.

²⁷⁹ Tanto os executivos, funcionários e colaboradores, quanto *stakeholders* em geral (isto é, partes interessadas em sentido amplo, leia-se, qualquer pessoa, entidade ou sistema que afeta ou é afetado pelas atividades de uma organização).

²⁸⁰ Com preferência, *a priori*, para esta última.

²⁸¹ Ver: SALOMÃO FILHO, op. cit., **O novo direito...**, pp. 27-52.

²⁸² Em termos bem aclarados por José Marcelo Martins Proença. Ver: PROENÇA, José Marcelo Martins. Função Social da Sociedade – Convivência entre Interesse público e privado. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords.). **Direito Societário: Gestão e Controle**. São Paulo: Saraiva, 2008 (Série GVlaw), p. 7.

realização da paz social e não um instrumento de satisfação de interesses puramente individuais”.²⁸³ Donde, aproximando esse postulado para os interesses empresariais, o foco deve ser deslocado dos interesses privatistas dos proprietários (e participantes da empresa) para acoplá-los e conciliá-los com interesses sociais/comunitários.²⁸⁴

Consectário desse raciocínio, pois, é que, para além do lucro, a empresa incorpore outros interesses, como aqueles de natureza ética, social e ambiental na definição de seus negócios, de tal maneira a contribuir para a perenidade e sustentabilidade de suas atividades e, mais além, para colaborar com o desenvolvimento social e ambiental. Com efeito, é possível compatibilizar aqui a ideia da “cidadania corporativa”: a empresa deve atuar de forma responsável, comprometida com a realização do interesse social, leia-se, em respeito aos interesses das partes interessadas que estão vinculadas com a organização ou que suportam os efeitos de suas ações.²⁸⁵

Nesse andar, Paulo Nassar e Luiz Alberto de Farias destacam que, no contexto atual,

as empresas deixam de se orientar apenas pelo lucro, ainda que este fosse determinante, e passam a guiar-se, de modo indissociável, pela conduta da responsabilidade social [...] Fato é que não se define mais uma empresa apenas pelo valor dos seus ativos materiais, mas contabiliza-se também o conceito de responsabilidade social, de responsabilidade histórica, que reveste o capitalismo de um princípio associativo e distributivista. extensa rede de públicos estratégicos – dentre eles, a imprensa, autoridades, sindicatos, empregados, organizações não governamentais, clientes, investidores e as comunidades diretamente atingidas ou interessadas pelas atividades e operações organizacionais – está cada vez mais atenta à qualidade da identidade das empresas, construída a partir da memória e história relacional dessas organizações, mediadas com base em suas narrativas da experiência com esses públicos. (grifos nossos)²⁸⁶

²⁸³ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1951, p. 105.

²⁸⁴ Face ao conflito entre interesses internos e externos na sociedade anônima, Comparato e Salomão Filho asseveram a supremacia dos interesses externos em relação aos interesses internos. Ver: COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit.

²⁸⁵ Ver: CARAZZAI; CAMARGO, op. cit., p. 60.

²⁸⁶ Em específico, vale notar o conceito de “responsabilidade histórica”. Trata-se de conceito proposto por Nassar e que, segundo o autor, tem natureza sistêmica e “cobre todo o período de existência da organização, cuja credibilidade (e identidade) decorre do cumprimento de suas responsabilidades numa perspectiva histórica, que vai dos feitos do passado às promessas para o futuro”. Ver: NASSAR, Paulo; FARIAS, Luiz Alberto de. Ética e organizações: narrativas e conflitos. In: **Organicom - Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas**. Ano 14, n. 27, São Paulo, 2º sem. 2017, p. 78.

Nesse diapasão, a atividade empresarial no contexto contemporâneo requer a conciliação de interesses²⁸⁷ de cunho financeiro e social, ao que se ressalta o compromisso com o comportamento ético socialmente responsável.²⁸⁸ Tal raciocínio foi precisamente capturado por Rubens Requião,²⁸⁹ ao ensinar que:

[...] a sociedade anônima terminou por se constituir num repositório de múltiplos e variados interesses, inclusive os de natureza coletiva, da sociedade humana. Deixou ela de funcionar apenas como uma simples máquina de fazer lucros, agindo abstratamente no meio social, sem considerações de ordem ético-social. Nos dias presentes, porém, a companhia assume severos e graves deveres para com a coletividade em cujo meio atua. Os administradores devem conciliar [...] múltiplos e diferentes interesses, dos quais o lucro é o principal, porém não o único. Qualquer sociedade deve comportar-se como parte responsável do agregado social no qual opera. (grifos nossos)

Realçando a necessária conciliação entre, de um lado, interesses individuais de grupos de acionistas, e, de outro, interesses dos grupos externos, explicitamos a lúcida ponderação de Alcides Tomasetti Jr.:

A propriedade privada sobre os bens de produção, a qual dá suporte decisivo à livre iniciativa empresarial, configuradora por excelência da atividade econômica, consoante modelo constitucional (art. 1º, III, 170, III, e 173, caput) está funcionalizada à meta de “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, caput) e não, meramente, à acumulação da riqueza e à apropriação individual do lucro, pelo empresário.²⁹⁰ (grifos nossos)

Em adição, ao citar Alberto Asquini, Paula Forgioni comenta que, no escrito *I batelli del Reno*, o jurista italiano observou que “o direito dos acionistas ao lucro e os interesses da empresa devem ser compatibilizados”.²⁹¹ Daí, reforçamos a coexistência entre os interesses

²⁸⁷ Tal conciliação de interesses poderia encontrar um caminho viável por intermédio da teoria organizativa, por exemplo, conforme comentamos supra. Consoante esclarece Salomão Filho, “quando bem aplicada, não é um retorno ao individualismo dos contratualistas, mas sim um passo avante em relação ao institucionalismo na defesa do interesse público. Possibilita a proteção dos interesses e a solução interna de conflitos que podem ser bem atingidos por regras organizativas internas, e a externalização daqueles que não podem, acompanhada então de uma correta mediação legislativa do conflito [...]”. Cf. SALOMÃO FILHO, op. cit., **O novo direito...**, p. 52.

²⁸⁸ Cf. DE LUCCA, op. cit., p. 385.

²⁸⁹ Ainda que suas considerações tenham se dado sob o ângulo da sociedade anônima, consideramos o o assunto de modo amplo, em linha com nota acima. Ver: REQUIÃO, Rubens. **A ética na administração da sociedade anônima**. Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 46.

²⁹⁰ TOMASETTI JR., Alcides. “A propriedade privada” entre o direito civil e a Constituição. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 41, n. 126, abr./jun. 2002, p. 123.

²⁹¹ Cf. FORGIONI, op. cit., **A evolução do direito comercial...**, p. 57.

dos acionistas proprietários com os interesses dos *stakeholders* que há de haver, ventilando, em certa medida, e mais modernamente, o modelo *stakeholder-oriented*.

Sendo assim, diante do poder e da imensa influência da empresa sobre as comunidades e os indivíduos, inegável a importância de incorporar preceitos de governança corporativa a orientar a atuação empresarial de modo transparente e ético, agregando conteúdo de responsabilidade social. Nesse contexto, reforça-se a importância dos programas de *compliance*. Renata Saraiva assim comenta em face do *criminal compliance* associado ao meio ambiente:

Os programas de *criminal compliance* são produtos do reconhecimento de que as empresas têm uma responsabilidade social em razão do poder que exercem sobre as comunidades e os indivíduos, a partir do que devem ser adotados princípios de *corporate governance* que tornem mais transparentes as diretrizes e as condutas empresariais. Sendo que no conteúdo destes princípios e desta responsabilidade social está a proteção do meio ambiente como reconhecido valor social.²⁹² (grifos nossos)

Traçado esse arrazoado de ideias sob o ângulo do *interesse social* à luz de assuntos relacionados à governança corporativa, iluminamos, pontualmente, uma questão de natureza societária de suma valia e que repercute diretamente sobre o *compliance*. Dentre outros aspectos, como influência da formação histórica, um dos traços característicos da realidade societária brasileira repousa no poder supremo do controlador sobre a vida da companhia. É importante ter essa questão colocada de forma cristalina quando se pretende examinar perspectivas de mudança - estrutural e comportamental - sob o paradigma do *compliance* (ou da “integridade corporativa”). Em específico, há uma linha estreita entre o *compliance* concorrencial e o direito societário, como precisamente anota Eduardo Frade Rodrigues:

as características da estrutura societária brasileira implicam, portanto, uma conclusão inquestionável: trata-se de uma estrutura altamente concentradora de poder econômico, claramente favorável a conformações anticompetitivas e práticas abusivas por parte dos seus detentores.²⁹³ (grifos nossos)

²⁹² Em que pese o comentário da autora tenha se dado à luz do *criminal compliance*, não vemos prejuízo em expandi-lo, aplicando-se, por exemplo, na seara concorrencial, haja vista o bem jurídico protegido pela Lei 12.529/2011 (coletividade). Ver: SARAIVA, op. cit., p. 175.

²⁹³ RODRIGUES, Eduardo Frade. **O Direito Societário e a Estruturação do Poder Econômico**. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 180. Eduardo Frade apresenta uma rica análise da interface entre a estrutura concentrada de poder no quadro societário brasileiro e o abuso de poder econômico em várias facetas, jogando importante luz sobre o direito concorrencial.

Pois bem, a cultura da organização é altamente influenciada pela forma como o controlador exerce seu poder. E, no quadro societário brasileiro, esse fato é bastante sintomático. Como anotam Emilio Carazzai e João Laudo de Camargo²⁹⁴

[...] Essa cultura [da organização] é resultado, na maioria das vezes, pelo menos na realidade brasileira, da forma como o sócio controlador exerce seu poder de mando para a realização das atividades empresariais, inclusive exercendo influência sobre o Conselho de Administração [...] Esse é o dever maior do sócio controlador e dos dirigentes por ele eleitos – o dever fiduciário: buscar uma vida saudável, longa e responsável da sociedade empresária. Nessa linha, obediência aos regramentos legais impostos e atendimento à responsabilidade social fazem toda a diferença. Devem as sociedades empresárias, no desempenho da sua responsabilidade social, criar sistemas internos (políticas, códigos de conduta, controles internos e ouvidoria, sistema de conformidade) que dificultem a prática de ilícitudes, agindo preventivamente para evitar a ocorrência de externalidades negativas [...] ou agir, subsidiariamente, com agilidade e competência para remediar os danos oriundos de eventos imprevistos ou inevitáveis, sempre em linha com a tomada de deliberações éticas. (grifos no original)

Diante da realidade brasileira, com os olhos voltados ao controlador²⁹⁵ e às mudanças necessárias para assegurar um renovado ambiente negocial, Calixto Salomão Filho adverte:

[n]ão é possível transformar a empresa ou melhorar suas práticas éticas sem o tratamento do poder de controle. Muitas vezes, em casos de graves ilícitudes praticadas, é preciso garantir o afastamento total do controlador por meio da alienação de controle. Outras vezes, em que não há práticas ilícitas (da pessoa jurídica) graves a modificar, mas é necessário transformar a cultura empresarial, é suficiente criar sistemas internos de freios e contrapesos e incluir o controlador nas regras de compliance, garantido o seu cumprimento por meio de sanções a ele impostas. Infelizmente, no afã de agradar aos ‘donos do poder’, o mundo jurídico tem ajudado a elaborar e se contentado com compliances de fachada que não atingem a esfera de controle e, portanto, são de utilidade quase nula para mudar efetivamente e em longo prazo comportamentos e práticas empresariais. É preciso mudar essas práticas.²⁹⁶ (grifos nossos)

²⁹⁴ Cf. CARAZZAI; CAMARGO, op. cit., pp. 59-60.

²⁹⁵ Na esteira de Salomão Filho, trata-se, praticamente, de um “poder de vida e morte” que o controlador detém sobre a sociedade ao se analisar a dicção do art. 116 da LSA. Da leitura desse artigo, infere-se que o controlador é o responsável último pelas atividades sociais e pelos interesses envolvidos pela empresa, não só internos, mas também, e grife-se, externos. Poderíamos, de maneira correlacionada aos interesses externos, sublinhar a noção de que “a propriedade obriga” (influência da Constituição de Weimar), o que significa, em síntese, conjugar obrigações positivas à empresa na realização de sua função social, notadamente em vista da influência que ela exerce sobre o meio em que atua, de sorte que a imposição desses deveres positivos se revertam em prol dos grupos sociais de interesse afetados pela conduta empresarial. Nesse sentido, PROENÇA, op. cit., **Função Social...**, pp. 14-15.

²⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Controle e Corrupção. **Capital Aberto**. Governança Corporativa, Opinião, 04 mar. 2018.

Nesse âmbito, discorrendo sobre determinadas iniciativas com o intuito de contemporizar o poder desmedido do controlador e, com isso, forjar um efetivo sistema de freios e controles na empresa apto a catalisar um ambiente mais ético, perene e sustentável, no rumo das boas práticas empresariais, Salomão Filho relembra a essencialidade de que os comandos (*regras de responsabilidade*) insculpidos no art. 116 da LSA sejam cumpridos. A finalidade, em última instância, é restringir o poder do controlador para então incluir interesses externos relevantes. Tal pensamento vem em linha com nossas considerações acima a respeito da necessária coexistência de interesses (privados e sociais) para concreção da função social da empresa. Logo, ao temperar o poder do controlador mediante um sistema de freios e contrapesos efetivo, viabilizando uma administração independente, técnica e plural, apta a atender diversos interesses, ter-se-ia, muito simplificada e abstraindo de vários outros elementos que devem constar nesse desenho, uma *teoria ampliada de representatividade* e democracia societária, potencializando uma transformação positiva na cultura empresarial em prol do paradigma da conformidade.²⁹⁷⁻²⁹⁸

²⁹⁷ Outra iniciativa estrutural para alterar a cultura empresarial em prol das boas práticas, seria, conforme sugerida por Salomão Filho, que as próprias empresas reestruturassem o poder supremo do controlador ao introduzir e garantir formas de controle gerencial (*e.g.*, mediante a criação de *golden shares*), mesmo sem a perda dos direitos patrimoniais do maior acionista. Cf. *Ibid.*

²⁹⁸ Questão paralela e que merece uma nota de reflexão propositiva na dimensão de meta-mudanças para propulsionar uma cultura renovada sob o senso ético e de conformidade, e que, ao mesmo tempo, propicie uma verdadeira oxigenação nas estruturas de mercados historicamente contaminados por práticas anticompetitivas e corruptas, diz respeito à penúria consistente na aplicação de medidas meramente compensatórias, tais como acordos e multas, para se atacar (ou na tentativa de atacar) problemas mais densos e intrincados relacionados ao abuso de poder econômico e corrupção, especialmente em setores dominados por monopólios e oligopólios. Quer-se dizer, em outros termos, que medidas de tal natureza não se mostram suficientes para, sozinhas, mudar incentivos, desencorajar práticas deletérias e sanar mercados com estruturas historicamente viciadas e corrompidas. Como clarifica Salomão Filho, “compensações são necessárias para reparar danos, mas na esfera econômica não são suficientes para transformar mentalidades e nem para corrigir condutas”. E, como explica Salomão Filho, a razão disso é simples, uma vez que o valor da multa pode ser sempre embutido no preço [futuro] dos produtos ou serviços vendidos pelos infratores, às custas, portanto, dos consumidores. Nesse giro, relativizamos a efetividade de indenizações e técnicas compensatórias de caráter punitivo para, isoladamente, alterarem comportamentos e corrigirem a (distorcida) realidade do mercado. Ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. Respostas estruturais para a corrupção empresarial. **Valor Econômico**, 01 abr. 2015. Decorre daí a necessidade de, sob um lente multifocal, atacar a raiz do problema, o que requer, junto com medidas compensatórias (*e.g.*, indenização e multas), também remédios estruturais, os quais, de fato, foram previstos pelo legislador brasileiro, tais como a possibilidade de alienação de controle ou cisão de empresas privadas oligopolistas e que abusam de seu poder, dominam mercado, distorcem e o corrompem num círculo pernicioso, bem assim a desconsideração da personalidade jurídica (vide leitura combinada da LSA, art. 116 e 117, Lei Antitruste, art. 37 e Lei Anticorrupção, art. 14), mas que, na prática, são parcamente cogitadas. Em geral, o “fetiche” por medidas compensatórias não faz outra coisa senão manter o mercado desvirtuado, numa eterna e paradoxal continuidade paralisante. Assim, para superar esse estado de distorções e anomalia, oportuna será a maior abertura para medidas estruturais em vista de mercados problemáticos e historicamente corroídos por conta de sistemáticos abusos de poder econômico e corrupção. É nessa perspectiva de entrelaçamento entre atos de corrupção e abuso de poder econômico e, considerando medidas para reformular estruturalmente as condições de concorrência em tais mercados viciados, os quais, anote-se, são caracterizados pela intensa proximidade entre agentes econômicos e agentes políticos ou governamentais, que Ana Frazão lança luzes de ponderação “[...] não há como reduzir significativamente a corrupção apenas mediante a modificação das regras jurídicas. Há que se buscar igualmente a alteração das demais regras do jogo, pois somente uma modificação

Decerto, um problema de raízes históricas como o que ora se aponta não é nada trivial, de modo que o seu deslinde também não é simples nem reside em medida unilateral. E, nesse caso em particular, o problema, e tantos outros problemas complexos e profundos no contexto societário, não são resolvidos casualmente e apenas com medidas de *compliance* ou de boas intenções de conformidade. Seria ingenuidade ou mesmo um engodo supor que o *compliance per se* é capaz de alterar comportamentos (e estruturas) historicamente viciados diante de um quadro bastante complexo. A solução, ou melhor, as soluções passam necessariamente por abordar os problemas sob um ângulo holístico e multifocal, com aplicação efetiva do direito/das leis postas, com base em um *mix* apropriado de *remédios de natureza estrutural-interventiva e compensatória (punitiva)*, com incentivos adequados para inculcar o *compliance* no contexto de saneamento da cultura empresarial.

Dito isso, vale registrar, ainda, outro aspecto derivado da seara societária que se mostra enfeixado às discussões de poder e que influencia diretamente a(s) perspectiva(s) do *compliance*, leia-se, os chamados problemas de agência.²⁹⁹ Grande parte desses problemas deriva do tipo de estrutura de poder, dos interesses da organização e das motivações de seus agentes, e do estilo de cultura organizacional *vis-à-vis* parâmetros valorativos de gestão (*shareholder value theory* e *short-termism*).³⁰⁰

institucional mais aprofundada pode gerar frutos consistentes e duradouros [...] No que diz respeito às condições concorrenciais, é fundamental que os mercados viciados em razão das práticas de corrupção possam ser minimamente reestruturados, sob pena de permanecerem todos os incentivos para as práticas ilícitas. Afinal, estruturas que foram criadas ou consolidadas a partir da corrupção dificilmente serão totalmente alteradas apenas por meio de medidas punitivas, restrições comportamentais ou mesmo prisão de executivos ou funcionários [...] Por essa razão, ao lado de medidas punitivas e de implementação de programas de *compliance*, o combate à corrupção exige necessariamente o restabelecimento ou mesmo a implantação de pressupostos que possam assegurar a competição em razão da eficiência e do mérito. Nesse ponto, é premente o diálogo entre a seara anticorrupção e a seara concorrencial, já que a corrupção, em muitos casos, é a causa ou a consequência de problemas concorrenciais. Logo, muitas das medidas eficazes contra a corrupção exigem modificações estruturais de mercados viciados, tais como as já utilizadas pelo Direito Antitruste, como é o caso do desinvestimento ou da troca compulsória do controle de empresas envolvidas em atos de corrupção. Aliás, é importante ressaltar que o desinvestimento ou a troca do controle não apenas podem ser instrumentos eficazes para assegurar a alteração estrutural do mercado afetado pela corrupção, promovendo a entrada de novos agentes e oxigenando o mercado com novas práticas, como ainda asseguram a manutenção da empresa e o cumprimento de sua função social". Cf. FRAZÃO, op. cit., **Direito da concorrência...**, pp. 64-65.

²⁹⁹ Trata-se de eixo curial e que requer escorreta atenção no exame de incentivos para se forjar uma atuação corporativa comprometida com a conformidade empresarial. Aqui, consideramos, em geral, problemas de agência derivados da oposição de interesses entre (i) acionistas vs. administradores; (ii) controladores vs. minoritários; e (iii) companhia vs. *stakeholders*.

³⁰⁰ O foco exclusivo da empresa na maximização do valor de suas ações, sem preocupação com outros interesses, pode claramente influir na incorporação de práticas (anti)éticas e de (não-)conformidade na organização, ainda mais se a consecução do lucro for pautada numa visão de curto ou curtíssimo prazo. De igual modo, incentivos financeiros para atingimento de metas de curto prazo tendem a influir no modelo de gestão e na cultura empresarial que, em prol do lucro desmedido, pode ser mais propícia ou leniente ao

1.3.1.1 Ética empresarial e *compliance*: o quadro institucional brasileiro em curtas linhas

Na esteira do tópico anterior, o presente tópico, mais genérico e propositivo, ventila algumas iniciativas que permeiam o tema da *ética empresarial*³⁰¹ e que entendemos necessárias para iniciar uma reformulação do quadro institucional brasileiro. Nessa esteira, abordando um cenário sombrio que já afligia o Brasil na década passada, Newton De Lucca, de forma provocativa, assim indagava:³⁰²

[...] no atual mundo globalizado da economia – e, no caso particular do Brasil, num meio absolutamente corrompido pela depravação moral -, no qual os valores fundantes reconhecidos como fonte de deveres acham-se inteiramente conspurcados pela acrasia ética que assola a quase todos de maneira assombrosa, será que somente o Estado, como fonte exclusiva do direito que é, pode resolver os conflitos de interesses existentes, seja pela disciplina expressa das normas escritas, seja pela interpretação e aplicação das chamadas cláusulas gerais? (grifos nossos)

O primeiro aspecto aqui consiste em trazer à tona os vasos comunicantes entre governança corporativa e ética empresarial. Como afirma De Lucca, “são ideias interativas e complementares, na medida em que não se pode imaginar a primeira sem o conteúdo da natureza axiológica que lhe é fornecido pela segunda”. Nesse prisma, José Maria Ortiz Ibarz, citado por De Lucca, anota:³⁰³

A ética não é um valor simplesmente agregado; é um valor intrínseco de toda a atividade econômica e empresarial porque qualquer atividade empresarial atrai para si um conjunto de fatores humanos e esses fatores humanos conferem ao nosso trabalho uma dimensão inevitavelmente ética. Mais do que um simples modismo a ética é – na atividade empresarial e em qualquer organização – uma necessidade, uma exigência que se faz cada vez mais premente conforme cresce a complexidade do nosso tecido social. (grifos nossos)

cometimento de ilícitos, gerando um círculo vicioso na organização, que, em tese, pode até dispor de um sistema de *compliance*, mas sem qualquer ressonância prática em termos de cultura empresarial, haja vista um padrão moral corporativo de convivência com ilicitudes em prol da maximização de lucros. Para detalhes, ver: FRAZÃO, Ana. Relações entre corrupção e teorias que orientam gestão das companhias. **Consultor Jurídico – Conjur**, 12 jul. 2017.

³⁰¹ Como esclarece De Lucca, ética empresarial refere-se ao “comportamento da empresa caracterizado não apenas por um agir de acordo com os princípios morais prevalecentes mas, indo um pouco além, por um agir em prol do bem estar de toda a coletividade no âmbito da qual essa atividade empresarial se insere”. Sobre o assunto ética empresarial, fundamental a leitura de: DE LUCCA, op. cit., p. 389.

³⁰² Cf. Ibid., p. 414.

³⁰³ Ibarz apud DE LUCCA. Ibid., p. 415.

Outrossim, é válido explicitar o entrelaçamento que existe entre ética empresarial e programas de *compliance*, nos termos de Emílio Carazzai e João Laudo de Camargo:

A Ética empresarial e programa de integridade são elementos inerentes do sistema societário, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão e o responsável desempenho da organização e da economia como um todo [...] O compromisso da ética na sociedade empresária será resultado de uma construção contínua considerando o egoísmo como parte da natureza humana e colocando em primeiro plano na tomada de decisões o interesse da organização, a sua visão, missão e valores e critérios éticos. Deseja-se, com essa iniciativa, criar ou aprimorar um comportamento organizacional, uma cultura corporativa, que facilite a gestão de pessoas, alterando muitas vezes hábitos arraigados, cientes que cultura na prática não se muda rapidamente.³⁰⁴ (grifos nossos)

A empresa ética ocupa um papel chave para a concepção de um futuro solidário na história da humanidade. Ante essa premissa, De Lucca exorta uma marcha para a “reconstrução ética do mundo”. Deveras, trata-se de uma tarefa hercúlea e desafiadora. No âmbito local, que também tem experimentado grandes complexidades e desafios no tocante à ética empresarial, Luís Roberto Barroso bradou um “pacto de integridade” à vista da clivagem ética que foi esgarçada na urdidura brasileira, assim entoando:

O Brasil vive, como é notório, um momento difícil, abalado por uma tempestade política, econômica e ética. Sombria como possa parecer a fotografia do momento, sou convencido de que vivemos um momento de refundação do país. Há na sociedade civil uma imensa e emocionante demanda por integridade, idealismo e patriotismo. E essa é a energia que muda paradigmas e empurra a história na direção certa. Somos o 96º colocado no Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional. Eu acordo todos os dias envergonhado com esse número. O que ocorreu entre nós, de longa data, foi um pacto oligárquico de saque ao Estado. Esse pacto foi renovado por diversas vezes, mesmo pelos que se apresentaram para combatê-lo. Em suma, há uma Nova Ordem querendo nascer e uma Velha Ordem que resiste à mudança. A Nova Ordem pressupõe a substituição do pacto oligárquico por um pacto de integridade. Com ela virá o tempo em que não será mais legítima a apropriação privada do Estado e do espaço público. Para elevar o patamar civilizatório do Brasil, tudo o que precisamos são duas regras básicas: na ética pública, não desviar dinheiro; na ética privada, não passar os outros para trás. Essa será

³⁰⁴ Cf. CARAZZAI; CAMARGO, op. cit., p. 62.

a grande revolução brasileira. Para realizá-la, precisamos de um choque de iluminismo, de idealismo e de pragmatismo.³⁰⁵⁻³⁰⁶ (grifos nossos)

Considerando, pois, a realidade fático-institucional brasileira, urge aproveitar a oportunidade ímpar que se abriu no contexto dessa “tempestade política, econômica e ética” a que alude Barroso para que as empresas, Estado e sociedade civil, em uma postura genuína, integrada e livre de amarras, se unam e coordenem esforços para mudar radicalmente as estruturas e a mentalidade que permitiu coser todo o novelo de ilicitudes que veio à baila, de modo que, desejavelmente, se possa falar em um ponto de inflexão (positivo) na história do país quando, mais adiante, olharmos retrospectivamente. Nesse contexto, Sérgio Lazzarini aduz:

um ponto de inflexão é, fundamentalmente, incerto. O resultado final dependerá de um conjunto de esforços complementares e, por que não dizer, de uma boa dose de sorte [...] se é vital manter as mudanças já em andamento, é ao mesmo tempo contraproducente tratá-las como uma revolução. O novo capitalismo brasileiro não nascerá de grandes tacadas, decisões assoberbadas ou guinadas radicais de política – até mesmo porque o ambiente institucional brasileiro já é bastante complexo, impondo limites ao que quer ou não quer o soberano poder. Surgirá, em realidade, de um grande conjunto de pequenas mudanças, todas elas consistentes e alinhadas, embasadas em reflexão, mas com espírito de urgência, resultantes do somatório de agendas que se complementam e ao mesmo tempo se moderam. Parte poderá vir de um processo de renovação política. Parte virá de uma sociedade mais exigente e vigilante. Mas o crucial será estabelecer novos incentivos para que as relações público-privadas se tornem mais transparentes e sinérgicas, sob a condução de múltiplas lideranças questionando umas às outras e colocando freios aos seus próprios excessos e interesses particulares.³⁰⁷ (grifos nossos)

Para os rumos, portanto, da almejada “reconstrução” que ora se pugna no quadro brasileiro, uma série de medidas concatenadas, não triviais, se faz imperativa.

³⁰⁵ Em particular, Barroso reconhece a progressiva mudança em termos de *compliance* no seio empresarial, comentando que “A sociedade já mudou e deixou de aceitar o inaceitável. A iniciativa privada está mudando e todas as empresas relevantes deram ênfase ao setor de *compliance*. O Judiciário vai mudando aos poucos. E a política também vai mudar”. Ver: BARROSO, Luís Roberto. **Caminhos da Transformação**. Discurso proferido por ocasião da posse do Ministro Dias Toffoli na presidência do Supremo Tribunal Federal, 13 set. 2018.

³⁰⁶ Barroso repisa essa visão e alude à “refundação do Brasil”, em que a “ideia da integridade seja um vetor fundamental do comportamento humano”. Para o Ministro, o país já teria mudado e uma semente já fora plantada – “a intensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo que existe hoje na sociedade brasileira é uma realidade inescapável”. Ver: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

³⁰⁷ Cf. LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões**. 2ª ed. São Paulo: BEI Comunicação, 2018, p. 284.

Ilustrativamente, e de modo pontual, chamamos atenção para algumas,³⁰⁸ como: (i) alteração das estruturas de incentivos e de poder no relacionamento público-privado; (ii) implementação de reformas amplas e multifárias,^{309 - 310} de ordem estrutural e comportamental, em diversos setores da economia, da indústria, da política etc.; (iii) parcerias positivas, com diálogo cooperativo, propositivo e transparente, entre setores público e privado, para o alinhamento de interesses em prol do bem comum; (iv) coordenação institucional entre os órgãos da Administração pública para a definição de estratégias proporcionais e adequadas de *enforcement*, com prestação de contas para a sociedade; (v) medidas voluntárias e robustas de boas práticas de governança, ética e conformidade executadas de forma perene pelo setor privado e disseminadas ostensivamente junto à indústria e à sociedade;³¹¹ (vi) restauração da confiança e da legitimidade das instituições junto à sociedade civil, também com a adoção de medidas de integridade; (vii) políticas sérias e comprometidas relacionadas à sustentabilidade e aos direitos humanos; (viii) implementação de políticas de democratização para o fortalecimento da cidadania e de direitos sociais etc.

³⁰⁸ Transcende o escopo desta dissertação abordá-las na minúcia; objetiva-se apenas pincelar algumas em sentido referencial e bastante limitado. Muitas necessidades se renovam e se expandem dia a dia. Há de se pontuar, adicionalmente, a força política e a prioridade governamental que subjaz a esse rol de medidas (reformas) e que não adentraremos neste trabalho.

³⁰⁹ Na vertente concorrencial, por exemplo, uma possível reforma é ventilada por Salomão Filho quando adverte para que se deixe de viver no “paraíso de Bork”, ou seja, que a política (pública) antitruste brasileira seja menos minimalista no sentido de se resumir apenas (ou quase exclusivamente) ao combate de cartéis (ainda que obviamente relevante), ganhando envergadura, contiguamente, uma política robusta que focalize e intervenha, verdadeiramente, sobre o controle de concentrações econômicas e de formação de monopólios estruturais, os quais criam, reflexamente, incentivos perversos que redundam em “drenagens”, especialmente no tocante à intensificação da concentração de renda e desigualdades sociais em um cenário de economia estruturalmente concentrada, resquício da formação histórica colonial da nação. Como pontuamos, reformas estruturais (e não medidas meramente compensatórias) para enfrentar problemas históricos derivados de abuso de poder econômico e de corrupção formam algumas das proposições de Salomão Filho para a verdadeira transformação no contexto institucional de mercados viciados. Nesse sentido, ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. Prefácio. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 20.

³¹⁰ Na vertente anticorrupção, por exemplo, Walfrido Warde propõe medidas de três ordens, as quais podem ser sintetizadas da seguinte forma: (i) ampla reforma do modelo de financiamento de campanhas eleitorais; (ii) concepção e promulgação de uma lei que discipline o *lobby* pós-eleitoral, em especial as chamadas Frente Parlamentares; e (iii) criação de uma pessoa jurídica de direito público de capacidade exclusivamente administrativa, com patrimônio e receita - advinda dos recursos pagos em reparação ao erário por danos decorrentes de atos de corrupção -, que congregue partícipes de todos os órgãos de Estado componentes do aparato estatal de controle. Cf. WARDE, Walfrido. **O Espetáculo da Corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país**. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 125 et seq.

³¹¹ Referencialmente, importantes iniciativas nessa direção estão sendo forjadas no Brasil. Por exemplo: INSTITUTO ETHOS. **Movimento Empresarial Pela Integridade e Transparência**; INSTITUTO ETHOS et al. **Pacto de Integridade da Indústria de Petróleo, Gás e Biocombustíveis**. set. 2018; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL et al. **Unidos Contra a Corrupção**; UNITED NATIONS. **PACTO GLOBAL REDE BRASIL. Integridade no Setor de Construção**: discutindo os dilemas e propondo soluções para o mercado. maio 2018.

Essas medidas pontuais e exemplificativas - que refletem algumas necessidades presentes no quadro institucional brasileiro - não podem ser um grito no vazio nem ficarem no plano do abstracionismo. A concretização passa, necessariamente, pela discussão crítica, plural e expansiva, planejamento estratégico, coordenação multisetorial, diálogos transparentes e propositivos, engajamento coletivo etc.³¹²⁻³¹³

Postas essas abreviadas considerações e algumas digressões, antes de prosseguir para o próximo Capítulo, que adentrará no ordenamento concorrencial brasileiro para investigar a disciplina do programa de *compliance*, uma questão de coerência se coloca: *qual a relação entre o programa de compliance concorrencial e as considerações delineadas acima?* Para responder, é preciso recapitular nosso pressuposto, qual seja, que o programa de *compliance* concorrencial é um instrumento oportuno para complementar o *enforcement* anticartel, contribuindo para incrementar a taxa de cumprimento normativo, de modo a projetar externalidades positivas sobre o bem-estar econômico e social. Partindo dessa premissa, tem-se uma estratégia regulatória cooperativa entre o Estado e os agentes econômicos que, assumindo incentivos adequados e equilibrados, resulta em uma relação sinérgica e de mútuo reforço entre o *enforcement* público e o *compliance* privado, contribuindo para, em princípio, minorar o índice de práticas anticompetitivas (cartéis), ao mesmo tempo em que são difundidos valores pró-competitivos junto à sociedade, fortificando o senso de conformidade e de cultura concorrencial.

Ao fim e ao cabo, dita estratégia pavimenta terreno para um ambiente de mercado integradamente mais coeso em termos de conformidade, minorando distorções e desnivelamento competitivo resultantes de incentivos espúrios, de tal maneira a se revelar um ambiente essencial para animar a caminhada coletiva rumo à pretendida “reconstrução”

³¹² Algumas das medidas almeçadas e citadas, com efeito, sinalizam o começo de uma marcha em boa direção, ao passo que outras estão há tempos estagnadas ou na contramão do desejado. Em particular, para o sucesso dessas medidas, não apenas se deve levar em consideração o ângulo das regras jurídicas, mas também a perspectiva de regras morais, sociais, culturais etc., para efetivamente alterar as “regras do jogo”.

³¹³ Registre-se, em particular, que a academia tem um papel de peso nesse ambiente: dentre uma plêiade de atividades, cita-se, como exemplo, a realização de estudos minudentes e questionadores, junto com pesquisas críticas e inovadoras, discussões plurais e transparentes etc., tudo para proporcionar doses de reflexão iluminada e influenciar os formuladores de políticas públicas, os reguladores, as empresas, a sociedade civil etc.

brasileira. Como observa Pedro Dutra³¹⁴ ao abordar o atual cenário brasileiro e o inter-relacionar à cultura do *compliance*:

O cumprimento da lei é um estado de civilização e um fator de desenvolvimento econômico. Porém, o não cometimento de atos infrativos não opera efeitos benéficos apenas no âmbito público ou no âmbito geral onde atuam diretamente os agentes privados. A conduta lícita opera benefícios, diretos e imediatos, à empresa que assim procede, e se estendem a seus colaboradores e acionistas.

[...]

Neste momento, vive o Brasil uma situação inédita. As relações entre setores do poder público e setores da iniciativa privada estão sob severo escrutínio do Judiciário. Talvez se possa ver nesse processo, uma demanda crescente, em diferentes setores da sociedade, por uma transformação radical na relação entre agentes públicos e agentes privados. O estrito cumprimento da lei converte-se, na experiência brasileira a se abrir daqui por diante, no fator preponderante e transformador da atuação empresarial, ajustando-a a padrões avançados de competitividade.

[...]

Dissemina-se a percepção, na cultura empresarial global, de que a lisura nos mercados, a pautar a conduta de seus agentes, é um valor cujo contorno e densidade ganharam uma nova dimensão nas relações econômicas. Esse processo ainda em curso deverá afirmar um novo estágio na ordem econômica brasileira, fixando o *compliance* entre os seus imperativos. (grifos nossos)

Face ao exposto, mais holisticamente, uma vez incrustada a cultura do *compliance* e da ética empresarial no novo ambiente que se prenuncia, não vislumbramos outro caminho senão aquele que assim orienta: tudo o que *não for* e *não estiver* em conformidade com as normas e regras do jogo, e tudo o que *não for* ético e *não estiver sendo* conduzido de forma íntegra e responsável, se *desmanchará no ar*. Trata-se de uma metáfora para significar que, ausentes o imperativo ético, a responsabilidade social e os instrumentos de conformidade, a empresa tende a seguir pelo descaminho, leia-se, soçobrar ou ficar em situação vulnerável e de enorme desvantagem competitiva no mercado e em comparação a seus concorrentes que se orientam pelos valores e comandos da ética e da integridade, inviabilizando, ao fim, suas atividades. Tal reflexão se estende para o ambiente concorrencial: despido o agente econômico da cultura pró-competitiva que a conformidade carrega, logo, adotando um comportamento à margem do *compliance* concorrencial, os efeitos adversos para esse agente tendem a ser cada vez mais intensos e danosos, com sérios riscos de afetar negativamente o bem-estar social.

³¹⁴ DUTRA, op cit., pp. 157-159.

2 O PROGRAMA DE *COMPLIANCE* CONCORRENCIAL NO BRASIL

Traçada a base conceitual, neste Capítulo o foco está centralizado sobre o ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no microsistema³¹⁵ do direito de defesa da concorrência. O objetivo é situar a discussão do programa de *compliance* concorrencial a partir de uma perspectiva histórica e contemporânea, de sorte a extrair as principais conclusões sobre o tratamento destinado ao assunto, notadamente no que diz respeito ao incentivo conferido pela Administração pública (CADE) ao programa de *compliance*, em particular sob a perspectiva do desconto punitivo quando da dosimetria da pena.

Em termos de estrutura, em primeiro lugar, procederemos com um esboço histórico para ventilar os principais desenvolvimentos do programa de *compliance* sob a égide das Leis 8.884/1994 e 12.529/2011.³¹⁶ Na sequência, empreenderemos uma pesquisa jurisprudencial abrangente a fim de descortinar a práxis do órgão antitruste brasileiro à luz desses dois normativos. A par desse cotejamento, serão apresentadas problematizações iniciais. O Capítulo 3 complementa essa análise ao mirar para a discussão proveniente da experiência internacional para, então, no Capítulo 4, aprofundar a investigação à vista do debate doutrinário, arrematando-se com as Conclusões.

A nosso ver, esse percurso se faz oportuno para viabilizar um olhar alargado sobre o tema e seu problema, contribuindo com importante substância para a discussão acadêmica, bem como para o exame prático, com vistas a inspirar reflexão concreta sobre a agenda e os caminhos da política concorrencial brasileira na temática do (programa de) *compliance*.

³¹⁵ Conforme esclarece José Marcelo Martins Proença, a Lei de Defesa da Concorrência deve ser entendida em linha com a moderna noção de *microsistema*, o que significa dizer que “mesmo não configurando um ramo autônomo do direito, mas, ao contrário, entrelaçando-se entre os seus diversos ramos, tem principiologia própria em defesa de determinado bem jurídico, é dotado de lógica autônoma e seu estudo ocorre em disciplina própria devido à importância e à estrutura que alcançou”. Sem embargo, Proença reconhece as “pontes” entre o Direito de Defesa da Concorrência e outras legislações em virtude do bem jurídico protegido e do interrelacionamento de interesses (e.g., Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/1990; Código de Propriedade Industrial - Lei 9.279/1996). Ver: PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36.

³¹⁶ Apenas no intuito de aclarar o entendimento conceitual sobre legislação de defesa da concorrência que estamos cotejando, de um ponto de vista geral, acompanhamos José Marcelo Martins Proença, que assim anota “conjunto de leis que tem por escopo a proteção do mercado contra restrições tanto à concorrência, imputáveis a comportamentos isolados dos sujeitos econômicos ou coligados de grupos de empresas, independentemente de sua forma jurídica, quanto ainda ao exercício abusivo de posições de domínio por parte de uma empresa ou empresas preponderantes no mercado e, bem assim, de controle das operações de concentração”. Cf. *Ibid.*, pp. 33-34.

2.1 A Lei 8.884/1994 e o Programa de *Compliance* Concorrencial

Não se olvidando de todo um processo histórico de evolução legislativa que veio a consagrar, gradualmente, o direito concorrencial no ordenamento brasileiro,³¹⁷⁻³¹⁸ para os limites deste trabalho direcionaremos a análise a partir da Lei 8.884/1994, especialmente porque foi durante a vigência desse normativo que o direito concorrencial foi se maturando em solo pátrio, criando “sensação nacional e internacional que o Brasil possuía ‘autoridade antitruste’”, nos dizeres de Gesner Oliveira e João Grandino Rodas.³¹⁹⁻³²⁰

³¹⁷ Para análise da evolução legislativa e o direito concorrencial no Brasil, a título de referência, ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos.** CARVALHO, Vinicius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). Brasília: CADE, 2013; FORGIONI, op. cit., **Os Fundamentos...**, pp. 95-125; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 30-39; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. **Evolução do Antitruste no Brasil.** São Paulo: Editora Singular, 2018; PROENÇA, op. cit., **Concentração Empresarial...**, pp. 23-32; OCTAVIANI, Alessandro. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUCSP - PUC - Pontifícia Universidade Católica.** Tomo: Direito Comercial. COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord. do tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

³¹⁸ “O surgimento da primeira legislação concorrencial no Brasil remonta ao ano de 1945, mas foi em 1962, a partir da edição da Lei 4.137, que o país ganhou um órgão responsável por zelar pela defesa da concorrência, o Cade. É muito mais apropriado olhar para esses últimos 50 anos como um período em que, por meio de ações incrementais, o aparato estatal foi se desenvolvendo. Os grandes marcos, como a edição da Lei 8.884/94 e, recentemente, da Lei 12.529/11, não são uma ruptura com o que vinha sendo feito antes, mas sim o resultado de um processo de aprendizagem e de amadurecimento sedimentado em experiências passadas”. Cf. apresentação feita na supracitada obra “Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos”, por Vinicius Marques de Carvalho, à época Presidente do CADE. Cumpre observar, em suma, que não obstante a Constituição de 1934 ter incluído em seu bojo regras destinadas à proteção da economia popular, a Constituição Federal de 1937 ter acolhido o intervencionismo estatal de maneira qualificada ao mencionar os “crimes contra a economia popular” e o Decreto-lei 869/1938 ter se voltado a reprimir práticas atentatórias à livre concorrência, foi em meados de 1945 mais propriamente, por iniciativa do então Ministro da Justiça Agamemnon Magalhães, com a publicação do Decreto-lei 7.666 (“Lei Malaia”), que se tem o primeiro diploma brasileiro de repressão ao abuso do poder econômico, criando a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (órgão que precedeu o CADE), muito embora, ainda em 1945, com a queda de Getúlio Vargas, referido normativo veio a ser revogado. De qualquer maneira, a Lei Malaia teve importante influência no âmbito da Constituição Federal de 1946, destacando, em particular, o art. 148, que tratou da repressão ao abuso de poder econômico, que, posteriormente, vem a ser regulamentado em 1962, com a promulgação da Lei 4.137, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Sob a égide da Constituição de 1988, evocando-se um cenário de abertura do mercado brasileiro e de liberalização da economia, em 1991, é promulgada a Lei 8.158, com o objetivo de conferir celeridade ao procedimento administrativo de apuração de práticas de violação à ordem econômica, tendo sido criada a Secretaria Nacional do Direito Econômico – SNDE, vinculada ao Ministério da Justiça. À época, a Lei 4.137 não fora revogada, coexistindo com a Lei 8.158, e o CADE passou a funcionar junto à SNDE. Pouco tempo depois, em 1994, foi promulgada a Lei 8.884/1994, e, após cerca de 18 anos de vigência, é promulgado o atual diploma concorrencial brasileiro, a Lei 12.529/2011, em vigor a partir de 29 de maio de 2012, revogando praticamente a totalidade da lei anterior.

³¹⁹ Cf. OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 36.

³²⁰ Pedro Paulo Cristofaro afirma que, não obstante as origens do direito concorrencial no Brasil nos anos 1930, ele ainda é jovem. Conforme Cristofaro, “[s]omente a partir da edição da Lei 8.884/94 pode-se falar em aplicação efetiva das normas antitruste e é ainda mais recente a ênfase dada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), já sob a égide da Lei 12.529/2011, à punição das condutas anticompetitivas”. Ver: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial

A Lei 8.884/1994 sistematizou a matéria antitruste, aperfeiçoou seu tratamento legislativo, para além de transformar o CADE em autarquia federal, dotado de autonomia administrativa e orçamento próprio.³²¹ Em linhas gerais, ao longo de aproximadamente dezoito anos de vigência, o progresso do antitruste no Brasil foi digno de nota, nacional e internacionalmente, destacando-se nesse período, em apertadíssima síntese: (i) consolidação do controle de concentrações empresariais; (ii) consolidação do combate aos cartéis; (iii) aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE; e (iv) aumento da atuação do Ministério Público na área antitruste, consoante aponta Paula Forgioni.³²²

Estruturalmente, de modo simplificado, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), como assim se convencionou chamar, apresentava uma divisão tripartite, sendo composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE, então vinculada ao Ministério da Fazenda) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE, então vinculada ao Ministério da Justiça).³²³

Para a presente investigação, interessa ressaltar, a partir de 2003, maior ênfase conferida pelas autoridades de defesa da concorrência brasileira no combate a cartéis, lançando mão de técnicas e ferramentas mais modernas de investigação, em cooperação com o Ministério Público e a Polícia Federal. Nesse sentido, dentre alguns importantes instrumentos e iniciativas, pontue-se (i) realização de busca e apreensão; (ii) interceptação telefônica; e (iii) acordos de leniência. Tais instrumentos foram introduzidos no

Brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 951.

³²¹ “Toda a história recente (e relevante) da matéria concorrencial do Brasil foi construída com a aplicação da Lei nº 8.884/1994, seja na análise dos atos de concentração (art. 54 da Lei) ou na repressão às condutas anticoncorrenciais (arts. 20 e 21 da Lei), bem como na difusão da cultura de defesa da concorrência [...]”. Cf. BAGNOLI, op. cit., **Direito Econômico...**, p. 320. Em sentido semelhante Celso Campilongo e Roberto Pfeiffer, ao comentarem que, sob o pano de fundo do Plano Real, com a estabilização financeira no Brasil e o progressivo abandono do controle de preços característico do ambiente econômico de outrora (hiperinflação, controle de preços pelo Estado, fechamento da economia etc.), é que a concorrência foi incorporada como um dos pilares da política econômica, de modo que, com a promulgação da Lei 8.884/1994, chega-se de fato à inauguração da defesa da concorrência no país, iniciando os primeiros casos de condenações em cartéis, restrições em atos de concentrações e bloqueios de fusões. Ver: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. Apresentação. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

³²² Cf. FORGIONI, op. cit., **Os Fundamentos...**, pp. 122-123.

³²³ O CADE foi criado em 1962 como órgão do Ministério da Justiça e, em 1994, foi transformado em autarquia federal, vinculado ao mesmo ministério. Em linhas gerais, o CADE tem por finalidade orientar, fiscalizar e apurar abusos de poder econômico, atuando na prevenção e repressão dos abusos cometidos por empresas com poder de mercado. A SDE era responsável por investigar a existência de condutas anticoncorrenciais e emitir pareceres (não vinculantes) sobre os aspectos concorrenciais dos atos de concentração apresentados para aprovação do CADE. A SEAE auxiliava a SDE, contribuindo com estudos e relatórios com foco principal nos aspectos econômicos dos atos de concentração apresentados para análise e das condutas investigadas.

ordenamento antitruste por meio da Lei 10.149/2000.³²⁴ No Brasil, a exemplo do que se vislumbrava nas principais jurisdições antitruste do globo,³²⁵ o cartel foi alçado ao posto de foco prioritário de repressão. Nesse passo, no ano de 2003, foi celebrado o primeiro acordo de leniência (“Cartel dos Vigilantes”), um marco para simbolizar a tônica dos órgãos de defesa da concorrência na repressão dos cartéis.³²⁶ A política de combate a cartéis foi sendo maturada e refinada ao longo do tempo, notando, por exemplo, o aperfeiçoamento de técnicas de investigação, a coordenação institucional com outros órgãos da Administração pública, que permitiu a ampliação de parcerias investigativas e o compartilhamento de informações para atacar mais efetivamente os cartéis,³²⁷ para além de iniciativas voltadas à disseminação da cultura da concorrência.^{328 - 329} Argumenta-se que esse contexto de priorização de esforços no combate a cartéis influenciou na discussão dos programas de *compliance* concorrencial,³³⁰ inclusive para estimular que as empresas investissem em

³²⁴ Antes disso, a atenção do CADE restava basicamente centralizada sobre o controle de estruturas (análise de atos de concentração econômica).

³²⁵ Cf. Flávia Chiquito dos Santos, “[t]endo em vista que o cartel clássico é o ilícito concorrencial que resulta nos maiores prejuízos ao mercado e aos consumidores, em razão das ineficiências alocativa, produtiva e dinâmica, a repressão dessa conduta é prioridade absoluta em quase todos os regimes de concorrência à dimensão internacional”. Ver: SANTOS, op. cit., p. 7. Em semelhante direção Ana Paula Martinez, quando aprofunda sobre esses três tipos de ineficiências econômicas e sentencia “[...] os cartéis são práticas pelas quais os produtores extraem renda do consumidor de forma ilícita. Além disso, ao eliminar ou reduzir os benefícios da concorrência, os cartéis impõem prejuízos à sociedade: custos maiores, recursos alocados de forma ineficiente e empresas que não inovam, tornando a economia pouco produtiva – esses resultados tornam a prática colusiva a mais grave do direito antitruste – e, de forma geral, uma das condutas mais lesivas à ordem econômica. Cf. MARTINEZ, op. cit., pp. 39-41.

³²⁶ “[a] partir de 2003, e lançando mão dos instrumentos mais agressivos de investigação inseridos na Lei 8.884/1994 em reforma legislativa de 2000, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, então o principal órgão responsável pela investigação de condutas anticompetitivas no Brasil, passou a focar seus recursos na persecução de condutas colusivas. Naquele ano foi realizada a primeira diligência de busca e apreensão por autoridade administrativa para obtenção de provas de cartel e foi firmado o primeiro acordo de leniência”. Cf. *Ibid.*, p. 131.

³²⁷ Ver FRADE, Eduardo; THOMSON, Diogo; ATHAYDE, Amanda. A operação lava jato e a investigação de cartéis no Brasil: evolução ou revolução? In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis**. São Paulo: Editora Singular, 2018, pp. 234 et seq.

³²⁸ A título de ilustração, mencione-se (i) elaboração de cartilhas abordando temas relacionados a cartéis; (ii) constituição da Estratégia Nacional para o Combate a Cartéis - ENACC; (iii) criação do Dia Nacional de Combate aos Cartéis (08 de outubro); (iv) parceria com Mauricio de Souza para elaboração de gibis da Turma da Mônica com assuntos destinados ao combate a cartéis, distribuídos ao público infantil em escolas no Brasil, dentre outras. Ver: ROMANIELO; DE PAULA, op. cit., p. 12.

³²⁹ Paula Forgioni e Mariana Vilella reconhecem uma “significativa” evolução do direito da concorrência no Brasil nos últimos 20 anos, observando, dentre outros aspectos, a maneira pela qual, gradualmente, foi sendo criada a cultura da concorrência no Brasil. Elas destacam a introdução da Lei 10.149/2000, que oportunizou maior articulação no combate aos cartéis com a introdução do programa de leniência antitruste e ferramentas que tornaram a repressão dessa conduta mais eficaz. Ver: FORGIONI, Paula A.; VILELLA, Mariana. A lei 12.529/2011 e o abuso de posição dominante. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, pp. 985-986.

³³⁰ “[...] as autoridades concorrenciais brasileiras vêm priorizando o combate a condutas anticompetitivas, em especial os cartéis. Isso tem contribuído para o aumento do número (a) das investigações abertas nos últimos anos; (b) de buscas e apreensões realizadas, o que permite à SDE obter um melhor conjunto probatório em seus processos, de forma a fundamentar melhor suas decisões; e (c) de acordos de leniência celebrados. Isso também

métodos educativos e de conscientização no tocante à importância da livre concorrência a fim de fortalecer os negócios e a economia.³³¹

Pois bem, uma primeira aproximação ao tema consiste em averiguar *se/como* o programa de *compliance* foi disciplinado no bojo da Lei 8.884/1994. Examinando a dicção do citado normativo, não havia qualquer previsão específica sobre programa de *compliance*. Inobstante, foi em sede infralegal que o tema ganhou coloração. A Portaria 14, de 9 de março de 2004 da SDE introduziu o assunto no ordenamento ao definir diretrizes gerais para elaboração dos chamados “Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica” (PPI),³³² o equivalente ao programa de *compliance* concorrencial. Em grande parte, a iniciativa foi inspirada pelas experiências norte-americana e europeia, e decorreu da “necessidade de orientar o público sobre os modos de prevenção das diversas formas de infração à ordem econômica previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994”.³³³

Em síntese, a Portaria estabelecia diretrizes gerais para quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou quaisquer associações de entidades ou pessoas, com interesse em criar ou complementar programas de *compliance*, servindo como uma espécie de guia nesse sentido.³³⁴ Dita Portaria elencava um rol de elementos mínimos para a elaboração do PPI³³⁵ e estabelecia, de maneira inovadora, a possibilidade de emitir

contribuiu para o aumento da quantidade de programas de *compliance* antitruste elaborados”. Cf. ROMANIELO; DE PAULA, op. cit., p. 12.

³³¹ Cf. RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de *Compliance* Antitruste, p. 340. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (org.). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2008.

³³² “[o]s 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 voltadas para prevenir a ocorrência de práticas ilícitas ou inapropriadas no cotidiano de uma determinada empresa ou associação de empresas”. Cf. Ibid., p. 329. Quanto ao emprego do termo “*compliance*”, Sérgio Varella Bruna observa que “[p]arece-nos justificável a licença para utilização do termo inglês para nos referirmos aos programas de prevenção de práticas anticoncorrenciais. Com efeito, a denominação *compliance programmes* (ou programas de *compliance*) já é consagrada em âmbito internacional e se fez conhecida no âmbito das empresas que adotam tal espécie de programa. Não parece haver qualquer razão para substituir o termo *compliance* por outro em português, afora o apego ao purismo linguístico”. Cf. BRUNA, Sérgio Varella. Programas de *Compliance* Antitruste: Por que cumprir a lei é bom negócio. **Revista de Direito Econômico**, n. 32, jul./dez. 2001, p. 177.

³³³ Cf. Portaria 14/2004 da SDE.

³³⁴ Ver RIBAS, op. cit., **Programas de Compliance...**, p. 338.

³³⁵ Cf. Portaria 14/2004 da SDE: “Art. 4º. O requerimento de depósito do PPI deverá ser protocolado no Setor Processual da SDE, acompanhado das seguintes informações e documentos: I – qualificação completa do depositante, de seu representante legal e de seus sócios; II – especificação do grupo econômico ao qual o depositante pertence, bem como indicação das atividades econômicas que exerce, discriminando produtos e serviços; III – histórico da atuação do grupo econômico ao qual o depositante pertence junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) nos últimos 5 (cinco) anos, incluindo as seguintes informações sobre todas as sociedades que compõem o grupo econômico: (a) a quantidade de averiguações preliminares e processos administrativos em curso e julgados; (b) os atos de concentração apresentados; e (c) multas impostas

Certificados de Depósito (CD) por força desses programas, conquanto fossem atendidos certos requisitos e condições que vinham bem delineados. Tratava-se de um procedimento de natureza voluntária.³³⁶ Como observa Guilherme Ribas, “[a] emissão do certificado [...] configura-se como um processo de jurisdição voluntária, e funciona, em última instância, como ‘prêmio’ às empresas e demais pessoas jurídicas que decidam adotar medidas preventivas”.³³⁷

O CD era conferido pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) após averiguação da existência e cumprimento dos requisitos mínimos.^{338 - 339} Esse certificado de “atesto de qualidade” ficou conhecido na comunidade concorrencial como “ISO antitruste”,³⁴⁰ em referência às certificações de qualidade conferidas pela ISO (Organização Internacional de Padronização). Duas exceções eram apontadas para a concessão do certificado: (i) caso o requerente tivesse sido condenado pelo CADE por infração à ordem econômica ou por violação à Lei 8.884/1994 nos dois anos anteriores ao protocolo do PPI; e (ii) caso o requerente estivesse sendo investigado pela SDE, CADE ou SEAE em sede de processo administrativo.³⁴¹

pelos SBDC e seus respectivos pagamentos; IV - descrição do PPI, que deverá conter, entre outros, os seguintes elementos: (a) criação de padrões e procedimentos claros com relação à observância da legislação de defesa da concorrência por parte do quadro de funcionários do depositante; (b) indicação e qualificação de dirigente com autoridade para coordenar e supervisionar os objetivos propostos no PPI; (c) indicação do grau de delegação e fiscalização, pelos dirigentes do depositante, dos poderes de negociação, bem como de efetiva prestação de contas por parte dos funcionários responsáveis pelos contatos com os agentes dos mercados onde atua o depositante; e (d) mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos com reais ou potenciais infrações à ordem econômica; V - descrição do material de apoio utilizado para o PPI, tais como vídeos, manuais, folhetos, palestras, programas de computador, regulamento e relatórios de comissão ou grupo responsável pela punição dos eventuais envolvidos em infrações à ordem econômica, regulamento de programas de destruição de documentos e arquivos e sistemas de monitoramento de potenciais e reais infrações à ordem econômica; VI - instrumento de contratação de serviços de auditoria externa e independente sobre matérias relacionadas à defesa da concorrência, que deverá ser realizada em um intervalo máximo de 2 (dois) anos entre cada uma das auditorias; VII - declarações dos ocupantes de cargo de administração, direção, gerência, chefes de equipes de vendas e participantes de reuniões de associações de classe ou quaisquer outras formas de associação existentes nos mercados de atuação ou de interesse do depositante, atestando o conhecimento do PPI; e VIII - declaração de associações de classe atestando que, sob seus auspícios, seus associados não se utilizam de ações anticoncorrenciais, tais como fixação de preço e definições de política comercial comum.” (grifos nossos para destacar os elementos mínimos do PPI).

³³⁶ Caso a empresa/demais pessoas jurídicas não obtivessem o certificado por alguma razão, não haveria qualquer tipo de sanção.

³³⁷ Cf. RIBAS, op. cit., **Programas de Compliance...**, p. 338.

³³⁸ A validade do certificado era de dois anos, renovável por igual período, desde que atualizadas as informações prestadas.

³³⁹ À luz dos critérios de conveniência e oportunidade.

³⁴⁰ Ver: ANDRADE, Maria Cecília; VIEIRA, Caroline Sanselme; PASTORE, Ricardo Ferreira. A responsabilidade dos administradores perante a Lei de Defesa da Concorrência e o Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica - “Iso Antitruste”. **Migalhas**, 28 maio 2004.

³⁴¹ A SDE dispunha de discricionariedade para, a qualquer tempo, revogar o certificado de PPI se identificasse: (i) ausência dos requisitos mínimos previstos na Portaria; (ii) que o depositante descumpriu qualquer obrigação

Em particular, grifa-se que caso a empresa tivesse interesse, poderia requerer à SDE que analisasse a efetividade do seu programa, de modo a eventualmente recomendar a redução das penas aplicadas pelo CADE na hipótese de condenação. Igualmente, vale esclarecer que se tratava de *mera sugestão de redução de pena*, ou seja, não era garantia que o CADE acataria a recomendação. Para aferir a efetividade do PPI, a SDE deveria levar em conta a existência do CD, a efetiva aplicação do programa, bem como a adoção de *medidas apropriadas* por parte do depositante caso fossem identificadas infrações à ordem econômica. A recomendação de redução ficaria prejudicada caso a potencial ou real infração à ordem econômica tivesse contado com anuência ou clara omissão do dirigente da empresa depositante, ou ainda se a infração à ordem econômica não fosse comunicada à SDE no prazo de trinta dias a contar do seu conhecimento pelo dirigente da empresa depositante. Como se deduz, o papel dos administradores era realçado, ventilando a ideia do “*tone at the top*”. Vale comentar que mesmo aquelas empresas que não possuísem o CD poderiam se beneficiar da eventual sugestão de redução de pena caso comprovassem a implementação do PPI quando do início das investigações de infração à ordem econômica pela SDE.

Não obstante bem-intencionada - e inovadora - no ordenamento antitruste brasileiro, a Portaria basicamente não logrou resultado ante a falta de adesão empresarial. Somente um único pedido de depósito foi submetido, e posteriormente arquivado por desistência do depositante.³⁴² Dentre as razões que podem ajudar a explicar o fenômeno da baixa adesão empresarial, cogita-se tanto o aspecto dos incentivos, quanto o momento histórico do país. Explica-se: provavelmente, a mera recomendação de redução não representava incentivo suficiente aos olhos dos agentes econômicos para investirem recursos no PPI. Outrossim, e talvez mais relevante, a cultura da concorrência ainda ganhava tração no Brasil e a noção do *compliance* concorrencial era um conceito etéreo e incipiente. Isso implica dizer que, muito possivelmente, a Portaria veio na vanguarda de seu tempo e talvez por isso não foi frutífera do ponto de vista da mobilização empresarial.³⁴³⁻³⁴⁴ Assumindo, assim, que o incentivo

assumida no PPI; (iii) que o depositante omitiu informação relevante durante o procedimento de depósito do PPI; (iv) se o depositante fosse condenado judicial ou administrativamente por qualquer das infrações prevista na Lei 8.884/1994 ou legislação correlata.

³⁴² Conforme consta nos autos públicos do CADE, trata-se da ABIPF - Associação Brasileira de Importadores de Produtos Populares. Procedimento Administrativo nº 08012.011499/2008-19. Publicação no Diário Oficial da União em 06 de março de 2009.

³⁴³ Cf. RODRIGUES; ANDRADE, op. cit., p. 144.

³⁴⁴ Ver: MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Programa de *Compliance* Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 1., maio 2015, p. 20.

econômico para as empresas aderirem ao PPI já era baixo, em 2009 ele foi extinto, uma vez que a Portaria 48 revogou a possibilidade de redução da multa.

Nesse ensejo, vale comentar que, em 2007, o CADE editou a Resolução 46, de 04 de setembro, que aprovou a Emenda Regimental 01/2007 e disciplinou alguns aspectos no âmbito dos Termos de Compromisso de Cessação (TCC). Nesse particular, dentre outros elementos que deveriam constar da proposta do TCC, lia-se “a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica” (art. 129-A, inciso III). Como se depreende da leitura desse inciso, a inclusão do programa de *compliance* antitruste não era condição obrigatória para fins da proposta de TCC, ao contrário de outros requisitos.

Feito esse sucinto panorama, e constatada a escassa disciplina do tema sob a égide da Lei 8.884/1994, na sequência traremos um olhar panorâmico sobre a Lei 12.529/2011, pontuando, no entremeio, alguns importantes acontecimentos institucionais que alavancaram o assunto *compliance* no Brasil. Após discorrer sobre os principais aspectos da novel legislação concorrencial brasileira que interessam ao presente estudo e tangenciar eventos-chave para a propulsão do *compliance* no Brasil, focalizaremos mais detidamente sobre a disciplina do programa de *compliance* no bojo da Lei 12.529/2011, explorando sua anatomia em pormenor, em complemento aos traços gerais aduzidos no Capítulo 1. Ato contínuo, e de maneira minudente, para cotejar a dinâmica concreta do tema, delinaremos uma análise jurisprudencial, permitindo uma compreensão amplificada do debate sob a égide de ambos os diplomas concorrenciais em evidência. Esse roteiro de análise agregará substrato crítico para avançarmos com as nossas reflexões.

2.2 A Lei 12.529/2011 em Perspectiva

A Lei 12.529/2011 é fruto de uma trajetória de longos debates legislativos.³⁴⁵ A sua edição representa um verdadeiro marco histórico, decisivo para o aprimoramento da política

³⁴⁵ Para detalhes sobre os trabalhos de transição realizados da Lei 8.884/1994 para a Lei 12.529/2011, ver: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques de. A Evolução do Antitruste no 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**. IBRAC 25 anos. A Lei 12.529/2011 foi fruto de dois projetos de lei, *i.e.*, Projeto de Lei 3.937/2004 da Câmara dos Deputados, e Projeto de Lei 5.877/2005 do Poder Executivo, sendo que ambos fizeram parte do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal, criado em 2007.

brasileira de defesa da concorrência,³⁴⁶ que inaugura uma nova fase na implementação dessa política, orientada por um desenho institucional mais eficiente.³⁴⁷ Tal normativo decorre de um processo de aprimoramento institucional dos órgãos de defesa da concorrência brasileira, que experimentou um salto qualitativo com o novel diploma. Essa Lei entrou em vigor no final de maio de 2012 e reestruturou o SBDC,³⁴⁸ alinhando a disciplina da defesa da concorrência brasileira às melhores práticas internacionais.

³⁴⁶ Para os fins desta dissertação, afora uma miríade de discussões existente, é suficiente levarmos em conta o conceito de “política pública” proposto por Maria Paula Dallari Bucci e, a partir daí, compreender o direito antitruste como uma “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre-concorrência”, nos dizeres de Paula Forgioni (cf. FORGIONI, op. cit., **Os Fundamentos...**). Em relação ao conceito de política pública proposto por Dallari Bucci, tem-se que “Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. Conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. A propósito, Diogo Coutinho reconhece que faz pouco mais de vinte anos que a defesa da concorrência tomou corpo no Brasil como política pública, que, nos termos do autor, seria “um programa de ação governamental estruturado, consistente e perene do ponto de vista jurídico e institucional”. Nesse sentido, ver apresentação feita por Diogo R. Coutinho na obra de Flávia Chiquito dos Santos (op. cit.).

³⁴⁷ Ver: CARVALHO, Vinicius Marques de. Comentários Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 31 et seq.

³⁴⁸ A Lei 12.529/2011 dispõe sobre “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (cf. art. 1º). De se notar que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por tal normativo (cf. art. 1º, parágrafo único). Nessa senda, é imprescindível realçar o norte constitucional que informa a Lei 12.529/2011 para compreendê-la sistemicamente. Não se pode perder de vista, também no mesmo Capítulo dos princípios gerais da atividade econômica no âmbito da ordem econômica e financeira, o art. 173, §4º, que com clareza dispõe sobre a proteção da ordem econômica, abordando a forma pela qual o Estado deve atuar no domínio econômico, ao estatuir que “[a] lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, delineando um comando legal objetivo para o aplicador da lei (Lei 12.529/2011). Em particular, mirando para o art. 170 da CF (núcleo duro da constituição econômica brasileira, cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in Revista de Direito Administrativo, 178/18, 1989), há que se compatibilizar os princípios gerais da atividade econômica, de sorte a compreendê-los e harmonizá-los dentro do objetivo global que consiste em assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. A par desse raciocínio, destaca-se o *caráter instrumental* da proteção da concorrência, isto é, a concorrência como *instrumento-meio* para o alcance de um bem maior que é justamente o enunciado acima - assegurar a existência digna, escorada nos ditames da justiça social (justiça social entendida aqui, cf. GRAU, inicialmente como “superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, e não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigências de qualquer política econômica capitalista”, p. 224). Dentro dessa perspectiva, é possível, conforme anota José Marcelo Martins Proença, a “imposição de restrições de natureza pública ao exercício da liberdade empresarial, as quais visem à realização dos valores ou finalidades superiores, igualmente expressos ou como mandamentos constitucionais”. Nessa discussão, por exemplo, é necessário conciliar o *valor social* da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput, da CF) e o *princípio* da livre concorrência (art. 170, IV, da CF). Paula Forgioni, a seu turno, observa que “no princípio da livre-iniciativa (e da livre-concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes

Se é possível um brevíssimo recorte, as principais inovações e mudanças com fulcro nesse normativo orientam-se, basicamente, por três grandes eixos: (i) estabelecimento do regime de análise prévia de atos de concentração econômica (em substituição ao antigo modelo de análise *a posteriori*);^{349 - 350} (ii) modificação na disciplina das condutas anticompetitivas; e (iii) organização de um novo paradigma jurídico-institucional, por meio do qual as competências legais concernentes à prevenção e à repressão ao abuso de poder econômico são redistribuídas.

Em suma, objetivou-se conferir maior lastro de efetividade ao controle de estruturas a partir da introdução do regime de análise prévia, modernizando o ordenamento antitruste brasileiro, *pari passu* às principais jurisdições mundiais. De igual sorte, no controle de condutas, buscou-se conferir uma relação de proporcionalidade mais estreita entre condutas

econômicos, de forma a implementar uma política pública, dando concreção aos ditames do art. 3º e do art. 170 da CF. Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe determinado comportamento do agente econômico, deve atuar o princípio da livre-iniciativa e da livre-concorrência, tal qual modernamente concebidos e existentes no seio de nossa Constituição”. (grifos no original). É bom que se aponte, como ensina Forgioni, a concreção dada ao mandamento do art. 170 da CF quando a Lei 12.529/2011, em seu art. 36, *caput*, I, tutela a livre iniciativa e a livre concorrência: à luz do citado artigo 36, habitam e convivem “duas almas”, (i) tutelando a livre concorrência e livre iniciativa, e (ii) tutelando o consumidor, de modo a impedir que sejam impostos preços excessivos, reprimindo o abuso do poder econômico que vise ao aumento arbitrário dos lucros. Para aprofundamento dessa discussão, ver: PROENÇA, op. cit., **Concentração empresarial...**, pp. 5-6; GRAU, op. cit., pp. 205 et seq.; FORGIONI, op. cit., **Os Fundamentos...**, pp. 137-142.

³⁴⁹ Considera-se o regime de análise prévia de atos de concentração como a grande inovação introduzida pela Lei 12.529/2011. Nesse âmbito, a SG desempenha papel essencial na instrução e decisões de operações notificadas de menor complexidade (a maioria, diga-se, sem precisar passar pela análise do Tribunal, via de regra), o que, na prática, contribuiu significativamente com a celeridade das análises e decisões (eliminando, por conseguinte, apreensões e ceticismos iniciais dos agentes de mercado quanto à funcionalidade e efetividade do novo regime de análise). Como reflexo, experimentou-se a redução do estoque de casos (uma rápida verificação das atuais pautas de sessão de julgamento do Tribunal do CADE para concluir, inclusive, que julgamentos sobre condutas anticompetitivas e homologação de acordos despontaram, sendo poucos os casos de atos de concentração apreciados pelo Tribunal se comparado com a realidade da Lei 8.884/1994). Isto é, o novo arranjo institucional permitiu (re)alocar os esforços e recursos de forma estratégica e mais apropriada, destinando maior foco na análise de casos com real potencialidade lesiva, destacando aqui as apurações por condutas anticompetitivas, especialmente os cartéis (incluindo cartéis em licitações). Gradualmente, também se percebe maior atenção do CADE no concernente a investigações por condutas unilaterais, em sintonia com tendência mundial.

³⁵⁰ No tocante ao regime da análise prévia de atos de concentração, cumpre uma nota objetiva para apontar o que ele estabelece. Em resumo, as requerentes devem aguardar a aprovação definitiva do CADE para consumir o ato de concentração de notificação obrigatória, sob pena de infringirem a lei. Logo, os efeitos do ato de concentração devem ficar sobrestados até a autorização definitiva do CADE, mantendo as condições competitivas inalteradas. Caso o negócio seja consumado antes da autorização do CADE, via de regra, as requerentes serão penalizadas por infração legal (*gun jumping*), ficando sujeitas à multa pecuniária que varia de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões, sem prejuízo da nulidade do(s) ato(s) praticado(s) e da abertura de processo administrativo para apuração de eventual conduta anticompetitiva (art. 88, parágrafos 3º e 4º da Lei de Defesa da Concorrência, cumulados com arts. 147, parágrafo 2º, e 152, *caput*, do Regimento Interno do CADE, conforme versão de 13 jun. 2017). Para detalhes, ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica**. maio 2015.

anticompetitivas e as suas respectivas penas, haja vista que a legislação anterior não se coadunava de forma plena a esse princípio. No bojo disso tudo se soma uma nova organização institucional, emoldurada sob uma estrutura que persegue a racionalização de procedimentos, eliminação de sobreposições, ampliação do quadro de pessoal e maior *enforcement* do direito concorrencial.³⁵¹

Em particular, acerca da mudança estrutural do SBDC, as funções de investigação de casos de conduta anticompetitivas, instrução de atos de concentração e decisão final foram unificadas no CADE, buscando sanar as deficiências do sistema tripartite da lei anterior, de modo a proporcionar uma atuação mais eficiente. Nessa nova estrutura, o CADE³⁵² é composto por três órgãos:³⁵³ Tribunal Administrativo de Defesa Econômica,³⁵⁴

³⁵¹ Cf. CHINAGLIA, Olavo. Prefácio. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012.

³⁵² Para além do que já foi exposto sobre o CADE, consigne-se que essa autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, é entidade judicante, com jurisdição em todo o território nacional. Grosso modo, o CADE exerce três funções: *preventiva* no âmbito do controle de estruturas; *repressiva* no âmbito do controle de condutas; e *educativa*, relacionada à advocacia da concorrência, ao fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Suas atribuições estão definidas na Lei 12.529/2011 e complementadas pelo seu Regimento Interno. Thiago Marrara detalha essas atividades regulatórias de ordem administrativa executadas pelos órgãos e autoridades concorrenciais a fim de proteger e promover interesses públicos inerentes ao SBDC. Tais atividades, a exemplo do que pontuamos acima, são divididas pelo autor em três eixos, a saber: (i) *atividade informativa ou preventiva geral*, que seria aquela relacionada à advocacia da concorrência (“*competition advocacy*”) versando sobre a difusão de conhecimentos e informações à sociedade, mercado e demais instituições sobre os princípios de proteção da concorrência; (ii) *atividade administrativa preventiva propriamente dita*, que se relaciona aos procedimentos e atividades realizados em sede de controle de estruturas; e (iii) *atividade administrativa repressiva*, que se relaciona ao controle de condutas e não é de competência exclusiva do CADE, vez que, como pontua o autor, também se realiza nas esferas civil e penal por iniciativa do Ministério Público, consumidores, concorrentes, fornecedores etc. Ver: MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 65-68.

³⁵³ A SDE, naquilo que diz respeito à implementação da Lei 12.529/2011, foi incorporada pelo CADE.

³⁵⁴ O Tribunal Administrativo é composto por um Presidente e seis Conselheiros, todos com mandatos de quatro anos, sendo vedada a recondução. Entre as principais atribuições do Tribunal, citamos, em suma, julgar as acusações de infração à ordem econômica e os atos de concentração econômica (normalmente, casos não sumários – por curiosidade, observa-se que a maioria dos casos julgados pelo CADE (SG) é de natureza sumária).

Superintendência-Geral (SG)³⁵⁵ e Departamento de Estudos Econômicos (DEE).³⁵⁶ A Seprac³⁵⁷ também integra o SBDC junto com o CADE.³⁵⁸

No que interessa à presente análise, na essência, não houve alterações significativas de direito material em relação às condutas anticompetitivas.³⁵⁹ É válido ter em mente, todavia, que a reestruturação do SBDC, repisando a inovação proporcionada com o regime de análise prévia de atos de concentração, colaborou para o CADE orientar seus esforços para outras áreas na sua agenda de defesa da concorrência, priorizando mais fortemente o combate aos cartéis (especialmente os nacionais, e, dentre eles, os cartéis em licitações). Contiguamente ao *enforcement* anticartel, é de se destacar um notório aperfeiçoamento das políticas de negociação de acordos - Programa de Leniência e TCC -, avançando para o que se poderia sugerir como uma aparente “cultura de negociação de acordos” na agenda antitruste brasileira.

Deveras, o refinamento desses instrumentos, conferindo maior clareza sobre seus procedimentos,³⁶⁰ somado ao ganho de previsibilidade e segurança jurídica aos agentes interessados na celebração de acordos, juntamente com um *enforcement* que se robusteceu, contribuiu decisivamente para o fortalecimento da política de acordos.³⁶¹ As estatísticas

³⁵⁵ A SG é comandada pelo Superintendente-Geral, com mandato de dois anos, sendo possível a recondução uma vez por igual período, e também por dois Superintendentes-Adjuntos, indicados pelo Superintendente-Geral. Em suma, a SG possui papel de investigação e instrução dos casos a serem apreciados pelo Tribunal.

³⁵⁶ Em resumo, o DEE assessora o Tribunal e a SG na instrução e análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas por meio da elaboração de estudos e pareceres econômicos.

³⁵⁷ Antiga denominação da SEAE. A Seprac é responsável por promover a concorrência junto à Administração (*e.g.*, opinando sobre proposições legislativas ou minutas de atos normativos nos aspectos relacionados ao tema, propondo a revisão de leis, decretos e regulamentos, manifestando-se sobre pedidos de revisão de tarifas e realizando estudos que avaliem a concorrência em setores específicos da economia, para subsidiar as decisões de órgãos governamentais). Ou seja, desempenhando tal mister, a Seprac realizada a chamada “advocacia da concorrência” (não se trata de competência exclusiva), conforme aclarado acima.

³⁵⁸ Apesar de não integrarem o SBDC, cumpre registrar a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE) e o Ministério Público Federal, que atuam junto ao CADE.

³⁵⁹ Cf. MARQUES, Fernando de Oliveira. A evolução do Antitruste no Brasil. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 35. Com efeito, as mudanças mais profundas se deram em termos institucionais e organizacionais. Para detalhes das mudanças proporcionadas pela Lei 12.529/2011, ver também, referencialmente, FORGIONI, op. cit., **Os Fundamentos...**, pp. 123-125.

³⁶⁰ A edição de guias específicos voltados a detalhar o procedimento de negociação e as fases do acordo de leniência e dos termos de compromisso de cessação contribuiu para trazer segurança jurídica aos administrados.

³⁶¹ Há, seguramente, uma série de fatores adicionais que influenciou esse movimento de fortalecimento. Com efeito, houve todo um processo de construção histórica e amadurecimento da política concorrencial brasileira que não pode ser olvidado. Para se ter uma ideia geral dos avanços institucionais da política de defesa da concorrência brasileira, sugerimos a leitura de CARVALHO, Vinicius Marques de. A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, pp. 13-29; FRADE; THOMSON; ATHAYDE, op. cit., pp. 234 et seq.

ajudam a corroborar o exposto: a título de exemplo, entre os anos de 2003 a 2011, o CADE celebrou 23 acordos de leniência, enquanto que, apenas de 2012 até junho de 2017, foram celebrados 65 acordos (incluindo leniência *plus*, não considerando os aditivos).³⁶² Em cinco anos os números basicamente triplicaram. Na mesma esteira, entre os anos de 2009 a 2011, o CADE firmou 20 TCCs, ao passo que de 2013 até julho de 2017 foram celebrados, no total, 235 compromissos.³⁶³⁻³⁶⁴ Hoje é possível afirmar com relativa tranquilidade que o recrudescimento sancionatório,³⁶⁵ com vigor no *enforcement* anticartel, espelhou um crescimento vertiginoso na agenda de soluções negociadas.³⁶⁶ Nesse compasso, acredita-se que a política de combate a cartéis no Brasil é dotada de expressivo caráter dissuasório.³⁶⁷

De mais a mais, a novel legislação amplificou os horizontes³⁶⁸ para que a política de defesa da concorrência se espriasse para além da raia exclusivamente administrativa,

³⁶² Para referência complementar, após o depósito desta dissertação, olhando para os números atualizados do CADE até 30 de abril de 2019, considerando apenas os acordos de leniência assinados no âmbito da operação Lava Jato, verificou-se um total de 27 acordos assinados desde 2015, ou seja, mais do que todos os acordos celebrados pelo CADE de 2003 a 2011. Nesse mesmo intervalo temporal, isto é, considerando de 2015 até 30 de abril de 2019, levando-se em conta acordos de leniência assinados, aditivos e pedidos de leniência *plus*, verificou-se uma quantidade global de 93. Para detalhamento das estatísticas, ver: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 01 maio. 2019.

³⁶³ Ver RAGAZZO; CARVALHO, op. cit., **A Evolução do Antitruste no Brasil...**, p. 32. Como complemento, ao olhar para os números atualizados do CADE na mesma métrica da nota anterior, isto é, intervalo temporal de 2015 a 30 de abril de 2019, tem-se um total de 244 TCCs homologados pelo CADE (números obtidos na plataforma da autoridade concorrencial, “CADE em Números”).

³⁶⁴ Como resultado do aumento de TCCs celebrados, a arrecadação ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) também cresceu. Como ilustração, as contribuições pecuniárias destinadas ao FDD contabilizaram cerca de R\$ 41 milhões em 2013, R\$ 168 milhões em 2014, R\$ 466 milhões em 2015 e chegaram a quase R\$ 800 milhões em 2016. Cf. RAGAZZO; CARVALHO, op. cit., **A Evolução do Antitruste no Brasil...**, p. 32.

³⁶⁵ Como simples referência, tem-se que a arrecadação total em atuação repressiva durante a vigência da Lei 8.884/1994 foi de R\$ 260 mil; de outro lado, apenas entre junho de 2012 até maio de 2015, a arrecadação foi de mais de R\$ 430 mil, o que representa um aumento superior a 65%. Cf. CARVALHO, op. cit., **A política de defesa...**, pp. 27-28. Após o depósito desta dissertação, o CADE publicou o seu anuário de 2018, em que se verifica, dentre outras estatísticas, que apenas no ano de 2018 a autoridade antitruste aplicou multas em Processos Administrativos que totalizaram R\$ 627.262.665. Para detalhes sobre essa e outras estatísticas, ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Anuário do CADE**. 2018.

³⁶⁶ No âmbito do mesmo anuário citado em nota acima, verifica-se, dentre outras estatísticas, o incremento contínuo no que se refere à aplicação de contribuições pecuniárias em sede de TCC. Os números de 2015, 2016, 2017 e 2018 são, respectivamente, os seguintes: R\$ 466.834.865, R\$ 798.943.417, R\$ 845.772.486 e R\$ 1.327.702.540.

³⁶⁷ E o seu ápice emerge na esteira dos desdobramentos da operação Lava Jato, conforme será comentado oportunamente. A esse respeito, ver: FRADE; THOMSON; ATHAYDE, op. cit., p. 238.

³⁶⁸ A propósito, a priorização no combate aos cartéis, especialmente aqueles relacionados a licitações e outros ilícitos, fez com que o CADE passasse a interagir de modo mais frequente com outros órgãos responsáveis pela investigação desse ilícito. Nesse aspecto menciona-se, por exemplo, a coordenação institucional do CADE com o TCU e a CGU, em que se verifica o intercâmbio de informações sobre compras públicas, bem como o desenvolvimento de métodos de análise, filtros de variância e mineração dados visando identificar anomalias no mercado. Outrossim, o CADE vem firmando acordos de cooperação técnica com os Ministérios Públicos, o que também contribui para essa agenda de persecução mais estreita de cartéis, cartéis em licitações e outras infrações à ordem econômica. A atuação coordenada no âmbito institucional é iniciativa de suma importância no enfrentamento de crimes corporativos, e, mais precisamente, tendo em vista a natureza dos cartéis e dos

oportunizando maior e melhor interlocução com as searas penal e civil na repressão às infrações contra a ordem econômica, em que pese a coordenação com a seara civil ser ainda incipiente, mas que, aos poucos, sinaliza que pode ganhar musculatura, incrementando ainda mais o *enforcement* anticartel.³⁶⁹

Em resumo, fruto de um importante trabalho pretérito que se vê reforçado e aprimorado em face de um novo quadro institucional, o CADE se notabilizou, alçando voos de protagonismo no Brasil e perante seus pares no exterior, trazendo legitimidade adicional para a política concorrencial brasileira. Como reconhecimento dos avanços da política antitruste brasileira, o CADE foi coroado com uma gama de premiações.³⁷⁰⁻³⁷¹ Para manter a boa marcha,³⁷² é curial que haja um esforço contínuo dessa autoridade no sentido de refletir

cartéis em licitações públicas (*bid rigging*), estes mais propriamente, eis que caracterizados por dinâmicas e necessidades investigativas particulares. Referenciamos, neste aspecto, ao “Projeto Cérebro”, que se iniciou em 2013 no âmbito do CADE em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com tecnologias e ferramentas econométricas sofisticadas (*screenings*), baseadas em inteligência artificial na análise de grandes dados, contribuindo para a investigação e detecção proativa de práticas anticompetitivas (por exemplo cartéis e, especialmente, cartéis em licitações). Para mais informações sobre o Projeto Cérebro, ver: <<https://pnudbrasil.exposure.co/cerebro>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

³⁶⁹ Nesse sentido, especialmente, a Resolução 21, de 12 de setembro de 2018, ao regulamentar os Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, bem como fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais.

³⁷⁰ Em 2018, pelo sexto ano consecutivo, o CADE recebeu quatro estrelas em ranking realizado anualmente pela revista britânica *Global Competition Review* – GCR, especializada em política da concorrência e regulação (a classificação se dá por meio de estrelas, que variam de um a cinco, sendo cinco a melhor classificação, e considera o desempenho das agências antitruste no mundo). Vale notar que a avaliação se refere ao desempenho em 2017 no que tange à proteção da economia por práticas anticompetitivas. Com esse resultado, o CADE permaneceu entre as dez agências antitruste mais eficientes do mundo. Dentre outros aspectos, a publicação ressaltou que o CADE permanece sendo a principal autoridade de concorrência na América do Sul em termos de capacidade e sofisticação, muito embora outras agências na região tenham progredido notavelmente. A publicação sublinhou também as políticas de acordo do CADE – Programa de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação, observando os números recordes de acordos assinados. Entre outros destaques, a publicação salientou o tempo recorde de análise de atos de concentração sumários, o alto percentual de decisões judiciais favoráveis obtidas pela autarquia e o empenho em oferecer transparência e segurança jurídica à sociedade mediante a atualização dos guias institucionais. Para além disso, exemplificativamente, cumpre indicar que o CADE foi considerado a melhor agência antitruste das Américas por três vezes (2014, 2016 e 2017) pela GCR. O Guia de TCC do CADE (2017) e o Manual de Diligências de Busca e Apreensão Cíveis do CADE (2018) receberam o prêmio de primeiro colocado (*Best Soft Law*) na categoria práticas concertadas do *Antitrust Writing Awards*, importante premiação de defesa da concorrência promovida pela revista francesa *Concurrences*. Em 2016, o órgão recebeu menção honrosa na temática *Competition Advocacy in fast growing and innovative markets* do Concurso de Advocacia da Concorrência, promovido pela International Competition Network - ICN e pelo Banco Mundial. O CADE também se sagrou vencedor no III Concurso de Boas Práticas, promovido pela Controladoria-Geral da União – CGU, na categoria Promoção da Transparência Ativa e/ou Passiva em razão da “Pesquisa Pública de Processo Administrativo”. Ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Prêmios**.

³⁷¹ Ver: CARVALHO, Vinicius Marques de. Por que o Cade foi parar em Davos? **Valor Econômico**, 23 fev. 2017; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Um brinde à tecnocracia. **O Estado de São Paulo**, Blog do Fausto Macedo, 20 abr. 2017; ANDERS, Eduardo Caminati; MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Os 5 anos da lei de defesa da concorrência: *‘quo vadis’?* **O Estado de São Paulo**, Blog do Fausto Macedo, 29 maio 2017.

³⁷² Não obstante o reconhecimento da evolução do direito antitruste no Brasil e o protagonismo alçado pelo CADE, e, nesse contexto, tendo em conta um importante traçado histórico para que a defesa da concorrência

criticamente,³⁷³ aprender e aprimorar seus instrumentos e estratégias de *enforcement* (e *compliance*),³⁷⁴ mantendo um padrão técnico e transparente de atuação, caracterizado por um diálogo plural e construtivo com os demais órgãos da Administração pública, bem

atingisse o atual patamar de institucionalização no arcabouço nacional, sempre é possível pensar e manejar uma agenda de aperfeiçoamento. Ante o quadro contemporâneo, um plexo de questões desafia o direito antitruste (não apenas no Brasil). A nosso ver, há espaço para melhorias - substantivas e incrementais - e que devem ser consideradas sob um prisma abrangente e multifocal, levando em conta o histórico brasileiro no que se refere à concentração de poder econômico e distribuição de renda, cujos reflexos se observam espraadamente na sociedade e na economia, sendo um sintoma imediato, por exemplo, as condições estruturais forjadas para a formação de oligopólios, monopólios e monopsônios (e não à toa, nessa senda, a conexão estreita com a corrupção). Assim, é importante refletir de modo aprofundado sobre questões complexas como essa e que está contida, direta ou indiretamente, em muitos outros problemas. Ademais, vislumbramos uma agenda de desafios que chega na esteira das novas tecnologias, capitaneadas pela inteligência artificial e pela economia digital, e que demandará um papel proativo do regulador antitruste, com maior abertura e interação com outras instituições. Bem assim, novos problemas tendem a emergir e parece-nos que, a despeito do inquestionável foco na repressão de cartéis, um leque de ações multifatorais necessitará ser desenvolvida, iluminando, nesse prisma, ações de *enforcement* para atacar condutas anticompetitivas decorrentes de práticas unilaterais e restrições verticais. Celso Campilongo e Roberto Pfeiffer vaticinam em sentido semelhante: não obstante referidos autores reconhecerem e elogiarem a evolução do antitruste no Brasil, também apontam possibilidades de melhorias, afirmando que “há ainda ampla margem para melhorias, em especial a necessidade de imprimir maior celeridade na apuração de condutas anticoncorrenciais e reprimir outras infrações da ordem econômica além dos cartéis”. Ver: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. Apresentação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, vi. Com efeito, em que pese reconhecer importantes avanços do CADE desde a promulgação da Lei 12.529/2011 e também reconhecer a implementação de recomendações decorrentes de revisões por pares feitas em oportunidades anteriores (*peer review*), em relatório *peer review* publicado em março de 2019, a OCDE apontou uma série de aspectos digno de aperfeiçoamento na política concorrencial brasileira. Nesse particular, face a um quadro de recomendações para a política concorrencial no Brasil, a OCDE destaca, dentre outros aspectos, a necessidade de se aumentar o número de investigações de potenciais práticas de abuso de posição dominante, priorizando casos dessa natureza, inclusive criando uma equipe exclusiva para lidar com esses casos, para além de diminuir o recurso a acordos no encaminamento dessas práticas. Para uma visão completa do mencionado relatório e das recomendações, ver: OCDE. **Revisão por Pares da OCDE sobre a Legislação e Política de Concorrência**: Brasil, 2019. Observamos que referido relatório foi publicado após o depósito desta dissertação, de modo que, no presente trabalho, foi feita apenas referência pontual à sua publicação, deixando o aprofundamento para possíveis contribuições futuras.

³⁷³ Reconhecendo a eficácia operacional forjada pela Lei 12.529/2011, e citando, exemplificativamente, a agilidade nas análises de atos de concentração e também as condenações mais recentes em casos de conduta, Octaviani apresenta um contraponto: a despeito de ter entrado em uma fase de “plena capacidade operacional”, Octaviani anota que ao mesmo tempo verificou-se uma “diminuição da capacidade cognitiva da política de defesa da concorrência brasileira como um todo”. E, nessa veia crítica, prossegue Octaviani observando que “[o] CADE tornou-se um órgão eficaz, mas sua atuação se dá no âmbito de uma política de defesa da concorrência que foi propositadamente manietada, tornando-se claramente inferior, em termos de alcance, em relação às políticas de defesa da concorrência dos países centrais”. Octaviani alude, assim, a uma “‘vergonha’ em defender o interesse nacional como pauta interna à política brasileira de defesa da concorrência”, que refletiria uma mentalidade tipicamente de países subdesenvolvidos. Ver: OCTAVIANI, op. cit. Também para uma lente crítica a respeito do antitruste no Brasil, por meio de uma narrativa simbólica, ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Evolução ou Involução do Direito Antitruste?* In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, pp. 211-219.

³⁷⁴ A esse respeito, ver: SOUZA, Alexandre Barreto de; MAHON, Ana Luiza Lima. *Novas perspectivas da atuação do conselho administrativo de defesa econômica: desafios e prioridades da autoridade antitruste*. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência**: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. IBRAC 25 anos, pp. 50-61.

também com os administrados (*e.g.*, agentes econômicos, sociedade, *think tanks*, academia etc.) e outras autoridades, organizações e organismos internacionais.³⁷⁵

Ante esse cenário, entendemos que o tratamento destinado ao programa de *compliance* concorrencial também encontra espaço para ser aperfeiçoado e desenvolvido mais viva e consistentemente na agenda institucional do CADE, conforme será discorrido nesta dissertação. Nossa hipótese é que ao aprofundar na disciplina desse programa, delineando mais claramente incentivos e repercussões, por exemplo, ter-se-ia um saldo positivo de indução empresarial em direção ao *compliance*, fortificando a conscientização sobre a cultura concorrencial e os necessários controles organizacionais de prevenção de ilícitos, de tal maneira a complementar o *enforcement* anticartel.³⁷⁶⁻³⁷⁷

Defendemos que ao abordar o assunto de modo mais sistemático e transparente, ter-se-ia uma relação de cooperação mais estreita entre a Administração pública e os agentes econômicos, criando meios para efetivamente instilar e institucionalizar a cultura da concorrência perante o mercado. Em sendo assim, facilitar-se-ia a oxigenação do ambiente concorrencial com boas práticas de *compliance*, disseminando a cultura pró-competitiva e os benefícios de agir conforme as regras do jogo, viabilizando um cenário propício para a implementação de instrumentos de conformidade. Ao final, trata-se de medida que contribui para a desejada consolidação da “cultura do *compliance* concorrencial” no ordenamento pátrio, minorando, em princípio, a ocorrência de práticas anticompetitivas e exponenciando a taxa de bem-estar.

³⁷⁵ Vide, em adição, relatório da OCDE de 2019, conforme referenciado acima, abordando determinadas recomendações para a melhoria da política concorrencial brasileira.

³⁷⁶ Ver: ANDERS, Eduardo Caminati; MISSALI, Guilherme Teno Castilho. *Compliance e a Cultura da Concorrência*. **Valor Econômico**, 15 jun. 2016.

³⁷⁷ Nossas considerações restam limitadas ao recorte temático desta investigação. Decerto, há um rol de estratégias para reforçar o *enforcement* anticartel e potencialmente alavancar a dissuasão. A título de exemplo, como já afirmado na Introdução, poder-se-ia cogitar, sempre sob o amparo do devido processo legal constitucional e dos princípios devidos, o estímulo a ações de reparação de danos; o incentivo aumentado à punição criminal de indivíduos infratores (para além de outros tipos de sanções, como desqualificação profissional, publicização adversa em razão do ilícito – *naming and shaming* etc.); dar mais ênfase às sanções não-pecuniárias arroladas no art. 38 da Lei 12.529/2011, tais como medidas estruturais (*e.g.*, cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos), proibição de contratar, recomendação de não receber incentivos fiscais e econômicos etc. Obviamente que de forma proporcional, para não gerar contraincentivos e efeitos indesejados sobre o bem-estar social.

2.2.1 O contexto institucional brasileiro propício para discutir *compliance*

Considerando o pano de fundo descortinado no tópico anterior, cumpre agora colocar o foco nos programas de *compliance*, buscando compreender *se/como* eles foram albergados no bojo da Lei 12.529/2011, para, assim, enfrentar a questão fulcral desta dissertação que é explorar a vertente dos incentivos e suas implicações práticas; em específico, o incentivo direto na forma de desconto pecuniário, conforme será detalhado.

Para início de exame, entretanto, mister se faz ventilar sucintamente *aspectos institucionais de compliance*, tanto no ordenamento concorrencial, quanto no arcabouço brasileiro em geral, para então seguir com a análise meticulosa que enunciamos acima.

Em primeiro lugar, as transformações derivadas da Lei 12.529/2011 influenciaram o desenvolvimento de uma *agenda normativa de compliance lato sensu*³⁷⁸ no arcabouço concorrencial brasileiro. Nos moldes de iniciativas inspiradas na advocacia da concorrência, o CADE publicou uma série de guias e diretrizes, em consonância com as melhores práticas, a fim de concretizar segurança jurídica³⁷⁹ e previsibilidade para os administrados em

³⁷⁸ Em termo amplos, seria tudo aquilo que uma autoridade antitruste pode fazer para auxiliar os agentes econômicos no cumprimento da legislação concorrencial. Cf. CARVALHO, Vinicius Marques de. Compliance – concorrência, efetividade e transparência. **JOTA**, 01 out. 2015.

³⁷⁹ Maria Sylvia Di Pietro aduz dois significados ao princípio da segurança jurídica: “o sentido objetivo, que se relaciona com a estabilidade no direito; e o sentido subjetivo, que protege a confiança do administrado nos atos do poder público”. Nesse tocante, adiciona Fernando Amorim que “A garantia da segurança jurídica, na forma de previsibilidade e clareza em todo o processo decisório antitruste, é fator essencial para garantir a legitimidade da intervenção do Cade sobre o domínio econômico, contribuindo à estabilidade do ambiente institucional própria ao desenvolvimento nacional.” E arremata Paula Forgioni observando que “quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo das relações econômicas”. Ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14; AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 5, n. 2, nov. 2017, p. 94; FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral do Contratos Empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

assuntos-chave para o direito de defesa da concorrência, colaborando para o cumprimento normativo.³⁸⁰⁻³⁸¹

Outrossim, a autoridade concorrencial brasileira dispensou maior atenção à edição de resoluções visando acompanhar o ritmo de problemas suscitados pelos agentes econômicos, pelos advogados e pelos economistas da área. Apenas para assinalar uma resolução condizente ao senso do *compliance*, cita-se a Resolução 12, de 11 de março de 2015, que dispõe sobre o procedimento de consulta, permitindo a qualquer interessado³⁸² solicitar ao Tribunal do CADE posicionamento sobre a aplicação da legislação concorrencial a respeito de determinadas situações.

Em se tratando da *agenda normativa de compliance stricto sensu*, e, neste particular, com foco direcionado ao programa de *compliance* concorrencial, o Plano Estratégico 2013/2016 do CADE estabelecia meta relacionada à revisão do programa de *compliance*, *pari passu* com o Plano Plurianual 2012/2015 (Programa 2020 – Cidadania e Justiça), que estipulou meta consentânea ao tema.³⁸³

³⁸⁰ Até o momento, o CADE já editou sete guias, todos disponíveis em seu *website* (alguns, inclusive, com versão bilíngue), a saber: Guia de AC Horizontal, Guia de Gun Jumping, Guia de *Compliance*, Guia de TCC em casos de cartéis, Guia de Leniência, Guia de Remédios Antitruste e Guia de Submissão de Dados ao Departamento de Estudos Econômicos – DEE (este último em versão preliminar). Para esses guias, vide: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guias do Cade**. Notamos também a existência de guias e manuais administrativos e procedimentais, alguns para a orientação interna dos servidores do CADE. Adicionalmente, a Seprac tem atuado de forma proativa no tocante à disseminação da advocacia da concorrência no desiderato de promover um ambiente competitivo para as atividades econômicas, particularmente por meio da articulação dentro do governo e pela conscientização da sociedade acerca dos benefícios da competição, publicando uma série de materiais, disponíveis em: BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA DE PROMOÇÃO DA PRODUTIVIDADE E ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA. **Concorrência**.

³⁸¹ Existe um importante vetor de transparência e diálogo embutido nessa agenda. Nesse tocante, para além de interagir institucionalmente com outros órgãos da Administração pública e pleitear questões de interesse para a política de defesa da concorrência (vide, por exemplo, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, instituído pela Lei 13.334, de 13 de setembro de 2016, para além de inúmeras parcerias e convênios que o CADE vem firmando), também se destaca uma abertura para discutir com os administrados assuntos de interesse na agenda antitruste. Esse ponto se confirma com a realização de eventos, conferências e seminários que contou com a presença de representantes do CADE e representantes de organizações internacionais, institutos e associações civis, academia, *think tanks*, dentre outras instituições.

³⁸² Sejam agentes diretamente envolvidos, sejam entidades ou associações que, nas suas finalidades institucionais, representem o setor e demonstrem o interesse de mais de um associado no objeto da consulta.

³⁸³ “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”. Cf. Plano Plurianual 2012/2015.

Analisando tanto a Lei 12.529/2011 quanto o Regimento Interno do CADE,³⁸⁴ não se identifica qualquer referência expressa ao programa de *compliance* ou congêneres, o que leva a concluir que esse instrumento não foi objeto de disciplina no diploma concorrencial brasileiro, nem no Regimento Interno da autoridade. Demais disso, percorrendo as resoluções expedidas pelo CADE,³⁸⁵ também não se averigua qualquer alusão ao programa de *compliance*. Eis a sinalização parcial: *o programa de compliance concorrencial não foi disciplinado em sede legal ou infralegal*. Retomaremos essa questão adiante.

Como antecipado, o novo diploma concorrencial criou condições propícias para o órgão antitruste canalizar seus esforços no combate a condutas anticompetitivas e, de fato, foi o que se observou na prática da autoridade brasileira, que redobrou o foco no combate a cartéis. Nesse entremeio temporal, é imperativo assinalar um acontecimento chave para o soerguimento de uma ampla agenda de *compliance* no Brasil, que repercutiu espraadamente no arcabouço jurídico brasileiro, incluindo a seara concorrencial.

Pois bem, nos últimos anos houve um influxo de leis e iniciativas que contribuiu para propulsionar a discussão sobre *compliance* no ordenamento pátrio de modo substantivo. Cingindo concisamente ao normativo³⁸⁶ que, a nosso ver, foi a grande força motriz para o deslanchar do *compliance*, iluminamos a Lei 12.846/2013.³⁸⁷ Referido normativo disciplinou a responsabilização (objetiva) administrativa e civil da pessoa jurídica pela

³⁸⁴ Considerando todas as versões que foram editadas/emendadas sob a égide da Lei 12.529/2011, até a versão atual.

³⁸⁵ E também compulsando todos os decretos e portarias relacionados à atuação do CADE sob a égide da Lei 12.529/2011.

³⁸⁶ Com relação a outros normativos amplamente considerados do ponto de vista do *compliance* e da transparência, citamos, referencialmente, Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei das Organizações Criminosas); Lei 12.813, de 16 de maio de 2013 (Lei de Conflito de Interesses na Administração Pública); Lei 12.683, de 9 de julho de 2012 (Lei de Lavagem de Capitais – alterou a Lei 9.613, de 3 de março de 1998); Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), Lei Complementar 135, de 4 de julho de 2010 (Lei da Ficha Limpa). Mais recentemente, a título de conhecimento, destacamos um decreto, uma resolução e uma lei, a saber: Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017 (Política de Governança da Administração Pública); Resolução 4.595, de 28 de agosto de 2017, do Conselho Monetário Nacional; e Lei 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais). Em paralelo, vale sublinhar que, em atenção às determinações do Decreto 9.203/2017, o CADE implementou um Plano de Integridade, conforme publicado no Diário Oficial da União em 03 de dezembro de 2018, e que sintetiza um conjunto de ações para a melhoria da governança do órgão, bem como procura demonstrar o compromisso da alta administração com o tema da integridade pública.

³⁸⁷ de 1º de agosto de 2013. Tal lei também é conhecida como “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa” e entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014.

prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.³⁸⁸ Com penalidades rigorosas, tal normativo é inspirado em diplomas internacionais (FCPA, UK *Bribery Act*). Em especial no que toca à presente investigação, destaca-se que a Lei Anticorrupção, no contexto da responsabilização administrativa, previu expressamente a existência do programa de integridade³⁸⁹ dentre as hipóteses de atenuante pecuniária no cotejo da dosimetria da pena, *in verbis*:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

O Decreto Federal 8.420/2015, que regulamentou a supracitada Lei, estipulou dezesseis parâmetros a serem considerados pelo regulador na avaliação do programa de integridade.^{390 - 391} Na esteira desses normativos, a autoridade competente, *i.e.*, Controladoria-Geral da União (CGU), publicou diversos documentos institucionais e

³⁸⁸ Para uma visão geral desse normativo, ver: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O Combate à Corrupção e Comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁸⁹ Trata-se do programa de integridade, focado na vertente anticorrupção. Como afirmamos, o programa de *compliance* se refere ao gênero, enquanto o programa de integridade se traduz na sua espécie. O mesmo raciocínio se aplica quando se trata do programa de *compliance* concorrencial (ou antitruste), como sendo espécie do programa de *compliance*. Em realidade, o programa de *compliance* aduz a moldura geral, isto é, a espinha dorsal que contém os elementos nucleares (pilares estruturais). As empresas devem compatibilizar esses pilares à luz do mapeamento e da análise de riscos empreendidos, inserindo ferramentas e temáticas específicas alinhadas às suas necessidades. Dessa forma, como já dito, é possível - e desejável - antever diversas áreas englobadas no programa de *compliance*, de acordo com rubricas específicas destinadas a prevenir riscos de atividades da empresa, a exemplo do *compliance* antitruste, anticorrupção, bancário, tributário, antilavagem, financeiro, trabalhista, ambiental, proteção de dados etc. Na doutrina também se verifica alusão ao “programa de conformidade”. Enfim, a terminologia é debate secundário. O curial, ao fim e ao cabo, é que haja uma abordagem interligada entre os instrumentos, conjugando as diversas vertentes do programa, de modo a proporcionar sinergia no controle de riscos da organização, de maneira a fortificar sua governança.

³⁹⁰ Definido, para fins do Decreto, como “[...] conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. (art. 41, *caput*, Decreto 8.420/2015).

³⁹¹ Para fins de dosimetria da pena, no âmbito das atenuantes, uma vez comprovado que a pessoa jurídica possui e aplica o programa de integridade em atenção aos parâmetros previstos no Decreto, é possível que haja desconto entre 1% a 4% do valor relativo ao faturamento bruto da pessoa jurídica no último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR (art. 18, inciso V, Decreto 8.420/2015). Recentemente, no final de dezembro de 2018, a CGU editou um manual para orientar as comissões responsáveis no cálculo de multa no âmbito do PAR.

desenvolveu iniciativas para promover o assunto (*e.g.*, guias, cartilhas e manuais,³⁹² eventos,³⁹³ parcerias).³⁹⁴⁻³⁹⁵

A par da edição do normativo anticorrupção no Brasil, fruto de compromissos internacionais assumidos pelo país e de pressões locais para a sua introdução,³⁹⁶ e registrado que tal normativo regulamentou o programa de integridade (*compliance*), inclusive estipulando com clareza que tal instrumento é fator de cotejo na dosimetria da pena, urge ter em mente que, desde sua gênese, o citado normativo veio permeado por um desafio “dantesco” do ponto de vista da (des)conformidade. Isto é, um evento paradigmático no arcabouço brasileiro e com repercussões além-fronteiras veio a desvelar o exato avesso do espírito de integridade que tal normativo busca disseminar e inculcar.

Pouco menos de dois meses após a entrada em vigor da legislação anticorrupção, foi oficialmente deflagrada, em 17 de março de 2014, o que se entende como a maior investigação da história do país (e, quiçá, uma das mais emblemáticas aos olhos globais) no

³⁹² Cf. BRASIL. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, *op. cit.*, **Coleção...** A título de clareza, alguns dos documentos foram produzidos enquanto “Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União” no governo passado (fruto da Lei nº 13.341/2016). Atualmente, no âmbito do atual governo, tem-se apenas “Controladoria-Geral da União”.

³⁹³ Anualmente, a CGU promove uma conferência para debater a Lei Anticorrupção com diversos atores dos setores público e privado, oportunidade na qual também divulga a lista oficial das empresas aprovadas no Pró-Ética.

³⁹⁴ A título de exemplo, cita-se parceria entre a CGU e o Sebrae, com o fito de disseminar a Lei Anticorrupção e políticas de integridade para os pequenos negócios, e a iniciativa global de ações coletivas Alliance for Integrity (AfIn), que reúne partes interessadas dos setores privado e público e da sociedade civil para promover e fortalecer soluções de transparência e integridade no sistema econômico. A CGU integra o conselho consultivo da AfIn e faz parte de grupos de trabalho de fomento à integridade nos médios e pequenos negócios.

³⁹⁵ Uma conhecida iniciativa na área encabeçada pela CGU diz respeito ao “Pró-Ética”, lançada em 2010. Trata-se de iniciativa pioneira na América Latina, fruto de parceria entre a CGU e o Instituto Ethos. Tal iniciativa busca fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas empresas que se mostram comprometidas com a prevenção e o combate à corrupção e outros tipos de fraudes, conferindo, em contrapartida, uma espécie de “selo de integridade” para as empresas que preenchem os requisitos de avaliação (“Empresa Pró-Ética”). Em termos de estatísticas, em 2017, a CGU recebeu 375 inscrições, um recorde de inscritos, representando aumento de 92% em comparação ao ano de 2016, sendo que 23 empresas foram aprovadas e reconhecidas como “Empresa Pró-Ética”. Dentre os benefícios mais palpáveis para a empresa, o Pró-Ética confere reconhecimento público do comprometimento com a prevenção e combate à corrupção, gerando publicidade positiva, com a possibilidade de uso do “selo” Pró-Ética. Trata-se de um modelo que, noticia-se, vem inspirando iniciativas semelhantes. Citamos, referencialmente, projeto da Fundação Getúlio Vargas, coordenado pelo Grupo de Transparência e Sigilo nos Âmbitos Público e Privado da FGV Direito SP, pelo Núcleo de Estudos Fiscais (NEF/FGV) e pelo Centro de Cidadania Fiscal (CCiF), que pretende construir um Indicador de *Compliance* Corporativo, utilizando de uma metodologia simples e objetiva, de sorte a complementar iniciativas como o Pró-Ética. Ver: CORRÊA, André et al. Por que construir um índice de compliance corporativo? **JOTA**. Opinião & Análise, Artigos, 03 nov. 2016.

³⁹⁶ Ver: MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Lei 12.846/2013: Apontamentos sobre o Programa de Integridade e a sua importância para o ambiente da ética e conformidade empresarial. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 9, maio/jun. 2015, p. 313-336.

concernente a um novelo heterogêneo de crimes, *inter alia*, corrupção, lavagem de dinheiro, conluio, fraude a licitação, improbidade administrativa, crimes eleitorais etc.

Em apertadíssimo resumo, grandes grupos econômicos, renomados executivos, agentes públicos e uma gama de políticos de alto calibre foram punidos e outros tantos continuam sob investigação no âmbito de forças-tarefa coordenadas por várias autoridades competentes. As investigações decorrem da denominada “operação Lava Jato”,³⁹⁷ que revelaram inicialmente uma soma colossal de recursos da Petrobrás, maior estatal do país, desviada de seus cofres. Tamanha a capilaridade dessa operação levou a sua segmentação em diversas fases (atualmente alcançam 57 fases),³⁹⁸ que acabaram por desnudar um amálgama de outros ilícitos envolvendo novos atores e instituições, desdobrando-se em investigações paralelas.

Diante dos severos impactos³⁹⁹ e da imensa repercussão desse *mega evento* sobre diversos eixos - jurídico, econômico, político, social, cultural, moral -, ladeados por um *continuum* de transformações, entendemos plausível traçar uma linha divisória a delimitar o contexto do *compliance* antes e após a operação Lava Jato no arcabouço jurídico-institucional brasileiro.⁴⁰⁰ O momento histórico pode ser ainda prematuro para extrair conclusões firmes e peremptórias do fenômeno; de todo modo, é impossível fechar os olhos

³⁹⁷ Conforme se extrai do *website* do Ministério Público Federal (MPF), a operação Lava Jato é considerada a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro na história do Brasil. O nome “Lava Jato” origina-se do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava jato de automóveis que movimentavam recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigada. As investigações da operação Lava Jato principiam perante a Justiça Federal em Curitiba/PR no contexto de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros. Posteriormente, o MPF encontra provas de um “imenso esquema criminoso de corrupção” envolvendo a Petrobras. O MPF informa que nesse esquema, que teria durado pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propinas para altos executivos da Petrobrás e outros agentes públicos, sendo que o valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Para detalhes dessa operação e uma linha do tempo de suas diversas fases, ver: BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Lava Jato**. Para o cidadão: entenda o Caso.

³⁹⁸ Até o dia 06 de dezembro de 2018.

³⁹⁹ Apenas para citar um exemplo, conforme relatório elaborado pela Consultoria GO Associados, estima-se que a operação Lava Jato tenha um impacto negativo anual de 3,63 pontos percentuais sobre o PIB entre 2015 e 2019. Nos termos do relatório, “Haveria uma subtração de R\$ 284,2 bilhões no valor bruto da produção da economia, a perda de 3,64 milhões de empregos no mercado de trabalho, a redução de R\$ 44,7 bilhões na massa salarial da economia e R\$ 18,7 bilhões a título de impostos que deixariam de ser arrecadados”. Ver: <<http://goassociados.com.br/noticias/relatorio-executivo-go-associados/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁴⁰⁰ No mesmo diapasão, “[...] aliado ao fator legislativo, contribuíram para a expansão do *compliance*, infelizmente, os escândalos éticos/políticos pelos quais o Brasil vem atravessando nos últimos anos – 2014 em diante, principalmente. Referimo-nos especialmente à Operação Lava Jato, dentre outras conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, sob o crivo do Judiciário, que apura o maior escândalo de corrupção do País (e um dos maiores do mundo), envolvendo desvio de recursos da Petrobras”. Cf. MARTINEZ; LIMA, op. cit., p. 78.

para a miríade de efeitos na esteira dos acontecimentos desnudados pela operação Lava Jato (e suas ramificações) no que tange ao adensamento do *compliance* de um ponto de vista amplificado no Brasil.⁴⁰¹

À guisa de exemplo, tomando por mote algumas empresas⁴⁰²⁻⁴⁰³ que negociaram acordos com autoridades competentes no guarda-chuva da operação Lava Jato, as medidas de *compliance* implementadas e aperfeiçoadas vêm se mostrando relevantes, a nosso ver, para contribuir com o processo de gradual alteração do *modus operandi* viciado de outrora, no desejável rumo da conformidade. Nessa ótica, a valer esse conjunto de iniciativas, bem como tantas outras significativas ações que foram gestadas e vêm sendo levadas a cabo⁴⁰⁴ pelo setor público e pelo setor privado, individual e coletivamente, projetamos expectativas promissoras no que se refere à mudança do modelo de fazer negócios no Brasil, de modo a incrustar uma cultura ética e de legalidade no ambiente institucional brasileiro. Trata-se de uma oportunidade singular para uma profunda e fundamental transformação cultural.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ A título de curiosidade, vale observar que no cenário anterior à operação Lava Jato, com efeito, a maioria, senão a totalidade das empresas implicadas na investigação possuía programa de *compliance* (genérico). Considerando o que foi revelado pela referida operação, o que se tinham eram *compliances* deficitários. Provavelmente, por mais que alguns desses programas pudessem ser, na aparência, robustos, não destilaram adequada e suficientemente a verdadeira cultura da conformidade corporativa. Em igual linha é a constatação de Fabio Medina Osório (OSÓRIO, Fabio Medina. **Compliance anticorrupção na era Moro**. Folha de São Paulo, Tendências e Debates, 03 dez. 2018). Para complemento, ver: SCHAPIRO; MARINHO, op. cit., p. 282 et seq. Tais autores verificaram a implementação apenas mais recentemente (2012, 2013, 2014) de programas de *compliance* concorrencial por parte de algumas empresas investigadas na operação Lava Jato (“clube das empreiteiras”). Os elementos dos programas sugeriram que a maior parte das empresas integrantes desse clube não apresentava programas de *compliance* adequadamente ajustados aos riscos de infração a que estavam expostas. Desde então, o que se percebe do noticiado na mídia e também das ações e iniciativas divulgadas por muitas dessas empresas é que o evento danoso, em princípio, serviu de lição crítica para uma reformulação abrangente das estruturas de governança de muitas dessas empresas. Fundamental será acompanhar *pari passu* as atividades dessas empresas para checar se, de fato, a renovação será duradoura e a cultura da conformidade realmente se consolidará nesse ambiente, forjando um novo paradigma institucional pautado pela integridade.

⁴⁰² Ver, nesse sentido, e exemplificativamente, um rico acervo de materiais públicos disponíveis nos *websites* de Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (Camargo Corrêa Infra), e Construtora Norberto Odebrecht S.A. (Odebrecht).

⁴⁰³ Pelo simbolismo da iniciativa do ponto de vista social, no bojo de acordos celebrados com autoridades competentes, como parte das obrigações avençadas, certas empresas declararam publicamente o compromisso com a mudança de comportamento em prol da ética e conformidade, desculpando-se pelos erros cometidos. Nesse sentido, por exemplo, mencionamos Andrade Gutierrez (“Pedido de desculpas e manifesto por um Brasil melhor”, 09 maio 2016) e Odebrecht (“Compromisso com o Brasil”, 22 mar. 2016, “Desculpe, a Odebrecht errou”, 1 dez. 2016, e “Reafirmando o “Compromisso com o Brasil”, 11 abr. 2017). Adicionalmente, ladeando a operação Lava Jato, destacamos escândalos envolvendo o grupo JBS (J&F Investimentos). O então Presidente do grupo J&F, controlador da JBS, à época, enviou uma nota com pedido de desculpas (“Erramos e pedimos desculpas”, 18 maio 2017).

⁴⁰⁴ À guisa de exemplo, CGU, Instituto Ethos, Transparência Internacional no Brasil, ICC Brasil, Instituto Não Aceito Corrupção, “Lava JOTA” etc.

⁴⁰⁵ Deveras, a transformação não se opera do dia para noite. Trata-se de um processo contínuo e fruto de uma construção perene. Como pontuado em Fábio Rivelli, “alguns historiadores afirmam que as mudanças dos conceitos de uma sociedade levam em média um século para ocorrer, o movimento social precisa ser amadurado e levado de geração em geração para se tornar parte da cultura de uma nação. Talvez isso esteja

Diante de uma atmosfera eclipsada por eventos deletérios, que minou a legitimidade das instituições e abalou a confiança social, um horizonte se abriu e incitou um pensar crítico, reclamando estratégias multidisciplinares de cunho estrutural e comportamental para reformar as regras do jogo, tal como mencionado no Capítulo anterior. Há, nesse contexto, um senso de mudança potencial que objetiva incrustar o patamar da ética empresarial e o espírito da conformidade no ambiente de negócios, de sorte a engendrar relações probas, saudáveis, confiáveis e de mútuo fortalecimento, ombreadas no Estado Democrático de Direito.⁴⁰⁶ Sob essa lógica, como aponta Fernando Henrique Cardoso, a “Lava Jato pode vir a estimular uma revolução em nossas práticas. Tomara seja o início de uma mudança cultural [...] E não nos esqueçamos de que é preciso voltar a estimular o espírito empresarial, público e privado”.⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸

embrionariamente acontecendo no Brasil”. RIVELLI, Fábio. Uma nova ética para o Brasil. **O Estado de São Paulo**. Blog do Fausto Macedo, 28 maio 2017. Nessa linha, ver também CARAZZAI; CAMARGO, op. cit., p. 57.

⁴⁰⁶ Nesse espírito “esperançoso”, mas ao mesmo tempo realista, destacamos Sergio Moro, para quem “[o] setor privado brasileiro tem muito a contribuir para a diminuição do quadro de corrupção sistêmica no Brasil. O setor privado é, em regra, mais dinâmico que o setor público ou político. Enquanto muitos agentes públicos ou políticos brasileiros ainda não perceberam que não há futuro na corrupção sistêmica, a percepção no setor privado parece ter se alterado mais significativamente. A começar pelas grandes empreiteiras que – após longo tempo é verdade e não totalmente de forma espontânea –, reconheceram suas responsabilidades e celebraram acordos de leniência. Mas não é só isso, percebe-se no setor privado uma alteração no discurso e um desejo de mudança. Talvez o capitalismo de compadrio no Brasil esteja com seus dias contados. Talvez o setor privado possa florescer em um ambiente mais competitivo e, por consequência, mais eficiente e produtivo, com ganhos para todos, não só para as empresas, mas para a sociedade. Para tanto, integridade é fundamental e sólidos e verdadeiros sistemas de *compliance* são imperativos”. Cf. MORO, Sergio Fernando. Prefácio. MARTINEZ, André Almeida Rodrigues; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. **Compliance Bancário: um manual descomplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

⁴⁰⁷ Prossequindo, Cardoso comenta “[n]esse sentido, as consequências não desejadas da Lava Jato devem ser medidas, sem destruir as empresas. Assim como a Petrobrás se está reconstituindo, não devemos deixar que o know-how da engenharia nacional se perca com o desmantelamento das empresas de construção pesada, desde que elas se recuperem moralmente, com novas regras de governança e eventuais fusões, sempre que haja as punições individuais cabíveis”. Cf. CARDOSO, Fernando Henrique. Ainda há razões para sonhar. **O Estado de São Paulo**, 05 fev. 2017.

⁴⁰⁸ Faz bem anotar que há visões incrédulas ou mesmo contrapostas à operação Lava Jato, que enxergam nela um “engodo”, parte de uma trama. Nesse sentido, por exemplo: FOLHA DE SÃO PAULO. Reportagem de Naief Haddad. **Corrupção política é ‘gota no oceano’, diz sociólogo Jessé Souza**, 22 dez. 2018. Ver, adicionalmente, SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. Reiteramos nosso comentário acerca do objetivo desta análise ao abordar a operação Lava Jato: a pretensão não é explorar os meandros dessa operação, eis que digna de um – ou vários – trabalhos autônomos e aprofundados. A referência à operação Lava Jato é feita nesta dissertação pontualmente para sinalizar um movimento de mudança no âmbito do *compliance*. É feita para indicar seus desdobramentos à luz do direito concorrencial, na singela tentativa de vaticinar algumas possíveis repercussões sobre o *compliance* concorrencial no âmbito dos programas de *compliance*. Portanto, o retrato é extremamente limitado e essencialmente factual.

Em nossa leitura, o momento é ainda precipitado para sustentar, cabalmente, um quadro de *revolução*, em um raciocínio similar ao de Fernando Henrique Cardoso. De toda maneira, podemos afirmar que houve uma *evolução* significativa no ambiente empresarial brasileiro em matéria de *compliance*. Não obstante, é necessário que haja cautela nesse tipo de diagnóstico, em particular em uma matéria tão dinâmica como o *compliance*, dados os riscos de que os frutos já produzidos se desnaturem ante a ausência do comprometimento autêntico e perene dos agentes econômicos e das instituições, o que poderia culminar com um *panorama involutivo*, extirpando o círculo virtuoso evolutivo de *compliance* que se está a verificar no Brasil.

Com efeito, estratégias de *compliance* não devem ser encaradas sob um prisma ilusório, errático ou ao sabor da ocasião; demandam uma coordenação abrangente, afinada e contínua entre os setores público e privado, abrangendo, certamente, a sociedade civil. Deveras, transcendem as balizas jurídicas, mas as pressupõem. É preciso arejar, extirpando estruturas viciadas com o condão de fincar um ecossistema sadio de integridade. Para tanto, urge modificar as regras do jogo (instituições), também mudando padrões políticos, valores morais, sociais e culturais. Mudanças refletidas são indispensáveis para que o ambiente da conformidade possa, consistente e sustentavelmente, florescer. Medidas sérias e comprometidas para a internalização da cultura da ética e da conformidade contribuem decisivamente para tanto, a depender, por certo, de como forem construídas, de como forem apreendidas, de como forem desenvolvidas, de como forem incentivadas e de como forem interconectadas a outros remédios e reformas,⁴⁰⁹ visto que, insuladas, dificilmente serão frutíferas e longevas.

⁴⁰⁹ Conforme entrevista com Modesto Carvalhosa, ao ser indagado sobre como fazer para que as empresas deixassem de ver o *compliance* [anticorrupção] apenas como forma de evitar multa, e sim fazer disso uma cultura, Carvalhosa responde: “[...] *compliance* serve para empresas honestas, e não para empresas corruptas. Não adianta colocar *compliance* em empresas que têm tradição de corrupção. Elas ou têm de ser dissolvidas, ou seu controle tem de ser vendido ou seus administradores têm de ser inteiramente trocados. *Compliance* só tem efeito em empresas que são desorganizadas, que têm problemas, não sabem muito bem o que é ética empresarial – mas que agem no mundo dos negócios de uma maneira regular. O *compliance* por si só não é um remédio para acabar com a corrupção, de maneira alguma”. Vale pontuar que Carvalhosa vislumbra na operação Lava Jato um divisor de águas no que se refere ao enfrentamento da corrupção, um “paradigma internacional de combate à corrupção”, destacando o progresso do *compliance* nos últimos anos. O ESTADO DE SÃO PAULO. Reportagem de Ana Carolina Paap. ‘**Compliance não é remédio para empresa corrupta**’, 06 jul. 2018.

Feito esse parêntese, questiona-se: o que a operação Lava Jato⁴¹⁰ tem a ver com os desdobramentos⁴¹¹ do programa de *compliance*,⁴¹² em particular sob a égide antitruste?⁴¹³

A fim de abordar essa questão, é necessário dar um passo atrás para delinear um espectro mais ampliado, isto é, um conjunto de fatores encadeados aos quais a operação Lava Jato se soma, constituindo tal operação o estopim para o desenrolar mais substantivo das discussões. Nesse sentido, à guisa de exemplo, mencionamos os seguintes fatores:

(i) conjuntura histórica do país, com uma sociedade mais crítica e bem informada, reivindicando transparência, prestação de contas, compromissos éticos, moralidade etc.;

(ii) ambiente regulatório global, com normas de responsabilização mais severas, em um horizonte interconectado de políticas e regulamentos;

⁴¹⁰ A título de clareza, quando estamos a falar da operação Lava Jato, interpretamos a operação dentro de uma perspectiva holística, isto é, uma visão alargada que engloba os diversos troncos e ramificações dessa operação. A operação Lava Jato constituiu a pedra angular, mas diversas outras grandes e importantes operações e investigações dela se originaram, direta ou indiretamente.

⁴¹¹ Sem prejuízo da operação Lava Jato, mister se faz não descurar de outros fatores que permearam o tecido social e contribuíram para as transformações que sucederam. Por exemplo, cita-se reivindicações sociais anteriores à operação Lava Jato, que, dentre inúmeros pleitos, clamavam por mais transparência, ética e integridade. Principia-se com as chamadas “Jornadas de Junho de 2013”, caracterizadas por demandas relacionadas a tarifas mais baixas e mais qualidade nos transportes públicos, para então aglutinar questões sociais diversas, alastrando uma série de movimentos, marcado, sobretudo, por reivindicações sociais e políticas. A sociedade brasileira viu-se “em ebulição”, indo às ruas e clamando por maior transparência, moralidade e ética no trato da coisa pública, gritos por cidadania, melhorias na saúde, educação, segurança e transporte, reformas políticas etc. Não bastassem essas reivindicações, o arcabouço jurídico também trazia importantes normativos, endurecendo o rigor punitivo e se valendo de novas ferramentas e técnica de investigação. Ademais, julgamentos emblemáticos tocaram em assuntos na trilha do *compliance* (e.g., Ação Penal 470 – “Mensalão”) e contribuíram para essa marcha.

⁴¹² Como breve referência, pontue-se algumas pesquisas tratando da maturidade do *compliance* no Brasil (especialmente com foco anticorrupção), que, em geral, indicam a evolução e o amadurecimento de sistemas de *compliance* nas organizações brasileiras, motivado, especialmente, pelos escândalos que seguiram à operação Lava Jato, bem como maior rigor nas legislações. Nesse sentido, ver: DELOITTE BRASIL; ICC BRASIL. **Integridade corporativa...**, op. cit.; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Transparência em Relatórios Corporativos** (TRAC), 2018; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Integridade e Empresas no Brasil**, 2018; KPMG BRASIL. **Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil**. 3ª edição, 2017/2018; PROTIVITI. **Pesquisa Nível de Maturidade em Compliance nas Organizações Brasileiras 2018**; DELOITTE BRASIL. **Pesquisa A caminho da transparência: evolução dos pilares da governança corporativa**, 2015. Ainda, conforme noticiado, a operação Lava Jato motivou empresas a implantarem programas de *compliance*. Em pesquisa realizada pela Câmara Americana de Comércio (Ancham), foram entrevistados 130 executivos e verificou-se que 59% das empresas teriam investido em *compliance* como resultado da operação Lava Jato. Ver: EXAME. **Pesquisa revela que 59% das empresas investiram em compliance após a Lava Jato**, 30 nov. 2017.

⁴¹³ Cf. João Grandino Rodas, “[d]eve-se tirar lições positivas, mesmo de acontecimentos negativos. Dos aspectos antitruste da operação ‘lava jato’, evidenciada por delação premiada e ainda em instrução pelo Cade, um corolário positivo será o esforço coletivo, das autoridades concorrenciais e das empresas, no sentido de se aumentar a utilização de programas de *compliance*, que se existentes e efetivos teriam podido evitar ou minimizar o problema”. RODAS, op. cit., **Compliance concorrencial deve ser...**

(iii) ênfase impingida pela Lei Anticorrupção à responsabilização objetiva das pessoas jurídicas e o incentivo forjado à viabilização de programas de integridade;⁴¹⁴

(iv) modificações proporcionadas pela Lei 12.529/2011, fortalecendo o *enforcement* anticartel ao evidenciar o seu rigor na repressão de arranjos colusivos;⁴¹⁵

(v) discussões qualificadas e recorrentes em fóruns internacionais acerca da possibilidade de os reguladores promoverem e incentivarem mais ativa e criativamente a implementação e melhorias nos programas de *compliance* concorrencial, sobretudo por conta do suposto aumento de cartéis descobertos e da aparente insuficiência do modelo de *enforcement* tradicional para dissuadi-los de maneira efetiva, em que pese o alegado recrudescimento do *enforcement*;⁴¹⁶

(vi) debates globais liderados por reguladores e organizações internacionais, explicitando crescente preocupação com a higidez dos mercados e a solidez da governança corporativa etc.

Esse plexo de fatores, resumidamente,⁴¹⁷ em conjunto com a erupção da operação Lava Jato, engendraram um cenário de condições propícias para focalizar mais detidamente

⁴¹⁴ Impende mencionar também a Lei 12.850/2013, que veio basicamente no mesmo tempo da Lei Anticorrupção e trouxe luz, dentre outros, para o instituto da colaboração premiada.

⁴¹⁵ Diferentemente do que se passou em cenário de outrora quando à luz da Lei 8.884/1994, o momento no âmbito da Lei 12.529/2011 se revela mais favorável para abordar o *compliance* concorrencial, sobretudo em razão da maior consistência e efetividade da política antitruste, com um *enforcement* anticartel expressivo e mais consolidado, e da crescente fortificação da cultura da concorrência (mesmo que ainda não definitivamente incrustada na sociedade). A propósito, Marcela Mattiuzzo anota que a implementação de programas de *compliance* ocorrem em jurisdições onde o *enforcement* das leis esteja devidamente consolidado. Ela observa que isso se dá porque em jurisdições com *enforcement* consolidado há motivações de três ordens para a estruturação de programas de *compliance*: (i) medo da punição, o que só ocorrerá se a possibilidade de punição for real; (ii) senso de obrigação normativa; e (iii) punibilidade, dado que, em tese, as empresas estarão mais propensas a estruturar programas de *compliance* quanto maiores forem os incentivos para tanto, os quais não se resumem à certeza de punição, mas também incorporam a mitigação de penalidades (isto é, o racional do *carrot and stick*). Ver: MATTIUZZO, Marcela. Concorrência e corrupção – programas de *compliance* no debate jurídico-institucional brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, maio, 2017, p. 7.

⁴¹⁶ Ver, nesse sentido, conforme será abordado no Capítulo 3, fóruns globais da OCDE, discussões na ICN e materiais e eventos da ICC.

⁴¹⁷ Na mesma trilha, destacando alguns fatores que fizeram aflorar a discussão sobre *compliance* antitruste, Anders e Missali listaram: “(i) aumento do número de denúncias e investigações em se tratando de práticas anticompetitivas; (ii) novas tecnologias e sofisticação do aparato legislativo das autoridades; (iii) maior qualidade e quantidade de acordos de leniência celebrados, com mais incentivos para tanto; (iv) aumento do rigor sancionatório (inclusive com realce à pena privativa de liberdade); (v) adensamento da cultura concorrencial perante a sociedade civil, inclusive com incentivo para ação privada de reparação de danos. (vi)

para uma agenda institucional preventiva, viabilizando a (re)introdução⁴¹⁸ do programa de *compliance* no ordenamento concorrencial, indo ao encontro do quanto planejado no Plano Estratégico 2013/2016 e no Plano Plurianual 2012/2015, consoante comentado acima.

Nos termos afirmados, a operação Lava Jato, ao desnudar um novelo de práticas ilícitas, dentre elas supostos conluíus e cartéis,⁴¹⁹⁻⁴²⁰ trazendo a reboque uma enxurrada de acordos de leniência⁴²¹⁻⁴²² e TCCs,⁴²³ catapultou a urgência de instrumentos de governança empresarial a fim de prevenir e minorar a ocorrência de novas infrações, jogando luz para o *compliance* concorrencial. Considerando o relevo e a contemporaneidade do assunto, já sensibilizado sobre iniciativas voltadas a incentivar mais diretamente a cultura do *compliance*, o CADE colocou em consulta pública uma minuta de guia para orientar os agentes econômicos a respeito dos mecanismos que esses agentes podem voluntariamente adotar para prevenir e colaborar com a Administração pública no controle dos ilícitos. Leia-se, um guia sobre programa de *compliance* concorrencial (Guia de *Compliance*), dispendo sobre a estruturação e os benefícios da adoção desse instrumento.⁴²⁴

preocupação reputacional do agente econômico, bem como uma crescente discussão envolvendo a responsabilidade social corporativa; (vii) diálogo mais fluido e espírito colaborativo entre autoridades competentes e administrados/sociedade civil; (viii) incremento da cooperação internacional; (ix) necessidade de instrumentos inovadores para enfrentar condutas que desafiam a lógica tradicional; (x) novas legislações que reprimem com rigor práticas ilícitas e que se inter-relacionam (e.g. interface entre as leis antitruste e anticorrupção) etc”. Ver: ANDERS, Eduardo Caminati; MISSALI, Guilherme Teno Castilho. *Compliance Antitruste e Anticorrupção: moldura geral*. In: ROSSETTI, Maristela A.; PITTA, Andre G. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017pp. 229-230.

⁴¹⁸ Cf. MISSALI, op. cit., **Programa de compliance antitruste: a hora...**, p. 22.

⁴¹⁹ Em seminário internacional de defesa da concorrência realizado pelo IBRAC em 2017, William Kovacic reconheceu expressamente a importância da operação Lava Jato, afirmando que tal operação representava a investigação antitruste mais importante em curso no mundo àquela época. A esse respeito, ver: GLOBAL COMPETITION REVIEW. Reportagem de Charles McConnell. **Kovacic: Lava Jato is the world’s most important antitrust case**”, 27 out. 2017.

⁴²⁰ Para uma visão geral sobre os impactos da operação Lava Jato no âmbito repressivo do CADE, ver: FRADE; THOMSON; ATHAYDE, op. cit., pp. 223-254.

⁴²¹ Ver, por exemplo, JOTA. Tributos & Empresas. Concorrência. **Em meio à Lava Jato, pedidos de leniência ao Cade disparam 300%**, 25 out. 2016. Reportagem de Iuri Dantas.

⁴²² Para uma síntese dos avanços e desafios do programa de leniência no Brasil, ver: MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FIDELIS, Andressa Lin. Nearly 16 years of the leniency program in Brazil: breakthroughs and challenges in cartel prosecution. **Competition Policy International**, jun. 2016 (1).

⁴²³ O impacto da operação Lava Jato na política de acordos do CADE foi enorme. Viu-se uma espiral ascendente de acordos de leniência e TCCs na esteira da citada operação, que igualmente repercutiu nas contribuições pecuniárias arrecadadas. Apenas para citar uma estatística, em complementação àquelas já citadas anteriormente neste trabalho, no que concerne à celebração de TCCs e arrecadação pecuniária, o CADE celebrou, somente em novembro de 2018, 16 TCCs relacionados a seis investigações conduzidas no âmbito da operação Lava Jato. No total, os acordos em questão estabeleceram o pagamento de contribuições pecuniárias que somam R\$ 897,9 milhões.

⁴²⁴ Em momento anterior à publicação do Guia de *Compliance* (28 e 29 de agosto de 2014), CADE e CEDES organizaram seminário científico para tratar do assunto *compliance* antitruste sob um enfoque multidisciplinar, seminário esse que contou com o apoio da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região – Emag e da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe. O evento resultou, dentre outros frutos, na publicação do

Houve engajamento ativo da sociedade civil no âmbito da consulta pública do Guia de *Compliance*.⁴²⁵ A versão final do Guia foi homologada pelo Plenário do CADE na 78ª sessão ordinária de julgamento, realizada em 20 de janeiro de 2016.⁴²⁶ Portanto, apesar de, como visto, o assunto não vir disciplinado via legislação, seja em sede legal ou infralegal, o CADE tratou dos programas de compliance no âmbito de guia específico.

Sendo assim, para a presente análise, convém apresentar uma visão referencial do mencionado Guia, abordando alguns de seus eixos e principais aspectos em adição a problematizações e comentários iniciais de nossa parte. Apresentados os contornos gerais do Guia de *Compliance*, o próximo passo é avançar para um dos pontos nevrálgicos desta dissertação, que consiste no mapeamento da jurisprudência do CADE a fim de perquirir como o programa de *compliance* foi tratado nos julgados da autoridade concorrencial, buscando diagnosticar, principalmente, *se existe algum padrão de sistematização no que toca à possibilidade de atribuir recompensa em função do programa de compliance concorrencial no contexto do ilícito anticompetitivo, mormente o cartel*.

Como importante contribuição complementar a essa pesquisa jurisprudencial, faremos, no Capítulo 3, uma incursão panorâmica na experiência estrangeira a título de visão

livro RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *Compliance e Concorrência*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴²⁵ Ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Consulta Pública. Guia de *Compliance* do CADE. **Processo nº 08700.008222/2015-80**. Foram recebidas contribuições nacionais e internacionais. Grosso modo, a maior parte das contribuições recebidas versou sobre a dosimetria da pena, algumas sugerindo que o Decreto 8.420/2015 fosse tomado como norte pelo SBDC a fim de explicitar critérios fixos e mais clareza quanto à possibilidade de atenuante em face da estruturação dos programas de *compliance*. Ou seja, o tom das contribuições foi na linha do reforço da segurança jurídica e previsibilidade aos administrados. Interessante destacar, contudo, que as contribuições provenientes do exterior (na maioria dos EUA) explicitaram a importância da análise de riscos no âmbito do programa de *compliance*, tendo em conta não apenas os riscos decorrentes de condutas colusivas, mas também de condutas unilaterais. Também foram suscitadas questões envolvendo informantes (*whistleblowers*) e, especificamente quanto à dosimetria da pena, o momento de estruturação do programa (antes ou após à infração) para fazer jus ao potencial desconto. O foco ligeiramente distinto das contribuições recebidas quando se comparam as manifestações nacionais x internacionais pode guardar relação com os sistemas jurídicos romano-germânico (*civil law*) x anglo-saxão (*common law*) dos remetentes. Em paralelo, a título de curiosidade, uma pessoa física formulou um pedido de informação ao CADE (via e-SIC: Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão) para esclarecer o termo “programa de *compliance*”; a princípio, essa pessoa confundiu-se com o “Programa de *Compliance*”, associando-o a um “programa de software dum (sic) Microcomputador”. (Protocolo nº 08850000061201643).

⁴²⁶ João Grandino Rodas elogiou a publicação do guia, comentando que “[d]entre os méritos do guia de *compliance* do Cade figuram não somente a forma aberta à sociedade (com solicitações de colaboração e consultas, com que foi elaborado), as profundas discussões havidas no seio do órgão; bem como a clareza de sua formulação e a atualidade de seu conteúdo. Por isso, esse guia merece ademais do *nihil obstat* (nada a obstar) dos estudiosos e da sociedade, os aplausos e votos de colaboração para que sua missão catequética seja amplamente frutuosa”. Cf. RODAS, João Grandino. Guia do Cade para programas de compliance é um passo à frente. Olhar Econômico: **Consultor Jurídico – Conjur**, 25 fev. 2016.

comparativa. Ainda que pontual, essa comparação será útil para explicitar como as principais jurisdições antitruste abordam o tema, iluminando possíveis pontos de refinamento na política antitruste brasileira. Pretende-se, com essa análise dual (*ordenamento nacional, mais extensivamente, e experiência comparada, mais pontualmente*), contribuir com as reflexões no eixo do *enforcement* anticartel, sob a premissa de que o programa de *compliance* concorrencial, com os incentivos adequados, é um poderoso instrumento que contribui para a internalização da cultura da concorrência junto aos agentes econômicos, incrementando a taxa de conformidade concorrencial e, conseqüentemente, de práticas pró-competitivas, funcionando como instrumento de valia para complementar as ferramentas tradicionais de *enforcement*,⁴²⁷ robustecendo a política anticartel de defesa da concorrência.⁴²⁸

2.2.2 O guia de programa de *compliance* concorrencial: análise geral e comentários preliminares

A finalidade deste tópico é percorrer os principais destaques do Guia de *Compliance* do CADE.⁴²⁹ Como visto, no Capítulo 1 empreendemos uma análise referencial dos “pilares estruturais” do programa de *compliance*, sendo suficiente volver ao tópico 1.1.1 para o assunto. Uma vez emoldurados tais pilares, será preciso adaptar o programa de *compliance* (geral) para a realidade particular (antitruste) da organização, isto é, preencher o programa

⁴²⁷ Cf. PIERI, Simone; BAGNOLI, Vicente; KOZAK, Malgarzata. The Role of Competition Authorities in Competition Law Reforms. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Ano 21, v. 26, jul./dez. 2014, pp. 215-217.

⁴²⁸ Esse raciocínio ganha ainda maior importância quando analisado de uma perspectiva histórica, tendo em mente o passado brasileiro de economia fechada, estrutura empresarial extremamente concentrada e forte intervenção estatal, que tanto atrapalharam a formação e a disseminação de uma “cultura da concorrência”. Indo mais além, se é para pensar sobre a especificidade regional, há de se ter em mente as nuances de um país em desenvolvimento (economia periférica), não olvidando do tracejado colonial que acompanha a formação brasileira. Tendo em conta esse contexto, fica mais crível compreender a formação de estruturas de poder econômico e de distribuição (e concentração) de renda no país, considerando, dentre outros aspectos centrais, os laços da dependência colonial [ainda que não sejam a causa última do subdesenvolvimento]. Ao final, bem compreender a relação entre o poder econômico e a distribuição de renda permite avançar com políticas públicas que realmente ataquem a raiz de muitos problemas institucionais e estruturais. Para uma visão aprofundada sobre o assunto, ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Monopolies and underdevelopment – from colonial past to global reality**. Cheltenham, Northampton: E. Elgar, 2015. Em particular, Gesner Oliveira considera o quadro histórico - de intervenção estatal e economia fechada - como um fator a justificar o esforço permanente na agenda de advocacia da concorrência, incluindo o investimento em programas de *compliance*. Gesner sublinha que em países emergentes como o Brasil, a cultura da concorrência é menos consolidada, donde a importância adicional nos esforços de promoção ao programa de *compliance*. Cf. OLIVEIRA, Gesner. Sabedoria de futebol aplicada a programas de *compliance* antitruste. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 155.

⁴²⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., **Guia Programa de Compliance...**

de *compliance* com a *substância concorrencial* a fim de conformar um instrumento robusto e efetivo. Nessa ótica, a premissa, como de costume, é de que o programa de *compliance* concorrencial deve ser desenhado em face dos riscos aos quais a empresa se sujeita no ecossistema do direito da concorrência.⁴³⁰

Tendo em conta a *substância concorrencial* contida no programa, na sua elaboração⁴³¹ a empresa deve proceder com uma cuidadosa análise de riscos à vista, por exemplo, do(s) mercado(s) relevante(s) de atuação, da existência de posição dominante e de barreiras à entrada, para além de considerar a interação com concorrentes, a participação em reuniões de sindicatos e de associações comerciais, a participação em licitações públicas etc.⁴³² Trata-se da regra de ouro que consiste em customizar o programa à luz da matriz de riscos - concorrenciais - da organização,⁴³³ o que, como será notado, apresenta desafios não triviais, mormente ao se discutir de condutas unilaterais e/ou práticas restritivas.

⁴³⁰ As considerações explanadas anteriormente são mantidas, isto é, o programa deve ter uma abordagem integrada com as demais áreas com vistas a conferir sinergia e maior efetividade. No contexto antitruste, ressaltamos crescente interesse na sua interface com o *compliance* anticorrupção, bem como com o *compliance* relacionado à proteção de dados.

⁴³¹ A título de referência, Murphy e Kolasky listam vinte pontos fundamentais para elaboração de um programa de *compliance* concorrencial efetivo, a saber: (i) Avaliação de risco; (ii) Abordagem integrada; (iii) Padronização; (iv) Controles; (v) Chefe de *Compliance*; (vi) Recursos e infraestrutura; (vii) Supervisão do conselho; (viii) Suporte da alta administração; (ix) Práticas de pessoal; (x) Treinamento e comunicação; (xi) Terceiros; (xii) Auditoria e monitoramento; (xiii) Aferição da eficácia; (xiv) Sistemas de denúncia; (xv) Proteção contra retaliação; (xvi) Disciplina; (xvii) Incentivos; (xviii) Resposta a violações; (xix) Diligência e práticas industriais; e (xx) Documentação. Para detalhes sobre esses pontos, ver: MURPHY; KOLASKY, op. cit., p. 62.

⁴³² Para fins desta dissertação, nosso foco recai sobre o eixo repressivo (controle de condutas). Nada obstante, um programa de *compliance* robusto também deve ter em mente os riscos decorrentes do eixo preventivo (controle de estruturas), implementando mecanismos para prevenir e mitigar problemas resultantes desse eixo, de modo a se antever uma necessária abordagem integrada entre ambos os eixos. Retomaremos essa questão adiante.

⁴³³ Estudo encomendado pela autoridade francesa de defesa da concorrência ressaltou que a exata estrutura do programa depende da natureza da empresa. O estudo pontuou determinadas características e riscos que tornariam mais provável a estruturação do programa de *compliance* (eventualmente, para empresas menores, o programa de *compliance* poderia ser dispensável na maioria dos casos). O estudo também salientou que a estrutura ideal para um programa de *compliance* incluiria cinco elementos: (1) Envolvimento e apoio da alta administração; (2) Orientações e procedimentos claros; (3) Treinamento e educação contínuos; (4) Procedimento confiável de revisão e avaliação; e (5) Estrutura para ação disciplinar. Tais elementos seriam fundamentais para criar uma cultura de *compliance*, bem como para prevenir, detectar e punir abusos. O estudo ressaltou que a maneira pela qual o programa é implementado repercute em sua efetividade. Ademais, conforme frisamos neste trabalho, o estudo também observou que eventual ocorrência de infração não seria por si só prova de que o programa não é efetivo. Para detalhes do estudo, ver: Ver: FRANÇA. Europe Economics, Chancery House. **Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité**: Une étude réalisée pour le Conseil de la concurrence, 05 set. 2008.

Quanto ao Guia de *Compliance* em si, trata-se de documento de *soft law*,⁴³⁴ que estabelece diretrizes não vinculantes para empresas a respeito do programa de *compliance* concorrencial. Usando uma linguagem prática e acessível, o Guia explicita o teor, as formas que podem ser implementados e as principais vantagens da adoção desse tipo de programa. O Guia apresenta um formato maleável, dotado de latitude aberta, no sentido de não fixar um rol estanque de elementos (*checklist*) que devem constar do programa de *compliance*.⁴³⁵ Antes, esse documento é lido como um “menu de opções”,⁴³⁶ com definições e sugestões que podem ou não ser acatadas, considerando a realidade da organização. Donde, não apenas as grandes, mas também as pequenas e médias empresas são incentivadas a implementar programas de *compliance*, ainda que com orçamentos mais modestos, a par de diferentes realidades e perfis corporativos.⁴³⁷

⁴³⁴ A partir de 1960, com o surgimento de novos temas no Direito Internacional, vê-se a formação de normas de “*soft law*”. Tal expressão não tem uma tradução exata para o português. Uma possível (mas talvez limitada) tradução seria “direito flexível”, o que, de toda maneira, não interfere em nossas considerações. As normas de *soft law* guardam relação direta com o aumento da atuação da diplomacia multilateral. De forma simplificada e com base em uma visão tradicional, não adentrando nas minúcias existentes entre as correntes doutrinárias, ter-se-iam aqui certas normas mais “maleáveis”, cujo cumprimento seria recomendado aos Estados, não havendo cogência ou força jurídica impositiva, traduzindo a ideia de regras não vinculantes, ao contrário das normas de “*hard law*”, que tradicionalmente embutem o predicado de força cogente e vinculam os Estados. Levando em conta essa singela diferenciação, suficiente para os fins desta dissertação, é possível transpor o racional e traçar uma analogia ao que se observa em sede dos guias expedidos pelo CADE. É parte crescente da realidade da autoridade concorrencial (e também de outras autoridades no Brasil, *e.g.*, CGU) o recurso a essas iniciativas, especialmente no intuito de conferir maior grau de transparência, previsibilidade e segurança jurídica aos administrados, muitas vezes aclarando determinada matéria ao reunir a experiência e as melhores práticas sobre o assunto. O Guia de *Compliance* se amolda a esse raciocínio. O próprio guia ressalva que suas diretrizes não são vinculantes, na esteira dos demais guias expedidos pelo CADE, que não possuem caráter de norma, mas são instrumentos importantes em vista do lastro de previsibilidade que tendem a agregar. A título de curiosidade, o Guia de *Compliance* do CADE foi indicado ao prêmio *Antitrust Writing Awards* 2016, na categoria *Best Soft Law*, promovido pela revista francesa *Concurrences*, disputando o prêmio com outros tipos de guias elaborados pelas autoridades do Canadá, Hong Kong, África do Sul e Reino Unido.

⁴³⁵ Trata-se de modelo diferente daquele adotado pela Lei 12.846/2013, em particular no Decreto 8.420/2015, o qual é mais direto e objetivo, estipulando um rol de parâmetros. Ver: MATTIUZZO, *op. cit.*, **Concorrência e corrupção...**, p. 10 et seq.

⁴³⁶ Trata-se de linguagem adotada pela ICC no âmbito de seu *Toolkit*, que, por sua vez, é elogiado pelo CADE. Outras autoridades também elogiam o *Antitrust Compliance Toolkit* da ICC, que será objeto de comentário no Capítulo 3.

⁴³⁷ Nesse sentido, ver: MURPHY, Joseph E. *A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day: How Small Companies Can Have Effective Programs*. In: **Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE)**, ago. 2010, pp. 3-29.

O Guia se volta a práticas sujeitas ao controle de condutas.⁴³⁸⁻⁴³⁹ Aliás, especificando a conduta mais “adequada” para ser abordada no âmbito do programa de *compliance* concorrencial, a OCDE afirma que esse instrumento tem maior potencial no que se refere à prevenção e descoberta de cartéis *hard core*,⁴⁴⁰ tendo em vista que seria um ilícito *per se*.⁴⁴¹⁻

⁴³⁸ Como indicado em nota acima, é importante que seja acoplada uma abordagem interligada e integrada ao programa de *compliance*. Isso implica dizer que o programa de *compliance* é visto como um instrumento guarda-chuva, segmentado em diversas áreas de acordo com os riscos, necessidades e realidades das organizações (e.g., anticorrupção, antilavagem, antitruste, bancário, proteção de dados, consumidor, ambiental, tributário, trabalhista etc.). Nessa esteira, o programa de *compliance* concorrencial, idealmente, também deve se subdividir para endereçar tanto questões relacionadas ao controle de condutas quanto ao controle de estruturas. Portanto, a visão holística é fundamental, tendo em conta que os riscos podem não apenas aflorar de práticas anticompetitivas, como também podem emergir de atos de concentração, de tal sorte que medidas de cautela são recomendadas para evitar, por exemplo, a consumação de um dado negócio jurídico antes da autorização do CADE (*gun jumping*). A propósito dos procedimentos e cautelas no bojo de atos de concentração econômica, o CADE publicou um guia específico. Trata-se do Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração, conforme referido anteriormente.

⁴³⁹ Cf. Guia de *Compliance* do CADE, p. 7. Existem, em suma, três grandes eixos de condutas anticompetitivas: (i) *horizontais*, que são aquelas praticadas por agentes que concorrem entre si, atuando na mesma cadeia produtiva; (ii) *verticais*, que são aquelas praticadas por agentes que atuam em níveis diferentes de uma mesma cadeia de produção; e (iii) *unilaterais*, que são aquelas praticadas por agentes dotados de posição dominante.

⁴⁴⁰ Cf. OCDE, op. cit., **Promoting Compliance...**, p. 6; Também, JEREZ, Horacio Vedia. **Competition Law Enforcement & Compliance across the world: systems, institutions and proceedings**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 296.

⁴⁴¹ Acerca da (acalorada) discussão sobre regra *per se* x regra da razão, cumpre um parêntese para consignar registro feito por Ana Frazão ao comentar que regra *per se* e regra da razão se referem a *padrões analíticos* construídos pelas autoridades de defesa da concorrência para julgar condutas potencialmente lesivas à ordem econômica. Isso implica dizer que não se está a tratar de categorias de ilícitos concorrenciais. Na verdade, se referem, como anotou Ricardo Villas Bôas Cueva na época em que era Conselheiro no CADE, a “modalidades distintas de análise do fato, cuja peculiaridade consiste na profundidade que se queira exigir da prova da ilicitude. Não se opõem de maneira frontal, constituindo, antes, um contínuo, como uma escala na qual se determine o quantum probatório necessário a formar o convencimento do julgador” (Processo Administrativo nº 08012.009088/1999/48). Por esse ângulo, a regra *per se* caracteriza um padrão de análise pautado por um *standard* probatório menos rigoroso, podendo ser entendida como um “agregado de presunções” e “atalhos probatórios” em torno da ilicitude de determinada conduta. De toda maneira, a formulação da regra *per se* exige uma convicção consolidada dos efeitos nocivos da conduta pela autoridade concorrencial. Frazão resume que a regra *per se* é uma forma simplificada de constatação do ilícito e se justifica em razão dos altos custos de informação e de litigância existentes na esfera antitruste, para além da constatação de que “a complexidade e a amplitude das investigações acabam por favorecer, indevidamente, os acusados”. A par dessa lógica, a regra *per se* não elide a necessidade de existência de poder de mercado. Ainda que diminua a possibilidade de defesa, esse *standard* probatório não a afasta na totalidade, vez que a ilicitude da conduta é tida como uma *presunção relativa*, de modo a admitir a contraprova da inexistência de efeitos lesivos da conduta. Já a regra da razão, seguindo o contínuo mencionado acima, se baseia em um padrão de análise mais complexo e detalhado, fazendo com que as autoridades, necessariamente, considerem um plexo de fatores na análise (e.g., estrutura de mercado, efeitos potenciais e concretos, razões da conduta, eficiências etc.). Questão inter-relacionada se refere à (também acalorada) discussão entre “ilícitos por objeto” x “ilícito por efeito”, porquanto da leitura do art. 36 da Lei 12.529/2011 seria possível inferir ambas as hipóteses. Tem-se aqui espécies distintas de ilícitos concorrenciais. Com efeito, há condutas cujo *próprio objeto* coloca em risco o ambiente concorrencial, haja vista que, em princípio, não se vislumbra outra finalidade da prática a não ser a restrição da livre concorrência, donde haver uma *presunção relativa da potencialidade lesiva da conduta*. Como exemplo, tem-se o caso de cartel - aqui, a rigor, a prova da conduta e de suas especificidades são suficientes para, automaticamente, presumir a potencialidade lesiva da conduta, dispensável, pois, a análise de outros elementos. Por outro lado, há os *ilícitos por efeitos*, em que a lesividade não se mostra de forma tão clara e precisa, o que demanda da autoridade antitruste a comprovação da potencialidade lesiva da conduta, cotejando efeitos ilícitos e eventuais benefícios e propósitos legítimos subjacentes à conduta, sob uma análise mais acurada e minuciosa. As condutas unilaterais se enquadram nessa categoria, à exceção de condutas relacionadas a tabelamento de preços, considerando a jurisprudência do CADE. Com base nesse breve resumo, é possível associar as

⁴⁴² Explica-se: condutas que requerem análises econômicas complexas, abarcando investigações minuciosas sobre os efeitos no mercado, demandam avaliações casuística que dificultam a formulação de parâmetros claros, objetivos e generalizantes.⁴⁴³

A esse respeito, Vinicius Marques de Carvalho observa a falta de consensualidade sobre alguns temas no âmbito do *compliance* concorrencial, seja porque ainda não foram suficientemente discutidos, seja porque não foram esgotados. Note-se que os guias de *compliance* concorrencial de outras jurisdições não avançam em pormenor no tocante à elaboração de diretrizes em sede de práticas unilaterais e verticais. A grande razão disso é que discutir a lesividade desses tipos de conduta normalmente requer uma análise sofisticada e passível de controvérsias.⁴⁴⁴ Leia-se, é difícil asseverar, e mais ainda comprovar com robustez, que uma dada prática unilateral, por exemplo, traz efeitos danosos à concorrência *prima facie*, mormente porque essa análise requer um cotejamento detalhado de uma série de variáveis econômicas à luz do caso concreto, demandando um cabedal analítico refinado, não raro aprofundando em análises econométricas. Ou seja, trata-se de cenário complexo e no exato oposto dos casos de cartel, cujo esforço do órgão regulador resta concentrado, basicamente, em provar a existência do acordo anticompetitivo entre empresas (e uma superficial análise de poder de mercado, quando convém fazê-lo), o que implica maior facilidade para estipular diretrizes objetivas de parametrização em sede de guias.

No caso de condutas unilaterais e restrições verticais, o desafio consiste, na essência, em sopesar os possíveis efeitos deletérios da prática diante da “regra da razão”.⁴⁴⁵ Nesse

*infrações por objeto à metodologia da regra per se e associar as infrações por efeitos à metodologia da regra da razão. Ver: FRAZÃO, op. cit., **Direito da concorrência...**, p. 288 et seq. Em vista dessa pano de fundo, nossa visão é congruente com grande parte da doutrina quando afirma que o ordenamento concorrencial brasileiro não acolheu o ilícito *per se* (por todos, ver SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., **Direito Concorrencial...**, p. 564, ao afirmar que “É hoje conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como um ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito. Essa concepção foi consagrada na lei brasileira pela correlação necessária imposta pelo art. 36 da Lei Concorrencial brasileira entre as condutas descritas no art. 36, § 3º, e os efeitos descritos no *caput* do art. 36”). A nossa observação explora a nuance que relaciona a regra *per se* como uma *metodologia de análise* para suportar os *ilícitos por objeto* no âmbito de uma *presunção relativa de ilicitude*. Não está a se falar, portanto, da regra *per se* como se existisse uma conduta intrinsecamente ilícita, pois isso, conforme ensina Salomão Filho, não existe em face da legislação concorrencial brasileira.*

⁴⁴² Em verdade, adaptando para a realidade brasileira, o que se tem é a presunção dos efeitos negativos derivados dessa conduta uma vez comprovado que o ajuste entre concorrentes ocorreu (e, *prima facie*, que detinham poder de mercado), não exigindo, em teoria, análise mais aprofundada sobre variáveis de mercado.

⁴⁴³ Cf. OCDE, op. cit., **Promoting Compliance...**, p. 13.

⁴⁴⁴ Cf. CARVALHO, op. cit., **Compliance - concorrência, efetividade...**

⁴⁴⁵ Deve-se avaliar os efeitos líquidos da conduta considerando seus impactos negativos e possíveis eficiências e ganhos ao consumidor. Ver: MACEDO, Bernardo Gouthier; GARCIA, Carolina Policarpo; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. *Compliance Antitruste em condutas unilaterais – perspectivas da análise econômica*. In:

sentido, pode ser bastante tênue a linha que separa uma prática agressiva pró-competitiva (e desejável) daquela conduta lesiva para o ambiente competitivo (e que deve ser evitada). Tudo isso reforça a complexidade⁴⁴⁶ de explicitar parâmetros objetivos para esses tipos de conduta em sede de guias.⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸

Ainda que o foco dos guias recaia sobre os cartéis, isso não significa que não haja espaço para abordar, mesmo que genericamente, condutas unilaterais e verticais em seu bojo. Ao revés, algum grau de sinalização e orientação para as empresas é desejável.⁴⁴⁹ O Guia de *Compliance* do CADE, a propósito, contempla certas diretrizes relacionadas a esses tipos de práticas.⁴⁵⁰ Conforme explicado por Carvalho, as próprias empresas, conhecedoras de suas

RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *Compliance e Concorrência*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 40-41.

⁴⁴⁶ Pedro Mariani pontua a complexidade de fatores envolvidos na avaliação de condutas unilaterais. Diferentemente dos casos de cartéis, em que constatada a existência da prática, a rigor, não há maiores dificuldades para caracterização do ilícito, para condutas unilaterais a análise é mais intrincada, sendo difícil generalizar princípios e regras de conduta que possam ser aplicados em contextos econômicos e mercadológicos específicos. Nesse sentido, Mariani exemplifica referenciando a práticas como contratos de exclusividade e fixação de preços de revenda. Cf. MARIANI, Pedro de Abreu. Desafios para a construção de um programa efetivo de *compliance* concorrencial. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *Compliance e Concorrência*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 233-234.

⁴⁴⁷ Cf. ANDERS; MISSALI, op. cit., *Compliance antitruste e anticorrupção...*, pp. 245-246.

⁴⁴⁸ Já para o cartel, como visto, o entendimento é basicamente consolidado acerca de sua presumida lesividade (mais fortemente para o cartel *hard core*), daí que, em princípio, se afastam as complexidades de estipular parâmetros objetivos para balizar as empresas. A tônica sobre o cartel é reforçada à vista de sua natureza. Isto é, trata-se de crime econômico permeado de complexidades. Muitas vezes o cartel vem associado a um cipoal criminoso deveras sofisticado, que traduz a inter-relação com crimes de diversas naturezas (*e.g.*, corrupção, lavagem de dinheiro, evasão fiscal etc.). À luz do seu objeto ilícito, o cartel enquadra-se naqueles tipos de condutas de alto risco reputacional e moral, especialmente por conta dos danos causados para os consumidores, para a inovação, para a ordem econômica e, muitas vezes, para a Administração pública. Some-se a isso o fato de que o cartel é marcado por uma natureza secreta, elusiva e deliberada, permeado pelo caráter da conspiração e trapaça às “regras do jogo” e dotado de razoável senso de clandestinidade. Daí a se reforçar o balizamento de diretrizes em sede de guias de *compliance* para prevenir e atacar tais condutas, também para fortalecer o senso de reprovabilidade. Ver: ANDRADE; RODRIGUES, op. cit., pp. 128-129.

⁴⁴⁹ Consoante entendem Caio Mario Pereira Neto e Filippo Lancieri, dado que o principal desafio a ser enfrentando no desenvolvimento de programas de *compliance* concorrencial para condutas unilaterais é a alta incerteza atrelada a tais práticas, é essencial que as autoridades apresentem direcionamento para os reguladores. Sob tal premissa, os autores descortinam quatro principais estratégias para consideração dos agentes públicos quando do balizamento de guias de *compliance*, a saber: “(i) desenvolvimento de portos seguros (*safe harbors*) para condutas específicas; (ii) desenvolvimento de testes claros para análise de determinadas condutas, que possam ser utilizados por agentes privados; (iii) desenvolvimento de critérios objetivos e transparentes para análise de condutas unilaterais em geral (*i.e.*, competidor igualmente eficiente como parâmetro); e (iv) sinalização de elementos de políticas comerciais que podem minimizar ou majorar o risco antitruste”. Ver: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria. Alguns apontamentos sobre programas de *compliance* antitruste focados em condutas unilaterais no Brasil, p. 87. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *Compliance e Concorrência*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁵⁰ O Guia destaca alguns aspectos dessas condutas que podem ser relevantes e merecem ser levados em consideração pelas empresas nas suas atividades, pontuando três eixos relacionados a (i) *detenção de posição dominante*, (ii) *possíveis efeitos de exclusão de concorrentes* e (iii) *possíveis justificativas econômicas*. Nessa linha, o Guia recomenda que os programa de *compliance* incorporem alguma avaliação prévia dessas condutas

peculiaridades, são um dos agentes mais qualificados para avaliar os efeitos das práticas que pretendem exercer no mercado, e assim “podem internalizar mecanismos de análise de riscos concorrenciais, a serem aplicados antes da efetiva implementação da prática”.⁴⁵¹ A nosso ver, a abordagem do CADE a esse respeito se mostra oportuna, na medida em que não ignora, e de fato estipula certas balizas norteadoras no âmbito da prevenção de práticas unilaterais e verticais ilícitas, contribuindo para que o agente econômico apreenda um senso geral que lhe permita avaliar a sua atuação à luz de suas políticas comerciais, motivando a formatação de procedimentos para mapear e analisar suas práticas.⁴⁵²⁻⁴⁵³

Destarte, sob a ótica da empresa, é importante que o desenho do programa seja feito de modo meticuloso, levando em conta riscos, circunstâncias e peculiaridades, incrustando-se uma cultura pró-competitiva no seio da organização. Ademais, pensando em condutas unilaterais, é de suma valia que haja uma cultura interna de permanente reflexão sobre as práticas competitivas da organização, mapeando zonas de preocupação concorrencial nos mercados de atuação da empresa dominante, possivelmente com a inclusão de salvaguardas antitruste⁴⁵⁴ nas estratégias competitivas a serem perseguidas por tal empresa, além do monitoramento constante e reavaliação periódicas dos riscos concorrenciais.⁴⁵⁵ De fato, é possível imaginar cenários em que a prática de cartel não represente uma ameaça, ou melhor, não constitua uma realidade ou preocupação crível para a empresa à luz de suas características e mercado de atuação, porém que existam riscos acentuados de infração em virtude da posição dominante detida pelo agente, em um mercado de intensa rivalidade. Há, igualmente, situações nas quais os riscos da atuação empresarial podem ser difusos e relacionados a um sem número de práticas - horizontais, verticais⁴⁵⁶ e unilaterais -, de tal

antes de serem praticadas no mercado, notando “[a]inda que, em eventual investigação, a análise da conduta pela autoridade antitruste possa divergir daquela empreendida pela empresa, é importante que esta possa demonstrar que seu programa de *compliance* submete cada prática a um processo prévio de aprovação, com base em análise econômica e jurídica fundamentada. Cf. Guia de *Compliance* do CADE, op. cit., pp. 37-39.

⁴⁵¹ Bernardo Macedo, Carolina Garcia e Silvia Almeida anotam que, em se tratando de condutas unilaterais comerciais, pode ser muito complexo para a empresa elaborar um programa que incorpore suas estratégias, sob a premissa de que as estratégias comerciais estão em constante transformação e fazem parte do processo saudável e desejável de inovação. Cf. MACEDO; GARCIA; ALMEIDA, op. cit., p. 41.

⁴⁵² E, em havendo dúvidas, um recurso útil consiste em consultar a autoridade acerca da licitude da prática, o que pode diminuir riscos e minimizar gastos que existiriam no caso de investigações posteriores.

⁴⁵³ Diante de novos riscos que emergem no mercado, sobretudo em face do avanço tecnológico, algum nível de orientação adicional pode ser desejável.

⁴⁵⁴ Ver: PEREIRA NETO; LANCIERI, op. cit., p. 87.

⁴⁵⁵ Cf. CUEVA, op. cit., p. 544.

⁴⁵⁶ Para detalhamento sobre as restrições verticais à luz da experiência do CADE, ver: AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira.** Textos para Discussão, 264, jul. 2010, Escola de Economia de São Paulo - FGV EESP.

sorte que a solução mais diligente do ponto de vista da empresa seja, em princípio, a elaboração de um programa de *compliance* abrangente quanto aos focos de risco, com reforço de filtros econométricos (*screens*), indicadores atrelados a ferramentas de *behavioral* etc.

Dito isso, e agora, efetivamente, partindo para a análise panorâmica do Guia de *Compliance*, tem-se um documento dividido em quatro partes, da seguinte maneira:

- *Primeira seção. Introdução*: esclarece as funções do CADE, detalha o foco do guia e menciona a importância de os agentes econômicos, independente do porte, cumprirem a legislação concorrencial, indicando as penalidades decorrentes do descumprimento e os benefícios da conformidade legal.

- *Segunda seção*: apresenta o conceito de programa de *compliance* (macro),⁴⁵⁷ reforça que não existe modelo único e traça um panorama acerca dos benefícios desse tipo de programa para as organizações (*e.g.*, prevenção de riscos, identificação antecipada de problemas, reconhecimento de ilicitudes de outras organizações, benefício reputacional, conscientização dos empregados, redução de custos e contingências),⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹ consignando que

⁴⁵⁷ “*Compliance* é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores”. Cf. Guia de *Compliance* do CADE, op. cit., p. 9.

⁴⁵⁸ Em linhas gerais, sob a ótica da empresa, alguns benefícios potencializados pelo programa de *compliance* robusto e efetivo são: prevenção de penalidades, de riscos e de contingências (*e.g.*, vultosas multas pecuniárias, impedimento de contratar com instituições públicas, de participar de licitações, cisão da sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividade e publicidade adversa). Ademais, previnem-se custos decorrentes de longos e desgastantes processos de defesa (*e.g.*, honorários de diferentes profissionais, viagens, reuniões etc.), evitam-se distrações dos negócios e das atividades da empresa, que, por sua vez, pode dedicar seus recursos de forma estratégica para o desenvolvimento de projetos e pesquisas, fortifica-se o senso de pertencimento e identidade dos empregados em empresas que agem sob o espírito da ética e conformidade, atraindo-se mais investidores, com valorização da empresa no mercado, e fideliza-se mais consumidores, vez que ambos valorizam cada vez mais empresas empenhadas em práticas robustas de conformidade, gera-se mais admiração de potenciais candidatos a empregos, fortalece-se a relação de confiança com contrapartes e demais agentes de mercado, incluindo a própria Administração pública, o que pode também agregar maiores oportunidades comerciais para a empresa, gera-se maior senso de vigilância acerca de condutas ilícitas no mercado, podendo contribuir para o seu desbaratamento ao colaborar com os órgãos reguladores, robustece-se a reputação e a credibilidade empresarial. Enfim, em princípio, há uma pletera de benefícios embutido ao programa de *compliance* robusto, que, a nosso juízo, justificaria a implementação voluntária desse *ativo empresarial*. Ainda que na hipótese de violação, um programa sério deve se mostrar eficaz para facilitar a identificação do ilícito e viabilizar celeremente a tomada de providências para a remediação e o tratamento do dano, aumentando as chances da empresa no sentido de firmar acordos com as autoridades competentes, o que, a depender da circunstância, poderia se refletir na potencial mitigação das penalidades corporativas, por exemplo. Para complemento, ver BRUNA, op. cit., **Programas de Compliance...**, p. 180 et seq.

⁴⁵⁹ Em termos amplos, sob a perspectiva da autoridade antitruste, também há benefícios decorrentes da implementação do programa de *compliance* robusto. Como aduz Sergio Varela Bruna, “a disseminação dos programas de *compliance* pode gerar uma atenção generalizada às normas do Direito da Concorrência, o que é

“a sociedade, a economia e a concorrência como um todo se beneficiam de programas de *compliance*”.⁴⁶⁰

- *Terceira seção*: núcleo duro do guia, explica o que é um programa de *compliance* concorrencial,⁴⁶¹ reconhece as suas limitações no sentido de que a sua adoção *não* garante que violações serão eliminadas, mas frisa que a grande vantagem no caso de infrações é que o programa, a rigor, permite a sua rápida identificação e tomada de providências pela organização (podendo derivar em oportunidade de acordos com a autoridade), aponta a preocupação com os programas “de fachada” (*sham programs*),^{462 - 463} instrumentos superficiais, criados de maneira oportunística por agentes não comprometidos com a verdadeira cultura pró-competitiva,⁴⁶⁴ e também apresenta orientações relacionadas à

capaz de aumentar a sensação de eficácia social da disciplina antitruste, provocando um efeito verdadeiramente profilático, no que diz respeito à preservação da normalidade concorrencial. Através de tais programas, o Direito Antitruste faz-se presente no dia-a-dia das empresas, aumentando o nível de alerta dos agentes privados não só para os eventuais atos anticoncorrenciais praticados no seio da própria empresa, mas também para atos da mesma índole que venham a ser praticados por terceiros, o que possibilita levá-los ao conhecimento das autoridades competentes, na defesa dos interesses daquele que os identifica. E o melhor é que tudo isso pode ser feito sem o dispêndio de recursos públicos, já que os programas de *compliance* devem ser custeados pelas próprias empresas que os implantam, as quais se dispõem a fazê-lo, no entanto, tendo em vista os benefícios que podem obter com a sua aplicação, numa equação que apresenta resultado final positivo para ambos os lados”. Cf. *Ibid.*, pp. 187-188.

⁴⁶⁰ Cf. Guia de *Compliance* do CADE, op. cit., p. 11.

⁴⁶¹ “[...] um programa de *compliance* concorrencial busca, em primeiro lugar, prevenir e reduzir o risco de ocorrência de violações específicas à LDC e, em segundo lugar, oferecer mecanismos para que a organização possa rapidamente detectar e lidar com eventuais práticas anticoncorrenciais que não tenham sido evitadas em um primeiro momento”. Cf. *Ibid.*, p. 14.

⁴⁶² Como já examinado neste trabalho, o CADE indica que tais programas são aqueles criados com o objetivo de simular o interesse no comprometimento, ressaltando que a mera adoção formal do programa não se traduz na preocupação efetiva da organização no cumprimento da legislação concorrencial, nem que o programa é efetivo. Nessa lógica, o guia ressalta que as empresas podem adotar programas superficiais e/ou sem preocupação com a manutenção do ambiente competitivo, com o intuito exclusivo de que eles sirvam como circunstância atenuante em casos de condenação, bem como alerta para o fato de que, por outro lado, empresas podem adotar programas extremamente complexos e, em teoria, bem estruturados, elaborados por especialista e que são custoso, mas que não reverberam na cultura da organização, sendo sistematicamente ignorados pelos empregados. Cf. *Ibid.*, 15.

⁴⁶³ Em linha com nota acima, é necessário proceder com cuidado para que não se estruture um programa de *compliance* extremamente conservador e formalista, desaconselhando toda e qualquer conduta de antemão, sem proceder com uma análise caso a caso dos riscos e das circunstâncias da conduta, sobretudo para práticas unilaterais e restrições verticais. O risco principal é que esse programa implique perdas individuais para as empresas ao restringir uma gama de oportunidades comerciais. Em última instância, essa “falácia da composição”, motivada pelo excesso de preocupação individual com as regras da concorrência redundando em diminuição de rivalidade no mercado ao tornar as empresas menos agressivas comercialmente (e licitamente) e contestadoras de posições dominantes, remanescendo em uma posição acomodada com o *status quo* do mercado. Nesse sentido, ver: OLIVEIRA, Gesner. **Sabedoria de futebol...**, p. 152.

⁴⁶⁴ Como afirmado, pode ser o caso daquele agente econômico pautado por um racional puramente egoístico, que, sob um cálculo de custo/benefício, emula um programa no intuito único e deliberado de se valer desse instrumento para efeitos de eventual circunstância atenuante em caso de condenação/negociação. O Guia não deixa claro se essa hipótese poderia dar azo à agravante quando da dosimetria. A princípio, em nossa leitura, considerando uma interpretação sistemática da legislação, não seria desarrazoado interpretar esse expediente

estruturação de programas de *compliance* concorrencial eficiente (nomeadamente, “programas robustos”).

Nesse dínamo, dentre os pontos comuns dos programas considerados robustos, o Guia apresenta quatro grandes pontos, a saber: (i) *comprometimento*, englobando envolvimento da alta direção; recursos adequados; e autonomia e independência; (ii) *análise de riscos*; (iii) *mitigação de riscos*, englobando treinamentos⁴⁶⁵ e comunicação interna; monitoramento do programa; documentação; e punições internas; e (iv) *revisão do programa*.⁴⁶⁶

Tal seção também aborda algumas situações específicas e relevantes sob o prisma concorrencial, indicando como os programas de *compliance* podem ser estruturados para responder a riscos particulares. Nesse curso de análise são apresentadas situações, não exaustivas, com o fito de (i) ressaltar as características que contribuem para amplificar o risco de infração; e (ii) sugerir parâmetros para estruturação do programa de *compliance* caso a empresa se depare/encontre em alguma das situações/atue em mercados sensíveis. Sob tal enfoque, o Guia trata de cartéis, cartéis em licitação, associações, sindicatos e *Standard Setting Organizations* (SSOs), e condutas unilaterais e restrições verticais.

Ainda no âmbito da terceira seção, o Guia versa sobre *os impactos do programa de compliance para efeitos das penalidades administrativas*, eis o busílis desta dissertação. Pontua-se que, apesar de se tratar de uma importante iniciativa dentro das chamadas

como má-fé da empresa se comprovado que esta mimetizou o programa para tal fim, com prejuízos ao mercado ou com o objetivo de dissimular algum ilícito e prejudicar a autoridade.

⁴⁶⁵ Florian Wagner-von Papp enxerga uma relação positiva entre treinamentos antitruste e responsabilização criminal do infrator, na medida em que, em princípio, a possibilidade de prisão faria com que os indivíduos dedicassem mais atenção aos treinamentos. Os treinamentos, portanto, se tornam mais importantes e efetivos nesse contexto. Foge ao talho desta dissertação explorar a efetividade e os prós e contras da responsabilização individual do ponto de vista criminal. Conforme Wagner-von Papp, sob um ponto de vista moral, a criminalização para os cartelistas é desejável, porém sob uma visão utilitarista e pragmática, a escolha dependerá do modelo institucional. Como já visto, o cartel no Brasil é um ilícito apenado nas esferas administrativa (pessoa física e jurídica) e penal (pessoa física). Também é possível ação de reparação de danos na esfera cível. Ver: PAPP, Florian Wagner-von. *Compliance and individual sanctions in the enforcement of competition law*. In: PAHA, Johannes. **Competition Law Compliance Programs: An Interdisciplinary Approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book), pp. 182-183.

⁴⁶⁶ Guilherme Ribas e Vinicius Ribeiro comentam que muitos dos elementos recomendados para implementação do programa de *compliance* concorrencial já eram previstos no âmbito da Resolução 14/2004 da SDE, muito embora de forma bastante seminal. IBRAC. Ver: RIBAS, Guilherme Favaro Corvo; RIBEIRO, Vinicius da Silva. *The compliance guidelines and the rise of the antitrust soft law in Brazil*. In: ANDERS, Eduardo Caminati; RIBAS, Guilherme (org.). **Brazilian Antitrust Law (Law n. 12,529/11): 5 years (preliminary version)**. IBRAC 25 anos, p. 330.

“práticas de boa governança corporativa”,⁴⁶⁷ a mera existência do programa de *compliance* não é condição suficiente para afastar a possibilidade de imposição de penalidades administrativas pelo CADE. De todo modo, o Guia reconhece que a adoção desses programas pode ter *impactos positivos* para as empresas e os empregados investigados pelo CADE, *mesmo quando as empresas não consigam evitar a ocorrência de práticas ilícitas*. Nesse aspecto, esclarece que a adoção do programa de *compliance* atua positivamente na medida em que favorece a identificação de potenciais problemas e oportuniza a célere busca por ações corretivas. Nesse sentido, o Guia lista quatro possíveis principais efeitos do programa para as empresas: (i) adesão ao programa de leniência; (ii) celebração de TCC; (iii) submissão de consultas ao Tribunal; e (iv) dosimetria das penalidades aplicadas.

Sobre a leniência, o Guia pontua que um programa bem estruturado é capaz, ainda que não evite a conduta, de identificar agilmente distorções e tomar conhecimento dos ilícitos, o que possibilita a pronta administração da situação, permitindo que o infrator procure o CADE para a celebração de acordo de leniência, de modo a evitar uma série de penalidades. O programa não assegura que a leniência será assinada, mas pode aumentar “substancialmente” as chances de a empresa poder contar com tal ferramenta.

Sobre o TCC, o Guia esclarece que a celeridade na identificação do ilícito e a tomada da decisão é fundamental para garantir os melhores benefícios financeiros no bojo desse instrumento. Novamente, a mesma ressalva é feita no sentido de que o programa de *compliance* não garante que o termo será assinado, mas pode aumentar “substancialmente” as chances de que isso ocorra. A adoção do programa, portanto, não énexo causal para a celebração do acordo de leniência nem para a assinatura do TCC, mas tende a potencializar as chances de se alcançar uma solução negociada, traduzindo-se, em tese, em importante benefício para as empresas.

À luz desses dois benefícios alavancados pelo programa de *compliance*, parece-nos clara a *vantagem competitiva* para empresas dotadas de programas robustos, dado que a identificação antecipada do ilícito viabiliza o endereçamento do problema de forma célere,

⁴⁶⁷ O Guia corrobora a nossa visão acerca da inter-relação existente entre programa de *compliance* e as boas práticas de governança corporativa (reaviva-se a análise empreendida no Capítulo 1). Nesse sentido, observa-se que o programa de *compliance* constitui um instrumento importante para difundir a cultura concorrencial perante a comunidade empresarial, bem como promover o bem-estar do consumidor. Ver: Guia de Compliance do CADE, op. cit., p. 39.

medida fundamental para assegurar a negociação do acordo de leniência ou do TCC. Vale lembrar que o acordo de leniência só está disponível para o primeiro a denunciar o ilícito (*on a first come, first served basis*),⁴⁶⁸ reforçando a importância de mecanismos de controle bem estruturados a fim de que a empresa, no caso da violação, seja efetiva na qualificação para a leniência e se beneficie com a imunidade nas esferas administrativa e criminal (para as pessoas físicas) ou com a redução de um a dois terços as penalidades administrativas aplicáveis. O programa de *compliance* também contribui para que aquelas empresas que não se qualificaram para a leniência consigam uma posição favorável para a assinatura do TCC.⁴⁶⁹ Ademais, é válido destacar a possibilidade de leniência *plus* para a empresa que não

⁴⁶⁸ O acordo de leniência se destina exclusivamente para condutas colusivas, com maior uso para casos de cartel. Tem-se aqui, em síntese, a lógica da teoria econômica dos jogos, cuja intenção é criar uma espécie de corrida entre os participantes do ilícito, desestabilizando a rede de confiança e forçando incentivos à denúncia. Apenas o primeiro indivíduo e/ou empresa que procurar a autoridade é que recebe o benefício da imunidade (total ou parcial). Por detrás desse racional existe o chamado “dilema do prisioneiro”, isto é, tem-se o pressuposto de que os participantes do jogo (conduta colusiva) desejam maximizar seus ganhos (utilidades) individuais não importando como isso pode afetar os demais participantes do jogo. A autoridade toma esse pressuposto - de que a confiança no outro jogador não é suficiente para que a empresa não o delate - e instrumentaliza a sua política: oferece o incentivo da imunidade para desestabilizar a conduta colusiva. No Brasil, há quatro requisitos cumulativos para a celebração do acordo de leniência, a saber: (i) a empresa deve ser a primeira a se qualificar com relação ao ilícito noticiado ou sob investigação; (ii) a empresa deverá cessar completamente o seu envolvimento no referido ilícito a partir da data de propositura do acordo; (iii) a SG não deve dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e (iv) a empresa deve confessar a sua participação no ilícito e cooperar de modo pleno e permanente com as investigações e o processo administrativo, até o seu encerramento. Da colaboração da empresa (ou da pessoa física) deve resultar: (a) a identificação dos demais envolvidos na infração e (b) a obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito. Nesse contexto, *ceteris paribus*, entendemos que um programa de *compliance* robusto e efetivo auxilia sobremaneira o sucesso da celebração do acordo de leniência. Isso porque, se eventualmente a infração se concretizar, um programa de *compliance* robusto deve ser capaz de identificar rapidamente o problema, investigá-lo internamente, reunindo um conjunto probatório para colaborar efetivamente com a autoridade na elucidação dos fatos (é possível que a empresa opte por não denunciar a conduta, a depender do caso concreto, o que, em tese, pode ser pior caso a conduta venha a ser descoberta posteriormente - a empresa poderia tanto ser condenada, quanto firmar um acordo em condições menos vantajosas se comparado com os benefícios da leniência, para além de ter questionada a efetividade do seu programa de *compliance*, sem fazer jus a eventuais benefícios eventualmente atribuídos a esse instrumento). A bem da verdade, as próprias exigências para a celebração da leniência explicitam a imperatividade de um sistema de gerenciamento de riscos robusto, tanto para prevenir qualquer incidente, quanto para, em ocorrendo o desvio, identificá-lo celeremente e tomar providências de remediação. Nessa linha, empresas com programas de *compliance* despontam na “corrida da leniência”, gozando de vantagem competitiva comparativamente a seus concorrentes também implicados na conduta e que não contam com programas de *compliance*. Por essa lógica, depreende-se uma relação de complementaridade entre programa de *compliance* e leniência. Nesse sentido, Daniel Sokol é um forte defensor de incentivos a serem conferidos ao programa de *compliance*, especialmente porque quanto melhor o programa, maior o estímulo para que a empresa desvie do cartel por meio da leniência, sob o pressuposto de que um programa de *compliance* robusto aumenta a probabilidade de detecção do ilícito. Nesse sentido, ver SOKOL, op. cit., **Policing the firm**, p. 821. Para detalhes sobre o programa de leniência, ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. atual. ago. 2018.

⁴⁶⁹ Na negociação do TCC, aqueles que não se qualificaram para a leniência são colocados em uma espécie de “fila de espera”, que funciona com base em um sistema de senhas (*marker*). Também há requisitos cumulativos para a celebração do TCC, que para os casos de cartel são: (i) reconhecimento de participação na conduta; (ii) colaboração com as investigações; (iii) obrigação de não praticar a conduta investigada; e (iv) pagamento de contribuição pecuniária, a qual varia, a depender da ordem de chegada e da colaboração prestada pelo

se habilitou para o acordo de leniência, mas que relatou uma outra infração desconhecida pelo CADE. Nessa hipótese, há efeitos de duas ordens: (i) em relação ao *marker* da leniência original que já havia sido concedido quando a empresa e/ou pessoa física foi denunciar o ilícito; e (ii) em relação à nova infração noticiada. Para o primeiro caso é possível obter redução de até um terço da pena, enquanto que para o segundo caso haverá imunidade para o signatário.⁴⁷⁰

O Guia também aborda o instituto da consulta, anotando que a conscientização gerada pelo programa tende a facilitar iniciativas desse teor, dotando as empresas consulentes de maior segurança jurídica no manejo de suas atividades. Mencionamos o instituto da consulta acima, ao referir para o Resolução 12/2015 do CADE.

Finalmente, no que diz respeito à dosimetria da pena, pedra angular do nosso exame, urge esmiuçar o quanto detalhado pelo Guia e ventilar algumas ponderações iniciais.

Com efeito, o Guia reconhece que o programa de *compliance*, em algumas situações, pode impactar de modo favorável a determinação de penalidades, *afastando, por exemplo, certas proibições ou até mesmo reduzindo o valor da multa aplicável*. Ressalta-se, contudo, que especialmente em razão do regime de responsabilização no Brasil assentado na

proponente. Para o cálculo da contribuição pecuniária, considera-se uma faixa escalonada de desconto sobre a multa esperada, a saber: (a) redução percentual de 30% a 50% da multa esperada para o primeiro proponente; (b) redução percentual de 25% a 40% da multa esperada para o segundo proponente; (c) redução percentual de até 25% da multa esperada para o terceiro proponente (regras válidas para negociação de TCCs junto à SG). A proposta de TCC só pode ser apresentada uma vez. Diferentemente da leniência, não há imunidade no caso de TCC, bem como seus efeitos são restritos à esfera administrativa, donde o signatário não está automaticamente isento da acusação na esfera criminal. Para detalhes, ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel**. atual. set. 2017.

⁴⁷⁰ Da oportunidade da leniência *plus* decorre igualmente um valioso benefício para o signatário, repisando a importância do programa de *compliance* para, em teoria, aumentar as probabilidades de que isso ocorra. Uma questão intrincada, e que não será abordada nesta dissertação em razão de seus limites, diz respeito ao eventual uso estratégico (tal como um jogo de repetição) da leniência para benefício da empresa. Sob um prisma mais amplo tratando das estratégias no âmbito do jogo interativo do Dilema do Prisioneiro, ver: AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**. Nova Iorque: Basic Books, 1984. Em princípio, assumindo a internalização da cultura do *compliance*, parece-nos que esse eventual uso estratégico restaria diminuído, na medida em que o programa de *compliance* contribui para incutir normas morais no seio da organização, impactando a educação e a ética corporativa, diferentemente da leniência, que, em princípio, não se presta a afetar a dimensão moral do empregado (ainda que, mediatamente, possa ter algum impacto). Diante disso, exsurge a possibilidade de trazer maior luz para o programa de *compliance* no bojo da assinatura do acordo de leniência, isto é, que a empresa implemente ou aperfeiçoe seus mecanismos de *compliance* como possível requisito para a celebração da leniência, sobretudo pela consequência positiva no campo da ética empresarial derivada dessa medida. Trataremos brevemente dessa hipótese no Capítulo 4.

responsabilidade objetiva (*vicarious liability*),^{471 - 472} o programa de *compliance* não é suficiente para afastar a imposição de penalidades, fato que, segundo alguns autores, pode configurar um contraincentivo para se investir nesses programas, complexos, custosos e trabalhosos.

Ainda que não elida a responsabilização administrativa da empresa, um programa de *compliance* concorrencial robusto, nos moldes gerais apontados no Guia, pode ser considerado para fins dos critérios de dosimetria,⁴⁷³ interpretado como evidência *da boa-fé da infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da conduta no mercado*. Como consequência, o Tribunal do CADE pode, em bases discricionárias, conforme conveniência e oportunidade, considerar o programa de *compliance* como (i) *evidência de boa-fé do*

⁴⁷¹ A esse respeito, Ana Frazão tece críticas ao anotar que, sob os pressupostos da imputação automática (*vicarious liability*), os programas de *compliance* tem sua importância sobremaneira diminuída do ponto de vista dos incentivos, vez que jamais afastam a imputação e somente podem ser considerados, no melhor cenário, como atenuantes ou fatores de diminuição da pena. Por conta disso, Frazão entende que esse regime de responsabilização não propicia os incentivos adequados para a adoção de programas de *compliance*, e mais, que não se oferece um critério idôneo para resolver complexas questões de culpabilidade da pessoa jurídica. Sob essa ótica, em contraposição à teoria dos órgãos (*vicarious liability*), a proposta de Frazão é de abordar o tema com base na teoria do defeito da organização, que, em princípio, oferece incentivos mais apropriados para estruturação do programa de *compliance*, para além de procurar estruturar a responsabilidade penal e administrativa da pessoa jurídica a partir de um critério de culpabilidade próprio. Para registro: diferentemente da lógica da *vicarious liability* (heterorresponsabilização), sob a lente da teoria do defeito de organização (autorresponsabilização) seria possível afastar a responsabilidade penal ou administrativa de pessoa jurídica se fosse possível aduzir que a empresa envidou esforços de boa-fé e fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar o ilícito (*e.g.*, estruturação de programa de *compliance* robusto) e, nada obstante, o ilícito ocorreu. Logo, por essa teoria, o injusto da pessoa jurídica decorre de defeito da organização, associando a culpabilidade com a cultura empresarial desviante dos padrões de legalidade. No caso de a empresa ter envidado os melhores esforços por meio da estruturação de um robusto programa de *compliance* e, a despeito disso ter-se verificado a infração, não haveria reprovabilidade ou culpabilidade por parte da empresa que justificasse a imposição da sanção, mas não se eliminaria a responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica nem a responsabilidade penal ou administrativa de pessoas naturais que agiram em nome da pessoa jurídica para o cometimento do ilícito. Para acoplar esse racional à política antitruste brasileira, seria necessário reformular a base da dogmática penal, notadamente no que se refere à responsabilização da pessoa jurídica. Nesse eixo, as críticas de Frazão evocam duas ordens de repercussões do programa de *compliance* na responsabilização da pessoa jurídica: tanto do ponto de vista de incentivos para implementação desses instrumentos, quanto dos fundamentos para punição das pessoas jurídicas. Ver: FRAZÃO, op. cit., **Direito da concorrência...**, pp. 286-288. Esse raciocínio será retomado no Capítulo 4. Para complemento no que se refere à heterorregulação e à autorregulação, ver o quanto desenvolvido no Capítulo 1.

⁴⁷² Dialogando com a nota acima, ainda em Frazão, a opinião é de que a responsabilidade objetiva no Direito Administrativo Sancionador é manifestamente inadequada, uma vez que representa afronta aos princípios constitucionais da culpabilidade e da individualização da pena. Para além disso, sustenta-se que a responsabilidade objetiva constitui uma técnica de socialização de danos, com aplicação no âmbito do Direito Civil, mas que não se coaduna com a lógica punitiva do Direito Administrativo Sancionador. Ver: *Ibid.*

⁴⁷³ Cf. art. 45 da Lei 12.529/2011, constituem critérios de aplicação das penas: “I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência”. (grifos nossos).

agente infrator,⁴⁷⁴ atribuindo ao programa uma atenuante quando do cálculo da multa, ou (ii) critério a ser considerado quando do cálculo da contribuição pecuniária em sede de eventual TCC.⁴⁷⁵ Portanto, nessa leitura, há duas circunstâncias em que o CADE pode, em tese, considerar o programa de *compliance* para efeitos da dosimetria.

Em especial no que se refere à repercussão do programa de *compliance* no contexto da negociação de TCC, o Guia pontua que o percentual de desconto (com relação à alíquota) *pode atingir o máximo permitido*. Nesse tocante, é válido fazer referência ao Guia de TCC para casos de cartel (Guia de TCC). No ponto que interessa ao exame em comento, de se ter em mente que, para efeitos da definição da contribuição pecuniária em negociação de TCC, o CADE vem aplicando, usualmente, uma alíquota de 15% sobre a base de cálculo no caso de cartéis *hard core*.⁴⁷⁶ Tal alíquota pode ser reduzida até o *patamar mínimo* considerado adequado pelo CADE para dissuasão desse tipo de conduta (em regra 12%),⁴⁷⁷ ou elevá-la até o máximo previsto em lei (20%), a depender das atenuantes ou agravantes no caso concreto à luz dos critérios de dosimetria (art. 45), além de outros fatores atinentes aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia. Nesse prisma, cotejando a dicção do Guia de TCC, depreende-se que a “existência de programa de *compliance* que tenha relação direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada”⁴⁷⁸ poderá ser considerada evidência da boa-fé do agente infrator, em coerência aos critérios de dosimetria dispostos no art. 45. Vale sublinhar que no Guia de *Compliance*

⁴⁷⁴ No tocante à boa-fé, cumpre um breve apontamento. Considerado um critério subjetivo, ou seja, relativo à figura do infrator, pela própria natureza subjetiva é possível que esse critério dê margem à enorme discricionariedade ao administrador, o que é magnificado pela polissemia embutida ao termo. Nesse tocante, Thiago Marrara pontua que a boa-fé é um elemento de certo modo estranho em um modelo sancionador que se baseia na responsabilidade objetiva do condenado, isto é, que não apura sua intenção real. Assim, no âmbito da defesa da concorrência, a boa-fé (ou má-fé) haveria de ser extraída com base em dados concretos e objetivos, e não na intenção do infrator. Em paralelo a isso, como sabido, é fundamental que a autoridade motive a sua decisão, vez que a falta de capacidade do CADE em justificar suas decisões pode levar a reversão das mesmas no âmbito do Judiciário. Por conseguinte, para o cotejo da boa-fé relacionada ao programa de *compliance*, será necessário averiguar o interesse genuíno do infrator em modificar seu comportamento, e, mais que isso, que concretamente implemente um programa de *compliance* robusto e com efeitos demonstráveis (ou que, já existindo o programa, que seus efeitos foram decisivos para eventual acordo, por exemplo). Para detalhamento sobre a boa-fé, ver MARRARA, op. cit., p. 264; GILBERTO, André Marques. **O Processo Antitruste Sancionador: teoria e prática da investigação das infrações à concorrência**. 2ª ed. atual. São Paulo: Editora Singular, 2016, p. 266.

⁴⁷⁵ A SG é quem primeiramente estipula os critérios no âmbito da dosimetria para fins da negociação do TCC. Uma vez finalizada a negociação, passa-se para a homologação dos termos do acordo pelo Tribunal do CADE, que, por seu turno, pode rever eventual desconto estipulado pela SG no caso do programa de *compliance*, por exemplo.

⁴⁷⁶ Por sua vez, para cartéis *soft core*, em geral, o CADE aplica alíquota de 5% a 12%.

⁴⁷⁷ Ou seja, pela leitura literal do Guia, e apenas considerando-o isoladamente, o desconto máximo poderia fazer a alíquota chegar no patamar mínimo.

⁴⁷⁸ Grifos nossos.

resta expressa a possibilidade de considerar o compromisso de adoção do programa (e não apenas o programa preexistente) para fins de dosimetria, dispondo que “a existência do *compliance* ou o compromisso com sua adoção/atualização pode ter influência na alíquota aplicada”.⁴⁷⁹

Assim, quanto ao momento de implementação do programa de *compliance*, o CADE pode considerar dois grandes marcos: (i) *ex-ante factum*: são os programas existentes previamente à ocorrência do ilícito, ou (ii) *ex-post factum*: são os programas implementados após o ilícito (e aqui a adoção poderia se dar antes da instauração da investigação, no curso da investigação, ou ainda a ser adotado/atualizado⁴⁸⁰ como parte de um compromisso futuro). Como consequência, tanto uma abordagem *a priori* quanto uma abordagem *a posteriori* em termos de adoção do programa de *compliance vis-à-vis* a ocorrência da infração pode ser considerada pelo CADE. Uma questão derivada desse fato é saber se haveria alguma diferença em relação ao momento de estruturação do programa para fins do *quantum* da dosimetria. Da leitura dos Guias, não há qualquer indicativo a respeito.

Um questionamento adicional que se lança é se a existência/adoção do programa de *compliance* poderia ser considerado fator suficiente para, sozinho, assegurar à empresa a redução da alíquota ao mínimo considerado razoável na negociação de TCC, conforme delineado acima. Entendemos que essa hipótese depende diretamente do caso concreto. Ainda que remoto, se se tratar de um caso extraordinário e que resida apenas a boa-fé do agente, claramente evidenciada pela adoção do programa de *compliance*, poderia ser o caso de, a valer os impactos positivos e demonstráveis do programa na propositura do TCC e a colaboração efetiva com a autoridade, reduzir a alíquota ao mínimo julgado adequado pelo CADE. Não se verificou na jurisprudência, por ora, qualquer discussão expressa nesse sentido, conforme será analisado oportunamente.

Quanto à repercussão do programa de *compliance* no âmbito de decisão condenatória exarada pelo Tribunal, a evidência de boa-fé a justificar o potencial desconto decorreria, conforme nossa leitura, do agente que adotou o programa de *compliance antes* da infração (ou extraordinariamente até o momento que precede à decisão). Em outros termos, em face

⁴⁷⁹ Grifos nossos.

⁴⁸⁰ O compromisso de atualizar o programa de *compliance* implica, por derivação lógica, que o programa já existe, mas que não foi suficiente/adequado para prevenir a conduta, necessitando de refinamento.

da decisão condenatória não se falaria em compromisso futuro de estruturar o programa. Com efeito, se fosse assim ter-se-ia uma obrigação (coercitividade via “sanção não-pecuniária”) de adotar um programa de *compliance* por força de medida unilateral *imposta* pelo regulador, o que nos parece questionável. Face à Lei 12.529/2011, identificamos óbices para justificar a imposição do *compliance* à luz dos princípios da legalidade estrita e da proporcionalidade, por exemplo. Ainda que, em tese, a dicção da Lei 12.529/2011 possa sugerir certa abertura a esse tipo de “sanção”, entendimento que, sob o enfoque da estrita legalidade parece *não* ser o caso, quando se examina em profundidade o art. 38, inciso VII,⁴⁸¹ soa-nos intrincado que um programa de *compliance* venha a *eliminar efeitos nocivos à ordem econômica* - leia-se, efeitos pretéritos e que considera a gravidade do fato ou o interesse público geral.⁴⁸² O melhor resultado do programa de *compliance* nesse contexto seria prevenir efeitos deletérios futuros (*i.e.*, violações), sem garantia, entretanto, de que isso de fato viria a ocorrer, por mais robusto que viesse a ser o programa de *compliance*. Ora, como sabido, o *compliance* traduz uma *obrigação de meio* e não de resultado.

⁴⁸¹ O art. 38, *caput*, da Lei 12.529/2011 dispõe que, em complementação às penas de multa pecuniária, quando a gravidade dos fatos ou o interesse público geral exigir, o CADE poderá impor outras penas, dentre elas penas não-pecuniárias (“sanções ou obrigações acessórias”), exemplificando algumas e deixando em aberto um dispositivo específico, de grande amplitude semântica, nos seguintes termos: “VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. Com base no Direito Administrativo Sancionador ancorado no princípio da legalidade estrita e da tipicidade, entretanto, poder-se-ia questionar se, de fato, uma sanção não-pecuniária consistente na implementação de programa de *compliance* se subsumiria a esse dispositivo. Como dito, trata-se de um dispositivo aberto e que confere enorme discricionariedade para o administrador. Nessa linha, Thiago Marrara comenta ser difícil aceitar a constitucionalidade “de um dispositivo tão absurdamente amplo e que, na prática, concede ao CADE o poder de inventar a cada dia novas formas sancionatórias ao arrepio da previsibilidade que o legislador deveria garantir aos agentes de mercado diante do ordenamento jurídico”, aproveitando para referenciar a Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a norma que prevê a sanção administrativa há de ser evidente aos administrados, sob pena de o texto legal, na prática, substituir o “*rule of law*” pelo “*rule of men*”, afrontando o Estado de Direito. Sem prejuízo, admitindo por hipótese o uso desse disposto enquanto não invalidado, Marrara alerta que o seu uso querer inúmeros limites, mormente quanto à finalidade, isto é, a medida a ser imposta deve ser imprescindível à eliminação de efeitos nocivos da conduta sobre a ordem econômica, explicitando objetivo preventivo. Também, deve essa “medida acessória atípica” guardar relação de causalidade com o combate efetivo dos efeitos nocivos, cuja imposição só será necessária se as demais sanções (suspensão da conduta, sanções pecuniárias e sanções acessórias típicas) não forem capazes de conter os efeitos diretamente causados ao mercado. Sendo assim, Marrara conclui que, se agir de outro modo, isto é, “criando sanções novas em detrimento da aplicação das sanções típicas, a autoridade concorrencial cometerá desvio de finalidade, aniquilando a legalidade da medida imposta com base no art. 38, VII”. Ver: MARRARA, op. cit., pp. 260-261.

⁴⁸² Ana Paula Martinez, ao discorrer sobre o art. 38, inciso VII, coaduna-se com a leitura restritiva e parcimoniosa desse dispositivo, consoante nosso entendimento. Segundo Martinez, referido artigo “[...] não dá poderes à autoridade para criar outras formas de sanções. Não é razoável supor que o legislador tenha dado poderes irrestritos para que o órgão estabelecesse que outras sanções se fazem necessárias para cada caso específico de infração à ordem econômica. Prova disso é que a lei faz referência a ‘ato ou providência’, dando um sentido executivo – comunicação da decisão a outros órgãos, por exemplo – e não sancionatório ao dispositivo”. Ver: MARTINEZ, op. cit., p. 162.

Deveras, a discussão sobre o cabimento legal da imposição de programa de *compliance* no âmbito de decisão condenatória (e não como uma medida de negociação bilateral, conforme se dá no âmbito de TCC) reflete um debate controverso, inclusive na jurisprudência do CADE. Nas entrelinhas, é sempre necessário ter em mente que a sanção⁴⁸³ necessita guardar correspondência e proporcionalidade com a infração.

Outras problematizações gerais que lançamos a título de reflexão acerca do programa de *compliance*: haveria boa-fé do agente econômico que, mesmo dotado de programa de *compliance*, não buscou a leniência ou o TCC, optando voluntariamente por se defender, e, não obstante, alegou que o programa de *compliance* deveria ser considerado fator atenuante na dosimetria no caso de eventual condenação? Examinando por outro ângulo, o *compliance* constitui *dever jurídico* materializado na busca pela solução do acordo quando identificada a violação? A empresa estaria obrigada a sempre denunciar e rumar para a negociação uma vez ciente do ilícito,⁴⁸⁴ do contrário decorreria uma conduta omissiva e apenada? Nesse caso, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal poderiam ser obliteradas por força do *compliance*?

Em poucas palavras: O *compliance* obriga? Quais os seus limites? E mais: a autoridade poderia deduzir a ausência de boa-fé da empresa simplesmente porque ela dispunha de um programa de *compliance* que detectou o ilícito, mas em sua estratégia interna decidiu não procurar a via do acordo? Nesse caso, pelo simples fato de não reportar, o programa é considerado não robusto? E se a empresa, mesmo com o programa de *compliance* estruturado, não tivesse ciência do ilícito, mas ao se sensibilizar sobre a ocorrência do desvio, já no âmbito de processo administrativo instaurado, refinou voluntariamente seu *compliance*, momento em que já não era mais possível, por conveniência e discricionariedade da

⁴⁸³ Como ressabido, a sanção é uma medida de reprovabilidade da conduta, de tal maneira que a multa deve ser suficiente para assegurar sua função punitiva e dissuasória e, ao mesmo tempo, proporcional à culpabilidade do agente econômico. Essa premissa é de suma valia no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, compatível com a lógica do Direito de Defesa da Concorrência. Sendo assim, diz-se que não se pode, a pretexto de reforçar o efeito dissuasório, impor sanções incompatíveis com a reprovabilidade do ato praticado pelo agente. Na mesma senda, a proporcionalidade exige a observância do princípio da isonomia, ou seja, a ideia é evitar que condutas dotadas de mesmo grau de culpabilidade sejam apenadas de maneira distinta. Sempre importante rememorar que o Direito da Concorrência, à vista do seu caráter sancionador, compartilha com o Direito Penal iguais princípios gerais de aplicação das normas, mas, claro, com as devidas matizações. Nesse sentido, ver: FRAZÃO, op. cit., **Direito da concorrência...**, p. 303.

⁴⁸⁴ Sem adentrar aqui no mérito do momento da ciência do ilícito em face do programa de *compliance* e seus mecanismos preditivos de monitoramento.

autoridade, celebrar acordos? O programa perderia seu valor concreto aos olhos do CADE, ou seria o caso, nessa hipótese, de ser atenuado no âmbito de eventual condenação?

Enfim, são apenas algumas inquietações pontuais - e que se assomam - tendo em conta um tema novo e pouco enfrentado no ordenamento concorrencial brasileiro até o momento. A análise das variáveis do caso concreto é indispensável para buscar possíveis direcionamentos e soluções a esse conjunto de indagações reflexivas. De toda maneira, para responder à maior parte desses questionamentos, é imperativo ter fixada a premissa de que, conforme ressaltado anteriormente, o programa de *compliance* concorrencial, à luz do ordenamento brasileiro, constitui-se instrumento de *adoção voluntária*. Ter essa questão em mente ajuda a formular respostas para grande parte dos questionamentos suscitados. Outro aspecto a se ter em perspectiva nas reflexões em geral diz respeito à natureza exemplificativa do Guia, o que se traduz em abertura para ponderar sobre uma série de variáveis e hipóteses, o que, se por um lado é positivo, por outro pode potencializar uma sensação de insegurança caso não haja um mínimo de orientação por parte do regulador.

Por derradeiro, um ponto adicional a ser rapidamente pincelado: da leitura do Guia de *Compliance* infere-se que o programa, à luz da casuística, pode *afastar certas proibições* (redação genérica),⁴⁸⁵ fato que, somado à eventual redução da multa,⁴⁸⁶ tende a se mostrar um atrativo adicional para a empresa estruturar e zelar seriamente pelo programa. Ainda, outro benefício - consectário lógico - do programa de *compliance* consiste na diminuição do risco de reincidência.⁴⁸⁷ Ademais, e bastante coerente com a arquitetura dos incentivos, o ônus de demonstrar que possui um programa de *compliance* robusto⁴⁸⁸ recai exclusivamente sobre o investigado, seja em função dos recursos limitados da autoridade para proceder com tal exame, seja porque é o investigado quem goza de informações privilegiadas sobre suas atividades, sendo ele o principal interessado nos possíveis descontos.

⁴⁸⁵ O que, sob uma interpretação sistemática, pode encontrar correspondência com o art. 38 e alguns de seus incisos.

⁴⁸⁶ E aqui outra questão, por exemplo, é se o *compliance* poderia dar azo à “atenuante dúplice” que afastasse proibição ou proibições, cumulativamente com a atenuante pecuniária.

⁴⁸⁷ Uma questão que exsurge seria, por exemplo, no sentido de eventualmente desconsiderar, para fins de dosimetria, o argumento de atenuante (boa-fé) por parte da empresa que, não obstante tenha implementado o programa, foi reincidente na infração. Ou, no limite, até majorar a multa em virtude dessa circunstância.

⁴⁸⁸ Generalidade do termo, o que pode levar (e leva) as empresas a demandarem balizas mais concretas à luz da segurança jurídica. Como se verifica, há muitas questões em aberto envolvendo o assunto.

- *Quarta e última seção*: concisa, ventila considerações sobre a importância de acompanhar as decisões das autoridades e a evolução dos debates no âmbito nacional e internacional.

Em síntese, diante de todo o exposto, infere-se um leque de benefícios potencializado por um programa de *compliance* robusto e efetivo.⁴⁸⁹ Para além de inúmeros custos e externalidades negativas que podem ser evitados e/ou minorados mediante a efetiva prevenção, ou por meio da ágil detecção, resposta e remediação do ilícito,⁴⁹⁰ a nosso ver, o benefício maior da adoção desses programas, sob o necessário prisma coletivo, consiste na internalização de uma genuína cultura da concorrência assentada em valores éticos e no paradigma da integridade, contribuindo para a concretização dos objetivos da Lei 12.529/2011 e, indissociavelmente, para a efetivação de princípios e comandos constitucionais. Como consequência, assegura-se mercados mais competitivos e livres de distorções, onde a concorrência se pauta por um “jogo limpo e leal” e é motivada pelo mérito, contribuindo para a magnificação da competitividade e do bem-estar social.

Com base nessa premissa, o programa de *compliance* concorrencial (e seus efeitos) não se encerra em si mesmo, ou, dito de outro modo, seu valor não deriva da possibilidade de que haja eventual redução da penalidade no contexto da condenação e/ou negociação de acordos. Em nosso juízo, o programa não se reduz (ou não deveria se limitar) a uma fórmula matemática, como se estivesse atrelado unicamente à variável do potencial desconto. A par de nossa leitura, que parte de um espectro mais amplificado, tal possibilidade seria

⁴⁸⁹ Fundamentalmente, anota Pedro Mariani, “a condição essencial para o sucesso de um programa de *compliance* é a incorporação do compromisso com a ética e a legalidade das práticas comerciais nos princípios norteadores da conduta da empresa. É a partir dessa institucionalização que se cria uma cultura de *compliance*”. Ver: MARIANI, op. cit., p. 232.

⁴⁹⁰ O que, conseqüentemente, proporciona um leque de benefícios para a empresa, posicionando-a em vantagem competitiva no mercado. Como já mencionado, por exemplo, benefícios de ordem financeira e reputacional, com maior valorização em mercado e admiração de seus empregados e *stakeholders*, bem como ampliação de oportunidades para negócios e estreitamento de relações comerciais, economia de recursos resultantes da prevenção de ilícitos, podendo alocá-los estrategicamente para o aperfeiçoamento de serviços e produtos, desenvolvimento de novos projetos, investimento em pesquisas, tecnologia e inovação etc., para além de contribuir para a economia do país e o bem-estar do consumidor. Adicionalmente, sublinhe-se que a “excelência” no *compliance* também implica efeitos positivos sobre a eficiência e a eficácia dos processos internos da organização. Como reportado por Riley e Bloom, gestores bem treinados são não apenas mais propensos a tomarem decisões corretas, mas também se espera que eles tomem tais decisões mais rapidamente, liberando recursos para outras atividades. Ver: RILEY; BLOOM, op. cit., p. 329. No mesmo sentido é a constatação de Frübing e Hüschelrath, ver: FRÜBING, Stefan; HÜSCHEL RATH, Kai. *Competition Law Compliance Programmes: A Law and Economics Perspective*. In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programs: An Interdisciplinary Approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book), pp. 16-17.

residual⁴⁹¹ e não constituiria o foco do programa, muito embora possa ser positiva se lida em um contexto mais holístico, mormente para incentivar boas práticas na indústria, encorajando as empresas a investirem seriamente seus recursos na implementação e administração do programa ou mesmo em seu aperfeiçoamento, eis que representa um sinalizador de que a Administração pública valoriza e busca incitar o comportamento pró-competitivo *vis-à-vis* o valor maior e coletivo que ele representa para o ambiente de livre-concorrência.⁴⁹²

Como ficou claro, em nosso modo de ver, o valor intrínseco do programa de *compliance* decorre da possibilidade aumentada de inculcar na organização a cultura da concorrência e assegurar o cumprimento das leis em primeiro lugar, minorando as chances de práticas anticompetitivas.⁴⁹³ Se é assim, o programa contribui para a consolidação de um mercado mais competitivo e saudável, com benefícios espalhados para a sociedade.⁴⁹⁴ Contribui para promover um genuíno comportamento pró-concorrencial pelas e entre as empresas, de modo a assegurar um *saudável padrão de concorrência* no mercado, colaborando com a Administração pública para a consecução dos comandos previstos na Lei 12.529/2011. Tudo isso, em nossa opinião, desemboca em um *enforcement* anticartel mais crível e efetivo.

⁴⁹¹ Se o foco principal do programa de *compliance* residir na possibilidade de obtenção do desconto *per se*, consideramos que a essência do programa restará maculada, prejudicando o conjunto de incentivos internos da empresa para o genuíno engajamento à cultura da conformidade concorrencial. Em uma palavra, o propósito do programa é desvirtuado, potencializando uma rede de incentivos perversos para a (des)conformidade legal. Em sintonia com esse entendimento, Eva Lachnit aduz que “[w]hen the possibility of obtaining a fine discount in the future gives company directors the last push in the right direction, giving such an incentive could be useful and could reinforce a company’s commitment. However, if possible fine discounts are the only drivers behind the adoption of a compliance programme, serious doubts could be raised concerning the genuineness of the commitment of the company in question” (grifos nossos). Ver: Lachnit, op. cit., **Alternative enforcement...**, p. 318.

⁴⁹² O desconto pode transmitir uma sinalização positiva para a alta administração da empresa quando da alocação de recursos internos. Dito de outra forma, se o antitruste é encarado pela organização como uma área meramente repressiva-punitiva (*stick*), sem encorajar e recompensar atividades de *compliance* (*carrot*), é possível que o investimento nessa área reste comprometido, sobretudo considerando a “concorrência” interna pelos recursos empresariais, em particular por áreas que incentivam e recompensam comportamentos em prol da conformidade. Nesse particular, a comparação doutrinária usualmente observa as diferentes abordagens entre as autoridades anticorrupção e antitruste, vez que aquela, em geral, especialmente nos EUA e na Europa (*e.g.*, Reino Unido), recompensam com vigor iniciativas genuínas de *compliance*, diferentemente do que, em regra, ocorre na seara antitruste. Logo, a introdução da recompensa para o programa de *compliance* concorrencial, em tese, levaria a um maior nivelamento no que se refere à distribuição dos recursos internos da organização, com estímulos para investir na área antitruste. Nesse sentido, ver: RILEY; SOKOL, op. cit., p. 9. Tal discussão será retomada no Capítulo 4.

⁴⁹³ Nessa linha, ver THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 200.

⁴⁹⁴ Em consonância com Gesner Oliveira, ao pugnar que “o programa de *compliance* precisa demonstrar o seu valor independentemente de incentivos mediante redução de pena”. Ver: OLIVEIRA, op. cit., **Sabedoria de futebol...**, p. 154.

2.3 Programa de *Compliance* Concorrencial e a Revisão da Jurisprudência Brasileira

Com base no apanhado acima, e tendo destrinchado a disciplina do programa de *compliance* no âmbito dos materiais institucionais do CADE que trataram do assunto, passa-se agora para o cotejamento da jurisprudência da autoridade concorrencial sobre a temática. O objetivo desta análise é examinar aspectos centrais a fim de subsidiar as respostas aos problemas desta dissertação. A questão principal no bojo desta pesquisa é assim enunciada:

*É possível observar um padrão jurisprudencial sobre programa de compliance concorrencial no ordenamento antitruste brasileiro?*⁴⁹⁵

Para perquirir essa questão, subdividimos os questionamentos da seguinte forma:

(i) *se* o CADE⁴⁹⁶ abordou o programa de *compliance* no âmbito de seus julgados, considerando tanto *decisões condenatórias*, quanto *homologações de TCCs*;⁴⁹⁷ caso a resposta seja afirmativa, (ii) *como* o CADE abordou o programa de *compliance* em termos de: (ii.1) dosimetria (atenuante de multa e/ou redutor de contribuição pecuniária);⁴⁹⁸ (ii.2) momento de estruturação *vis-à-vis* a infração (*i.e.*, *ex-ante factum* e/ou *ex-post factum*).

Nossa intenção é averiguar *se/como* a temática foi e/ou vem sendo tratada na práxis dos julgados da autoridade antitruste, ou melhor, no âmbito jurisprudencial, com o fito de complementar a análise empreendida nos tópicos anteriores, agregando importante coloração para delinear o desenvolvimento prático da matéria. Isso nos permitirá lançar algumas proposições com o fito de colaborar com a reflexão acadêmica e com discussões práticas voltadas ao refinamento da política de *compliance* concorrencial, particularmente sob a ótica do programa de *compliance* e o *enforcement* anticartel. Até o momento, desconhecemos pesquisa acadêmica de natureza semelhante que tenha trazido resultados consolidados e sistematizados considerando o escopo da abordagem aqui proposta. Ao que nos consta, o CADE também não o fez.

⁴⁹⁵ Tal questão (guarda-chuva) é subjacente a alguns dos problemas enunciados no Introito.

⁴⁹⁶ Leia-se, órgãos do SBDC.

⁴⁹⁷ Não foi feito exame no âmbito de leniências, seja porque a adoção de programa de *compliance* não é critério obrigatório para a assinatura do acordo de leniência no CADE, seja também pela natureza, via de regra, confidencial dos termos do acordo de leniência.

⁴⁹⁸ No âmbito de nossa pesquisa, indiretamente, também buscamos observar se houve afastamento de proibição em decorrência do programa de *compliance*, tal como hipótese mencionada no Guia do CADE.

Para permitir um substrato crível e representativo em termos de amplitude jurisprudencial, a presente investigação considerou precedentes sob a égide das Leis 8.884/1994 e 12.529/2011, voltados ao controle de condutas em geral.⁴⁹⁹ É importante ter clara a premissa de que nosso objetivo não é empreender um estudo de casos à luz dos precedentes analisados, mas antes mapeá-los em vista da questão-problema enunciada acima, a fim de delinear conclusões e proposições gerais. Consolidamos os principais excertos dos precedentes analisados em quatro apêndices ao final deste trabalho, com vistas a permitir uma consulta detalhada para o leitor que tiver interesse, preservando também a memória das informações. A metodologia que pautou nossa análise é apresentada junto com os apêndices. Os apêndices⁵⁰⁰ são assim segmentados:

- *Apêndice I - Lei 8.884/1994: Programa de compliance em decisão condenatória;*
- *Apêndice II - Lei 8.884/1994: Programa de compliance em TCC;*
- *Apêndice III - Lei 12.529/2011: Programa de compliance em decisão condenatória;*
- *Apêndice IV - Lei 12.529/2011: Programa de compliance em TCC.*

⁴⁹⁹ Nada obstante, apenas a título de referência, vale consignar que, no âmbito de controle de estruturas, há precedentes versando sobre programas de *compliance* concorrencial (remédio comportamental), notadamente quando da celebração de Acordo em Controle de Concentração - ACC (solução negociada entre o CADE e as requerentes para aprovação de ato de concentração com maior grau de complexidade). Como exemplo, listamos os seguintes casos: (a) Lei 12.529/2011: Ato de Concentração 08700.001642/2017-05 (Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A.). Julgamento em 16 de agosto de 2017, na 109ª sessão ordinária; Ato de Concentração 08700.010790/2015-41 (Banco Bradesco S.A. e HSBC Bank Brasil S.A.). Julgamento em 08 de junho de 2016, na 87ª sessão ordinária; Ato de Concentração 08700.008607/2014-66 (GlaxoSmithKline PLC e Novartis AG). Julgamento em 25 de fevereiro de 2015, na 59ª sessão ordinária. Ato de Concentração 08700.009924/2013-19 (Videolar S.A., Lirio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e Innova S.A.). Julgamento em 01 de fevereiro de 2014, na 51ª sessão ordinária; (b) Lei 8.884/1994: Ato de Concentração 08012.002148/2008-17 (Agricur Defensivos Agrícolas Ltda., Agripec Química e Farmacêutica S/A, Arysta Lifescience do Brasil Indústria Química e Agropecuária Ltda. e outras). Julgamento em 23 de julho de 2008, na 426ª sessão ordinária. Cumpre sublinhar que nos dois casos acima sob a égide da Lei 12.529/2011 envolvendo instituições financeiras, um dos principais motivos que suscitou o estabelecimento do programa de *compliance* no bojo do ACC foi a sensibilidade e as características do setor no tocante a eventuais riscos de aumento do exercício coordenado de poder de mercado, de tal maneira que, em princípio, o programa de *compliance* (ou seu aperfeiçoamento) poderia contribuir para minimizar tais riscos mediante a conscientização e reforço da cultura pró-concorrencial na governança da parte compradora, desde uma perspectiva conjugada aos demais remédios estabelecidos no acordo.

⁵⁰⁰ Conforme esclarecido nos apêndices, a intenção foi ser o mais exaustivo possível utilizando a base de dados pública do CADE (*i.e.*, pesquisa processual online). Contudo, diante das limitações da pesquisa processual, não se descarta algum precedente eventualmente não contemplado no bojo desta investigação. Cumpre, ainda, uma nota de clareza metodológica: não obstante este pesquisador tenha encaminhado consultas por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC) a respeito de programas de *compliance* concorrencial, os retornos não foram satisfatórios para os fins desta pesquisa, de modo que o presente levantamento é baseado exclusivamente em pesquisa independente.

Com base nessa divisão, sistematizamos abaixo as principais informações extraídas da análise jurisprudencial,⁵⁰¹⁻⁵⁰² juntamente com um apanhado de considerações.

2.3.1 Lei 8.884/1994: Principais destaques do programa de *compliance* no âmbito de decisão condenatória

Apêndice I

Foi localizado apenas um precedente.⁵⁰³ O principal destaque refere-se à decisão do Plenário do CADE *recomendando* que as condenadas aderissem a um programa de *compliance* concorrencial. No âmbito de julgamento de embargos de declaração, foi expresso de modo claro que a medida de adesão ao programa de *compliance* se tratava de *recomendação*, e não imposição.

2.3.2 Lei 8.884/1994: Principais destaques do programa de *compliance* no âmbito de TCC

Apêndice II

Foram localizados seis precedentes.⁵⁰⁴ Como pano de fundo, é válido ter em mente que já vigia, à época, a Resolução 46, de 4 de setembro de 2007.⁵⁰⁵ Em síntese, as principais conclusões da análise podem ser agrupadas objetivamente da seguinte forma:

⁵⁰¹ Os termos mais recorrentes verificados na jurisprudência para se referir ao assunto foram: *programa de compliance concorrencial, programa de compliance antitruste, programa de compliance, programa de integridade concorrencial, programa de integridade, programa de conformidade concorrencial, programa de conformidade*.

⁵⁰² Para informações detalhadas sobre os processos mencionados nas notas de rodapé daqui por diante, referir aos Apêndices (os precedentes foram consolidados diretamente nos Apêndices e não na Bibliografia).

⁵⁰³ Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48 (Representante: Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal - CRF/DF. Representadas: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda., Eli Lilly do Brasil Ltda. e outras).

⁵⁰⁴ Foram considerados apenas os TCCs homologados. Requerimento nº 08700.002906/2007-68. (Compromissária: JBS S/A (antiga Friboi Ltda.)); Requerimento nº 08700.004221/2007-56 (Compromissária: Lafarge Brasil S/A); Requerimento nº 08700.005281/2007-96 (Compromissárias: Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Antonio Ferraroli dos Santos). Requerimentos nºs 08700.003240/2009-27 e 08700.003900/2009-70 (Compromissárias: Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., Visa International Service Association (“Visa”) e Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos (“CIELO”)) Requerimento nº 08700.001913/2009-12 (Compromissária: Associação das Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas e Região e Oswaldo Redaelli Filho). Requerimento nº 08700.002933/2009-01 (Compromissária: União Brasileira de Avicultores - UBA e Anel Antônio Mendes).

⁵⁰⁵ Como delineado acima, referida Resolução inovou ao incluir, entre os elementos que deveriam (em específico, no caso do programa de *compliance* não se falava em obrigação, mas sim em faculdade) constar da

(i) compromisso de adotar/aperfeiçoar o programa de compliance

Cláusulas estipulando a adoção ou o aperfeiçoamento do programa de *compliance* concorrencial.

(ii) impacto do programa de compliance na dosimetria e marco temporal

Em apenas um precedente⁵⁰⁶ houve uma discussão genérica a respeito do programa de *compliance* no âmbito da dosimetria. Tal precedente será detalhado abaixo.

(iii) obrigação de informar

Cláusulas estipulando a prestação periódica de relatórios e informações ao CADE para ateste de cumprimento da implementação e do desenvolvimento das medidas de *compliance*.

(iv) obrigação de livre acesso e cooperação

Cláusulas estipulando compromissos relacionados à política de portas abertas com a autoridade concorrencial no âmbito de determinados casos.

(v) descumprimento e multas

Cláusulas estipulando multas pecuniárias em caso de atrasos injustificados ou sem consentimento prévio na apresentação de relatórios e informações acerca de medidas de *compliance*.

(vi) modelos de programa de compliance

Algumas diretrizes e programas de *compliance* foram apresentados e estão disponíveis nos autos. Alguns TCCs fizeram referência expressa à Portaria 14/2004 da SDE para balizar a estruturação do programa.

proposta de TCC, a “possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica” (grifo nosso).

⁵⁰⁶ Requerimento nº 08700.002933/2009-01 (Compromissária: União Brasileira de Avicultores - UBA e Anel Antônio Mendes).

Desses seis precedentes analisados, o mais interessante em termos de discussão material a respeito do programa de *compliance*, ainda que pontual, foi um voto⁵⁰⁷ que *discordou* de impor à compromissária a adoção de um programa de *compliance*, mas, não obstante isso, votou pela homologação do acordo após excluir a provisão do *compliance*, mantendo apenas obrigação de a compromissária divulgar em seu *website* cartilha educativa expedida pela SDE sobre combate a cartéis em sindicatos e associações. Em seu voto, o Conselheiro-Relator⁵⁰⁸ apresentou ressalvas quanto ao estímulo do programa de *compliance* por parte da Administração pública ao obrigar a adoção desse instrumento no âmbito de TCC, mormente se a obrigação implicar contrapartida (pecuniária ou não) por parte do regulador. O Conselheiro-Relator justificou sua visão afirmando que os programas de *compliance* impõem *um alto custo de monitoramento* ao CADE, que ficaria encarregado por fiscalizar a adesão da compromissária aos termos do programa sem que isso refletisse, necessariamente, uma obrigação de resultado, isto é, que condutas anticompetitivas fossem evitadas em razão do programa.

Demais disso, o Conselheiro-Relator sustentou que o foco do estímulo estaria equivocado para a maioria dos setores econômicos investigado pelo CADE, já que, segundo ele, as empresas que sugerem a adoção do programa de *compliance* seriam aquelas já cientes de uma “possível e iminente responsabilização no âmbito antitruste”, de modo que tais empresas implementariam o programa naturalmente ou, ao menos em alguma medida, já teriam conhecimento da legislação antitruste. Destarte, com base nesse racional, o incentivo para a empresa implementar o programa *seria insito* e não dependeria de contrapartida da Administração pública para tanto. O Conselheiro-Relator ressaltou que em determinados casos o programa de *compliance* seria passível de consideração em sede de TCC, haja vista previsão regimental nesse sentido (e reconhecendo alguns casos que seguiram nessa linha), ou seja, não descartou, *per se*, o programa de *compliance* no bojo do TCC, porém frisou que essa medida seria de caráter excepcional e demandaria extensa justificativa e motivação do conselheiro inclinado a incluir o programa de *compliance* no termos do acordo.

⁵⁰⁷ Requerimento nº 08700.002933/2009-01 (Compromissária: União Brasileira de Avicultores - UBA e Anel Antônio Mendes).

⁵⁰⁸ Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

2.3.3 Lei 12.529/2011: Principais destaques do programa de *compliance* no âmbito de decisão condenatória

Apêndice III

Foram localizados cinco precedentes.⁵⁰⁹ Para sistematizar a análise, dividimos entre os casos julgados antes da edição do Guia de *Compliance* e após a edição do Guia de *Compliance*.⁵¹⁰

Com base nessa divisão, no primeiro bloco (*antes do Guia*), foi localizado apenas um precedente.⁵¹¹ Em resumo, o programa de *compliance* constou de um pacote de obrigações relacionado à futura aquisição de ativos que foram alienados. O Conselheiro-Relator⁵¹² estipulou que a adquirente que viesse a adquirir esses ativos comprovasse ao CADE a adoção de um programa de *compliance* concorrencial, o qual incluiria uma política de portas abertas (“*open door policy*”). No âmbito de voto-vista,⁵¹³ foi destacada a importância dessas medidas do ponto de vista preventivo e pedagógico, e também para assegurar a efetividade da decisão, porém o tratando como um remédio comportamental imposto sobre os condenados, apresentando, a nosso juízo, certa contradição com o voto do Relator. No âmbito de voto proferido em embargos de declaração, como resposta ao questionamento formulado acerca da *omissão do fundamento legal e extensão do programa open door e compliance*, a Conselheira-Relatora dos embargos⁵¹⁴ aduziu que essas medidas não seriam

⁵⁰⁹ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 (Representante: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Representadas: Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem, Associação Brasileira de Cimento Portland e outras); Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51 (Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE. Representadas: Liquigás Distribuidora S.A. (antiga Tropigás - Liquigás Distribuidora S.A.), Supergasbrás Energia Ltda. (antiga Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda.) e Paragás); Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22 (Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Álamo Engenharia S.A., Araújo Abreu Engenharia S.A., Conbrás Engenharia Ltda., Eletrodata Instalações e Serviços Ltda., Projetos Engenharia, Comércio e Montagens Ltda. e outras). Processo Administrativo nº 08012.000504/2005-15 (Representante: SDE *ex officio*. Representadas: ACTA – Associação Comercial dos Transportadores Autônomos e SINDIGRAN – Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas a Granel. Processo Administrativo nº 08012.010744/2008-71 (Representante: Departamento de Polícia Federal de Pelotas/RS. Representadas: Elegê Alimentos S.A. (atual BRF Brasil Foods S.A.); Cooperativa Sul-Rio Grandense de Laticínios Ltda. e outras).

⁵¹⁰ Relembrando que o Guia de *Compliance* foi homologado em sessão de julgamento de 20 de janeiro de 2016.

⁵¹¹ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79.

⁵¹² Conselheiro-Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis.

⁵¹³ Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior.

⁵¹⁴ Conselheira-Relatora Ana Frazão.

propriamente sancionadoras, mas sim instrumentos para o CADE fiscalizar o cumprimento das obrigações impostas e evitar a reincidência no ilícito.

Ainda, a Conselheira anotou que tais medidas não eram novas por parte do CADE e que já vinham sendo aplicadas. Ela justificou a possibilidade de imposição dessas medidas com fulcro no art. 38, inciso VII, da Lei 12.529/2011, e disse que tais penalidades seriam, na verdade, “um incentivo para que os condenados retomassem a transparência e o respeito ao mandamento constitucional da livre concorrência” e, especificamente no caso do programa de *compliance*, a recusa dessa medida poderia “significar que a empresa não está disposta a envidar seus melhores esforços de transparência com investidores e de condução de negócios”. Disso, interpretamos que o programa de *compliance* foi imposto como remédio comportamental sobre os condenados (diferentemente do consignado no voto do Relator).

No segundo bloco (*após o Guia*), formado por quatro precedentes, foi possível identificar discussão de cunho mais material. Em três casos diferentes sob mesma relatoria, julgados em momentos separados, o encaminhamento dado pela Conselheira-Relatora⁵¹⁵ acerca do programa de *compliance* seguiu a mesma linhagem de raciocínio. Cumpre observar, entretanto, que ela reviu o seu posicionamento inicial ao término do primeiro julgado. Explica-se: inicialmente, no julgamento do primeiro caso,⁵¹⁶ a Conselheira-Relatora abordou o programa de *compliance* como uma *obrigação de fazer*, nos moldes de uma *sanção não-pecuniária*. Porém, essa visão foi reformulada ao final do julgamento, mormente por conta das discussões travadas. Assim, no voto final da Conselheira-Relatora, o programa de *compliance* foi endereçado como uma “sugestão não-pecuniária”.

Na visão da Conselheira-Relatora, seria possível impor medidas comportamentais no âmbito de Processos Administrativos com esteio no art. 38, inciso VII, da Lei 12.529/2011. Nesse sentido, ela aduziu que “[e]m virtude da ocorrência do cartel *hard core*, seria conveniente que fosse imposto um Programa de *Compliance* (Anexo ao Voto) para ser seguido pela Paragas”, pois assim se estaria a divulgar o direito da concorrência pelo Brasil. Todavia, a Conselheira-Relatora destacou que o *enforcement* do programa de *compliance* não seria exequível pelo CADE no âmbito de Processos Administrativos, de modo que uma

⁵¹⁵ Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

⁵¹⁶ Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51.

exigência nesses termos seria inócua. Como resultado, ela apresentou um anexo de diretrizes pertinentes ao programa de *compliance* a fim de servir como *sugestão não-pecuniária* a ser adotada pela empresa. Aqui, é oportuno sublinhar (i) voto-vista,⁵¹⁷ observando que, naquele caso, obrigações de não fazer e também de imposição de programa de *compliance* como medidas acessórias careceriam de fundamentação, questionando a proporcionalidade das medidas *vis-à-vis* a totalidade das sanções,⁵¹⁸ e (ii) voto-vogal,⁵¹⁹ apontando não vislumbrar fundamentação jurídica para a aplicação de penalidade acessória na forma de programa de *compliance*, isto é, a adoção do programa de *compliance* não encontraria guarida na Lei 12.529/2011, particularmente com fulcro no art. 38 e seus incisos.⁵²⁰

Nos dois outros casos de mesma relatoria, como dito, a Conselheira-Relatora seguiu o mesmo percurso de encarar o programa de *compliance* sob o prisma da “sugestão não-pecuniária” no âmbito da sanção. Também houve debate acerca do tema, reforçando o entendimento de que não caberia a imposição do programa como sanção. Nesse sentido, no

⁵¹⁷ Conselheiro Marcio de Oliveira Júnior.

⁵¹⁸ De acordo com o voto-vista, “nas hipóteses em que medidas acessórias são aplicadas conjuntamente com a multa, entendo que deva haver algum nível de ponderação, uma vez que a observância do conjunto de sanções imposto pela autoridade pode custar muito mais que a vantagem auferida”.

⁵¹⁹ Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo.

⁵²⁰ Do ponto de vista jurídico, para além de certas reservas deste pesquisador quanto à imposição do programa de *compliance* na vertente sancionadora, em particular considerando uma análise com amparo na legalidade estrita da medida, conforme realçamos em notas anteriores, também sob um enfoque psicológico ponderamos se uma medida a *fôrceps* seria efetiva para alterar uma cultura de ilegalidades e modificar comportamentos de maneira genuína, duradoura e consistente, tendo como premissa nessa reflexão o nosso modo de olhar segundo o qual a empresa não se reduz ao estereótipo da “caixa preta” (“the firm is not a black box responding only to rules and opportunities, rather the firm consists of actors who are, first of all human acting rationally but not perfectly so. They are embedded in a firm, with a certain formal setting, at times denoted the ‘ethical infrastructure’ (Tenbrunsel et al. 2003), but also with informal rules and a corporate culture”). Cf. KOTZIAN et al., op. cit., p. 60. Dito de outro modo, a imposição mandatória pode ter um contra-efeito ou um efeito limitado: medidas efetivas de *compliance*, que buscam uma genuína transformação cultural na organização, exigem um necessário processo de sensibilização interna e de mudança de valores. Isso dificilmente ocorrerá de maneira automática, muito menos será sustentável no longo prazo se as medidas de *compliance* forem pautadas sob uma imposição intrusiva e acrítica, com base em ameaças perante um clima de desconfiança. Ademais, um modelo de *compliance* agressivamente imposto pode gerar um efeito perverso sobre a motivação dos empregados para cumprir as leis. Isso porque quando os empregados consideram a supervisão desarrazoada e intrusiva, eles podem desenvolver atitudes adversariais contra a empresa e seus supervisores, bem como contra as regras. Seria, assim, sob um viés psicológico, um “efeito Pigmalão reverso”, na medida em que a atitude do empregado viria no exato avesso das expectativas. Inclusive, poder-se-ia gerar um clima corporativo em que os empregados percebem que a motivação para o *compliance* é a coerção e não o desejo de atuar corretamente, de modo que as pessoas só agiriam - ou tentariam agir eticamente - em virtude de um sistema que os impinge a agir dessa maneira, e não porque estão autenticamente motivados. Mina-se, com isso, o valor moral do programa, que passa a ser encarado como um conjunto de regras que atribui preços a certos tipos de comportamento. Ao fim e ao cabo, ter-se-ia uma questionável e contingente motivação para o *compliance*. A esse respeito, ver: REGAN, Milton C. Risky Business. *The Georgetown Law Journal*, v. 94, 2006, p. 1970; STUCKE, op. cit., *In search of...*, p. 818 et seq.

âmbito de voto-vista⁵²¹ de um dos casos,⁵²² o posicionamento externado foi de que condenar uma empresa a adotar programa de *compliance* em sede de imposição unilateral de sanção seria medida inefetiva, bem assim que essa sanção não estaria cominada na legislação concorrencial, a rigor da dicção do art. 38, notadamente inciso VII, da Lei 12.529/2011, em que pese a generalidade dos termos desse dispositivo.

No âmbito de voto-vista⁵²³ do outro caso,⁵²⁴ frisou-se a necessidade de que a imposição de programa de *compliance* como medida acessória, cogente ou sugerida, deveria estar atrelada a patamares estabelecidos pelo CADE. Em outras palavras, haveria necessidade de fundamentação das penalidades impostas aos condenados à luz do princípio da proporcionalidade. Defendeu-se que o programa de *compliance* é custoso para a empresa em termos de implementação e custoso para o CADE em termos de monitoramento. Além do mais, foi pontuada visão refratária ao estabelecimento de programa de *compliance* para empresas com quatro ou dois empregados, ao anotar que “[o] guia de *compliance* do CADE recomenda que o programa de integridade deva ser adotado a médias e grandes empresas”.⁵²⁵ Nesse mesmo caso, outro voto-vista⁵²⁶ também foi contrário à imposição do programa de *compliance* em sede de decisão condenatória.

Por fim, ainda nesse bloco, no âmbito de outro precedente,⁵²⁷ um Conselheiro⁵²⁸ discorreu sobre o aumento da celebração dos TCCs e acordos de leniência, relacionando esse fenômeno à sinalização de que os incentivos construídos pela política punitiva do CADE estariam sendo incorporados pelos agentes e pontuou, nessa toada, que os esforços de implementação de programas de *compliance* concorrencial pelas empresas demonstrariam que as preocupações teriam sido compreendidas, bem como internalizadas por meio do *enforcement* privado. Nesse diapasão, o Conselheiro observou que os incentivos derivados da política punitiva do CADE estariam funcionando como importante sinalização para mudança de comportamento mercadológico, de maneira voluntária, em favor da competição.

⁵²¹ Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo.

⁵²² Processo Administrativo nº 08012.000504/2005-15.

⁵²³ Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

⁵²⁴ Processo Administrativo nº 08012.010744/2008-71.

⁵²⁵ Na verdade, não é exatamente isso que estabelece o Guia (cf. p. 6): “o Cade entende que pequenas e médias entidades podem implementar programas de *compliance*, ainda que eles sejam mais modestos e contem com orçamentos muito reduzidos em face dos programas de grandes companhias”.

⁵²⁶ Conselheiro João Paulo de Resende.

⁵²⁷ Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22.

⁵²⁸ Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia.

2.3.4 Lei 12.529/2011: Principais destaques do programa de *compliance* no âmbito de TCC

Apêndice IV

Foram localizados dezoito precedentes.⁵²⁹⁻⁵³⁰ Para sistematizar a análise, dividimos entre os casos julgados antes da edição do Guia de *Compliance* e após a edição do Guia de *Compliance*.⁵³¹ Com base nessa divisão, no primeiro bloco (antes do Guia), foram localizados quatro precedentes. Em síntese, as principais conclusões podem ser agrupadas objetivamente da seguinte forma:

(i) compromisso de adotar/aperfeiçoar o programa de compliance

⁵²⁹ Requerimento nº 08700.002028/2013-29 (Compromissária: Liquigás Distribuidora S.A.); Requerimento nº 08700.008299/2013-98 (Compromissária: Supergasbras Energia Ltda.); Requerimento nº 08700.004780/2015-76 (Compromissária: Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais); Requerimento nº 08700.007166/2015-66 (Compromissária: Federação Brasileira das Cooperativas de Anestesiologistas – FEBRACAN); Requerimento nº 08700.003050/2016-39. (Compromissária: Nachi Brasil Ltda. e Nachi-Fujikoshi Corporation); Requerimento nº 08700.001429/2015-23 (Compromissária: Conbras Serviços Técnicos de Suporte S/A e pessoas físicas); Requerimento nº 08700.004602/2016-26 (Compromissária: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda.); Requerimento nº 08700.001200/2016-70 (Compromissária: Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito (SINDHES), Arlindo Borges Pereira e outras); Requerimento nº 08700.003071/2017-35 (Compromissária: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados do Petróleo do Estado de Minas Gerais (MINASPETRO)). Requerimento nº 08700.005133/2017-43 (Compromissária: Conselho Federal de Corretores de Imóveis (Cofeci) e Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis). Requerimento nº 08700.005349/2017-17 (Compromissária: Jorge Zandoná, Elias Antônio Piva, AM Combustíveis Ltda., Posto JA Ltda., Posto LC Ltda. e Posto Z10 Ltda.); Requerimento nº 08700.005312/2017-81 (Compromissária: Sofape Fabricantes de Filtros Ltda.; Requerimentos nºs: 08700.004337/2016-86; 08700.004341/2016-44, 08700.008159/2016-62, 08700.007077/2016-09, 08700.008158/2016-18, 08700.005078/2016-19 (Compromissária: Odebrecht – pontue-se o julgamento em bloco dos seis casos da Odebrecht).

⁵³⁰ À guisa de completude, cumpre notar que, segundo noticiado no *website* do CADE, no âmbito de acordo de leniência celebrado por Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (CCCC) (Processo Administrativo 08700.007351/2015-51), teria havido compromisso da referida empresa no sentido de “manter os esforços de aprimoramento dos mecanismos internos de *compliance*”. Não consideramos esse caso para fins de nossa pesquisa tendo em vista (i) que não estamos contemplando acordo de leniência em nossa análise, dado, usualmente, o caráter confidencial das informações a seu respeito; e (ii) a ausência de previsão do programa de *compliance* como requisito para fins de leniência, como ressaltado acima. Mesmo assim, para exaurir a pesquisa, checamos os autos públicos e não identificamos qualquer informação a respeito do *compliance*. Além do mais, o noticiado se referiu genericamente a mecanismos internos de *compliance*, não especificando se eram de natureza concorrencial, foco de nossa análise. Nesse sentido, ver: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3>>. Acesso em: 05 dez. 2018. Com efeito, o que localizamos foi previsão de implementação de programa de *compliance* pela CCCC no âmbito de acordo de leniência com o MPF em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa (5051170-64.2016.4.04.7000).

⁵³¹ Relembrando que o Guia de *Compliance* foi homologado pelo Plenário do CADE em sessão de julgamento de 20 de janeiro de 2016. A título de referência, em 11 maio de 2016, foi homologado o Guia de TCC, que trouxe previsões adicionais sobre o programa de *compliance* como possível atenuante no cálculo da contribuição pecuniária, conforme anteriormente examinado.

Cláusulas estipulando a adoção ou a manutenção de programa de *compliance* concorrencial, sendo que em alguns casos foram estipulados cronograma detalhado de implementação dessas medidas.

(ii) impacto do programa de compliance na dosimetria e marco temporal

Em um caso, foi possível deduzir que os compromissos de *compliance*, *i.e.*, implementação de programa de *compliance* e a política de portas abertas (visão prospectiva), teriam influenciado o cálculo da contribuição pecuniária, ainda que, aparentemente, de forma bastante modesta. Sublinhe-se que, à época, o Guia de *Compliance* ainda não havia sido publicado e, mesmo assim, houve ligeiro desconto relacionado às medidas de *compliance*.⁵³²

(iii) obrigação de informar

Cláusulas estipulando a prestação periódica de relatórios e informações ao CADE⁵³³ para ateste de cumprimento da implementação e do desenvolvimento das medidas de *compliance*.

(iv) obrigação de livre acesso e cooperação

Cláusulas estipulando compromissos relacionados à política de portas abertas com a autoridade concorrencial em determinados casos.

(v) descumprimento e multas

Cláusulas estipulando multas pecuniárias em caso de não cumprimento das obrigações de *compliance*. Mais rigidamente, alguns casos estipulando descumprimento total do TCC se as obrigações de *compliance* não fossem atendidas no prazo convencionado, para além de multa pecuniária adicional. Mais rigoroso, em um caso foi estipulada cláusula dispondo que a continuação do descumprimento total do TCC levaria à dissolução da Compromissária.⁵³⁴

⁵³² “[...] o valor esperado de contribuição seria de R\$ 174.427,13. No entanto, sugiro arredondar o valor para R\$ 150.000,00, tendo em vista a tempestividade do acordo e a assunção de obrigações pelo Compromissário, tais como implementação de programas de *compliance* e política de portas abertas, que superarão em muito a diferença para o valor esperado”. (Requerimento nº 08700.004780/2015-76).

⁵³³ Em termos técnicos, quem fica responsável por atestar o cumprimento das obrigações do TCC é a ProCADE.

⁵³⁴ Requerimento nº 08700.007166/2015-66.

(vi) *modelos de programa de compliance*

Alguns programas e medidas de *compliance* foram apresentados e estão disponíveis nos autos.

No segundo bloco (*após o Guia*), contendo quatorze precedentes,⁵³⁵ a exemplo das conclusões apontadas no primeiro bloco, também se constatou, e de forma mais sistemática e evidente:

(i) *compromisso de adotar/aperfeiçoar o programa de compliance*

Cláusulas estipulando a adoção ou a atualização do programa de *compliance* concorrencial, com cronograma detalhado de implementação dessas medidas.

(ii) *impacto do programa de compliance na dosimetria e marco temporal*

A influência do *compliance* sobre o cálculo da contribuição pecuniária ficou mais nítida.⁵³⁶ Em um caso, o percentual máximo atribuído ao programa de *compliance*, em conjunto com política de portas abertas e treinamento, foi de 5% de redução sobre o valor da multa esperada.⁵³⁷ Em outros casos, o percentual variou entre 2% a 4%, considerando o compromisso de implementar o programa de *compliance*.⁵³⁸ De qualquer maneira, ainda há poucos precedentes para balizar uma conclusão firme e que permita cravar um entendimento seguro sobre o percentual de desconto relacionado ao programa de *compliance*. De se considerar, também, que se trata de análise casuística, não havendo consenso junto à atual composição do Tribunal do CADE sobre esse tema (concessão ou não do desconto), ainda que tenda a prevalecer a visão afirmativa.⁵³⁹

⁵³⁵ Observando que seis deles se referem a Requerimentos de mesma compromissária (Odebrecht), sob o guarda-chuva da operação Lava Jato, conforme será explicitado abaixo.

⁵³⁶ Requerimento n^{os} 08700.004337/2016-86; 08700.005349/2017-17; 08700.003071/2017-35; 08700.001429/2015-23.

⁵³⁷ “[...] se fossem adotados apenas os parâmetros do Guia, sem qualquer adaptação às circunstâncias do caso concreto, dever-se-ia aplicar uma redução percentual de 35% sobre o valor da multa esperada de cada Proponente, já que a apresentação do TCC se deu antes da convocação da Averiguação Preliminar n^o 08012.005024/2011-99 em Inquérito Administrativo. Nada obstante, entende-se que os Proponentes fazem jus a uma redução percentual de 40%, em vista da previsão de uma ‘política de portas abertas’, que autoriza o livre acesso às instalações da empresa pelo Cade, bem como da adoção de uma política de *compliance* e de treinamento de funcionários”. (Requerimento n^o 08700.001429/2015-23).

⁵³⁸ Requerimentos n^{os}: 08700.004337/2016-86; 08700.004341/2016-44, 08700.008159/2016-62, 08700.007077/2016-09, 08700.008158/2016-18, 08700.005078/2016-19 (Odebrecht nos desdobramentos da operação Lava Jato).

⁵³⁹ Cumpre lembrar que o Tribunal do CADE é um órgão colegiado e que se renova de tempos em tempos. Essa observação é importante em termos de segurança jurídica. A consolidação do entendimento sobre as linhas mestras do assunto no âmbito jurisprudencial permitiria eventualmente a edição de uma súmula para minimizar

Do ponto de vista temporal, foi o compromisso de *implementar/estruturar/adotar* o programa de *compliance* que deu azo ao desconto pecuniário.⁵⁴⁰ Não se identificou, de modo expresso, casos em que um *programa preexistente* tenha justificado o desconto. Como visto, ambas as hipóteses - existência prévia do programa de *compliance* ou compromisso com a sua adoção/atualização - pode ter influência na alíquota adotada, conforme disposto no Guia de *Compliance*.⁵⁴¹

A importância do programa de *compliance* concorrencial como instrumento difusor da *cultura da concorrência* é reconhecida pela atual composição do Tribunal. Contudo, consoante afirmado acima, há divergências sobre a maneira de se incentivar a adoção do programa, isto é, se caberia ao Estado fomentar ou induzir a implementação desse instrumento (a) via incentivos pecuniários para o agente econômico em razão de sua aparente boa-fé ao dedicar recursos e esforços genuínos para a implementação/atualização do programa e colaborar com a Administração pública; (b) mediante incentivos indiretos, como edição de guias orientativos, disponibilização de informações, organização de debates públicos,⁵⁴² fomento a estudos acadêmicos⁵⁴³ etc.; ou então (c) mantendo uma postura “neutra” acerca do assunto, focando em uma política anticartel baseada em sanções severas, sob a premissa de que o melhor incentivo para o *compliance* é a punição efetiva e dissuasória.⁵⁴⁴

a imprevisibilidade dos agentes, desde que, por certo, tal medida não prejudicasse a discricionariedade da autoridade, sob o risco de gerar incentivos perversos, captura etc.

⁵⁴⁰ Note-se, também, um caso em que, aparentemente, o desconto foi considerado para o aperfeiçoamento do programa de *compliance* proposto pela compromissária ao CADE (não que o programa existisse à época da infração, mas sim que a compromissária propôs um programa de *compliance* no âmbito da negociação, ao que o CADE sugeriu o seu refinamento). Ver: Requerimento nº 08700.005349/2017-17.

⁵⁴¹ Ainda que o Guia de TCC não contemple expressamente o compromisso futuro de implementação, e sim a “existência de programa de *compliance* que tenha relação direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada”, tal hipótese decorre da leitura conjugada com o Guia de *Compliance*, conforme esclarecemos acima. Para além disso, vale a premissa da natureza não vinculativa do Guia de TCC e do caráter exemplificativo das hipóteses atenuantes arroladas em tal Guia.

⁵⁴² A exemplo do evento em parceria entre CADE e CEDES referenciado em nota acima. É fundamental estipular mais eventos científicos dessa natureza.

⁵⁴³ A exemplo do concurso literário promovido pelo CADE e o Ciee em 2016 pertinente ao tema *Compliance* Concorrencial. É preciso encorajar mais eventos desse calibre, assim como divulgar amplamente os seus resultados.

⁵⁴⁴ Essa é a leitura, por exemplo, da Conselheira Cristiane Schmidt (que solicitou a renúncia do cargo de Conselheira recentemente, conforme nota alhures), ao mencionar que “conquanto possa haver questionamentos de se o Cade deva aceitar um programa de *compliance* robusto (ainda que não efetivo) como forma de redução de pena; é fato que quanto maiores forem as penalidades, tanto por parte da empresa com respeito aos seus colaboradores, quanto por parte do Cade face às empresas infratoras, maior será a dissuasão da conduta por parte de qualquer colaborador e maior será o incentivo da própria empresa em optar por instituir um programa de *compliance* robusto com vistas a que seja efetivo [...] Para o DOJ, assim como para mim, a política de

(iii) obrigação de informar

Cláusulas estipulando a prestação periódica de relatórios e informações ao CADE para ateste de cumprimento da implementação e do desenvolvimento das medidas de *compliance*.

(iv) obrigação de livre acesso e cooperação

Cláusulas estipulando compromissos relacionados à política de portas abertas com a autoridade concorrencial em determinados casos.

(v) descumprimento e multas

Cláusulas estipulando multas pecuniárias em caso de não cumprimento das obrigações de *compliance*. Mais rigidamente, alguns casos estabelecendo descumprimento total do TCC se as obrigações de *compliance* não forem atendidas no prazo convencionado, para além de multa pecuniária adicional.

(vi) modelos de programa de compliance

Alguns programas de *compliance* foram apresentados e estão disponíveis nos autos.

Em relação a esse último bloco de precedentes, cumpre tecer considerações adicionais em vista do aprofundamento observado na análise jurisprudencial, porém ainda aquém do necessário para aclarar questões práticas que podem decorrer do programa de *compliance*. O propósito não é exaurir a discussão, mas lançar luzes complementares sobre o que verificamos de destaque extra nos precedentes desse bloco.

Em primeiro lugar, constatamos alusão mais recorrente da SG ao Guia de *Compliance* para balizar os agentes econômicos na implementação do programa de

combate a cartéis (e de qualquer conduta anticompetitiva) é baseada em sanções severas, para que sejam dissuasórias. Portanto, não creio que seja função do Cade fomentar que as empresas implementem um programa de *compliance* concorrencial robusto por meio de explicitar que a instituição reduzirá possíveis sanções, caso a empresa ‘venha a estar no Cade’. Se está é porque ela executou mal seu programa”. Notamos que Schmidt fez alusão a essas suas considerações publicadas na mídia quando do seu voto pela não homologação dos TCCs da Odebrecht (dentre outros pontos, ela discordou do desconto em razão do *compliance*, conforme será visto adiante). Ver: SCHMIDT, op. cit., **Governança corporativa...**

compliance.⁵⁴⁵ No âmbito de um precedente mais recente,⁵⁴⁶ os seguintes elementos (de modo genérico), em linha com o Guia, foram listados para integrarem o programa de *compliance* concorrencial:

- (1) comprometimento da alta administração;
- (2) adoção de um código de conduta que abranja orientações específicas de integridade concorrencial;
- (3) autonomia e independência da equipe de *compliance*;
- (4) critérios, metodologias e responsáveis pela análise de riscos concorrenciais;
- (5) atividades e a canais de comunicação e denúncia internos, com ampla publicidade junto aos funcionários, fornecedores, prestadores de serviços e garantia de anonimato daqueles que oferecerem denúncias;
- (6) realização de cursos e treinamentos periódicos;
- (7) orientações e diretrizes formais de integridade concorrencial;
- (8) revisão, adaptação ou modificação do Programa; e
- (9) adoção de procedimentos específicos para prevenir a troca de informações concorrencialmente sensíveis ou acordos entre concorrentes, especialmente no contexto de participação em licitações e em reuniões de sindicatos e entidades representativas do setor.

A nosso ver, ainda que genérico, trata-se de precedente com vetor prático sobre os elementos considerados fundamentais pelo CADE na estruturação do programa de *compliance*, reforçando as diretrizes do Guia. No caso, houve algumas especificidades por conta do seu contexto, especialmente no tocante às cautelas tomadas no âmbito de processos licitatórios e reuniões em sindicatos, o que não impede de inferir, conjugado com a leitura do Guia de *Compliance*, os elementos comuns que o CADE espera encontrar em programas robustos.

Outrossim, em um caso,⁵⁴⁷ a SG reconheceu expressamente as limitações do programa de *compliance*, isto é, que a adoção de programa de *compliance* não assegura que

⁵⁴⁵ Igualmente, infere-se posição da ProCADE no sentido de enxergar no programa de *compliance* um positivo instrumento para a difusão da cultura da concorrência. (Requerimento nº 08700.001200/2016-70).

⁵⁴⁶ Requerimentos nºs: 08700.004337/2016-86; 08700.004341/2016-44, 08700.008159/2016-62, 08700.007077/2016-09, 08700.008158/2016-18, 08700.005078/2016-19 (Odebrecht nos desdobramentos da operação Lava Jato).

⁵⁴⁷ Requerimento nº 08700.005349/2017-17.

violações deixem de ocorrer (em linha com o Guia), ainda mais quando a alta cúpula da empresa esteve envolvida no ilícito. Nesse aspecto, sublinhe-se o quanto comentado pela SG acerca da participação da alta cúpula no ilícito, algo que sinalizaria uma “opção institucional e não meramente um desvio individual de conduta”. A SG também dispôs que não caberia a ela avaliar um programa de *compliance* proposto pela empresa. Inobstante, a SG considerou as iniciativas de *compliance* propostas nesse caso como demonstração da boa-fé, que acenariam para a “conformação com os padrões legais de comportamento concorrencial”. Salientou, assim, que “o programa proposto apresenta características de robustez, atendendo aos critérios preconizados no Guia de *Compliance*”, citando os seguintes critérios: (1) análise de riscos; (2) treinamento de pessoal; (3) previsão de normas internas de conduta e procedimentos de responsabilização por descumprimento; (4) canais de denúncia e comunicação; e (5) estrutura organizacional dedicada à implementação do programa.

Em acréscimo, pontuamos visão favorável de uma Conselheira⁵⁴⁸ quanto à implementação de programa de *compliance* em sede de TCC,⁵⁴⁹ considerando uma medida de importante cunho pedagógico, que viria a contribuir para uma desejável mudança cultural “em prol de um ambiente mais competitivo. Não deixa de ser uma muito bem-vinda forma de advogar pela concorrência.”⁵⁵⁰ Esse TCC, consoante se deduz dos autos, teria sido extraordinário e, conforme alegado, contou com uma série de importantes (e inéditas)⁵⁵¹ colaborações, incluindo a adoção do programa de *compliance*, e que parecem ter influenciado no cálculo da contribuição pecuniária (mas sem fazer clara a proporção exata).

Ainda no bojo desse mesmo caso,⁵⁵² no âmbito de voto-vogal, um Conselheiro⁵⁵³ levantou uma questão sobre a manipulação da base de cálculo da expectativa de multa. Segundo ele, “[...] a base de cálculo da expectativa de multa não deveria ser alterada casuisticamente, contribuindo para a falta de transparência e previsibilidade das penalidades aplicadas por este Tribunal”. Nesse sentido, por exemplo, ele externou preocupação com eventual alteração de base de cálculo em razão da implementação de programa de

⁵⁴⁸ Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no bojo do Requerimento nº 08700.004602/2016-26, e, de modo semelhante, no âmbito do Requerimento nº 08700.001200/2016-70, ao comentar que outras medidas poderiam ser exploradas na implementação do TCC, exemplificando com o estabelecimento do programa de *compliance*, que, segundo ela, seria medida “extremamente adequada”.

⁵⁴⁹ Requerimento nº 08700.004602/2016-26.

⁵⁵⁰ Cf. Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

⁵⁵¹ *i.e.*, cláusula de desinvestimento.

⁵⁵² Requerimento nº 08700.004602/2016-26.

⁵⁵³ Conselheiro João Paulo de Resende.

compliance, comentando ser contrário a flexibilizações e manipulações da base de cálculo legalmente prevista. Ele defendeu que remédios comportamentais e/ou estruturais devem se refletir nos descontos a serem concedidos às Compromissárias de TCCs, e não na expectativa de multa. A nosso sentir, com base em informações públicas, não houve caso em que o programa de *compliance* pesou na base de cálculo em específico, e, inclusive, esse artifício iria de encontro ao disposto no Guia de *Compliance*.

Quanto à influência da adoção do programa de *compliance* no âmbito de eventual desconto da contribuição pecuniária (fator redutor), viu-se um acervo jurisprudencial bastante limitado para extrair conclusões firmes. Especificamente quanto ao programa de *compliance* (*i.e.*, sem contar política de portas abertas ou adjacências), foi identificado um caso recente (que se desdobra em seis) em que o compromisso de implementação do *compliance* pesou favoravelmente na contribuição pecuniária (o desconto variou entre 2% a 4%, de acordo com os diferentes TCCs firmados). Face a esse caso,⁵⁵⁴ dois Conselheiros se mostraram refratários à aplicação do desconto. Somadas a outras questões, eles votaram pela não homologação do TCC, porém foram votos vencidos.

Vale brevemente comentar. Em um desses votos, a Conselheira⁵⁵⁵ argumentou que o desconto seria como se “o Estado estivesse premiando quem resolvesse ‘colocar ordem na sua própria casa’”. Por outro lado, foi admitido que, na hipótese de se tratar de cartel mais simples e com baixos efeitos para a sociedade, com executivos pouco instruídos e “residentes em áreas mais humildes”, poderia até fazer sentido considerar o programa de *compliance* como redutor de multa, mas diante da magnitude do caso que estava sendo apreciado, tal hipótese não subsistiria. A Conselheira afirmou, ainda, que o programa de *compliance* seria um instrumento benéfico para a própria empresa e que, nessa ótica, não caberia ao CADE fomentar a adoção do programa por meio de redução de sanção pecuniária, podendo fomentá-los por outros meios, como via edição de guia de melhores práticas, bem como exercendo um *enforcement* vigoroso, punindo de forma dissuasória.⁵⁵⁶ Justificando seu

⁵⁵⁴ Requerimentos n°s: 08700.004337/2016-86; 08700.004341/2016-44, 08700.008159/2016-62, 08700.007077/2016-09, 08700.008158/2016-18, 08700.005078/2016-19 (Compromissária: Odebrecht).

⁵⁵⁵ Cf. Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

⁵⁵⁶ Como mencionado anteriormente, a Conselheira publicou um artigo pouco antes do julgamento desse caso, pontuando sua posição contrária à recompensa pecuniária. Ver: SCHMIDT, op. cit., **Governança corporativa...**

posicionamento, ela também citou autoridades antitruste de referência, como o DoJ e a Comissão Europeia, que seguiriam essa visão contrária ao desconto.⁵⁵⁷

No mesmo compasso refratário ao desconto, um Conselheiro⁵⁵⁸ observou que, no caso concreto, considerando os TCCs celebrados pela mesma empresa (seis no total), o desconto relacionado ao *compliance* representaria mais de R\$ 13 milhões. Nesse contexto, ele pontuou que malgrado a previsão no Guia de TCC, o desconto era “completamente inoportuno”. Ele afirmou que a obrigação de implementar o programa de *compliance* até poderia ser considerada, mas não justificaria a concessão de desconto para tanto. A propósito, o Conselheiro ponderou que a concessão de desconto poderia, em verdade, motivar a criação de programas de fachada, com o único condão de obter o desconto, de modo a gerar um possível incentivo perverso para as empresas.⁵⁵⁹

A seu turno, a nota técnica da SG que subsidiou a homologação do TCC por maioria, aduziu que o desconto representaria um incentivo para a adoção de um programa de *compliance* efetivo, que se somaria ao *enforcement* antitruste.⁵⁶⁰ Salientou-se que, apesar de não haver previsão *do percentual máximo* de 4% no Guia de TCC, a ideia com esse percentual (*máximo*)⁵⁶¹ à luz do caso concreto seria manter a proporcionalidade e evitar distorções aos incentivos do programa de TCC.⁵⁶² Ademais, mencionou-se que referido percentual estaria em consonância com o máximo aplicado pela CGU no âmbito de celebração de acordos de leniência.⁵⁶³ Nessa esteira, a SG sublinhou que, com o percentual de 4%, a redução na contribuição não poderia ser superior ao desconto máximo previsto para, a título de exemplo, apresentação de documentos que comprovem a infração.

⁵⁵⁷ Analisaremos essa questão no Capítulo 3, antecipando que, recentemente, o DoJ vem sinalizando postura mais flexível com relação ao assunto.

⁵⁵⁸ Cf. Voto-vogal do Conselheiro João Paulo de Resende.

⁵⁵⁹ Esse é um forte argumento que acompanha parte da preocupação das autoridades refratárias ao desconto e também de parte da doutrina, conforme se verá nos Capítulos subsequentes.

⁵⁶⁰ Portanto, ratificando a lógica complementar entre *enforcement* e *compliance*.

⁵⁶¹ A princípio, a SG sinalizou que seria o percentual máximo, entretanto sem informações adicionais para cravarmos com segurança que se trata de entendimento consolidado do órgão.

⁵⁶² A preocupação reflete parte da doutrina ao comentar sobre a necessidade de moderação nos incentivos (desconto), justamente para evitar efeitos perversos, para evitar a ignorância à efetiva cultura preventiva (risco moral), quando se adotaria o *compliance* apenas por conveniência do desconto etc.

⁵⁶³ Cf. art. 18, inciso V, Decreto 8.420/2015. Tal dispositivo, em verdade, se insere no âmbito das atenuantes para fins do cálculo da multa considerando os ilícitos tipificados na Lei Anticorrupção.

Importante ter em perspectiva o contexto peculiar desse caso (seis TCCs no guarda-chuva de casos da operação Lava Jato) para balizar as primeiras constatações. Para além do CADE, também havia negociação paralela junto à CGU (e eventuais outros reguladores), onde o programa de integridade da empresa (de caráter mais amplo) já tinha sido analisado, inclusive com monitores externos independentes acompanhando o desenvolvimento do programa por força de acordo firmado com outros reguladores, *i.e.*, DoJ e MPF.⁵⁶⁴

Aliás, nesse compasso, vale anotar, dentre outras obrigações relacionadas ao programa de *compliance* que constaram desse TCC, a apresentação de relatórios anuais de monitoramento a respeito da implementação e do progresso do programa. Os relatórios demandam parecer de profissional externo à infratora, sob suas expensas e desde que conte com o aval do CADE. A referência ao profissional externo remeteu-nos, indiretamente e ainda que de maneira mais simplificada, à figura de um *quasi*-monitor externo e independente, conforme supracitado. Outro ponto digno de nota: previu-se que o não cumprimento da obrigação de apresentar ao CADE relatório de monitoramento de *compliance* ensejaria multa pecuniária correspondente a um valor percentual da contribuição pecuniária (variando conforme cada caso) e, na hipótese de atraso injustificado ou sem consentimento no pagamento da referida multa, previu-se a declaração de descumprimento integral do TCC, acarretando nova multa pecuniária, com o processo voltando a tramitar em desfavor da empresa.

Por fim, outro aspecto a ser destacado diz respeito às pessoas físicas envolvidas no ilícito e que celebraram o(s) TCC(s) em tela. Aparentemente, os cargos ocupados por essas pessoas podem ser considerados de alta ingerência decisória (ou próximo a isso) na organização e, não obstante, tal fato não vedou o desconto para fins de *compliance*.⁵⁶⁵ Não há qualquer informação no Guia de *Compliance* ou em decisões do CADE tratando dessa questão, *i.e.*, se o envolvimento de pessoas da alta direção/escalão no ilícito vedaria/limitaria a possibilidade de desconto. No âmbito da Portaria 14/2004 da SDE, havia previsão nesse

⁵⁶⁴ O DoJ e o MPF definiram dois profissionais para atuar como monitores independentes da Odebrecht. O monitor brasileiro é o advogado Otavio Yazbek e o monitor americano é o ex-funcionário do DoJ, Charles Duross. Nesse sentido, ver: <<https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>>; <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>>; <<https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,brasil-e-eua-definem-monitores-para-evitar-corrupcao-dentro-da-odebrecht,70001648489>>. Acessos em: 05 dez. 2018.

⁵⁶⁵ Informações mais detalhadas a esse respeito são necessárias para conclusão firme e assertiva.

sentido. Particularmente em vista desse caso concreto, um potencial argumento que serviria para justificar o desconto, inobstante o (aparente) envolvimento do alto escalão, decorre da ausência do programa à época do ilícito, ou seja, essas pessoas não poderiam violar um programa que não existia.⁵⁶⁶ Se fosse o contrário, isto é, se o programa fosse preexistente à violação, talvez o desconto pudesse ser afastado ou limitado. De toda maneira, essas considerações são lançadas no âmbito teórico-especulativo, haja vista a ausência de sinalização do CADE nesse sentido, a não ser no âmbito da revogada Portaria 14/2004 da SDE analisada anteriormente.

2.4 Síntese da Análise Jurisprudencial: principais sinalizações e conclusões

Ante o exposto, e de modo a sumarizar as principais sinalizações e possíveis conclusões à luz do apanhado jurisprudencial que foi cotejado, tem-se o seguinte quadro:

Com base no recorte metodológico de nossa pesquisa, foram identificados *trinta casos* versando sobre programa de *compliance* concorrencial. Foram considerados dois procedimentos relacionados ao processo administrativo no âmbito de controle de condutas, quais sejam: (i) decisões condenatórias do CADE por práticas anticompetitivas; e (ii) homologações de TCCs pelo CADE. O marco temporal da pesquisa considerou tanto a Lei 8.884/1994, quanto a Lei 12.529/2011, com mais ênfase nesta última, haja vista o desenvolvimento do assunto.

O objetivo primário da pesquisa foi averiguar o tratamento dispensado pelo CADE ao programa de *compliance* concorrencial, em específico no que diz respeito à vertente da *recompensa direta*, leia-se, eventual desconto pecuniário atribuído pelo CADE como contrapartida à empresa que dispunha ou se comprometeu a adotar/aperfeiçoar instrumentos de conformidade na esteira de uma infração concorrencial. A intenção foi utilizar o substrato dessa análise para responder à seguinte macro questão-problema:

É possível observar um padrão jurisprudencial sobre programa de compliance concorrencial no ordenamento antitruste brasileiro?

⁵⁶⁶ A ideia seria, portanto, de renovação da cultura empresarial daí em diante, a partir da internalização do programa de *compliance*, alterando o padrão de não conformidade que levou à ocorrência da infração.

No âmbito da Lei 8.884/1994, foram identificados sete precedentes, sendo apenas um em sede de condenação e os outros seis no âmbito de TCCs. No âmbito da decisão condenatória, fez-se claro o entendimento de que o programa de *compliance* não seria medida impositiva, mas sim uma possível recomendação para os condenados no ilícito. Não houve qualquer discussão acerca da recompensa. No âmbito dos TCCs, a discussão relacionada à eventual *recompensa direta* (desconto) foi muito incipiente. Em apenas um precedente foi possível verificar um arrazoado de considerações mais gerais para justificar posicionamento contrário à inclusão do programa de *compliance* no bojo do TCC, ressalvadas circunstâncias excepcionais, e, nesse contexto, foram ventilados comentários pontuais sobre a eventual contrapartida financeira da Administração à empresa que implementa o programa de *compliance*, refutando essa hipótese. Nos demais TCCs o programa de *compliance* foi considerado, não havendo qualquer discussão de mérito acerca de eventual recompensa pecuniária.

No âmbito da Lei 12.529/2011, foram identificados vinte e três precedentes, sendo cinco em sede de condenação e dezoito no âmbito de TCCs. A discussão foi sendo gradualmente refinada em termos qualitativos e ganhou mais tração após a edição dos Guias de *Compliance* e de TCC. De todo modo, a discussão travada até o momento, a nosso ver, não pode ser considerada realmente expressiva e consolidada, de sorte que ainda há muito a se percorrer se o objetivo for fincar entendimentos mais firmes e lineares,⁵⁶⁷ especialmente a respeito do desconto pecuniário ao programa de *compliance*. A propósito, como comentou a Conselheira Cristiane Schmidt em artigo, “o Guia [de *Compliance*] parece deixar muito a desejar, pois este não indica especificamente como as empresas podem ter redução de penas”.⁵⁶⁸ Em que pese esse fato, foi possível identificar algumas sinalizações úteis para a reflexão e organização de ideias, a seguir sintetizadas.

Quanto às decisões condenatórias, não se identificou discussão sobre eventual *recompensa direta* por força do programa de *compliance*. Como comentado, tal possibilidade está prevista genericamente no Guia de *Compliance* ao referenciar à *evidência da boa-fé* daquele que adota um programa de *compliance* (critério para dosimetria). Da

⁵⁶⁷ Não se pode descartar estratégia de *policy* no sentido de não fincar balizas objetivas, abordando o assunto de modo mais vago, aberto e genérico, o que, por outro lado, poderia manter ou aguçar a insegurança jurídica e imprevisibilidade de parte dos administrados. Trata-se, em suma, de um *trade-off*, conforme descortinaremos nos Capítulos subsequentes.

⁵⁶⁸ SCHMIDT, op. cit., **Governança corporativa...**

mesma sorte, o contrário não ocorreu, isto é, discussões relacionadas à ausência de boa-fé (ou suposta má-fé) em virtude da implementação de programa de fachada. Outrossim, foi possível verificar que, atualmente, o entendimento que se entremostra dominante no Tribunal é no sentido da inadmissibilidade de *obrigar* o condenado a implementar um programa de *compliance*, tal como uma sanção não-pecuniária no bojo de uma obrigação de fazer. Eventualmente, admitir-se-ia o programa de *compliance* em caráter de recomendação no âmbito da decisão condenatória (medida optativa, mas não impositiva), e, mesmo assim, sugerindo sopesar a proporcionalidade da medida.

Quanto aos TCCs, nos últimos tempos anteviu-se mais desenvolvimento da discussão, porém não de maneira sólida e efetiva. Restou corroborada a possibilidade de *recompensa direta* prevista nos Guias de *Compliance* e de TCC, mas consideramos que ainda faltam balizas mais seguras a respeito, principalmente, (i) do *quantum* do desconto;⁵⁶⁹ (ii) das hipóteses de não desconto (ou de sua limitação); (iii) de eventuais consequências concretas do programa de fachada em termos de dosimetria; e (iv) do *momento* considerado para o desconto *vis-à-vis* a adoção do programa. Alguns casos expressamente aludiram ao programa de *compliance* concorrencial como fator levado em consideração no cálculo da contribuição pecuniária, sendo possível argumentar, com base apenas nesses precedentes, que o desconto poderia ser de até 4%. Para tanto, ficou clara a necessidade de uma análise caso a caso, sem garantia de que o programa de *compliance*, *per se*, motivaria o potencial desconto. Além disso, em termos de marco temporal para efeitos do desconto, o CADE, por ora, considerou compromissos futuros de implementação do programa de *compliance*, exigindo cronograma detalhado, relatórios e monitoramento a ser apresentado pelo compromissário e atestado pela ProCADE, para além de estabelecer multas pecuniárias em caso do não cumprimento das obrigações de *compliance*, sendo algumas bastante graves e que podem, inclusive, no agregado, ensejar o fim do TCC, retomando o trâmite do processo em face do infrator.

Em conclusão, respondendo objetivamente ao questionamento formulado no início, com base na análise de jurisprudência realizada, a resposta objetiva é de que *não foi possível observar um padrão jurisprudencial sobre programa de compliance concorrencial no*

⁵⁶⁹ Da mesma forma, carecem esclarecimentos práticos a respeito de eventual “afastamento de proibições”, hipótese prevista no Guia de *Compliance* do CADE, porém sem qualquer indicativo nos precedentes consultados.

ordenamento antitruste brasileiro, notadamente sob o ângulo da recompensa direta a esse instrumento.

Como visto, a análise restou bastante limitada em termos quantitativos em razão do baixo número de julgados em que o programa de *compliance* foi aventado (“déficit” quantitativo) o que, por via de consequência, comprometeu o aprofundamento qualitativo das discussões acerca do assunto. Ponderando, uma das hipóteses que pode ajudar a compreender o limitado quadro de desenvolvimento temático até o momento reside em um fator histórico-cultural.⁵⁷⁰

Em outras palavras, a percepção individual-exploratória deste pesquisador é de que a apreensão da cultura da concorrência no Brasil ainda é baixa e possivelmente errática. Melhor dizendo: no meio empresarial, especificamente, talvez seja possível afirmar, com algumas doses de ressalva, que essa cultura é mais consistente e possivelmente estaria se adensando, porém ainda não nos parece consolidada.⁵⁷¹ Sob um prisma amplo, que leva em conta a sociedade civil, nossa sensação é de que a cultura da concorrência está longe de ser tida como consolidada.⁵⁷²⁻⁵⁷³ Fosse o contrário, dentre outros fenômenos, seria de se esperar,

⁵⁷⁰ Não se pode olvidar que o desenvolvimento efetivo do direito concorrencial no Brasil é recente, e assim também o é uma “cultura da concorrência”. Vale lembrar aqui Gesner Oliveira, cuja opinião é no sentido de que o histórico de intervenção estatal em uma economia fechada justifica o esforço permanente na agenda de advocacia da concorrência, o que inclui o necessário investimento em programas de *compliance* em países emergentes como o Brasil, onde a cultura da concorrência está menos consolidada. Como abordamos, a tradição intervencionista deixou marcas profundas na economia brasileira. Consoante aponta Gesner, em economias como a brasileira, as barreiras à entrada são tipicamente maiores, para além de contar com uma infraestrutura frágil, que impede o desenvolvimento de vários mercados e cria dificuldades de acesso à infraestrutura essencial. Além disso, outro signo local é uma burocracia onerosa para as empresas, sobretudo para as de menor porte. Nesse sentido, ver OLIVEIRA, op. cit., **Sabedoria de futebol...**, p. 155.

⁵⁷¹ Cf. ANDERS; MISSALI, op. cit., **Compliance e a cultura...**

⁵⁷² Como ressalvado, trata-se de uma hipótese a partir da percepção da realidade. O objetivo não é testá-la. Com efeito, paulatinamente, o direito concorrencial no Brasil foi amadurecendo a partir da Lei 8.884/1994 e teve um salto qualitativo com a introdução da Lei 12.529/2011. Todavia, a nossa hipótese é que a cultura da concorrência ainda não se encontra internalizada na sociedade brasileira. Deveras, mais recentemente, em parte como consequência da operação Lava Jato e do ambiente institucional brasileiro, a cultura da concorrência parece que vem se fortalecendo, porém ainda de maneira limitada e direcionada para práticas horizontais, mormente cartéis. É oportuno consignar que a formação de uma “cultura” transcende o mero direito posto, extrapola as regras jurídicas. Uma série de variáveis influencia a sua internalização e, nesse aspecto, por exemplo, histórico institucional, normas sociais e valores morais exercem influência na formação e apreensão cultural. Tal premissa nos parece verdadeira para a cultura da concorrência, notadamente tendo em conta o contexto histórico de desenvolvimento e a recente liberalização da economia brasileira.

⁵⁷³ Como nota subjacente, sem entrar na minúcia do método, em pesquisa empírica conduzida por Daniel Sokol (por meio de entrevistas online e por telefone, incluindo conversas com advogados e executivos de diversas empresas), foi possível verificar, dentre inúmeras sinalizações, que, aparentemente, na maioria das empresas não havia uma forte cultura de *compliance* concorrencial. Consoante verificado por Sokol nas pesquisas (incluindo empresas listadas na Global Fortune 500), a maioria dos respondentes (representando empresas estrangeiras) afirmou que os crimes de cartel eram aceitos como forma de fazer negócios, embora, segundo Sokol, a tolerância ao cartel estaria gradualmente mudando, sobretudo nas empresas europeias. O *compliance*

em princípio, o *compliance* concorrencial como elemento ínsito à cultura coletiva, inclusive com maior volume, consistência e qualidade de programas dessa natureza, forjados e disseminados mais proativamente, paralelamente a uma sociedade empoderada e nivelada nas discussões de cunho concorrencial, formando uma massa crítica informada, coesa e ativa no direito antitruste, trazendo à baila, por exemplo, discussões ainda com baixa densidade e repercussão no país (e.g., ações de reparação).

Mas não é só isso. A baixa incidência dos programas de *compliance* no ordenamento concorrencial também pode decorrer da imprecisão de seu tratamento - e de incentivos - na esfera normativa, ensejando insegurança jurídica junto aos agentes econômicos. A esse respeito, Ana Frazão e Ana Rafaela Medeiros comentam que a falta de clareza sobre o impacto do programa de *compliance* no que se refere à sanção aplicada pelo CADE não favorece a estruturação de bons programas de *compliance*. Fosse o contrário, isto é, com critérios mais claros e objetivos, ter-se-iam, supostamente, maiores incentivos para sua estruturação.⁵⁷⁴ Ricardo Villas Bôas Cueva se filia a esse entendimento.⁵⁷⁵ É fundamental, diante dessa conjuntura, acompanhar de perto o desenvolvimento da temática perante o CADE, inclusive provocar a autoridade, formalizando ideias propositivas e cobrando discussões abertas em audiências e eventos, por exemplo, de maneira a extrair balizas mais sólidas no tocante às consequências práticas do programa de *compliance*, pontos a serem revisitados, atualizados e aperfeiçoados etc.⁵⁷⁶

e a cultura variaram inclusive dentro das empresas norte-americanas. As entrevistas conduzidas por Sokol sugeriram um desalinhamento de incentivos entre as empresas e os seus indivíduos em matéria de cartel. Em seu exame, Sokol direciona especial atenção no nível individual para tentar compreender essa questão (ou seja, vai além da “caixa preta” e explora suas dimensões internas, pontuando como diferentes incentivos e motivações influenciam o comportamento nos subníveis empresariais), destacando que a capacidade de a empresa monitorar seus empregados é um importante componente para a detecção de cartéis, especialmente porque afeta o cálculo de risco/recompensa do potencial cartelista. Ao focar nos subníveis da empresa, verificou-se a necessidade de mudar comportamentos (via incentivos) no intuito de incrementar o *enforcement* e a dissuasão. As pesquisas também sugeriram certa limitação estrutural no comportamento organizacional para a incorporação de programas de *compliance*. Tal pesquisa é uma das poucas na área que trouxe uma análise empírica mais detalhada sobre vários assuntos conectados ao *compliance* visando mapear o *enforcement* concorrencial. Aliás, reforça-se a inerente dificuldade prática de determinar se o *enforcement* anticartel já atingiu / ou se teria atingido seu nível ótimo de dissuasão ante a limitação empírica de dados, i.e., pela própria natureza, o número total de cartéis não é sabido, haja vista que só os cartéis descobertos são observáveis pela sociedade. Tal realidade impõe uma enorme dificuldade empírica de precisar o tal nível ótimo de dissuasão. Para detalhes, ver: SOKOL, D. Daniel. **Cartels, Corporate Compliance...**, op. cit., passim.

⁵⁷⁴ Cf. FRAZÃO; MEDEIROS, op. cit., p. 81.

⁵⁷⁵ CUEVA, op. cit., p. 547.

⁵⁷⁶ Grande parte das reflexões que listamos nas Conclusões deste trabalho caminha nessa direção.

De toda maneira, nosso prognóstico é que, nos próximos anos, num lapso temporal não muito distante, a tendência é de que os estudos acerca das repercussões práticas do programa de *compliance* antitruste no Brasil se intensifiquem.⁵⁷⁷ E isso por uma miríade de fatores, dentre os quais podemos exemplificativamente mencionar:

(i) precedentes recentes na seara concorrencial que devotam maior atenção para o programa de *compliance*,⁵⁷⁸ começando a explorar a vertente da dosimetria;⁵⁷⁹

(ii) recrudescimento do *enforcement* anticartel no Brasil,⁵⁸⁰ acompanhado de uma vertiginosa política de acordos na esteira da operação Lava Jato,⁵⁸¹ junto com sanções mais severas;

(iii) influência de outros normativos inter-relacionados ao direito concorrencial (*e.g.*, Lei Anticorrupção), que amplificam as formas de responsabilização e potencializam novas e severas sanções, mas que, ao mesmo tempo, trabalham na dimensão dos incentivos, reconhecendo e estimulando diretamente o programa de *compliance*;

(iv) debates internacionais mais frequentes sobre o assunto, sugerindo maior sensibilização à promoção do *compliance* como estratégia para disseminar a cultura da

⁵⁷⁷ Diferentemente do DoJ e da Comissão Europeia, que, segundo Murphy, não irão liderar a temática do *compliance*, pois focam apenas em “grandes e grandes punições” e não focalizam muito na dimensão preventiva, as autoridades do Canadá, Reino Unido, França e Chile seriam os novos líderes na discussão. Para o autor, a expectativa é de que a autoridade brasileira também lidere a discussão. Ver: MURPHY, Joseph. Essential elements of compliance programs. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 191.

⁵⁷⁸ A operação Lava Jato tem seu peso nisso. Conforme observado por Gesner Oliveira, “[t]ampouco surpreende que só mais recentemente, e em grande medida em função da operação Lava Jato, os programas de *compliance* antitruste tenham adquirido real importância ao setor privado nacional”. Ver: OLIVEIRA, Gesner. Prefácio: por uma revolução permanente. In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis**. São Paulo: Editora Singular, 2018, p.12.

⁵⁷⁹ Como mencionado, um caso recente ventilou a discussão com mais nuances, contudo merece ser visto sob perspectiva, notadamente em face de um contexto peculiar (vários TCCs decorrentes e conexos à operação Lava Jato, com negociação concomitante em outras instâncias). Sem prejuízo, esse caso pode motivar mais precedentes na linha de problematizar o programa de *compliance* e possíveis margens de desconto, para daí jogar luz sobre o necessário e importante debate em prol do amadurecimento da discussão.

⁵⁸⁰ A propósito, verifica-se intensificação de parcerias, convênios e coordenações investigativas entre o CADE e outras instituições (*e.g.*, CGU, MPF, Polícia Federal, TCU etc.).

⁵⁸¹ A operação Lava Jato também tem seu peso, e relevante peso, nisso. A esse respeito, válida a leitura de FRADE; THOMSON, ATHAYDE, op. cit., p. 223. Ressalte-se que os autores se referem à operação Lava Jato, e à multiplicidade de investigações que dela derivou, como sendo “verdadeiro ‘monstro’ investigativo, que ainda avança”.

concorrência e, ao mesmo tempo, robustecer o *enforcement*, meditando sobre incentivos indutores para tanto; e

(v) reflexos de discussões na seara do *criminal compliance*, cujos estudos acerca das repercussões do programa de *compliance vis-à-vis* à possível responsabilização (ou não) das pessoas jurídicas (e também de implicações sobre pessoas físicas) estão mais avançados.⁵⁸²

Enfim, ante esse quadro, no âmbito da política de defesa da concorrência brasileira,⁵⁸³ consideramos o momento deveras oportuno para aprofundar as discussões sobre o programa de *compliance* concorrencial. Por duas razões principais: tanto para consolidar a cultura da concorrência - e do *compliance* concorrencial - junto à sociedade,⁵⁸⁴ quanto para, de modo conexo, granjear um *enforcement* anticartel ainda mais robusto e efetivo.⁵⁸⁵

Nesse horizonte, como examinado no Capítulo 1, o ambiente regulatório brasileiro no que se refere ao direito concorrencial se mostra oportuno para a promoção da autorregulação corporativa como ferramenta complementar à disciplina da regulação pública da concorrência, jogando luz a possibilidades regulatórias adicionais para a promoção da defesa da concorrência mediante o *compliance* concorrencial. Diante disso, consideramos que a lógica da autorregulação regulada (*matizada*) se mostra, a princípio, um modelo crível, de sorte a potencializar uma relação sinérgica e de mútuo reforço entre a regulação estatal e

⁵⁸² Cf. referido em notas acima, especialmente no Capítulo anterior, para trabalhos de SHECAIRA, SALVADOR NETTO, SARCEDO, LUZ.

⁵⁸³ A propósito, no CADE, seria oportuno encorajar trabalhos científicos/empíricos por parte do DEE a respeito do programa de *compliance*, especialmente se valendo da inteligência de informação e amplo acervo de dados. Para além do CADE, também seria oportuno que a Seprac devotasse maior atenção ao assunto sob a perspectiva ampla da advocacia da concorrência.

⁵⁸⁴ Nunca é demais reforçar o legado histórico brasileiro, que teve (e ainda tem) claro impacto quanto à assimilação e à disseminação dessa cultura no país.

⁵⁸⁵ Fica bastante assente esse objetivo quando o então Presidente do CADE em 2018, em artigo conjunto com sua chefe de gabinete, lista três metas que servem de norte para atuação do CADE no futuro, salientando, dentre elas, a importância de iniciativas voltadas ao fortalecimento da política de combate a cartéis, com reforço aos cartéis em licitações, que exigem técnicas de inteligência investigativa e parcerias com órgãos das Administração pública e organismos internacionais, sublinhando a importância do programa de leniência nesse contexto. Também se menciona o investimento na implementação de melhores práticas internacionais para a prevenção e repressão a condutas anticompetitivas, notando a participação estratégica do CADE em eventos internacionais. Outro aspecto digno de nota é o foco na gestão de conhecimento sobre defesa da concorrência, investindo na sistematização da jurisprudência do CADE, fomento à produção acadêmica e realização de estudos econômicos etc. Em fim último, objetiva-se disseminar a cultura da concorrência no Brasil. Antevemos nessas metas uma estreita ligação com a cultura do *compliance*, de tal sorte que, dedutivamente, seria encorajado o aperfeiçoamento da disciplina dos programas de *compliance*, vez que poderia contribuir, direta ou indiretamente, para a consecução das metas enunciadas pelo Presidente do CADE. Ver: SOUZA; MAHON, op. cit., p. 56.

a autorregulação privada. Consoante explicitado, ter-se-ia um frutífero cenário no qual o *compliance* concorrencial ganha efetividade tanto mais o *enforcement* regulatório se fortifica e se mostra crível, incentivando que os agentes econômicos genuinamente incorporem padrões e rotinas preventivas de comportamento para a autogovernança, fincando a cultura da concorrência como premissa de atuação, que, a seu turno, se mostra balizadora da conformidade e incentivadora de boas práticas concorrenciais. Da análise jurisprudencial empreendida, refinamentos por parte do CADE em relação às estratégias da política de incentivos ao programa de *compliance* concorrencial (*lato sensu*, isto é, não apenas restritos ao eixo do desconto pecuniário) seriam desejáveis para colaborar com o círculo virtuoso supra ventilado.

Posto esse arrazoado de considerações, as Tabelas a seguir sintetizam as principais constatações dos julgados:

Tabela 1⁵⁸⁶

Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
TCC	
<p><i>6 precedentes</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Maioria dos casos não questionou a conveniência e oportunidade para a adoção do programa de <i>compliance</i>, acatando-os, em linha com o art. 129-A, inciso III, da Resolução 46/2007. Não houve discussão sobre desconto pecuniário nesses casos. - Programa de <i>compliance</i> não foi aceito em apenas um caso. Principais argumentos contrários: (i) altos custos de monitoramento para a Administração pública; (ii) foco do estímulo equivocado, pois empresas que sugerem a formalização do <i>compliance</i> já estariam cientes da possível e iminente responsabilização, implementando o <i>compliance</i> de qualquer maneira; e (iii) incentivo para a adoção do <i>compliance</i> existe independente do TCC e de eventual desconto. Assim, considerar a adoção de programa de <i>compliance</i> no âmbito de TCC é medida excepcional. 	<p><i>18 precedentes</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Guias de <i>Compliance</i> e de TCC são citados no exame do programa de <i>compliance</i> concorrencial. - Programa de <i>compliance</i> é visto como um instrumento pedagógico e importante difusor da cultura da concorrência (<i>advocacy</i>). - Inclinação a considerar o desconto pecuniário para programas de <i>compliance</i> robusto, porém não é entendimento pacífico. - Dicotomia: desconto como um incentivo para a empresa implementar o programa, que se soma ao <i>enforcement</i> anticartel vs. maior incentivo ao programa é a punição dissuasória, em um cenário onde o Estado não deve “custear” políticas de conformidade corporativa, com riscos de incentivos perversos (<i>e.g.</i>, programas de fachada). - Análise caso a caso. Discricionariedade do regulador. - Poucos precedentes para extrair balizas concretas sobre o desconto pecuniário (<i>quantum</i> e momento). - Desconto máximo parece ser de 4%, dentro da proporcionalidade do caso e sem distorcer incentivos ao TCC. Racional segue em linha com o padrão de dosimetria da CGU.

⁵⁸⁶ Elaboração própria.

	<ul style="list-style-type: none"> - Os casos que resultaram no desconto abordaram o programa como um compromisso de implementação futura. - Nenhuma referência à possibilidade de afastamento de proibições por força do programa de <i>compliance</i>. - Referência aos elementos de um programa de <i>compliance</i> concorrencial robusto feito de forma genérica e em linha com o Guia de <i>Compliance</i>. - O descumprimento das obrigações de <i>compliance</i> pode acarretar, no limite, rescisão do TCC e multas pecuniárias.
--	---

Tabela 2⁵⁸⁷

Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
Decisões condenatórias	
<p><i>1 precedente</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Programa de <i>compliance</i> não é medida impositiva, mas sim de recomendação. Entendimento pacífico. - Ausência de discussão sobre o programa de <i>compliance</i> na dosimetria da pena. 	<p><i>5 precedentes</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Debates pontuais sobre a imposição do programa de <i>compliance</i> como sanção. - Prevalece a leitura de que o programa de <i>compliance</i> é uma medida de recomendação. - Em teoria, o art. 38, inciso VII, da Lei 12.529/2011 não confere amparo legal para justificar a imposição do programa de <i>compliance</i>. Isto é, o programa de <i>compliance</i> não é sanção não-pecuniária, ainda que haja entendimento divergente. - Princípio da estrita legalidade e da proporcionalidade a justificar o programa de <i>compliance</i> como não sendo “obrigação de fazer” (sanção). - O <i>enforcement</i> do programa de <i>compliance</i> é inexecutável pelo Estado. - Ausência de discussão sobre o programa de <i>compliance</i> na dosimetria da pena.

Portanto, à luz das ramificações da macro questão-problema, em resumo, infere-se o seguinte:

(i) o CADE abordou o programa de *compliance* no âmbito de seus julgados, considerando tanto decisões condenatórias, quanto homologações de TCCs?

A resposta é afirmativa, destacando o “déficit” quantitativo (que repercute no “déficit” qualitativo para a presente análise);

(ii) como o CADE abordou o programa de *compliance* em termos de:

⁵⁸⁷ Elaboração própria.

(ii.1) *dosimetria (atenuante de multa na condenação e/ou redutor de contribuição pecuniária)?*

A resposta é que não houve consistência nos julgados que permite uma resposta firme. Com efeito, o redutor pecuniário foi aplicado em poucos casos e somente no âmbito de TCCs, *i.e.*, reflexo na contribuição pecuniária.

(ii.2) *momento de estruturação vis-à-vis a infração (i.e., existência prévia ou compromisso de implementação)?*

A resposta é que foi aplicado o redutor pecuniário apenas para o compromisso de implementação do programa no âmbito de TCCs.

2.5 Reflexões Adicionais sobre o Programa de *Compliance* e Algumas Proposições

Concluída a análise jurisprudencial, e constatada, por ora, pouca densidade material a respeito dos debates envolvendo o programa de *compliance* no âmbito do CADE, notadamente sob a perspectiva do desconto pecuniário, lançamos agora algumas reflexões complementares com o viés propositivo de instigar algumas discussões.

Em primeiro lugar, imagina-se um cenário em que os programas de *compliance* cheguem com mais frequência à apreciação do CADE no âmbito de investigações,⁵⁸⁸ sobretudo como argumento dos infratores que intencionam sensibilizar a autoridade na dosimetria da pena. Sem adentrar no mérito sobre a conveniência e oportunidade de o CADE recompensar o agente que implementou o programa,⁵⁸⁹ indaga-se uma questão fática-procedimental: a autoridade concorrencial estaria adequada e suficientemente capacitada,⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ E aqui deixando de lado as possíveis razões que levaram à não prevenção do incidente, bem como se a quantidade de ilícitos estaria aumentando ou diminuindo.

⁵⁸⁹ E eventuais jogos repetidos que poderiam derivar dessa hipótese.

⁵⁹⁰ Aparentemente, o CADE tem a questão da capacitação em mente. Conforme Anuário do CADE de 2017, verificou-se que um servidor do CADE participou de programa de capacitação sobre *Compliance (Certified Expert in Compliance)*, de um ano de duração, promovido pelo Instituto ARC. Importante que iniciativas como essa sejam levadas a cabo de modo mais consistente, envolvendo maior contingente de pessoal, e que haja treinamento interno para disseminação de conhecimento. Ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Anuário do CADE**. 2017.

com recursos financeiros, humanos e *expertise* técnica, para distinguir entre o programa robusto e o programa de fachada?

Com efeito, tal exercício pode não ser trivial na prática. Como sugestão, a elaboração de guias internos⁵⁹¹ para os servidores do CADE, a exemplo do que fez recentemente a CGU,⁵⁹² possivelmente inspirada no modelo do DoJ,⁵⁹³ poderia contribuir ao agregar maior balizamento e evitar riscos de seleção adversa na análise, que, se fosse este o caso (seleção adversa), poderia gerar um jogo de barganha do regulado sobre o regulador, com potencial de culminar em captura, por exemplo. Para além disso, a alocação de servidores do CADE para um setor/departamento específico, sugestivamente relacionado a “diligências de programa de *compliance*”, pode representar uma medida de reforço nessa discussão, considerando, inclusive, o suporte de assessoria especializada, externa e independente, para colaborar em determinadas atividades que fortaleçam o processo de avaliação e aferição da efetividade dos programas de uma maneira geral, também nos moldes da CGU.⁵⁹⁴ O compartilhamento de inteligências e experiências com outras autoridades que também estão envolvidas na análise de programas de *compliance*, especialmente quando houver intersecção com ilícitos anticoncorrenciais, pode se traduzir, igualmente, em mais uma possibilidade para incrementar a capacitação.

Para evitar riscos de efeitos indesejados no processo de avaliação do programa, conforme sublinhamos no Capítulo 1, é essencial que exista uma aferição técnica e abalizada quanto à qualidade do programa. Não se trata aqui da hipótese de o Estado vir a avaliar o programa de *compliance*, mas sim de cotejá-lo à luz das informações apresentadas pelo

⁵⁹¹ O CADE dispõe de guias e manuais administrativos e procedimentais que orientam internamente seus servidores em determinadas situações processuais. Como exemplo, cita-se o Manual Interno da Superintendência-Geral para Casos Ordinários. Nesse diapasão, um sugestivo “Manual Interno de Análise de Programas de *Compliance* Concorrencial” poderia ser uma iniciativa adicional.

⁵⁹² Ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Op. cit., **Guia Prático...**

⁵⁹³ Ver: ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Division. Fraud Section. Op. cit., **Evaluation...**

⁵⁹⁴ A CGU contratou serviços da ex-consultora de *compliance* do DoJ, Hui Chen (já referida nesta dissertação), para prestar consultoria em integridade (de setembro a dezembro de 2018) para produção de (i) manual de monitoramento de programas de integridade e de ações de remediação adotadas por pessoas jurídicas que celebraram acordos de leniência com a CGU; (ii) manual de entrevista/questionamento de executivos de pessoa jurídica, que negocia acordo de leniência, com relação às medidas de investigação interna, remediação e aperfeiçoamento do programa de integridade face aos atos lesivos previstos na Lei 12.846/13; e (iii) metodologia a ser aplicada para avaliação/medição do grau de efetividade e maturidade do programa de integridade e da cultura empresarial da pessoa jurídica. Ver: Contrato 18/2018. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/licitacoes-e-contratos/contratos/contrato-18-2018>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

infrator. Daí também ser importante que haja algum tipo de instrução e clareza quanto às informações a serem apresentadas pelo infrator no momento da avaliação, como parte do seu *onus probandi*.⁵⁹⁵

Nesse contexto, reafirma-se a importância da capacitação técnica do órgão regulador, também para evitar desincentivos àqueles agentes de boa-fé, que estruturam programas robustos, mas que são tratados da mesma forma (ou eventualmente de forma menos favorável) que agentes com programas de fachada, fato que poderia redundar, mais além, em risco de predação regulatória na hipótese de proliferação de programas sem qualquer preocupação com a cultura pró-competitiva, meramente implementados ao sabor da ocasião para se valerem da possível contrapartida financeira.⁵⁹⁶ Forjar-se-ia, nesse cenário, situação propícia para o chamado “paradoxo do *compliance*”,⁵⁹⁷ vez que ao recompensar programas ineficientes, estimula-se que as empresas façam um cálculo apriorístico, leia-se, somente implementem e invistam no programa na medida estritamente necessária para a realocação de risco. Nesse caso, em princípio, tem-se diminuição (e não aumento) do nível de diligência e cuidado adotado pela empresa, traduzindo situações de risco moral.⁵⁹⁸

Nessa esteira, no tocante ao programa de fachada, uma questão tangenciada acima tem a ver com o fato de se esse artifício, isoladamente, poderia dar ensejo à majoração da pena, considerando a hipótese do infrator que mimetizou o programa norteado

⁵⁹⁵ Em termos gerais, em alguns precedentes, o CADE explicita certos pontos sugestivos a serem abordados no programa de *compliance*, em linha com o seu Guia (inclusive, houve precedentes no passado que também delinearão certos pontos do programa, muito com base na Portaria 14/2004 da SDE). Contudo, o processo de avaliação do programa em particular não é explicitado de maneira objetiva. A citada portaria da SDE poderia servir de referência inicial nessa discussão. Complementarmente, o agente poderia ter como referência guias adicionais e mais amplos da área, como é o *Toolkit* da ICC, que será mencionado no Capítulo 3, ou até mesmo ter em mente a orientação de outros reguladores nacionais (por exemplo, o agente poderia mirar para a CGU no âmbito da Portaria 909/2015 voltada à avaliação de programas de integridade; ainda que as análises se pautem por riscos e preocupações distintas, o norte mínimo tenderia a colaborar com o agente, a nosso ver).

⁵⁹⁶ Aqui aparece, subjacentemente, um potencial problema decorrente da visibilidade ao desconto: poder-se-ia alegar, por exemplo, que ao deixar mais explícito e detalhado o valor dos possíveis descontos ao programa de *compliance*, tal como em faixas de escalonamento conforme o desempenho do programa, haveria incentivo para programas de fachada, posto que seria possível deduzir de antemão os possíveis descontos, sem a previsão genérica que vigora. Nesse contexto, o agente calcularia *a priori* o custo/benefício de estruturar o programa, já o computando na sua prática anticompetitiva, por exemplo. De toda sorte, não se pode olvidar que, ao final, a discricionariedade na concessão do eventual desconto remanesce com a Administração pública (não é um processo automático), que se veria fortalecida com um setor especializado para avaliação de programas de *compliance*, diminuindo, em teoria, as chances de erro tipo I.

⁵⁹⁷ Ver: LAUFER, op. cit., **Corporate Liability...**, p. 1367.

⁵⁹⁸ Cf. Laufer, “[m]any corporations simply purchase only the amount of compliance necessary to effectively shift liability away from the firm. After risk of liability and loss is transferred, the firm’s incentive to maintain high levels of care decreases”. Ver: LAUFER, op. cit., **Corporate Liability...**, p. 1350.

exclusivamente pela possibilidade da recompensa. Ou, mais grave, no caso do agente que emulou o programa intencionando ocultar algum ilícito, induzindo a erro a autoridade e impactando a ordem econômica. Em linhas gerais, nessas hipóteses, sobretudo no caso do programa deliberado para gerar algum dano, ainda que não explicitado objetivamente nas hipóteses de dosimetria, parece-nos que seria cabível admitir a má-fé na conduta do agente. De toda maneira, a questão requer ponderação, haja vista, principalmente, o princípio da estrita legalidade, de tal sorte que maior clareza sobre esse aspecto seria oportuno, em adição ao quanto estipulado no Guia de *Compliance*. Poderia decorrer daqui, inclusive, a abertura de uma investigação independente para apurar o ilícito ocultado pelo programa, jogando luz sobre a instrumentalização do ilícito via o engodo do programa de fachada, o que realça, a nosso ver, a hipótese da ausência de boa-fé do agente e que, em princípio, daria azo à majoração da penalidade.⁵⁹⁹

A propósito, abrimos uma breve nota lateral para iluminar a importância da segurança jurídica no que se refere à disciplina do programa de *compliance*, com uma série de indagações que paira no ordenamento concorrencial brasileiro, especialmente em razão do tratamento genérico de muitas questões (e também como reflexo da novidade do assunto), conforme inferido dos tópicos anteriores. Nesse passo, seria de se ponderar a conveniência de explicitar balizas mais claras e objetivas no tocante à disciplina do programa de *compliance* no âmbito da legislação concorrencial brasileira (seja em sede legal ou infralegal), indo além das diretrizes não vinculantes de seu Guia. Em se tratando de segurança jurídica, ilumina-se a Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu algumas mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (decreto-lei 4.657, de 1942, atualizado pela Lei 12.376/2010 - LINDB), já em vigor e que incide em matéria de direito público, abarcando autoridades administrativas.⁶⁰⁰

O novel normativo explicita, em seu art. 30, a importância do aumento da segurança jurídica quando da aplicação de normas pelas autoridades públicas.⁶⁰¹ Tal dispositivo poderia ser invocado para trazer mais luz a respeito de certos aspectos conexos ao programa

⁵⁹⁹ Por certo que toda essa análise deve ser realizada à luz da regra da razão.

⁶⁰⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. **JOTA**, 10 ago. 2018.

⁶⁰¹ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: o dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Fundação Getúlio Vargas.

de *compliance*.⁶⁰² Não estamos afirmando, com isso, que o programa de *compliance* deveria se tornar medida obrigatória (criando dever jurídico), mas sim que fosse conferida maior concretude a determinados aspectos que pairam no seu tratamento. À guisa de exemplo, ilumina-se a interpretação dos critérios de dosimetria (art. 45 da Lei 12.529/2011), ressaltando a questão da boa-fé e de sua ausência, e as implicações jurídicas no contexto da avaliação do programa de *compliance*, bem como do art. 38, inciso VII, em vista de sua amplitude semântica quando da decisão condenatória e eventual estabelecimento do programa de *compliance* (também de eventual monitor externo, como será abordado adiante).

Pois bem, retomando às considerações sobre a importância da tecnicidade na avaliação do programa de *compliance* concorrencial por parte do regulador a fim de evitar desvirtuamentos que, a seu turno, poderiam redundar em incentivos perversos, é de se notar, por certo, que existe um custo de monitoramento para a Administração pública nesse mister. Esse custo pode ser minorado tanto maior venham a ser os esforços voluntários do agente econômico para comprovar a estruturação robusta e/ou o aperfeiçoamento substantivo do programa, seus resultados concretos e a sua perenidade (o que já lhe é um ônus natural, porém indo além nesse dever). Em contrapartida a esses esforços extraordinários, que implicam custos e tempo do agente econômico, e supondo os resultados positivos do programa, a possibilidade da recompensa aparece, à primeira vista, como uma consequência plausível, que não necessariamente poderia ser, ou ficar restrita, ao prêmio financeiro.

Nesse particular, adiciona-se a questão das agências certificadoras para suplementar o monitoramento. Isto é, agências/instituições independentes e especializadas em matéria de *compliance* concorrencial que certificam ou credenciam o programa de *compliance* em termos de qualidade,⁶⁰³ em teoria contribuindo para maior credibilidade do instrumento (ou para justamente revelar o seu oposto), de maneira a diminuir, em alguma medida, o custo de

⁶⁰² Seja via regulamento, súmulas ou até mesmo respostas vinculantes a consultas etc.

⁶⁰³ Como nota paralela, sobretudo na seara anticorrupção e antissuborno, existem modelos da Organização Internacional de Normalização (ISO) que visam estabelecer padrões internacionais para auxiliar as organizações na implementação de sistemas de anticorrupção e *compliance*. Para assuntos envolvendo sistemas de gestão de anticorrupção e antissuborno internacional, vê-se o ISO 37001. É oportuno observar que enquanto a ISO 37001, sob um escopo mais holístico, cuida de sistemas de prevenção à corrupção e suborno, estabelecendo padrões universais para orientação, implementação, manutenção, análise crítica e melhoria de sistema de gestão antissuborno, o ISO 19600 trata especificamente de programas de *compliance*. No Brasil, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) é o órgão responsável por acreditar o sistema ISO 37001, dotando-o de reconhecimento oficial, ao passo que o ISO 19600 não possui um sistema de certificação acreditada pelo governo.

monitoramento da Administração pública.⁶⁰⁴ Inobstante, se fosse assim, de suma importância que a avaliação de certificação se pautasse por uma criteriosa régua técnica, neutra e de absoluta independência, para além do cuidado para não se criar incentivos indesejados, que consistiriam, por exemplo, em fazer dessa iniciativa uma possível “indústria” de *compliance* concorrencial, banalizando o real espírito que subjaz ao programa, sem mencionar outras tantas preocupações derivadas do risco de captura, oportunismos e de enviesamento de análises, da qualificação e da *expertise* do certificador sobre a matéria (credibilidade) etc.

No ensejo da discussão sobre formas de credenciamento ou certificação do programa de *compliance*, uma possibilidade adicional que se pondera seria o próprio CADE fazê-lo, remetendo parcialmente à política institucional de outrora quando do depósito de programas de *compliance*, conforme supra detalhado, porém agora com base em técnicas e modalidades mais refinadas, aproveitando, sobretudo, do ambiente institucional contemporâneo, mais propício para iniciativas de *compliance* no quadro brasileiro. Na verdade, está a se falar aqui de certificação de maneira generalizada, que inclui algum tipo de avaliação ou reconhecimento público do CADE às iniciativas de *compliance* (que não de cunho financeiro). Para tanto, decerto, seria indispensável estabelecer premissas e políticas claras, a começar pelo que foi pontuado acima: a existência de servidores dedicados para tal mister, com recurso, suporte e qualificação.

Para além disso, dever-se-ia estabelecer balizas técnicas e objetivas para evitar alegações no sentido de que a “certificação” representaria um manto inquebrantável, é dizer, pelo simples fato de o programa da empresa ter sido certificado ou avaliado positivamente, ela passaria a gozar de uma espécie de “imunidade”, agindo com base na presunção apriorística da licitude de seus atos, de maneira a ser tratada diferenciadamente, com mais brandura pela autoridade concorrencial.⁶⁰⁵ Sem dúvida, como dito, na hipótese da certificação, o pressuposto é de que haja critérios técnicos e objetivos, e mais, havendo total independência e isenção do órgão para conduzir o processo de certificação.

⁶⁰⁴ Seria desejável, a princípio, que tais agências/instituições, para gozar de maior legitimidade, fossem pré-aprovadas pela Administração pública.

⁶⁰⁵ Seria fundamental a cautela para evitar riscos de enviesamento na certificação. Como pontuado, nessa hipótese, o certificado/reconhecimento não representaria um “salvo conduto” para a empresa agir desordenada e displicentemente no mercado, mas antes serviria para ela se portar de forma ainda mais cuidadosa ante o risco da perda do reconhecimento, que poderia levar a empresa a deixar de figurar em uma possível lista pública de empresas “reconhecidas” pelo bom comportamento e pelo robusto programa de *compliance*, por exemplo.

Nesse compasso, em termos de estratégias de indução ao *compliance*, uma possibilidade seria agrupar os programas bem avaliados, recomendados ou certificados em uma base de dados pública, em um campo destacado no *website* do CADE ou mesmo em uma plataforma de fácil acesso e de ampla visibilidade, unificando também a avaliação do *compliance* feita por outros reguladores,⁶⁰⁶ de tal maneira a conferir transparência ostensiva e transversal. Essa estratégia poderia encorajar tanto empresas dotadas de programas de *compliance* a se empenharem (ainda mais) nas boas práticas no intuito de manterem a visibilidade positiva, quanto os demais agentes de mercado a modularem e refinarem seus programas, haja vista os exemplos bem sucedidos, de tal sorte a também obterem igual “*status*” e visibilidade positiva (“empresa pró-concorrência”).⁶⁰⁷

Tal abordagem poderia funcionar de maneira complementar para catalisar um círculo virtuoso na agenda do *compliance* concorrencial, espelhando estratégias similares às técnicas de *screening*⁶⁰⁸ ao imaginarmos, por exemplo, que a base de dados em comento permitiria traçar um comparativo entre os elementos dos programas (“*benchmarking* de

⁶⁰⁶ Porém discernindo com base nas matérias avaliadas.

⁶⁰⁷ Em linhas gerais, tal proposta guarda relação com a de Gesner Oliveira. A princípio, Gesner pondera sobre o risco de o incentivo redutor para programas de *compliance* acabar por gerar um efeito contrário ao pretendido, isto é, ao invés de constituir um indutor para a disseminação do programa de *compliance*, ter-se-ia um estímulo para a criação de programas de fachada. Assim, preferencialmente, Gesner sugere que o CADE poderia editar um guia de diretrizes sobre a elaboração de programas de *compliance*, que, por sua vez, poderia ser enriquecido com um “banco de programas de *compliance* certificados pelo Cade ou por agências credenciadas pela autarquia”. Nesse aspecto, Gesner observa que os programas robustos que passaram pelo crivo de agências certificadoras (ou do CADE) deveriam, em regra, ensejar menor propensão à infração. E essa análise poderia ser enriquecida por meio de exercícios estatísticos à medida que os programas de *compliance* se tornarem mais frequentes na realidade brasileira. Se for essa a realidade, antevemos campo fértil para lançar mão de avaliações com base em *big data*, com o necessário suporte do DEE, consoante referimos anteriormente no tocante ao manejo de dados empíricos por parte desse departamento. Sobre a sugestão de Gesner, ver: OLIVEIRA, op. cit., **Sabedoria de futebol...**, pp. 153-154.

⁶⁰⁸ Ou “estímulo à promoção das qualidades”, como elucida Calixto Salomão Filho, no contexto específico em que aborda a técnica de *screening* no âmbito do mercado de capitais brasileiro, referenciando aos padrões diferenciados de governança corporativa, com análise de alguns resultados iniciais do Novo Mercado. Ver: SALOMÃO FILHO, op. cit., **O novo direito...**, pp. 69-70.

compliance”),⁶⁰⁹ eventualmente diferenciando-os por níveis ou categorias.⁶¹⁰ Sob uma perspectiva moral, em tese, o reconhecimento social atrelado aos programas de *compliance*, que passaram por uma avaliação autêntica e cuidadosa, tenderia a incentivar e fortalecer a adoção de programas robustos.

Da mesma forma que exemplos positivos importam e influenciam a mudança de comportamento, exemplos negativos também impactam e são poderosos, e, às vezes, produzem efeitos até mais significativos sobre o comportamento dos agentes.⁶¹¹ Sob tal premissa, de se supor dois simples cenários. No primeiro deles, tem-se a empresa A, dotada de programa de *compliance* bem avaliado/recomendado, e que se vê envolta em uma prática anticompetitiva. Como dissemos, é uma hipótese plenamente concebível, pois nenhum programa de *compliance* é infalível. Esse fato, *per se*, não necessariamente macularia o programa; ao revés, poderia servir até para corroborar a sua avaliação e promovê-lo (*screening* positivo), pois a partir de seus mecanismos que teriam sido possibilitadas a detecção e a tomada de ações corretivas, culminando com a celebração de acordo de leniência e desbaratamento do ilícito, por exemplo. No segundo cenário, uma empresa B, com programa de *compliance* igualmente bem avaliado/recomendado, se vê enredada no ilícito, adota postura não colaborativa e é condenada. Possivelmente, o programa deixaria de ser recomendado nessa hipótese, saindo de uma eventual lista de “pró-conformidade

⁶⁰⁹ Sugestão adicional de Schapiro e Marinho, voltada para evitar o risco de contraincentivos na concessão de descontos punitivos em virtude de eventuais erros de calibragem, que, por seu turno, potencializaria um panorama de predação regulatória, seria a estruturação de um “protocolo de monitoramento”, de tal modo que o CADE acompanhasse com cuidado os resultados da política de descontos, fixando parâmetros e rotinas de avaliação e de revisão de suas orientações quanto aos custos e benefícios dos incentivos estipulados. Ver: SCHAPIRO; MARINHO, op. cit., p. 253. Nessa linha, e ampliando o rol de sugestões, uma possibilidade que lançamos no âmbito de uma eventual “política de análise de impacto” dos programas de *compliance*, seria, de tempos em tempos, que o CADE calibrasse a política de estímulos a esse instrumento, até chegar a um nível que o desconto direto não fosse mais necessário para estimular a indução ao *compliance*. Lido de outra forma, após constatado um nível razoável de maturação do programa de *compliance* e um adensamento da cultura da concorrência no ordenamento brasileiro, paulatinamente, a política da recompensa pecuniária poderia ser alterada, até chegar a um ponto tal que essa técnica seria dispensável (ou então feita de forma simbólica, ou mesmo substituída por outras modalidades), rememorando, *mutatis mutandis*, uma política/cláusula de duração determinada para estimular condutas desejadas. Por certo, não se questiona que, nessa hipótese, seria fundamental a transparência para garantir segurança jurídica e previsibilidade aos administrados, o que implica mudanças planejadas, estruturadas e graduais, e não alterações bruscas, aleatórias e não informadas.

⁶¹⁰ Grosso modo, essa possibilidade remete-nos à sistemática dos segmentos diferenciados de “governança corporativa” da B3, que permitem distinguir entre diferentes perfis de empresa e servem de referencial comparativo para os investidores. Para detalhes, ver: <http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/solucoes-para-emissores/segmentos-de-listagem/sobre-segmentos-de-listagem/>. Acesso em: 05 dez. 2018. Ademais, poder-se-ia traçar um paralelo mais abrangente com o Programa Pró-Ética da CGU, consoante referenciado acima.

⁶¹¹ Nesse sentido, por exemplo, vide o que apontamos em notas anteriores acerca dos cenários pré e pós operação Lava Jato em termos de incremento da discussão sobre *compliance*.

concorrencial”⁶¹² para, no limite, ir para uma segunda categoria de lista, de cunho negativo,⁶¹³ ventilando publicidade adversa (*screening* negativo).

Tudo isso, em última instância, sob a rubrica da democratização do direito da concorrência, visa fomentar maior sensibilização social em termos de conformidade, ao mesmo tempo em que intenciona dissuadir comportamentos ilícitos por meio do incremento do custo moral da infração. Não obstante as hipóteses aventadas, chamamos atenção para uma experiência comparada a fim de refletir sobre eventual possibilidade de adotar um modelo de credenciamento de programas de *compliance* tendo como *proxy* a qualidade desses instrumentos - e isso não se confunde com a hipótese supramencionada (mais sutil e de reconhecimento moral).

Na Coreia do Sul havia uma política anual de classificação de programas de *compliance* concorrencial com base na qualidade desses instrumentos, alocando-os em faixas que variavam de “triplo A” a “D” (onde triplo A significava excelente e D significava muito ruim). As empresas apresentavam pedidos, a agência antitruste coreana (KFTC) avaliava e, a depender da classificação do programa, a faixa de desconto para a redução da multa poderia variar entre 10% a 20% no caso de condenação. Contudo, na prática, esse sistema se revelou complexo e recebeu críticas generalizadas, tanto no que se referia à imprecisão dos critérios de alocação de faixas, quanto no que dizia respeito à demasiada

⁶¹² Medida que precisa ser ponderada *cum grano salis*, pois, como se viu, a existência do programa de *compliance* não significa a ausência de violações, mas antes, tem-se um instrumento de gerenciamento e tratamento de riscos, benéfico para a empresa na medida em que previne a ocorrência de ilícitos e, conseqüentemente, minora a possibilidade de danos financeiros e morais, proporcionando maior conscientização sobre os padrões da conformidade legal e da cultura da ética empresarial. Da mesma forma, intui-se efeitos benéficos que o programa de *compliance* proporciona para a Administração pública, porquanto esses instrumentos incrementam a eficiência das políticas públicas e tendem a aumentar a transparência e a diminuir, ainda que indiretamente, o déficit democrático em áreas em que a atuação do Estado é mais opaca. Nesse sentido, ver CUEVA, op. cit., p. 541. Como resultado, a postura da empresa vai contar muito nessa avaliação.

⁶¹³ Aqui, exsurge o racional de listas e cadastros públicos nos moldes *naming-and-shaming*, que jogam luz para empresas que se furtaram às leis e foram condenadas, funcionando como um poderoso filtro, sinalizando ao mercado e à sociedade o histórico corporativo em termos de “integridade”. Um exemplo desse “filtro de transparência” são os cadastros da CGU, tais como o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e o Cadastro Nacional das Empresas Punidas (CNEP). A lógica dessas iniciativas não deixa de contemplar, mediatamente, a conhecida recomendação de Louis Brandeis ao consignar que “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants”. Ver: <<http://www.brandeis.edu/legacyfund/bio.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

generosidade dos incentivos.⁶¹⁴ O modelo foi então abolido e, a nosso conhecimento, não existe no mundo qualquer jurisdição que siga o racional de credenciamento.⁶¹⁵

Adicionalmente, e de modo contíguo ao raciocínio que vem sendo desenvolvido, uma ponderação que se lança a fim de contribuir com um eventual procedimento de avaliação de programas de *compliance*, diminuindo custos de monitoramento da Administração pública e assimetria informacional, diz respeito à imposição de monitores externos e independentes, que diligenciem junto aos infratores, acompanhando *pari passu* a efetividade dos instrumentos e a evolução dos mecanismos de conformidade.

Fato é que a imposição de monitores no âmbito concorrencial, em específico, não é medida corrente no escopo do controle de condutas (decisão condenatória), aliás, é algo raro, constituindo-se exceção no mundo, e, se fosse o caso, deveria ser extensamente justificada e motivada, a nosso ver. A propósito, poder-se-ia questionar se haveria substrato jurídico na Lei 12.529/2011 a fundamentar a imposição de monitor em sede de decisão condenatória, uma discussão que vem na esteira do cabimento da imposição do programa de *compliance* (obrigação de fazer como sanção não-pecuniária), como tratado acima. Aparentemente, por consectário lógico do que foi abordado, a resposta parece ser negativa, isto é, a dicção do atual art. 38 não fornece amparo jurídico que justifique a imposição da figura de um monitor de acompanhamento de *compliance*.

Já sob a perspectiva de negociação de TCC,⁶¹⁶ tendo em vista a natureza da medida, forjada como um ato bilateral e parte de uma solução consensual, parece-nos que a figura do monitor de *compliance*, para acompanhar a implementação e a evolução do programa de

⁶¹⁴ Ver: SILVEIRA, Paulo Burnier da. Experiências internacionais: OCDE, Reino Unido, Japão e Coreia do Sul. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 199.

⁶¹⁵ Segundo Murphy, foi um sério erro da autoridade sul-coreana a tentativa de certificar programas de *compliance* antecipadamente no intuito de conferir créditos quando do *enforcement*. Segundo Murphy, as autoridades devem avaliar o programa de *compliance* apenas no contexto do caso concreto, de modo a levar em consideração todas as circunstâncias. Ele pondera que a certificação antecipada pode ocasionar tanto a ausência de pedidos de certificado, quanto um excesso de pedidos, o que sobrecarregaria os recursos da autoridade. Murphy anota que certificações são apenas retratos de um ponto no passado e que quando a violação ocorre é necessário analisar todas as circunstâncias, incluindo se o programa estava em operação ao tempo da ofensa. Ver: MURPHY, op. cit., **Essential elements...**, pp. 190-191.

⁶¹⁶ No Capítulo 4 faremos algumas ponderações a respeito do monitor externo, particularmente na hipótese da leniência e do TCC.

compliance, com livre acesso à empresa, seria admitida,⁶¹⁷ porém para casos efetivamente mais sensíveis sob o prisma concorrencial. Com efeito, já existe a possibilidade de estabelecer uma “política de portas abertas” no âmbito de TCC, considerando a relação da empresa compromissária com o CADE. Nesse contexto, o monitor externo poderia complementar essa diligência de forma mais direcionada e determinada, prestando contas à autoridade e sendo custeado pelo agente econômico, sublinhando aqui a necessária independência entre monitor e agente econômico.

⁶¹⁷ Aliás, no âmbito do controle de estruturas, como parte de compromissos e condicionantes para aprovar atos de concentração mais complexos, não raro são previstos no bojo dos ACCs os chamados “*trustees*”, de diferentes naturezas para os propósitos da medida. Dentre eles, destaca-se o *trustee* de monitoramento, normalmente uma empresa de auditoria ou pessoa física independente, contratada pelos requerentes-compromissários, e que, em linhas gerais, auxilia o CADE a monitorar e garantir o cumprimento das obrigações convencionadas no ACC, supervisionando a implementação dos remédios e assegurando a sua efetiva realização. Por analogia, poder-se-ia traçar um paralelo com a figura do monitor externo no âmbito do TCC para o acompanhamento das diligências de *compliance*. Para mais informações sobre os *trustees* no âmbito do controle de estruturas, ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Remédios Antitruste**.

3 O PROGRAMA DE *COMPLIANCE* CONCORRENCIAL NO MUNDO

O objetivo do presente Capítulo é apresentar um retrato panorâmico⁶¹⁸ acerca do tratamento dispensado ao programa de *compliance* concorrencial no âmbito das jurisdições mais “tradicionais”⁶¹⁹ e de algumas jurisdições que são tidas como protagonistas no assunto.⁶²⁰ Como resultado, será possível averiguar o posicionamento de diferentes reguladores antitruste no que concerne aos incentivos para implementação do programa de *compliance*, em específico na vertente do desconto pecuniário,⁶²¹ em linha com o que vem sendo examinado neste trabalho. Esse retrato panorâmico, ainda que limitado, será oportuno para o cotejamento com a experiência brasileira, conforme retratada no Capítulo anterior, de modo a refletir sobre possíveis horizontes para o refinamento do tema no Brasil.

3.1 Incursão Panorâmica na Experiência Comparada

Como pano de fundo inicial, é oportuno ter em consideração relatório da OCDE de 2011 intitulado *Promoting Compliance with Competition Law*,⁶²² elaborado no ensejo das tradicionais mesas de discussão de *policy* realizadas por essa organização internacional (*policy roundtables*). O relatório em questão apresenta um panorama retratando os últimos vinte anos das autoridades concorrenciais e assinala que esse período foi pautado pelo aumento no rigor das multas, bem como pela imposição de prisões em crescente severidade em certas jurisdições. Em que pese isso, o relatório sugere uma aparente falta de evidência

⁶¹⁸ Longe de exaurir o exame, e tendo em conta a limitação desta dissertação, que não cuida nem incorpora uma análise de Direito Comparado, o propósito é essencialmente extrair as principais sinalizações de determinadas jurisdições no tocante ao programa de *compliance* concorrencial, de modo a orientar a reflexão à luz do ordenamento pátrio, cogitando eventuais melhorias no tratamento do assunto.

⁶¹⁹ Leia-se, EUA e União Europeia (com foco na Comissão Europeia). Cf. RILEY; SOKOL, op. cit., p. 4.

⁶²⁰ Por exemplo, Canadá, Reino Unido, França e Chile. Cf. MURPHY, op. cit., **Essential elements...**, p. 191. Pelo estado da arte atual, para além dos EUA e da Comissão Europeia, examinaremos panoramicamente o assunto no âmbito da França, Reino Unido (CMA), Itália, Alemanha e Canadá.

⁶²¹ Vale uma sucinta nota para comentar sobre a possibilidade de agravante. Assumindo que o programa de *compliance* concorrencial não é de imposição obrigatória, não haveria que se falar, em princípio, de agravante de multa, *per se*, devido à falta de estruturação do programa (em algumas jurisdições, porém, o programa de *compliance* constitui dever jurídico e a sua não estruturação pode significar conduta omissiva passível de punição). Com efeito, a agravante é cogitada em algumas jurisdições quando o programa de *compliance* é utilizado como artifício para prejudicar a autoridade antitruste, gerando danos ao mercado (*sham programs*). Em geral, a agravante é prevista como medida excepcional naquelas jurisdições que também são partidárias da possibilidade de atenuante. Já nas jurisdições que não são favoráveis à possibilidade de atenuante, também não há, via de regra, a possibilidade de agravante (tais jurisdições são tidas como “neutras”).

⁶²² A publicação foi parte das tradicionais mesas de discussão da OCDE no âmbito do Comitê de Concorrência e incorpora contribuições de diversas autoridades, com apontamentos acadêmicos e percepções gerais sobre o tema. Cf. OCDE, op. cit., **Promoting Compliance...**

no tocante à diminuição de práticas anticompetitivas, em especial o cartel.⁶²³ A bem da verdade, o relatório reporta que o número de casos de cartel aumentou, assim como a reincidência em certos setores, sugerindo que o atual nível de sanção talvez não seja ainda suficiente.⁶²⁴

É interessante ter em perspectiva esse cenário, visto que, como examinado, um programa de *compliance* efetivo, em tese, pode colaborar com o *enforcement* anticartel, na medida em que dissemina conhecimento sobre as melhores práticas concorrenciais e fortalece a governança das empresas, introduzindo ferramentas para prevenção, detecção e remediação de práticas anticompetitivas. De fato, como assinala Johannes Paha,⁶²⁵ o ambiente antitruste global tem sido marcado pela melhoria na detecção de ilícitos, aumento de multas, maior importância de ações privadas de reparação e maior tempo de prisão, o que serve de alavanca adicional para sublinhar a importância da implementação de mecanismos preventivos.

No que diz respeito ao programa de *compliance* concorrencial, em linhas gerais, verifica-se no mundo uma visão convergente entre as autoridades concorrenciais quanto à importância desse instrumento. Reconhece-se a utilidade desses programas para a promoção de um ambiente econômico mais competitivo, com maior respeito às normas antitruste e consequente diminuição de ilícitos. Muitas autoridades encorajam fortemente iniciativas de *compliance* em um papel que remete à advocacia da concorrência, buscando educar e conscientizar os agentes econômicos acerca dos benefícios da cultura do *compliance* concorrencial, ventilando informações por meio de guias, cartilhas, estudos e vídeos, organizando eventos, dialogando com a sociedade civil etc.⁶²⁶

⁶²³ A título de esclarecimento, não é possível observar o número de cartéis não detectados, o que, por via de consequência, pode sugerir que a dissuasão tenha aumentado. Porém, há dificuldades empíricas inerentes para proceder com uma análise fiel e precisa a respeito dessa questão, conforme destacado nesta dissertação. Para fins de nossos pressupostos, estamos admitindo que o *enforcement* anticartel não atingiu o nível ótimo.

⁶²⁴ Por outro lado, na esteira da nota anterior, pode ser ilusório supor que o surgimento de mais cartéis significa que o *enforcement* não é efetivo e que as multas não são dissuasórias, demandando mais sanção (e esse raciocínio pode culminar com o risco de *over-deterrence*, afetando, em última análise, os consumidores). Como dito, não se sabe a quantidade de cartéis não detectados, não se sabe o percentual de cartéis descobertos em relação ao total de não descobertos, enfim, frisa-se a dificuldade empírica de traçar um retrato fiel e realista desse cenário e não se busca realizar qualquer simulação aproximativa na presente dissertação.

⁶²⁵ PAHA, Johannes. Introduction. In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programmes: an interdisciplinary approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book), p. 3.

⁶²⁶ O que faz com que muitas autoridades dediquem esforços de *advocacy* para promoção de programas de *compliance*, conforme se infere da publicação da ICC. Ver: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Promoting antitrust compliance: the various approaches of national antitrust authorities**. Policy and Business Practices.

A despeito do consenso acerca da importância do programa de *compliance* na agenda antitruste global, verifica-se um debate realmente controverso quanto à possibilidade de recompensar esses instrumentos, leia-se, em específico, atribuir descontos pecuniários (atenuantes) para o infrator que dispunha ou se comprometeu a estruturar um programa de *compliance*. À luz da experiência comparada, o que se verifica é um cenário de divergência,⁶²⁷ havendo argumentos para ambos os lados: favoráveis e contrários à hipótese da atenuante pecuniária em razão do programa de *compliance* concorrencial.⁶²⁸

Do lado das autoridades favoráveis ao desconto para o programa de *compliance*, grosso modo, acredita-se que se os programas forem genuínos, a violação de poucos empregados não deve comprometer o potencial do programa, posto que, em tese, não representa a postura da maioria, significando uma exceção. Além disso, o fato de uma violação ocorrer e eventualmente não ser detectada não significa que o programa não conseguiu prevenir e/ou detectar outras tantas infrações. Sob essa premissa, defende-se que a concessão de incentivos para empresas implementarem programas de *compliance* pode, por via de consequência, evitar a formação de novos cartéis. Ademais, as autoridades deferentes ao racional do desconto afirmam que são as empresas que devem arcar com o ônus de comprovar que o programa de *compliance* é genuíno, e não o contrário, de modo a minimizar a preocupação com programas de fachada.

Do lado das autoridades refratárias ao desconto para o programa de *compliance*, grosso modo, afirma-se que um programa de *compliance* realmente efetivo não apenas previne a ocorrência de infrações, como também economiza recursos da empresa que seriam destinados a multas, ação de reparação de danos, além da perda de reputação em caso de violação. Daí o incentivo inerente ao programa de *compliance*. Questiona-se, portanto, a razão de recompensar programas que falharam em prevenir o ilícito (e que também não detectaram a infração antes da autoridade tomar ciência da ilicitude, em alguns casos). Argumenta-se que a redução pecuniária não é necessária para manter os incentivos de

⁶²⁷ Vale sublinhar que alguns países que adotam o regime de responsabilidade vicarial e não acatam a lógica da recompensa para o programa de *compliance* concorrencial não se opõem ao argumento da “*compliance defence*” para afastar a imputação em casos de corrupção, sobretudo na seara penal, notando-se, pois, um regime diferente na mesma jurisdição no que se refere às repercussões do programa de *compliance* concorrencial e anticorrupção. Nesse sentido, ver FRAZÃO, op. cit., **Direito da Concorrência...**, p. 285; RILEY; SOKOL, op. cit., p. 19 et seq.

⁶²⁸ Ver: STUCKE, op. cit., **In search of...**, p. 774.

implementação do programa de *compliance*, mencionando, ademais, que as políticas de acordo, particularmente a leniência, justifica e recompensa sobremaneira a implementação de um programa de *compliance* robusto. Além disso, algumas autoridades acreditam que o desconto pecuniário poderia encorajar a prática de cartéis, visto que o ilícito se tornaria mais barato, bem como argumentam que a redução da multa meramente pela existência do programa poderia estimular programas de fachada.

De forma extremamente compacta, esses foram os principais argumentos ventilados nas discussões da OCDE no tocante à possibilidade de recompensar empresas com programas de *compliance*. A esses argumentos se somam algumas considerações já explanadas nesta dissertação, com pontos de vistas que se justapõem. Nesse sentido, ainda que repetidos, vale repontuá-los genericamente abaixo.

Alguns dos principais argumentos na doutrina⁶²⁹ favoráveis ao desconto pecuniário ao programa de *compliance* estão relacionados, basicamente, aos seguintes aspectos: (i) um programa de *compliance* efetivo internaliza na empresa os valores de uma autêntica cultura de conformidade com as leis, de maneira a auxiliar na promoção de um ambiente mais competitivo; nesse contexto, em razão de uma série de externalidades positivas decorrente do *compliance*,⁶³⁰ os esforços extraordinários dedicados à genuína transformação cultural deveriam ser reconhecidos e incentivados via atribuição de desconto, que funciona como um estímulo positivo adicional para a empresa (imediatamente) e demais agentes de mercado (mediatamente); (ii) por mais que eliminar por completo as infrações concorrenciais seja um objetivo inatingível, seria justo tratar de modo diferente empresas que se empenham na estruturação de programas de *compliance* robustos, envidando os melhores esforços para reduzir os riscos de violação,⁶³¹ em comparação com empresas que não agem dessa maneira;

⁶²⁹ Aprofundaremos a análise doutrinária no Capítulo 4.

⁶³⁰ Considerando tanto os efeitos positivos da prevenção, como também detecção, que oportuniza de forma mais célere a tomada de providências e remediação. Em especial, na vertente preventiva, para um cartel que se evita uma miríade de recursos (públicos e privados) é poupado. E aqui vale uma nota para assinalar que, por razões naturais, é muito difícil, senão impossível, quantificar quantos cartéis foram prevenidos por conta do *compliance*, uma vez que não ocorreram. Assim, pode-se afirmar que mensurar o sucesso do programa de *compliance* na vertente preventiva é tentar medir algo que nunca ocorreu. Por outro lado, é factível medir esse sucesso em função das transformações na cultura corporativa, havendo, pois, uma *proxy* mais concreta.

⁶³¹ Conforme repetido às fartas, um programa de *compliance* robusto não é garantia de que será 100% efetivo, mormente porque, ao fim e ao cabo, não obstante os diligentes esforços dedicados pela empresa na implementação de um programa sério, sempre haverá o risco do cometimento de infrações por parte de seus empregados, podendo cometê-las por uma miríade de motivos. Há, seguramente, aspectos derivados da economia comportamental que influenciam a tomada de decisões dos indivíduos, rememorando a tríade ancorada na (i) racionalidade limitada, (ii) força de vontade limitada e (iii) autointeresse limitado, conforme

(iii) programas de *compliance* robustos e efetivos são complexos, custosos e trabalhosos, sendo razoável a recompensa na medida em que a empresa está contribuindo com a Administração pública no papel de fiscalização, em um cenário onde a regulação estatal, sozinha, não é mais suficiente para garantir a eficácia dos comandos legais;; (iv) apenas um modelo de *enforcement* calcado em severas multas e prisão pode não ser suficientemente dissuasório para inibir a prática de cartel,⁶³² sugerindo instrumentos adicionais (e mais “criativos”) para complementar as ferramentas típicas de *enforcement*, a serem promovidos por diferentes tipos de incentivo, dentre eles o desconto pecuniário; e (v) outras legislações conferem recompensas a programas de *compliance* (e.g., anticorrupção), algumas até bastante generosas em determinados casos (e.g., isenção da responsabilidade criminal da empresa, a depender da jurisdição), não havendo grandes diferenças entre o cartel e a corrupção que não justifique a concessão dessas mesmas recompensas também ao programa de *compliance* concorrencial - aliás, a recompensa aqui poderia auxiliar na sensibilização dos executivos ao antitruste, os quais, supostamente, passariam a alocar seus recursos também para essa área, não a deixando insulada.

Alguns dos principais argumentos na doutrina contrários ao desconto pecuniário ao programa de *compliance* estão relacionados, basicamente, aos seguintes aspectos: (i) um

mencionada na Introdução. A propósito, como já sublinhado anteriormente, repisamos a ideia de Riley e Sokol segundo a qual “Ultimately *compliance* with the law is dependent on human behavior, and a company may be in a situation where its Board and management is committed to ethical business, it has a Code of Conduct and a robust compliance program, but that some individuals within the organization flout company policy and break the law. A single non-compliance incident is not an indication that the company has ‘failed’ in compliance – but the company’s response to the compliance incident is highly indicative of the company’s culture and commitment”. Cf. RILEY; SOKOL, op. cit., p. 45. Uma reflexão que decorre da assertiva inicial é a seguinte: O programa de *compliance* não é condição necessária para a empresa agir em conformidade com as leis. Da mesma maneira, a existência do programa de *compliance* não é garantia de que não haverá violação. De qualquer modo, assume-se que a existência de um programa de *compliance* robusto contribui de modo significativo para que se finque uma cultura empresarial de permanente comprometimento com o espírito da conformidade. Nesse sentido, mesmo para empresas que cumprem as leis independentemente do programa de *compliance*, a implementação desse programa contribuiria para que o cumprimento normativo seja mais efetivo, na medida em que instrumentaliza mecanismos apropriados para prevenção, detecção e resposta ao ilícito, fortalecendo a cultura da conformidade. Para empresas que dispõem do programa e que são acometidas pela violação, a premissa é de que o programa de *compliance* não é instrumento inviolável, muito embora diminua sensivelmente as chances da violação e expanda a possibilidade de detecção. Com base nesse raciocínio, sustenta-se, *ceteris paribus*, que o programa de *compliance* robusto é útil em quaisquer dos cenários.⁶³² Murphy e Kolasky observam que pressões internas tendem a contrabalançar ameaças externas, mais remotas. Nessa ótica, a necessidade de agradar a um “chefe durão” pode obnubilar qualquer preocupação remota em relação às leis e ao governo. Ademais, a responsabilidade na organização é geralmente dispersa e os empregados não necessariamente percebem os mesmos elementos de culpabilidade que as empresas. Os citados autores também pontuam a “arrogância” dos altos executivos que se envolvem em cartéis, uma das características mais marcantes, os quais pensam que são espertos demais para serem pegos. Destarte, se o infrator imagina que não será pego, uma estratégia dissuasória por meio de sanções severas, isoladamente, provavelmente não será efetiva. Ver: MURPHY; KOLASKY, op. cit., p. 63.

programa de *compliance* que não preveniu a ocorrência do ilícito é intrinsecamente falho, não fazendo jus a qualquer tipo de contrapartida, já que eventual benefício não mudaria em nada a realidade da infração; (ii) o Estado não deve “custear” a implementação de programa de *compliance* por meio de descontos, porquanto é dever da empresa cumprir as leis e, sob essa lógica, para garantir uma boa governança e zelar pela conformidade, seria esperado que a empresa implementasse voluntariamente um programa de *compliance*, para o seu próprio benefício; (iii) o maior benefício do programa de *compliance* seria justamente a ausência de violações, o que já implica uma série de recompensas de ordem financeira e moral para o agente que se porta em conformidade às leis; (iv) ainda que o programa não previna a violação, há grandes benefícios previstos em lei decorrentes da possibilidade de acordos, o que já recompensa a existência do programa que detecta e oportuniza a denúncia; (v) riscos decorrentes de programas de fachada e os contraincentivos para o cumprimento da lei; (vi) dado que tanto a natureza das infrações, quanto o regime de responsabilização são diferentes, não haveria razão para que programas de *compliance* de diferentes esferas (e.g., anticorrupção e antitruste) recebessem o mesmo tratamento (refutando quem argumenta o tratamento isonômico entre as duas searas).

Posto esse quadro sintético, que será retomado em pormenor no Capítulo 4, na sequência passa-se à análise do incentivo pecuniário⁶³³ no contexto do programa de *compliance* concorrencial à luz de algumas importantes e tradicionais jurisdições antitruste.

3.1.1 EUA

Tradicionalmente, a autoridade antitruste norte-americana, e aqui estamos nos referindo à Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (DoJ), adota uma postura contrária à atribuição de descontos ao programa de *compliance* concorrencial. Isso não significa, entretanto, que o DoJ seja indiferente e não encoraje medidas de *compliance*. Com efeito, a agência antitruste norte-americana é entusiasta de ações de *compliance*, adotando uma política de indução indireta ao *compliance*, que mescla uma regulação pública

⁶³³ Leia-se, descontos pecuniários como forma de incentivo direto. Há outros incentivos diretos, mas vamos nos ater ao desconto pecuniário. Aliás, a aplicação efetiva da lei é um grande, senão o principal incentivo direto para o *compliance*. Não havendo *enforcement*, de pouca valia seria o *compliance*. Os incentivos indiretos estariam para medidas de cunho educativo, como a elaboração de guias, cartilhas, prestação de informações, eventos etc. Para uma visão geral sobre incentivos indiretos (no âmbito de *advocacy*) utilizados por diferentes jurisdições (algumas delas já datadas, por exemplo, as considerações a respeito do Brasil), ver: ICC, op. cit., **Promoting antitrust compliance...**

fundada sob um *enforcement* concorrencial severo, com a promoção de medidas complementares, como a concessão de benefícios⁶³⁴ no âmbito dos processos condenatórios, bem como o fomento à cultura da concorrência ao compartilhar informações, se pronunciar oficial e publicamente,⁶³⁵ organizar eventos, publicar guias etc., visando auxiliar na taxa de cumprimento legal.

A estratégia de *enforcement* baseia-se na permanente ameaça de punição, com medidas que viabilizem a adoção de mecanismos de prevenção e detecção célere do ilícito por parte das empresas. A política de acordos para resolução de investigações é consolidada no antitruste norte-americano, para além de uma arraigada cultura de reparação de danos, o que, em princípio, fortifica o eixo dissuasório. O racional do DoJ se ancora na premissa de que um *enforcement* severo é o melhor incentivo para o *compliance*. Nessa trilha, no tocante aos cartéis, as sanções aplicadas pelo DoJ são rigorosas, com uma política assentada em três pilares: (i) demonstrar a severidade da punição, que engloba tanto elevadas multas às empresas até a prisão de executivos e funcionários envolvidos; (ii) incutir o receio do potencial cartelista em ser pego, que se funda na efetiva punição dos infratores descobertos; e (iii) promover transparência às decisões da autoridade no ato de estabelecer parâmetros definidores da habilitação para o benefício da leniência e fixá-los no caso concreto.⁶³⁶

Explorando em mais nuances a política adotada pelo DoJ com relação ao *compliance*,⁶³⁷ é imperativo ter em mente os *U.S. Federal Sentencing Guidelines*

⁶³⁴ E.g., não exigência do período de supervisão (*probation*) nem do monitor externo de *compliance* se a empresa implementar ou revisar proativamente suas políticas de *compliance*, o que se traduz em economia de significativos recursos para a empresa. Vale notar que, no âmbito de processos condenatórios, o DoJ costuma impor uma série de condições a ser satisfeita durante determinado período (*probation*), tais como a realocação interna do empregado condenado em posições não gerenciais, a implantação de um setor de fiscalização concorrencial, supervisionado por um monitor indicado pelo DoJ. Ultrapassado o período de supervisão, a empresa se torna reabilitada de sua condição de infratora. Como destacado, a não imposição do *probation* significa importantes economias para a empresa. Quanto ao monitor externo de *compliance*, ao que é de conhecimento deste pesquisador, em apenas um caso esse profissional foi imposto pela Divisão Antitruste, notadamente em função da postura do infrator, que não aceitou responsabilidade, foi ativamente resistente (incluindo resistência ao *compliance*) e nada colaborativo (vide AU Optronics).

⁶³⁵ Trata-se de uma política tradicional no DoJ. Os discursos oficiais são catalogados e ficam publicamente disponíveis no *website* da autoridade. Referida medida parece-nos oportuna para disseminar a conscientização concorrencial e renovar conhecimento, e poderia ser explorada por mais autoridade no mundo, incluindo a autoridade antitruste brasileira.

⁶³⁶ Estados Unidos. DEPARTMENT OF JUSTICE. HAMMOND, Scott D. **The Evolution Of Criminal Antitrust Enforcement Over The Last Two Decades**. The 24th Annual National Institute on White Collar Crime. Presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education. Miami, 25 out. 2010.

⁶³⁷ Como estamos tratando da perspectiva criminal (cartel), não será abordada a política da *Federal Trade Commission* (FTC) com relação ao programa de *compliance*. Para tanto, ver: MURPHY, Joseph. The FTC and

(*Sentencing Guidelines*).⁶³⁸⁻⁶³⁹ O programa de ética e *compliance* foi disciplinado no âmbito do Capítulo 8 (*Sentencing of Organizations*).⁶⁴⁰ Em adição, deve-se ter em conta o *U.S. Justice Manual*,⁶⁴¹ notadamente o Título 9-28.000 (*Principles of Federal Prosecution of Business Organization*, também referido por alguns como “*Filip factors*”).⁶⁴²

Em termos gerais, esses documentos sugerem a postura favorável do DoJ ao programa de ética e *compliance* efetivo. Via de regra, um programa dessa natureza pode ser considerado como possível fator redutor da penalidade.⁶⁴³ No âmbito dos *Sentencing Guidelines*, prevê-se a possibilidade de redução da multa se a infratora possuir um programa de ética e *compliance* efetivo à época da infração. Contudo, e aqui reside o busfllis, há uma presunção refutável de que o programa não foi efetivo se a infração envolveu indivíduos do alto escalão ou indivíduos com autoridade substancial.⁶⁴⁴

O ponto-chave aqui é que, comumente, afirma-se que a infração antitruste, leia-se o cartel, envolve pessoas do alto escalão ou com autoridade substancial (poder decisório

antitrust compliance programs. In: **Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE)**, jul./ago. 2012, pp. 49-53.

⁶³⁸ Para esta dissertação foi considerado o manual mais recente disponível sobre os *Sentencing Guidelines*, em vigor a partir de novembro de 2018. ESTADOS UNIDOS. **United States Sentencing Commission. 2018 Guidelines Manual**, nov. 2018.

⁶³⁹ Ainda que as Cortes Federais não estejam vinculadas e obrigadas a aplicarem as provisões dos *Sentencing Guidelines*, devem levá-las em consideração quando condenam organizações por ilícitos graves e delitos de Classe A. Delitos de menor gravidade estão afastados (Classe B ou C). A esse respeito, ver: **Sentencing Guidelines**, op. cit., §1B1.2 (*Applicable Guidelines*).

⁶⁴⁰ Cf. **Sentencing Guidelines**, op. cit., §8B2.1 (*Effective Compliance and Ethics Program*).

⁶⁴¹ Anteriormente referido como “*United States Attorney’s Manual*”, revisado e renomeado em 2018 para *Justice Manual*.

⁶⁴² ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF JUSTICE. **U.S. Justice Manual**. 9-28.800 (conforme revisão de 2015). Dentre outros aspectos, destaca-se que “the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal misconduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. In addition, the nature of some crimes, e.g., antitrust violations, may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program” (grifos nossos). O Título 9-28.800 do *Justice Manual* faz referência aos *Sentencing Guidelines*, § 8B2.1, conforme supra referido, para informações detalhadas sobre questões relacionadas ao programa de *compliance* corporativo.

⁶⁴³ Resumidamente, nos EUA, a multa é calculada com base em um “índice de culpabilidade”, que leva em conta o envolvimento ou tolerância com a atividade criminal, violação de uma determinação/ordem judicial, histórico empresarial, obstrução da justiça, existência de programa de ética e *compliance* efetivo, autodenúncia, cooperação e assunção de responsabilidade pelo ilícito. A existência do programa de *compliance* pode levar à redução de até três pontos nesse índice. O valor final da multa-base é o maior entre os valores tabelados do índice de culpabilidade, o ganho obtido com a prática ou os danos causados. Ver: *Sentencing Guidelines* §8C2.4. (*Base Fine*) e §8C2.5. (*Culpability Score*).

⁶⁴⁴ Tal dispositivo foi incluído na versão de novembro de 2004 dos *Sentencing Guidelines*. Ver: *Sentencing Guidelines*, §8C2.5. (*Culpability Score*), (f) *Effective Compliance and Ethics Program*. Cf. STEPHAN, op. cit., pp. 11-12., comentando sobre a repercussão do dispositivo junto ao *American Bar Association*.

significativo),⁶⁴⁵⁻⁶⁴⁶ com poderes e delegação para ajustar e fixar preços, negociar e aprovar contratos comerciais etc.⁶⁴⁷ Nesse contexto, como regra, a Divisão Antitruste não atribui desconto para o programa de ética e *compliance*, tendo em conta, dentre outros fatores, que a violação antitruste (cartel) atinge o cerne dos negócios da empresa.⁶⁴⁸ Vale lembrar, em adição, que na esfera antitruste norte-americana vigora o regime de responsabilidade objetiva (regime vicarial, remetendo para a teoria do *respondeant superior*),⁶⁴⁹ de modo que o mero fato de a empresa procurar a autoridade para reportar um cartel no qual esteve envolvida evidenciaria, *prima facie*, um programa de *compliance* falho.⁶⁵⁰

A propósito, Riley e Sokol questionam o regime de responsabilidade objetiva na esfera antitruste, vez que, indiscutivelmente, para os autores, tal regime não seria socialmente ideal em relação à responsabilidade da empresa e à punição, para além de colocar o antitruste fora de sincronia com o *enforcement* de outras áreas, a exemplo da seara anticorrupção, de tal sorte a gerar desincentivos e acarretar investimentos insuficientes no *compliance* concorrencial.⁶⁵¹ Sob a égide da legislação anticorrupção norte-americana, por exemplo, o DoJ (Seção de Fraudes da Divisão Criminal) tende a considerar um programa de ética e *compliance* efetivo como potencial fator para mitigação da pena, ou, a depender das

⁶⁴⁵ Wils afirma que, na prática, o envolvimento desses indivíduos sempre se dá no caso de infrações concorrenciais (considerando cartel no contexto). Ver: WILS, op. cit., p. 5.

⁶⁴⁶ “*High-level personnel of the organization*” e “*substantial authority personnel*”, conforme termos definidos pelos Sentencing Guidelines (§8A1.2), detalhando o que está englobado por esses termos.

⁶⁴⁷ Ver: Sentencing Guidelines, §8C2.5(f)(3)(C). A esse respeito, conforme a OCDE: “The U.S. Sentencing Guidelines contemplate a reduction in a corporate fine for an effective compliance program. As applied by the Division, a reduction will be available so long as there was no involvement of high-level personnel (defined broadly) in the illegal activity, and no delay in reporting the activity. Recent guideline amendments permit a limited exception for the involvement of high-level personnel, in circumstances where four criteria are met, including that (1) the *compliance* program ‘detected the offense before discovery outside the organization or before such discovery was reasonably likely;’ and (2) ‘the organization promptly reported the offense to appropriate governmental authorities’” (grifos nossos). Cf. OCDE, op. cit., **Promoting Compliance...**, p. 200.

⁶⁴⁸ Nesse sentido, “[...] antitrust violations, by definition, go to the heart of the corporation's business. With this in mind, the Antitrust Division has established a firm policy, understood in the business community, that credit should not be given at the charging stage for a *compliance* program [...]” (grifos nossos). Cf. Justice Manual §9-28.400 (*Special Policy Concerns*).

⁶⁴⁹ Ver: Justice Manual, Título 9-28-800, op. cit.

⁶⁵⁰ Cf. RILEY; SOKOL, op. cit., p. 15.

⁶⁵¹ Riley e Sokol observam que o regime de responsabilidade objetiva pode implicar investimento insuficiente em *compliance* (para algumas empresas). Os autores ressaltam que em situações nas quais o custo do *compliance* é alto, a probabilidade de detecção é baixa e a penalidade pelo descumprimento também é baixa, a empresa pode ter um forte desincentivo para investir no *compliance* para além do mínimo que seja legalmente necessário (assumindo a obrigatoriedade, nesse caso). Soma-se a isso o clássico problema da assimetria de informação, isto é, a empresa (ou alguns de seus indivíduos) em geral tem mais conhecimento sobre violações ou melhor capacidade de obter tal conhecimento do que a autoridade concorrencial. Assim, os autores ponderam que talvez seja o caso de repensar o modelo de responsabilidade objetiva, sobretudo para programas de *compliance* críveis. Riley e Sokol também comparam o regime antitruste com o regime anticorrupção, este último podendo oferecer completa defesa para empresas que adotaram procedimentos adequados ou procederam com melhorias no tratamento do programa. Cf. *Ibid.*, p. 16.

circunstâncias concretas, como possibilidade de isenção da responsabilidade corporativa, na linha de uma imunização em sede de defesa.⁶⁵²

Em termos gerais, ainda que eventualmente se alegue que a natureza do ilícito de corrupção e do ilícito concorrencial não seja substancialmente distinta, os diferentes regimes de responsabilização e as diferentes percepções sociais quanto à moralidade e à seriedade dessas infrações (estigma moral),⁶⁵³ pode ajudar a explicar as diferentes abordagens que são tomadas com relação à avaliação do programa de *compliance*.⁶⁵⁴

Em que pese o retro exposto, é imperativo atentar-se para algumas sinalizações recentes da Divisão Antitruste que, a princípio, sugerem um repensar na tradicional política pertinente ao programa de *compliance*. Em 2014, Brent Snyder⁶⁵⁵ salientou a importância da *cultura do compliance* e a implementação desse tipo de programa para prevenção de infrações, tocando nas linhas mestras de um programa efetivo. Ressaltando a importância desse instrumento, Snyder aduziu que “[t]he most effective way to stop crime is to ensure it never starts. Effective corporate *compliance* programs are an important part of that effort.”⁶⁵⁶ Embora tenha afirmado que a existência do programa de *compliance* dificilmente mudaria o entendimento da Divisão Antitruste sobre a questão do crédito - “The existence of a *compliance* program almost never allows the company to avoid criminal antitrust charges” e “the Division, like the Department of Justice as a whole, almost never recommends that

⁶⁵² Um caso paradigmático de isenção da responsabilidade corporativa no contexto do FCPA envolveu o banco Morgan Stanley, no qual apenas o diretor foi responsabilizado ao se constatar que o banco havia envidado esforços adequados em seus sistemas de *compliance*, tendo treinado referido diretor por diversas vezes, para além de adotar uma série de procedimentos robustos de prevenção. Nesse sentido, ver: ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Public Affairs. Justice News. **Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA**, 25 abr. 2012.

⁶⁵³ A corrupção seria um crime mais repulsivo e moralmente reprimível em comparação ao cartel, relativamente tolerado pela falta de conhecimento e baixa cobertura midiática se contrastado com crimes de corrupção. O cartel, inclusive, estaria associado ao *modus operandi* de fazer negócios. Cf. SOKOL, op. cit., **Cartels, Corporate Compliance...**, p. 228.

⁶⁵⁴ Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 194.

⁶⁵⁵ Ex-procurador-geral adjunto da Divisão Antitruste.

⁶⁵⁶ Snyder destacou, nesse sentido, que “[a] truly well-run compliance program should prevent a company from conspiring to fix prices, rig bids, or allocate markets. Effective compliance programs should prevent that crime from beginning or, at a minimum, detect it and stop it shortly after it starts. Without question the best outcome for a company and its shareholders is to never be a subject of an international cartel investigation. And an effective compliance program has the potential to be a significant contributor to that end [...] In sum, *compliance* programs make good sense – both good common sense and good business sense. *Compliance* programs help prevent companies from committing crimes in the first place. Even if they fail to do so, partially successful compliance programs may help companies qualify for leniency. Either outcome easily warrants your companies’ efforts to adopt and strengthen *compliance* programs” (grifos nossos). Cf. ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. SNYDER, op. cit., **Compliance is a Culture...**, pp. 1-4.

companies receive credit at sentencing for a preexisting compliance program” -,⁶⁵⁷ Snyder observou que a Divisão estava considerando formas de recompensar empresas que proativamente tivessem adotado ou aperfeiçoado seus programas após serem investigadas.

Ele acrescentou que, muito embora a Divisão não tivesse finalizado o pensamento a respeito do tema, qualquer recompensa para o programa de *compliance* exigiria da empresa a demonstração de que o programa ou as melhorias implementadas eram mais do que fachada, sublinhando que *a verdadeira conformidade se inicia no topo e não é opcional, fazendo parte da cultura da empresa.*⁶⁵⁸

Esse pronunciamento de Snyder é tido como seminal para incitar maiores reflexões sobre a temática da recompensa, revisitando-a. Consigne-se o sugestivo título do pronunciamento de Snyder na ocasião (“*Compliance is a Culture, not just a policy*”), evocando uma mentalidade que aduz o programa para além de mera política. Com efeito, trata-se de instrumento para catalisar uma autêntica mudança de cultura na organização, reformulando padrões pretéritos que culminaram com o ilícito. Em continuidade, no ano seguinte,⁶⁵⁹ Snyder deixou expresso que o DoJ estaria disposto a considerar o programa de *compliance* no contexto do cálculo da multa em casos nos quais a empresa empreendesse *esforços extraordinários* para não apenas implementar o programa de *compliance*, como também para *alterar a cultura empresarial* que teria permitido a ocorrência da infração, observando que, para tanto, programas preexistentes que não evitaram ou detectaram o cartel (*backward-looking*) não seriam considerados. Nesse diapasão, apenas *esforços extraordinários*, que vão além da mera adoção do programa ou do seu aperfeiçoamento nominal, e *prospectivos*,⁶⁶⁰ que genuinamente alterem a cultura corporativa que permitiu a

⁶⁵⁷ Conforme Snyder, “[C]ompanies don't accidentally conspire to fix prices, rig bids, or allocate markets. Cartels are seldom short-lived and, in my experience, aren't limited to low level or rogue employees. Instead, the vast majority of conspiracies we see reflect true corporate acts. The conspiracies primarily benefit the companies. As a result, both the companies and individual participants are proper subjects of our investigations. Companies should be fined so they do not profit from the crimes” (grifos nossos). Cf. Ibid., p. 7.

⁶⁵⁸ Ao longo do seu discurso, Snyder reforçou o importante papel dos executivos seniores e do conselho de administração para apoiar e se engajar nos esforços de *compliance*.

⁶⁵⁹ ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. SNYDER, Brent. **Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust.** Chicago, 08 jun. 2015.

⁶⁶⁰ A abordagem prospectiva (*forward-looking*) leva em conta esforços genuínos e extraordinários na implementação ou aperfeiçoamento do programa de *compliance* após o início das investigações. Não há espaço, nessa lógica, para programas de fachada ou de mera retórica, que não sensibilizam a cultura corporativa. Este é o núcleo duro da mensagem: entender o programa de *compliance* antitruste como um instrumento relevante para alterar a mentalidade corporativa; espera-se que uma nova cultura se incruste no âmago da organização. Com base nessa visão, o *compliance* é encarado não como (mais) uma simples (e

ocorrência do cartel,⁶⁶¹ é que seriam levados em consideração para fins do crédito (redução modesta da multa).

Acresce-se, no mesmo rumo, manifestação de Renata Hesse⁶⁶² em 2016, ressaltando que:

Compliance and remediation have become more central to our corporate resolutions and sentencings. In the AU Optronics case we used a corporate monitor for the first time—where even after conviction at trial the company refused to acknowledge its wrongdoing. More corporate sentences have included probation, especially where our and the sentencing court’s confidence is low that a defendant is committed to rehabilitating itself with appropriate compliance measures. We remain unwilling to credit compliance programs that failed to detect or deter the antitrust crimes for which we prosecute a corporate defendant. The sentencing guidelines do not allow credit for nominal or ineffective programs, and if we’re prosecuting your client, you’ll have a difficult time arguing that its compliance program was neither.

But the news in this area is not all bad. We recognize, and have credited, extraordinary forward-looking efforts to change corporate culture, where senior executives demonstrate that compliance is a top corporate priority, and companies implement structural safeguards—like requiring anyone promoted to a management position to have first served as a compliance officer for a designated period of time. Efforts like these not only weigh against a sentence including probation, but in exceptional cases can also qualify for a modest reduction to a criminal fine.⁶⁶³ (grifos nossos)

No que diz respeito a precedentes, o caso paradigmático que sinaliza o começo de um repensar no entendimento da Divisão Antitruste deriva de investigação no âmbito de suposta prática anticompetitiva envolvendo fixação de preço e manipulação no mercado de câmbio de moeda estrangeira (FX). Em 2015, no âmbito de acordo (*plea agreement*), a Divisão Antitruste concedeu desconto pecuniário a uma instituição financeira - Barclays PLC - em virtude dos esforços extraordinários relacionados ao aprimoramento do programa de *compliance* após o início das investigações.⁶⁶⁴ Subsequentemente, em 2016, a Divisão

burocrática) política, com diversos custos etc., mas sim como uma efetiva questão cultural, apta a realmente inculcar boas práticas e transformar os valores da organização em prol da ética e da conformidade.

⁶⁶¹ O mantra é que esforços de *compliance* devem se refletir em ações e resultados concretos, e não apenas se constituírem em promessas etéreas de ações futuras. Somente programas que demonstrem ações e resultados é que serão considerados para fins de eventual crédito.

⁶⁶² Ex-advogada geral assistente da Divisão Antitruste.

⁶⁶³ ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. HESSE, Renata B. **Acting Assistant Attorney General Renata Hesse of the Antitrust Division Delivers Remarks at 26th Annual Golden State Antitrust, UCL and Privacy Law Institute**. São Francisco, 3 nov. 2016.

⁶⁶⁴ Não houve detalhamento qualitativo acerca das características ou dos elementos aperfeiçoados no programa de *compliance* da Barclays. No acordo (*plea agreement*), foi determinado um período de supervisão

Antitruste recomendou a redução da multa em sede de acordo (*plea agreement*) para a empresa Kayaba industry Co. Ltd d/b/a KYB Corporation (KYB) no âmbito de um suposto cartel no mercado de amortecedores para fabricantes automotivos.⁶⁶⁵ A premissa do desconto seguiu em consonância com o que se verificou em Barclays, a saber, a implementação ou o refinamento do programa de *compliance* se deu após o início das investigações e teria acarretado uma mudança na cultura empresarial. Dada a relevância, mister se faz delinear excerto do memorando da Divisão Antitruste nesse caso, no qual a autoridade externou sua posição sobre a importância das medidas tomadas e que motivaram o desconto, de modo que pode servir como parâmetro para casos futuros. Aqui, conquanto a penalidade para a KYB devesse ficar na faixa de US\$ 100 a 200 mil, a multa equivaliu a US\$ 62 mil em virtude dos esforços relacionados ao *compliance*. Dentre outros pontos destacados no memorando, ressaltou-se a extrema e substancial cooperação da KYB em vários aspectos da investigação, para além de realçar os importantes avanços introduzidos na política de *compliance* da empresa, notando as “marcas registradas” de uma política de *compliance* efetivo. A ver:

[...] From the moment KYB received notification of the government's investigation, management committed to instituting policies that would ensure that it would never again violate the antitrust laws. Direction for this change came straight from the top—KYB’s president, Masao Usui. He directed a full and complete investigation be conducted and ordered all employees to cooperate fully and truthfully with the investigation. Simultaneously, a comprehensive and innovative compliance policy was conceived and implemented. That policy, at the direction of the Defendant’s senior management, sought to change the culture of the company to prevent recurrence of the offense. KYB’s compliance policy has the hallmarks of an effective compliance policy including direction from top management at the company, training, anonymous reporting,

(*probation*) por três anos, durante o qual o banco ficaria sob vigilância, se comprometendo, por exemplo, a não praticar ilícitos, e também fornecer relatório de suas atividades. Disponível em: <<https://www.justice.gov/file/440481/download>>. Acesso em: 05 dez. 2018. No evento de Chicago, conforme mencionado acima, Snyder comentou que a redução recomendada para a Barclays foi modesta. Ele também asseverou que um desafio repousa na dificuldade de separar um programa de *compliance* antitruste retórico de um programa que espelha comprometimento real. Contudo, observou que o DoJ se convenceu dos passos substanciais tomados pela Barclays quanto ao aperfeiçoamento do programa e da cultura corporativa em comparação com os demais infratores. Snyder apontou que os esforços não foram meramente prospectivos, mas sim que já haviam sido tomados como consequência das investigações concorrenciais no âmbito da Libor, cujos resultados foram percebidos no curso da investigação do FX. Nessa linha, vaticinando os passos futuros, destacou que “Where we see similar efforts that result in real remediation and changes in a company's *compliance* culture, we will consider them in making our sentencing recommendations. But credit will require action and results, not mere promises of future action”. Ver: ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. SNYDER, Brent. **Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Sixth**, op. cit.

⁶⁶⁵ Cf. ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Public Affairs. Justice News. **KYB Agrees to Plead Guilty and Pay \$62 Million Criminal Fine for Fixing Price of Shock Absorbers**.

proactive monitoring and auditing, and provided for discipline of employees who violated the policy. While not exhaustive, the following is a description of some of the highlights of KYB's compliance program. The new policy required training of senior management and all sales personnel. In addition to classroom training, it provided one-on-one training for personnel with jobs, such as sales people, where there is a high risk of antitrust crimes. The effectiveness of the training was measured by testing employees' awareness of antitrust issues before and after the training. The policy requires prior approval, where possible, of all contacts with competitors and reporting of all contacts with competitors. These reports are audited by in-house counsel. Under the new compliance policy, sales personnel must certify that all prices were independently determined and that they did not exchange information or conspire with competitors when determining the price. An anonymous hotline was set up so that employees can report possible violations of the antitrust laws. Senior management's efforts set the tone at the top and made compliance with the antitrust laws a true corporate priority.⁶⁶⁶ (grifos nossos)

Pois bem, ressalte-se que, em abril de 2018, a Divisão Antitruste promoveu um evento⁶⁶⁷ aberto à sociedade civil para aprofundar a discussão sobre programa de *compliance* concorrencial e suas implicações para a política de *enforcement* criminal. O evento contou com representantes do DoJ, de empresas, de autoridades internacionais e de organizações internacionais, e abordou o papel dos programas de *compliance* na prevenção e detecção de violações concorrenciais, no intuito de explorar formas adicionais para promoção do programa de *compliance* concorrencial, reforçando, dessa maneira, a crescente importância desse assunto na pauta da Divisão Antitruste.

Nesse diapasão, Makan Delrahim⁶⁶⁸ salientou que o *compliance* antitruste é uma questão global e que traduz uma situação de ganha-ganha para as empresas e os consumidores, e também para o DoJ e seus contribuintes, exemplificando vários benefícios. Ele reforçou que o melhor resultado para todos e para a concorrência é quando, em primeiro lugar, o programa de *compliance* evita que a empresa se envolva em condutas anticompetitivas, mas reconheceu que até o melhor programa de *compliance* pode não ser

⁶⁶⁶ Ver: ESTADOS UNIDOS. **United States Sentencing Memorandum and Motions for a Downward Departure Pursuant to United States Sentencing Guidelines § 8C4.1** (United States of America v. Kayaba Industry Co., Ltd d/b/a KYB Corporation). O período de supervisão (*probation*) foi descartado nesse caso, à luz, dentre outros aspectos, dos esforços de *compliance*, da efetiva colaboração da empresa, das providências tempestivamente tomadas, inclusive com ações disciplinares contra os empregados e executivos envolvidos no ilícito.

⁶⁶⁷ Ver: ESTADOS UNIDOS. **Public Roundtable on Criminal Antitrust Compliance**. Washington, D.C., 9 abr. 2018. Os materiais, incluindo vídeos e transcrição do evento, estão todos disponíveis para consulta. A título de curiosidade, dentre outros, o DoJ aponta para o Guia de *Compliance* do CADE como uma fonte externa relacionada ao *compliance*.

⁶⁶⁸ Procurador-Geral Assistente da Divisão Antitruste.

capaz de prevenir todas as violações⁶⁶⁹ e, nesse caso, um programa de *compliance* bem administrado deve ser capaz de detectar rapidamente a violação e tratá-la, colocando um fim no ilícito, destacando, nesse cenário, a importância do programa de leniência. Delrahim sinalizou uma posição bastante entusiasta⁶⁷⁰ do DoJ ao programa de *compliance*, comentando a expectativa de que os debates travados fossem proveitosos para a Divisão obter *insights* adicionais de promoção do *compliance* antitruste, bem como para aprofundar as reflexões sobre como esses programas poderiam afetar o resultado das decisões.⁶⁷¹

Em particular quanto à política de recompensa ao programa de *compliance* por parte da Divisão Antitruste, foram ventiladas no evento algumas proposições mais gerais por representantes que não do DoJ no sentido, por exemplo, de a Divisão compartilhar mais informações para orientação das empresas e também publicar guia específico sobre

⁶⁶⁹ Nesse mesmo evento Anne Riley observou que as autoridades precisam entender que não existe algo como “risco zero”. Ou seja, não seria realista supor que a população irá cumprir integralmente com as leis em 100% do tempo, salientando que “it’s human nature to do the wrong thing. There will always be risk”. (para as transcrições do evento, ver: ESTADOS UNIDOS. **Public Roundtable on Criminal Antitrust Compliance...** op. cit.). Nessa perspectiva, o esperado seria que as empresas aprendessem com os erros, de modo a fazer melhor na próxima vez, apontando a importância de um programa de *compliance* efetivo para o gerenciamento e tratamento de riscos, vez que auxilia a empresa a fazer o melhor. Tal visão foi reforçada por outros participantes do evento. A essa observação, mais genericamente, referenciamos ao que foi e está sendo experimentado no ambiente empresarial brasileiro de *compliance* após episódios de diversos ilícitos, a exemplo do que desnudou a operação Lava Jato.

⁶⁷⁰ “This dialogue will undoubtedly inform the Division’s consideration of compliance policies in future cases. Compliance matters to the people and corporations that must abide by the antitrust laws. Compliance matters to the Antitrust Division’s prosecutors, who are bound to enforce the law. And it matters to our society as a whole, which benefits from the innovation that results from the functioning free market and from open competition”. Cf. Ibid.

⁶⁷¹ O evento foi bastante rico em termos de ideias e discussões. Em brevíssima síntese, sem qualquer pretensão exaustiva, vale comentar que, ao longo dos debates, foi apresentado um panorama sobre aspectos históricos dos *Sentencing Guidelines*. Em especial, foi mencionada a lógica do *carrot and stick approach* que subjaz ao Capítulo 8, sobretudo ante a premissa de que a melhor forma de dissuadir o crime corporativo é que as empresas se autopolicem, dado que é mais fácil para as organizações detectarem um crime do que para o governo. Também se destacou a importância do componente ético no programa de *compliance*, pontuando o valor da cultura organizacional. Outrossim, no contexto da elaboração/atualização dos *Sentencing Guidelines*, foi pontuada a intencionalidade de usar uma linguagem genérica quando da definição dos critérios para um programa de ética e *compliance* efetivo, especialmente para permitir um amplo alcance e viabilizar que as empresas adaptem as diretrizes de acordo com as suas circunstâncias particulares. Também foram abordadas questões práticas de programas de *compliance* no dia a dia de empresas, com relato e compartilhamento de experiências, para além de ser ressaltada inúmeras vezes a importância de instilar o *compliance* dentro da cultura organizacional, exemplificando com a atual realidade da cultura corporativa. Igualmente, foram detalhadas algumas diretrizes de *compliance* estabelecidas em guia de referência mundial (ICC), comentando sobre o seu contexto, retornos e planos futuros. Foi também mencionada a relação positiva entre a *Corporate Social Responsibility* e empresas éticas, que atuam em conformidade com as leis, mormente em termos de valorização dos negócios dessas empresas que representam “bons cidadãos corporativos e fazem as coisas certas”. Também foram tratadas questões de *client-attorney privilege*, discutidas estratégias de *policy* para promoção/indução do *compliance* à luz de diferentes jurisdições, bem como abordadas as distintas visões dos reguladores (antitruste e anticorrupção) no contexto do programa de *compliance*, para além de ressaltar a importância da cooperação entre empresas e reguladores para fins de detecção etc. Tocou-se no assunto dos monitores externos e dos aspectos do programa de leniência (e da leniência *plus*).

programas de *compliance* concorrencial, ao mesmo tempo que se ponderou sobre a real necessidade dessa medida. Entrementes, destacou-se a importância de um *enforcement* agressivo para estimular o *compliance*, além de jogar luz sobre a interface existente entre o programa de *compliance* e a leniência (e leniência *plus*, como um importante benefício resultante do *compliance*), bem como questões adjacentes relacionadas ao período de supervisão (*probation*) e ao monitor externo para fortificar o *compliance*. Nesse evento, vale destacar a experiência de outras jurisdições, vez que pode influenciar a abordagem da Divisão Antitruste, que se mostra aparentemente mais aberta a comentários e sugestões, em um processo de autorreflexão.

O representante do Canadá (John Pecman) disse que até 2015 a abordagem da agência canadense seguia a política tradicional dos “*big players*” do universo antitruste e geralmente não concedia recompensas no contexto do cartel, sob o argumento genérico de que, se houve a ofensa, então não haveria razão para recompensar um programa que foi falho. Entretanto, ele disse que a abordagem foi alterada. Sob uma administração mais aberta, transparente e colaborativa com a sociedade e colaborativa com relação ao *compliance*, foi posto em marcha o “*shared compliance*”. Por meio dessa visão radicada no “*compliance* compartilhado”, a autoridade tem a responsabilidade de aplicar a lei, mas fornece orientações a respeito do programa de *compliance* para o empresariado, que implementa o *compliance* como parte de sua responsabilidade social corporativa.⁶⁷² Foi realçada a importância do *compliance* para prevenir a ocorrência de cartel, beneficiando a economia, minimizando custos para as empresas e diminuindo custos para as autoridades. Atualmente, o órgão canadense dispõe de uma política que recomenda a recompensa ao programa de *compliance*, desde que se demonstre que foram atendidos os sete aspectos dessa política e, preferencialmente, levando em conta programas preexistentes à investigação.⁶⁷³ Recentemente (2018) foi dada mais ênfase ao assunto no bojo do programa de leniência.

Por sua vez, o representante da autoridade do Reino Unido (Simon Constantine) explicou que a política adotada é deferente ao racional da recompensa, em geral mais favorável à visão prospectiva, mas que também é simpática à ideia de descontos para

⁶⁷² Para além de também orientar a comunidade jurídica, que fornece aconselhamento na implementação do programa de *compliance*.

⁶⁷³ Ver detalhes abaixo. Pecman informa que ainda não foi concedido desconto com base nessa política, visto que até o momento nenhuma empresa “aplicou” para a recompensa.

programas preexistentes. A autoridade do Reino Unido se pauta por uma abordagem de quatro passos calcada na identificação de risco, avaliação de risco, mitigação de risco e revisão contínua. Vale registrar um comentário de Constantine no sentido de que a autoridade analisa o comprometimento público da empresa para com o *compliance*, isto é, dentre outros aspectos, checa manifestações públicas no *website* da empresa (ou em outros locais) como parte do processo de avaliação do programa de *compliance*.

Finalmente, o representante da autoridade de Hong Kong (Jindrich Kloub) disse que no momento a autoridade não dispõe de uma política sobre recompensa ao programa de *compliance*, mas que está considerando essa hipótese. Kloub relatou a diferença cultural das empresas baseadas em Hong Kong, sobretudo porque o cartel era considerado prática legal e parte dos negócios até muito recentemente, considerando uma realidade de mercado formado em sua maior parte por pequenas e médias empresas. Ele observou que a legislação concorrencial entrou em vigor apenas no final de 2015. Nesse aspecto, Kloub pontuou o olhar privilegiado de Hong Kong sobre a temática do *compliance*, o que permite cotejar as experiências de diversas jurisdições e formatar uma política específica. Ele lançou uma problematização nesse sentido: por um lado, por que recompensar um programa de *compliance* (preexistente) que foi falho? Por outro, recompensar programas de *compliance* após a ocorrência do ilícito pode gerar incentivos perversos, na medida em que as empresas poderiam esperar para introduzir programas de *compliance*, apenas o fazendo após a descoberta da violação, de modo a ser recompensada por isso. De qualquer maneira, ele deu a entender ser simpático à ideia da recompensa. Também foi destacada a questão da leniência e a exigência de que, nesse contexto, o compromissário introduza ou aprimore o programa de *compliance*.

Em geral, os representantes das autoridades convergiram no sentido de que uma eventual recompensa ao programa de *compliance* decorreria de clara mudança material na cultura da empresa, junto com evidências concretas de que o programa foi implementado de forma efetiva. Sob essa lógica, um programa de *compliance* baseado no modelo *checklist* foi considerado inefetivo e datado. Como exemplo positivo para pautar a implementação do programa de *compliance* foi citado o *toolkit* da ICC. Dentre os aspectos mencionados para um programa efetivo, os representantes citaram o envolvimento da alta direção e a criação do departamento de *compliance* sob a liderança do *chief compliance officer*, bem como treinamento e monitoramento constantes, com um sistema que encoraje a denúncia de

condutas suspeitas, sob uma estrutura de incentivos e medidas disciplinares para os ofensores.

Enfim, o arrazoado de ideias e reflexões ventilado nesse evento pode influir nas ponderações na Divisão, eventualmente a se refletir mediante ajustes na atual política de incentivo ao programa de *compliance* antitruste. Consideramos esse evento como um importante marco que sinaliza que a Divisão está ativamente interessada em compreender em mais profundidade maneiras pelas quais pode estimular a implementação de programas de *compliance* genuínos - e a internalização de uma cultura organizacional baseada na ética e no *compliance* -, mormente em razão dos benefícios do *compliance* para a sociedade - e para o *enforcement* anticartel.

Em sucedâneo, cumpre observar dois pronunciamentos oficiais de representante da Divisão Antitruste que novamente tocaram no programa de *compliance*. Em particular, nota-se que em um deles houve referência expressa aos debates do evento supra narrado. Nesse sentido, em evento voltado ao setor financeiro,⁶⁷⁴ Andrew Finch⁶⁷⁵ sublinhou que a atenção dispensada ao programa de *compliance* é algo verdadeiramente crítico no setor financeiro, notando que a Divisão procurou levar em conta os esforços de *compliance* de empresas que optaram por cooperar com o governo nas investigações levadas a cabo nesse setor, citando a (modesta) redução na multa imposta à Barclays em virtude dos esforços de *compliance*. Também foram mencionados os esforços de *compliance* empreendidos pelo banco BNP Paribas,⁶⁷⁶ que, segundo Finch, foram considerados para que a Divisão chegasse no valor final da multa para o banco. Em ambos os casos, a Divisão reconheceu as *medidas extraordinárias e prospectivas* de *compliance* tomadas pelos bancos após a detecção da infração.

⁶⁷⁴ Esse discurso se deu pouco menos de um mês após a realização do evento da Divisão Antitruste sobre o programa de *compliance*. Ver: ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. FINCH, Andrew. **Principal Deputy Assistant Attorney General Andrew Finch Delivers Remarks at ‘Antitrust in the Financial Sector: Hot Issues & Global Perspectives’**. Nova Iorque, 2 maio 2018.

⁶⁷⁵ Procurador-Geral Assistente Adjunto Principal da Divisão Antitruste.

⁶⁷⁶ No começo de 2018, o BNPP USA (subsidiária do BNP Paribas) reconheceu sua participação em prática anticompetitiva atinente à investigação de fixação de preço e manipulação no mercado de câmbio de moeda estrangeira (FX). No âmbito da sentença, foi afastada a recomendação de *probation* ao BNPP Paribas USA considerando, dentre outros fatores, os “substanciais esforços relacionados a *compliance* e remediação”. Nesse sentido, ver: <<https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-usa-inc-pleads-guilty-antitrust-conspiracy>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

Finch ressaltou que a Divisão quase nunca considera o programa preexistente do infrator para fins de redução da multa. E explicou essa posição referindo aos *Sentencing Guidelines*. Lá, como visto, a empresa só é elegível ao crédito (recompensa) se o seu programa de *compliance* preexistente for considerado “efetivo”. Nesse sentido, seria complexo convencer a Divisão de que um programa preexistente foi efetivo com base nos *Sentencing Guidelines* se ele não conseguiu refrear o ilícito pelo qual a empresa foi considerada responsável. E aqui, consoante já exposto, Finch frisou que, por sua natureza, a infração antitruste exige a participação, ou ao menos a ignorância intencional, de indivíduos com discricionariedade para fixar preços ou alcançar acordos anticompetitivos. Assim, à luz dos *Sentencing Guidelines*, o envolvimento dessas pessoas na infração gera a presunção (refutável) de que a empresa carecia de um programa de *compliance* efetivo.

Ainda é prematuro extrair qualquer conclusão mais firme sobre os impactos práticos dessas discussões na política de descontos, especialmente pela atualidade do debate, entretanto é possível que no futuro ocorram certos ajustes na política da Divisão a fim de encorajar de forma mais consistente e efetiva a implementação de programas genuínos. A esse respeito, Finch mencionou que a Divisão está analisando as contribuições recebidas no ensejo do evento supra referido, no sentido de qual seria a melhor forma de reconhecer os esforços de *compliance*, incluindo, em particular, o exame do *se/como* um programa preexistente seria passível de consideração. Finch assinalou que essas reflexões não significam que a Divisão irá mudar definitivamente a atual prática sobre o assunto, mas que está atenta e examinando-a, ainda que em estágio inicial.

Na mesma direção, em eventoque homenageou Douglas H. Ginsburg,⁶⁷⁷ Finch mais uma vez trouxe à baila tanto a reflexão da Divisão acerca da melhor forma de reconhecer programas de *compliance* (especialmente programas preexistentes), quanto a ponderação sobre considerar o programa de *compliance* na modelagem de sanções ideais para dissuadir práticas de fixação de preços e outras condutas anticompetitivas, refletindo sobre a suficiência dos créditos dispostos nos *Sentencing Guidelines* para empresas dotadas de programas de *compliance* efetivos.⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ Ver: ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. FINCH, Andrew. **Principal Deputy Assistant Attorney General Andrew C. Finch Delivers Remarks at Judge Douglas H. Ginsburg Liber Amicorum Conference at Antonin Scalia Law School**. Fairfax, 6 nov. 2018.

⁶⁷⁸ Essa reflexão decorre de proposições feitas por Douglas H. Ginsburg e Joshua D. Wright com o fim de aperfeiçoar as sanções antitruste no sentido de serem mais dissuasórias. Em artigo nesse sentido, em suma, os

Dito isso, e antes de seguir para a próxima jurisdição, cabe um parêntese para indicar que o interesse da Divisão Antitruste em matéria de programa *compliance* está longe de ser uma novidade. No mínimo, desde 1995, representantes do órgão já se pronunciavam de maneira assertiva, sublinhando a importância do *compliance*, ainda que relutantes com a perspectiva do desconto. De qualquer maneira, é bastante perceptível que o *compliance* ocupa uma posição de destaque na agenda antitruste norte-americana. A título de registro,

autores iniciam a análise tratando da escola do pensamento econômico tradicional, que relaciona o aumento de multas corporativas para atingir a dissuasão ótima de cartéis. Tem-se o modelo econômico (neo)clássico de sanções ótimas e punições criminais que sustenta que as penalidades devem ser suficientes para induzir os infratores a internalizarem o custo social total de seus crimes. Em um cenário mais realista, as sanções ideais devem exceder o custo social do crime, de modo que a sanção esperada pelo potencial infrator seja igual ao dano que a infração causar. Segundo os autores, apesar de multas cada vez maiores (além de maior taxa de prisão), os cartéis, sobretudo internacionais, remanescem como um problema, para além de se verificar reincidência entre os cartelistas. Ainda que seja impossível verificar quantos cartéis não foram detectados, o que torna a evidência empírica sujeita a interpretações, os autores notam que os dados são amplamente consistentes, apontando que mesmo com o aumento de multas e a introdução da leniência, a sanção antitruste atual não gera dissuasão suficiente para evitar a formação de cartéis. Assim, na busca pela sanção ótima para dissuadir os cartelistas, os autores ventilam dois princípios cardeais: (i) a sanção total deve ser grande o suficiente, mas não maior que o necessário para tirar o lucro dos infratores; e (ii) devem ser dados (des)incentivos suficientes para desencorajar os indivíduos responsáveis pelo cartel a se engajarem nesse ilícito, reforçando a ênfase em sanções reputacionais (*e.g.*, banimento da função, leia-se, desqualificação profissional), para além da pena de prisão, que seria a sanção de maior preocupação para os empresários. Em particular no que tange ao programa de *compliance*, os autores observam que não faria sentido punir a empresa e seus diretores/administradores se a organização envidou esforços razoáveis para cumprir a legislação e, a despeito disso, seu empregado se envolveu no cartel. Na verdade, os diretores/administradores também seriam responsabilizados junto com esse empregado infrator caso tiverem sido negligentes no seu dever de supervisão. Esse seria um princípio essencial à luz de um modelo mais granular proposto pelos autores com vistas a aumentar a dissuasão nos casos de cartel: alterar o foco das sanções, passando das empresa para os empregados infratores e os responsáveis por monitorar o *compliance* (diretores/administradores que foram negligentes e faltaram com o dever fiduciário), utilizando um *mix* de multas, sanções reputacionais e prisão. Com isso, em teoria, haveria maior incentivo para os diretores/administradores se engajarem na prevenção de violações. A respeito do artigo dos autores, ver: GINSBURG; WRIGHT, *op. cit.*, *passim*.

mencionamos pronunciamentos de Bill Baer,⁶⁷⁹ William Kolasky,⁶⁸⁰ Scott Hammond⁶⁸¹ e Gary Spratling.⁶⁸²

⁶⁷⁹ Baer reconheceu a importância do programa de *compliance* no âmbito preventivo e também anotou a sua importância em termos de detecção, pontuando a interface com a leniência. Baer observou, em particular, que seria um exagero aceitar o argumento da mera existência do programa de *compliance* como suficiente para afastar a condenação, garantir um acordo ou reduzir sensivelmente a penalidade. Segundo ele, se a empresa participou do cartel e não detectou a conduta até o início da investigação, ficaria difícil aceitar a alegação de que o programa foi efetivo. Dessa maneira, seria improvável considerar argumentos quanto à efetividade de programas de *compliance* preexistentes. Nesse âmbito, segundo Baer, as empresas devem levar o *compliance* a sério, o que inclui um compromisso institucional de mudança da cultura da empresa: as empresas devem promover uma cultura corporativa que encoraje a conduta ética e o comprometimento com as leis. Nesse particular, um exemplo simples para ilustrar o que não seria entendido como compromisso com a cultura do *compliance*, e logo, com a efetividade do programa, tem a ver com empresas infratoras que mantêm, em seus quadros, o executivo infrator que não admitiu a responsabilidade pela conduta e não fez parte do acordo. Baer identifica, nesse caso, uma clara tensão, pois segundo ele, seria difícil supor como a empresa encorajaria uma cultura de *compliance* se, ao mesmo tempo, mantivesse em seus quadros o executivo infrator em posição de elevada autoridade. Inclusive, nesses casos, a empresa poderia ficar sob um período de supervisão como forma de assegurar que implementasse um programa de *compliance* efetivo, para além de eventualmente incluir um monitor externo, se necessário. Ver: ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. BAER, Bill. **Prosecuting Antitrust Crimes**. Washington, 10 set. 2014.

⁶⁸⁰ Kolasky realçou a importância desempenhada pelo programa de *compliance* antitruste para dissuadir condutas anticompetitivas, ressaltando a necessidade desse instrumento, sobretudo em face de riscos globais, em um ambiente de *enforcement* regulatório em que as empresas e os executivos envolvidos em cartel enfrentam enorme exposição. Nesse contexto, um programa de *compliance* efetivo poderia significar para a empresa “a diferença entre sobreviver e a possível extinção”. Nesse sentido, como sublinhou Kolasky, “The stakes have never been higher. An effective antitrust *compliance* program can literally mean the difference between survival and possible extinction to a corporation whose responsible officers or employees are tempted to engage in -- or are engaging in -- an antitrust conspiracy”. Ademais, Kolasky externou o entendimento da Divisão sobre os dois principais objetivos de um bom programa de *compliance*: prevenção e detecção, sendo que o verdadeiro benefício do *compliance* seria a prevenção de violações. Um segundo importante objetivo seria a detecção rápida do ilícito, enquanto os danos ainda fossem pequenos, permitindo que a empresa se qualificasse para a leniência. Em adição, Kolasky suscitou a possibilidade da mitigação em virtude do programa de *compliance*, porém salientou ser rara essa hipótese, sobretudo em vista do regime de responsabilidade objetiva e da teoria do *respondeant superior* que vigora nos EUA. Segundo ele, raramente foi visto um caso em que o empregado cometeu a violação agindo para benefício próprio e não em prol da empresa. De toda maneira, o programa poderia ajudar na mitigação da multa se os empregados envolvidos no ilícito não fossem do alto escalão, o que, de acordo com a experiência prática, seria difícil, vez que normalmente são representantes da alta hierarquia da empresa que se envolvem em práticas anticompetitivas. Kolasky também pontuou os sete elementos mínimos para o programa de *compliance* se qualificar para eventual redução de multa, em consonância com os *Sentencing Guidelines*. Em suma: (1) Padrões de *compliance* claramente estabelecidos; (2) Atribuição de responsabilidade geral pela supervisão do *compliance* aos executivos do alto escalão da empresa; (3) Exercer o devido cuidado (*due diligence*) para não delegar responsabilidade a empregados com propensão a se envolver em condutas anticompetitivas; (4) Tomar medidas razoáveis para efetivamente comunicar normas e procedimentos para todos os empregados; (5) Tomar medidas razoáveis para o cumprimento das normas; (6) Aplicação consistente das normas mediante mecanismos disciplinares apropriados; e (7) Tomar medidas razoáveis quando da existência da violação para responder e apresentar futuras violações. Ver: ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. KOLASKY, William J. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective**. São Francisco, 12 jul. 2002.

⁶⁸¹ ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. HAMMOND, Scott, op. cit.

⁶⁸² Spratling sublinhou a importância do programa de *compliance* no tocante à prevenção de crimes (e também na detecção), observando que “[...] Potential criminal responsibility provides a corporation’s management, board and shareholders with powerful, continuing incentives to improve a compliance program and its implementation. The ultimate goal, after all, is a compliance program that prevents crimes [...] The principal benefit of a successful antitrust compliance program is, obviously, the prevention of a violation. If you can avoid violating the law in the first instance, you avoid having to deal with fines, imprisonment, damages and debarment entirely. The next most important benefit is that it enables the organization to detect the violation early. Early detection, in turn, affords an organization the opportunity to consider the options of voluntary disclosure (self-reporting) and cooperation with the government at a time in the enforcement process, far in

Enfim, vista de maneira geral a evolução e o ritmo das discussões nos EUA, especialmente no âmbito da Divisão Antitruste, que atualmente demonstra interesse em discutir com mais minudência as suas práticas sobre programa de *compliance* concorrencial, é tempo de rumar esta análise para a Comissão Europeia. Dedicamos propositalmente maior espaço para desnudar o estado na arte nos EUA em razão do importante histórico dessa jurisdição com a temática, do seu peso junto aos pares globais e de eventuais mudanças em alguns aspectos de sua política de *compliance*, com potencial de repercutir perante outras jurisdições.

3.1.2 Comissão Europeia

Em linhas gerais, atualmente,⁶⁸³ a posição da Comissão Europeia⁶⁸⁴ a respeito da recompensa ao programa de *compliance* na forma de desconto pecuniário é convergente com o tradicional entendimento adotado pela Divisão Antitruste do DoJ. Todavia, da mesma maneira, isso não significa que a Comissão Europeia seja indiferente à importância do programa de *compliance* e outras iniciativas desse tipo. Para a Comissão Europeia, um programa de *compliance* concorrencial exitoso já se auto recompensaria, posto que o grande benefício do programa efetivo é justamente o não envolvimento da empresa em práticas

advance of conviction and sentencing, when such actions have the potential for very favorable treatment for the organization -- including even complete amnesty". Ver: ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. SPRATLING, Gary R. **Corporate Crime in America: Strengthening the 'good citizen' corporation. The Experience and Views of the Antitrust Division.** Washington, 8 set. 1995.

⁶⁸³ Cumpre notar, a título de referência histórica, que no passado a Comissão Europeia considerou a adoção do programa de *compliance*, implementado após o início das investigações, para fins de desconto da multa. Entre 1982 a 1992, a atenuante foi observada nos seguintes casos: (i) *National Panasonic* [1982]; (ii) *John Deere* [1985]; (iii) *Sperry New Holland* [1985]; (iv) *Fisher-Price /Quaker-Oats Ltd – Toyco* [1988]; (v) *Eurofix-Bauxo / Hilti* [1988]; (vi) *Napier Brown - British Sugar* [1988]; (vii) *Viho/Toshiba* [1991]; e (viii) *Viho/Parker Pen* [1992]. Todas essas decisões versaram sobre práticas verticais ou abuso de posição dominante, conforme esclarecido por Wils. Nessa linha, Thépot observa que nunca houve descontos para programa de *compliance* no âmbito de investigações relacionadas a cartel. Interessante notar que a empresa British Sugar, que recebera desconto pelo programa de *compliance* em 1988, foi condenada mais adiante por conta de envolvimento em cartel (*British Sugar plc, Tate & Lyle plc, Napier Brown & Company Ltd, James Budgett Sugars Ltd* [1998]). Esse fato fez com que, pela primeira vez, a Comissão Europeia considerasse o programa de *compliance* como fator agravante (considerando a violação ao programa e a reincidência da empresa). Atualmente, a Comissão não mais considera o programa de *compliance* para fins de dosimetria. Uma hipótese aventada para tanto é de que a mudança de postura coincidiu com a crescente importância da política de leniência. Outra hipótese para justificar a mudança de posição da Comissão Europeia quanto ao desconto dialoga com o caso British Sugar, visto que o programa de *compliance* que foi recompensado não evitou uma posterior infração. Alega-se que, em razão disso, a confiança da Comissão na avaliação da credibilidade de programas de *compliance* pode ter sido afetada. Segundo Wils, os Tribunais da União Europeia têm consistentemente apoiado a política de não desconto, sustentando que a implementação do programa de *compliance* “não altera a realidade da infração e não obriga a Comissão a conceder redução da multa”. Ver: WILS, op. cit., p. 5; THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 192.

⁶⁸⁴ Responsável por matéria de concorrência.

anticompetitivas, evitando, assim, penalidades. Ao contrário, se a empresa se envolveu em um cartel, ter-se-ia um atestado - por definição - de que o programa de *compliance* não funcionou. Sinteticamente, tal é a pedra de toque que anima a discussão na Comissão Europeia hodiernamente.⁶⁸⁵ Um exemplo evidente dessa visão que, aliás, mostra-se mais inflexível que o entendimento da Divisão Antitruste, pode ser inferida do pronunciamento de Joaquín Almunia em 2010,⁶⁸⁶ nos seguintes termos:

[...] I am often asked whether companies should be rewarded for operating compliance programmes when they are found to be involved in illegal commercial practices. The answer is no. There should be no reduction of fines or other preferential treatment for these companies. As already mentioned, we reward cooperation in discovering the cartel, we reward cooperation during the proceedings before the Commission, we reward companies that have had a limited participation in the cartel, but that, I think is enough. To those who ask us to lower our fines where companies have a compliance programme, I say this: if we are discussing a fine, then you have been involved in a cartel; why should I reward a compliance programme that has failed? The benefit of a compliance programme is that your company reduces the risk that it is involved in a cartel in the first place. That is where you earn your reward.

[...]

A successful compliance programme brings its own reward. The main reward for a successful compliance programme is not getting involved in unlawful behaviour. Instead, a company involved in a cartel should not expect a reward from us for setting up a compliance programme, because that would be a failed programme by definition.⁶⁸⁷ (grifos nossos)

Não obstante, como mencionado, a Comissão Europeia julga de modo positivo os esforços empresariais relacionados ao *compliance*. Nesse aspecto, a Comissão busca estimular a cultura do *compliance* mediante uma atuação nos moldes da advocacia da concorrência por meio da publicação de materiais institucionais, pronunciamentos, eventos etc.⁶⁸⁸ No que tange aos materiais institucionais, com o fito de auxiliar as empresas a

⁶⁸⁵ Ver: AINIS, Michele. The Italian Competition Authority's Maieutic Role. **Rivista Italiana di Antitrust**, v.3, n. 2, 2016, p. 144.

⁶⁸⁶ Ex Vice-presidente da Comissão Europeia responsável por matéria de concorrência.

⁶⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. European Commission. ALMUNIA, Joaquín. **Compliance and Competition Policy**. Speech 10/586. Bruxelas, 25 out. 2010.

⁶⁸⁸ Consoante exposto por Almunia, "Perhaps the best means we have to ensure *compliance* is comprehensive, accurate, and widely accessible information on EU competition rules. Our documentation is constantly updated and clarified to keep pace with changing market and legal conditions. We also use our constant dialogue with companies and other stakeholders in our effort to improve our guidelines, notes, FAQs and other documents. To help companies understand in detail what the law provides and how we enforce it, we strive to make this information easily available through the web and other supports. I strongly encourage companies to build their own *compliance* programmes and training on the basis of the information we publish. I understand that more and more companies invest time and resources in these programmes and this is excellent news. I am also aware that ensuring *compliance* represents a cost to business. It is a worthwhile investment – preventing participation in just one cartel leading to high fines upon discovery would more than cover the cost of *compliance* [...] My

desenvolverem estratégias proativas de *compliance*, vale destacar publicação da Comissão Europeia de 2013⁶⁸⁹ que aponta as seguintes medidas para assegurar o cumprimento da legislação: (1) Identificar o risco global e exposição individual; (2) Tornar a estratégia explícita; (3) Os dirigentes da empresa devem assumir um compromisso visível e duradouro relativamente à estratégia de conformidade; (4) Mecanismos de comunicação interna adequados; (5) Atualização constante, pessoas a contactar para aconselhamento e formação; e (6) Controle e Auditoria. Apesar dessa publicação ratificar a deferência aos esforços corporativos para promover a cultura de *compliance*, não passa incólume a discordância quanto à redução da multa,⁶⁹⁰ nos seguintes termos:

Although all compliance efforts are welcomed, the mere existence of a compliance programme is not enough to counter the finding of an infringement of competition rules companies and their employees must, in fact, comply. If a company which has put a compliance programme in place is nevertheless found to have committed an infringement of EU competition rules, the question of whether there is any positive impact on the level of fines frequently arises. The answer is: No.

Compliance programmes should not be perceived by companies as an abstract and formalistic tool for supporting the argument that any fine to be imposed should be reduced if the company is ‘caught’. The purpose of a compliance programme should be to avoid an infringement in the first place.

For the purpose of setting the level of fines, the specific situation of a company is duly taken into account. But the mere existence of a compliance programme will not be considered as an attenuating circumstance. Nor will the setting-up of a compliance programme be considered as a valid argument justifying a reduction of the fine in the wake of investigation of an infringement.

[...]

It goes without saying that the existence of a compliance programme will not be considered an aggravating circumstance if an infringement is found by the enforcement authorities: if the programme has failed to deliver results, the sanction will come in the form of the fine imposed.⁶⁹¹ (grifos nossos)

Posto esse singelo panorama, e que aparentemente não denota ventos de mudança, vale comentar que, em paralelo, entre as autoridades antitruste locais na Europa, há

ultimate objective is to foster a culture of compliance that minimises the need for sanctions in the first place” (grifos nossos). Cf. Ibid.

⁶⁸⁹ UNIÃO EUROPEIA. EUROPEAN COMMISSION. **Compliance Matters**: what companies can do better to respect Eu competition rules.

⁶⁹⁰ As Cortes da União Europeia, em geral, seguem o mesmo entendimento da Comissão.

⁶⁹¹ UNIÃO EUROPEIA. EUROPEAN COMMISSION, op. cit., **Compliance Matters...**, p. 21.

posicionamentos filiados ao racional da Comissão Europeia no que se refere à visão contrária ao desconto, ao passo que também há posicionamentos favoráveis ao racional da recompensa. Um sumaríssimo quadro a esse respeito será desnudado no próximo tópico.

3.1.3 Outras jurisdições

Considerando algumas das principais autoridades antitruste locais no bojo da União Europeia, não há consenso sobre a atribuição de desconto à luz do programa de *compliance*. O assunto é atual e dinâmico, tanto que algumas autoridades sinalizaram recente mudança de entendimento, o que traduz uma temática em reflexão na agenda dos reguladores antitruste. O exame a ser feito neste item será bastante delimitado.

Na França, até há pouco, se as empresas renunciassem ao direito de contestar as denúncias/alegações no âmbito de acordo (*settlement procedures*) e se comprometessem a implementar ou aprimorar um programa de *compliance*, em determinadas circunstâncias a multa poderia ser reduzida em até 20%.⁶⁹² A autoridade de concorrência francesa (*Autorité de la concurrence*) publicou materiais institucionais para disseminar as linhas mestras a respeito do assunto, explicitando os elementos centrais do programa de *compliance* e outros aspectos correlatos.⁶⁹³ A autoridade francesa encoraja que as empresas adotem uma estratégia proativa com o fim de prevenir ou minimizar os riscos de violação à legislação concorrencial.⁶⁹⁴ Exemplificativamente, a autoridade francesa reduziu a multa de seis

⁶⁹² O Código Comercial francês (art. L. 464-2 III) prevê a possibilidade de a autoridade concorrencial francesa considerar o programa de *compliance* nessas ocasiões (não contestação no âmbito de acordos). O percentual de redução total no âmbito do *settlement procedure* pode chegar até 25%, considerando (i) não contestação (10%); (ii) mudança de comportamento via adoção do programa de *compliance* (10%); e (iii) adoção de compromissos adicionais (5%). Nesse sentido, ver: FRANÇA. Autorité de la Concurrence. **Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes**; FERNÁNDEZ, Patricia Pérez. La importancia de los programas de cumplimiento – *compliance* programmes – en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia. **ICE Revista de economía**, n. 876, 2014, p. 86.

⁶⁹³ Ver: FRANÇA. Autorité de la Concurrence. **Antitrust compliance and compliance programs: corporate tools for competing safely in the marketplace**. Antes, em 2007, o Conselho da concorrência encomendou um estudo sobre programas de *compliance*, que foi realizado por uma empresa independente, conforme retro citado. Ver: FRANÇA. Europe Economics, Chancery House. **Etat des lieux...**, op. cit.

⁶⁹⁴ Em suma, o guia da autoridade francesa delineia os seguintes elementos de um programa de *compliance* efetivo: (1) Existência de uma posição clara, firme e pública dos órgãos de diretoria e administração da empresa, incluindo mais amplamente todos os executivos e diretores; (2) Comprometimento de indicar uma ou mais pessoas dentro da empresa para desenvolver e monitorar todos os aspectos do programa de *compliance*; (3) Comprometimento de disponibilizar informação, treinamento e medidas de conscientização compatíveis com a legislação trabalhista; (4) Comprometimento de estruturar controles efetivos, auditoria e sistemas de *whistleblowing*; e (5) Comprometimento de estruturar sistema efetivo de fiscalização.

representadas entre 18%-19%, tendo em vista iniciativas de *compliance* adotadas pelas empresas no âmbito de acordos, que foram somadas à ausência de contestação à denúncia.⁶⁹⁵

Contudo, válido ressaltar, conforme informações recentemente noticiadas,⁶⁹⁶ que a então política de descontos adotada no antitruste francês foi relativizada, ou melhor, foi afastada.⁶⁹⁷ Isso porque o programa de *compliance* passou a ser considerado parte do dia a dia dos negócios da empresa e, como regra geral, não é mais interpretado como possível atenuante, sobretudo nos casos de infrações mais graves.⁶⁹⁸

Na Itália, recentemente (2018), foi publicado um guia sobre a estruturação de programa de *compliance* e o seu tratamento no contexto da investigação antitruste.⁶⁹⁹ O guia estabelece a possibilidade de mitigação em virtude do programa de *compliance* e leva em conta um critério escalonado para tanto, que considera o momento de implementação do programa e a qualidade do programa. Possivelmente, trata-se do guia mais detalhado até o momento entre as autoridades antitruste que abordou os cenários de mitigação da multa. Eventualmente, tal guia poderia servir de baliza para reflexão de outras autoridades que pensam em adotar/rever/atualizar parâmetros sobre o assunto.

Vale explicitar rapidamente a sistemática do guia. Caso o programa de *compliance* tenha sido adotado antes da abertura do processo investigativo pela autoridade, e uma vez

⁶⁹⁵ O percentual em tela deriva da não contestação (10%) com o residual de (8%-9%) derivado das iniciativas de *compliance* (Cf. decisão n. 15-D-19, 15 dez. 2015). Para outras decisões que contaram com programa de *compliance*, ver: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=428>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁶⁹⁶ Conforme informações extraídas de LAVENIR, Amélie; SCHALLENBERG, Katrin. France Competition Compliance. **Getting The Deal Through**. jul. 2018; NINANE, Florence; BOTANA, Patricia. The Public Competition *Enforcement* Review - Edition 10. France. **The Law Reviews**. maio 2018; MAYER BROWN. Competition Alert France. **The Amended settlement procedure of the French Competition Authority**. abr. 2018.

⁶⁹⁷ Ressalva-se que não identificamos no *website* da autoridade francesa referida informação.

⁶⁹⁸ A princípio, essa aparente mudança de posicionamento guarda relação com a entrada em vigor da nova lei anticorrupção francesa (Lei Sapin II, de 2016 e em vigor em 1º de junho de 2017), vez que estabelece a obrigação de as empresas francesas (ou pertencentes a grupos franceses) implementarem um programa de *compliance* (anticorrupção), sob pena de sanção.

⁶⁹⁹ Em linhas bem genéricas quanto ao programa de *compliance*, a autoridade italiana afirma que um programa efetivo requer o claro reconhecimento do valor da concorrência como sendo parte integrante da cultura e da política corporativa, com compromisso duradouro e contínuo de segui-lo. Destaca-se a importância de alocação de recursos suficientes para implementação do programa, bem como a garantia de que o “gerente do programa” é autônomo, independente e equipado com instrumentos apropriados. Para além disso, são pontuados diversos aspectos do programa que seguem a linha das melhores práticas no que diz respeito aos elementos-chave de constituição. Para detalhes, ver: ITÁLIA. Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato. **Guidelines on Antitrust Compliance**.

demonstrado que o programa funcionou de modo efetivo para prontamente detectar e interromper a infração, o desconto pode ser de até 15% sobre a multa imposta (cenário mais favorável).⁷⁰⁰ Para programas adotados após a abertura do processo, o desconto não será maior que 5%. Nesse contexto, verifica-se uma série de exigências que a empresa deve atender, dentro de um cronograma a ser avaliado pela autoridade.

O guia dispõe também sobre programas considerados manifestamente inadequados. Nesses casos, não haverá redução de sanção para programas adotados antes da abertura do processo investigativo que forem manifestamente inadequados, a menos que a empresa demonstre ter introduzido mudanças substanciais no programa após a abertura do processo (e dentro de seis meses a contar da notificação da abertura do processo). Nessa hipótese, poderá haver uma potencial redução de até 5%. Dentre outros fatores, o programa será considerado manifestamente inadequado se a alta direção estiver envolvida na infração. Há também programas de *compliance* que não são considerados manifestamente inadequados. São aqueles adotados antes da abertura do processo e que não foram totalmente efetivos, mas que, por não serem manifestamente inadequados, podem fazer jus a até 10% de redução, desde que a empresa tenha ajustado o programa e iniciado a sua implementação após a abertura do processo investigativo (e dentro de seis meses contados da notificação de abertura do processo).⁷⁰¹

Duas notas complementares nessa dinâmica: poderá haver redução de até 5% para empresas reincidentes, que já possuem programa de *compliance* e desde que comprovem que foram feitas mudanças no programa após a abertura do processo. Não haverá mitigação para empresa reincidente que adotou um programa de *compliance* se tal empresa já tiver se beneficiado de uma mitigação em investigação passada. Outro ponto a se destacar é que a adoção do programa de *compliance* pela empresa-mãe não é considerado elemento suficiente para excluir a sua responsabilidade por práticas anticompetitivas cometidas pelas subsidiárias, evidenciando a responsabilidade solidária.⁷⁰²

⁷⁰⁰ E aqui está se falando de um programa efetivo, conforme parâmetros estipulados no guia.

⁷⁰¹ A autoridade italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) normalmente não considera a existência do programa de *compliance* como circunstância agravante, exceto em casos excepcionais.

⁷⁰² Note-se, ainda, que para o programa de *compliance* da empresa-mãe ser considerado apropriado no contexto da atenuante, ele deve estar implementado em todas as empresas do grupo.

Antes desse guia, a autoridade italiana já vinha atribuindo desconto para empresas com programas de *compliance*, porém adotava uma sistemática ligeiramente distinta da atual.⁷⁰³ A título de exemplo, cita-se caso envolvendo cartel de operadores italianos de máquinas de alimentos e bebidas, em que foi aplicada uma redução de 10% para certos operadores em vista da implementação de programa de *compliance*.⁷⁰⁴

No Reino Unido, a autoridade concorrencial pode atribuir, sob certas condições,⁷⁰⁵ desconto de até 10% sobre a penalidade caso medidas adequadas tenham sido tomadas para assegurar o cumprimento da legislação, considerando um programa de *compliance* preexistente à infração ou implementado após o ilícito, com preferência para esta última hipótese.⁷⁰⁶⁻⁷⁰⁷ A autoridade é entusiasta de publicações institucionais para difundir a cultura do *compliance*. A esse respeito, por exemplo, o *Office of Fair Trading* – OFT (atual *Competition & Markets Authority* – CMA) realizou pesquisas no passado com o fito de diagnosticar as motivações do *compliance* e do não *compliance*.⁷⁰⁸ A autoridade do Reino Unido possui uma série de materiais educativos sobre *compliance*, e.g., guia *How your business can achieve compliance with competition law* – 2011.⁷⁰⁹

⁷⁰³ A autoridade italiana poderia considerar o programa de *compliance* adotado após a ocorrência da infração, atribuindo até 15% de desconto nessa hipótese. A nova sistemática considera a adoção do programa de *compliance* “antes do início da investigação”, o que, tecnicamente, é diferente. Sobre a sistemática antiga, ver: AINIS, op. cit., p. 14; JALABERT-DOURY, Nathalie; HARISSON, David; SCHIMIDT, Jens-Peter. Enforcers’ Consideration of Compliance Programs in Europe: a long and winding-but increasingly interesting – road. **Competition Policy International**, jun. 2015 (2), p. 7.

⁷⁰⁴ Trata-se do Caso I738 (“Vending case”). Mais informações, ver: OSBORNE CLARKE. **The Italian Antitrust Authority’s spotlight on antitrust compliance programmes**: The ‘Vending’ case.

⁷⁰⁵ Cf. recente guia de 2018 da CMA sobre aplicação de penalidades apropriadas, cuja previsão de *compliance* segue em linha com antigo guia da OFT de 2012. A mera existência de “atividades de *compliance*” não será tratada como fator de mitigação. Com efeito, atividades de *compliance* provavelmente serão tratadas como elemento atenuante quando a empresa demonstrar que medidas adequadas para a dimensão do negócio foram tomadas com o objetivo de assegurar um claro e inequívoco comprometimento com as leis concorrenciais “*from the top down*”, seguindo a abordagem de quatro passos. Ver: REINO UNIDO. **Competition & Markets Authority. CMA’s guidance as to the appropriate amount of a penalty**. 18. abr. 2018.

⁷⁰⁶ Alguns casos em que a autoridade do Reino Unido concedeu desconto para o programa de *compliance* foram, por exemplo, (i) Arriva/First Group (2002); (ii) Hasbro e Distributors (2002); (iii) Replica Kit (2003), Spacer Bars (2006), Tobacco (2010); Gaviscon (2011) etc. Cf. Wils, op. cit., p. 7.

⁷⁰⁷ A CMA reserva-se ao direito de, em casos excepcionais, estabelecer agravante para o programa de *compliance* que ocultou ou facilitou a infração, ou induziu a erro a autoridade durante a investigação. As autoridades canadense e italiana, na mesma linha, também podem considerar a agravante para programas de *compliance* dissimulados e que causem prejuízos ao mercado e/ou aos reguladores.

⁷⁰⁸ REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law**: an OFT report. maio 2010.

⁷⁰⁹ REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **How your business can achieve compliance with competition law**: guidance. jun. 2011. Para uma compilação de materiais de *advocacy* da autoridade concorrencial do Reino Unido, ver: REINO UNIDO. **Competition & Markets Authority. Businesses and individuals**: competition law guidance. Collection.

Para registro, vale grifar o modelo de análise de riscos elaborado pela OFT (CMA) que se baseia na abordagem de quatro passos para o cumprimento da legislação concorrencial (*risk-based, four step approach*). O núcleo do modelo é o comprometimento da alta direção (*from the top down*),⁷¹⁰ com quatro eixos dinâmicos, a saber: (1) Identificação de riscos; (2) Análise e avaliação de riscos; (3) Administração de riscos; e (4) Monitoramento e Revisão.⁷¹¹ Para referência, há precedentes em que a CMA reduziu a multa de dois representados no percentual de 5%, dado que, após a infração, os administradores seniores foram treinados, com estabelecimento de manual de *compliance*.⁷¹² Há também precedente em que o percentual da multa foi reduzido ao teto de 10% em função dos esforços de *compliance* concorrencial.⁷¹³⁻⁷¹⁴

Na Alemanha, o *compliance* é tratado como uma obrigação corporativa.⁷¹⁵ Em princípio, não se considera nem a existência nem a qualidade do programa de *compliance* como fator atenuante.⁷¹⁶ De qualquer maneira, isso não significa que o *Bundeskartellamt* é

⁷¹⁰ Ou seja, a alta administração, especialmente a diretoria, deve demonstrar de forma inequívoca o comprometimento com o cumprimento da legislação concorrencial. Sem esse comprometimento, quaisquer esforços de *compliance* são improváveis de serem bem-sucedidos.

⁷¹¹ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. **Competition Law Risk: A Short Guide**, v. 2.0, 2017.

⁷¹² Trata-se do caso CE/9827/13 (8 maio 2015), conforme mencionado por JALABERT-DOURY; HARISSON; SCHIMIDT, op. cit., p. 4.

⁷¹³ Por exemplo, caso CE/9627/12 (20 mar. 2014). Cf. Ibid.

⁷¹⁴ Para registro, como exemplo, pontue-se também um caso no qual o Competition Appeal Tribunal (CAT) reconheceu os esforços de *compliance* efetivos e abrangentes tomados após a infração, que se refletiu na redução de multa (caso Kier Group PLC et al. vs. OFT, 2011), anotando entendimento de que na maioria dos casos o desconto seria relativamente modesto com relação à multa total. Nesse sentido: “[...] it is not disputed that some discount should be given for a post-infringement compliance programme. The reasons for a discount are obvious: it serves as an inducement to infringers to take appropriate steps to avoid infringing in the future, and reflects the mitigating circumstance that the infringer intends not to do so. Further, although the OFT is correct in saying that a compliance programme is not a substitute for a general or specific deterrent, the decision-maker should in our view take such a programme into account in assessing any deterrent element in the penalty. For it may well have a bearing on specific deterrence [...] When considering the size of a discount for post-infringement compliance measures, much depends on the specific circumstances of the case, as always. However, in most cases it is likely to be relatively modest in relation to the overall fine. If the preference of the decision-maker is to express the discount in percentage terms, rather than building its mitigating effect into the original penalty, a discount of about 5% under this head would be unobjectionable as a general proposition” (grifos nossos). Disponível em: <https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2.1114;19;27;29;32;33_Construction_Judgment_11032011.pdf>. Acesso em: 05 dez 2018.; Ver também: VANDENBORRE, Ingrid; GOETZ, Thorsten C. Compliance Programmes and Antitrust Fines, Chapter 1. In: **The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2017**, 10ª edição, Global Legal Group Ltd, 2016.

⁷¹⁵ Cf. JALABERT-DOURY; HARISSON; SCHIMIDT, op. cit., p. 7.

⁷¹⁶ Patricia Fernández relata que, em teoria, nas regras de defesa da concorrência alemã existe a possibilidade de redução da multa decorrente de infração anticompetitiva, tendo como base o artigo 130 da Lei de Infrações Administrativas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG*). No entanto, a autoridade concorrencial alemã não se pronunciou oficialmente sobre considerar o programa de *compliance* como possível fator redutor de multa. Ainda, em uma consulta a membro do *Bundeskartellamt*, declarou-se que a autoridade não levará em conta o programa de *compliance* no que se refere à redução da multa, dado que a possível implementação do programa se traduz como um dever de vigilância, de modo que não haveria que se recompensar/premiar o

indiferente à agenda do *compliance*. A autoridade alemã consignou que um programa de *compliance* efetivo pode auxiliar a detecção da violação e, assim, contribuir para a celebração da leniência.⁷¹⁷

Em adição aos países supramencionados situados na Europa, também vale trazer notas complementares do assunto em face de outra jurisdição que se destacada na matéria.

No Canadá, o *Competition Bureau* fomenta o *compliance* por meio de um *enforcement* efetivo, assegurando que quem violou a lei será responsabilizado.⁷¹⁸ Com *enforcement* efetivo e transparência, objetiva-se gerar dissuasão e incentivar a cultura do *compliance*. O guia da autoridade canadense (*Bulletin*, de 2015)⁷¹⁹ em matéria de programa de *compliance* realça que o cumprimento das leis não é opcional e que a ignorância legal não é defesa. Nesses termos, ao implementar um programa de *compliance* crível e efetivo, afirma-se que as empresas podem reduzir significativamente os riscos de violar a legislação, além de ajudar a evitar custosas e disruptivas investigações. O guia dispõe que a existência de um programa de *compliance* não isenta empresas ou indivíduos da ação de *enforcement*. Todavia, clarifica que o programa de *compliance* poderá ser considerado pela autoridade quando do momento de recomendar/determinar as multas.⁷²⁰ Nessa linha, potenciais

cumprimento de uma obrigação legal. O assunto, entretanto, como aponta Fernández, não está fechado, tendo em vista, por exemplo, que as diretrizes alemãs a respeito da imposição de multas permitem, em princípio, que programas bem estruturados e efetivos sejam levados em conta ao mencionar o comportamento da empresa após o ilícito competitivo como circunstância atenuante. Cf. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 88.

⁷¹⁷ Ver: ALEMANHA. Bundeskartellamt. **Effective cartel prosecution: benefits for the economy and consumers**, 2016.

⁷¹⁸ Conforme discurso do então Comissário interino, John Pecman, prevenir é melhor que remediar (“an ounce of prevention is worth a pound of cure”). Nesse sentido, para o *compliance* ser exitoso, tanto o programa em si quanto a autoridade devem ter “dentes” para reagir quando for o caso. Pecman ressaltou a importância de transparência no *enforcement*, de modo a promover o *compliance*, bem como a importância do papel educativo desempenhado pelo *Bureau* mediante publicação de guias e informações. Ver: CANADÁ. Competition Bureau. **Remarks by John Pecman, interim Commissioner of Competition**. Toronto, 30 out. 2012.

⁷¹⁹ Para Murphy e Kolasky, o guia da autoridade canadense seria possivelmente o “padrão de ouro” (considerar a época desse comentário pelos autores, em 2012, visto que, desde então, houve uma série de publicações de guias por várias autoridades). Ver: MURPHY; KOLASKY, op. cit., p. 64. O atual guia da autoridade canadense (que foi atualizado com relação àquele comentado pelos citados autores (2010), e que, a nosso ver, ficou mais sólido e abrangente) elenca sete elementos básicos para um programa de *compliance* ser considerado crível e efetivo, a saber: (1) Comprometimento e suporte da alta direção; (2) Avaliação de risco do *compliance* corporativo; (3) Políticas e procedimentos corporativos; (4) Treinamentos de *compliance* e comunicação; (5) Monitoramento, verificação e mecanismos de reporte; (6) Procedimentos disciplinares consistentes e incentivos ao *compliance*; e (7) Avaliação do programa. Ver: CANADÁ. Competition Bureau. *Bulletin*, 2015. **Corporate Compliance Programs**.

⁷²⁰ O guia dispõe que a existência do programa de *compliance* não isenta empresas e indivíduos da ação de *enforcement* do Comissário da Concorrência, nem de recomendação de acusação, por parte do Comissário, a ser encaminhada ao Ministério Público Canadense (*Public Prosecution Service of Canada - PPSC*). Todavia, quando da determinação da forma mais apropriada para resolução do caso, um programa de *compliance* crível e efetivo pode ser considerado pelo *Bureau* da concorrência. Nesse sentido, quando o *Bureau* estiver satisfeito

benefícios serão maiores para empresas com programas preexistentes do que para empresas que aguardam o início das investigações para estruturar ou revisar seus programas.⁷²¹

Por derradeiro, sem adentrar nas minúcias, citemos algumas jurisdições alinhadas à perspectiva da atenuante ao programa de *compliance*,⁷²² bem como algumas que não aderem a esse racional. Como exemplo, do lado das jurisdições que preveem o desconto para o

de que o programa existente à época da infração era crível e efetivo, atendendo às diretrizes do guia, irá tratá-lo como atenuante quando for fazer suas recomendações para o PPSC. Aliás, no contexto da leniência, esse posicionamento reflete diretrizes atualizadas expedidas pelo *Bureau* em 2018 sobre o programa de imunidade (*immunity*) e leniência. Ver: CANADÁ. Competition Bureau. **Immunity and Leniency Programs under the Competition Act**. 2018. No evento supramencionado realizado em 2018 no DoJ, Pecman reconheceu a ausência de um percentual firme no guia de *compliance* a respeito do desconto para o *compliance*. Segundo ele, nas diretrizes atualizadas sobre programa de leniência, seria estipulado um percentual de até 20% para o *compliance*, desde que preenchidos os sete elementos do programa, conforme nota mencionada acima. Contudo, checando as diretrizes, não se identificou tal percentual de maneira explícita.

⁷²¹ Uma nota adicional para comentar sobre o fator agravante: caso haja violação da lei concorrencial com participação dos diretores, que toleraram ou foram “cegos” ao ilícito, o *Bureau* pode considerar que o comprometimento da alta diretoria para com o *compliance* não é sério e que o programa não é crível nem efetivo. Nesses casos, apesar da existência do programa, o *Bureau* pode considerar a agravante. Ressalva-se que os Comissários podem, ainda assim, levar em consideração o programa se for comprovado o exercício da *due diligence* para prevenir a ofensa e que os diretores envolvidos no ilícito agiram isoladamente e ocultaram a conduta de outros da empresa. Outrossim, como nota, registre-se que após o pedido de imunidade ou leniência, a empresa poderá optar por implementar um novo programa de *compliance* ou realizar ajustes ao programa preexistente a fim de aperfeiçoá-lo e melhor atender aos dispositivos da legislação concorrencial. O *Bureau* pode recomendar que o Ministério Público canadense exija da empresa a implementação de um programa crível e efetivo no âmbito da concessão da leniência. Ainda, é válido pontuar que existe uma unidade específica no *Bureau* encarregada da análise de credibilidade e efetividade do programa de *compliance*.

⁷²² Importante repisar que quando se fala na hipótese da atenuante ao programa de *compliance*, deve-se ter claro que tal medida não decorre da existência automática do programa. É necessário que o programa se mostre crível e genuíno. Cada autoridade, em geral, adota um parâmetro para tanto, com determinados requisitos a serem atendidos e que normalmente são estabelecidos por meio de diretrizes normativas, guias próprios ou guias de referência da área, como o *toolkit* da ICC. Na essência, senão a totalidade, a maioria desses requisitos é convergente.

programa de *compliance*, tem-se: Austrália,⁷²³ Chile,⁷²⁴ Paquistão⁷²⁵ e Singapura.⁷²⁶ Do lado das jurisdições que, via de regra, não preveem o desconto,⁷²⁷ tem-se, como exemplo, Coréia do Sul,⁷²⁸ Holanda,⁷²⁹ Japão⁷³⁰ e México.⁷³¹

⁷²³ Conforme destacado em publicação da OCDE, as cortes australianas já reconheceram que um programa de *compliance* efetivo pode ser um fator atenuante quando da avaliação das multas por violação legal. Vale observar que, no âmbito dos procedimentos de acordos (*settlement procedures*), particularmente, Seção 87B da lei da concorrência e do consumo australianas, a autoridade pode exigir que a empresa implemente um programa de *compliance* para melhorar sua conformidade com a legislação concorrencial. Para esse intento, a autoridade australianas desenvolveu quatro modelos específicos de programa de *compliance* para auxiliar as empresas. Há, em suma, quatro princípios fundamentais considerados para o sucesso do programa: (i) comprometimento, (ii) implementação, (iii) monitoramento e reporte, e (iv) melhoria contínua. Ver: OCDE, op. cit., **Promoting Compliance...**, p. 77 et seq.; AUSTRÁLIA. Australian Competition & Consumer Commission. **A guide for business: Section 87B of the Competition and Consumer Act. Guidelines on the use of enforceable undertakings by the Australian Competition and Consumer Commission.** abr. 2014; AUSTRÁLIA. Australian Competition & Consumer Commission. **Implementing a compliance program.**

⁷²⁴ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. **Programa de Cumplimiento de la normativa de Libre Competencia.** jun. 2012.

⁷²⁵ A autoridade do Paquistão lançou o guia de *compliance* em 2016, por ocasião do “dia mundial da concorrência” (05 dez.), conforme reportado em seu *website*. Ver: PAQUISTÃO. Competition Commission Of Pakistan. **The Guidance on Competition Compliance**; Ver também: PAQUISTÃO. **Guidelines on Imposition of Financial Penalties (Fining Guidelines).**

⁷²⁶ A autoridade de Singapura não conta propriamente com um guia, mas uma página informativa sobre *compliance*, referenciando para guias tradicionais da área, como os guias/*toolkit* da ICC. Ver: SINGAPURA. Competition & Consumer Commission. **Conducting a Compliance Programme.**

⁷²⁷ O que, reforça-se, não significa que as autoridades não sejam favoráveis à implementação do programa de *compliance* e/ou promova iniciativas de conscientização/educação.

⁷²⁸ Vale lembrar que, no passado, conforme mencionado no Capítulo 2, a Coréia do Sul implementou uma política de certificação a programas de *compliance*, porém que não prosperou. A título de nota, cumpre pontuar que, desde 2002, a autoridade sul-coreana adota uma política de premiação para os informantes de cartel, nos moldes de um *whistleblowing system*, conhecido como “*bounty system*”. Para mais informações, ver: OCDE, op. cit., **Promoting Compliance...**, p. 125; SOKOL, D. Daniel. Detection and Compliance in Cartel Policy. **Competition Policy International**, Antitrust Chronicle, v. 2, 2011; SILVEIRA, op. cit., **Experiências internacionais...**, p. 199.

⁷²⁹ Eva Lachnit comenta que a posição da autoridade holandesa é neutra, não atenuando nem agravando a multa na dosimetria. Contudo, Lachnit observa que o guia de multas da autoridade holandesa não exclui completamente a possibilidade de considerar o programa de *compliance* na gradação da multa (atenuante ou agravante). Ver: LACHNIT, Eva. Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities. **Utrecht Law Review**, v. 10, n. 5, dez. 2014, p. 36.

⁷³⁰ A autoridade japonesa baseia-se em uma política de *compliance* fundada em três D’s, a saber: *Deterrence* (dissuasão), *Detection* (detecção) e *Damage control* (controle de danos). O órgão japonês não se envolve nos detalhes da estruturação do programa de *compliance* das empresas, mas presta informações e diretrizes gerais para tanto. Embora a autoridade japonesa não considere o programa de *compliance* para fins de desconto, ela exerce um forte papel de *advocacy*, promovendo-o por meio de cartilhas, pesquisas, campanhas institucionais etc. Sublinhe-se o protagonismo do órgão japonês na ICN por conta das iniciativas de *advocacy*. Nesse sentido, ver: SILVEIRA, op. cit., **Experiências internacionais...**, pp. 197-198; NAMBU, Toshiyuki. Promoting Corporate Compliance with the competition law – experience of the Japan Fair Trade Commission (JFTC). In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 213-230.

⁷³¹ Ainda que a autoridade mexicana tenha publicado um guia de recomendações para a setor privado abordando a estruturação do programa de *compliance*, em princípio, não há indicativos de descontos atribuídos a programas dessa natureza. Ver: MÉXICO. Comisión Federal de Competencia Económica. **Recomendaciones para el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica dirigidas al sector privado**; MATTIUZZO, Marcela. Antitrust Compliance Programs – the Brazilian Experience. In: SILVEIRA, Paulo Burnier da (org.). **Competition Law and Policy in Latin America: recent developments**. Wolters Kluwer, 2017, p. 71.

3.1.4 Síntese da experiência comparada

À luz do panorama exposto, com base nas jurisdições analisadas, sintetiza-se a seguir uma Tabela com o posicionamento dos reguladores em relação ao desconto para o programa de *compliance*, e, subseqüentemente, são ventiladas considerações complementares, cuja leitura é importante para a correta apreensão das informações sintetizadas.

Tabela 3⁷³²

Jurisdições	Possibilidade de desconto para programa de <i>compliance</i> concorrencial?	Momento de implementação do programa para fins do desconto
EUA	Não	N/A
Europa ⁷³³	Não	N/A
França	Não	N/A
Reino Unido	Sim	Antes ou após a ocorrência da infração
Itália	Sim	Antes ou após a ocorrência da infração ⁷³⁴
Alemanha	Não	N/A
Canadá	Sim	Antes ou após a ocorrência da infração

A Tabela acima ilustra objetivamente o tratamento dispensado ao programa de *compliance* na vertente da recompensa pecuniária, isto é, a possibilidade de atribuir uma atenuante ao programa de *compliance* (“fator *compliance*”).

Como visto, a Divisão Antitruste do DoJ nos EUA sinaliza que, no momento, está a refletir o assunto com vagar. Posicionamentos bastante recentes da autoridade norte-americana sugerem maior interesse dispensado ao programa de *compliance* concorrencial quanto às suas repercussões na dosimetria. No mesmo passo, precedentes relativamente recentes espelham esse momento de reflexão, embora tenham sido poucos e pontuais. Conforme examinado, a disciplina do assunto é feita de modo genérico, por meio dos *Sentencing Guidelines* e do *Justice Manual*. Não há um guia específico da Divisão Antitruste sobre programa de *compliance* concorrencial, nem diretrizes a esse respeito. Em geral, os normativos que suportam a atuação da Divisão Antitruste estabelecem que um programa de

⁷³² Elaboração própria.

⁷³³ Comissão Europeia em matéria de concorrência.

⁷³⁴ Considerando a precisão técnica, vale esclarecer que o novo guia italiano toma como parâmetro a *abertura da investigação* para considerar os descontos relativos ao programa de *compliance*, conforme mencionado acima.

ética e *compliance* efetivo, estruturado previamente à infração, pode ser considerado no momento do cálculo da multa para fins de atenuante, exceto quando diante da infração antitruste, tanto por conta de sua natureza, que atinge o “cerne” dos negócios, quanto em razão da hierarquia das pessoas envolvidas na infração (cartel), *i.e.*, praticamente sempre indivíduos do alto escalão ou com autoridade substancial. Contudo, a partir de pronunciamentos de ex e atuais representantes da Divisão Antitruste, ficou clara a importância do programa de *compliance*. Sua adoção é incentivada e o momento atual é de avaliação no concernente aos incentivos (especialmente para programas adotados previamente à infração).

A Comissão Europeia mantém uma postura “neutra”⁷³⁵ no âmbito da recompensa ao programa de *compliance* concorrencial. Em pronunciamentos de ex-representante responsável pela concorrência na Comissão Europeia, constatou-se que a Comissão reconhece a importância do programa de *compliance*, mas não é sensível ao fator *compliance*. Sem prejuízo, a Comissão atua de forma ativa no encorajamento desses programas mediante disseminação de conhecimento e informações, incluindo guias e cartilhas sobre variados assuntos relacionados à cultura da concorrência, sob um espírito de *advocacy*.

A autoridade da França, que até 2017 abordava a possibilidade de recompensa ao programa de *compliance* concorrencial diante de determinadas situações, inclusive com estudos e um guia específico voltado ao programa de *compliance*, aparentemente, deixou de considerar o fator *compliance*, adotando uma postura “neutra” no tocante a esses instrumentos. Isto significa que o programa passou a ser interpretado como parte do dia a dia dos negócios da empresa e, em princípio, não há mais possibilidade de recompensa por parte da autoridade francesa. Cogita-se que essa mudança de postura esteja associada, dentre outros fatores, à recente entrada em vigor da lei anticorrupção no país, em 2017, dispendo sobre a obrigatoriedade de implementação de programas de *compliance* (anticorrupção).

A autoridade do Reino Unido é uma tradicional entusiasta à lógica da recompensa aos programas de *compliance*, com uma série de orientações publicadas a respeito. Em geral, a autoridade estabelece uma política de recompensa de até 10% para programas efetivos, que

⁷³⁵ Isto é, não considera o programa de *compliance* para fins de dosimetria, seja como atenuante, seja como agravante.

atendam aos requisitos estabelecidos em seu guia, considerando tanto programas preexistentes, quanto programas adotados posteriormente à infração, com preferência para esta última hipótese. Válido destacar que a CMA, em circunstâncias excepcionais, pode agravar a penalidade da empresa que se valeu do programa de *compliance* para ocultar ou facilitar a infração, ou mesmo induzir a erro a autoridade durante a investigação.

A autoridade da Itália também é entusiasta à lógica da recompensa aos programas de *compliance*, tendo editado recentemente um (novo) guia a respeito do assunto. Com efeito, pode-se dizer que, senão o mais detalhado, é um dos guias mais avançados que tratou do fator *compliance* em específico. Em resumo, foi estabelecido um escalonamento de descontos com base na qualidade do programa e do momento de sua implementação. O desconto máximo é de até 15% para programas estruturados antes do processo investigativo e que atendam aos requisitos dispostos no guia. Há também previsão de agravante para programas de *compliance* emulados com o intuito de ocultar ou facilitar a infração, nos moldes da CMA.

A autoridade da Alemanha mantém uma postura “neutra” no âmbito da recompensa ao programa de *compliance* concorrencial, abordando-o de maneira pragmática, isto é, a adoção do programa de *compliance* é considerada uma obrigação legal da empresa (dever jurídico), de forma a não haver recompensas por conta de sua implementação. Entretanto, não significa que essa postura seja indiferente à importância do programa de *compliance* e que a autoridade não o promova em suas ações institucionais.

A autoridade do Canadá é entusiasta à lógica da recompensa aos programas de *compliance*, com orientações publicadas a respeito. Em geral, a autoridade tem preferência para programas estruturados previamente à investigação. Ainda que o percentual de redução atribuído ao programa de *compliance* não seja claro, em evento recente um Comissário do *Bureau* canadense afirmou que poderia ser de, no máximo, 20%, no contexto do programa de leniência, cujas diretrizes foram atualizadas recentemente (diretrizes de imunidade e leniência).

Diante do exposto, em resumo, a despeito de peculiaridades locais no atinente à política antitruste de recompensa ao programa de *compliance* efetivo ⁷³⁶ (leia-se, possibilidade de desconto nas multas no contexto da investigação concorrencial), foi possível inferir o consenso entre os reguladores acerca da importância do programa de *compliance* para estimular o cumprimento das leis e fortalecer a cultura da concorrência, catalisando efeitos benéficos para o ambiente concorrencial. E é assim porque o programa de *compliance*, ao assegurar maior conscientização e, desejavelmente, conformidade com as leis, acaba tanto por auxiliar a prevenção de práticas anticompetitivas, quanto por contribuir para que a detecção do eventual ilícito seja ágil e seu tratamento seja efetivo, assegurando, em princípio, um ecossistema concorrencial saudável. Partindo dessa premissa, o programa de *compliance* se revela um instrumento complementar ao *enforcement* antitruste, ⁷³⁷ sintetizando uma medida de valia para assegurar maior nível de cumprimento normativo, haja vista um ambiente de mercado moderno, global e desafiador, em que se descortina o aumento do número de condutas anticompetitivas, com sanções cada vez mais severas aplicadas para dissuadir a formação de cartéis, que, entretanto, aparentemente, não dá sinais de arrefecimento.

Por outro lado, verificou-se o dissenso entre os reguladores quanto à possibilidade de atribuir desconto pecuniário em função do programa de *compliance*. Grosso modo, as

⁷³⁶ Pela lógica deduzida dos guias e posicionamentos dos reguladores, não necessariamente um programa “efetivo” se traduziria no programa que foi efetivo por conta da prevenção absoluta de violações (até porque, como visto, tal seria uma quimera), mas a efetividade do programa seria verificável se, para além auxiliar na prevenção, ele também foi efetivo para detectar o ilícito que não foi evitado, se ele foi efetivo para viabilizar a denúncia às autoridades e assegurar acordos etc. Quanto à adjetivação empregada ao programa de *compliance*, também se verificou: programa de *compliance* “genuíno” e programa de *compliance* “crível”. Foi identificada também a expressão “programa de ética e *compliance*”. Esta se refere à terminologia empregada pelos *Sentencing Guidelines*. Aqui, vê-se o componente da ética, que, tecnicamente, traduz uma acepção que extrapola o *compliance*. De toda maneira, genericamente falando, costuma-se assumir que ao programa de *compliance* crível, genuíno e efetivo subjaz ontologicamente o valor ético (e moral). Ou seja, é (ou deveria ser) parte inerente ao programa de *compliance* o seu valor ético, de modo que o substantivo vem nas entrelinhas.

⁷³⁷ Conforme comentado anteriormente, Eva Lachnit aduz no programa de *compliance* um instrumento de *enforcement* alternativo. Nos dizeres da autora, “[t]he term alternative enforcement refers to a set of administrative enforcement instruments that can be used alongside or instead of a fining procedure. Enforcement instruments in this sense indicate tools that are aimed at putting an end to behavior that is detrimental to the functioning of competition or that are aimed at preventing such behaviour from occurring”. Extrapolando essa noção, tem-se que o programa de *compliance*, segundo a autora, “não pode ser imposto verticalmente, uma vez que exige um verdadeiro comprometimento dos agentes de mercado”, ou seja, o sucesso do programa depende essencialmente da cooperação e do comprometimento dos agentes econômicos, sugerindo, pois, uma necessária relação de cooperação entre as autoridades e as empresas que adotam os programas, espelhando o que foi visto no Capítulo 1. Nessa esteira, a faceta preventiva do programa de *compliance* é instrumental para o alcance dos objetivos do *enforcement* da lei antitruste. Subjacentemente a esse racional, antevê-se um *enforcement* regulatório que “desvia” do tradicional estilo comando e controle, migrando para um estilo mais informal, horizontal, baseado no *compliance*, restaurativo, preventivo ou mais eficiente (ou uma combinação dessas medidas). Cf. LACHNIT, op. cit., **Alternative enforcement...**, p. 234.

autoridades antitruste mais “tradicionais” não concordam com a possibilidade de desconto, porém há sinalizações recentes, em específico da Divisão Antitruste, que sugerem certa flexibilização de entendimento.

Quanto às autoridades que concordam com a possibilidade de recompensa ao programa, em primeiro lugar, verificou-se que isso depende, necessariamente, do exame qualitativo desse instrumento. Dito de outra forma, o programa de *compliance* deve preencher determinados critérios para ser considerado crível e genuíno, digno de ser reconhecido e recompensado. A simples existência ou a mera implementação de um programa de *compliance* não é condição suficiente, muito menos efetiva, para que haja a recompensa. Não se trata de um processo automático. Com efeito, como parte de um valor maior, é fundamental que o programa de *compliance* internalize na empresa uma autêntica cultura da concorrência e dissemine valores éticos e de pleno respeito às regras concorrenciais. Para tanto, dentre um conjunto de parâmetro mínimos (pilares estruturais), foi realçada a importância desempenhada pela alta administração, com suporte permanente e compromisso inequívoco às políticas de conformidade da empresa, liderando pelo exemplo e ditando o tom de uma edificante e íntegra cultura corporativa, sob o risco de, não sendo assim, provavelmente o que se terá é um programa desprovido de qualquer força, logo, inócuo e sem valor aos olhos das autoridades, podendo, ao revés, significar aumento de custos (e riscos) para as empresas.

Em geral, por mais que naturalmente apresentem formatos e estilos diferentes, os guias e diretrizes oficiais que orientam os agentes econômicos quanto à estruturação do programa de *compliance* apresentam uma abordagem de jaez flexível, isto é, reconhecem às especificidades, necessidades e natureza de cada empresa, de modo a não fixar um padrão rígido e monolítico de rotinas e procedimentos a serem seguidos (*checklist*), mas sim fornecem os elementos centrais para que os agentes econômicos tomem como referência, desenvolvam e adaptem de acordo com as suas características e necessidades.⁷³⁸ Em termos

⁷³⁸ Os parâmetros delineados nos guias e diretrizes das autoridades antitruste, muito embora não coincidentes na integralidade, apresentam grande nível de sobreposição, traduzindo as boas práticas que estão na concepção desses documentos. Como afirmado, os guias não dispõem detalhada e granularmente sobre cada parâmetro a ser incorporado pela empresa na elaboração do programa, mas ventilam uma abordagem mais genérica e flexível a fim de que o agente, que presumidamente conhece melhor a sua realidade, história e cultura (vantagem informacional), tome as orientações como baliza para adaptar o seu programa de acordo com as suas peculiaridades e necessidades. Essa, por sinal, é a melhor abordagem na visão de Geoffrey Miller. Cf. MILLER, Geoffrey P. An Economic Analysis of Effective Compliance Programs. **NYU Law and Economics Research Paper n. 14-39**, 3 dez. 2014, p. 19.

amplos, pode-se dizer que os guias apresentam um efeito positivo geral para incentivar a adoção do programa de *compliance*.⁷³⁹ A propósito, o sucesso de qualquer *enforcement* anticartel está substancialmente relacionado com a criação e a efetiva implantação de uma cultura de *compliance*,⁷⁴⁰ de modo que os guias, juntamente com os programas de *compliance*, podem contribuir para esse intento.⁷⁴¹

Quanto ao potencial desconto ao programa de *compliance* no contexto da investigação antitruste (fator *compliance*), as autoridades que seguem essa trilha (favorável) dispõem de discricionariedade para estabelecê-lo, comumente fixando uma faixa com limites que variam conforme o caso concreto e, em princípio, dentro de uma margem modesta para não desvirtuar a lógica de outros incentivos. Nesse âmbito, o agente econômico com interesse em obter tal benefício tem o ônus de comprovar que possui um programa de *compliance* crível e genuíno, demonstrando seus resultados concretos para fazer jus à potencial recompensa. Outrossim, verificamos que todas as autoridades analisadas que se mostram deferentes à hipótese do desconto também contemplam o seu inverso, isto é, a possibilidade, como medida excepcional, de agravar a multa da empresa que implementa um programa de fachada (*sham*), conforme determinadas circunstâncias.

Em síntese, foi possível averiguar uma discussão que, apesar de não ser totalmente nova na seara antitruste,⁷⁴² vem sendo (re)discutida em minúcia, sobretudo buscando compreendê-la e cotejá-la sob um espírito que, em nossa interpretação, se aproxima à *função promocional* do Direito e à respectiva *sanção premial*,⁷⁴³ considerando, nessa análise, o papel das autoridades concorrenciais no sentido de estabelecer incentivos aos agentes econômicos voltados à *mudança da cultura corporativa* em prol da prevenção de ilícitos.

⁷³⁹ Especialmente porque é irreal supor que todos os agentes econômicos estão cientes e educados, ou gozam do mesmo nível de conhecimento sobre as regras de defesa da concorrência e do valor da cultura do *compliance*, de modo a se sustentar pela necessidade de guias orientativos com o fito de gerar conscientização e estimular a adoção de programa de *compliance*. Aliás, conforme comentamos, em pesquisa conduzida por Daniel Sokol, certas práticas anticompetitivas foram percebidas como parte do jeito de fazer negócio em alguns setores e indústrias certas. Cf. SOKOL, op. cit., **Cartels, Corporate Compliance...**, p. 228.

⁷⁴⁰ Cf. Ibid., p. 203.

⁷⁴¹ Conforme Riley e Sokol, quanto mais o *compliance* for encorajado, provavelmente mais os valores normativos mudarão. De todo modo, sem orientação clara e apoio das autoridades, será mais difícil para as empresas elaborarem programas de *compliance*. Cf. RILEY; SOKOL, op. cit., p. 29.

⁷⁴² Cf. LACHNIT, op. cit., **Compliance programmes in competition...**, p. 34.

⁷⁴³ Ver BOBBIO, op. cit.

Essa discussão é parte de um contexto mais amplo, que congrega estratégias alinhavadas ao *advocacy* para complementar instrumentos tradicionais de *enforcement*.⁷⁴⁴

Sob a perspectiva promocional do Direito, os guias e o programa de *compliance* podem ser lidos como instrumentos de educação social, direcionando a atuação dos agentes econômicos para um modelo desejado, de maneira a potencialmente alterar os costumes e a cultura da sociedade. As sanções premiaias, embutidas nessa lógica, atuam na esfera privada, provocando estímulos para a realização das condutas prescritas, em contrapartida à obtenção de recompensas previstas. Em uma palavra, as sanções premiaias acoplam-se ao paradigma de um Direito ativo, em contraposição a um Direito passivo/repressivo controlador, exercendo funções afirmativas, garantistas e que buscam impulsionar mudanças sociais, no caso, a mudança da cultura corporativa voltada à lógica preventiva e anticartel.

Com efeito, amplia-se a participação dos agentes econômicos na condução das políticas públicas ao praticarem atos socialmente desejados e incentivados pelo Estado em troca de um prêmio, o que ventila as considerações delineadas no Capítulo 1 acerca do panorama regulatório mais suscetível de interação entre a regulação pública e a autorregulação privada, em um modelo alternativo de controle. Como visto, em face do novo ambiente social, os instrumentos de comando e controle, relacionados ao Estado passivo e repressor, que atuam posteriormente à realização das condutas negativas, não são suficientes para, sozinhos, atingirem as suas finalidades e efetivamente promover a alteração de comportamentos para o caminho desejado.

Consoante afirmado, o momento atual é propício para uma reflexão mais detida à vista das estratégias de *antitrust policy*, em um quadro social dinâmico, complexo e resiliente, de intensificação de riscos, em que se aduz uma crescente preocupação com práticas anticompetitivas, sublinhando em particular o cartel, na mesma medida em que se aumentam as expectativas éticas na sociedade e no mercado, que se somam à consciência coletiva relacionada aos anseios por integridade e responsabilidade social. Nesse ambiente, não basta uma estratégia calcada em um Direito estático, estruturado em condutas prescritivas fechadas e conservadoras, sob um vínculo necessário e indissolúvel entre direito

⁷⁴⁴ Conforme examinado no Capítulo 1.

e coação (*concepção repressiva do Direito*).⁷⁴⁵ Urge, com efeito, a adequação dessas estratégias diante de novas exigências sociais.

Se a concepção tradicional do Direito repressor está ligada, em síntese, à definição de limites de atuação individual (ou de grupos sociais) e ao estabelecimento de critérios e condições para o exercício de certas atividades, a concepção contemporânea adiciona mecanismos de fomento e subsídios a ações desejadas. Em última instância, tem-se a promoção de mudanças sociais como uma das *funções* do Direito contemporâneo, que se orienta basicamente pelos critérios ou conteúdos de justiça e pelos sistemas de valores da sociedade. Busca-se, assim, estimular condutas desejáveis na promoção de valores aceitos por uma sociedade plural. Na órbita antitruste, busca-se estimular comportamentos que contribuam para a manutenção de um ambiente concorrencial saudável, socialmente justo e livre de distorções.

Com base nessa leitura, do ponto de vista da *mudança cultural* que se busca incutir mediante o estímulo às sanções premiais, para que essa medida seja corretamente viabilizada, apreendida e surta seus desejados efeitos, auxiliando, adjacientemente, no fomento da “cultura da conformidade concorrencial”, é importante que sensibilize a organização de maneira genuína, caso contrário a chance de que as sanções premiais não passem de medidas efêmeras e inócuas tende a ser grande.

Por conseguinte, para que os efeitos das sanções premiais sejam efetivos e perenes, faz-se mister, em nosso modo de ver, que referidas sanções sejam fortalecidas, dentre outras, por medidas de cunho educacional, incentivando a compreensão da conduta fomentada (desejada) sob um senso de comprometimento que atinja espraadamente a organização, de maneira a transladar as bases da matriz ativadora da conformidade, leia-se, o cumprimento normativo se expresse em função de um imperativo ético - e não mais exclusivamente econômico.⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ Cf. BOBBIO, op. cit., p. 7.

⁷⁴⁶ Ver: GRACCO, Abraão Soares Dias dos Santos; SILVA, Marcela Vitoriano e. As principais sanções premiais no novo Código Florestal: a superação do dogma kelseniano em direção a uma sociedade resiliente. In: **Direito e Sustentabilidade**. 05 dez. 2018. II Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), São Paulo, 2013.

3.2 O Programa de *Compliance* Concorrencial sob a Perspectiva de Algumas Organizações Internacionais

3.2.1 ICC

A *International Chamber of Commerce* (ICC), maior organização empresarial mundial,⁷⁴⁷ estabelecida em 1919, lançou em 2013 um guia - “kit de ferramentas de *compliance*”⁷⁴⁸ - para qualquer empresa que deseje construir (ou reforçar) um programa de *compliance* antitruste robusto. Nessa linha, o guia objetiva fornecer ferramentas práticas para as empresas, complementando materiais produzidos pelas autoridades antitruste, com foco em aspectos práticos que as organizações podem tomar para incorporar uma cultura de *compliance* bem-sucedida.

Contextualmente, a ICC observa que o lançamento desse kit de ferramentas emergiu em um momento crítico, sobretudo no que diz respeito às crescentes demandas regulatórias e legais no quadro global afetando as empresas. Trata-se de um fenômeno que reflete o rápido desenvolvimento de valores normativos subjacentes à regulação da governança na conduta corporativa, para além de espelhar crescentes expectativas éticas da sociedade como um todo. Em especial na seara antitruste, com uma constante proliferação de normas ao redor do globo, bem como em vista de sanções geralmente substanciais e de danos reputacionais associados a práticas anticompetitivas, a questão do *compliance* antitruste aparece na ordem do dia. Anota-se, como constatado acima, a ausência de consenso entre as autoridades antitruste sobre a melhor forma de apoiar e encorajar as empresas em seus esforços de conformidade. A premissa central para a ICC é de que o maior incentivo para o cumprimento da legislação concorrencial *é o desejo de conduzir os negócios de forma ética e ser reconhecido como tal*.

⁷⁴⁷ A ICC conta com uma rede que abrange mais de 6 milhões de empresas e associações empresariais em 130 países. Para detalhes, ver o *website* institucional da ICC em: <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁷⁴⁸ O *toolkit* foi elaborado pela Comissão de Concorrência da ICC, mediante uma força-tarefa global (*ICC Task Force on Antitrust Compliance and Advocacy*). Não iremos destrinchá-lo neste trabalho. Ver: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Antitrust Compliance Toolkit**, op. cit. Ver também: PIERI, Simone. The ICC Antitrust Compliance Toolkit: practical tools for companies of all sizes to build robust antitrust compliance programmes and promote competition compliant ethical behavior. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. A título de curiosidade, a ICC inaugurou oficialmente a Comissão de Concorrência no Brasil em 2018. Nesse sentido, ver: ANDERS, Eduardo Caminati. Agenda positiva para a concorrência no Brasil. **O Estado de São Paulo**. Blog do Fausto Macedo, 08 jun. 2018.

O *toolkit* da ICC esclarece que não se destina a representar uma lista prescritiva ou abrangente do que o programa de *compliance* antitruste deve incluir, mas procura refletir aquilo que é comumente considerado “boa prática” na área. Nessa linha, a ICC reconhece que cada programa de *compliance* deve ser elaborado de acordo com os riscos antitruste específicos enfrentados pela empresa, espelhando a visão das autoridades antitruste no sentido de não haver um modelo único na formatação do programa.⁷⁴⁹

Em adição, a ICC publicou⁷⁵⁰ em 2015 um kit mais simplificado, especificamente voltado para pequenas e médias empresas. Oportuno ressaltar, consoante comentamos, que mesmo empresas de pequeno e médio porte podem implementar programas de *compliance*, ainda que mais modestos à vista de suas peculiaridades. Esse novo kit apresenta uma interface didática e enfatiza três ameaças principais na seara concorrencial: (i) cartéis e colusão; (ii) restrições no âmbito de acordos verticais; (iii) e abuso de posição dominante ou poder de mercado.⁷⁵¹

De modo amplo, os materiais elaborados pela ICC são considerados referências em várias áreas, incluindo o antitruste. Muitas autoridades de defesa da concorrência recomendam as publicações da ICC na esteira das melhores práticas – por exemplo, o CADE cita o *toolkit* da ICC em seu Guia de *Compliance*. Decorre daí, sob uma interpretação sistemática e comparada, a importância da leitura conjugada entre o Guia de *Compliance* do CADE e o *toolkit* da ICC para o agente econômico estruturar um programa de *compliance* mais completo e com mais chances de ser considerado crível sob a perspectiva da autoridade antitruste brasileira.

⁷⁴⁹ A ICC reconhece nesse guia os desafios e a limitação de recursos das pequenas e médias empresas, fornecendo dicas práticas sobre como elas podem elaborar um programa de *compliance*. Em 2015, como será dito na sequência, a ICC lançou um kit específico voltado a tais empresas. Ver: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC SME Toolkit**: Why complying with competition law is good for business.

⁷⁵⁰ Novamente, um trabalho liderado pela Comissão de Concorrência no âmbito da mesma força-tarefa (*Task Force on Antitrust Compliance and Advocacy*).

⁷⁵¹ Grosso modo, o kit explicita cinco elementos para lidar com a conformidade concorrencial para qualquer negócio: (1) Comprometimento - o fator de sucesso mais crítico no estabelecimento de uma cultura de *compliance* é o “*tone from the top*”, como largamente ressaltado nos diversos guias sobre *compliance*; (2) Identificação do perfil de riscos, trazendo um *checklist* prático e exemplificativo para auxiliar a empresa nessa empreitada; (3) Mitigação de riscos, sublinhando a importância de desenvolver um sistema de controle apropriado, tendo em vista que não existe um cenário de ausência de risco; (4) Revisão das atividades, refinando as políticas e controles quando preocupações aparecerem; e (5) Atualização e constante renovação de compromissos para assegurar que está fazendo o correto, de modo que o *compliance* se torne parte da forma de fazer negócios da empresa.

Em adição, retomando o evento realizado recentemente na Divisão Antitruste, consoante acima mencionado, Anne Riley⁷⁵² esteve presente e abordou aspectos práticos do kit, que, por sua vez, foi recomendado e elogiado por outros participantes do evento. Interessante consignar a visão de Riley acerca do desconto pecuniário no contexto da discussão que foi examinada acima. Segundo Riley, nas discussões institucionais da ICC com as agências antitruste globais, a ICC nunca pressionou para que o programa de *compliance* fosse considerado um fator atenuante na multa. Ela disse que isso seria bom, pois encorajaria a conformidade, mas o que a ICC realmente busca é um diálogo fundamental entre as empresas e as autoridades sobre a necessidade de incentivar o *compliance* e ter uma advocacia da concorrência nesse sentido. Há, no âmago do *compliance*, uma atuação que busca encorajar valores, ética e o “senso de fazer a coisa certa”, de modo a proporcionar uma mudança social.

Ademais, vale ressaltar, em linha com o que já foi assinalado nesta dissertação, o posicionamento da ICC⁷⁵³ acerca do foco primordial dos programas de *compliance* antitruste: prevenção e detecção de práticas anticompetitivas. A ICC sublinha que o propósito de um bom programa de *compliance* é assegurar que a empresa atue de acordo com padrões éticos. Um programa de *compliance* que é crível funciona como uma ferramenta de gestão de riscos e auxilia a empresa a atingir tal desiderato. Nessa direção, a ICC reforça que as autoridades concorrenciais poderiam - e deveriam - fazer mais para encorajar as empresas a investirem recursos necessários para construir um programa de *compliance* crível, ressaltando a importância do alinhamento entre o regulador e os regulados para que se atinja o cumprimento legal.

Ecoando o que foi analisado até o momento, a ICC anota que algumas autoridades concorrenciais reconhecem que o programa de *compliance* pode ser útil em suas prioridades de *enforcement*, mormente sob uma premissa que se pauta na combinação de estilos regulatórios ou de estratégias para incrementar o *compliance*,⁷⁵⁴ lembrando o quanto

⁷⁵² Presidente da *Task Force on Antitrust Compliance and Advocacy*.

⁷⁵³ Ver: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Compliance as an antitrust law enforcement tool** - Annex 3. Policy and Business Practices.

⁷⁵⁴ Riley e Bloom opinam que as autoridades concorrenciais deveriam encorajar (ou talvez até exigir) a introdução de programas de *compliance*, não limitando suas ações apenas a multas, acordos, leniência e litígio. Segundo as autoras, “ao positivamente encorajar os programas de *compliance*, as autoridades podem auxiliar

discorrido no Capítulo 1. Tal assertiva se baseia no pressuposto de que apenas a dissuasão por meio de multas não é suficiente. A simples dissuasão pode não conseguir produzir um compromisso com o *compliance*, dado que *não endereça diretamente a percepção corporativa/social de moralidade do comportamento regulado* – ou seja, apenas precifica a não conformidade. Por essa lógica, o comprometimento normativo é um importante fator para explicar o *compliance* com as leis. Donde, o programa de *compliance* coloca-se como um importante instrumento no contexto da aplicação legal, porquanto, em princípio, encoraja compromissos de cumprimento normativo e ajuda na prevenção de infrações.

3.2.2 ICN

A *International Competition Network* (ICN),⁷⁵⁵ organização estabelecida em 2001, é o maior fórum de autoridades de concorrência do mundo, que reúne atualmente mais de 130 agências antitruste de mais de 120 jurisdições.⁷⁵⁶ A ICN serve como uma rede para troca de informações visando à convergência de regras e práticas em matéria de defesa da concorrência. Dentre os papéis desempenhados pela ICN, a advocacia da concorrência se traduz em elemento-chave.

No que interessa à presente análise, vale notar que a ICN publicou um manual destinado ao *enforcement* anticartel⁷⁵⁷ explicitando pontos gerais acerca do programa de *compliance*.⁷⁵⁸ Concisamente, para referência, a ICN anota que, em geral, as empresas e os altos executivos desejam cumprir as leis. Também ressalta o importante papel das autoridades nesse sentido, uma vez que, ao gerar conscientização sobre os benefícios do *compliance* e os custos associados à ausência de *compliance*, está-se a encorajar a conformidade. A ICN nota que atingir uma cultura de *compliance* efetiva pode demandar

as empresas a incrementar o padrão ético e assegurar maior conformidade nas suas práticas”. Ver: RILEY; BLOOM, op. cit., p. 340.

⁷⁵⁵ Ver *website* institucional da ICN em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁷⁵⁶ Em 2013, o então presidente do CADE, Vinicius Marques de Carvalho, foi nomeado Vice-Presidente da ICN. Em 2017, o CADE, junto com as autoridades da África do Sul e a União Europeia, assumiu a copresidência do grupo de trabalhos sobre cartéis da ICN pelo triênio 2017/2020.

⁷⁵⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Anti-cartel Enforcement Manual Chapter 8:** Cartel Awareness, Outreach and Compliance. Cartel Working group. Subgroup 2: enforcement techniques, mar. 2012.

⁷⁵⁸ A ICN define *compliance* como sendo os esforços tomados pelas empresas para evitar infrações às leis concorrenciais. No contexto antitruste, o programa de *compliance* é uma ferramenta (ou ferramentas) formais que as empresas empregam para alcançar a conformidade. Nessa linha, a cultura de *compliance* refere-se à atitude geral da empresa em direção ao *compliance* e às leis da concorrência, e pode ser aperfeiçoada por meio de esforços de conformidade, incluindo programas de *compliance*. Cf. *Ibid.*, p. 18.

investimentos, mas que os benefícios gerais desses investimentos excedem sobremaneira os custos da não conformidade. Dessa feita, promover os benefícios jurídicos, econômicos e reputacionais de uma cultura da conformidade para as empresas pode ajudar as autoridades antitruste na prevenção de cartéis, ou na sua célere detecção.

Ademais, ressalta-se a premissa fundamental de que o programa de *compliance* genuíno deve ser elaborado de acordo com as especificidades da empresa (*risk-based approach*). Como reiteradamente afirmado, a ICN pontua que para atingir o *compliance*, o comprometimento interno com as regras concorrenciais em todos os níveis da organização é essencial, sublinhando que o compromisso deve vir de cima (“*from the top down*”). Também são destacados os diversos benefícios resultantes de uma cultura de *compliance* efetiva, em linha com o que vem sendo tratado nesta dissertação.⁷⁵⁹ Segundo a ICN, as autoridades concorrenciais devem fortemente promover o *compliance* concorrencial, devendo considerar, para tanto, a disponibilização de recursos e informações, enquanto que as empresas são responsáveis por cumprir as leis e implementar medidas efetivas para tanto.

3.2.3 OCDE

A *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OCDE), organização internacional estabelecida em 1961, tem por objetivo promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social dos indivíduos no mundo.⁷⁶⁰ Em março de 2019,⁷⁶¹ por meio do CADE, após um histórico e contínuo processo de colaboração com a OCDE, o Brasil foi aceito como membro permanente do Comitê de Concorrência dessa organização.⁷⁶²

⁷⁵⁹ Com base em uma arraigada cultura do *compliance*, é possível evitar: (i) processos duradouros e custosos com as autoridades concorrenciais; (ii) penalidades pecuniárias; (iii) condenação na esfera criminal; (iv) perda de reputação e risco reputacional; (v) proibição de exercer negócios para membros da administração; (vi) distração de gestão de tempo; (vii) custos legais; (viii) nulidade de parte dos contratos que infringiram a lei; (ix) ações de terceiros etc. Cf. *Ibid.*, p. 19.

⁷⁶⁰ Ver *website* institucional da OCDE em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁷⁶¹ Cumpre esclarecer que ao tempo do depósito desta dissertação, em janeiro de 2019, o CADE ainda figurava na condição de membro observador ou participante de pleno direito da OCDE, em processo de adesão como membro permanente do Comitê de Concorrência. Pouco tempo depois, em março de 2019, o CADE foi aceito como membro permanente do referido Comitê da OCDE.

⁷⁶² Houve evento festivo no Brasil, sediado no CADE, para sacramentar a oficialização do ingresso do CADE como membro permanente desse Comitê. Na ocasião também se deu o lançamento oficial do relatório da OCDE (*peer review*) sobre a legislação e a política concorrencial brasileira, consoante referido em nota anterior. Ver: <<http://www.cade.gov.br/noticias/brasil-e-aceito-como-membro-do-comite-de-concorrencia-da-ocde>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

A OCDE é estruturada em diversos Diretórios, subdivididos em Comitês que se reúnem periodicamente para tratar de uma série de assuntos, *e.g.*, macroeconomia, comércio, desenvolvimento, educação, ciência e inovação. O Comitê de Concorrência foi criado há mais de cinquenta anos e se divide em dois grupos de trabalho que tratam (i) da interface entre concorrência e regulação, e (ii) da cooperação e implementação das leis concorrenciais. O Comitê de Concorrência desenvolve um trabalho proativo, com uma série de iniciativas e contribuições em diversos eixos.⁷⁶³ Particularmente no que tange ao programa de *compliance* antitruste,⁷⁶⁴ há uma publicação de referência, de 2011, intitulada *Promoting Compliance with Competition Law*,⁷⁶⁵ consoante mencionado no início deste Capítulo. Como dito, nessa publicação foi mencionado que apesar do crescimento em severidade no que se refere à imposição de multas e de prisão nos últimos vinte anos, não há evidências sólidas que demonstrem a diminuição de práticas anticompetitivas, em particular o cartel.

Os principais aspectos abordados no encontro que deu ensejo à referida publicação foram, em apertada síntese: (1) Determinantes do *compliance* - fatores que encorajam o *compliance* e o não *compliance* (*i.e.*, *drivers of compliance and non-compliance*);⁷⁶⁶ (2) Ponderação sobre a pena pecuniária como método dissuasório, avaliando a introdução de novos métodos dissuasórios que não o aumento da multa;⁷⁶⁷ (3) Influência de sanções criminais para dissuasão de cartéis; (4) Métodos inovadores usados pelas autoridades para

⁷⁶³ Há um rico acervo de materiais sobre direito da concorrência (*lato sensu*), disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁷⁶⁴ À guisa de referência complementar, há uma série de publicações da OCDE sobre tópicos relacionados à ética e boas práticas em sede de anticorrupção no *website* da instituição.

⁷⁶⁵ Como dissemos no início do presente Capítulo, a publicação foi parte das tradicionais mesas de discussão da OCDE no âmbito do Comitê de Concorrência e incorpora contribuições de diversas autoridades, com apontamentos de autoridades e acadêmicos.

⁷⁶⁶ Entre os fatores/gatilhos (*drivers*) que influenciam o *compliance* foram listados: (i) receio de sanções pecuniárias aplicadas a indivíduos e a empresas, (ii) receio de prejuízos à imagem tanto dos indivíduos quanto da empresa, (iii) prisão no caso de condenação criminal pela prática de cartel, (iv) princípios morais e éticos, (v) treinamentos adequados, (vi) incentivos das empresas para que seus empregados respeitem as leis e imposição de medidas disciplinares para aqueles que descumprirem, (vii) desejo de evitar a exposição desnecessária da empresa junto às autoridades concorrenciais, (viii) cultura da concorrência dentro da empresa, da indústria e/ou do país. Entre os fatores/gatilhos que influenciam o *non-compliance* foram listados: (i) falta de cultura de *compliance* dentro da empresa, da indústria e/ou do país, (ii) sinalizações ambíguas sobre o comprometimento com o *compliance* por parte da alta direção, (iii) condições de mercado que facilitam a colusão ou o abuso de posição dominante, (iv) percepção de que os ganhos esperados da não conformidade compensam os possíveis custos, (v) desconhecimento das possíveis consequências legais de descumprir a lei, (vi) arrogância entre os executivos seniores e/ou infratores (crença de que estão acima da lei ou são espertos demais para serem pegos), (vii) isolamento das grandes empresas (*i.e.*, prioridades internas e sistema de incentivos da empresa podem ter influência muito maior sobre o comportamento do empregado do que uma ameaça distante e pouco crível de regras externas). A promoção do *compliance* envolve, pois, um sem número de variáveis que interage entre si. Ver: OCDE, op cit., **Promoting Compliance...**, p. 183 et seq.

⁷⁶⁷ Em linha com GINSBURG; WRIGHT, op. cit., passim.

promover o *compliance*; (5) Medidas para assegurar que o direito concorrencial está próximo ou no topo da prioridade das empresas; (6) Maior potencial do programa de *compliance* antitruste para lidar com cartéis *hard core*;⁷⁶⁸ (7) Reflexão acerca dos guias publicados pelas autoridades, reforçando que a abordagem “*one size fits all*” não é útil na implementação do programas de *compliance*;⁷⁶⁹ (8) Necessidade do comprometimento genuíno da alta direção para o sucesso do programa; (9) Discussão sobre a falta de consenso entre as autoridades quanto à possível redução pecuniária para o infrator que demonstra a existência de programa de *compliance* genuíno ao tempo da infração, reconhecendo, contudo, que as autoridades devem promover programas de *compliance*.

3.3 Possíveis Lições e Iniciativas para o Brasil: proposições complementares

Considerando o panorama acima que abordou uma síntese da experiência antitruste comparada sob a ótica do incentivo ao programa de *compliance*, ao cotejar tal experiência com a realidade brasileira conclui-se que o CADE se posiciona no espectro das autoridades

⁷⁶⁸ Considerando as políticas de *compliance* antitruste no mundo, de modo geral, elas se voltam para a prevenção/combate aos cartéis, mormente pela gravidade e danosidade que essa prática implica para a economia, com reflexos no nível de produtividade e competitividade. Via de regra, presume-se que os efeitos líquidos do cartel serão sempre negativos, de modo a justificar uma análise simplificada dessa conduta a fim de autorizar a sua condenação, conforme examinamos no Capítulo 2. Não discordando da perversidade do cartel para a economia e para o bem-estar do consumidor, adicionamos novos contornos que precisam ser considerados no horizonte do *compliance*, em especial considerando a ascensão de novas tecnologias e modelos de negócios na esteira da propalada “4º revolução industrial”. Nesse cenário, naturalmente, para além de maior atenção a ser dedicada para práticas colusivas ante novos riscos que se assomam, como, por exemplo, a intensificação do uso de inteligência artificial que, em princípio, desvirtuadamente, tende a potencializar a colusão tácita viabilizada por algoritmos inteligentes, urge que sejam também levadas em conta outras práticas que, usualmente, ficam sombreadas pelos cartéis quando se verifica a agenda e as prioridades de grande parte das autoridades concorrenciais. Como afirmado no Capítulo 2, sob a ótica de um *compliance* concorrencial holístico, dinâmico e realista, é importante adicionar novas colorações ao arcabouço do *compliance* em face dos riscos oriundos de condutas unilaterais e práticas verticais, principalmente ao se considerar um ambiente intensamente digital, inovador, tecnológico e “disruptivo”. Por óbvio, e inclusive por conta da natureza complexa para avaliar a lesividade dessas condutas, a análise deve ser feita cautelosamente sob o escrutínio da regra da razão. Nesse contexto, sustentamos a necessidade de incorporar ferramentas interdisciplinares no bojo dos programas de *compliance*, de modo a endereçar riscos provenientes de condutas unilaterais e práticas verticais. A nosso ver, essa medida é - e será - cada vez mais essencial para a manutenção de um ambiente concorrencial competitivo e livre de distorções. Por suposto, ante a citada complexidade de avaliar os efeitos negativos dessas condutas que justifiquem a sua restrição, na medida do possível e por mais que varie caso a caso, é vital que as autoridades sejam transparentes e subministrem as empresas com informações de boas práticas relacionadas a essas condutas, contribuindo diretamente para a construção, maturação e o refinamento de estratégias e mecanismos de *compliance*. Algumas sugestões nesse sentido foram ventiladas pontualmente no Capítulo 2.

⁷⁶⁹ A OCDE sublinhou que há importantes elementos de bons programas de *compliance* disponíveis em várias publicações, destacando os seguintes: (1) Avaliação de risco, priorização; (2) Comprometimento da alta direção; (3) Monitoramento (*screening*); (4) Documentação; e (5) Constante melhoria e revisão. Em similitude, como proposto por Riley e Bloom, também se apontam os “5 Cs”: *Commitment*; *Culture*; *Compliance know-how and organization*; *Controls*; *Constant monitoring/improvement*. O termo 5 C’s foi cunhado por Fiona Carlin. Cf. RILEY; BLOOM, op. cit., p. 330.

antitruste que promovem incentivos ao *compliance*, seja na forma de publicação de guias e orientações (*incentivos indiretos*), seja na forma de possíveis descontos pecuniários a serem considerados na dosimetria (*incentivos diretos*).

A par das constatações do Capítulo 2, ainda que o assunto seja novo e naturalmente demande amadurecimento em solo pátrio, acreditamos que possíveis melhorias à política concorrencial brasileira no concernente às estratégias de incentivo para indução ao comportamento desejado, particularmente via promoção do programa de *compliance* concorrencial, podem ser cogitadas. Dentre essas possíveis melhorias, a título de reflexão e exemplo propositivo,⁷⁷⁰ sugerimos, em prol da didática, a divisão em duas principais vertentes complementares, a saber, (1) medidas diretas; e (2) medidas indiretas,⁷⁷¹ assim resumidas:

(1) Sistematização e clareza na disciplina do programa de *compliance*

Na vertente das medidas diretas, consideramos conveniente que a autoridade antitruste brasileira estipule parâmetros mais objetivos sobre diferentes perspectivas e implicações do programa de *compliance* concorrencial, a fim de conferir substrato mais seguro em sua disciplina. Como exemplo, citamos maior nível de clareza e sistematização sobre (a) hipóteses de desconto e de não desconto⁷⁷² (incluindo, subsidiariamente, a questão da agravante), (b) respectivas margens de desconto,⁷⁷³ (c) momento de implementação do programa em face do potencial desconto (*ex-ante factum* e *ex-post factum*),⁷⁷⁴ (d) parâmetros materiais de avaliação, (e) conexão do programa de *compliance* com outros instrumentos previstos no ordenamento etc.

Inicialmente, com base no quadro brasileiro atual, uma alternativa para conferir tom de previsibilidade ao tema, visando à sua difusão mais segura e consistente, seria regrá-lo no

⁷⁷⁰ Sem prejuízo de outras proposições já delineadas ao longo do presente trabalho.

⁷⁷¹ Essas últimas (medidas indiretas) de caráter mais amplo, na linha do *advocacy*.

⁷⁷² Para além do desconto, também se requer clareza sobre eventuais outros prêmios (recompensas), tais como a hipótese de afastamento de proibições, consoante vagamente previsto no Guia de *Compliance* do CADE.

⁷⁷³ A ideia não seria que se fixasse um percentual rígido de desconto, até porque, se assim fosse, imaginamos que o risco de incentivos perversos seria potencializado, haja vista, especialmente, a elaboração de programas cosméticos, minando a premissa da atuação preventiva em primeiro lugar. A proposta seria mais nuançada, buscando conferir sistematização e previsibilidade ao assunto, consoante será tratado.

⁷⁷⁴ Leia-se, *backward-looking* e *forward-looking*, respectivamente.

âmbito normativo, agregando força vinculante a determinados aspectos relacionados ao programa de *compliance*,⁷⁷⁵ complementando, assim, a disciplina que hoje se dá por meio de guia orientativo.⁷⁷⁶ Revisitar a experiência passada à luz da Lei 8.884/1994 quando da Portaria 14/2004 da SDE⁷⁷⁷ e da Resolução 46/2007⁷⁷⁸ pode servir de norte geral para refletir sobre determinados aspectos a serem regulados. Não se está sugerindo, por exemplo, retomar a ideia de certificação como vigia àquela época,⁷⁷⁹ mas sim conferir lineamento mais concreto sobre uma série de possíveis desdobramentos do programa de *compliance*. Da mesma maneira, como referencial comparativo, um olhar para a experiência interna no âmbito de outras searas (*e.g.*, anticorrupção), ainda que também seja de desenvolvimento recente na temática do *compliance*, pode contribuir para refinar a abordagem concorrencial, equacionar incentivos etc.⁷⁸⁰

⁷⁷⁵ Não se está a sugerir, *a priori*, a obrigatoriedade de implementação do programa de *compliance* no ordenamento concorrencial (dever jurídico), mas sim a normatização de determinadas questões procedimentais que envolvem o programa de *compliance*, contribuindo para a certeza jurídica. Comentamos anteriormente, por exemplo, sobre questões relacionadas à boa-fé do agente, imposição do *compliance* por meio de decisão condenatória, parâmetros balizadores de avaliação do programa, *onus probandi* do administrado etc. Iluminar essas e outras questões contribuiriam para a difusão mais segura e consistente da disciplina, com incentivos mais objetivos.

⁷⁷⁶ Cotejando a legislação concorrencial brasileira, Ricardo Villas Bôas Cueva conclui pela ausência de clareza no tocante à disciplina do programa de *compliance*, fato que entende comprometer os incentivos para a sua adoção, sugerindo, nesse sentido, uma reforma legal. Nas palavras de Cueva, “Não há, portanto, sinalização clara na legislação que incentive o agente econômico a adotar programa de prevenção e detecção de ilícito concorrencial [...] Uma reforma da lei de defesa da concorrência para reconhecer e disciplinar adequadamente os programas de *compliance* concorrencial poderá contribuir para sua difusão segura e, conseqüentemente, para a maior efetividade da defesa da concorrência” (grifos nossos). Cf. CUEVA, op. cit., pp. 547-548.

⁷⁷⁷ Considerar os parâmetros de avaliação do programa, listando alguns dos elementos mínimos a serem cotejados, bem como questões incidentais que comprometeriam a efetividade do programa de *compliance* (*e.g.*, envolvimento da alta direção no cartel, reincidência) etc.

⁷⁷⁸ Considerar a interface do programa de *compliance* com o TCC.

⁷⁷⁹ Vide Capítulo 2 para sugestões mais nuançadas de “certificação” (reconhecimento público *lato sensu*).

⁷⁸⁰ Destaca-se a disciplina do programa de *compliance* (integridade) no âmbito da legislação anticorrupção brasileira, com lei, decreto, portarias, guias e cartilhas versando sobre o assunto, o que poderia sugerir, *a priori*, um alcance mais abrangente ou mesmo maior importância destinada ao assunto ao se comparar com o tratamento dispensado pela seara concorrencial. Em termos de sinalização de incentivos para a sociedade, esse fato poderia sugerir que o *compliance* anticorrupção é mais importante, eventualmente gerando uma competição por recursos na alocação de prioridades no interior da empresa. A bem da verdade, conforme ressaltamos, a abordagem aqui deve(ria) ser interligada, mormente à vista dos riscos existentes - e muitas vezes sobrepostos - entre essas duas searas, citando, por exemplo, o risco de cartéis em licitação, que ratifica uma necessária abordagem integrada para a efetividade das medidas de *compliance*. Daí a importância da coordenação institucional de esforços entre os reguladores antitruste e anticorrupção. Acerca da interconexão entre cartel e corrupção, ver: ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF JUSTICE. ALFORD, Roger. **Deputy Assistant Attorney General Roger Alford Delivers Remarks at International Conference on the Rule of Law and Anti-Corruption Challenges**. São Paulo, 3 out. 2017. Conforme Alford, “corruption undermines the competitive process, robs consumers of valuable government services, and ultimately impedes economic growth. We take this conduct as a serious threat to competition and to the rule of law more generally [...]”. Nesse horizonte, ressaltamos que a corrupção projeta efeitos deletérios difusos sobre a sociedade e o mercado, afetando severamente o bem-estar social e econômico. Na órbita concorrencial, por exemplo, salientamos o impacto da corrupção no que toca à erosão da matriz da *concorrência pelo mérito* quando, ilustrativamente, empresas corruptas (e menos eficientes) se perpetuam no mercado em detrimento de empresas mais competitivas.

Como diagnosticado no Capítulo 2, na jurisprudência antitruste brasileira predomina uma escassez de debates sobre as implicações objetivas e materiais do programa de *compliance* concorrencial. O pouco que existe não ajuda a extrair balizas firmes e consistentes; ao contrário, potencializa incertezas e inquietações, segundo nossa avaliação. O mesmo é verdadeiro com relação à disciplina no âmbito “normativo”: como dito acima, o programa de *compliance* é previsto apenas no bojo de guias, traduzindo certo laconismo da disciplina em termos de efeitos materiais e repercussões práticas do programa.⁷⁸¹ É possível - e necessário, a nosso juízo - evoluir nessa matéria para mais adequadamente incentivar esse tipo de programa na esfera concorrencial, de maneira a espriar melhor e maior conhecimento e fortificar a cultura da concorrência, contribuindo diretamente para a maior efetividade e solidez da defesa da concorrência no país.⁷⁸²

Conforme afirmamos, para fortalecer a segurança jurídica e a previsibilidade dos agentes econômicos, contribuindo para a indução dos instrumentos de conformidade no ordenamento concorrencial, é desejável que o assunto seja abordado de maneira mais sistematizada. Donde, delinear mais objetivamente, tal como o guia italiano,⁷⁸³ hipóteses de desconto, circunstâncias específicas do não desconto, esclarecer a possibilidade de agravar a multa para empresas que emulam programas de fachada, explicitar eventual descaracterização do desconto em face do envolvimento da alta direção no ilícito, tratar da responsabilidade da empresa-mãe pelo *compliance* das demais empresas do grupo (*i.e.*, responsabilidade solidária e a sua eventual limitação), abordar a reincidência de empresas com programa de *compliance* etc., são medidas exemplificativas lançadas à reflexão que poderiam contribuir para sedimentar o desejável senso de segurança.

⁷⁸¹ Como observam Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, “[...] deve-se ressaltar que o CADE não definiu critérios específicos de avaliação dos programas de *compliance* e de sua configuração como atenuante para as empresas infratoras, permanecendo obscuro em que circunstâncias um programa será classificado como ‘robusto’ e em que medida irá reduzir as sanções aplicáveis. Assim, seria um grande incentivo à cultura do *compliance* que o CADE determinasse, seguramente, a extensão da redução/desconto por conta da presença de um programa de *compliance* e a sua aceitabilidade sob o ponto de vista do CADE” (grifos nossos). Ver: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 349.

⁷⁸² Cf. CUEVA, op. cit., pp. 547-548.

⁷⁸³ Não necessariamente o fato de a disciplina estar contemplada no bojo de guia atrapalha a sua efetividade. De toda sorte, para fortificá-la, parece-nos que contemplar o assunto, mesmo que em sede infralegal, seria mais desejável do que apenas na versão de documentos orientativos. Enxergamos aqui, portanto, uma possibilidade complementar e é nessa linha a sugestão que explicitamos acima.

Ainda, jogar luz mais forte sobre a inter-relação do programa de *compliance* com outros dispositivos e institutos legais é de valia nessa perspectiva, a exemplo da relação do *compliance* com a leniência⁷⁸⁴ ou com acordos (TCC), conforme faz a autoridade canadense⁷⁸⁵ ou fazia a autoridade francesa.⁷⁸⁶ De mais a mais, repisar esses aspectos de forma clara no âmbito dos julgados, criando uma prática uniforme,⁷⁸⁷ com sinalização evidente, também agregaria transparência e tom de sistematização ao tema.

Em relação ao possível desconto pecuniário em face do programa de *compliance* robusto, realçando nossa visão sobre o assunto,⁷⁸⁸ em princípio, consideramos que essa hipótese pode ser positiva em determinadas circunstâncias para incentivar a adoção desses programas de forma mais difusa, disseminando a cultura da concorrência, encorajando o espírito preventivo e contribuindo, mais além, para suplementar o *enforcement* anticartel, conforme já visto e que fincaremos de modo expresso no Capítulo 4. Ao assumir a

⁷⁸⁴ Conforme será abordado no Capítulo 4, uma possibilidade seria considerar a implementação/aperfeiçoamento do programa de *compliance* como critério para a assinatura da leniência, especialmente para reforçar o paradigma de mudança cultural, agregando um compromisso de conteúdo moral ao beneficiário da leniência. Igualmente, poderia ser examinada a conveniência de tratar da figura do monitor externo em casos excepcionais. Como nota paralela, observamos o seguinte: em geral, a doutrina sugere que a maior parte das leniências ocorre no âmbito de cartéis em estágio de declínio/decadência (ver: STEPHAN, Andreas; NIKPAY, Ali. *Leniency decision-making from a corporate perspective: Complex realities*. In: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (eds.). **Anti-Cartel enforcement in a contemporary age: Leniency religion**. London: Hart Publishing, 2015), de modo a se ponderar o real impacto dissuasório da leniência sobre os cartéis. Essa discussão não vem a talho para fins desta dissertação, apesar de muito instigante. Interessa-nos observar que o programa de *compliance* não desempenha apenas um papel de detecção interna, mas sim se traduz em um instrumento que repercute nas normas morais dentro da empresa, encorajando uma maior prevenção de práticas colusivas. Já a leniência, em regra, não se destina a influenciar a educação e a ética dos empregados. Embora para sua obtenção a leniência exija a cooperação com as autoridades, nada garante que o leniente não fará o uso estratégico desse instrumento, voltando a reincidir na conduta. Por isso, em geral, o programa de *compliance* pode complementar a leniência com base na atuação preventiva e detectiva, que impacta as regras morais da empresa e torna mais custosa a violação para o ofensor. Daí a se cogitar uma estratégia que inclua, entre os elementos necessários para a assinatura do acordo de leniência, compromissos de *compliance*. Ver: MURPHY; KOLASKY, op. cit., p. 63; THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, pp. 196-197.

⁷⁸⁵ No âmbito do *Immunity and Leniency Program*.

⁷⁸⁶ No âmbito dos *Settlement Procedures*.

⁷⁸⁷ Obviamente que muito da análise é casuística e sujeita à discricionariedade do órgão antitruste. O que se sugere, em verdade, é que sejam fixados contornos e parâmetros comuns para a disciplina do assunto.

⁷⁸⁸ Importante repisar nossa premissa: acreditamos que o valor do programa de *compliance* transcende - e muito - o possível desconto pecuniário. E é assim por vários fatores, em particular em razão da possibilidade de evitar o ilícito em primeiro lugar, ou mesmo detectá-lo e remediá-lo celeremente, colaborando com a autoridade na elucidação dos fatos para colocar fim ao ilícito, o que se traduz em benefícios amplos para a empresa (de ordem financeira, moral e reputacional), bem como para a Administração pública e para a coletividade, diminuindo custos e extensão de danos. Tudo isso acompanhado de um profundo processo de mudança de cultura e valores no seio da organização. Inobstante, como medida ancilar e de reconhecimento aos esforços genuínos envidados pelo agente econômico de boa-fé, que contribui com a Administração pública na vigilância do mercado e, mais que isso, que alastra a cultura da concorrência perante a indústria, transformando positivamente o ambiente concorrencial, entendemos que o desconto seria um prêmio realmente razoável de se cogitar em determinadas circunstâncias. Retomaremos essa questão do próximo Capítulo.

possibilidade do desconto, tal como vigora hoje no CADE, no que diz respeito ao seu *quantum*, consideramos que fixar um percentual rígido pode não ser das melhores estratégias para incentivar o *compliance* real, haja vista, por exemplo, o incentivo potencializado para a implementação de programas de fachada. Ainda que tenhamos ressalvas a esse respeito, mais sutilmente, uma possível proposta para abordar o tema seria agregar visibilidade sobre possíveis faixas de desconto a partir de métricas gerais e maleáveis, que levassem em consideração, dentre outras variáveis, o momento de estruturação do programa, hipóteses que afastariam ou diminuiriam a atenuante (ou suscitariam a agravante) etc., trazendo, com isso, mais concretude ao assunto e colaborando com a sua difusão segura, sempre sob a premissa do necessário cuidado com a calibração e a formulação dessas políticas.

Outrossim, como reiterado, consideramos indispensável a capacitação dos servidores do CADE para proceder com a aferição do programa de *compliance*, sobretudo para evitar risco de seleção adversa, o que poderia desestimular a adoção de programas genuínos (e alimentar situações paradoxais). Nessa linha, o investimento em estrutura, pessoal e formação dos servidores é um eixo curial. Poderia ajudar, também, a edição de guia interno para orientação dos servidores (e divulgado ao público, para os agentes econômicos estarem cientes do que deles esperar), para além da troca de experiências com outras autoridades com vivência e *expertise* em *compliance*.⁷⁸⁹ Até porque, neste aspecto, válido observar que eventual infração que trouxesse ilícitos justapostos, *e.g.*, cartel em licitação pública, desnudando corrupção e cartel jungidos na mesma trama, apenas para ficar com essa interface, poderia atrair empresas com programas de *compliance* com políticas compartimentadas de natureza anticorrupção e antitruste. Logo, o diálogo entre as autoridades competentes a fim de dimensionar os impactos desses programas e dessas

⁷⁸⁹ Com efeito, a preocupação primária neste item reside na correta distinção entre programas genuínos vs. programas de fachada. Em linhas gerais, a experiência dos servidores do CADE no manejo e dia a dia dos casos colabora para trazer um norte geral sobre o assunto. Entretanto, a nosso ver, isso não basta para uma análise percuciente e que busca neutralizar ao máximo as chances de erro. Assim, à guisa de exemplo, recomenda-se a designação de uma área específica do órgão antitruste para lidar com a avaliação de programas de *compliance*, área essa dotada de servidores treinados, com conhecimento técnico e especializado sobre o assunto. Obviamente, essa sugestão deveria ser sopesada em vista de restrições orçamentárias da autoridade concorrencial, bem como de pessoal. Para registro, Geoffrey Miller faz um alerta no sentido de que os governos (Administração pública) são tentados a demandar mais investimento no programa do *compliance* do que o considerado socialmente ótimo. Se é assim, um dos perigos é de que os consumidores acabem arcando com os custos extras exigidos na implementação do programa. A esse respeito, ver: MILLER, *op. cit.*, p. 17. Assinala-se, também, o risco de se exigir um programa extremamente complexo e rigoroso que, na prática, pode engessar as atividades legítimas do agente econômico, traduzindo uma situação de restrição de práticas lícitas (saudáveis) por conta de um arcabouço conservador do ente regulador. Como consequência, a concorrência seria prejudicada em vista de um programa extremamente rígido requerido pelo regulador.

políticas tenderia a contribuir para uma avaliação mais consistente, alinhada e segura. Daqui se deriva a hipótese de que o potencial desconto para o programa de *compliance* de ambas as esferas (no exemplo, anticorrupção e antitruste) pudesse ser estipulado de maneira afinada e proporcional, com uma estrutura coesa e integrada de avaliação.

(2) Aprofundamento na atividade pedagógica e na agenda de transparência/comunicação para impulsionar a cultura do *compliance*

Tendo como base as jurisdições consultadas no tópico anterior, foi possível visualizar um sem número de iniciativas visando à disseminação da cultura da concorrência. Tais iniciativas, forjadas como ações de *advocacy* em sentido amplo, se materializam de formas diversas. Por exemplo, realização de pesquisas, estudos, publicações, guias, boletins informativos, campanhas, vídeos, concursos, eventos etc.⁷⁹⁰ No Brasil, embora o SBDC venha historicamente se empenhando de maneira proativa na disseminação da cultura da concorrência mediante uma pluralidade de publicações e iniciativas institucionais,⁷⁹¹⁻⁷⁹² especificamente no que toca ao programa de *compliance*, identificamos espaço para evoluir. É nessa linha que segue a vertente das medidas indiretas.

Pois bem, estudos e pesquisas voltados a perquirir, compreender e testar a percepção do empresariado brasileiro a respeito do *compliance* concorrencial, examinando a aderência

⁷⁹⁰ A título de exemplo, destacamos uma gama de publicações e iniciativas da autoridade do Reino Unido (seja da antiga OFT, seja da atual CMA).

⁷⁹¹ Vide, por exemplo, as publicações institucionais do CADE, incluindo os documentos da antiga Lei, conforme disponíveis em seu *website*, bem como as publicações da Seprac relacionadas à advocacia da concorrência. Além disso, registre-se a prestação de contas e a transparência desses dois órgãos junto à sociedade civil mediante publicação de anuário, relatórios e boletins, por exemplo.

⁷⁹² Tomando como base a experiência comparada, ilustrativamente, duas iniciativas interessantes para desenvolvimento seriam: (i) mobilização do CADE, em parceria com agentes econômicos, para produção de vídeos institucionais educativos a respeito de boas práticas concorrenciais, disseminando-os de modo mais visível junto à sociedade civil, seja por meio de suas mídias sociais, que tem ganhado maior capilaridade, seja fundamentalmente com suporte da imprensa, objetivando atingir mais amplamente o “indivíduo comum”, isto é, o cidadão que não atua diretamente na área e desconhece ou tem pouco conhecimento sobre o direito da concorrência; e (ii) disponibilização de discursos e manifestações oficiais dos representantes do CADE no *website* da autoridade, de forma a preservar a memória institucional do órgão e também conferir clareza para os agentes econômicos sobre a visão de determinados assuntos que estejam enfrentando. Paralelamente a essas sugestões, pontuamos uma iniciativa de *advocacy* conduzida pela SDE no passado que foi rememorada de forma positiva pela OCDE e pelo BID (cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Lei e Política da Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares, 2010.**), qual seja, uma série de publicações educativas voltada ao público infantil (gibis da Turma da Mônica em parceria com Maurício de Souza). Consideramos oportuno meditar sobre a viabilidade de retomar iniciativas nesses moldes, para além de incentivar concursos e campanhas pedagógicas - desenhos, estórias, redações e afins - com o desiderato de tornar o direito da concorrência um assunto didaticamente mais palpável para o público infantil, encorajando sua discussão desde os primórdios.

e a maturidade dos programas de *compliance* de acordo com determinados setores, bem como checando os determinantes do *compliance* e do *non-compliance*, por exemplo, poderiam ajudar a autoridade a melhor delinear e refinar suas estratégias de atuação,⁷⁹³ calibrando suas políticas de intervenção. Ao mesmo tempo, o insumo desses trabalhos tenderia a contribuir para amplificar o conhecimento da sociedade e, em especial, dos agentes econômicos sobre a temática, os quais, por seu turno, poderiam aperfeiçoar seus instrumentos de conformidade, amparados pelas diretrizes do regulador. Um eixo correlacionado para conferir “sensação de importância pública” ao programa de *compliance* seria desenvolver uma base de dados de pronto e fácil acesso para divulgar os programas bem avaliados (reconhecimento e transparência), sob o mote do “*benchmarking* de *compliance*”,⁷⁹⁴ conforme tratamos no Capítulo 2, potencialmente atraindo maior atenção e dedicação ao assunto.

Adicionalmente, a mobilização midiática, divulgando temas do direito de defesa da concorrência de forma didática, consistente e perene,⁷⁹⁵ poderia contribuir com o fortalecimento da agenda de *compliance* concorrencial. Isso porque a mídia auxiliaria (ainda mais) na difusão das iniciativas realizadas pelo CADE e entes parceiros, ampliando o alcance e a transparência junto à sociedade civil. Com efeito, ampliar o alcance do direito da concorrência é de valia, mormente no quadro brasileiro. Por três razões principais: a dimensão continental do país, o histórico de intervenção estatal na economia e o fato de que, aos olhos do cidadão não habituado com a matéria, o direito da concorrência pode ser visto como um assunto “esotérico” e hermético, restrito ao conhecimento de *experts*. Dessa feita, ao capilarizar o assunto, trata-lo de modo sério, e clarificar conteúdo e informação sobre o direito concorrencial agrega-se, em princípio, maior aproximação e senso de conhecimento para com a disciplina, colaborando com a solidificação da agenda de *compliance* concorrencial *lato sensu* na medida em que oportuniza engajamento da sociedade a temas antes ignorados pela falta de informação e/ou limitação de conhecimento, por exemplo.⁷⁹⁶

⁷⁹³ *Mutatis mutandis*, em linha com estudos e publicações levados a cabo pelas autoridades do Reino Unido e da França.

⁷⁹⁴ Diante da oferta e sofisticação tecnológica, utilizar ferramentas digitais seguras para criativamente difundir o *compliance* é medida bem-vinda, a nosso ver.

⁷⁹⁵ A proposta aqui seria o apoio da imprensa externa para divulgação mais ostensiva das iniciativas do CADE (e eventuais outros entes e instituições com publicações dedicadas ao direito concorrencial), transcendendo os canais de comunicação da autoridade.

⁷⁹⁶ Sobre a importância de orientações e diretrizes estabelecidas pelo regulador para permitir a disseminação de conhecimento e a respectiva internalização nas atividades das empresas, de maneira a balizar os treinamentos de *compliance* corporativos, que, por sua vez, ganham realce diante da “complexidade do direito concorrencial”, ver: FRANÇA. Europe Economics, Chancery House. **Etat des lieux...**, op. cit.

Ainda, a exposição de conteúdo crítico pela mídia, conferindo visibilidade às infrações e julgados do CADE, por exemplo, viria a embutir uma carga moral adicional ao ilícito antitruste, destacadamente o cartel,⁷⁹⁷ reforçando a agenda do *compliance* concorrencial. Nessa ótica, o custo do cartel se tornaria mais caro para o potencial cartelista sob uma perspectiva moral, vez que relacionado a um estigma/ultraje social (juízo de reprovabilidade). Nessa tônica, a mídia complementar e reforçaria as políticas de comunicação do CADE, agregando tom de transparência⁷⁹⁸ e trazendo senso crítico para adensar a consciência coletiva e social sobre a ilicitude e os prejuízos derivados dos cartéis. Se é assim, o cartel é incorporado ao cotidiano comum na perspectiva do estigma social, contribuindo, na via reversa, para o fortalecimento da cultura da concorrência.

⁷⁹⁷ A doutrina reforça a importância do papel da mídia/imprensa para ampliar a taxa de visibilidade do direito concorrencial (cf. SOKOL, op. cit., **Cartels, Corporate Compliance...**). No mundo, de um modo geral, a percepção é de que os ilícitos anticompetitivos não atraem ou não geram “impacto” na cobertura midiática, especialmente ao se comparar com outros ilícitos corporativos (e.g., fraude, lavagem de dinheiro, corrupção). Assim, seria oportuno, para o fortalecimento da cultura da concorrência, também o maior envolvimento da mídia nessa seara, de modo que, em teoria, ao trazer mais conscientização para a sociedade civil sobre o direito concorrencial, e, conseqüentemente, de práticas anticompetitivas, ter-se-ia o incremento do custo social para os potenciais infratores. No contexto brasileiro, em linhas gerais, o acesso à informação é facilitado para os advogados e economistas especializados no assunto, tanto por conta da atuação profissional cotidiana, quanto em razão do acesso a serviços de mídia especializada. O desafio é ampliar a cobertura temática na área concorrencial (“democratização de acesso ao antitruste”), de modo que a informação de qualidade se torne mais acessível e sensibilize a sociedade civil. Se for assim, em tese, amplia-se a cultura da concorrência e, ao mesmo tempo, avança-se o estigma social ao potencial infrator. Intuitivamente, ainda que ausentes pesquisas empíricas no Brasil neste sentido (conforme melhor conhecimento deste pesquisador), a operação Lava Jato contribuiu para impulsionar o senso de conscientização a respeito do crime de cartel, o que representou importante passo para despertar maior atenção à área (ainda que o direito da concorrência não se resume à perseguição de cartéis, o que reforça a importância da disseminação da informação, inclusive para os cidadãos terem mais completude e ciência de seus direitos nessa esfera, contribuindo, mediadamente, para fortalecer a legitimidade e a credibilidade do órgão antitruste).

⁷⁹⁸ O maior conhecimento das leis e das ferramentas para o seu exercício é primordial para assegurar um ambiente de *compliance* mais saudável. A esse respeito, notamos, em particular, um importante recurso disponível no *website* do CADE que permite que os cidadãos colaborem com a autoridade nas suas funções preventiva e repressiva. Trata-se do “clique denúncia”, um canal para o denunciante apresentar informações à autoridade sobre possíveis práticas anticompetitivas. Maior visibilidade para essa ferramenta poderia contribuir ainda mais com a autoridade concorrencial em sua missão de zelar por um ambiente concorrencial saudável. Eventualmente, como em algumas jurisdições, considerar a recompensa para o denunciante de boa-fé não envolvido no ilícito poderia incrementar a taxa de denúncias e conseqüente repressão, mas ao mesmo tempo o cuidado é necessário nessa senda em termos de incentivos perversos. Apenas lançamos a possibilidade, dado que o assunto do *whistleblower* no contexto antitruste requer um debate profundo. Adicionalmente, outro recurso disponível para a sociedade civil é o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-Sic): disseminar mais difusamente tal recurso poderia colaborar com a disseminação do conhecimento sobre o direito concorrencial. Enfim, há recursos importantes e que poderiam ser explorados e incentivados de maneira mais clara, difusa e orientada no âmbito da agenda de defesa da concorrência no Brasil. Para além da divulgação pelos canais de comunicação do CADE e do reforço via mídia externa, é importante apontar a parceria e a contribuição de institutos, organizações, órgão de classe, federações e associações civis (e.g., CEDES, IBRAC, ICC Brasil, OAB, FIESP etc.) para esse intento. A parceria e a colaboração desses atores têm contribuído consistentemente para a disseminação e também o aperfeiçoamento da política concorrencial brasileira.

Outrossim, como tem sido feito de modo positivo pelo CADE e pela Seprac, o contínuo diálogo e a aproximação proativa junto à academia, *think tanks*, empresariado, institutos e organizações civis etc., para intercâmbio de visões e debate de ideias sintetizam fórmulas acertadas, a nosso ver, para a construção de políticas públicas mais legítimas, construtivas, efetivas e democráticas. Nesse quadro, discutir em minúcia as variáveis ora ventiladas (dentre diversas outras) no que tange ao programa de *compliance* concorrencial se revela uma abordagem de extrema valia para o enriquecimento e o desenvolvimento da disciplina. Outro eixo que tem sido levado a cabo de forma proativa pelo CADE nos últimos tempos diz respeito à agenda de parcerias institucionais, convênios intersetoriais e coordenação técnica com outros órgãos da Administração. Poderia ser interessante, também nessa interface, tratar de assuntos relacionados à agenda do *compliance* concorrencial, particularmente na dimensão do programa de *compliance* e mecanismos de integridade.⁷⁹⁹

Enfim, algumas dessas medidas propositivas, sobretudo aquelas situadas na vertente 1, como bem frisado, requerem manejo parcimonioso, pois ao mesmo tempo que objetivam conferir maior lastro de transparência e previsibilidade, podem gerar e/ou potencializar efeitos perversos. Podem, por exemplo, alimentar programas de fachada, facilitando um cálculo apriorístico - e oportunístico - do agente econômico para implementar o programa, sem qualquer preocupação com o espírito da ética e da integridade. Se é assim, o cartel pode se tornar mais “barato” diante da precificação do *compliance*,⁸⁰⁰ tal qual numa conta de chegada, sopesando os prós e contras de implementá-lo.⁸⁰¹ Cautela por parte da autoridade na concessão do possível desconto se faz necessária, pois.⁸⁰² O *quantum* do

⁷⁹⁹ Uma possibilidade seria incluir a promoção do programa de *compliance* no bojo de ações e de grupos de trabalhos criados conjuntamente com outros órgãos da Administração pública, estudando transversalmente a potencialidade do programa em face de novos riscos, fórmulas de estímulos, alinhamento de abordagens etc. Especialmente, em face de riscos transfronteiriços que emergem no ambiente contemporâneo, será cada vez mais premente uma abordagem multidisciplinar e criativa voltada ao *compliance*, de modo que os reguladores sinalizem entendimentos e informações objetivas que, por sua vez, permitam o refinamento de instrumentos preventivos por parte dos administrados. Além do mais, os próprios reguladores precisam se proteger nesse ambiente de ampliação de riscos e maior demanda por integridade (o que tem sido feito, por exemplo, mediante a implementação de programa de integridade nos órgãos da Administração pública).

⁸⁰⁰ Em analogia, ter (adquirir) um programa de *compliance* estaria para ter (adquirir) um “seguro barato” caso o programa venha a ser recompensado pelo regulador, ou ainda, e nessa hipótese pior, caso o programa sirva de imunização, isto é, afaste a responsabilização corporativa, conforme sintetiza Wils. Ver: WILS, op. cit., p. 21 et seq. A empresa investiria o “mínimo necessário” para fazer jus ao prêmio, despreocupada em manter viva e integrada a genuína cultura da conformidade.

⁸⁰¹ Ou melhor, o risco/retorno de “comprar tal produto”, banalizando e monetizando o *compliance*.

⁸⁰² A mesma cautela se requer para a hipótese da agravante. Como apontamos, falta clareza nessa senda. Por exemplo, para além do *sham program* que camuflou um ilícito e induziu a autoridade a erro, no caso do envolvimento de altos executivos no cartel, poderia essa situação ser o fato gerador automático da agravante, ou seria apenas uma situação a afastar (ou minorar) a concessão de desconto, ou não seriam quaisquer das hipóteses anteriores? Como afirmado à exaustão, a análise casuística é primordial, porém um norte mínimo

desconto deve ser moderado, de sorte a não desvirtuar outros incentivos, dado que o desequilíbrio no prêmio poderia comprometer alguns mecanismos de *enforcement* ao olhar sistemicamente os incentivos postos no ordenamento.

Em princípio, soa-nos plausível que a autoridade premie o agente econômico de boa-fé nos casos em que realmente o seu programa de *compliance* demonstrou ser sério e efetivo para colaboração com a autoridade, nos casos em que autenticamente se reformou uma cultura corporativa desviante e viciada etc., e não simplesmente porque se prevê tal hipótese no âmbito de um guia ou eventual normativo. Como dito, trata-se de uma análise caso a caso, pautada por critérios de conveniência e oportunidade, sob discricionariedade do regulador. Por um lado, a não previsibilidade do *quantum* ajuda a evitar a proliferação de programas de fachada. Por outro lado, facilitaria para os agentes econômicos enxergar um lastro de concretude material nessa temática, inclusive para evitar custos de transação associados à ampla discricionariedade.⁸⁰³ Simplificadamente, trata-se de avaliar o *trade-off* entre discricionariedade vs. previsibilidade. Nessa equação, a dosagem para alcançar um ponto de equilíbrio é fundamental. E, em especial, a atenção deve ser redobrada para não desnaturar a cooperação regulatória, sob o risco de vertê-la em uma relação de predação.

Do ponto de vista das medidas situadas na vertente 2, na essência, o que se pretende é, mais ampla e criticamente, fortalecer o senso concorrencial no país, de tal maneira a democratizar o antitruste e, de fato, consolidar a cultura da concorrência. Essa medida é de primeira ordem à luz do histórico institucional brasileiro, sob um quadro de forte intervenção estatal na economia, que até recentemente via o Estado controlando preços,⁸⁰⁴ em conjunto com elevada burocracia na infraestrutura, problemas crônicos de falta de competitividade etc. Episódios como aqueles desnudados pela operação Lava Jato deram conta de uma arraigada e oblíqua visão empresarial que desafiou, dentre outros, os ditames concorrenciais, com executivos que, arrogantemente, ousaram supor que eram espertos demais e estavam

parece-nos desejável nesse tema. Usualmente, como o cartel implica o envolvimento de pessoas com alto poder decisório, estipular agravante nesses casos poderia significar, em termos práticos, nunca conceder descontos para programas de *compliance*, não obstante bem estruturados, comprometendo a lógica de incentivos. Nesses casos, uma sugestão preliminar que se lança é aquela que recomenda poupar a empresa da sanção, assumindo que envidou esforços adequados e robustos na diligência do *compliance* (novamente, a análise do caso concreto é indispensável), ao passo que seus executivos/empregados, que foram comprovadamente negligentes, é que seriam responsabilizados (incluindo, em casos mais graves, a pena de prisão e desqualificação profissional), de modo a potencializar a lógica da dissuasão sobre as pessoas físicas infratoras. Tal proposta se amolda àquela de GINSBURG; WRIGHT, op. cit.

⁸⁰³ Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 200.

⁸⁰⁴ E por vezes dando indicativos de que ainda flerta com o controle de preços em determinados setores.

“acima da lei” para serem pegos. O caso se mostra de enorme magnitude em vista de seus efeitos colaterais e consideramos essencial que sirva de lição, sendo ostensivamente divulgado para encorajar o seu inverso, isto é, para fomentar um desejável ponto de inflexão rumo à efetiva consolidação de uma cultura de conformidade concorrencial.⁸⁰⁵⁻⁸⁰⁶ Como visto, tal operação teve impacto direto e frontal no direito antitruste, alavancando a busca por soluções negociadas junto à autoridade concorrencial, o que, no cenário ideal, também deveria servir de estímulo para incrementar a taxa de *compliance*.

Busca-se assim, com as medidas sugestivas da vertente 2, em última instância, sensibilizar mais espontaneamente a sociedade sobre a moralidade do ilícito anticompetitivo, com ênfase no cartel (em um primeiro momento), edificando uma cultura de *compliance* que

⁸⁰⁵ A título de comparação, no mundo, da perspectiva anticorrupção, o caso Siemens é tido, por ora, como o mais emblemático a respeito da “virada de página” no que se refere à cultura da conformidade/integridade. Em apertadíssima síntese, investigação conduzida nos EUA identificou uma série de subornos praticado pela empresa em diversos países entre os anos de 2001 a 2007 como forma de obter contratos públicos. Estima-se que a quantia paga a título de propina/suborno atingiu a ordem de 1,4 bilhão de dólares. Vários países abriram investigações contra a empresa. Na União Europeia, dentre outras consequências, a condenação imposta à Siemens fez com que a empresa ficasse proibida de participar de licitações do Banco Europeu de Investimentos até o final de 2014. Dentre outros aspectos, como resultado desse episódio, a Siemens reformulou sua governança, o que incluiu a troca de boa parte da diretoria (o Presidente deixou o cargo e muitos dos altos executivos renunciaram). Como forma de evitar condenações, a empresa realizou acordos com as autoridades norte-americanas e alemãs, arcando com contribuições bilionárias em diferentes jurisdições. Ressalte-se que, no âmbito do CADE, em 2013, já na esteira da reformulação interna de sua governança, a Siemens celebrou um acordo de leniência com o CADE, juntamente com o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo, denunciando a existência de suposto cartel em licitações de trens e metrô realizadas em São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. (Processo Administrativo nº PA 08700.004617/2013-41). Para detalhes sobre o caso Siemens, ver: HEALY, Paul M.; PETKOSKI, Djordjija. **Fighting Corruption at Siemens**. Harvard Business School Multimedia/Video Case, mar. 2012. Verifica-se, atualmente, uma série de iniciativas institucionais da Siemens sob o amplo senso de *compliance* e integridade, conforme disponíveis em seu *website*: <<https://new.siemens.com/global/en/company/sustainability/compliance.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018. A título de digressão, seria possível imaginar a colaboração que o agente econômico de boa-fé é capaz de fornecer para a autoridade competente no que se refere à capacitação analítica para avaliar os indicadores e instrumentos de conformidade. Isso porque o agente econômico que passou pela crise e efetivamente reformulou seu sistema de conformidade pode, em teoria, agregar aprendizado à autoridade, fruto da uma farta experiência acumulada no manejo da situação adversa, adicionando valioso insumo à inteligência do regulador.

⁸⁰⁶ Esboçando uma sinalização nesse sentido, por exemplo, as quatro maiores construtoras do país (Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa Infra, Queiroz Galvão e a Odebrecht Engenharia e Construção) elaboraram, em conjunto com a Rede Brasil do Pacto Global da ONU, uma cartilha para auxiliar o setor de construção civil para lidar com casos de corrupção. Ver: UNITED NATIONS. PACTO GLOBAL REDE BRASIL. **Integridade no Setor de Construção**: discutindo os dilemas e propondo soluções para o mercado. maio 2018. No mesmo compasso “moralizador”, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC publicou cartilhas de *compliance* e ética, bem como código de conduta concorrencial, endereçados a instituições e empresas do setor de construção. Ver: CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Ética e Compliance na Construção**, Brasília, 2015; CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Ética e Compliance na Construção**, Código de Conduta Concorrencial - guia de ética e compliance para instituições e empresas do setor da construção, Brasília, jun. 2016. Entre as principais construtoras envolvidas na operação Lava Jato, tem-se verificado, gradualmente, um movimento de reformulação da estrutura de governança e dos sistemas de *compliance*, o que sugere, em princípio, um potencial ponto de inflexão, conforme considerações externadas no Capítulo 2.

alavanque a reprovação social e o sentimento de ojeriza diante de infratores,⁸⁰⁷ embutindo, pois, uma sanção moral que torne mais custoso para o potencial infrator a prática dessa que é considerada a infração mais deletéria para o direito concorrencial. Procura-se, em suma, que a consciência da ilicitude e da reprovabilidade dos cartéis seja parte viva no tecido social, engendrando a sua natural repulsa e catapultando o nível de dissuasão, com uma sociedade mais proativa, crítica e vigilante.⁸⁰⁸⁻⁸⁰⁹

Tudo isso converge, portanto, com visão anteriormente delineada,⁸¹⁰ segundo a qual o sucesso de qualquer *enforcement* anticartel está substancialmente relacionado com a criação e a efetiva implementação de uma cultura de *compliance*. Foi ancorado nesse entendimento, e também com base nas lições da experiência comparada, que ventilamos as medidas propositivas e de reflexão acima, dispostas em vertentes complementares. Como se pode perceber, o nosso norte foi mirar para algumas medidas e aspectos exemplificativos que, a nosso sentir, tendem a influenciar, direta ou indiretamente, os incentivos para o desenvolvimento do programa de *compliance* concorrencial no ordenamento brasileiro. Intenciona-se, como resultado geral, contribuir de maneira mais efetiva para a canalização do paradigma e da cultura pró-concorrencial em solo pátrio.

⁸⁰⁷ Nessa linha, ecoando o que frisamos, Michele Ainis aponta que a relevância da conformidade concorrencial se conecta com o nível de “estigmatização social” das infrações antitruste. Isso porque apenas mais recentemente é que se passou a perceber um “sentimento social” mais decisivo em torno do perigo e da reprovabilidade dos ilícitos concorrenciais. E, mesmo assim, aparentemente, as empresas ainda percebem a infração concorrencial como menos sérias ou de menor gravidade do ponto de vista ético quando comparadas com outros ilícitos (*e.g.*, corrupção, evasão fiscal etc.). Cf. AINIS, *op. cit.*, p. 149.

⁸⁰⁸ Cf. SOKOL, *op. cit.*, **Cartels, Corporate Compliance...**, p. 216.

⁸⁰⁹ Ao abordar o eixo de *advocacy* e iniciativas visando difundir a cultura da concorrência para ampliar a taxa de conscientização da sociedade civil sobre condutas e operações potencialmente lesivas à ordem econômica, Thiago Marrara lista dois principais motivos contidos nesse racional: (i) a dissuasão gerada por meio da difusão das normas, haja vista que os agentes econômicos passam a conhecer mais claramente os riscos de suas iniciativas, ou seja, estarão mais bem informados acerca dos riscos de suas atividades *vis-à-vis* os limites legais; e, como consequência disso, (ii) amplifica-se a capacidade de identificação de condutas anticompetitivas, o que eleva o número de “colaboradores indiretos” do SBDC, potencializando o funcionamento do controle repressivo. Nas palavras de Marrara, “[e]m vez de contar apenas com a fiscalização oficial realizada pelas autoridades públicas operantes no microsistema, a divulgação de informações educativas sobre a defesa da concorrência cria ‘fiscais informais’ ao fomentar a colaboração de qualquer do povo com o SBDC por meio de denúncias e outras formas de interação. A atividade informativa representa, pois, uma forma renovada de concretização do princípio constitucional da publicidade [...]”. Cf. MARRARA, *op. cit.*, p. 66.

⁸¹⁰ Ver: SOKOL, *op. cit.*, **Cartels, Corporate Compliance...**, p. 203.

4 HORIZONTES QUE SE EXPANDEM PARA O PROGRAMA DE *COMPLIANCE* CONCORRENCIAL

O presente Capítulo tem por objetivo complementar a investigação e aprofundar as reflexões apresentadas nos Capítulos anteriores. Especialmente, o foco recairá sobre a dimensão do desconto para o programa de *compliance* concorrencial, focalizando nos principais argumentos do debate doutrinário. Preliminarmente, reforçaremos a base teórica do programa de *compliance* antitruste à vista de todo o exposto. Após, esmiuçaremos o “nó górdio” do desconto para, então, encaminhar para as conclusões desta dissertação.

4.1 Retomando Algumas Questões Teóricas

A par das reflexões retro desenvolvidas, consideramos que senão o principal, um dos principais desafios na implementação e execução do programa de *compliance* concorrencial⁸¹¹ consiste em assegurar que a aplicação da legislação antitruste seja compreendida, internalizada e observada pela totalidade dos executivos e empregados da

⁸¹¹ Na modelagem do programa de *compliance* concorrencial, Gesner Oliveira propõe uma agenda ampla, assentada no tripé *defensivo*, *proativo* e de *advocacia da concorrência*. Em linhas gerais, o pilar defensivo desse tripé é o mais convencional, vez que se funda em medidas preventivas para evitar punições por práticas anticompetitivas. O pilar proativo se assenta em ações para evitar que a empresa seja vítima de ilícitos antitruste, monitorando práticas de fornecedores, concorrentes e distribuidores para detecção de ilícitos e possível denúncia para as autoridades competentes. O pilar de advocacia da concorrência se funda no acompanhamento de normativos que possam representar impedimento à concorrência, dialogando com a autoridade para sensibilizá-la sobre eventuais normas que colidam com as regras concorrenciais, protegendo o mercado de mecanismos anticoncorrenciais, bem assim propondo alterações pró-concorrenciais. Segundo Gesner, a implementação simultânea desse tripé representaria uma “mudança cultural radical”, emergindo uma nova mentalidade de mercado, dando azo a uma realidade na qual o programa de *compliance* represente um mecanismo decisivo para concretizar os objetivos da lei de defesa da concorrência brasileira. Adiciona-se a importância de que o programa seja harmônico e integrado com os programas de outras searas, permitindo a mitigação eficiente de riscos e a responsabilidade social da empresa. Nessa lógica, Gesner aduz que a diminuição da probabilidade de conflitos entre agente e principal poderia reduzir a chance do ilícito antitruste, conclusão com a qual concordamos, consoante pontuaremos abaixo. Cf. OLIVEIRA, op. cit., **Sabedoria do futebol...**, pp. 150-151.

organização,⁸¹²⁻⁸¹³ de modo a evitar riscos e custos derivados da não conformidade. Nessa assertiva, fazendo uma grande simplificação, o desafio é de duas ordens para a empresa: (i) fornecer informações sobre a legislação concorrencial, de modo que sejam apreendidas e internalizadas por todos os executivos e empregados; e (ii) estabelecer incentivos adequados para estimular e assegurar a conformidade legal.⁸¹⁴

Tem-se, pois, o fio condutor para a implementação do programa de *compliance* que, em suma, pode ser lido como um instrumento de gestão de riscos para a governança da organização, assegurando uma efetiva cultura de conformidade. Como visto, trata-se de importante instrumento para alinhar os incentivos da empresa com os incentivos do regulador na busca pela conformidade, evocando o senso de *compliance* compartilhado. O desafio é nuançado, destacando-se os determinantes internos da empresa para o cumprimento legal, que não necessariamente reagem e se comportam de modo uniforme,

⁸¹² Como uma nota de parêntese, e conforme mencionado, o programa de *compliance* concorrencial pode ser adotado por diferentes empresas em termos de porte e estrutura (grandes, médias e pequenas empresas), customizado de acordo com as características e necessidades de cada uma, também com possibilidade de ser implementado por associações comerciais e sindicatos. A própria Administração pública pode implementar instrumentos de governança, e essa última hipótese tem sido frequente no Brasil, particularmente no âmbito do programa de integridade por força de normativo nesse sentido, *i.e.*, Decreto 9.203/2017. Especificamente no que concerne às pequenas e médias empresas, em particular para pequenas empresas, forçoso se faz desmistificar eventuais impressões (equivocadas) de que, em razão de uma estrutura mais enxuta, as leis concorrenciais não se aplicariam a elas, de modo que o investimento no *compliance* seria como desperdiçar os poucos recursos disponíveis. Em verdade, o raciocínio deve ser justamente o contrário: o investimento no *compliance*, ainda que mais modesto para compatibilizar à realidade dessas organizações, se reverte em vantagem competitiva no mercado, tanto porque adquirem maior consciência sobre a legislação, zelando pelo seu cumprimento, quanto porque podem detectar eventuais ilicitudes - interna ou externa - e, assim, reportar para as autoridades, contribuindo tanto para a perenidade da organização, vez que os custos da não conformidade para essas empresas podem ser ainda mais fatais em termos de sobrevida, quanto para a sustentabilidade do mercado em que atuam e de que dependem.

⁸¹³ É muito importante ter em conta, conforme comentamos em algumas ocasiões, a estrutura interna da empresa no que diz respeito à modulação de incentivos para induzir o comportamento de seus empregados. Essa questão perpassa grande parte das considerações deste Capítulo. Os incentivos forjados dentro da empresa influenciam enormemente a formatação do comportamento da própria empresa e de seus executivos e empregados. Influenciam a cultura empresarial. E, neste aspecto, como sublinha Sokol, “[a] *compliance* program will only be effective if it changes the culture and relationships within a firm and alters the incentives for individuals. This requires both a desire to change and a sense of what a company must do to effect such change”. Cf. SOKOL, *op. cit.*, **Policing the firm**, p. 844.

⁸¹⁴ Frübing e Hüschelrath apontam dois grandes desafios no contexto da elaboração de um programa de *compliance* concorrencial efetivo, quais sejam, (i) prestação de informações; e (ii) formatação de incentivos. No que diz respeito à prestação de informações, ainda que pareça trivial à primeira vista, deve-se ter em mente que as empresas consistem em (um grande número de) indivíduos com diferentes históricos, aptidões e incumbências. Especialmente em grandes empresas, há problemas decorrentes da informação imperfeita, incerteza, comunicação custosa, incentivos perversos e racionalidade limitada, o que pode comprometer a transmissão adequada de informações para todos os indivíduos. Da mesma maneira, a formatação de incentivos para cumprir a lei desempenha papel importante no contexto da elaboração do programa de *compliance*. A *performance* individual ou do grupo relacionada ao *compliance* pode ser estabelecida como parâmetro na remuneração ou promoção (sempre com parcimônia, como temos reiterado), da mesma maneira que a fixação de metas comerciais não realistas, em conjunto com pressão interna, podem levar os empregados a violarem as leis. Cf. FRÜBING; HÜSCHEL RATH, *op. cit.*, pp. 18-21.

previsível e racional, ao contrário. Em outras palavras, as empresas são constituídas por um plexo de indivíduos impulsionado por motivações diversas.⁸¹⁵ Um dos principais desafios para a empresa consiste em delinear estratégias efetivas para assegurar que os empregados adquiram conhecimento das leis e regulamentos, fornecendo incentivos adequados para cumpri-los.

Nesse sentido, a eventual ameaça externa calcada no modelo dissuasório de *enforcement*⁸¹⁶ pode não ser suficiente para sensibilizar os colaboradores da empresa a respeito da conformidade, uma vez que os incentivos internos podem se sobrepor às ameaças externas. Face a pressões internas e metas irrealistas que afloram na rotina da organização, *e.g.*, desempenho individual ou coletivo atrelado ao atingimento de metas comerciais de curto prazo e que obnubilam comandos legais, problemas de agência podem emergir ou se ampliar,⁸¹⁷ com a possibilidade de colocar em xeque valores éticos e compromissos de conformidade. Nesse aspecto, a cultura de *compliance* tende a sair prejudicada se a métrica

⁸¹⁵ Na mesma linha de Frübing e Hüschelrath, que afirmam: “real firms are not single entities, but rather a collection of individuals driven by their personal objective functions”. Cf. *Ibid.*

⁸¹⁶ Como afirmado alhures, o *enforcement* antitruste se baseia tradicionalmente no modelo de dissuasão ótima. Considerando esse modelo, a dissuasão ótima faz com que o infrator internalize os custos do crime. Dessa maneira, em teoria, o infrator será dissuadido de praticar o ilícito se, simplificada, os custos esperados do crime superarem os benefícios esperados, considerando o cálculo que leva em conta a probabilidade de ser pego x severidade da sanção. Esse modelo pressupõe que o agente tomador da decisão é um ser racional, que busca maximizar o seu bem-estar (utilidade), traçando uma análise de custo/benefício. Na realidade antitruste, não obstante o elevado foco na dissuasão, infrações continuam a ocorrer, o que tem feito alguns estudiosos a questionarem que algo pode estar faltando no modelo de *enforcement*, isto é, o *enforcement* atual, com suas ferramentas tradicionais, sozinho, parece não ser suficiente para induzir os agentes à conformidade legal. Nesse contexto, pugna-se por uma abordagem que altere as normas sociais com o incentivo para o comprometimento com as leis, ampliando as margens para o estímulo às ferramentas de *compliance* como um “instrumento de *enforcement* alternativo” para complementar o *enforcement* tradicional. Cf. RILEY; SOKOL, *op.cit.*, p. 8; LACHNIT, *op. cit.*, **Alternative enforcement...**, p. 314.

⁸¹⁷ *E.g.*, desalinhamento de interesses entre acionistas e administradores; controladores e minoritários; administradores e demais empregados; empresa e *stakeholders* (incluindo o regulador). Em específico, Sokol comenta que no contexto do cartel não haveria conflito de agência interno, na medida em que ambos, indivíduo infrator e empresa, se beneficiam do ilícito, assumindo a ausência de detecção e apenas um singelo monitoramento da diretoria. Assim, reforçar os incentivos para o *compliance* alteraria essa dinâmica entre empresa e indivíduos infratores, bem como aumentaria os custos de agência, alinhando os incentivos empresariais com a boa governança, o que se revelaria paradoxal à primeira vista, porquanto o que a governança corporativa tipicamente busca é evitar o aumento dos custos de agência. Sokol comenta, ademais, que a estrutura de governança da empresa afeta a probabilidade de sucesso no que se refere ao monitoramento do comportamento ilegal, assim como influencia o *compliance*. Vide, por exemplo, a forma como a diretoria/conselho está estruturada (*e.g.*, diretores independentes e externos parecem mais efetivos do que diretores internos para fiscalizar a empresa). Com o tempo, a atividade ilegal pode se tornar parte da cultura organizacional e nela se enraizar. Sendo assim, normas sociais desempenham um importante papel para alterar a norma corporativa para um padrão ético, ressaltando aqui a administração efetiva de técnicas de *compliance*. Como resultado, tem-se uma probabilidade aumentada de detecção do ilícito, criando/fortalecendo a cultura corporativa pró-*compliance*. Ver: SOKOL, *op. cit.*, **Policing the firm**, pp. 798 et seq.

da empresa para aferir o bônus de seus executivos e empregados pressupor metas que demandam ações ilegais.

Consoante repisado às fartas nesta dissertação, o nosso pressuposto é de que o objetivo primário que subjaz à lógica do *compliance* reside na genuína transformação cultural em prol do compromisso ético e do cumprimento com as leis. Para tanto, frisa-se a importância do exemplo positivo emanado dos níveis mais altos de gestão e decisão⁸¹⁸⁻⁸¹⁹ da empresa para demonstrar de forma autêntica, inequívoca e encorajadora aos demais empregados, parceiros e *stakeholders*, que o respeito às leis é o correto a se fazer, algo natural e ontológico, a ser observado por todos, ativamente e sem ressalvas, ventilando o comprometimento empresarial com a governança do mercado e a perenidade e sustentabilidade da organização.⁸²⁰ Decorre dessa diligência empresarial (voluntária) um benefício multiplicado e multiplicador para a sociedade, o todo coletivo, que se junte ao bem comum. Mais filosoficamente, essa visão reluz que o “contrato social” da empresa se funda nos paradigmas da ética e do cumprimento normativo. A “teleologia do *compliance*” se traduz, assim, na busca e efetivação desses valores e comandos.

⁸¹⁸ Ainda que intuitivo, vale apontar trabalhos no campo da psicologia comportamental relatando que uma liderança ética tem o potencial de facilitar a conformidade, uma vez que os empregados preferem trabalhar com empresas eticamente responsáveis. Além de serem indivíduos morais, íntegros e justos, os líderes éticos caracterizam-se pela gestão moral. Esses indivíduos alinham suas palavras e ações, honrando suas promessas e, dessa forma, tornam-se modelos do comportamento eticamente apropriado. Esses líderes moldam substancialmente a conduta dos empregados. Associa-se, nesse contexto, o clima de trabalho ético na organização: as percepções dos empregados sobre o clima ético na empresa estão associadas ao comportamento ético. Aqui, “clima ético” significa “percepções predominantes de práticas e procedimentos organizacionais típicos que têm conteúdo ético, incluindo prescrições e permissões em relação a obrigações moral nas organizações”. Nesse contexto, o clima ético se relaciona com o comportamento ético dos empregados. Vale notar que essas considerações, derivadas do campo da psicologia, são muito úteis para um olhar matizado à estruturação de programas de *compliance*. O trabalho de Agnieszka Paruzel et. al. propõe um interessante modelo psicológico em formato de cebola para avaliar uma série de fatores quando da formatação do programa de *compliance*, especialmente (i) motivos implícitos, (ii) autoavaliação do núcleo, (iii) justiça, (iv) liderança ética, e (v) *Corporate Social Responsibility* (CSR). Para detalhes, ver: PARUZEL et al., op. cit., p. 232.

⁸¹⁹ Não à toa, quando do envolvimento de executivos seniores no ilícito, eventual recompensa ao programa de *compliance* resta praticamente comprometida (ver, por exemplo, os *Sentencing Guidelines*). Como pontua Sokol, o envolvimento da alta administração na prática de cartel é mercê de penalidades mais severas, dado que o envolvimento desses executivos no ilícito sinaliza a debilidade do *compliance*, sugerindo que há uma “cultura corrupta em geral”. Cf. SOKOL, op. cit., **Policing the firm**, p. 815.

⁸²⁰ Disso, pressupõe-se uma correlação positiva com a responsabilidade social corporativa, assumindo que o fortalecimento do *compliance* com as regras concorrenciais se traduz em uma miríade de benefícios para as empresas, dentre eles o maior valor em mercado que, por sua vez, favorece a obtenção de oportunidades comerciais, negócios e acesso a financiamentos. Para além disso, paulatinamente, ainda que não seja consolidado, o estigma relacionado à violação concorrencial (cartel) sensibiliza a opinião pública, de tal sorte que manter um comportamento aderente ao *compliance*, prevenindo a ocorrência de ilícitos, contribui para que, ao contrário da feição estigmatizante, a empresa seja percebida sob um senso moral positivo perante o mercado e *stakeholders*.

Nesse enfoque, em específico, o *compliance* concorrencial tem por fim último assegurar a conformidade com as leis de defesa da concorrência, agregando uma coloração ético-normativa ao comportamento do agente econômico, que implementa instrumentos de governança para a consolidação de uma cultura pró-competitiva. Ao agir em conformidade com as diretrizes concorrenciais, está-se a preservar a *instituição concorrência*, e, nessa leitura, sob uma perspectiva mais abrangente, conjugada à ideia geral de autorregulação regulada, seria possível aduzir nos instrumentos de *compliance* concorrencial uma forma pela qual as empresas internalizam a técnica estatal de implementação de políticas públicas,⁸²¹ ao vigiar, policiar e monitorar seus comportamentos - e o comportamento das contrapartes em mercado -, a fim de colaborar com o Estado na função de reprimir o abuso de poder econômico e de tutelar a livre concorrência, consagrando, ao fim e ao cabo, comandos e princípios constitucionalmente previstos.⁸²² Trata-se de uma leitura matizada e transposta à dimensão do programa de *compliance* concorrencial que ora apresentamos, tendo como referência as linhas mestras desenvolvidas por Paula Forgioni quando leciona sobre os fundamentos do antitruste à vista da ordem econômica brasileira.⁸²³

Paralelamente, é de se registrar que muitos conceitos do direito antitruste não são de apreensão óbvia e/ou trivial para o senso comum. Comentamos anteriormente sobre o potencial “esoterismo” do direito antitruste do ponto de vista da sociedade, notadamente para o cidadão não habituado com a matéria. Com efeito, o direito concorrencial está impregnado de termos abertos, lacunosos ou obscuros - ou “opacos”⁸²⁴ - que mesmo para os especialistas da área pode suscitar controvérsias e/ou eventualmente denotar ambiguidades aparentes. Há

⁸²¹ Consideramos importantíssima a conexão com os princípios da ordem econômica, como desenvolvido em notas anteriores. Conforme posto por Ana Frazão, “[...] o Direito da Concorrência não pode ser um mero instrumento de defesa de mercados ou de eficiência econômica – qualquer que seja o sentido que se atribua a tais expressões -, assim como não pode ser instrumento flexível de implementação de qualquer tipo de política econômica, totalmente isolado ou alheio aos demais princípios da ordem econômica”. Cf. FRAZÃO, op. cit., **Direito da Concorrência...**, p. 47.

⁸²² Em linha com a nota acima, defendendo a aproximação entre o Direito da Concorrência e a CF, Ana Frazão aduz “a defesa da concorrência é instrumental e necessariamente interligada aos demais princípios da ordem econômica constitucional”. Cf. Ibid., p. 51.

⁸²³ Ver: FORGIONI, op cit., **Os Fundamentos...**, passim.

⁸²⁴ POSNER, Richard. **Antitrust Law**. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001; BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**. New York: Free Press, 1993. Adicionalmente, András Tóth comenta que as leis concorrenciais são formuladas de maneira muito abstrata e se baseiam fortemente em precedentes, de tal sorte que essa situação embute ao *compliance* concorrencial uma característica diferente do *compliance* experimentado em outras esferas, especialmente porque exige uma constante análise das práticas em desenvolvimento pelas autoridades (e.g., precedentes, resoluções etc.), donde se tratar de um *compliance* mais custoso e que, por conta dos benefícios desse programa na perspectiva do bem-estar social (e.g., prevenção e detecção de ilícitos) deve ser reconhecido (promovido) pelas autoridades. A esse respeito, ver: TÓTH, András. How could competition authorities reward competition *compliance* programmes? **European Competition and Regulatory Law Review**, v. 1, n.1, 2017, p. 2.

um sem número de sutilezas que exige do intérprete uma visão amplificada do arcabouço, diante de uma realidade mutável. Donde ser primordial uma cultura de conscientização na empresa que sensibilize os executivos e empregados acerca das boas práticas concorrenciais. Com isso, busca-se internalizar conhecimento na organização para que os executivos e empregados consigam discernir com maior segurança entre práticas regulares e irregulares sob a prisma concorrencial. Nesse particular, é fundamental que se estabeleçam coordenadas de atuação, leiam-se, medidas para salvaguardar as atividades empresariais,⁸²⁵ com o contínuo apoio de especialistas jungido ao necessário diálogo conformador dos reguladores. Mas não bastam apenas comandos formais, nem boas intenções de conformidade. Acima de tudo, os incentivos entre as partes - Estado e empresas - devem estar alinhados em favor do *standard* da conformidade, consagrando a lógica acima posta no sentido de preservar a instituição concorrência.

Como foi dito, o direito antitruste global experimenta atualmente um arcabouço regulatório marcado pela proliferação de legislações severas, perfectibilizadas por um

⁸²⁵ Válido relembrar a dificuldade de estipular balizas objetivas para situações envolvendo condutas unilaterais e práticas verticais ao se comparar com as orientações para evitar a formação de cartéis, vez que enquanto no caso de cartéis as autoridades concorrenciais são unânimes em afirmar a lesividade da prática (presunção de efeitos negativos), bastando, grosso modo, a prova da ocorrência do acordo ilícito e uma marginal análise de poder de mercado para condenação, para o caso de condutas unilaterais e restrições verticais o exame dos efeitos é mais complexo e desafiador, demandando uma análise sofisticada e casuística. Reforçamos, nesse contexto, nosso entendimento acerca da importância de que um efetivo programa de *compliance* embuta um senso de direcionamento e internalize parâmetros objetivos a serem avaliados no caso concreto pela empresa quando também em face de condutas unilaterais e/ou práticas verticais, estabelecendo “mecanismos de porto-seguro”, matriz de indicadores, testes claros de análise etc. A internalização dessas medidas no arcabouço do programa de *compliance* ganha força adicional em virtude das novas tecnologias que emergem na esteira da propalada “4ª revolução industrial”, com diversos desafios posicionados no ecossistema digital – vide, por exemplo, intensa discussão relacionada à (i) posição dominante de plataformas digitais no âmbito das chamadas “titãs da internet”, bem como (ii) discriminação de concorrentes e comportamentos excludentes, que dificultam a entrada e elevam as barreiras para a inovação externa. Trata-se de uma realidade dinâmica, marcada por uma economia baseada em dados (*data-driven economy*), os quais são percebidos como a nova e disputada *commodity*, em um cenário onde os reguladores estão a se debruçar para compreender as implicações do acúmulo e do uso dos grandes dados (*Big Data*) sobre diversos aspectos do bem-estar econômico e social (contiguamente, verifica-se crescente preocupação relacionada à proteção de dados pessoais, sobretudo em face de recentes normativos globais, inclusive no Brasil, sinalizando potencial interface entre antitruste e proteção de dados). Sem dúvida, trata-se de uma realidade complexa, que desafia a tradicional metodologia de análise antitruste, exigindo reflexões que deixam de mirar apenas no fator preço. Nesse ambiente, consideramos imperioso que haja diálogo franco, construtivo e transparente entre setores público e privado, na busca por orientações adequadas que auxiliem a aprimorar as diretrizes de *compliance* dos agentes econômicos. De modo referencial, para algumas discussões sobre os reflexos da realidade ora retratada no horizonte antitruste, ver: WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **Antitrust Law Journal**, v. 78, 2012, pp. 313-328; STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 237-241; BAGNOLI, Vicente. Concorrência na era do Big Data. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018; THE ECONOMIST. **The new titans**. And how to tame them, 20 jan. 2018; THE ECONOMIST. **The world’s most valuable resource is no longer oil, but data**. 06 maio 2017.

enforcement rigoroso, com sanções substanciais (e.g., sanções financeiras, morais e reputacionais, incluindo também a pena de prisão em determinadas jurisdições nos casos de cartel, cf. Brasil), o que, em princípio, deveria funcionar como incentivo de relevo para a elaboração de instrumentos preventivos. As empresas estão a investir na internacionalização de suas atividades, manejando seus negócios em um ambiente regulatório complexo, densamente fiscalizado e mais arriscado. Apenas no quadrante antitruste, por exemplo, existem atualmente leis de defesa da concorrência em mais de 140 países.⁸²⁶

Nesse estado de coisas, não obstante a severidade das sanções,⁸²⁷ indaga-se se de fato elas têm sido dissuasórias o suficiente a ponto de inibir com efetividade e consistência práticas anticompetitivas, nomeadamente o cartel.⁸²⁸⁻⁸²⁹⁻⁸³⁰ Trata-se de um debate deveras intenso, que não deixa de ser controverso, e que expande horizontes, sugerindo novos e mais nuançados métodos de *enforcement*⁸³¹⁻⁸³² com o condão de aperfeiçoar as ferramentas tradicionais⁸³³ de enfrentamento de ilícitos anticoncorrenciais. Conforme assinalado por Horacio Jerez,

⁸²⁶ Ver: ICC Toolkit SME 2015, op. cit.

⁸²⁷ Cf. OCDE, op. cit., **Promoting Compliance...**

⁸²⁸ Sokol anota que, a despeito de um amplo comprometimento no *enforcement* anticartel, que inclusive tem sido mais bem-sucedido do que no passado, essa conduta remanesce um problema significativo. Em adição, Thépot afirma que, não obstante o aumento das multas e a introdução de sanções para indivíduos em algumas jurisdições, as autoridades concorrenciais enfrentam dificuldades para lidar com os cartéis. Segundo Thépot, referenciando a estudos empíricos, o nível atual das multas impostas no mundo seria sub-dissuasório. Ver: SOKOL, op. cit., **Cartels, Corporate Compliance...**, p. 202; THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programme...**, pp. 194-195. Em vista de uma aparente limitação do modelo de *enforcement* tradicional para produzir o senso normativo de conformidade com as leis, novas ferramentas, de caráter mais flexível, são cogitadas no intuito de complementar o *enforcement* tradicional e elevar a cultura da conformidade, destacando-se, para os fins da presente dissertação, os programas de *compliance*.

⁸²⁹ Ainda, novamente conforme Sokol, o *enforcement* anticartel no mundo parece que não alcançou uma dissuasão ótima. Para o autor, as tradicionais ferramentas de *enforcement*, sozinhas, não levarão a um aumento significativo do nível de *enforcement* anticartel, propondo, destarte, um modelo que altere os incentivos internos da empresa ao focalizar na “super leniência”, estimulando programas de *compliance* (incentivo positivo) e monitores antitruste (incentivo negativo). Cf. SOKOL, op. cit., **Policing the firm**, p. 793 et seq.

⁸³⁰ No Brasil, consoante observam Alexandre Cordeiro Macedo e Eduardo Frade Rodrigues, o aumento das multas aplicadas, *pari passu* à expansão de acordos de leniência e TCCs, dão mostras de que o CADE cresceu consideravelmente em suas competências. Com efeito, muito dessa expansão é desdobramento da operação Lava Jato. Os autores entendem que o crescimento de competências do CADE traduz mais *enforcement*. Não é nosso objetivo, neste trabalho, averiguar se, a partir do alegado aumento de *enforcement*, as punições têm sido dissuasórias a contento. Assumiremos que o programa de *compliance* concorrencial pode contribuir no contexto da macroestratégia de *enforcement* anticartel, complementando a aplicação da lei para torná-la (ainda) mais efetiva. Sobre o *enforcement* concorrencial no Brasil, ver: MACEDO, Alexandre Cordeiro; RODRIGUES, Eduardo Frade. Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis. In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis**. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 119.

⁸³¹ Cf. RILEY; SOKOL, op. cit., p. 9.

⁸³² Ver, nesse sentido, GINSBURG; WRIGHT, op. cit., passim.

⁸³³ Ver, nesse sentido, Per Rummel, sugerindo o foco na responsabilidade criminal das pessoas físicas envolvidas no ilícito como um instrumento potencialmente mais eficiente para resolver o problema de agente/principal nas organizações, onde muitas vezes o interesse da empresa conflita com os incentivos de seus

[...] anticompetitive practices, especially cartels, are still being discovered around the world in spite of the efforts of competition authorities and courts to eradicate these unlawful conducts. As a consequence, new approaches to fight anticompetitive practices, such as the adoption of antitrust compliance programs, have emerged lately. In this regard, a strong antitrust compliance program can constitute a fundamental tool for the prevention and detection of cartel activities within undertakings if such programs are designed and implemented accordingly.⁸³⁴ (grifos nossos)

De fato, o momento do direito antitruste no mundo tem se pautado pela intensificação do *enforcement*, o que não necessariamente se traduz em maior efetividade na dissuasão de cartéis, de modo a conjugar, nos termos acima, novos métodos e ferramentas para atingir tal propósito. A respeito do “*momentum*” do antitruste mundial sob o viés da Comissão Europeia, que pode ser lido, com alguns temperamentos, em analogia ao que se vivencia na realidade antitruste brasileira (cf. Capítulo 2), Frübing e Hüscherlath testemunham que,

The enforcement of competition laws has gained considerable momentum in recent years in many jurisdictions around the world. Taking cartel enforcement in the European Union as an example, the European Commission — acting in concert with national competition authorities — introduced (and reformed) a leniency programme, implemented a major revision of the fining guidelines, promoted the private enforcement of anti-cartel laws and intensified cooperation between competition authorities (particularly in the fight against international cartels). These considerable efforts to promote competitiveness by detecting and punishing cartels are visible not only in the increased number of cartel cases handled by the Commission every year, but also in the substantial rise in the fines imposed on the cartel members.⁸³⁵ (grifos nossos)

Deveras, experimenta-se hodiernamente uma realidade complexa, que repercute sobre inúmeras searas, tornando imprescindível o enfoque multidisciplinar para desenhar instrumentos críveis, modernos e mais adequados para lidar com um mercado que se renova a cada dia e que forja novos sentidos e incentivos para as relações comerciais, amplificando

administradores, forjando espaço para práticas ilícitas. O autor é reticente quanto ao argumento do *compliance defense*, isto é, racional que afastaria (ou abrandaria) a responsabilização da empresa em vista de adequados esforços dedicados ao programa de *compliance*. Cf. RUMMEL, Per. Legal Incentives for Compliance Programmes: Stick or Carrot? In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programs: An Interdisciplinary Approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book), p. 210. Na mesma linha, Andreas Stephan sustenta a criminalização das pessoas físicas envolvidas no ilícito - e não apenas pesadas multas pecuniárias sobre as empresas - junto com leniência para inibir a prática de cartéis de modo mais efetivo, acoplando esse racional ao programa de *compliance*. Cf. STEPHAN, op. cit., p. 14.

⁸³⁴ Cf. JEREZ, op. cit., p. 312.

⁸³⁵ Cf. FRÜBING; HÜSCHEL RATH, op. cit., p. 30.

riscos e, particularmente ao nosso exame, ventilando preocupação adicional para a agenda de defesa da concorrência.

Ante essa conjuntura, uma possível estratégia sustentada neste trabalho para reforçar as bases da cultura pró-competitiva, ampliar a taxa de cumprimento normativo e, em princípio, minorar as chances de ilícitos, consiste no incentivo à implementação de programas de *compliance*.⁸³⁶ A estruturação de programas de *compliance* seria consectário lógico do *momentum* do antitruste no mundo, consoante cenário explicitado acima, onde se infere, aparentemente, o incremento do *enforcement*, com elevadas multas, sem que isso se reflita, necessariamente, em efetiva dissuasão de cartéis.⁸³⁷

Nessa ambiência, insere-se um desenho regulatório pautado na relação cooperativa entre regulador e regulado,⁸³⁸ traduzindo potencial sinergia entre as estratégias de *enforcement* e *compliance*, gerando um quadro de mútuo reforço e confiança entre os atores envolvidos. Busca-se, em resumo, do ponto de vista concorrencial, assegurar a higidez das

⁸³⁶ Trata-se de uma possível e não isolada estratégia dentro de um amplo mosaico de possibilidades. Limitamos este trabalho ao programa de *compliance* concorrencial. É bem que se diga para registro que existe um espectro abrangente de estratégias que visa garantir o cumprimento legal. Cada estratégia guarda suas características e a interação entre elas consiste em importante medida para proporcionar uma abordagem complementar e de mútuo benefício. Com efeito, estratégias insuladas não devem prosperar se o objetivo for a efetividade duradoura. As escolhas por parte da Administração pública repousam, essencialmente, em questões de política pública que se buscam priorizar e da maneira para alcançá-las. Da parte deste pesquisador, a opção pelo programa de *compliance* foi não apenas por acreditar que esse instrumento pode contribuir de modo ponderável para a (política pública antitruste de) prevenção de práticas anticompetitivas, o que implica, naturalmente, diminuição de ilícitos e consequente externalidade positiva para o bem-estar econômico e social, mas, mais importante, acredita-se que um programa efetivo exerce um papel transformador na cultura corporativa, arejando valores morais dentro da empresa (e também para fora dela), fazendo do cumprimento com as leis a linha mestra da atuação corporativa (e do mercado) - isto é, não se trata do cumprimento pelo cumprimento irrefletido, tal qual uma obrigação impositiva, mas sim parte-se da premissa de que conduzir os negócios em conformidade com as leis é o certo a se fazer, com benefícios amplificados, radicando um (meta)valor dessa medida. Estratégias que sensibilizam e mudam comportamentos, canalizando novos padrões de modo perene e consistente são, a nosso ver, a base de toda e qualquer estratégia maior que venha a ser construída.

⁸³⁷ Há quem sustente a dificuldade de a autoridade efetivamente prevenir e detectar cartéis, de sorte a reforçar a importância do incentivo para o programa de *compliance*, espelhando a lógica de complementaridade (*quasi-integração* de mecanismos de controle) ora sustentada neste trabalho. Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 200.

⁸³⁸ Segundo Horacio Jerez, esse tipo de cooperação entre regulador e regulado forjada no âmbito do programa de *compliance* pode ser lida como parte da responsabilidade social corporativa da organização que implementa o programa de *compliance* para assegurar o cumprimento normativo. Segundo o autor, “[A]ntitrust *compliance* programs are part of CSR and are intended to provide the undertakings and their employees with awareness about the developments concerning the scope, remedies and sanctions of competition law. In addition, compliance programs create channels of cooperation between the competition authority and the undertakings with the purpose of obtaining valuable information in the course of an investigation”. Cf. JEREZ, op. cit., p. 301. Nesse sentido, também Frübing e Hüscherlath, comentando sobre o *compliance* concorrencial como parte do conceito integrado de responsabilidade social corporativa. Cf. FRÜBING; HÜSCHEL RATH, op. cit., p. 17.

estruturas de mercado, preservando a instituição concorrência. Poder-se-ia falar, inclusive, na busca pelo interesse comum, que se manifesta na preservação da concorrência em primeiro lugar, de tal maneira que Estado e agentes econômicos se tornam “corresponsáveis” na função de tutelar a livre concorrência e diligenciar contra o abuso de poder econômico. Nesta proposição, tem-se uma espécie de “composição” público-privada, criando valores compartilhados⁸³⁹ em prol da defesa da concorrência. Destarte, afirmamos que, em princípio, incentivar uma abordagem alinhavada entre setores público e privado nos moldes da cooperação regulatória potencia resultados mais efetivos em termos de *enforcement*, sintetizando um jogo de ganha-ganha.⁸⁴⁰⁻⁸⁴¹

Uma regulação interativa, de relação heterárquica, em que se verifica a convergência de propósitos e incentivos, delinea as linhas reitoras para o êxito dessa estratégia: assume-se, para tanto, um quadro de estímulos proporcionais emanados pelo Estado a fim de induzir (encorajar e apropriadamente incentivar) as empresas a investirem em instrumentos de conformidade concorrencial, as quais, a seu turno, implementam e zelam pela efetividade desses instrumentos, colaborando com o controle estatal ao vigiar o comportamento interno e, mais além, o comportamento da indústria.⁸⁴² Dessa feita, em princípio, diminuem-se os

⁸³⁹ Riley e Bloom pontuam que talvez seja tempo de a comunidade empresarial e as autoridades antitruste trabalharem juntas para produzir um “entendimento compartilhado” sobre o que constitui um programa de *compliance* crível e para promover expectativas de conformidade e aceitação “dentro da comunidade em geral e da comunidade empresarial em particular”. Mais amplamente, a ideia de “criando valor compartilhado” (*Creating Shared Values – CSV*) emana de Michael Porter e Mark Kramer e vai além da responsabilidade social corporativa (*Corporate Social Responsibility – CSR*). Para detalhes, ver: PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. *Creating Shared Value*. **Harvard Business Review**, jan./fev. 2011.

⁸⁴⁰ Conforme aduzem Proença e Misale, “[...] o justo equilíbrio também é uma importante medida a ser perseguida sob o prisma legislativo e dos reguladores, pois a abundância e o arrocho normativo, o *enforcement* estritamente agressivo e sancionador (sem diálogo e arranjos cooperativos com os regulados) e penalidades desproporcionais interferem no modo como o agente econômico percebe e conduz seus esforços de conformidade, de tal sorte a retomarmos a ideia do desejável relacionamento cooperativo entre setores público e privado a fim de promover mais amplamente uma verdadeira agenda que catalise a necessária transformação nas bases da governança, da ética e da integridade”. Ver: PROENÇA; MISALE, op. cit.

⁸⁴¹ Não se descure, entretanto, de potenciais riscos alavancados pela maior proximidade entre reguladores e regulados no que diz respeito, por exemplo, à captura regulatória. Igualmente, não é despiciendo alertar para o risco de que a cooperação regulatória se desvirtue ante a falta de equilíbrio entre as iniciativas do Estado e dos agentes econômicos, podendo culminar em um panorama predatório. Como advertem Schapiro e Marinho, para assegurar que a cooperação não se converta em predação, as empresas devem desenvolver programas de *compliance* críveis e consistentes, ao passo que o Estado deve bem dosar o *enforcement* punitivo com a promoção de iniciativas de conformidade com as leis. Ver: SCHAPIRO; MARINHO, op. cit., p. 288.

⁸⁴² Com efeito, a empresa goza de vantagem informacional ao se comparar com a Administração pública, de tal maneira que o programa de *compliance* se soma à essa realidade e oportuniza, de modo mais efetivo, o gerenciamento de riscos e o monitoramento das atividades empresariais, aumentando a probabilidade de detecção interna do eventual ilícito, bem como favorecendo o reporte para os reguladores, tudo a depender dos incentivos que forem moldados para tanto. Assumindo um *enforcement* robusto, no caso de detecção interna, *ceteris paribus*, um possível resultado seria a denúncia do ilícito para a autoridade, ventilando, *a priori*, a sinergia (real ou potencial) entre a leniência e o programa de *compliance*. Nessa linha de raciocínio, ver:

custos de detecção de ilícitos, elevando-se os custos da não conformidade, tornando a regulação mais efetiva. À primeira vista, trata-se de estratégia de *enforcement* anticartel crível e que tende a ser mais efetiva do que confiar unicamente no modelo clássico de comando e controle, pautado em uma relação hierárquica. A nosso ver, uma ideia que remete à “corresponsabilização”⁸⁴³ pelo interesse comum alimenta essa estratégia e contribui para a sua efetividade. A partir dessa proposição, deduz-se uma abordagem mais nivelada entre punição e incentivos, em que o *compliance* privado suplementa os instrumentos de *enforcement* público em uma relação de mútuo reforço e mútuo benefício.

Se é assim, o eixo dissuasório ganha envergadura mediante um *enforcement* mais substantivo, ao mesmo tempo que taxa de *compliance* tende a exponenciar. O *enforcement* será tanto mais crível e sustentável quanto mais alinhados estiverem os incentivos entre regulador e regulado para o cumprimento das leis.⁸⁴⁴ Sob essa chave de leitura, a ameaça crível, equacionada na crescente probabilidade de detecção e certeza da punição, devidamente matizada a estímulos que valorizam práticas de conformidade concorrencial,

THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 195. Jogaremos mais luz à essa questão adiante. Para as novas perspectivas regulatórias que se abriram ao *compliance*, ver Capítulo 2.

⁸⁴³ Como comentam Diogo Thomson de Andrade e Eduardo Frade Rodrigues, “[...] a atuação do setor privado não só como destinatário da atuação da autoridade, mas também como um aliado na construção de uma cultura de defesa da concorrência, o que necessariamente contém o combate aos cartéis, é fundamental. Assim, ao *compliance* concorrencial deve ser dado o adequado peso nessa atuação do setor privado, aumentando-se não só a consciência do risco do engajamento em condutas como cartéis, como, ao final, aumentando-se também a capacidade de alcance da autoridade, por meio dos diversos mecanismos de cooperação de incentivo à colaboração com investigações e processos” (grifos nossos). Cf. ANDRADE; RODRIGUES, op. cit., p. 145.

⁸⁴⁴ Ver: RILEY; BLOOM, op. cit., p. 341.

contribui para gerar incentivos positivos adicionais⁸⁴⁵⁻⁸⁴⁶ ao cumprimento normativo.⁸⁴⁷ Nas entrelinhas desse racional está o fato de que o *enforcement*, *per se*, não é suficiente para canalizar a cultura da conformidade concorrencial, de modo a genuinamente alterar os valores corporativos para um efetivo patamar pró-competitivo ao meramente precificar o descumprimento normativo.

Daí que, como alternativas de controle, emergem as estratégias de *compliance* regulatório, que se infusionam às técnicas de *enforcement*. Nessa ótica, o *compliance* se coloca de modo contíguo aos mecanismos de aplicação legal, externalizando uma relação de complementaridade.⁸⁴⁸ Tal visão se amolda a de Paulo Burnier da Silveira, que assim aduz:

⁸⁴⁵ Em igual sentido, Eva Lachnit, afirmando que “[...] compliance strategies should be considered as complementary to the enforcement toolkit, as the success of compliance programmes is partly dependent on the success of more deterrent enforcement instruments and partly dependent on alternative enforcement instruments and guidance tools”. Cf. LACHNIT, op. cit., **Alternative enforcement...**, p. 315. Citando o estudo encomendado pela autoridade francesa (conforme referido em notas acima), Lachnit aponta que não apenas as sanções colaboram para estimular os programas de *compliance*, mas que a leniência, os procedimentos de *whistleblowing* interno, a redução da multa (por força do *compliance*) e os guias orientativos também contribuem para tanto. Enquanto os dois primeiros são orientados a gerar instabilidade nos cartéis, incentivando as empresas a aperfeiçoarem os seus controles internos para detectar eventuais ilícitos de maneira célere, os dois últimos podem encorajar as empresas a investirem seus recursos em programas de *compliance* que funcionem bem, esclarecendo, por meio de guias, o que seria um programa dessa natureza. Nessa ótica, entendemos de suma valia que as ferramentas da autoridade sejam combinadas com o condão de forjar incentivos adequados e proporcionais a fim de encorajar a adoção de programas de *compliance*.

⁸⁴⁶ Algumas vezes, porém, os determinantes do *compliance* podem não estar relacionados ao receio da punição externa, mas sim decorrerão de procedimentos internos das organizações. Dito de outro modo, metas de lucro da organização podem eclipsar qualquer ameaça externa, assumindo que os empregados buscam satisfazer seus interesses individuais ao perseguirem bônus de *performance* financeira para promoção. Para além disso, motivações pessoais e vieses interferem no comportamento do agente - *e.g.*, revanche, ego, competição, cultura, moral etc.-, afetando o cumprimento das normas. Outrossim, poderiam ser cogitadas hipóteses de “executivos arrogantes”, que desafiam as leis, imaginando-se espertos demais para serem pegos (e há exemplos recentes no Brasil nesse sentido), esmaecendo a ameaça externa. Enfim, nessas situações, a empresa parece insulada da realidade normativa, não importando quão elevada possa ser a ameaça/punição externa. Para os *drivers* do *compliance* e do não *compliance* mais gerais, ver, por exemplo, OCDE, op. cit., **Promoting Compliance...**, p. 183 et seq.

⁸⁴⁷ A título de ponderação, destacamos uma nota sobre o paradigma da conformidade e a sua (inter-)relação com o comprometimento moral, leia-se, o *compliance* como algo ínsito, incutido na cultura da sociedade (transcorrendo na consciência coletiva), de tal maneira que o cumprimento normativo não se dê por conta do (receio do) *enforcement*, mas antes e precipuamente, porque cumprir as leis é o correto a se fazer na perspectiva ontológica e deontológica, o paradigma moral do justo. Trata-se do comprometimento moral com as regras do jogo social (incluindo a perspectiva jurídica). Ainda que essa leitura possa soar idealizada (e eventualmente dogmática), a ponderação subjacente suscita reflexões de ordem moral no que toca à mudança de valores normativos e de compromisso social com o propósito de genuinamente incrustar a cultura da conformidade (concorrencial) na sociedade e nas empresas. Para reflexão semelhante, ver: RILEY; SOKOL, op. cit., p. 45.

⁸⁴⁸ Conforme destaca Eva Lachnit, “[...] compliance programmes operate in parallel with deterrence-strategies, and should be seen as complementary [...]. Cf. LACHNIT, op. cit., **Alternative enforcement...**, p. 315. Com efeito, o programa de *compliance* se conecta com os instrumentos de *enforcement* do regulador (sanções, leniência, acordos etc.), de modo a nunca ser encarado isoladamente se se busca o seu êxito. Portanto, é de extrema valia que os estímulos para a adoção do programa de *compliance* sejam balanceados, em um *mix* de *enforcement* crível com iniciativas de promoção de *advocacy*.

Apesar de haver nuances na forma de implementação de uma política de conformidade às regras concorrenciais, parece pacífico que o *compliance* deve ser um instrumento complementar ao papel central das autoridades da concorrência no sentido de investigar e punir, com multas suficientemente dissuasórias, os ilícitos concorrenciais comprovados.⁸⁴⁹ (grifos nossos)

Posto esse panorama, não é despiciendo repisar o risco de eventual predação regulatória que pode advir dessa modalidade de regulação que se abre ao *compliance*, caso se verifique falta de convergência entre os instrumentos de autorregulação privada e os dispositivos de regulação estatal. Para evitar esse risco, como advertem Mario Schapiro e Sarah Marinho, é necessário que haja uma conjugação de iniciativas entre Estado e empresa para assegurar um círculo regulatório virtuoso em matéria de *enforcement* e *compliance*.⁸⁵⁰

Por fim, apenas para deixar clara, tem-se a premissa de que o objetivo primário de uma política de *enforcement* antitruste é evitar a necessidade de punição em primeiro lugar. Busca-se, precipuamente, evitar que ilícitos aconteçam, afastando a necessidade de punição, afastando, pois, custos sociais. Nesse horizonte, o estabelecimento de um *mix* de incentivos balanceados quando da aplicação da lei é de fundamental importância para engendrar um *enforcement* dissuasório, assegurando que quem violou a lei será detectado e devidamente responsabilizado, ao mesmo tempo que se estimula a mudança de normas sociais indutoras de comportamentos voltados à conformidade, fomentando a implementação de ferramentas preventivas e promotoras da cultura da concorrência.

Esse racional é sintetizado de forma acurada por José Eduardo Cardozo e Vinicius Marques de Carvalho quando observam que “a combinação de diferentes tipos de abordagem --repressão eficiente aliada ao estímulo a ações educativas e preventivas-- é a melhor e mais completa forma de assegurar o respeito às normas concorrenciais” e, nessa toada, arrematam, ecoando o arrazoado ora desenvolvido, afirmando que “o melhor cenário não é aquele no qual mais se pune, mas aquele em que menos práticas anticompetitivas ocorrem”.⁸⁵¹⁻⁸⁵²

⁸⁴⁹ Cf. SILVEIRA, op. cit., **Experiências internacionais...**, pp. 193-194. Em particular, e esta é a premissa que orienta todas as considerações deste trabalho, é fundamental que haja cautela na aplicação das penas, porquanto penas demasiadamente severas podem, para além de ferir princípios constitucionais, suscitar efeitos indesejados na forma de custos sociais e econômicos para o mercado e, conseqüentemente, para os consumidores.

⁸⁵⁰ Ver: SCHAPIRO; MARINHO, op. cit., p. 292.

⁸⁵¹ CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance* e Defesa da Concorrência. **Folha de São Paulo**, Tendências e Debates, 18 ago. 2014.

⁸⁵² Em fina sintonia, António Ferreira Gomes repisa “o primeiro objetivo de uma política da concorrência, e de uma autoridade de defesa da concorrência, não deve ser sancionar, mas dissuadir comportamentos anticoncorrenciais e defender um contexto regulatório pró-concorrencial. Assim, evitam-se os danos para o

Nesse contexto, o *enforcement* anticartel vigoroso é a pedra de toque para que as iniciativas de *compliance* floresçam eficazmente. Espera-se que para a promoção de uma cultura de concorrência que autenticamente sensibilize os agentes econômicos, o *enforcement* seja capaz de gerar um efeito dissuasório efetivo, de modo que as empresas tenham a convicção de que os custos atrelados às infrações superam eventuais benefícios decorrentes das mesmas, sendo dissuadidas de cometerem ilícitos. Esse fato, por sua vez, deveria servir como estímulo para os agentes econômicos investirem recursos em instrumentos preventivos, seja para evitar os riscos de infração, seja para arejar a cultura da concorrência, contribuindo para a efetividade do *enforcement*.⁸⁵³ Nessa lógica, a percepção aumentada do risco, fruto de um *enforcement* crível, marcado por multas (e eventuais outras penalidades) suficientemente dissuasórias, se traduz em incentivo chave para impulsionar o *compliance* e iniciativas de *advocacy*, ensejando uma relação de sinergia entre *enforcement* e *compliance*, conforme discorrido acima.

Nessa lógica, Diogo Thomson de Andrade e Eduardo Frade Rodrigues afirmam ser praticamente unânime concluir que o maior incentivo para o *compliance* concorrencial provém da efetiva aplicação da lei e das punições pela autoridade de defesa da concorrência.⁸⁵⁴ Dito isso, vale mencionar, ainda, Gilvandro Vasconcellos Coelho de Araújo e Mariana Piccoli Lins Cavalcanti, que seguem afinados ao racional desenvolvido, reforçando a importância do programa de *compliance* nesse ambiente quando afirmam:

[t]endo em vista que (sic) objetivo da política da concorrência não é apenas sancionar, mas também dissuadir comportamentos anticoncorrenciais, programas de *compliance* apresentam-se como meios de prevenção contra tais comportamentos [...] Percebeu-se, em diversas jurisdições, que apenas a repressão a condutas anticompetitivas não é suficiente para assegurar o respeito às normas concorrenciais – faz-se necessário investir também em

mercado e para os consumidores”. Joaquín Almunia também partilha desse entendimento ao afirmar que “[t]he ultimate aim of our cartels and antitrust policies is not to levy fines – the objective is to have no need for fines at all” e “I don’t enjoy imposing fines per se. Instead, I would like to promote a culture of *compliance* in the business community that minimises the need for sanctions”. Ver, respectivamente, GOMES, op. cit., p. 29; ALMUNIA, op. cit.

⁸⁵³ Sem embargo, sob uma perspectiva moral-normativa, como ponderado alhures, os agentes econômicos, em primeiro lugar, deveriam ser instigados a cumprir as leis não por conta do receio da punição, mas sim ante o paradigma moral-social, à luz do qual cumprir as leis é o correto a se fazer (*i.e.*, mudança de valores sociais no campo moral, a se traduzir no compromisso legal de respeito e conformidade às leis). Nada impede, entretanto, a conjugação *enforcement* e *compliance*, aliás, é justamente a base das reflexões ora aduzidas. O nível de maturidade institucional-social é um interessante elemento a se ter em mente nessa reflexão, dado que tende a influenciar na apreensão do *enforcement* legal e, invariavelmente, do *compliance* normativo.

⁸⁵⁴ Cf. ANDRADE; RODRIGUES, op. cit., p. 142.

programas preventivos e educativos [...] Tendo em vista que a concorrência é fundamental para uma economia mais competitiva e dinâmica, trazendo benefícios não apenas à economia, mas aos consumidores e às empresas, entende-se que o *Compliance* na seara antitruste deve ser incentivado pela autoridade de defesa da concorrência e implementado e aprimorado internamente pelas empresas e demais agentes do mercado.⁸⁵⁵ (grifos nossos)

Finalmente, apontando a importância de um *enforcement* suficientemente severo para gerar dissuasão, mas também reconhecendo o valor dos mecanismos de autorregulação em vista, dentre outros aspectos, dos custos regulatórios (deixando claro, ainda, a dificuldade de balizar a “sanção ótima” diante das diferentes análises de custo/benefício e dos perfis de risco das empresas), estudo encomendado pela autoridade concorrencial francesa assim concluiu:

Sanctions imposed by regulatory authorities have been shown to provide an effective deterrent to misconduct if sufficiently severe. Thus, under optimal sanctions most firms would automatically be induced to ensure they comply with anti-trust law, potentially by introducing some form of compliance programme. However, since the expected costs and benefits for each firm for each potential action varies, as does each individual’s risk profile, determining the optimal level of sanctions to deter anticompetitive behaviour is complicated. In addition to this the costs associated with government regulation, punishment, and the scope to create distortions, suggest that creating incentives for firms to self-regulate has value. As a result, policies that create incentives for companies to self-regulate offer advantages. One possible option would be to introduce policies aimed at reducing sanctions for firms found non-compliant but that have an effective compliance programme in place or that promise to introduce one.⁸⁵⁶ (grifos nossos)

4.2 A Perspectiva do Desconto à Luz do Programa de *Compliance* Concorrencial

Traçado esse lineamento introdutório, que recapitulou e reforçou alguns assuntos anteriormente abordados, iremos nos debruçar agora sobre um aspecto específico, relacionado à promoção de instrumentos privados de conformidade *vis-à-vis* o valor objetivo atribuído a esses instrumentos pelo ente estatal. Em específico, abordaremos os incentivos

⁸⁵⁵ Cf. ARAÚJO; CAVALCANTI, op. cit., p. 162 et seq.

⁸⁵⁶ O estudo não descarta, entretanto, de ventilar possíveis preocupações relacionadas aos incentivos perversos para os programas de fachada, bem como ressalta que o desconto poderia reduzir os custos esperados pelo infrator relacionados à violação, de tal maneira a impactar no efeito dissuasório das sanções. Daí a extrema importância de a empresa demonstrar seus esforços de conformidade no sentido de que fez tudo o que seria razoavelmente esperado de sua parte para prevenir a violação, comprovando que a infração derivou de uma conduta individual ao invés do *modus operandi* da organização. Ver: FRANÇA. Europe Economics, Chancery House. **Etat des lieux...**, op. cit.

diretos (“prêmios”)⁸⁵⁷ eventualmente concedidos pelo regulador antitruste a fim de estimular os agentes econômicos a adotarem programas de *compliance*, visando assegurar um ambiente de livre concorrência sustentado em comportamentos probos e concorrencialmente responsáveis.⁸⁵⁸ Nessa análise, o foco recairá, em específico, sobre a hipótese da redução de multa (*i.e.*, atenuante da penalidade)⁸⁵⁹ em razão do programa de *compliance* no contexto de investigação antitruste (cartel). Em última análise, trata-se de examinar o *trade-off* da opção da política antitruste entre premiar ou não o agente econômico que age de forma a complementar a função estatal ao implementar, executar e zelar pelo programa de *compliance* concorrencial, a valer os efeitos difusos dessa medida e desse comportamento.

Pois bem, como ficou bastante claro neste trabalho, a mera implantação do programa de *compliance* é indiferente em termos de prêmio estatal na vertente da atenuante pecuniária. Aliás, a depender do regime jurídico, adotar esse tipo de instrumento poderia ser interpretado como um dever de diligência da administração que zela pelo bem-estar da organização,⁸⁶⁰

⁸⁵⁷ Em similitude à função promocional do direito que, nesse caso específico, para além de *indutores indiretos* por parte do Estado mediante a promoção da cultura da concorrência (*e.g.*, publicação de guias e orientações), busca estimular a adoção de programas de *compliance* pelos agentes econômicos atribuindo *incentivos positivos diretos*, leia-se, “prêmios”, na forma de descontos punitivos, em razão da implementação e execução de um robusto e efetivo programa de *compliance* (“comportamento socialmente desejável”).

⁸⁵⁸ Riley e Bloom apresentam uma lista de medidas sugestivas que as autoridades concorrenciais poderiam tomar para incentivar o investimento em programas de *compliance* críveis. A possibilidade de oferecer a atenuante é uma delas, juntamente com várias outras ações, como, por exemplo, a possibilidade de agravante, a possibilidade de imposição do programa de *compliance* em sede de decisão condenatória ou acordos, a edição de guias mais claros com os elementos necessários para a formulação de um programa genuíno, abordar o programa de *compliance* no âmbito de decisões, trazendo mais clareza sobre os seus elementos etc. Ver: RILEY; BLOOM, op. cit., p. 340. Joseph Murphy apresenta uma lista ampliada de iniciativas que as autoridades poderiam realizar para promover o programa de *compliance*, muitas delas sobrepostas às que foram mencionadas por Riley e Bloom. Ver: MURPHY, Joseph. Do *Compliance and Ethics Programs Have a Role to Play?* Appendix III. In: OCDE. **Promoting Compliance with Competition Law**. Policy Roundtables, 2011, p. 285.

⁸⁵⁹ “The motivation behind penalty mitigation and taking programs into account is to encourage companies to proactively set up *compliance* programs to minimize wrongdoing and build an infrastructure of good governance” (conforme Sokol, tratando do incentivo geral dos *Sentencing Guidelines* ao desenvolvimento do programa de *compliance*). Cf. SOKOL, op. cit., **Policing the firm**, p. 819.

⁸⁶⁰ Vale repisar a nossa assunção, para os fins desta dissertação, que a implementação do programa de *compliance* concorrencial não é norma cogente (no direito concorrencial brasileiro). Isto é, não há previsão legal que determine a adoção do programa de *compliance* concorrencial. Trata-se de medida voluntária, dentro de um quadro de governança interna do agente econômico. A menos no que se refere ao ordenamento pátrio, foco de nossas considerações, o legislador não exigiu dos agentes econômicos a adoção de programa de *compliance* concorrencial, de forma que a falta de adotar um programa de *compliance*, via de regra, não pode ser sancionada. Eventualmente, poder-se-ia problematizar essa exigência à luz de outros normativos, mormente sob o ângulo do direito das empresas, ou melhor, do direito societário, mas não entraremos nessa possibilidade à vista dos limites de nosso trabalho. Retomando a possibilidade de sanção no contexto do programa de *compliance*, note-se que a partir do momento que a empresa viola suas diretrizes de *compliance* concorrencial, diretrizes essas que regulam normas de comportamento à luz da legislação antitruste, a consequência esperada, tudo o mais constante, seria a sanção estatal. Nessa perspectiva, a diferença entre adotar ou não o programa de *compliance* reside, em última análise, no fato de que a empresa que estruturou programa, no caso de infração, poderá ter sua penalidade abrandada à vista do esforço concreto dedicado a salvaguardar a si própria e também

evocando uma perspectiva fiduciária dos executivos. Sem entrar nessa discussão, fato é que não se está a falar em atribuir a recompensa *per se* em virtude da adoção do programa. Se fosse assim, os incentivos para a feitura de programas de fachada seriam reais e enormes. De fato, o que importa para cotejar se o instrumento de conformidade é/foi robusto e efetivo para os fins propostos são os resultados práticos derivados desse instrumento, tanto na perspectiva de prevenção de práticas ilícitas, quanto na perspectiva de detecção e também remediação de ilícitos.^{861 - 862} No mesmo passo, os efeitos concretos do programa de *compliance* sobre a cultura organizacional tendem a ser decisivos para a avaliação de sua autenticidade sob a ótica dos reguladores.

Somente esse retrato do *compliance* - dinâmico e multifacetado - é que possibilita uma discussão de rigor sobre a conveniência e oportunidade de considerá-lo como um potencial fator a mitigar⁸⁶³ a penalidade do agente no contexto da prática anticompetitiva. Entendimento em sentido contrário, isto é, que pugna por considerar a simples existência do programa para a recompensa, sem mensurar suas virtudes, repercussões e densidades práticas, traduz, a nosso ver, uma grande armadilha, que potencializa incentivos perversos para o efetivo e genuíno desenvolvimento das iniciativas de *compliance*.

as estruturas de mercado (evocando a ideia de proteger a concorrência, em última instância). Por outro lado, a empresa que ignorou a estruturação do programa de *compliance* - uma possibilidade em razão da voluntariedade dessa medida - denota, teoricamente, a ausência de preocupação no sentido de ir além, isto é, de diligenciar e fazer mais para zelar por um ambiente concorrencial saudável (e proteger a instituição concorrencial), de tal maneira que, via de regra, não será beneficiada com abrandamento de multa no caso da violação. E também, como visto, a empresa não poderia ser penalizada (ou ter sua pena majorada) pela não adoção do programa de *compliance*. A situação se altera quando, por exemplo, existe um comando legal exigindo da empresa a adoção do programa de *compliance*, ou mesmo quando o programa é adotado como parte de uma medida negociada junto às autoridades competentes (a situação de acordos é mais realista em face do arcabouço concorrencial brasileiro). Nesse caso, eventual punição pela falta de implementar o programa estaria, em princípio, justificada. Outra hipótese conectada à penalização empresarial em face do programa de *compliance* é quando a empresa distorce seus instrumentos de conformidade, valendo-se deles para emular um suposto comportamento íntegro, prejudicando a concorrência, conforme já discutido. Aqui também, a nosso ver, a punição (agravante) poderia ser justificada.

⁸⁶¹ O nosso pressuposto é que *efetivos* não são apenas aqueles programas que previnem a ocorrência de infrações, ainda que esse seja o objetivo primeiro e o cenário ideal em termos de efetividade. Em nossa leitura, também podem ser efetivos aqueles programas que detectam agilmente o desvio e oportunizam ao agente a resposta diligente, mediante tratamento e remediação do dano, evitando o desdobramento de prejuízos.

⁸⁶² Nesse passo, “[r]ather than linking a reduction in fines to the existence of a compliance programme, the authorities should instead place emphasis on examining as part of any investigation whether the firm had done everything that it could reasonably be expected to prevent an abuse from occurring. One element of this could be the existence of some form of effective compliance programme, though the emphasis is on the effort to prevent an abuse rather than the existence of a compliance programme per se. This should reduce the incentive for firms to introduce compliance programmes merely as a way to benefit from reduced sanctions in the event of being found guilty” (grifos nossos). Ver: FRANÇA. Europe Economics, Chancery House. **Etat des lieux...**, op. cit.

⁸⁶³ Ou, eventualmente, a agravar a penalidade, à luz de programas de fachada.

Uma vez rememorada tal questão, a análise a ser empreendida na sequência volta-se para a doutrina antitruste, ficando os principais aspectos relacionados à presente discussão e complementando alguns apontamentos suscitados anteriormente. A maior parte das investigações desenvolvidas a respeito do assunto até o momento se deu no âmbito internacional.⁸⁶⁴ É válido ter em mente a falta (ou muito pouca quantidade) de análises empíricas abordando a correlação entre *enforcement* anticartel e programa de *compliance* na arena antitruste.⁸⁶⁵ Demais disso, é válido aclarar o que não se intenciona com a investigação a ser conduzida na sequência: o objetivo não é cotejar um eventual valor ótimo do “prêmio” para incentivar a adoção do programa. Mais singelamente, a proposta consiste em situar as discussões doutrinárias sobre a conveniência ou não da hipótese da recompensa, com a finalidade de compreender os principais pontos de vista no contexto concorrencial, complementando a análise realizada nos Capítulos anteriores para, assim, concluir o trabalho, ventilando algumas reflexões e proposições mais amplas à luz do ordenamento concorrencial brasileiro.

Pois bem, no que tange aos incentivos para o programa de *compliance*, verifica-se na doutrina antitruste um acalorado e profícuo debate, que segue *pari passu* com a divergência de entendimento entre as autoridades concorrenciais quanto à possibilidade do prêmio para os instrumentos de conformidade. É importante ter clara uma questão de fundo, ao menos em nosso entendimento, que será explicitada mais adiante: a discussão sobre a hipótese do desconto, ainda que muito rica e interessante, sobretudo para contribuir com a reflexão dos incentivos e estratégias de política pública, não implica um juízo absoluto e maniqueísta de certo ou errado. Em verdade, trata-se de opção da política antitruste, de uma escolha discricionária da Administração pública, dentro de suas estratégias regulatórias, para a

⁸⁶⁴ Em linhas gerais, a discussão específica desse assunto no plano nacional ainda se entremostra incipiente.

⁸⁶⁵ Não é simples proceder com uma análise de contrafactual do programa de *compliance* (*i.e.*, o que teria ocorrido *se não fosse* a existência/ausência do programa). Nessa direção é a observação de Geradin. Ademais, Wils comenta que não houve na literatura tentativas para estimar empiricamente os efeitos gerais (positivos ou negativos) de programas de *compliance* antitruste, havendo apenas alguns estudos em outros campos do direito que, segundo ele, não evidenciaram resultados positivos. No direito concorrencial, a evidência que se tem deriva dos casos tratados pelas autoridades. E aqui existe uma variável desafiadora, vez que os casos em que as infrações foram evitadas por conta do programa de *compliance* não chegam aos olhos da autoridade, de modo a não se ter ideia da frequência que as infrações foram e são prevenidas por força do *compliance*. Por outro lado, há exemplos de infrações antitruste que foram cometidas a despeito do programa de *compliance*, bem como há casos em que o programa de *compliance* pode ter sido positivo para permitir a detecção e o reporte do ilícito à autoridade. Cf. WILS, *op. cit.*, pp. 14-15; GERADIN, *op. cit.*, p. 8. Para fins deste trabalho, assumimos que o programa de *compliance* concorrencial é um instrumento oportuno para contribuir com a diminuição de violações antitruste, sob a premissa de incentivos adequados para tanto.

persecução de políticas públicas, estabelecendo as ferramentas e os incentivos que entende mais convenientes e oportunos para tanto.⁸⁶⁶

Dito isso, antes de efetivamente avançar para a análise da doutrina, vale brevemente iluminar algumas características da principal conduta que o programa de *compliance* concorrencial a ser eventualmente recompensado visa prevenir/detectar, *i.e.*, cartel,⁸⁶⁷ e também, de modo conjugado, apontar para certos aspectos no interior da empresa. Aqui, antes de mais nada, o enfoque deve transcender o estereótipo da “caixa preta”, isto é, deve-se ter um olhar ampliado, que alcance o âmago da organização. Isso implica, pois, compreender os incentivos *interna corporis* que influenciam a tomada de decisão e que podem conduzir, direta ou indiretamente, à prática de cartel. Para tanto, é curial mirar para o tripé *estrutura, cultura e agência*. O foco é posto sobre a heterogeneidade das camadas da empresa - e seus indivíduos -, que percebem e reagem a estímulos internos e externos de variadas formas.⁸⁶⁸ Julgamentos são influenciados e comportamentos são moldados com base nos incentivos forjados no seio da organização, que, por sua vez, conformam as normas sociais e a cultura corporativa.

Com efeito, inúmeros e complexos fatores interativos relacionados ao dito tripé - estrutura, cultura e agência - influenciam o real valor do comprometimento normativo.⁸⁶⁹ Embora não seja a intenção desta dissertação se debruçar sobre a complexidade das relações nos fragmentos da empresa, é fundamental ter em conta a existência de relações multifatoriais em seu bojo e que são determinantes para o êxito e efetividade das estratégias de conformidade. Por exemplo, empregados podem focalizar com mais intensidade nas

⁸⁶⁶ Foge do escopo desta dissertação ponderar sobre a conveniência de as autoridades antitruste globais uniformizarem o tratamento conferido ao programa de *compliance* concorrencial no que tange às implicações práticas em matéria de incentivos diretos. Tem-se aqui uma análise abrangente e que deve considerar as peculiaridades locais de cada sistema, considerando, dentre outros elementos, o nível de maturação do direito antitruste e o seu momento histórico, o desenvolvimento das estratégias de *enforcement* de cada jurisdição, o tamanho da caixa de ferramentas da autoridade, a interação com outras políticas públicas etc.

⁸⁶⁷ Para os fins da investigação empreendida neste trabalho.

⁸⁶⁸ Sokol, nesse diapasão, afirma que o direito antitruste aborda a empresa como uma “caixa preta”, em linha com nossas reflexões, ao observar que: “Antitrust has not focused its attention in the compliance context on the various components within a firm. Instead, antitrust treats the corporation as a ‘black box’ in which it assumes away the internal workings of the firm and focuses instead at the firm level. Both theoretical and empirical work in a number of different fields, including economics, accounting, finance, organizational theory, and sociology, provide important insights indicating that a firm is not merely a single entity in its actions. Rather, a firm has a number of various components, each of which has its own incentives that shape behavior [...] understanding organizational structure and incentives may illuminate how to better structure more optimal corporate compliance to police cartel behavior” (grifos nossos). Cf. SOKOL, op. cit., **Cartels, Corporate Compliance...**, p. 220.

⁸⁶⁹ Ver: PARKER; GILAD, op. cit., p. 5 et seq.

ameaças e recompensas estabelecidas no interior da empresa, negligenciando a ameaça externa.⁸⁷⁰ Wils nota, a propósito, que os empregados são motivados, precipuamente, pelo que percebem ser o interesse da empresa ou pelo que pensam ser esperado deles, ou ainda pelos incentivos que a empresa estabelece para eles.⁸⁷¹ Nesse particular, a pressão sobre o empregado para atingir metas ambiciosas ou *performance* de resultados de curto prazo tende a influenciar a decisão de cometer o ilícito. Soma-se a isso o fato de que, como observado, as empresas são tipicamente insulares, isto é, a tomada de decisão é geralmente nutrida por motivações internas ao invés de ameaças externas, com responsabilidade dispersa, podendo criar a percepção de que os benefícios do atingimento das metas de lucro superam eventuais consequências colaterais de uma infração, rarefazendo, portanto, a ameaça da sanção.⁸⁷²

Outro aspecto importante de se sublinhar diz respeito a determinadas características do cartel que o podem distinguir de outros ilícitos corporativos. Explica-se: usualmente, esse crime corporativo, plurisubjetivo e relacional, é visto como benéfico financeiramente para o indivíduo infrator e para a organização. Significa dizer: muito embora, em regra, seja o indivíduo que cometa o ilícito e a empresa que arque com as consequências adversas quando da punição,⁸⁷³ o que, em princípio, justificaria, em maior escala, a adoção de instrumentos preventivos de controle, no fim das contas tanto o indivíduo infrator, quanto a empresa em si se beneficiam da conduta anticompetitiva,⁸⁷⁴ diferentemente do que comumente se vislumbra na realidade de outros espécimes de crimes corporativos, nos quais a empresa costuma ser vitimizada pelo ilícito do infrator.

⁸⁷⁰ Se o incentivo *interna corporis* for moldado por metas de resultados financeiros que estrangulem a perspectiva legal e ética, pouco importará normas de *compliance*. O sucesso das estratégias de *compliance* radica em incentivos adequados para a mudança do íntimo corporativo, da cultura e dos valores empresariais, objetivando instilar uma genuína cultura ética e de conformidade empresarial. Nem sempre é fácil, contudo, mudar estruturas viciadas e arraigadas de incentivos perversos, especialmente nos casos de cartel, em que a conduta ilícita do agente significa também, via de regra, um benefício para a empresa. Nesse contexto, é importante que o Estado tenha em mente a perspectiva da cultura empresarial para forjar diferentes incentivos (positivos/negativos) a fim de exortar as empresas a conduzirem suas atividades no rumo da conformidade.

⁸⁷¹ WILS, op. cit., p. 9.

⁸⁷² Nessa linha, conforme Murphy e Kolasky, “[a]lthough the threat of huge fines and jail would seem to be an effective deterrent to cartel conduct, companies are by nature insular. The internal pressures tend to outweigh more remote, external threats. The need to keep a tough boss happy can overshadow any remote concern about laws and government. Moreover, responsibility is dispersed, so individuals do not necessarily perceive the same elements of culpability that companies do”. Cf. MURPHY; KOLASKY, op. cit., p. 63.

⁸⁷³ Em geral, o indivíduo infrator também arca com as consequências, assumindo a detecção e a punição da conduta. Entretanto, não se descarta hipótese na qual a empresa arque com as multas de seus executivos, encorajando a repetição do comportamento ilícito. Ao final, o custo social aumenta na medida em que as multas tendem a ser repassadas para o consumidor.

⁸⁷⁴ Cf. WILS, op. cit., pp. 8-9.

Sob essa leitura, no âmbito do cartel, uma hipótese é de que, em determinados casos, existe convergência de interesses entre o indivíduo infrator e a empresa, fato que, em princípio, relativizaria a ideia do problema de agência.⁸⁷⁵ Outrossim, o cartel, nessa acepção, é encarado como uma atividade, traduzindo-se em uma estratégia empresarial institucionalizada e, não raro, é percebido na indústria como sendo parte dos negócios.⁸⁷⁶ Para além disso, afirma-se que a prática de cartel quase sempre implica o envolvimento de executivos seniores, que optam deliberadamente pela ilicitude na busca por lucros colusivos, cientes da natureza do ilícito,⁸⁷⁷ envidando grandes esforços para evitar a detecção.⁸⁷⁸ Esses executivos, integrantes da alta cúpula da organização, dispõem de autoridade substantiva, poder decisório e discricionariedade na formatação dos incentivos internos para gerenciar a atuação da empresa. Em linhas gerais, são esses mesmos executivos os responsáveis por instilar o senso de *compliance* no ethos organizacional, de tal modo que o envolvimento desses indivíduos na conduta criminosa sinalizaria, *prima facie*, a desnaturação da cultura corporativa no tocante à integridade, desincentivando, *a fortiori*, comportamentos orientados pelos ditames da conformidade, de modo a fomentar o seu exato avesso.

Feita essa pontual, mas necessária aproximação a certas características do cartel e de suas engrenagens no *animus* empresarial, examinaremos, na sequência, os principais argumentos ventilados pela doutrina no que diz respeito à hipótese do desconto ao programa de *compliance*, sem qualquer pretensão de exaurir um debate acirrado, contemporâneo e que se renova, mas sim visando aproximar a lente sobre a dialética que existe nessa discussão.

4.2.1 O desconto e o “nó górdio”

Apresentaremos abaixo os principais posicionamentos doutrinários versando sobre a possibilidade do prêmio ao programa de *compliance* concorrencial (*i.e.*, recompensa via desconto punitivo). Com efeito, a maior parte dos argumentos a esse respeito foi ventilado

⁸⁷⁵ Cf. SOKOL, op. cit., **Policing the firm**, p. 798.

⁸⁷⁶ Cf. SOKOL, op. cit., **Cartels, Corporate Compliance...**, p. 228.

⁸⁷⁷ Ver: STEPHAN, op. cit., p. 10.

⁸⁷⁸ Uma breve nota: costuma-se sustentar que raramente um caso de cartel decorrerá da conduta praticada pelo *rogue employee* sem ciência da organização. Em outras palavras, episódios envolvendo *rogue employee* são mais críveis no contexto de práticas corruptas, quando do pagamento de propina para obtenção de alguma licença ou alvará sem conhecimento da organização, por exemplo. Já no âmbito antitruste, considerando as especificidades do cartel em particular, argumenta-se, em geral, que, no mínimo, deve ter sido conferido a esse empregado desonesto algum poder decisório/delegação que possibilitou a ocorrência da infração, de maneira que a alta cúpula, em alguma medida, estaria a par da conduta ilícita.

espaçadamente nos Capítulos e tópicos que precederam, de modo que, na sequência, apresenta-se um panorama ordenado. A título de observação preliminar, ressalta-se que o tema adquire maior coloração a partir de artigos acadêmicos de Wouter Wils⁸⁷⁹ e Damien Geradin,⁸⁸⁰ em que se verifica, na essência, uma discussão com posicionamentos opostos sobre a hipótese da recompensa. Com efeito, Andreas Stephan, de um lado, e Joseph Murphy e Donna Boehme, de outro, já haviam tangenciado o debate, porém não sob o mesmo ângulo de análise dos supracitados autores.⁸⁸¹ Outrossim, artigos acadêmicos dispersos já haviam genericamente tangenciado a discussão. Os artigos de Wils⁸⁸² e Geradin são interessantes

⁸⁷⁹ WILS, op. cit. Vale notar que o ângulo de análise está voltado mais especificamente sobre a legislação europeia, o que não anula a possibilidade de expansão do raciocínio, considerando, dentre outros aspectos, algumas formulações de caráter abstrato, bem como referências a outras jurisdições (e.g., EUA).

⁸⁸⁰ GERADIN, op. cit.

⁸⁸¹ Grosso modo, a discussão central derivou de questionamento a respeito da possibilidade de o programa de *compliance* antitruste funcionar para prevenir e detectar cartéis, não abordando propriamente a perspectiva do desconto. Em geral, Stephan sustenta a potencial inefetividade do programa para prevenir a prática de cartéis. Ainda que reconheça a importância do programa de *compliance* como ferramenta educativa, o autor pondera que esses programas podem não ser efetivos para prevenir a formação de cartéis na ausência de sanções criminais contra pessoas físicas. Stephan destaca também a importância da leniência para a detecção e dissuasão de cartéis, pontuando que se houver a percepção na indústria de que a colusão é aceitável ou que as chances de detecção são baixas, o programa de *compliance* pode simplesmente servir para destacar quão baixos são os riscos em relação aos lucros ilegais que podem ser obtidos por meio do cartel. Stephen também frisou a questão do envolvimento dos altos executivos no cartel, notando que a maior parte dos cartéis se origina dos níveis mais seniores. Ele também tangenciou o tratamento das atenuantes na Divisão Antitruste e na Comissão Europeia. Por sua vez, Joseph Murphy e Donna Boehme pontuam que seria necessário um nível aprofundado de pesquisas empíricas, não apenas focadas nos principais casos, para afirmar que um programa de *compliance* não é efetivo para prevenir cartéis. Nesse sentido, observam que quando o programa realmente impede o conluio ou detecta a conduta em estágio inicial, há altas chances de que esses números não se reflitam em dados públicos. Os autores são áduos defensores de programas de *compliance* para contribuir com o combate de cartéis: eles detalham elementos do programa de *compliance* efetivo, complementando o que foi apresentado por Stephan. Ao tratar rapidamente da possibilidade do desconto, dentre outros aspectos, os autores fazem comparação com a sistemática anticorrupção, que fornece incentivos mais adequados para a adoção do programa de *compliance* no âmbito dos EUA. Murphy e Boehme observam também a influência das relações no nível da organização, isto é, eles notam que os indivíduos na organização agem de modo diferente do que quando atuam sozinhos. Conforme esses autores, os indivíduos na organização tendem a focar nas ameaças e recompensas internas, de modo que o risco de investigação seria apenas um risco externo e que pode parecer remoto quando comparado com a realidade do ambiente de trabalho, em linha com as nossas considerações. Os autores arrematam afirmando a necessidade do trabalho cooperativo entre governo, indústria, academia e outros atores para promover um programa de *compliance* efetivo, sugerindo que algo não estaria funcionando na política anticartel. Ver: STEPHAN, op. cit.; MURPHY; BOEHME, op. cit. passim.

⁸⁸² Wils reconhece possíveis efeitos positivos derivados do programa de *compliance* para fins de *enforcement*, mas apresenta uma postura neutra com relação ao incentivo para esse instrumento do ponto de vista de atribuição de atenuante/agravante. A respeito dos possíveis efeitos positivos para o *enforcement*, Wils assinala que o programa de *compliance* pode prevenir a ocorrência de infrações, levar ao encerramento da infração de maneira prévia ou contribuir com a denúncia para a autoridade, viabilizando a punição e reparando danos das vítimas, algo que não teria acontecido se não fosse o programa ou que apenas aconteceria em um momento no futuro, quando haveria altos custos para a autoridade e as vítimas. Por outro lado, Wils aponta possíveis efeitos negativos derivados do programa de *compliance*, comentando que seria quando, por exemplo, um empregado propenso a se envolver na prática anticompetitiva aprende por meio do treinamento como se envolver mais efetivamente no ilícito ou como evitar a detecção e a punição, destacando que esse risco é aumentando no caso de treinamento envolvendo busca e apreensão. Além disso, Wils comenta sobre outro efeito negativo relacionado ao programa, que viria na forma de destruição ou ocultação de prova quando a empresa detecta a ilicitude. Ver: Wils, op. cit., pp. 13-14.

porque trazem de modo mais sistematizado uma série de perspectivas sobre o programa de *compliance* relacionadas ao presente exame. Muitos dos argumentos delineados abaixo refletem alguns pontos ventilados por esses dois autores, sem prejuízo de considerar questões complementares diante de trabalhos acadêmicos que sequenciaram a investigação.⁸⁸³ Para maior fluidez, optamos por não reproduzir *ipsis litteris* no corpo do texto os debates doutrinários, mas sim parafraseá-los, referenciando às notas de rodapé e também desenvolvendo reflexões próprias diante do quanto já examinado nesta dissertação.

Inicia-se, pois, apresentando os principais argumentos que se amoldam à visão contrária à hipótese do desconto.⁸⁸⁴ O argumento central que anima essa visão repousa no fator “*standard*”, isto é, cumprir as leis é ínsito, o paradigma no universo jurídico. Um instrumento de governança da empresa implementado para assegurar o cumprimento de uma obrigação legal não deveria ser recompensado pelo Estado, tratando-se de medida de autogestão privada.⁸⁸⁵ Especialmente no contexto contemporâneo, de um mercado global e dinâmico, onde exsurtem diariamente novos formatos de relações empresariais, traduzindo um mundo interconectado pela tecnologia e novos meios de produção, que, na mesma esteira, potencializa (novos) riscos de condutas anticompetitivas, é razoável esperar que o agente econômico implemente instrumentos preventivos para zelar pela saúde da organização, não cabendo ao Estado “subsidiar” financeiramente a empresa na elaboração desses instrumentos, como se daria na hipótese da concessão do desconto. A Administração pública até pode encorajar indiretamente ao fornecer diretrizes orientativas para esse mister, mas não premiar financeiramente o agente econômico por instrumentos que, provavelmente,

⁸⁸³ Com base em nosso cotejamento da doutrina antitruste, constatamos que, entre a hipótese favorável ao desconto ou contrária ao desconto para o programa de *compliance* concorrencial, a maioria dos autores se situa do lado favorável à hipótese desconto, ainda que a forma para tanto apresente variações.

⁸⁸⁴ Começa-se apresentando a visão oposta ao desconto por uma lógica intencional, pois acompanha a discussão travada entre Wils e Geradin. Isso porque foi Wils quem principiou a discussão, apresentando seus pontos (em geral contrários), os quais foram rebatidos por Geradin (favorável). Não houve, conforme nosso melhor conhecimento, novo artigo de Wils reagindo às provocações de Geradin. Diante disso, com efeito, trata-se mais de uma reação específica de Geradin ao artigo de Wils, do que propriamente uma dialética entre os autores.

⁸⁸⁵ Como digressão, pondera-se sobre o fato de se seria ou não necessário estabelecer a obrigatoriedade de adotar programas de *compliance* e, nesse caso, se a conduta omissiva decorrente da sua não implementação deveria ser punida (como infração administrativa ou delito). No Brasil, como afirmamos, sob a égide da Lei 12.529/2011, a adoção do programa de *compliance* concorrencial não é medida compulsória. Onde, trata-se de medida voluntária da organização, ou mesmo, conforme examinado no Capítulo 2, irradia-se como parte de compromissos assumidos com o CADE (negociação bilateral). Como vimos, é questionável, com base na atual dicção da legislação concorrencial brasileira, a “sanção não-pecuniária” consistente na imposição do programa de *compliance*. Por oportuno, registre-se que, no Brasil, algumas legislações começam a estampar a obrigatoriedade do programa de *compliance* (mormente de cunho anticorrupção) para fins de contratação com a Administração pública. Do ponto de vista do *compliance* antilavagem e bancário também se verifica a obrigação de implementar sistemas de *compliance*. Note-se, ademais, que a Lei das Estatais previu a obrigatoriedade de Código de Conduta e Integridade.

ele iria estruturar de qualquer forma face aos riscos a que está sujeito, sem mencionar, naturalmente, a demanda do mercado e dos *stakeholders* pela gestão íntegra e responsável das atividades corporativas.

Além do mais, para a empresa, a concessão do desconto poderia, em alguma medida, substituir e/ou minimizar o incentivo central que reside na prevenção de ilícitos em primeiro lugar, maximizando seus lucros e benefícios resultantes da infração.⁸⁸⁶ Ainda, o desconto poderia transmitir a mensagem de que o ilícito é parte regular dos negócios. Nesse contexto, quanto maior o desconto, mais se teria a sensação de que o programa é um “seguro barato” contra a responsabilização,⁸⁸⁷ fazendo da cartelização um ilícito rentável.⁸⁸⁸ Em adição, encorajar-se-ia, subjacentemente, a estruturação do programa de fachada, mimetizado pelo agente apenas para tirar proveito do potencial desconto, sem qualquer compromisso com o espírito da conformidade, para além do risco desse “falso” *compliance* se prestar a ludibriar e induzir a erro a autoridade, camuflar ilícitos etc.

Com efeito, afirma-se que o incentivo para a adoção do programa de *compliance* é, antes de mais nada, inerente, consistindo na prevenção de infrações em primeiro lugar; eis o maior benefício para a empresa, pois assim se evitam custos de diversas grandezas, ao mesmo tempo em que se agrega vantagem competitiva para o agente que atua de forma lícita e responsável, com sistemas de conformidade robustos, sendo assim reconhecido e admirado no mercado, atraindo investimento, boa reputação e credibilidade etc. Na hipótese do ilícito, ter-se-ia a comprovação de um programa falho por definição, não havendo que se falar em recompensa para um programa que não altera a realidade da violação. Para além da prevenção e dos efeitos benéficos que redundam para a empresa que não se envolve no ilícito, um incentivo adicional para a adoção do programa consiste na possibilidade de leniência para a empresa que detecta e reporta a infração em primeiro lugar, haja vista a imunidade punitiva em determinadas esferas. Disso decorreria uma valiosa recompensa extra para o agente econômico. A mesma lógica, com as suas adaptações, pode ser replicada para a possibilidade de firmar outros tipos de acordos com a autoridade (no caso brasileiro, TCC).

⁸⁸⁶ Se o risco financeiro decorrente da detecção for mitigado diante do desconto ao programa de *compliance* (e, nessa perspectiva, o valor do desconto deveria ser relativamente alto), a empresa pode contemporizar a obrigação de cumprir as leis, tratando-a de forma menos séria, minando o incentivo da prevenção em primeiro lugar. Ver: RUMMEL, op. cit., p. 207.

⁸⁸⁷ Cf. Wils, op. cit., p. 23. Detalhe: tecnicamente, não seria um “seguro contra a responsabilização” total, pois aqui não se está a falar da ausência de responsabilização, mas sim de mitigação pecuniária.

⁸⁸⁸ Cf. FRÜBING; HÜSCHEL RATH, op. cit., p. 27.

Consequentemente, com base nesses argumentos, não assistiria razão para a autoridade conceder qualquer recompensa suplementar ao que naturalmente já existe (*i.e.*, benefícios da prevenção em primeiro lugar na forma de vantagem competitiva) e ao que já se encontra estipulado em lei (*i.e.*, possibilidade de firmar acordos, com destaque para a leniência). Em verdade, a “recompensa” atribuída pela autoridade poderia ser vista como sendo indireta, na medida em que ela encoraja (ou até busca induzir) os agentes a estruturarem programas de *compliance*, que, a seu turno, auxiliam a concretizar os mencionados benefícios: precipuamente, a formação da cultura preventiva, que também oportuniza a detecção célere do ilícito e remediação do dano, aumentando as chances de celebração de acordos com os reguladores. Diante disso, qualquer desconto concedido em função do programa de *compliance* suscitaria riscos de incentivos perversos para o *enforcement*.

Agora, apresentando os principais argumentos que se filiam à visão favorável à hipótese do desconto, tem-se que, conquanto a conformidade seja o “padrão” no ordenamento jurídico, a estruturação de instrumentos de conformidade genuínos e robustos, instrumentos esses que vão muito além do disposto em lei,⁸⁸⁹ é medida trabalhosa e que demanda altos custos, investimentos e dedicação de tempo e pessoal,⁸⁹⁰ de modo que o incentivo via desconto pecuniário sinalizaria objetivamente para o agente econômico o reconhecimento⁸⁹¹ aos esforços corporativos sérios e extraordinários. Esse fato, por sua vez, potencializaria um círculo virtuoso junto ao mercado ao servir de estímulo para outras empresas estruturarem programas semelhantes (*spillover effect*), engendrando relações mais íntegras e saudáveis em um ambiente a se caracterizar por um elevado padrão de conformidade, diminuindo, na via transversa, a ocorrência de infrações (o que levaria, reflexamente, à diminuição de custos de monitoramento e de recursos públicos sob o prisma do regulador, conforme será comentado abaixo).

⁸⁸⁹ Trata-se, pois, de um esforço corporativo extraordinário a justificar o potencial desconto.

⁸⁹⁰ Conforme Ana Frazão, a estruturação do programa de *compliance* é algo extremamente complexo, custoso e trabalhoso, tendo em vista que se está diante de um programa abrangente e permanente, que requer contínua supervisão e atualização. Ver: FRAZÃO, op. cit., **Direito da Concorrência...**, p. 286.

⁸⁹¹ Conforme Murphy e Kolasky, “[g]overnment recognition of effective compliance programs is a powerful motivator, not just for the institution of programs, but for efforts to make them truly diligent and effective”. Ver: MURPHY; KOLASKY, op. cit., p. 63.

Por essa ótica, portanto, a implementação de programa de *compliance* transcende o básico legal, buscando realmente instilar a cultura da concorrência no bojo da organização e alterar comportamentos em prol da conformidade. O desconto transmite, assim, um sinal positivo para a alta cúpula da empresa,⁸⁹² que, em princípio, passa a dar mais atenção a matérias concorrenciais,⁸⁹³ eventualmente sombreadas por outras searas que fornecem incentivos diretos ao *compliance* (e.g., anticorrupção).

Outrossim, argumenta-se que os efeitos desses instrumentos de conformidade são positivos para a Administração pública,⁸⁹⁴ porquanto, em primeiro lugar, auxiliam a minimizar significativamente os riscos de infrações,⁸⁹⁵ complementando o eixo dissuasório, considerando que um adequado sistema de conformidade deve ser capaz de aumentar o custo da não conformidade ao diminuir o custo da detecção. Explica-se: em princípio, o programa de *compliance* facilita a detecção interna do ilícito e amplia as chances de denúncia para a Administração pública,⁸⁹⁶ poupando esforços estatais de investigação (i.e., recursos públicos escassos são preservados e podem ser alocados para matérias prioritárias). Sob essa leitura, o programa de *compliance* concorrenciais tende a contribuir para o incremento da taxa de bem-estar social ao assegurar um índice mais elevado de cumprimento normativo e, conseqüentemente, minimizar as chances de infrações.

Em geral, duas variáveis são aventadas para fins do desconto: (i) a boa-fé demonstrada pelo agente econômico na diligência de implementação do programa de *compliance*, e (ii) os efeitos concretos resultantes do programa, seja na perspectiva de detecção do ilícito e de sua denúncia, demonstrando uma postura colaborativa, seja na perspectiva de reformar a cultura da organização sob os auspícios da conformidade concorrenciais.

⁸⁹² Cf. GERADIN, op. cit., p. 14.

⁸⁹³ Todavia, é importante ter em perspectiva a maneira como os executivos irão encarar esse incentivo, dado que poderiam considerá-lo na precificação da prática do ilícito, diminuindo o efeito dissuasório da sanção.

⁸⁹⁴ Cf. LACHNIT, op. cit., **Compliance programmes in competition...**, p. 49.

⁸⁹⁵ Cf. GERADIN, op. cit., p. 14.

⁸⁹⁶ Deve-se ter claro o fato de que a detecção interna do ilícito não significa uma assunção de que a empresa irá automaticamente reportá-lo para o regulador. Assume-se que, diante dos benefícios do reporte expedito (e.g., leniência ou melhores condições para negociação de acordo), seria mais vantajoso, globalmente considerando, que a empresa reportasse o ilícito. Contudo, não se pode ignorar custos derivados de eventuais ações de reparação de danos e outros incentivos e estratégias forjados no bojo da organização para avaliar o custo/benefício da leniência, acordos etc.

Nesse contexto, é válido repisar duas premissas conjugadas à lógica do desconto. A primeira premissa é que a recompensa não constitui a razão de ser⁸⁹⁷ do programa de *compliance*. O potencial desconto é encarado como fator ancilar,⁸⁹⁸ a servir de incentivo extra⁸⁹⁹ para a implementação/refinamento do programa, mas não como uma condição para tanto. O desconto seria um elemento secundário a ser concedido à vista dos adequados esforços forjados pela organização para elaboração de sistemas robustos de conformidade, que se mostraram apropriados para alterar o paradigma da organização em prol do comportamento pró-competitivo.

A segunda premissa, conectada à premissa acima, diz respeito à qualidade do programa de *compliance* para fazer jus ao potencial desconto. Sempre que se defende a hipótese do desconto, parte-se da premissa de que ele não é uma variável automática. E essa questão reiteramos por diversas vezes. O programa precisa ser genuíno, robusto e estruturado de boa-fé, ao contrário de instrumentos de fachada, um recurso contingente e calculado pelo agente oportunista para tirar proveito da potencial recompensa. Daí ser imperativa a distinção entre o programa real *vs.* o programa cosmético quando se examina a hipótese da

⁸⁹⁷ Sustenta-se que o propósito primordial de programa de *compliance* crível e genuíno é assegurar a cumprimento normativo, minimizando riscos (e custos) da não conformidade, ao mesmo tempo em que contribui para a promoção e consolidação da cultura da concorrência no seio da organização, assentando um padrão ético de comprometimento com valores morais.

⁸⁹⁸ Conforme Sergio Varela Bruna, “[c]omo se vê, os programas de *compliance* são capazes de oferecer múltiplos benefícios, tanto privados, quanto públicos, e possuem relevante repercussão jurídica no âmbito do Direito da Concorrência. Não obstante, deve-se concluir que o fator de atenuação de penas, sua principal consequência jurídica, possui apenas caráter residual, diante dos demais benefícios que podem ser alcançados, especialmente aqueles emergentes da prevenção de problemas da espécie”. Cf. BRUNA, op. cit., **Programas de Compliance...**, p. 198. Ademais, conforme Riley e Bloom, “[o]f course, credit given by agencies for companies introducing credible antitrust compliance programmes could have a very useful role in incentivising companies to invest the considerable resources required to put in place a credible and effective programme. Offering mitigation from fines for a compliance programme could encourage a wider range of companies to adopt them – and companies which have such programmes to take credible steps to improve them. But a desire to mitigate fines alone should not be the main aim of such programmes. The proper role of an antitrust compliance programme should be to ensure compliance with the law and to promote ethical behaviour by and between companies”. Cf. RILEY; BLOOM, op. cit., p. 329. Na mesma linha, Florence Thépot, “[f]or the company, the value of such programmes not only stems from the possibility of getting a fine reduction in the case of a conviction, but also from the overall increased possibility of avoiding misconduct in the first place”. Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 200.

⁸⁹⁹ Conforme aduz Eva Lachnit, “[t]reating compliance programmes as mitigating circumstances in the calculation of the fine could be an incentive for companies to invest resources in setting up a thorough compliance programme. Even though this could be true, such incentives should be treated with care. When the possibility of obtaining a fine discount in the future gives company directors the last push in the right direction, giving such an incentive could be useful and could reinforce a company’s commitment. However, if possible fine discounts are the only drivers behind the adoption of a compliance programme, serious doubts could be raised concerning the genuineness of the commitment of the company in question”. Cf. LACHNIT, op. cit., **Alternative enforcement...**, p. 318.

atenuante.⁹⁰⁰ Nesse sentido, como já tivemos a oportunidade de discorrer, a doutrina destaca a importância da instância responsável por avaliar o programa de *compliance* no âmbito do órgão concorrential, de sorte a distinguir entre esses tipos de programa,⁹⁰¹⁻⁹⁰² notadamente para evitar incentivos perversos que poderiam redundar de um tratamento não isonômico ao se tratar igualmente os diferentes agentes. Para minimizar eventuais erros de avaliação, contribui o fato de que o interessado no potencial desconto é que deve demonstrar a robustez do instrumento (*onus probandi*). De toda maneira, isso não elide a importância da capacitação técnica dos servidores do órgão concorrential, até para evitar a seleção adversa.

Ainda com base na visão favorável à hipótese do desconto, alega-se que eventual infração não significa que o programa de *compliance* não tem valor, ou que deixa de ser genuíno, robusto ou efetivo. A premissa é de que não é possível eliminar por completo a ocorrência de infrações, e que, se houve infração, foi um incidente pontual e esporádico. Assim, admite-se o argumento segundo o qual, a despeito dos esforços de boa-fé envidados na implementação e execução do programa, é possível a casualidade da ilicitude, o que não desnaturaria a relevância e a robustez do programa.⁹⁰³ Nessa chave de leitura, sustenta-se

⁹⁰⁰ E também, no reverso da moeda, a hipótese da agravante: quando o agente mimetiza um programa, instrumentalizando-o deliberadamente para causar prejuízos, seja dissimulando o regulador, seja confundido ou ocultando o ilícito de seus concorrentes ou dos *stakeholders*, em princípio, antevê-se um rastro de má-fé que poderia justificar a agravante para esse agente travestido pelo falso *compliance*. Por suposto, o cotejamento deve se dar à luz do caso concreto.

⁹⁰¹ Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 199.

⁹⁰² Wils desconfia da capacidade de a autoridade concorrential proceder com essa distinção, sobretudo porque, segundo ele, o órgão antitruste nunca se deparou com casos em que o programa preveniu o ilícito com sucesso, mas apenas com casos em que isso não ocorreu. Geradin, por sua vez, entende que a autoridade dispõe de informações de mercado e das partes que podem ajudar a verificar os melhores esforços tomados pela alta direção para evitar a exposição de riscos, bem como anota que o ônus de provar que o programa é efetivo recai sobre a parte interessada, de modo que esses fatores, no agregado, contribuem para a avaliação da autoridade. Ver: WILS, op. cit., p. 12; GERADIN, op. cit., p. 11.

⁹⁰³ Abre-se um parêntese para pontuar o “fator humano” por detrás da empresa que praticou o ilícito, a despeito dos esforços de *compliance* da organização. Nessa discussão, joga-se luz para os componentes internos da empresa, sintetizados nos seus indivíduos, que tomam decisões e reagem a incentivos. Nesse sentido, por exemplo, “[c]ompliance is not about paper or programmes: it is about culture, about behaviour, about people. When anyone designs a programme and when an antitrust agency looks at a programme: never ignore the ‘people factor’. Companies are inanimate. It is people who commit crimes”. Cf. INTHAVISAY; PIERI, op. cit., p. 6. Outrossim, conforme já visto em Riley e Sokol, “[u]ltimately compliance with the law is dependent on human behavior, and a company may be in a situation where its Board and management is committed to ethical business, it has a Code of Conduct and a robust compliance program, but that some individuals within the organization flout company policy and break the law”. Ver: RILEY; SOKOL, op. cit., p. 45. A essas considerações iluminamos uma questão recente e desafiadora, em sintonia com a expansão da tecnologia e dos novos modelos de negócios viabilizados no ecossistema virtual-digital. Um exemplo: as repercussões da inteligência artificial na seara antitruste, especialmente envolvendo *machine learning* (*self-learning algorithms*) *vis-à-vis* a responsabilização do agente econômico, tendem a trazer desafios instigantes para os reguladores e estudiosos ao longo dos próximos anos. As implicações sobre o *compliance* devem vir à tona e ficar cada vez mais em evidência também: na convivência digital o “fator humano” pode ficar sombreado ou ceder espaço para *máquinas autônomas*, desafiando conceitos tradicionais de responsabilização, por exemplo.

que um programa de *compliance* crível contribui de forma significativa tanto para minimizar a ocorrência de infrações,⁹⁰⁴ quanto para, em se concretizando o ilícito, detectá-lo celeremente, facilitando a tomada de providências corretivas para minorar a extensão dos danos, de modo a reforçar/complementar o *enforcement* público.

Se, então, diante do exposto, a hipótese do desconto é cogitada, haveria alguma diferença no que tange ao momento de estruturação do programa para lograr o benefício? É dizer, teria algum impacto na gradação do *quantum* pecuniário o fato de o programa ter sido estruturado *ex-ante factum* ou *ex-post factum*? Antes de prosseguirmos com tal análise, à guisa de breve registro, ainda que não seja o foco desta investigação, tangenciaremos abaixo brevíssimas notas a respeito da repercussão do programa de *compliance* diante de uma hipótese que extrapola a possível atenuação, isto é, o argumento na linha do *compliance defense* total, que considera o programa de *compliance* para justificar a imunização da empresa pelos ilícitos praticados por seus executivos e empregados.

A hipótese em comento parte da premissa da inadequação do regime de responsabilidade objetiva⁹⁰⁵ para efetivamente estimular a adoção do programa de *compliance*. Leia-se, a responsabilidade objetiva que informa o direito concorrencial é suportada pela *vicarious liability*, que, segundo se alega, não fornece incentivos adequados nem suficientes para a implementação do programa de *compliance*,⁹⁰⁶ tendo em vista que a empresa sempre será responsabilizada pelos atos praticados por seus empregados (imputação objetiva automática), independentemente de esforços críveis e vigorosos que tenha adotado para prevenir o ilícito.⁹⁰⁷

No contexto das “novas ameaças digitais”, por outro lado, ferramentas de *screening* antitruste ganham força para que o agente econômico se resguarde (fazendo o uso da tecnologia inteligente em prol da organização), auxiliando a comprovar que empregou meios compatíveis aos seus riscos no tocante à responsabilização. A respeito da inteligência artificial e alguns reflexos no âmbito do cartel, ver, por exemplo, EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. Artificial Intelligence & Collusion: when computers inhibit competition. **University of Illinois Law Review**, v. 2017, 2017.

⁹⁰⁴ Cf. GERADIN, op. cit., p. 14.

⁹⁰⁵ O fundamento da responsabilização (objetiva) é a culpabilidade da conduta dos representantes ou presentantes da pessoa jurídica, a qual é automaticamente atribuída à empresa. Cf. FRAZÃO, op. cit., **Direito da Concorrência...**, p. 287.

⁹⁰⁶ Ibid.

⁹⁰⁷ Subjacentemente, pontue-se uma potencial situação de insegurança da empresa no que se refere ao compromisso de ter que denunciar à autoridade qualquer ilícito que detectar, visto que isso, em tese, levaria a arcá-la com qualquer custo de não conformidade por ilícitos praticados por seus empregados (imputação automática). Essa consequência poderia levar a empresa a racionalizar sobre o real custo/benefício de estruturar um programa de *compliance*, eventualmente enxergando no programa um “inimigo potencial” pelo suposto dever que criaria (se tal for a premissa). É válido ter em conta, ademais, os problemas de agência no bojo da organização, de modo que a mera imposição de pesadas multas não necessariamente se traduz em maior

Por conseguinte, como sugestão para tornar o programa de *compliance* mais atrativo e fornecer incentivos mais adequados para a sua adoção, propõe-se, dentre outros, um regime matizado de responsabilização da pessoa jurídica,⁹⁰⁸ ou mesmo um modelo de responsabilização ancorado na teoria do defeito da organização (em contraposição ao regime de heteroresponsabilização), o que, nesse caso, implicaria a necessidade de reformular as bases da dogmática penal. Pontualmente, como exemplo de autora que se filia a esse modelo, Ana Frazão argumenta que a atribuição da pena a alguém só seria legítima com base em seu próprio injusto e em sua própria culpabilidade, de modo que o “injusto” da pessoa jurídica derivaria do defeito da organização, tendo em vista que a culpabilidade estaria relacionada à cultura empresarial desviante dos padrões da legalidade. Esse modelo não afastaria a responsabilidade civil da pessoa jurídica, nem penal ou administrativa das pessoas naturais. Consoante Frazão, “apenas afasta a reponsabilidade penal ou administrativa da pessoa jurídica quando se entender que, por ter feito ela tudo o que lhe cabia para evitar o ilícito, não há reprovabilidade ou culpabilidade de sua parte que justifique a imposição de uma sanção”.⁹⁰⁹

Nessa esteira, como mencionado alhures, joga-se coloração adicional para uma proposição formulada por Ginsburg e Wright dentro de um cenário mais abrangente

conformidade da empresa. Se isso é verdadeiro, aventa-se que na presença da imputação individual da pessoa física (maior foco no infrator, com possibilidade de prisão e outras sanções que vão além da multa), o programa de *compliance* tem o potencial de adquirir maior taxa de aderência e sensibilização. Isso porque, em princípio, é esperada maior atenção ao programa de *compliance* se o executivo for ameaçado com diferentes espécies de sanção moral em face da não conformidade. Nessa hipótese, em teoria, o valor do programa de *compliance* aos olhos dos executivos e empregados da organização tenderia a ser potencializado. Ver THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, pp. 195-196. Para que o programa de *compliance* adquira substrato de efetividade, Stephan entende adequado estipular um *mix* de sanções sobre o indivíduo (prisão), para além do incentivo da leniência no âmbito da empresa. Ver: STEPHAN, op. cit., pp. 15-16. Em igual passo, Rummel é favorável ao incentivo para o *compliance* mediante o foco na responsabilização criminal da pessoa física, sobretudo para deslindar problemas de agência. Cf. RUMMEL, op. cit., p. 210.

⁹⁰⁸ Reafirmamos o quanto ventilado por Riley e Sokol no Capítulo 3, ao criticarem o regime de responsabilidade objetiva *vis-à-vis* os estímulos para o *compliance*, propondo uma abordagem matizada, ao afirmarem que: “[a]dopting a strict liability approach is arguably not socially optimal with regard to entity liability and punishment. It also puts antitrust out of synch with other areas of enforcement. The limitation of strict liability is that it will cause under-investment in compliance (at least for some companies) [...] This style of thinking on incentives of strict liability perhaps needs to be reconsidered for those compliance programs that are credible (and credibility in this sense does not necessarily mean the entire absence of any compliance incidents, it refers rather to the company’s genuine commitment to compliance). The problem of antitrust strict liability is exacerbated in a relative sense [...] The lack of incentives to reward good compliance programs leads to less, not more, resource allocation within companies for antitrust compliance [...] The major work in corporate entity liability therefore advocates a regime that has a mix of both strict and negligence liability. This would support the use of penalty mitigation (or elimination) for a robust and credible antitrust *compliance* program” (grifos nossos). Cf. RILEY; SOKOL, op. cit., pp. 15-16.

⁹⁰⁹ Cf. FRAZÃO, op. cit., **Direito da Concorrência...**, p. 288.

relacionado à efetivação da “sanção ótima” para a dissuasão do cartel.⁹¹⁰ Especificamente quanto ao programa de *compliance*, os autores não veem sentido em punir a empresa (e os seus diretores/administradores) se a organização envidou esforços razoáveis para cumprir a legislação, implementando e executando o programa de *compliance*, e, a despeito disso, sobrevém um cartel em razão da conduta de um empregado desonesto.⁹¹¹ Caso os diretores/administradores tenham sido negligentes no seu dever fiduciário (supervisão), também deveriam ser responsabilizados junto com o empregado infrator. Com isso, busca-se incentivar que os executivos do alto escalão, peças-chave por ditar o tom da cultura da conformidade, se engajem de modo efetivo na prevenção de ilícitos.

Demais disso, observamos nesse debate uma recorrente comparação do programa de *compliance* em vista do regime de responsabilização da seara anticorrupção. Isso porque, algumas jurisdições admitem que a empresa não seja responsabilizada com base no argumento da “*compliance defence*”.⁹¹²⁻⁹¹³⁻⁹¹⁴ A depender das circunstâncias e do regime de responsabilização, portanto, a empresa que adotou um programa de *compliance* robusto e efetivo pode não ser responsabilizada para fins da legislação anticorrupção. Daí se questiona as diferentes abordagens entre as searas antitruste e anticorrupção que, por seu turno, tende a impactar no (relativo pouco) investimento destinado ao *compliance* antitruste.⁹¹⁵⁻⁹¹⁶

Enfim, a hipótese da excludente de imputação para a empresa com programa de *compliance* concorrencial efetivo, conforme pontualmente mencionado acima, consiste em passo adicional à lógica da atenuante pecuniária que ora se examina. Indubitavelmente, é

⁹¹⁰ Cf. GINSBURG; WRIGHT, op. cit., passim.

⁹¹¹ Remetendo à figura do *rogue employee*.

⁹¹² Ver: RILEY; SOKOL, p. 16 et seq.

⁹¹³ Ver FRAZÃO, op. cit., **Direito da Concorrência...**, pp. 282-283.

⁹¹⁴ *Compliance defence* entendida aqui na sua acepção mais ampla, isto é, de isentar a responsabilização corporativa pelo ilícito praticado pelo presentante ou representante da empresa. É importante ter em vista o regime de responsabilização cominado pelo direito antitruste e pelo direito anticorrupção no que se refere à possibilidade de criminalizar a empresa pela infração. Essa questão é chave quando se analisa o tema da *compliance defence* no sentido da isenção de responsabilidade, variando entre jurisdições.

⁹¹⁵ Como justificativa para as diferentes abordagens no tratamento do programa de *compliance*, um possível argumento reside na percepção cultural do ilícito em termos de gravidade/reprovabilidade, para além do próprio regime de responsabilização e a tipificação do ilícito (esses, em geral, os principais argumentos). Outro argumento que se poderia ventilar diz respeito à natureza dos ilícitos, ainda que possa ser um argumento não tão convincente. Vale sublinhar o seguinte, conforme Thépot: “Different liability regimes may explain why, in some jurisdictions, competition law and anti-corruption agencies have very contrasted approaches to *compliance* programs. However, this explanation may not hold in some other regimes, but may relate to a different perception of cartels as a crime, and a different emphasis on deterrence instruments”. Ver: THÉPOT, Florence. Antitrust v. Anti-corruption Policy Approaches to Compliance: Why such a gap? **Competition Policy International**, Antitrust Chronicle, jun. 2015, p. 8.

⁹¹⁶ Cf. MURPHY; KOLASKY, op. cit., p. 61.

uma hipótese que demanda investigação em pormenor, podendo, à primeira vista, contribuir para refinar e ampliar os incentivos de adoção de programas de *compliance* genuínos,⁹¹⁷⁻⁹¹⁸ sem perder de vista, entretanto, possíveis incentivos perversos que poderiam resultar dessa proposta. Para referência, alguns argumentos ventilados na doutrina contrários à hipótese da *compliance defence* como imunização corporativa se relacionam à possibilidade de o agente econômico maximizar lucros e benefícios derivados do ilícito, reforçando a premissa segundo a qual o programa de *compliance* funcionaria como uma espécie de “seguro barato contra a responsabilização corporativa”.⁹¹⁹⁻⁹²⁰

Para além desse problema do ponto de vista da dissuasão estrita, alega-se também um problema sob a perspectiva normativa ampliada, na medida em que a imunidade poderia transmitir a mensagem de que “o ilícito é como um tipo de incidente natural, parte do curso normal dos negócios, e que a empresa não tem responsabilidade em evitá-lo”.⁹²¹ Em suma, para afastar a hipótese da imunidade, alguns autores se valem de argumentos semelhantes àqueles aventados para refutar a hipótese do desconto, reforçando-os.⁹²² Sem prejuízo, há

⁹¹⁷ Em *paper* publicado no final de 2018, Alexandre Cordeiro Macedo, então Superintendente-Geral do CADE, procedendo com uma análise interdisciplinar entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, acena para a hipótese de considerar o programa de *compliance* concorrencial como instrumento de extinção de culpabilidade da pessoa jurídica, com amparo no princípio da inexigibilidade de conduta diversa do Direito Penal transposto ao Direito Administrativo Sancionador. Segundo Macedo, “[a] imunidade no sentido de afastar a aplicação da pena se deve à ausência de culpabilidade normativa e não da responsabilidade objetiva. A utilização desse tipo de responsabilidade decorre da lei e, até que se declare sua inconstitucionalidade, deve ser aplicada, já a exculpação por ausência da culpabilidade advém de construção doutrinária”. Ver: MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Compliance**: inaplicabilidade da responsabilidade objetiva ou exculpação por inexigibilidade de conduta diversa? (Strict liability or supraregular requirement to ward off the culpability?), dez. 2018, p. 24.

⁹¹⁸ A propósito, discorrendo sobre os múltiplos benefícios derivados de um programa de *compliance* robusto, Alexandre Cordeiro Macedo assim o faz: “[...] a efetivação do programa possibilita a identificação antecipada de problemas, o reconhecimento de ilicitude em outras organizações, proporciona um benefício reputacional, conscientiza os funcionários e reduz os custos e contingências resultantes de ações incoerentes com os princípios de defesa da concorrência. Assim, os programas de *compliance* contribuem para a preservação da integridade civil e criminal da empresa; reduzem o grau de exposição e responsabilização da Alta Administração da Organização em relação à conduta de seus colaboradores; aumentam a eficiência ao reduzem a incidência de fraudes e desconformidades que geram desvios de recursos; evitam riscos de sanções legais, de perdas financeiras e de perda da reputação; aumentam a qualidade das decisões; e reduzem o custo operacional da organização. Todos estes fatores repercutem diretamente no aumento de eficiência na gestão e no desempenho da Organização, criando vantagens competitivas e significativos ganhos de produtividade na empresa”. Cf. *Ibid.*, p. 26.

⁹¹⁹ Cf. WILS, *op. cit.*, p. 21; TÓTH, *op. cit.*, p. 5.

⁹²⁰ Wils entende que seria injusto não responsabilizar a empresa pela prática de seus empregados, uma vez que a empresa influencia a probabilidade de que a infração antitruste seja cometida (ao recrutar e distribuir poder/autoridade entre os empregados, determinar metas e incentivos de desempenho, e desenvolver a cultura interna), para além de, em teoria, se beneficiar do ilícito.

⁹²¹ Cf. WILS, *op. cit.*, p. 21.

⁹²² Cf. WILS, *op. cit.*, p. 21. Geradin também é contrário à hipótese da imunização. Ver: GERADIN, *op. cit.*, p. 12.

também autores que seguem em linha semelhante ao verificado em Ana Frazão, questionando o (des)incentivo que a matriz da *vicarious liability* exerce sobre o *compliance*, de maneira a sugerir um olhar mais nuançado sobre o assunto, matizando regimes de responsabilização.⁹²³ Dadas as limitações deste trabalho, as sutilezas dessas hipóteses não serão exploradas, ainda que o debate seja consignado como sugestão para ulteriores pesquisas na órbita concorrencial (e outras interfaces).

Feito o parêntese para tangenciar a hipótese da imunidade no âmbito da responsabilização, volvemos à hipótese da atribuição do desconto. Assumindo o desconto, analisemos então o marco temporal de estruturação do programa: faz jus ao desconto aquela empresa que adotou o programa *antes* da infração⁹²⁴ ou a empresa que adotou e/ou aperfeiçoou o programa *após* a ocorrência do ato lesivo? Qual desses momentos seria o mais adequado e efetivo com vistas a estimular esforços genuínos de *compliance* sem comprometer os incentivos do *enforcement*?

De acordo com Thépot,⁹²⁵ sob o enfoque da sanção ótima, seria mais efetiva a abordagem *ex ante*.⁹²⁶ A autora defende que faria mais sentido reconhecer os esforços prévios de estruturação do programa, considerando que a abordagem *ex post*⁹²⁷ poderia minar a premissa preventiva que pugna pela prevenção de cartéis em primeiro lugar.⁹²⁸ Vale anotar, em paralelo, que o potencial desconto dependeria de certos requisitos, tais como a não reincidência da empresa na infração e o não envolvimento de executivos da alta direção, caso contrário a possibilidade do desconto se esvairia. A autora não afasta a possibilidade de considerar esforços de *compliance* forjados posteriormente à ocorrência da infração, mas, nesse caso, provavelmente o desconto seria menor comparativamente ao *compliance* estruturado *ex ante*.

Geradin também é favorável à abordagem *ex ante*. Segundo referido autor, assumindo que a conformidade com as regras concorrenciais é importante e que um

⁹²³ Cf. RILEY; SOKOL, op. cit., pp. 15-16.

⁹²⁴ Ou seja, o programa não foi apto para prevenir o incidente, muito embora, assume-se, contribuiu para a sua detecção e remediação, daí a se qualificar para a recompensa.

⁹²⁵ Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 200.

⁹²⁶ Também chamada de “*backward-looking approach*”.

⁹²⁷ Também chamada de “*forward-looking approach*”.

⁹²⁸ Supõe-se, por exemplo, a hipótese na qual uma dada empresa esperaria a descoberta do cartel para só então estruturar o programa de *compliance*. Pior, se o programa for estruturado apenas em razão do cotejo custo/benefício da medida, o que denotaria um incentivo perverso nos moldes do programa de fachada.

programa de *compliance* robusto assegura a maior conformidade com as leis, seria um contrassenso recompensar empresas que tomam medidas de *compliance* somente após a ocorrência da infração, inclusive podendo se beneficiar desse fato (*i.e.*, a empresa esperaria a detecção do ilícito pelo regulador para só então estruturar o *compliance*). Nessa linha, a abordagem *ex ante* seria mais coerente à lógica preventiva, a qual busca evitar o ilícito em primeiro lugar. Já Wils, ainda que contrário à qualquer possibilidade de desconto para o programa de *compliance*, radicado seu entendimento, dentre outros fatores, na premissa do “seguro barato”, ao supor eventual concessão de desconto entende mais adequada a abordagem *ex post*, especialmente para que a empresa evite a reincidência, transmitindo uma mensagem normativa para a organização de que ela é responsável por evitar infrações antitruste, devendo adotar medidas que inibam a recorrência do ilícito.⁹²⁹

Em termos gerais, não vislumbramos na doutrina antitruste⁹³⁰ um debate aprofundado acerca de um hipotético valor socialmente “ótimo” do desconto para incentivar a adoção do programa e, ao mesmo tempo, não desvirtuar os demais incentivos e mecanismos de *enforcement*. O que comumente se faz é ressaltar a importância de um cotejamento realizado caso a caso, em que a Administração pública conserve sua discricionariedade para arbitrar o desconto, mas que ao mesmo tempo forneça grau de previsibilidade em prol da segurança jurídica dos administrados.⁹³¹ Em princípio, aventa-se um percentual de desconto variando entre 5% a 15%.⁹³² Essa faixa de desconto mostra-se, na média, alinhada com o percentual parametrizado pelas jurisdições analisadas no Capítulo 3. De qualquer maneira, recomenda-se que a possibilidade do desconto seja abordada *cum grano salis*, mormente para evitar o arrefecimento dissuasório, considerando que a sanção esperada, em teoria, será reduzida em face do desconto ao programa de

⁹²⁹ Cf. WILS, op. cit., p. 32.

⁹³⁰ Considerando, essencialmente, trabalhos no campo jurídico. Vale notar, sob uma perspectiva interdisciplinar de *Law & Economics*, conforme reportado por Frübing e Hüschelrath citando Miller, que um programa de *compliance* efetivo é aquele que consiste em um conjunto de políticas e procedimentos que os agentes racionais deveriam estabelecer quando as sanções esperadas fossem iguais aos custos sociais da violação. Nesse sentido, a redução na multa pode ser socialmente ótima na medida em que as autoridades antitruste investem menos recursos na detecção, assumindo que o programa de *compliance* contribui para esse papel. Ademais, com base em obra de Paha, Frübing e Hüschelrath anotam que a redução da multa pode promover a adoção do programa de *compliance* concorrencial, ressaltando que a redução não deve ser muito elevada, pois, caso contrário, a sinalização para a empresa seria a de que o cartel é uma conduta rentável. Cf. FRÜBING; HÜSCHEL RATH, op. cit., p. 27.

⁹³¹ Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 200.

⁹³² Ver: PARCU, Pier Luigi; STASI, Maria Luisa. Antitrust Compliance Programs in Europe: *status quo* and challenges ahead. **ENTraNCE**, 2016/01, Policy Briefs.

compliance.⁹³³ Assim, usualmente, a proposta é de estipular um percentual de desconto “modesto”⁹³⁴⁻⁹³⁵ para não comprometer o *enforcement* estatal em razão de eventuais erros na calibragem do estímulo que, em sendo assim, poderia esmaecer o quadro de cooperação regulatória e dar ensejo a um panorama de predação regulatória.⁹³⁶

Em conclusão, diante do retro analisado, não há consenso na doutrina acerca da hipótese do desconto, espelhando a igual falta de consenso entre as autoridades antitruste. O “nó górdio” permanece sem ser desatado. E, aqui, esclarecemos: a metáfora foi intencional para suscitar reflexão, dado que, na realidade, a nossa opinião é que não se teria propriamente, nas entrelinhas desse exame, um “problema insuperável” como se pode (pseudo) transparecer com a expressão. Isso porque, fundamentalmente, está-se a examinar uma questão que se projeta no âmbito de opção da política antitruste (*policy*) e que considera realidades específicas, momentos históricos específicos e fatores igualmente específicos, todos mutáveis. Existe, portanto, uma questão de escolha por parte do ente estatal,⁹³⁷ com base em sua discricionariedade, dentro de suas estratégias regulatórias, para a persecução de políticas públicas, elegendo as ferramentas e os incentivos que entende mais convenientes e oportunos para tanto. A questão, em uma palavra, se reflete na opção de política pública que se busca perseguir, incentivar e privilegiar.

Cotejando os principais argumentos ventilados na doutrina e internalizando-os para o arcabouço concorrencial brasileiro, somos inclinados a seguir a hipótese favorável à atribuição de desconto.⁹³⁸ Em nossa leitura, em determinados casos, a hipótese do desconto pecuniário⁹³⁹ diante do programa de *compliance* genuíno, exequível e robusto pode ser opção realmente conveniente e adequada ao mirar para o objetivo maior que orienta tal

⁹³³ Cf. LACHNIT, op. cit., **Alternative enforcement...**, pp. 318. Ver também, nessa linha, estudo encomendado pela autoridade francesa: Cf. FRANÇA. Europe Economics, Chancery House. **Etat des lieux...**, **op. cit.**

⁹³⁴ Registre-se, por outro lado, visão segundo a qual o desconto decorrente da redução da multa deveria ser “possivelmente substancial”, porém sem esclarecimentos explícitos a embasar tal visão. Cf. THÉPOT, op. cit., **Can compliance Programmes...**, p.199.

⁹³⁵ Cf. FRÜBING; HÜSCHEL RATH, op. cit., p. 27.

⁹³⁶ Cf. SCHAPIRO; MARINHO, op. cit., p. 292.

⁹³⁷ Dir-se-ia, inclusive, uma questão que reflete a decisão dos *policy makers*.

⁹³⁸ Sob um enfoque multifatorial, repisamos a importância do contexto histórico-institucional para amparar nossas conclusões.

⁹³⁹ Ou mesmo outras formas de prêmios para o agente econômico, como no caso do afastamento de determinada proibição, a possibilidade de reconhecimento público (signo moral) pelo ente regulador etc.

estímulo. Em princípio, tais programas projetam externalidades positivas sob duas dimensões, no mínimo:

(i) *na dimensão interna da empresa*, que vê o risco de práticas anticompetitivas ser substancialmente minorado por meio de um conjunto de mecanismos de prevenção e detecção de ilicitudes, evitando custos da desconformidade. Nessa linha, a empresa preserva suas atividades, saúde financeira e reputação, com significativo papel desempenhado pelo programa mediante a educação e a conscientização coletiva em relação ao compromisso normativo com a defesa da concorrência. Tem-se, nesse quadro, a sedimentação da cultura da conformidade, com destaque para a construção do valor/comportamento pró-competitivo, como uma das vigas-mestras da organização;⁹⁴⁰

(ii) *na dimensão externa*, principalmente na interface com a Administração pública,⁹⁴¹ a qual vê seu *enforcement* complementado proativamente pelas diligências corporativas, em um cenário no qual os custos de prevenção e de repressão são delegados, ou melhor, “compartilhados” com os agentes econômicos, engendrando uma relação sinérgica e cooperativa (e *quasi-integrativa*) para a consecução do interesse comum que reside na preservação da instituição concorrência,⁹⁴² zelando pela saúde do mercado.

Daí, como afirmado, consideramos que o incentivo para esses programas na via do desconto - ainda que não seja a única modalidade - pode contribuir para estimular a adoção desses programas e reforçar positivamente o compromisso normativo empresarial com a cultura anticartel, implicando, em última análise, um círculo virtuoso para a defesa da concorrência. Nada obstante, é fundamental a escoceita parcimônia no momento de calibrar

⁹⁴⁰ Como visto, ainda no bojo da organização, os efeitos do programa, em princípio, são positivos, aumentando o senso de identidade e pertencimento dos empregados, admiração de trabalhar em um ambiente ético, maior confiança em executar as atividades ao saber que está fazendo o certo, o que se reflete em gestão empresarial mais eficiente e eficaz, com ganho de produtividade etc. (tudo presumindo o equilíbrio dos incentivos internos, orientados pela cultura da integridade).

⁹⁴¹ E as externalidades positivas extrapolam a relação com a Administração pública. A título de exemplo, verificam-se efeitos positivos projetados pelo programa de *compliance* concorrencial na perspectiva do relacionamento da empresa com seus *stakeholders*, refletidos, por exemplo, na valorização financeira da empresa em mercado, reputação e credibilidade aumentadas, maior senso de confiança e admiração etc., sintetizando a relação entre o *compliance* e a responsabilidade social corporativa. Além disso, as repercussões da verdadeira cultura do *compliance* empresarial podem inspirar os *players* da indústria a seguirem na trilha da conformidade, inclusive com iniciativas conjuntas e legítimas que visam alastrar as boas práticas perante o mercado, promovendo um ambiente ético, íntegro e de maior confiança nas relações sociais.

⁹⁴² E daqui a ampliar o raciocínio para dar concreção a princípios constitucionalmente estatuidos, conforme tivemos a oportunidade de examinar, ao contribuir com o Estado na tutela da livre concorrência e na repressão do abuso de poder econômico.

o incentivo, de modo a evitar efeitos indesejados sobre o *enforcement*, e, mais ainda, para evitar distorções na própria concorrência, quando o *compliance* poderia se tornar o exato avesso de sua concepção genuína se medidas desproporcionais e inadvertidas forem levadas adiante.

Dito isso, a fim de sumarizar os principais argumentos do debate doutrinário ora apresentado, elaboramos duas Tabelas, que são apresentadas a seguir.

Tabela 4⁹⁴³

A favor do desconto	Contra o desconto
<ul style="list-style-type: none"> - A empresa que estrutura um programa de <i>compliance</i> robusto não se limita ao padrão legal de conformidade. Elaborar e manter um programa desse tipo não é tarefa trivial e implica custos. É um compromisso perene e orgânico. A empresa investe recursos consideráveis para assegurar o cumprimento normativo, introduzindo valores morais para modificar a cultura organizacional em prol do comportamento ético e pró-competitivo, prevenindo a ocorrência de ilícitos em primeiro lugar. - O programa de <i>compliance</i> também beneficia a Administração pública, seja minorando a ocorrência de ilícitos, seja porque diminui a assimetria informacional, tendo em vista que o programa potencializa a detecção de ilícitos pela empresa, favorecendo a denúncia caso haja incentivos suficientes e adequados para tanto. - É razoável e proporcional tratar de forma diferente quem colabora e zela pelo ambiente pró-competitivo, dedicando e investindo uma série de recursos para tanto. - Conquanto o objetivo central do programa de <i>compliance</i> não seja a recompensa financeira, tal incentivo, como um complemento, é benéfico, posto que encoraja e reconhece os esforços da empresa, e transmite um sinal positivo para a alta direção, colaborando para manter os investimentos no <i>compliance</i> concorrencial. - Pode servir de estímulo para iniciativas de outros agentes de mercado, contribuindo para a criação de uma “rede de conformidade”. - Verifica-se preocupação com o programa de fachada, logo não se assume o desconto pelo simples desconto (ver Tabela 5 para algumas questões exemplificativas no contexto do desconto). 	<ul style="list-style-type: none"> - A empresa que estrutura um programa de <i>compliance</i> nada faz de extraordinário. Trata-se de medida de governança interna do agente que se preocupa com a exposição de riscos financeiros e reputacionais em mercado. Ela já faria isso de qualquer forma. - O maior benefício do programa de <i>compliance</i> se traduz no não envolvimento da empresa em ilícitos. - Caso haja alguma ilicitude, a conclusão é que o programa foi falho por definição. - Não há que se recompensar um programa que não modifica o <i>status quo</i> da infração ocorrida. - O acordo de leniência sintetiza um enorme incentivo adicional para a empresa estruturar um programa de <i>compliance</i>. - O desconto poderia incentivar programas cosméticos. - O desconto poderia transmitir a mensagem de que o ilícito compensa e é parte dos negócios, minorando esforços preventivos. - Quanto maior o desconto, mais se teria a sensação de que o programa é uma espécie de “seguro barato” contra a responsabilização (<i>i.e.</i>, ver-se-ia o cartel como um ilícito rentável).

⁹⁴³ Elaboração própria.

Tabela 5⁹⁴⁴

Se admitida a hipótese do desconto, as seguintes questões exemplificativas são ventiladas:
(i) cautela na dosagem para não desvirtuar incentivos de <i>enforcement</i> .
(ii) desconto pode variar a depender do momento de estruturação do programa de <i>compliance</i> .
(iii) discricionariedade da autoridade para arbitrar o desconto, com sinalização para o agente econômico.
(iii.1) sinalização equilibrada, em um híbrido de generalidade com algum nível de clareza.
(iv) análise caso a caso.
(v) agente econômico deve comprovar os esforços corporativos e a robustez do programa de <i>compliance</i> .
(vi) não envolvimento da alta cúpula no ilícito.
(vii) empresa não reincidente.

4.3 Questões Conexas ao Programa de *Compliance* Concorrencial: uma brevíssima imbricação com a leniência e com a responsabilidade solidária

Embora não constitua o foco principal desta investigação, cumpre traçar ligeiras e limitadas considerações sobre a potencial inter-relação do programa de *compliance* concorrencial com duas questões da agenda antitruste, registrando-as para ulteriores pesquisas acadêmicas.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao entrelaçamento do programa de *compliance* com o acordo de leniência, inicialmente, vislumbramos uma via de mão dupla. Em princípio, a possibilidade da leniência se traduz em incentivo adicional para a implementação do programa de *compliance*, haja vista as recompensas que derivam da assinatura da leniência - *e.g.*, imunidade (total ou parcial) - em comparação aos custos da condenação quando se concretiza uma violação.⁹⁴⁵ É bem verdade que não necessariamente a detecção do ilícito potencializada pelos instrumentos de *compliance* implicará a denúncia pronta e automática para a autoridade. Com efeito, há uma série de variáveis envolvida nessa decisão, inclusive no que tange à estratégia (jogo) empresarial por detrás da leniência.⁹⁴⁶⁻⁹⁴⁷ De todo modo,

⁹⁴⁴ Elaboração própria.

⁹⁴⁵ Sem prejuízo, também vale registrar observação que pontua no sentido de que a possibilidade de atribuir desconto para o programa de *compliance* poderia minar os incentivos para a leniência. Ver: THÉPOT, op. cit., **Antitrust v. Anti-corruption...**, p. 6.

⁹⁴⁶ Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 196.

⁹⁴⁷ Eventualmente, os mecanismos do programa de *compliance* poderiam ser modulados pela empresa de forma a inibir a leniência. Como observa Brent Fisse, “[t]he obstruction of leniency policies is exemplified by compliance programs that seek to dissuade employees from applying for individual leniency and require them to report suspected cartel conduct exclusively through internal reporting procedures. Other examples of obstruction include the use of side-contracts or other ‘hostage’ arrangements designed to lock in cartel participants and discourage them from breaking ranks by reporting the cartel to an enforcement agency and then applying for leniency”. Ver: FISSE, Brent. *Reconditioning Corporate Leniency: The possibility of Making*

simplificadamente, quanto mais robusto for o programa de *compliance*, assume-se que maiores serão os incentivos para a empresa desviar do cartel por meio da leniência, pressupondo, aqui, a existência de recompensas críveis e suficientes para tanto, bem assim um *enforcement* dissuasório.⁹⁴⁸

Nessa esteira, ilumina-se a instabilidade prematura que o programa de *compliance* efetivo tende a causar no cartel por meio da ênfase no autopolicimento da organização, contribuindo, teoricamente, para a detecção desse ilícito de modo antecipado.⁹⁴⁹ Destarte, assumindo, como pesquisa acadêmica reporta,⁹⁵⁰ que a leniência é usada na maior parte dos casos para desbaratar cartéis já em marcha de declínio,⁹⁵¹ ao focalizar no programa de *compliance*, com mecanismos para vigilância interna e com os incentivos adequados, seria possível minorar a extensão dos danos do cartel, vez que a instabilidade desse ilícito seria desafiada mais precocemente por intermédio da leniência. Sob esse raciocínio, tem-se que o programa de *compliance* pode ser útil para reforçar e complementar a efetividade do programa de leniência.⁹⁵²⁻⁹⁵³⁻⁹⁵⁴

Compliance Programmes a Condition of Immunity. In: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (ed.). **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion**. Oxford: Hart Publishing, 2015, pp. 179-206.

⁹⁴⁸ Ver SOKOL, op. cit., **Policing the firm**, p. 821.

⁹⁴⁹ Obviamente que aqui perpassa uma gama de estratégias empresariais, cuja decisão entre reportar ou não o ilícito não necessariamente decorre de um julgamento puramente racional, haja vista os incentivos internos forjados pela organização, cultura empresarial, problemas de agência etc.

⁹⁵⁰ Cf. STEPHAN; NIKPAY, op. cit., p. 139.

⁹⁵¹ A propósito, se é assim, seria de se questionar, no limite, o real efeito dissuasório decorrente da leniência, conforme problematiza Thépot. Ver THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 196. Tal hipótese de investigação se mostra interessante para oportunidades futuras.

⁹⁵² Cf. TÓTH, op. cit., p. 6.

⁹⁵³ Sobre o entrelaçamento entre o programa de *compliance* e a leniência, Howard Bergman e Daniel Sokol compreendem favoravelmente essa interação, anotando que “[e]ffective and robust compliance programmes can enable companies to avail themselves of leniency and thus save those companies from fines and their employees from potential jail sentences. Compliance programmes and leniency can also help to mitigate or avoid significant reputational damage caused by engaging in cartel conduct. To derive the benefits of leniency, however, a company needs to invest proactively in compliance and create an ethical business culture that truly values compliance. The benefits of effective compliance are both financial (saving money) and non-financial (doing the right thing)”. Cf. BERGMAN, Howard; SOKOL, Daniel. *The Air Cargo Cartel: Lessons for Compliance*. In: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (ed.). **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion**. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 314.

⁹⁵⁴ Não se furta à essa análise, entretanto, uma leitura crítica mais ampliada sobre o foco quase que primordial na leniência e em acordos para “resolução” (ou seria um encaminhamento?) de problemas sensíveis e profundos no direito da concorrência. A partir desse enfoque, Salomão Filho anota que o direito antitruste baseado em acordos e leniência pode, no médio prazo, ter efeitos negativos. E isso em virtude, principalmente, da assimetria de informação entre leniente (delator) e a autoridade, que potencializa os riscos de seleção adversa, podendo torná-la a regra, de tal maneira que o jogo repetido de acordos se traduz em informações cada vez menos confiáveis (e incompletas). Se é assim, conforme esclarece Salomão Filho, “no limite pode levar ao chamado ‘*pure strategy game*’ entre regulador e regulado, autoridade e leniente (ou conforme o caso, o delator). Nessa hipótese, a relação entre ambos terá um único ‘equilíbrio de Nash’, em que a autoridade precisa constantemente de mais delações, tendo de garantir acusações mesmo contra empresas que não poderiam gerar efeito estrutural

Nesse contexto, o programa de *compliance* apresenta um valor agregado: não apenas contribui para oportunizar a detecção interna e facilitar o desvio do cartel mediante a leniência, mas também, e sobretudo, serve para sensibilizar as normas morais da empresa em direção a um maior nível de comprometimento e prevenção, impactando positivamente a educação e a ética dos executivos e empregados,⁹⁵⁵ o que, em princípio, contribui para evitar a reincidência, minimizando, por conseguinte, eventuais incentivos para um jogo puramente estratégico e repetitivo.

Sem embargo, um dos grandes desafios que antevemos nessa discussão consiste justamente em fazer com que a empresa, ao recorrer à leniência, incruste de modo efetivo e proativo o mote do “*doing the right thing*”, não buscando o recurso da leniência em função de um ânimo estratégico (e recorrente) atrelado ao “*doing what is necessary to win the game*”, o que, em teoria, potencializaria a ignorância organizacional aos valores do *compliance*,⁹⁵⁶ radicando uma relação de dependência recíproca entre regulador e leniente - aquele dependeria crescentemente deste, forjando um único “equilíbrio de Nash”, em um cenário no qual o leniente apresentaria acusações baseadas em provas cada vez mais simples e questionáveis, retroalimentando uma cadeia perniciosa de acusações frágeis e delações oportunistas. Como diagnostica Salomão Filho:⁹⁵⁷

Nessa realidade, a médio prazo e mantido o incentivo às leniências e delações, a estratégia recíproca mais provável respectivamente será a de acusações desprovidas de provas e delações parcial ou até totalmente inverídicas. Acusar passa a ser a única estratégia possível ao regulador, e delatar alguém (no caso do direito concorrencial, melhor ainda, um concorrente) passa a ser a única estratégia possível para o acusado. O

de dominação, e o leniente ou delator baseia suas acusações em provas cada vez mais simples e discutíveis, se é que verdadeiras [...] O sistema, portanto, útil no momento inicial, se repetido em sucessivas rodadas, tenderá à seleção adversa, ou seja, a atrair em cada rodada mais ‘*lemons*’ (lenientes ou delatores menos confiáveis)”. Em última análise, o que se infere é um enorme (e deturpado) incentivo a rodadas sucessivas de acordos, cuja credibilidade fica cada vez mais fragilizada, para além de alavancar, paralelamente, estratégias puramente individuais de comportamento social, que não encontram subsídio jurídico ou moral. Nessa ambiência, o que poderia (e talvez devesse) ser atacado por remédios estruturais (*e.g.*, modificação de estruturas de poder) fica comprometido e se resume a um círculo vicioso de estratégias repetidas de acordos. Sintetizando essa questão, Salomão Filho adverte que esse cenário se traduz em “contraprova dos riscos da aplicação de sanções (administrativas ou mesmo penais) sem preocupação com mudanças estruturais e com a estrita legalidade e com os objetivos de transformação estrutural do direito antitruste”. Cf. SALOMÃO FILHO, op. cit., **Evolução ou Involução...**, pp. 213-214.

⁹⁵⁵ Cf. THÉPOT, op. cit., **Can Compliance Programmes...**, p. 196.

⁹⁵⁶ Cf. MURPHY, Joe. Combining Leniency Policies and Compliance Programmes to Prevent Cartels. In: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (ed.). **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion**. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 323.

⁹⁵⁷ Cf. SALOMÃO FILHO, op. cit., **Evolução ou involução...**, p. 213.

sistema, portanto, útil no momento inicial, se repetido em sucessivas rodadas, tenderá à seleção adversa, ou seja, a atrair em cada rodada mais ‘lemons’ (lenientes ou delatores menos confiáveis). (grifos nossos)

Face a esse esquadro, a visão da empresa seria puramente estratégica e unidirecional, reduzindo-se a aspectos meramente formais para granjear a recompensa.⁹⁵⁸ Essa postura seria o exato oposto de uma governança responsável que, no contexto da leniência, busca introjetar um novo padrão de conformidade na organização, com reformas abrangentes⁹⁵⁹ para prevenir a reincidência de práticas anticompetitivas,⁹⁶⁰ expressando uma renovada e afirmativa cultura organizacional anticartel. De fato, nessa realidade, o *compliance* apenas formal, como uma camada de superficialidade, em nada mudaria o *animus* corporativo de seguir a lógica do jogo estratégico, podendo, inclusive, agravá-lo ao transmitir sinalizações dúbias e dissimulatórias.⁹⁶¹ Nessa linha, conforme predica Salomão Filho:⁹⁶²

Compliances meramente formais e de pouquíssimo efeito prático deixam de ser a regra, aqueles aceitos são apenas os que efetivamente sejam capazes de alterar as estruturas de poder, internas (controle) ou externas à (sic) empresas (poder no mercado) e que causaram os abusos e a dominação.

Adicionalmente, uma questão controversa que deriva da confluência entre o *compliance* e a leniência diz respeito à hipótese de que o regulador exija a implementação do programa de *compliance* como requisito (prévio) para a assinatura da leniência.⁹⁶³

⁹⁵⁸ E cada vez mais rarefazendo a credibilidade e esgarçando a completude da contribuição corporativa, conforme a sucessão de jogos repetidos.

⁹⁵⁹ Como tratado no Capítulo 1, entendemos haver uma via de mão dupla entre (as boas) reformas estruturais e os impactos positivos sobre a mudança de comportamento que daí derivam. Significa dizer, em suma, que a intervenção nas estruturas de poder funciona como indutor para conformar o comportamento da empresa no sentido da consecução dos interesses externos afetados por suas atividades, jungindo, nessa interface, os compromissos morais relacionados à ética e à integridade corporativa.

⁹⁶⁰ E, conseqüentemente, se é assim, leniências e acordos tendem a ser diminuídos em função da cultura da prevenção em primeiro lugar, conforme premissa que escora o sistema de *compliance* robusto e efetivo.

⁹⁶¹ Pondera-se se, nesse caso, a autoridade poderia agravar a penalidade da empresa, inclusive rechaçando a leniência, condenando o agente por esse ardid de fachada (a agravante viria acoplada à condenação por cartel). Por outro lado, a dificuldade prática aqui se daria no caso de a autoridade estar enredada (capturada) no jogo repetido à luz do citado equilíbrio de Nash, dependente de um único jogador que seria essa empresa com a “máscara” do *compliance*.

⁹⁶² Cf. SALOMÃO FILHO, op. cit., **Evolução ou involução...**, p. 219.

⁹⁶³ Brent Fisse defende, como pré-requisito para a leniência, que a empresa tenha estruturado um programa de *compliance* adequado. Segundo Fisse, o programa de *compliance* e a leniência potencialmente se reforçam de maneira mútua. Em suma, o modelo proposto pelo autor intenciona reduzir os riscos de que a empresa encare a oportunidade da leniência como um “jogo”. Nesse sentido, ver: FISSE, Brent, op. cit., pp. 179-206.

Indaga-se: como pré-requisito para a celebração do acordo de leniência, deveria a empresa dispor de um programa de *compliance* concorrencial?⁹⁶⁴

Ora, dentre outros possíveis cenários, poder-se-ia imaginar situação na qual uma empresa de boa-fé (empresa A), ainda que não tivesse um programa de *compliance*, viesse a detectar um dado ilícito, reportando-o para as autoridades com lastro em provas robustas. Nessa hipótese, a empresa A ficaria em situação de desvantagem competitiva se não lhe fosse franqueada a possibilidade de firmar leniência, ao passo que, para uma outra empresa (empresa B), que preenchesse o requisito formal do *compliance* e procurasse a autoridade em momento posterior à empresa A para reportar o mesmo ilícito, não houvesse restrição para a celebração do acordo.⁹⁶⁵

Nessa hipótese, para além de reportar em momento posterior à empresa A, em teoria “perdendo a corrida” da leniência, a colaboração da empresa B poderia ter menos qualidade e robustez do que a colaboração que haveria caso fosse aceita a empresa A, a qual, por exemplo, permitiria identificar e dismantelar o ilícito de maneira mais completa e efetiva, prestando colaboração mais útil ao processo. Essa situação poderia transmitir uma mensagem negativa ao mercado quanto à maneira como o regulador instrumentaliza os incentivos para a leniência, com o potencial de afetar a atratividade desse instituto, em especial sob a perspectiva do agente que não dispõe de um programa de conformidade. Uma enxurrada de *compliances* superficiais poderia emergir como consequência dessa condicionante, estruturados pura e simplesmente com o fim de satisfazer o pré-requisito da leniência.

⁹⁶⁴ O CADE, por exemplo, não adota essa política. Isto é, não se exige da empresa, como condição prévia para a celebração do acordo de leniência, a existência do programa de *compliance*. Amanda Athayde e Ana Frazão reportam que a mesma realidade é observada no órgão antitruste dos EUA, na Comissão Europeia e na Alemanha. Cf. ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. Leniência, *compliance* e o paradoxo do ovo ou da galinha: do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 304-305.

⁹⁶⁵ Nessa hipótese, o programa de *compliance* concorrencial poderia se traduzir, por analogia, como uma espécie de “barreira à entrada” para os interessados na assinatura da leniência (obviamente que os requisitos legais deveriam ser atendidos, e não apenas a existência do *compliance*). Trata-se de potencial situação que poderia ocorrer ao condicionar a existência do *compliance* para a assinatura da leniência (e esse raciocínio poderia ser estendido, com as devidas adaptações, no caso de celebração de TCC *vis-à-vis* a condicionante do *compliance*). Há outras questões que igualmente poderiam emergir, como exemplificadas neste trabalho.

Aliás, tal fenômeno poderia corresponder ao cenário da empresa B, supondo que simplesmente emulou um programa para atender ao requisito prévio, “ticando” esse item formal do *checklist*. No caso, a empresa B teria investido apenas no limite necessário para assegurar a contrapartida do acordo, sem qualquer aderência ao espírito da conformidade.⁹⁶⁶ Essa postura colide frontalmente com a premissa do *compliance* autêntico e catalisador de boas práticas. Ter-se-ia, nessa hipótese, a expressão de um programa formal e estéril, em linha com o alerta de Salomão Filho acima.

Diante disso, à primeira vista, poderia ser mais plausível e mais coerente para evitar o desvirtuamento de incentivos, abordar o problema com base em um viés prospectivo, isto é, exigir o compromisso da empresa no sentido de implementar ou aperfeiçoar seus instrumentos de conformidade.⁹⁶⁷ Na esteira dessa possibilidade, eventualmente também se meditaria sobre a conveniência de limitar o uso repetido da leniência para o mesmo agente que, a despeito de ter estruturado um programa de *compliance* como parte de um

⁹⁶⁶ Algumas rápidas reflexões: se o programa de *compliance* for cogitado como pré-requisito para a celebração da leniência, para evitar que empresas encarem o *compliance* como elemento secundário/formal, à primeira vista, soaria oportuno que a qualidade do programa fosse testada de alguma forma, o que implicaria o programa estar estruturado com um tempo mínimo razoável (previamente à leniência). Por outro lado, em razão desse tempo prévio de implementação e execução do programa exigido para um suposto teste de efetividade, a agilidade da leniência poderia ficar comprometida, prejudicando as investigações. Enfim, no âmbito dessas reflexões afloram alguns aspectos relacionados à avaliação/efetividade do *compliance vis-à-vis* o impacto na leniência: a comprovação da efetividade material do programa seriam os indícios detectados por seus mecanismos e que resultaram na colaboração e denúncia via leniência? Quanto ao risco de fomentar programas de fachada, conforme anotado acima, esse seria abstraído/relevado pela autoridade em virtude da informação prestada pelo infrator e que permitiu chegar à leniência? Não haveria o risco de originar um “paradoxo de *compliance*” quando eventuais falsos *compliances* se confundiriam com *compliances* reais, aqueles recebendo tratamento isonômico ou até mais benéfico que estes (seleção adversa e custo da desonestidade), dado que o que interessa para o regulador, no fim das contas, é a informação minimamente crível prestada pelo leniente para motivar a investigação, não importando a solidez dos instrumentos de conformidade responsáveis por detectar a ilicitude, por exemplo? Em resumo, qual seria a profundidade e quais seriam os parâmetros materiais de avaliação se se pretende evitar a criação de incentivos perversos no cenário em que o programa de *compliance* é tido como pré-requisito para a assinatura da leniência? Faria sentido falar nesses parâmetros, ou importaria mais a colaboração prestada pelo infrator, independentemente de ter sido o *compliance* o meio que auxiliou na colaboração (levando, então, a questionar sobre a real necessidade desse pré-requisito)? Fato é que o justo equilíbrio é regra de primeira ordem aqui para não ensejar efeitos indesejados que venham a desbalancear a atratividade da leniência, haja vista se tratar de um poderoso instrumento no âmbito das investigações e que poderia ficar comprometido por exigências maçantes de *compliance*, criando um considerável risco para o *enforcement* anticartel.

⁹⁶⁷ Também a se ponderar aqui se seria conveniente a imposição de um monitor externo para assegurar a regular implementação do programa. Como será abordado em nota mais abaixo, essa hipótese, uma vez cogitada, tende a ser mais plausível no caso de acordos (TCCs). Já diante da leniência, em princípio, a medida pode ser objeto de controvérsia, mormente em termos de incentivos perversos para a atratividade do instituto e, mais sistemicamente, para os incentivos de *enforcement*.

compromisso anterior, reiteradamente busca a leniência para reportar novos ilícitos, evocando a lógica do jogo de repetição.⁹⁶⁸

Seja como for, o compromisso de estruturar (ou aperfeiçoar) um programa de *compliance* no bojo da leniência demandaria uma cuidadosa modulação para não comprometer os incentivos desse instituto - também olhando sistemicamente para outros incentivos da política de *enforcement* anticartel. De se problematizar, ainda nesse cenário, o aspecto do (custo de) monitoramento do programa, bem como, por exemplo, situações paradoxais que poderiam decorrer ante a falta de estruturar o programa *vs.* eventual nulidade da leniência (levando ao extremo).

Em que pese isso, à primeira vista, parece-nos salutar a possibilidade de que, razoável e proporcionalmente, na esteira da leniência, sejam incrementados esforços genuínos de comprometimento moral da organização para com a cultura anticartel,^{969 - 970} sob um

⁹⁶⁸ Por outro lado, como contraponto, poder-se-ia alegar aqui o efeito positivo decorrente da implantação do programa de *compliance* (utilidade), isto é, graças ao programa é que foi possível detectar uma série de desvios e irregularidades pretéritas, que, por sua vez, viabilizou diversas leniências para o agente econômico, o que, sob a ótica da política pública da concorrência, poderia significar ganhos importantes para resguardar o bem-estar social e evitar o prolongamento dos efeitos deletérios da infração.

⁹⁶⁹ Consoante afirmado em nota anterior, uma preocupação legítima no contexto da implementação do programa de *compliance* deriva do risco de fomentar estruturas de fachada (*a posteriori* à assinatura do acordo), somente elaboradas para fazer jus à leniência, ausente o compromisso genuíno para com a mudança da cultura e dos valores normativos da organização. Daí a se antever custos para a Administração pública no que diz respeito ao monitoramento do programa. Uma possível alternativa para diminuir os custos públicos seria a imposição de um monitor externo e independente, medida que, a nosso ver, demandaria uma cautelosa análise acerca da razoabilidade e da proporcionalidade, sobretudo para não minar os incentivos do *enforcement* e a atratividade da leniência. Poderia ser mais razoável, por exemplo, cogitar a possibilidade do monitor à luz de acordos e compromissos que não a leniência (*e.g.*, no Brasil, o TCC), ainda que com alguma modalidade intermediária de monitoramento para o leniente, por exemplo. De toda forma, se mostra fundamental a análise do caso concreto para calibrar o tipo de intervenção a ser exigida. Pontue-se que a imposição do monitor é geralmente percebida como uma medida intrusiva, podendo transmitir mensagens negativas ou dúbias para os empregados da organização, para além de ser pouco utilizada na seara antitruste nesse contexto específico, normalmente se justificando em face de casos de maior gravidade, quando o infrator tiver se comportado de modo claramente não colaborativo, negando responsabilidade etc. (vide caso da AU Optronics nos EUA). Por outro lado, a figura (ou ameaça) do monitor aumentaria o custo da ilegalidade e poderia resultar no reforço *ex ante* dos mecanismos de *compliance* das empresas a fim de evitarem o monitoramento externo, contribuindo, pois, para uma dissuasão mais efetiva. À guisa de registro, Daniel Sokol propõe um modelo que balanceia, de um lado, maiores incentivos para o leniente (“super leniência”), pressupondo a implementação do programa de *compliance* e, de outro, maior nível de punição para os demais envolvidos na conduta, com a imposição de monitor externo. Para detalhes, ver: SOKOL, op. cit., **Policing the firm**, pp. 818 et seq.

⁹⁷⁰ Murphy entende que a adoção ou o aperfeiçoamento de programa de *compliance* deve ser parte do contexto da leniência, anotando que “The company may avoid fines and may protect its employees from punishment, but a responsible government must, at a minimum, demand that the company reform its ways and implement an effective compliance and ethics programme. Anything less misses an important opportunity to promote effective compliance programmes and sends an inconsistent message that the government cares only about penalties, not prevention”. Cf. MURPHY, Joe, op. cit., **Combining Leniency...**, p. 333.

compromisso que transcenda a pura e simples formalização do acordo e a cooperação processual típica.⁹⁷¹

Ainda, uma discussão na doutrina que aparece em segundo plano diz respeito à hipótese de que a leniência contribuiria para evitar um incentivo perverso e específico potencializado pelo programa de *compliance*. Explica-se: tem-se a hipótese segundo a qual, por meio dos treinamentos motivados pelo programa de *compliance*, os empregados mais propensos a se envolverem no ilícito supostamente adquiririam maior consciência da ilicitude, aprendendo a praticá-la mais efetivamente, bem como a ocultá-la dos radares da empresa. Para Wils, esse efeito perverso seria potencializado mediante treinamentos que simulam busca e apreensão, de tal maneira que seria recomendável evitar simulações dessa natureza no âmbito dos treinamentos de *compliance*. Já Geradin enxerga essa questão sob um prisma mais nuançado, reconhecendo que o treinamento simulado de busca e apreensão constitui episódio estressante para a organização, porém aponta que seria justo para o empregado ter ciência de seus direitos se em face de eventos reais desse tipo, aprendendo, por meio desses treinamentos, a como se portar, o que fazer, o que evitar etc.⁹⁷²

Nesse contexto, ao trazer a lume o incentivo da leniência, a hipótese ora aventada, em tese, seria relativizada, haja vista a exigência da cooperação plena do leniente para assegurar os benefícios da leniência (o que abrange a prestação de informações detalhadas) e que, supostamente, seriam do interesse dos indivíduos envolvidos no esquema. Inobstante, tal não é uma premissa absoluta, é dizer, não se pode descartar que o indivíduo desonesto, independentemente da possibilidade da leniência, destrua ou camufle provas/indícios de sua autoria/participação no ilícito. A oportunidade da leniência pode contribuir para minimizar esse risco, mas não o elimina, sobretudo ao se ter em mente as motivações e idiossincrasias de cada indivíduo que, como dissemos, são influenciadas pela cultura da organização, mas também guardam vieses individuais, bem como outras questões afeitas à possibilidade ou não de a leniência da empresa também abarcar o empregado etc.

⁹⁷¹ Implicitamente, a assinatura da leniência e os deveres formais de cooperação poderiam sugerir a “vontade” de mudança na cultura da organização. De todo modo, em princípio, apenas tal fato parece-nos insuficiente se comparado com a força de um genuíno programa de *compliance* mais amplamente considerado (obviamente que a simples imposição do programa de *compliance*, sem os devidos cuidados de internalização, poderia solapar qualquer tentativa de sensibilização e autenticidade no que tange ao poder desse instrumento para reformular comportamentos e efetivamente catalisar um ambiente de integridade na organização).

⁹⁷² Cf. WILS, op. cit., p. 10; GERADIN, op. cit., p. 19.

Diante do sintético quadro ora esboçado, que está muito aquém de descortinar uma gama de facetas pela qual se pode vislumbrar o imbricamento do programa de *compliance* com a leniência, ao menos uma faceta é clarividente: a relação entre o programa de *compliance* e a leniência pode ser apreciada sob dois ângulos relacionais: o *compliance* como *causa* ou como *consequência* da leniência (e vice-versa).⁹⁷³⁻⁹⁷⁴⁻⁹⁷⁵

Por fim, outra conexão do programa de *compliance*, que rapidamente se pincela para registro, refere-se à hipótese de a empresa controladora (empresa-mãe), que dispõe de um programa de *compliance* robusto e efetivo, exercendo vigilância adequada sobre as empresas do seu “grupo econômico”, não ser responsabilizada por eventual infração antitruste que tenha como fato gerador o comportamento inadequado de determinada controlada.⁹⁷⁶ Em termos práticos, uma primeira questão a se perquirir que deriva dessa hipótese consiste em

⁹⁷³ Constatação em linha com os apontamentos de ATHAYDE; FRAZÃO, op. cit., passim.

⁹⁷⁴ A título de completude, no arcabouço jurídico nacional, por exemplo, verifica-se a exigência de cláusula versando sobre a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento do programa de integridade (cf. art. 37, inciso IV, do Decreto 8.420/2015) para fins da celebração de acordo de leniência anticorrupção no âmbito federal (dentre outras exigências). Além do mais, conforme Orientação 7 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Acordos de Leniência com o Ministério Público), os acordos de leniência com efeitos cíveis e criminais terão como requisito mínimo o compromisso de implementar programa de *compliance*. A expansão da exigência do programa de *compliance* também se verifica para fins de contratação pública. À guisa de referência, cita-se a Lei estadual do Rio de Janeiro 7.753/2017 e o Projeto de Lei Distrital 1806/2017. A esse respeito, Amanda Athayde e Ana Frazão pontuam que, apesar de louváveis, essas iniciativas fazem com que o *compliance* siga a reboque das legislações, vez que são consequências de incentivos públicos que induzem comportamentos nessa direção. Diante disso, as autoras ponderam se tal estratégia, de levar o *compliance* “à força” nas empresas, seria adequada, já que poderia, *a contrario sensu*, incentivar programas de fachada, não sensibilizando nem criando o real engajamento e o efetivo comprometimento da alta direção e dos empregados ao espírito do programa. Se é assim, acresce também nossa visão de relativizar ou colocar em xeque a efetividade e perenidade de instrumentos que não foram “voluntária e espontaneamente” incutidos na organização para alterar a cultura corporativa e os padrões do mercado, mas sim (im)postos para satisfazer comandos normativos formais. A esse respeito, ver: ATHAYDE; FRAZÃO, op. cit., pp. 229-303.

⁹⁷⁵ O mesmo raciocínio, com as devidas adaptações, poderia ser cogitado no que se refere aos casos de acordos/compromissos na sequência da leniência (*e.g.*, TCC no Brasil). Cumpre ressaltar, de toda forma, que não necessariamente a empresa que detecta o ilícito e o reporta para a autoridade o faz como resultado do programa de *compliance*. De toda maneira, a premissa é de que o programa de *compliance* robusto tende a facilitar a detecção do ilícito e a coleta de provas para subsidiar a negociação do acordo. Aliás, quanto mais tempestiva for a empresa no reporte à autoridade, via de regra, melhor tende a ser a sua posição na fila de negociação do acordo. Outrossim, como visto no Capítulo 2, em tese, há menos reticência no tocante à conveniência e oportunidade de se abordar o programa de *compliance* em sede de TCC em comparação com a leniência, a valer potenciais riscos para a efetividade e atratividade desse instrumento. Em paralelo, sublinhe-se uma preocupação ventilada pela doutrina no tocante à imposição do programa de *compliance* no âmbito de negociação de acordos, podendo ensejar riscos de captura do regulador pelo regulado ante um nível de maior proximidade para a aferição, avaliação e monitoramento do programa, junto com um jogo de barganha. Ver: LACHNIT, op. cit., **Alternative enforcement...**, p. 320.

⁹⁷⁶ Considerando formas “criativas” para pensar o programa de *compliance* concorrencial dentro das estratégias de *enforcement*, Riley e Sokol sugerem, por exemplo, a remoção da responsabilidade parental pelos atos praticados pela subsidiária caso esta empresa claramente viole o programa de *compliance* da empresa-mãe. Nesse sentido, RILEY; SOKOL, op. cit., p. 9.

apurar a definição da responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo econômico para fins concorrenciais.

Em primeiro lugar, e aqui tomando como base a Lei 12.529/2011, art. 33, tem-se, *in verbis*: “serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica” (grifos nossos). Ora, da dicção desse dispositivo, clara está a existência de responsabilidade solidária em virtude da infração à ordem econômica em face de sociedades controladoras e controladas. Assim, é necessário precisar o sentido de “grupo econômico” para averiguar se a controlada se encontra sob o manto da empresa-mãe, isto é, dentro do seu grupo econômico. Como elucida Paula Forgioni, os grupos de direito encontram-se previstos na LSA (art. 265 e seguintes) e são raros no Brasil. O mais importante consiste em caracterizar a responsabilidade solidária dos integrantes do *grupo de fato*, pois assim o patrimônio de um membro poderá responder por penalidades ou indenizações impostas em decorrência da prática ilícita de outro. O grande desafio, como observa Forgioni, consiste na caracterização do grupo de fato, haja vista a falta de consenso doutrinário/jurisprudencial a respeito.⁹⁷⁷

Com base em precedente do CADE,⁹⁷⁸ verifica-se que para a configuração de grupo econômico para fins concorrenciais (controle de condutas), devem ser observados dois elementos centrais: (i) manutenção de personalidade jurídica própria das sociedades participantes; e (ii) conexão entre as sociedades participantes, caracterizada pela existência de uma orientação concorrencial central, a qual se traduz por uma estratégia competitiva concorrencial elaborada por um centro decisório comum e direcionada a todos os membros do grupo.

Considerando essa definição, e admitindo o enquadramento como empresas do mesmo grupo para fins concorrenciais, miramos para Renan Oliveira, por exemplo, o qual aduz que a responsabilização por infração antitruste nesse contexto requer um juízo subjetivo (e não objetivo), de modo que ao abordar a responsabilidade por infração à ordem econômica, deveria ser possível que a empresa controladora (ou outra empresa do grupo

⁹⁷⁷ Cf. FORGIONI, op. cit., **Os Fundamentos...**, pp. 145-146.

⁹⁷⁸ Vide Ato de Concentração nº 08700.005448/2010-14. Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

econômico) se eximisse da responsabilização caso demonstrado que não participou da conduta ou que não exercia controle sobre a sociedade infratora.⁹⁷⁹ A esse argumento se soma outro: pode ser irreal supor que a empresa-mãe de um enorme conglomerado consiga prevenir eventual desvio de uma de suas inúmeras controladas espalhadas pelo globo, não obstante os esforços e diligências adequados e proporcionais de *compliance*. Diante desse cenário, em princípio, poderia ser razoável considerar eventual isenção de responsabilidade (ou alguma forma de atenuação).

Por outro lado, como contraponto, imaginando a não responsabilização da empresa-mãe pelo ilícito praticado por sua controlada, aventa-se o risco de incentivos perversos aflorarem,⁹⁸⁰ na medida em que aquela poderia estipular metas financeiras excessivas ou incentivos que induzissem esta a cometer ilícitos dos quais a controladora (empresa-mãe) seria a beneficiária final.⁹⁸¹ E é importante ter claro esse aspecto: o fato de que se está a falar é o da responsabilidade solidária patrimonial, o que significa a responsabilidade pelo pagamento da sanção. Ou seja, relativiza-se o argumento da subjetividade ventilado acima, dado que mesmo que não tenha havido dolo/culpa da controladora, existe o ganho, ainda que indireto, do envolvimento da controlada no ilícito. E mais: o grupo se beneficia do ilícito praticado por alguma de suas empresas.

Donde, pode ser no mínimo questionável a alegação da empresa-mãe no sentido da não participação na conduta a fim de eximir a responsabilidade patrimonial se, mesmo não participando da conduta, esta, ao fim e ao cabo, ainda que de maneira indireta, se beneficia dos ganhos do cartel. Logo, como houve benefício econômico para o grupo decorrente da prática ilícita, justificar-se-ia, em tese, a responsabilidade solidária do grupo pelo pagamento da sanção, o que inclui, portanto, a responsabilidade da empresa mãe.

⁹⁷⁹ Renan Oliveira sustenta que o art. 33 não pode ser interpretado genericamente no tocante à responsabilização por infrações antitruste, sob pena de agredir uma série de garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo sancionador. Ver: OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. A Responsabilidade Solidária entre Sociedades Empresárias de um mesmo Grupo Econômico por Infrações ao Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, nov. 2018, p. 158.

⁹⁸⁰ Cf. WILS, op. cit., p. 12.

⁹⁸¹ Por outro lado, Geradin relativiza tais preocupações, citando o desconhecimento de correlação empírica entre os pontos aventados, para além de colocar em perspectiva a possibilidade de a controladora influenciar o comportamento da controlada vs. a real influência que a controladora exerce na controlada. Ver GERADIN, op. cit., p 6.

Enfim, o debate é realmente instigante e ainda está longe de encontrar respostas definitivas; com efeito, trata-se de uma investigação rica e em construção. Limitaremos nossas considerações a esses sucintos apontamentos e provocações, tendo registrado, brevemente ao longo das últimas notas, alguns problemas e temáticas que merecem investigação minuciosa no âmbito de ulteriores pesquisas acadêmicas.

CONCLUSÕES

A investigação realizada neste trabalho não se reduziu a um restrito debate versando sobre um possível “desconto ou não desconto ao programa de *compliance* concorrencial, eis a questão”. Com efeito, foi desenvolvida uma pesquisa minudente à luz do multifacetado tema do programa que *compliance*, que, por sua vez, por inúmeros motivos, começa a ganhar mais fôlego e atenção no Brasil, na esteira de estudos, debates e acontecimentos ao redor do mundo. Em maior substância, esta dissertação buscou explorar a realidade concorrencial brasileira no tocante ao programa de *compliance* sob a ótica do “prêmio estatal”, mesclando a revisão bibliográfica com a análise jurisprudencial, juntamente com uma forte carga de reflexão e proposição. Embora o aspecto do desconto tenha merecido destaque mais imediato à luz do problema maior deste trabalho, não se descurou, ainda que delimitadamente ao escopo da pesquisa, de uma análise multifocal para examinar o *compliance*.

Em especial, no que atine ao problema do incentivo que se coloca na hipótese do desconto pecuniário associada ao programa de *compliance*, conquanto se trate de uma variável importante de ser perscrutada diante de um renovado panorama regulatório propício para discutir estratégias de regulação e que passa a dispensar mais atenção a estilos que incorporam o paradigma do *compliance*, entendemos que a problematização em tela deve se dar, com efeito, à luz de um horizonte expandido, isto é, não restrito somente à variável do desconto, mas transbordando para tocar nas motivações, implicações e interfaces do problema. Foi com base nesse olhar, direcionado para a arena antitruste, que delineamos alguns aspectos propositivos para incitar a reflexão teórico-acadêmica e também estimular a discussão prática sobre situações ainda pouco problematizadas na realidade brasileira, em maior grau. Tais aspectos são concisamente reunidos e apresentados mais adiante, alguns repisando, outros se somando às variadas reflexões externadas ao longo da presente dissertação. Evitamos aprofundar em conceitos tratados e ressaltados no curso da investigação, indo direto ao problema enunciado no introito, sem prejuízo de pontuar alguns desdobramentos mais gerais e necessários, a nosso ver, para imprimir consistência lógica ao presente desfecho.

Dito isso, antes de delinear as conclusões desta dissertação, como pano de fundo, rememoramos a seguinte premissa:

1. O objetivo imediato de um programa de *compliance* consiste na conformação do comportamento empresarial às leis. Complementarmente, o *compliance* persegue a mudança de cultura em prol do paradigma normativo, cujo tracejado ético e o componente da integridade devem acompanhar. Tomando por base esse modo de ver, o programa de *compliance* se volta, primeiramente, à prevenção de ilícitos (mediante o gerenciamento de riscos), o que significa a prevenção de comportamentos desviantes do *standard* da conformidade, tendo por referência normas externas e internas (o arcabouço jurídico e as diretrizes empresariais). Para tanto, criam-se estruturas e incentivos para orientar o agente econômico no sentido da conformação ao *derectum*. Com a prevenção, poupam-se os custos da não conformidade relacionados, na essência, a danos financeiros, morais e reputacionais. A prevenção, entretanto, pode não ser absoluta, haja vista, naturalmente, uma realidade social instável e complexa, marcada por riscos e motivações plúrimas no bojo da organização, como também por perigos no ambiente dinâmico de mercado.

A prevenção minimiza, mas não afasta, em definitivo, o risco de que ilícitos se concretizem. Ladeando os mecanismos preventivos, o programa de *compliance* instrumentaliza meios para detecção e resposta ante a concretização do risco e do eventual dano. Ao facilitar a identificação do risco (evento adverso) e a respectiva resposta/remediação do dano (consequência danosa), esses meios encorajam a resiliência empresarial para a conformidade: com os incentivos adequados, o resultado esperado é a modificação da cultura organizacional assentada nos pilares da legalidade e da ética empresarial, como parte de uma reforma profunda na governança e nos valores da empresa.

O programa, por essa ótica, não encerra um fim em si mesmo. Antes, trata-se de ferramenta para a concreção de um fim maior: a prevenção em primeiro lugar, que pavimenta caminho para incrustar a cultura da conformidade no seio corporativo. Trata-se, portanto, de relevante ativo empresarial que contribui para a perenidade e sustentabilidade da organização, perpetuando o valor dos seus negócios mediante uma atuação ética, íntegra e responsável. No horizonte antitruste, esse raciocínio evoca a perspectiva da sensibilização da cultura concorrencial, traduzida na internalização do paradigma pró-competitivo como valor que conforma e informa a atuação da empresa e que engendra a conscientização sobre a cultura anticartel (por exemplo). Tal é o valor primordial do programa de *compliance* concorrencial: a possibilidade aumentada de inculcar na organização a cultura da

concorrência e assegurar o cumprimento das leis em primeiro lugar, minorando as chances de práticas anticompetitivas e amplificando o nível de bem-estar.

2. Sob esse pano de fundo, a pedra angular deste trabalho restou fixada, de modo mais imediato, na análise jurisprudencial da autoridade antitruste brasileira, com foco no controle de condutas, no intuito de averiguar o tratamento dispensado pelo CADE ao programa de *compliance* concorrencial, especialmente quanto às suas implicações práticas na seara punitiva, em particular no que diz respeito à possibilidade de considerar a implementação do programa de *compliance* como fator atenuante na dosimetria. Em princípio, no âmbito do ordenamento concorrencial brasileiro, a adoção de tais programas não é (e nunca foi) medida obrigatória para atuação dos agentes econômicos. Como passo anterior e necessário para proceder com a revisão de jurisprudência, mapeamos e averiguamos toda disciplina “normativa” no arcabouço concorrencial brasileiro desde o advento da Lei 8.884/1994. De forma adicional, miramos para a experiência comparada e para a discussão doutrinária com a finalidade de ventilar reflexões e possíveis proposições à sistemática brasileira em termos de refinamento. Em particular, para fins da pesquisa jurisprudencial, as seguintes questões-problema foram formuladas para iluminar a investigação:

(a) se o CADE *disciplina e incentiva* a implementação de programas de *compliance* concorrencial; (b) no caso de resposta afirmativa, (b.1) como o CADE *disciplina e incentiva* a implementação dos referidos programas; (b.2) se a abordagem adotada pelo CADE está *alinhada* ao que se observa nas principais jurisdições antitruste; e (b.3) se seria conveniente e oportuno *refinar* algum aspecto da política concorrencial brasileira em matéria de programa de *compliance* a fim de tornar mais atrativos os incentivos para implementação desses programas.⁹⁸²

A par dos resultados obtidos no cotejamento da jurisprudência, em primeiro lugar, concluiu-se que atualmente (e também no passado, porém de forma muito rudimentar quanto à repercussão do incentivo, principalmente por conta do momento histórico e do contexto institucional) o CADE *disciplina e incentiva* o programa de *compliance*, adotando uma

⁹⁸² Conforme esclarecido na Introdução desta dissertação, nesses eixos coligados, ao fazer referência ao CADE, procuramos investigar os contornos dispensados pela legislação concorrencial brasileira (Lei 12.529/2011 e Lei 8.884/1994) e a prática da autoridade antitruste sobre o problema objeto de estudo.

postura que considera a *possibilidade de premiar* instrumentos de conformidade antitruste mediante o incentivo direto na forma de *desconto pecuniário*, refletindo a postura de certos reguladores em outras jurisdições. Nenhuma outra repercussão (agravante ou afastamento da multa, por exemplo) foi verificada em razão do programa de *compliance* no âmbito de nossa análise.⁹⁸³ Sob um ângulo mais detalhado, constatamos que o tema e seu problema se mostram incipientes na realidade do órgão concorrencial brasileiro, com discussões que precisam ser travadas e amadurecidas. Explica-se: apenas mais recentemente é que se constatou uma fagulha de discussão, porém sem o necessário rigor e aprofundamento para extrair balizas mais firmes e consistentes sobre importantes questões que rodeiam o tema, de modo que posicionamentos e refinamentos são desejáveis a fim de enfrentar questões que já existem e outras que tendem a aparecer. Vale destacar, em paralelo, que assim como o órgão antitruste brasileiro dispensou até aqui pouca atenção às implicações do programa de *compliance* no âmbito de seus julgados, também se constatou escassez de trabalhos acadêmicos e de discussões doutrinárias no plano nacional especificamente voltados para esse ângulo temático. Apenas mais recentemente é que o tema, em seu recorte metodológico, vem ganhando maior tração na esfera acadêmica, possivelmente como reflexo de debates que parecem querer ganhar envergadura na práxis do CADE, em conjunto com contribuições de outras searas e do evoluir das discussões internacionais.

Em linhas gerais, os resultados da jurisprudência, ainda que limitados quantitativamente (e também qualitativamente), sinalizam que o CADE é coerente com suas diretrizes no tocante às repercussões práticas do programa de *compliance*, isto é, considera a possibilidade de conceder desconto em virtude da implementação desse tipo de programa. Cumpre observar que esse aspecto é abordado de forma bastante genérica por meio de diretrizes orientativas no âmbito de guias (*soft law*). Na prática jurisprudencial, foi possível inferir, especialmente no cenário mais recente, divergência do Plenário do órgão acerca das implicações materiais do programa na perspectiva do prêmio estatal, ainda que tenda a prevalecer, na atual composição, uma visão favorável à possibilidade do desconto em face de determinadas circunstâncias concretas. De toda maneira, como afirmado, carecem debates mais aprofundados para extrair sinalizações mais claras e objetivas. De igual modo,

⁹⁸³ Ainda que não tenha consistido em nosso foco imediato, ao longo da análise jurisprudencial checamos se alguma referência expressa a tais possibilidades havia sido feita quando dos casos versando sobre programa de *compliance*, porém não identificamos resultados nessa direção. Pesquisamos ainda, secundariamente, se a possibilidade de “afastamento de proibições” fora cogitada na prática, também sem identificar resultados nessa direção.

praticamente se silencia sobre questões e características relacionadas à segurança e à previsibilidade, fundamentais, em nossa compreensão, para promover e difundir o tema e seu problema de modo mais consistente, efetivo e seguro.

Nesse diapasão, para além da generalidade que prevalece no tratamento do desconto pecuniário, sob um enfoque mais abrangente verifica-se a ausência de discussão (ou discussão deficitária ou insuficiente) sobre uma série de aspectos colaterais e instigantes que circunda o programa de *compliance* concorrencial⁹⁸⁴ e que já se entremostra ou pode vir à tona. Nesse sentido, à guisa de exemplo, e buscando enriquecer as contribuições, enumeramos, sintética e propositivamente, os seguintes aspectos para reflexão:⁹⁸⁵

- (i) impactos na gradação da dosimetria *vis-à-vis* o momento de estruturação do programa (*ex-ante factum* ou *ex-post factum*);⁹⁸⁶
- (ii) possibilidade de agravar a pena para o infrator que, eivado de má-fé, mimetizou um programa de *compliance*, servindo de ardil para ludibriar e induzir a erro a autoridade, ou mesmo para facilitar determinada infração;⁹⁸⁷
- (iii) circunstâncias que afastariam ou diminuiriam eventuais descontos (ou mesmo que agravariam a pena) em face do *compliance*. Como exemplo: (iii.1) o envolvimento da alta direção no cartel (incluindo a negligência ou “tolerância consciente” dos executivos face ao ilícito);⁹⁸⁸ (iii.2) a reincidência do infrator com programa de *compliance* previamente recompensado pela autoridade;⁹⁸⁹

⁹⁸⁴ Para cada aspecto, uma nota de rodapé objetiva, com reflexão exemplificativa, acompanha. Essencialmente, a reflexão a ser levada em conta diz respeito à conveniência dos aspectos (perpassando, em algumas hipóteses, juízo de legalidade e proporcionalidade).

⁹⁸⁵ O que não significa, sublinhe-se claramente, que este pesquisador concorda com todos os aspectos listados. Eles são colocados no intuito de instigar a reflexão.

⁹⁸⁶ Reflexão sobre momento do incentivo, efeitos indesejados e objetivos da política preventiva do *compliance* concorrencial.

⁹⁸⁷ Reflexão sobre a disciplina do programa de fachada e suas implicações. Preocupação decorrente do princípio da legalidade estrita *vis-à-vis* ausência de critério na dosimetria (possível construção hermenêutica a partir da ausência de boa-fé). Reflexão sobre a não obrigatoriedade de estruturar o programa de *compliance vis-à-vis* punição do programa de fachada.

⁹⁸⁸ Aqui vale destacar, conforme reportado pela doutrina, que, em princípio, quase sempre a alta direção ou indivíduos com poderes decisórios ou delegação substantiva é que se envolvem na prática de cartel.

⁹⁸⁹ Reflexão sobre incentivos e objetivos da política preventiva do *compliance* concorrencial. Reflexão adicional à luz do princípio da legalidade estrita e da proporcionalidade.

- (iv) obrigatoriedade de implementar o programa de *compliance* no bojo de decisões condenatórias (espécie de sanção não-pecuniária),⁹⁹⁰ e, em determinadas circunstâncias mais gravosas, a imposição de monitor externo e independente para acompanhar a evolução das práticas de conformidade durante determinado período de supervisão;⁹⁹¹
- (v) reforma legal para tornar obrigatória a implementação de programas de *compliance* concorrencial,⁹⁹² ou, mais temperadamente, reforma legal para estabelecer a obrigatoriedade de que certos agentes com atuação em setores e indústrias mais sensíveis a riscos de cartelização ou com histórico de condenação implementem sistemas de conformidade concorrencial, comprovando regularmente os resultados do programa;
- (vi) reforma legal para estabelecer, como pré-requisito à celebração do acordo de leniência, a existência do programa de *compliance*, ou então o compromisso de estruturar ou aperfeiçoar tal programa como requisito para a assinatura do acordo (a mesma lógica replicável no âmbito dos TCCs, quando também se cogitaria, para casos mais graves, a imposição de monitores externos e independentes para acompanhar a evolução das práticas de conformidade durante determinado período de supervisão);⁹⁹³
- (vii) isenção da responsabilidade da empresa dotada de programa de *compliance* robusto e que tenha envidado esforços adequados de conformidade, a despeito do ilícito praticado pelo executivo e/ou empregado desonesto,⁹⁹⁴ transladando a sanção exclusivamente para esses indivíduos (e uma sanção que não se restringisse ao escopo meramente pecuniário, mas sim que adicionasse algum fator moral);

⁹⁹⁰ Reflexão sobre o alcance normativo do art. 38, inciso VII, da Lei 12.529/2011 *vis-à-vis* sua amplitude semântica, considerando, *e.g.*, princípios da legalidade estrita e da proporcionalidade.

⁹⁹¹ *Idem supra*.

⁹⁹² Reflexão que remete à modalidade específica de autorregulação regulada, a qual obrigaria o agente privado a implementar um programa de *compliance* concorrencial, possivelmente punindo, como infração administrativa, a conduta omissiva de deixar de implementá-lo.

⁹⁹³ Reflexão sobre incentivos, princípios da legalidade estrita e da proporcionalidade, efeitos indesejados e objetivos da política preventiva do *compliance* concorrencial.

⁹⁹⁴ Reflexão sobre a teoria do defeito da organização (em contraposição ao regime da heterorresponsabilização) e também reflexão sobre a extinção de culpabilidade com base no princípio da inexigibilidade de conduta diversa do Direito Penal transposta para o Direito Administrativo Sancionador.

- (viii) isenção de responsabilidade da empresa-mãe pelo ilícito praticado por sua controlada se demonstrados esforços robustos e adequados de conformidade empreendidos pela empresa-mãe;⁹⁹⁵
- (ix) coordenação entre reguladores para o cotejamento de programas de *compliance*, de modo a estipular critérios alinhados e isonômicos de avaliação, considerando a interface do programa de *compliance* concorrencial com outras searas no caso de ilícitos justapostos (*e.g.*, antitruste e anticorrupção);⁹⁹⁶
- (x) estruturação de um setor específico no CADE, com recursos, pessoal e capacitação técnica, para avaliação de programas de *compliance*; ⁹⁹⁷
- (xi) lineamento sobre os parâmetros materiais de avaliação do programa de *compliance*,⁹⁹⁸ com sensibilidade para as diferentes estruturas empresariais;
- (xii) orientação hermenêutica sobre a boa-fé visando extrair o sentido interpretativo do programa de *compliance* na dosimetria,⁹⁹⁹ *e.g.*, balizar a dimensão objetiva da boa-fé e seu alcance (normativo) diante do agente econômico que estrutura ou aperfeiçoa seu programa de *compliance*;
- (xiii) certificação de programas de *compliance* concorrencial, considerando uma sistemática que não torne onerosa a eventual certificação para a autoridade

⁹⁹⁵ Reflexão sobre o alcance da responsabilidade solidária e estrita legalidade.

⁹⁹⁶ Reflexão sobre aproximações normativas considerando a disciplina objetiva do tema no âmbito de Lei Anticorrupção e de possíveis ilícitos que se justapõem às searas concorrencial e anticorrupção (*e.g.*, cartéis em licitação). Ponderação de prós e contras, bem como de sinalizações proporcionais e coordenadas (*i.e.*, que uma esfera não obnubile os incentivos de *compliance* da outra).

⁹⁹⁷ Reflexão sobre possível medida para evitar risco de seleção adversa. Preocupação com captura regulatória e formas de minorar a exposição do regulador ao jogo de barganha do administrado.

⁹⁹⁸ Reflexão sobre aumento de segurança jurídica e previsibilidade. Necessidade adicional de se refletir sobre o alcance semântico do termo “robusto”, conforme termo utilizado pelo CADE em seu Guia de *Compliance* ao se referir ao programa de *compliance* passível de fazer jus à recompensa. Reforço do senso orientativo no que tange aos parâmetros de avaliação (não *checklist*, mas aumento da previsibilidade com melhor e maior sinalização).

⁹⁹⁹ Reflexão à luz do princípio da legalidade estrita *vis-à-vis* a generalidade do dispositivo (carga polissêmica atrelada à boa-fé).

(eventualmente delegando a atividade para credenciadores pré-aprovados), nem potencialize riscos de incentivos perversos;¹⁰⁰⁰

- (xiv) publicização de listas com exemplos positivos e negativos de empresas com programa de *compliance* concorrencial, servindo como *benchmarking* para os agentes econômicos e também como ferramenta de *screening* no mercado para incentivar comportamentos desejados e dissuadir indesejados;¹⁰⁰¹
- (xv) estabelecimento de um protocolo de monitoramento pelo CADE, que permita acompanhar e analisar o impacto da política de descontos ao *compliance*,¹⁰⁰² com prestação de contas para a sociedade etc.

Com efeito, consideramos, da perspectiva dos administrados, que maior grau de concretude é desejável no que concerne aos aspectos propositivos enumerados para reflexão, bem como que ponderação detida por parte da autoridade e investigação acadêmica aprofundada são medidas necessárias para bem compreender os efeitos - positivos, negativos e/ou neutros - de tais aspectos, conduzindo a um ganho de massa crítica, seja para repensar, seja para desenvolver e refinar as políticas e estratégias que embasam a disciplina do programa de *compliance* concorrencial. Alguns desses aspectos poderiam ser aclarados mais objetivamente pela autoridade, quer mediante diretrizes e guias complementares, quer em sede de seus julgados, enquanto que outros, para efetivação, demandariam a disciplina no bojo legal ou infralegal, traduzindo questões de *lege ferenda* para o legislador ou, a depender, para o próprio regulador.

Cumprir advertir que, se por um lado, determinados aspectos podem ser de valia dentro do macro contexto de *enforcement* anticartel, em particular para servir de incentivo adicional à implementação desses programas e, subsidiariamente, alavancar a cultura da concorrência no país,¹⁰⁰³ por outro lado, é fundamental cotejar os *trade-offs* existentes, tendo em conta a lente discricionária da Administração pública, que deve ser equilibrada sob um

¹⁰⁰⁰ Reflexão sobre incentivos perversos e risco de captura.

¹⁰⁰¹ Reflexão sobre formas adicionais de ampliar a dissuasão e de incrementar o comprometimento moral com a cultura da conformidade concorrencial.

¹⁰⁰² Reflexão sobre formas para minimizar o risco de predação regulatória.

¹⁰⁰³ Sem jamais olvidar a importância dessa medida ante o histórico institucional brasileiro, de economia fechada, estrutura empresarial concentrada, forte intervenção estatal, alta burocracia na infraestrutura etc.

enfoque global de proporcionalidade, isonomia e razoabilidade. Subjacentemente à essa discussão, também veio à tona, no arcabouço jurídico nacional, um normativo acentuando a importância da segurança jurídica (*i.e.*, nova LINDB). Destarte, é imperativo que a autoridade reflita com acuidade quanto à extensão e aos impactos da proposição que pugna pela maior objetividade na disciplina do tema e de seu problema, cotejando seus prós e contras, pois ao mesmo tempo que se busca forjar incentivos para exponenciar a taxa de conformidade concorrencial e complementar o *enforcement* anticartel por intermédio da difusão segura e consistente do programa de *compliance*, também se faz necessária a cautela para não desvirtuar incentivos postos para outros instrumentos de *enforcement* (*e.g.*, multas, leniência, acordos etc.). A mesma cautela é necessária para não ensejar incentivos perversos que desemboquem em programas de fachada, que poderiam dar azo a efeitos indesejados, como a seleção adversa e a predação regulatória, ou mesmo que suscitariam risco moral.

3. Concluimos que o debate mais acalorado e que ensejou contribuições mais férteis em torno do tema e seu problema resulta de discussões provenientes de fora do país.¹⁰⁰⁴ No exterior, não apenas a doutrina especializada vem se debruçando com afinco no estudo do tema e do problema pinçado para esta pesquisa, inclusive com perspectivas interdisciplinares que se amoldam, expandem e trazem resultados que desafiam métodos mais tradicionais de análise (*e.g.*, polinização cruzada do antitruste com análises comportamentais associadas à economia, ética, psicologia etc.), como também algumas autoridades demonstram nítido interesse em aprofundar o entendimento sobre as implicações práticas do programa de *compliance* concorrencial. O ambiente institucional está mais propício para descortinar o tema, influenciado, sobretudo, pelo momento do antitruste ao redor do globo, que experimenta um arcabouço regulatório marcado pela proliferação de legislações severas, perfectibilizadas por um *enforcement* rigoroso, com pesadas condenações para os infratores (*e.g.*, sanções financeiras e morais, incluindo a pena de prisão em determinadas jurisdições) e, a despeito disso, sem sinais aparentes de arrefecimento de cartéis.¹⁰⁰⁵

A esse cenário se adiciona, pois, um adensamento no campo das ideias quanto às estratégias de *antitrust policy* visando alavancar o *enforcement* anticartel por meio de outros instrumentos que não apenas a abordagem sancionatória, a qual sugere esgarçamento e

¹⁰⁰⁴ Nunca é demais ressaltar todo o cuidado acadêmico e rigor científico no que toca a questões de transplante de institutos, conceitos e afins.

¹⁰⁰⁵ Aqui é importante considerar os pressupostos da pesquisa.

aparente limitação para internalizar o cumprimento normativo e modificar a cultura empresarial. No entremeio, verificam-se iniciativas de *compliance* de outras searas sendo ponderadas, e algumas de fato valorizadas (*e.g.*, anticorrupção e *criminal compliance*), bem como uma sociedade mais crítica, bem informada e exigente, que se preocupa e dá valor a comportamentos empresariais éticos, transparentes e responsáveis em face dos contornos mais complexos que assumiram as relações hodiernas. O movimento de cidadania corporativa e de responsabilidade social corporativa são indicativos dessa nova configuração social e vêm alimentando a demanda por estruturas de conformidade e comportamentos íntegros e hígidos. O programa de *compliance* concorrencial é parte desse buliçoso quadro e se insere como um tema contemporâneo na agenda dos reguladores antitruste globais, cuja tendência é de crescente visibilidade, analisado agora por lentes mais nuançadas.

4. Constatamos que, basicamente, não há dissenso entre os reguladores antitruste no que atine ao apoio e ao encorajamento a iniciativas de *compliance vis-à-vis* os inúmeros benefícios que tais iniciativas acarretam para o bem-estar econômico e social. Mais amplamente, sublinhe-se que a promoção de uma agenda de *compliance* concorrencial por meio de iniciativas de *advocacy* é uma medida positiva e oportuna para conscientização e disseminação da cultura da concorrência. Nessa esteira, a transparência das ações de *enforcement* estatal, juntamente com o papel da imprensa no reforço e disseminação de conteúdo crítico,¹⁰⁰⁶ afetam o senso de estigmatização social das infrações antitruste. Esse fato é deveras importante, em especial porque, aparentemente, como reporta a doutrina, os agentes econômicos percebem a infração antitruste (*i.e.*, cartel) como sendo menos séria ou de menor gravidade quando comparada com outros ilícitos corporativos (*e.g.*, corrupção), de modo que se teria um “sentimento social” mais frouxo em relação ao perigo e à reprovabilidade dos ilícitos concorrenciais.

Destarte, iniciativas de *advocacy*, complementadas pela transparência ostensiva às ações de *enforcement* do órgão concorrencial, contribuem para agregar juízo crítico do ponto de vista moral, reforçando a consciência social sobre a ilicitude e os prejuízos derivados dos cartéis, redundando, em princípio, no aumento do custo social desse ilícito. Por outro lado, a carência ou o baixo nível da cultura da concorrência no país tende a minimizar a reprovabilidade social do cartel, influenciando na agenda de cumprimento normativo.

¹⁰⁰⁶ Igualmente, o papel desempenhado por instituições da área, *think tanks*, academia etc., é curial nessa ótica, investigando temas criticamente, produzindo conteúdos sérios e espraiando conscientização.

Adjacientemente, deve-se ter em vista que o direito antitruste não é matéria de apreensão óbvia ou trivial para o senso comum, podendo ser percebido, inclusive, como “esotérico” ou hermético, de sorte que, em teoria, iniciativas direcionadas de *advocacy* contribuem para diminuir o hiato de conhecimento e exponenciar a cultura da concorrência, iluminando, pois, um círculo virtuoso de conformidade.

O programa de *compliance* é um instrumento que se insere nesse cenário e tem o potencial de desempenhar um importante papel para o sucesso do mencionado círculo virtuoso. Sendo assim, a promoção desse instrumento é útil para impulsionar a cultura da concorrência, de tal forma a também ser útil para impulsionar a conscientização sobre práticas anticompetitivas, fortificando uma genuína cultura preventiva junto aos agentes econômicos. Aqui, em particular, o objetivo consiste em alterar padrões de comportamento em prol de uma atuação empresarial orientada pelos *standards* da ética empresarial e da conformidade concorrencial. A efetividade dessa medida é diretamente dependente da forma como o agente econômico a internaliza e, essencialmente, da maneira como incentivos são formulados e determinados no interior da organização para motivar e desmotivar comportamentos. Isso implica, por conseguinte, o necessário olhar que adentre às estruturas internas da empresa, indo além do estereótipo da “caixa preta”, com o fim de explorar suas múltiplas camadas e seus matizes.

Na essência, estrutura, cultura e agência conformam o tripé que pavimenta os incentivos e as estratégias de atuação empresarial. Ressalte-se, nesse caso, o aspecto intrinsecamente desafiador do cartel, na medida em que, em linhas gerais, esse ilícito é benéfico tanto para o indivíduo infrator (geralmente implicando envolvimento do alto escalão, responsável por ditar o tom da cultura corporativa), quanto para a empresa propriamente dita, de modo que incentivos internos podem ser orientados, ainda que camufladamente, para instigar esse ilícito, desvirtuando a lógica da conformidade e arrefecendo o potencial de instrumentos preventivos.

Tendo em conta esse contexto, a controvérsia que impera entre os reguladores não diz respeito ao *incentivo indireto* de indução ao *compliance*, caracterizado, dentre outras formas, nas iniciativas institucionais de *advocacy*, mas sim o imbróglio se situa, substantivamente, no âmbito do *incentivo direto* relacionado às repercussões práticas do programa de *compliance* concorrencial para efeitos de dosimetria pecuniária. Nesse

particular, como examinado, pudemos constatar que a divergência se divide em duas principais vertentes:¹⁰⁰⁷

(a) de um lado, situam-se as autoridades consideradas “neutras”¹⁰⁰⁸ em relação ao programa de *compliance*, isto é, o programa de *compliance* concorrencial é indiferente no tocante à dosimetria da pena, seja como fator atenuante ou agravante. O programa de *compliance* aqui é interpretado como medida de autogovernança da empresa, ou seja, o agente responsável já implementaria o programa independentemente da recompensa. A existência do ilícito seria a comprovação de um programa falho, que em nada alteraria a realidade da infração, afastando, por corolário, qualquer argumento nos moldes da recompensa, pois se fosse assim ter-se-ia a mensagem de que o ilícito é em parte custeado pelo regulador (*i.e.*, subsídio estatal que faz do programa uma espécie de “seguro barato”), visto como algo rentável, desestimulando o paradigma preventivo em primeiro lugar. Os benefícios derivados do programa de *compliance* são, por essa lógica, conaturais e decorrem da prevenção (“melhor remédio”). Afora isso, existe ainda no ordenamento a possibilidade de celebração de leniência e outros acordos, indutores mais que suficientes à estruturação desses programas. A aplicação rigorosa da lei, nessa visão, é o principal incentivo ao *compliance*;

(b) de outro lado, situam-se as autoridades que são favoráveis a recompensar o infrator que dispõe, aperfeiçoa ou adota, de boa-fé, um programa de *compliance* concorrencial robusto, considerando um sem número de externalidades positivas (e que deve ser demonstrável) que o investimento extraordinário em sérios sistemas de conformidade acarreta para a sociedade. Também se sustenta que o programa de *compliance* contribui com a autoridade na função estatal de vigiar o comportamento do mercado, diminuindo custos de monitoramento, o que se traduz em ferramenta suplementar à (limitada) função estatal. Não se ignora que a aplicação da lei é a pedra de toque para incentivar o *compliance*, mas se

¹⁰⁰⁷ Considerando a hipótese de conceder ou não o desconto. É válido apontar que essa divisão em dois lados “antagônicos” do espectro, isto é, autoridades que admitem o desconto e autoridades que não admitem o desconto (estas últimas tidas como “neutras” em verdade, vez que, a rigor, não atenuam nem majoram a sanção em virtude do programa de *compliance*), é feita para facilitar a didática. Conforme se avança no “*continuum*”, de um extremo para o outro, há possibilidade de combinações, sobretudo no que se refere à vertente favorável ao desconto, que admite diferentes tons e condicionantes a depender de uma série de variáveis diante do caso concreto.

¹⁰⁰⁸ O atributo “neutro” se refere, em particular, à indiferença quanto ao prêmio em virtude do programa de *compliance*. Sob o foco que mais interessa ao recorte desta pesquisa, via de regra, o regulador tido por neutro não concede desconto ao agente econômico dotado ou que se compromete a estruturar um programa de *compliance* concorrencial.

acresce que o real investimento no sistema de *compliance* extrapola os limiares legais, demandando custos não desprezíveis para o agente econômico, sendo razoável, em contrapartida, o incentivo estatal na forma de recompensa *vis-à-vis* os benefícios alargados da estrutura de autorregulação corporativa, quer para a transformação da cultura empresarial, quer para, em especial, a mudança dos padrões de conformidade do mercado. Argumenta-se, adjacientemente, que eventual falha não significa, *per se*, que o programa não é efetivo e robusto, a desnaturar o seu predicado genuíno. Em verdade, ter-se-ia um incidente pontual, esporádico e que não representa a cultura consolidada de integridade da organização. Ainda desse lado do espectro, há uma subdivisão que leva em conta o momento de implementação do programa para fins da recompensa, isto é, adoção do programa de *compliance* antes da infração ou após a infração, podendo atribuir diferentes pesos de desconto a depender dos cenários. Da mesma forma que consideram a possibilidade de recompensar o programa de *compliance* sob determinadas circunstâncias, os reguladores desse lado do espectro são sensíveis à possibilidade de, excepcionalmente, agravarem a multa da empresa em virtude de um programa emulado, que ludibrie a autoridade e cause prejuízos.

5. Em última instância, a nossa compreensão é que a análise do desconto - que referimos metafórica e propositalmente, para gerar reflexão, como “nó górdio” - se relaciona à matéria de *antitrust policy*. Trata-se de uma questão de escolha do ente estatal, com base em sua discricionariedade, dentro de suas estratégias regulatórias, para a persecução de políticas públicas, elegendo as ferramentas e os incentivos que entende mais convenientes e oportunos para tanto - e que não são imutáveis, pontue-se. Diante dessa lógica, recompensar o programa de *compliance* pode ser visto como parte de uma estratégia estatal global que busca forjar indutores adicionais para o cumprimento normativo e para o fortalecimento da cultura da concorrência no país.

Grande parte da doutrina analisada sublinha a importância do incentivo direto ao programa de *compliance* como forma de indução explícita à adoção do programa, oportunizando conscientização crítica e incrementando o potencial do *enforcement* anticartel, sob a premissa de que o modelo tradicional de regulação, baseado no comando e controle estrito, ante uma lógica eminentemente coercitiva, atingiu os seus limites, não sendo suficiente para, sozinho e unilateralmente, gerar o necessário nível de comprometimento normativo para a mudança de normas e valores sociais, posto que, em última análise, o que faz é precificar a desconformidade. Assim, no contexto regulatório contemporâneo, dentre

outras estratégias, emerge a possibilidade de os reguladores incorporarem técnicas e abordagens mais flexíveis, criativas e cooperativas no âmbito de suas caixas de ferramentas, destacando-se, por exemplo, o incentivo ao programa de *compliance*, o que, concomitantemente, espelha uma crescente demanda social por padrões éticos e de integridade no mercado.

Em que pese nossa inclinação favorável à abordagem que acena para a recompensa de sistemas de conformidade sérios e robustos, a conclusão é que deve haver parcimônia e devido cuidado do Estado na administração do desconto, mormente para não ensejar incentivos perversos e efeitos indesejados sobre o bem-estar econômico e social, que poderiam macular o potencial virtuoso da relação público-privada. A possibilidade do desconto como estratégia para encorajar o incremento da taxa de conformidade, à luz das reflexões anteriormente postas, requer atentas calibrações: dosagem cautelosa na dosimetria da atenuante (ou eventual agravante) é fundamental para evitar o risco de contraincentivo da medida, que poderia redundar em impacto para o *enforcement*, inibindo a dissuasão da sanção, por exemplo, além de propiciar um ambiente povoado por programas cosméticos.

No mesmo giro, é vital que haja preparo e capacitação técnica do regulador quando da avaliação do programa de *compliance* concorrencial, cujos efeitos concretos devem ser claramente demonstrados pelo agente econômico, evidenciando que a violação foi casual e não se coaduna com a cultura consolidada de boas práticas da organização. Nessa interface mais estreita entre ambos os atores, é indispensável que a atenção esteja redobrada, principalmente para evitar riscos de captura e de predação regulatória, que poderiam prejudicar o *enforcement* regulatório. A finalidade aqui é encorajar justamente o contrário: intenciona-se exortar uma relação de cooperação positiva entre setores público e privado, de maneira a robustecer o quadro regulatório, em um cenário no qual *enforcement* estatal e *compliance* privado mutuamente se reforcem, complementando-se, de tal sorte a encorajar comportamentos orientados sob os ditames da legalidade, forjando um círculo virtuoso para o ambiente de defesa da concorrência e proporcionando, por via de consequência, benefícios espalhados para a coletividade e para a ordem econômica.

Estamos a falar de um novo estado da arte, que decorre da redistribuição dos papéis entre Administração pública e setor privado, engendrando uma forma alternativa de controle por meio da cooperação regulatória. Aquela, sempre detentora do monopólio estatal na

aplicação das regras concorrenciais, vê-se diante do “compartilhamento” da disciplina concorrencial com os agentes privados, sob um desenho que, calibrados adequadamente os incentivos, tende a contribuir para minorar assimetria de informações e elevar o sinalagma de confiança entre ambos os atores, sugerindo uma abordagem propícia em termos de ganhos de escala regulatória e fortificação do ambiente concorrencial. Nessa relação de cooperação, a autorregulação privada preenche e vem a suplementar a regulação pública, tornando-a mais eficiente e robustecida em seu *enforcement*, que, por sua vez, tende a induzir mais eficazmente a internalização da cultura competitiva no seio dos regulados. Tal é a linha de raciocínio que norteia a premissa: ao complementar a regulação estatal, a autorregulação privada fortalece as políticas públicas de defesa da concorrência, tornando-as mais críveis, efetivas e transparentes, contribuindo para minorar a incidência de ilícitos. Nesse contexto, propomos uma leitura que vislumbra no desenho regulatório de cooperação entre Estado e agentes econômicos a perspectiva voltada ao interesse comum, que objetiva, precipuamente, preservar a instituição concorrência, de modo que ambos os atores se tornam “corresponsáveis” na finalidade de tutelar a livre concorrência e diligenciar contra o abuso de poder econômico à luz dos princípios e comandos constitucionalmente previstos no ordenamento brasileiro.

6. Por tudo isso, em nossa opinião, o agente econômico que, em seu *modus operandi*, vislumbra a adoção do programa de *compliance* concorrencial ante uma lógica exclusivamente estratégica em razão da possível recompensa (*i.e.*, perspectiva lucrativa e utilitarista do *compliance* em face da possibilidade de redução da multa), tende a comprometer a efetividade e a sustentabilidade desse instrumento no que se refere à transformação do paradigma organizacional, ou seja, constrija-se a incorporação de uma autêntica cultura de *compliance* concorrencial, em adição a problemas colaterais que podem derivar no âmbito da cooperação regulatória. Em termos diretos: o agente que mira eminentemente para o desconto punitivo na implementação do programa, precificando-o no cálculo da infração, arrisca fragilizar as bases do comprometimento empresarial, potencializando incentivos perversos. Antes de mais nada, a estruturação do programa de *compliance* pelo agente econômico deve se dar como parte integrada de um compromisso (social) maior: a responsabilidade com o meio em que atua, sensibilizado pela importância normativa (e moral) de pautar o comportamento organizacional alinhavado aos valores da concorrência *vis-à-vis* benefícios amplos e perenes da cultura pró-competitiva, que transcendem o escopo meramente individual e desaguam no todo coletivo.

Trata-se, em suma, de um comprometimento normativo-valorativo com a edificação do paradigma do *compliance* concorrencial, canalizado como parte da cultura e dos valores da empresa, que, por sua vez, cria condições propícias para a consolidação de um ambiente concorrencial íntegro, forte e sadio, força motriz para uma economia mais competitiva e dinâmica, que, no agregado, fomenta inovação, eficiência, produtividade e crescimento sustentado e sustentável, de maneira a maximizar o bem-estar social. Se é assim, mostra-se no mínimo turva, e incoerente aos primados da integridade, a visão do agente econômico que focaliza, apenas e tão somente, na dimensão do desconto punitivo, como se o programa fosse uma espécie de “seguro barato” para minimizar a sua responsabilização, embutido no cálculo de custo/benefício de cometer o ilícito.

Isso não significa, vale explicitar, que a hipótese de conceder o desconto para o agente econômico de boa-fé, que adota um sério programa de *compliance*, não mereça ser considerada, mas sim que tal hipótese surge de maneira secundária em nossa leitura, devendo ser avaliada com cuidado ante o caso concreto. Com efeito, entendemos que o desconto, em determinadas circunstâncias, pode se traduzir em incentivo positivo e poderoso, um fator sinalizador e de reconhecimento das boas práticas, induzindo comportamentos saudáveis e responsáveis no mercado e na sociedade. Em outras palavras, incentivos externos bem dosados, que reconheçam o comprometimento empresarial com as regras do jogo e com a edificação de uma cultura pró-conformidade podem ser realmente convenientes e oportunos face a todo panorama regulatório destrinchado nesta dissertação, em que as ferramentas estatais se matizam a instrumentos de conformidade privado com vistas a ensejar uma autêntica mudança de comportamento, contribuindo para reformar a governança de uma estrutura empresarial comprometida. A considerar essa leitura, para nós, o objetivo do agente de boa-fé que implementa um programa de *compliance* está longe de ser o desconto pelo desconto, sob pena de, não sendo assim, isto é, se o desconto consistir na finalidade do agente, cria-se um quadro ao avesso do real espírito da conformidade e da ética empresarial.

A seu turno, repise-se que o comprometimento empresarial está diretamente relacionado aos incentivos forjados no seio da organização: esses são determinantes e devem estar alinhados em direção à cultura da conformidade. Considerando as particularidades do cartel, magnifica-se a importância da adequada formatação e apreensão dos incentivos. Sem dúvida, *compliance* no vácuo, sem uma apropriada estrutura de incentivos para motivar a

reformulação de normas e valores sociais mais profundos, não passa de instrumento estéril. Da mesma feita é a situação do *compliance* usado como bandeira fajuta e retórica, na tentativa de camuflar uma atmosfera empresarial de vulnerabilidade ético-legal. Deduz-se aqui, mais precisamente, o exato contrassenso do potencial transformador dos instrumentos de conformidade, evidenciando cenário no qual a organização exala mensagens ambíguas e rarefeitas de (pseudo) conformidade, com olhar oblíquo para a ética, sem qualquer comprometimento normativo-valorativo.

7. À luz de todo o exposto, retomamos e fechamos o raciocínio principal que norteia e encadeia os pressupostos deste trabalho, com o qual nossas ideias se coadunam: o *enforcement* vigoroso, que considera a aplicação crível das leis, com um *mix* de sanções equilibradas e suficientemente dissuasórias, combinadas com outras ferramentas na cesta do regulador (*e.g.*, leniência, acordos, reparação de danos, ações de *advocacy*), é essencial para incentivar um *compliance* efetivo, pavimentando caminho para a consolidação da salutar cultura da concorrência, que, por sua vez, é de suma importância para amplificar a taxa de conformidade concorrencial e dos respectivos instrumentos de conformidade. É justamente com base no amálgama positivo entre *enforcement* estatal e *compliance* privado, assentado em um quadro regulatório cooperativo e dialógico entre Estado e agentes econômicos, que vislumbramos maior efetividade, legitimidade, sustentabilidade e consistência da política anticartel na defesa da concorrência brasileira.

É imperativo, nesse compasso, desestruturar o “falso *compliance*” que anima as engrenagens dos cartéis - *i.e.*, a *conformação dos cartelistas para com as regras ilícitas de funcionamento do esquema criminoso* - com o verdadeiro *compliance* alavancado pelo *enforcement* vigoroso! Urge, pois, considerar o *compliance* no âmbito da autorregulação privada face a esse panorama multifacetado e interativo, levando em conta uma agenda de ferramentas e incentivos igualmente multifacetada e interativa para robustecer as políticas públicas de defesa da concorrência. A consolidação e o sucesso dessa agenda dependem não apenas da imprescindível função estatal, mas engloba também o necessário e fundamental engajamento coletivo dos agentes econômicos e da sociedade civil.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES-METZ, Rosa M. **Proactive vs Reactive Anti-Cartel Policy**: The Role of Empirical Screens. 25 jun. 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2284740>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; BAJARI, Patrick; MURPHY, Joseph E. **Antitrust Screening**: Making Compliance Programs Robust. 26 jul. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1648948>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; SOKOL, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. (ed.). **Oxford Handbook of International Antitrust Economics**. Oxford University Press (no prelo). Minnesota Legal Studies Research Paper n. 13-18 (08 abr. 2013). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2246564>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ADACHI, Pedro Pobdoi. Governança, Risco e *Compliance* nas Empresas Familiares. In: DINIZ-SAAD, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.

AINIS, Michele. The Italian Competition Authority's Maieutic Role. **Rivista Italiana di Antitrust** v. 3, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://iar.agcm.it/article/view/12426/11323>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

AKERLOF, George A. The market for "Lemons": Quality Uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, ago. 1979, pp. 488-500. Disponível em: <<https://www2.bc.edu/thomas-chemmanur/phdfincorp/MF891%20papers/Ackerlof%201970.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; Shiller, Robert J. **Animal Spirits**: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism. Princeton University Press, 2010.

ALEMANHA. Bundeskartellamt. **Effective cartel prosecution**: benefits for the economy and consumers, 2016. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Brosch%3%BCren/Brochure%20-%20Effective%20cartel%20prosecution.pdf?__blob=publicationFile&v=12>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ALVES, Robinson. **Contra a banalização do mal**: Hannah Arendt, Justiça Restaurativa e o Papel do Indivíduo no Compliance Concorrencial, 2016. 13º Prêmio Literário CIEE/CADE, 1º lugar.

AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 5, n. 2, nov. 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/353>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ANDERS, Eduardo Caminati. Agenda positiva para a concorrência no Brasil. **O Estado de São Paulo**. Blog do Fausto Macedo, 08 jun. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/agenda-positiva-para-a-concorrenca-no-brasil/>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Compliance Antitruste e Anticorrupção: moldura geral. In: ROSSETTI, Maristela A.; PITTA, Andre G. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

_____; _____. Compliance e a Cultura da Concorrência. **Valor Econômico**, 15 jun. 2016. Disponível em: <http://www1.valor.com.br/legislacao/4600643/compliance-e-cultura-da-concorrenca>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; _____. Os 5 anos da lei de defesa da concorrência: ‘*quo vadis*’? **O Estado de São Paulo**, Blog do Fausto Macedo, 29 maio 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-5-anos-da-lei-de-defesa-da-concorrenca-quo-vadis/>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; MISALE, Guilherme Teno Castilho. Programa de Compliance Concorrencial: quando compliance e enforcement se encontram. **JOTA**, 22 fev. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/programa-de-compliance-concorrencial-22022017>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ANDRADE, Diogo Thomson de; RODRIGUES, Eduardo Frade. A importância do *compliance* na detecção e combate aos cartéis. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ANDRADE, Maria Cecília; VIEIRA, Caroline Sanselme; PASTORE, Ricardo Ferreira. A responsabilidade dos administradores perante a Lei de Defesa da Concorrência e o Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica - “Iso Antitruste”. **Migalhas**, 28 maio 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4858,31047-A+responsabilidade+dos+administradores+perante+a+Lei+de+Defesa+da>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ANDRADE GUTIERREZ ENGENHARIA S.A. (Andrade Gutierrez). Website institucional. **Compliance e Integridade**. Disponível em: <http://www.andradegutierrez.com.br/Compliance.aspx>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ARAÚJO, Danilo B. dos S. Gomes de. Limitação do Risco Empresarial. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (coord.). **Agenda Contemporânea: direito e economia 30 anos de Brasil**. Tomo 3. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw).

ARAÚJO, Gilvandro Vasconcellos Coelho de; CAVALCANTI; Mariana Piccoli Lins. A importância do *compliance* no direito antitruste brasileiro. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sem desonestidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e globalização**, Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

ATHAYDE, Amanda. The Japanese Experience and Possible Lessons. In: SILVEIRA, Paulo Burnier da (org.). **Competition Law and Policy in Latin America: recent developments**. Wolters Kluwer, 2017.

_____; FRAZÃO, Ana. Leniência, *compliance* e o paradoxo do ovo ou da galinha: do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AUSTRÁLIA. Australian Competition & Consumer Commission. **A guide for business: Section 87B of the Competition and Consumer Act. Guidelines on the use of enforceable undertakings by the Australian Competition and Consumer Commission**. abr. 2014. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/system/files/Guide%20to%20Section%2087B.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Australian Competition & Consumer Commission. **Implementing a compliance program**. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/implementing-a-compliance-program>>. Acesso em: 05 dez. 2018

AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**. Nova Iorque: Basic Books, 1984.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. Disponível em: <<http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira**. Textos para Discussão, 264, jul. 2010, Escola de Economia de São Paulo - FGV EESP. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

AZMI, Rania Ahmed. **Business ethics as competitive advantage for companies in the globalization era**. jul. 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010073>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BAER, Miriam Hechler. Governing Corporate Compliance. **Boston College Law Review**, v. 50, n. 4/4, 2009. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2423&context=bclr>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BAGNOLI, Vicente. Concorrência na era do Big Data. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

_____. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: theory, strategy, and practice**. 2ª ed., Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21012015-092925/pt-br.php>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1951.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada, criminal compliance e mecanismos sancionatórios**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Caminhos da Transformação**. Discurso proferido por ocasião da posse do Ministro Dias Toffoli na presidência do Supremo Tribunal Federal, 13 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/discurso-ministro-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Prefácio. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BAZERMAN, Max H.; GINO, Francesca. Behavioral Ethics: toward a deeper understanding of moral judgment and dishonesty. **Annual Review of Law and Social Science** 8, Harvard Business School, dez. 2012. Disponível em: <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/ARLSS%20Behavioral%20Ethics_441735e0-25f5-477d-943d-dbf781ad3c3d.pdf> Acesso em: 05 dez. 2018.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BERGMAN, Howard; SOKOL, Daniel. The Air Cargo Cartel: Lessons for Compliance. In: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (ed.). **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion**. Oxford: Hart Publishing, 2015.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Tradução de Daniela B. Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução 4.567, 27 abr. 2017**. Disponível em:

<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50369/Res_4567_v1_O.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. BM&FBOVESPA. **Segmentos de listagem**. Novo Mercado. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/sobre-segmentos-de-listagem/>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução 586, 8 jun. 2017**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst586.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. _____. jun. _____. 2002. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3935.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Coleção Programa de Integridade**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA DE PROMOÇÃO DA PRODUTIVIDADE E ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA. **Concorrência**. <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/tema/concorrenca>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Anuário do CADE. 2017**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2017.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Anuário do CADE. 2018**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. _____. _____. Consulta Pública. Guia de *Compliance* do CADE. **Processo nº 08700.008222/2015-80**. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. CARVALHO, Vinicius Marques de; RAGAZZO; Carlos Emmanuel Joppert (org.). Brasília: CADE, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrenca_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica.** maio. 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade.** atual. ago. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Guia Programas de Compliance:** orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial. jan. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Guia Remédios Antitruste.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel.** atual. set. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Guias do Cade.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Prêmios.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/premiacoes>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Portaria 14, de 09 de março de 2004.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/portaria-14-2004-sde.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018

_____. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade: orientação para a administração pública federal:** orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional. set. 2018. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Lava Jato.** Para o cidadão: entenda o Caso. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BORK, Robert. **The Antitrust Paradox.** Nova Iorque: Free Press, 1993.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de companhias e a *business judgement rule***. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BRUNA, Sérgio Varella. *Compliance*, esse animal desconhecido. **JOTA**, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/compliance-esse-animal-desconhecido-31072017>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Programas de *Compliance* Antitruste: Por que cumprir a lei é bom negócio. **Revista de Direito Econômico**, n. 32, jul./dez. 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Ética e Compliance na Construção**, Brasília, 2015. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Ética_Compliance_2015.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Ética e Compliance na Construção**, Código de Conduta Concorrencial - guia de ética e compliance para instituições e empresas do setor da construção, Brasília, jun. 2016. Disponível em: <<https://cbic.org.br/migracao/sites/default/files/etica%20e%20compliance%20volume%20II.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad: 2000.

_____; PFEIFFER, Roberto. Apresentação. In: _____; _____. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

CANADÁ. Competition Bureau. Bulletin, 2015. **Corporate Compliance Programs**. Disponível em: <[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf/\\$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf/$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. **Immunity and Leniency Programs under the Competition Act**. 2018. Disponível em: <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04391.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. **Remarks by John Pecman, interim Commissioner of Competition**. Toronto, 30 out. 2012. Disponível em: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02834.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CARAZZAI, Emílio; CAMARGO, João Laudo de. Ética na Governança Corporativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre J Carneiro da et al. (coords.). **48 Visões sobre a Corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

CARDOSO, Fernando Henrique. Ainda há razões para sonhar. **O Estado de São Paulo**, 05 fev. 2017. Disponível em: <<https://opinio.estado.com.br/noticias/geral,ainda-ha-razoes-para-sonhar,70001653358>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance* e Defesa da Concorrência. **Folha de São Paulo**, Tendências e Debates, 18 ago.2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opinio/181140-compliance-e-defesa-da-concorrenca.shtml>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CARVALHO, Vinicius Marques de. A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

_____. Comentários Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor et al. (org.) **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Compliance – concorrência, efetividade e transparência. **JOTA**, 01 out. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/coluna-do-vinicius/compliance-concorrenca-efetividade-e-transparencia-01102015>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Por que o Cade foi parar em Davos? **Valor Econômico**, 23 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/4878606/por-que-o-cade-foi-parar-em-davos>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CHEN, Hui; SOLTES; Eugene. Why Your Compliance Programs Fail – and How to Fix Them. **Harvard Business Review**, mar./abr. 2018. Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CHINAGLIA, Olavo. Prefácio. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Método, 2012.

CHILE. FISCALÍA NACIONAL ECONOMICA. **Programa de Cumplimiento de la normativa de Libre Competencia**. jun. 2012. Disponível em: <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CLAMER, Roberto. **Avaliação dos sistemas de compliance com a governança corporativa nas organizações da serra gaúcha: uma análise nas empresas de capital aberto com ações na BM&F Bovespa**. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade de Caxias do Sul, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4158/Dissertacao%20Roberto%20Clamer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica**, New Series, v. 4, n. 16, nov. 1937, pp. 386-405. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, v. 3, out. 1960. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (coord.). **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Green paper**: promoting a European framework for Corporate Social Responsibility. Bruxelas: 2001.

CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S.A. (Camargo Corrêa Infra). Website institucional. **Integridade**. Disponível em: <http://www.camargocorreainfra.com/integridade/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (Odebrecht). Website institucional. **Conformidade**. Disponível em: <<https://www.odebrecht.com/pt-br/organizacao-odebrecht/conformidade>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CORRÊA, André et al. Por que construir um índice de compliance corporativo? **JOTA**. Opinião & Análise, Artigos, 03 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-construir-um-indice-de-compliance-corporativo-03112016>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 50, v. 22, abr./jun. 1983.

_____. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1986.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle da sociedade anônima**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines: 3 issues in Competition Law and Policy. **ABA Section of Antitrust Law**, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1285455>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO (CENP). Artigo Isabel Franco. **Compliance & Publicidade**: por respeito à sociedade. CENP em Revista. Ano 10, n. 39, jun. 2014. Disponível em: <http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Entrevista com Tercio Sampaio Ferraz Junior. **Todos ganham com o compliance**. CENP em Revista. Ano 10, n. 39, jun. 2014. Disponível em: <http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

COUTINHO, Diogo R. Apresentação. In: SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

COUTO, Jonas Antunes. **Concorrência e Telecomunicações**: estratégias regulatórias para o compliance com regras de acesso a redes. São Paulo: Editora Singular, 2015.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance* e Defesa da Concorrência. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

DE LUCCA, Newton. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DELOITTE BRASIL. **Pesquisa A caminho da transparência**: evolução dos pilares da governança corporativa, 2015. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/governance-risk-and-compliance/articles/a-caminho-da-transparencia.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; ICC BRASIL. **Integridade corporativa no Brasil**: evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos. Pesquisa 2018. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/risk/articles/integridade-corporativa-evolucao-do-compliance.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DUTRA, Pedro. **Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira**. São Paulo: Editora Singular, 2017.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 23ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF JUSTICE. **U.S. Justice Manual**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/jm/justice-manual>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. ANTITRUST DIVISION. FINCH, Andrew. **Principal Deputy Assistant Attorney General Andrew Finch Delivers Remarks at ‘Antitrust in the Financial Sector: Hot Issues & Global Perspectives’**. Nova Iorque, 2 maio 2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/principal-deputy-assistant-attorney-general-andrew-finch-delivers-remarks-antitrust>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Principal Deputy Assistant Attorney General Andrew C. Finch Delivers Remarks at Judge Douglas H. Ginsburg Liber Amicorum Conference at Antonin Scalia Law School**. Fairfax, 6 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/principal-deputy-assistant->

attorney-general-andrew-c-finch-delivers-remarks-judge-douglas>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. **Public Roundtable on Criminal Antitrust Compliance.** Washington, D.C., 9 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/public-roundtable-antitrust-criminal-compliance>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. ALFORD, Roger. **Deputy Assistant Attorney General Roger Alford Delivers Remarks at International Conference on the Rule of Law and Anti-Corruption Challenges.** São Paulo, 3 out. 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-roger-alford-delivers-remarks-university-notre-dame-and>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. HESSE, Renata B. **Acting Assistant Attorney General Renata Hesse of the Antitrust Division Delivers Remarks at 26th Annual Golden State Antitrust, UCL and Privacy Law Institute.** São Francisco, 3 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-renata-hesse-antitrust-division-delivers-remarks-26th>>. Disponível em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. SNYDER, Brent. **Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust.** Chicago, 08 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-sixth-annual-chicago>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. _____. **Compliance is a Culture, Not Just a Policy.** Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop. Nova Iorque, 9 set. 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/compliance-culture-not-just-policy>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. BAER, Bill. **Prosecuting Antitrust Crimes.** Washington, 10 set. 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/517741/download>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. HAMMOND, Scott D. **The Evolution Of Criminal Antitrust Enforcement Over The Last Two Decades.** The 24th Annual National Institute on White Collar Crime. Presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education. Miami, 25 out. 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. _____. KOLASKY, William J. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective.** São Francisco, 12 jul. 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____ . _____ . SPRATLING, Gary R. **Corporate Crime in America: Strengthening the 'good citizen' corporation.** The Experience and Views of the Antitrust Division. Washington, 8 set. 1995. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/05/01/0456.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____ . _____ . Office of Public Affairs. Justice News. **KYB Agrees to Plead Guilty and Pay \$62 Million Criminal Fine for Fixing Price of Shock Absorbers.** Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/kyb-agrees-plead-guilty-and-pay-62-million-criminal-fine-fixing-price-shock-absorbers>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____ . _____ . _____ . **United States Sentencing Memorandum and Motions for a Downward Departure Pursuant to United States Sentencing Guidelines § 8C4.1** (United States of America v. Kayaba Industry Co., Ltd d/b/a KYB Corporation). Disponível em: <<https://www.jonesday.com/files/upload/ATalerts/KYB%20Sentencing%20Memo.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____ . _____ . CRIMINAL DIVISION. FRAUD SECTION. **Evaluation of Corporate Compliance Programs.** 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____ . _____ . U.S. SECURITIES EXCHANGE COMMISSION, ENFORCEMENT DIVISION. **FCPA - A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act.** nov. 2012. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____ . _____ . Office of Public Affairs. Justice News. **Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA,** 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____ . _____ . _____ . **Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA,** 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. GLASSMAN, Cynthia A. **SEC Implementation of Sarbanes-Oxley: The New Corporate Governance.** abr. 2003. Disponível em: <<https://www.sec.gov/news/speech/spch040703cag.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

EXAME. **Pesquisa revela que 59% das empresas investiram em compliance após a Lava Jato,** 30 nov. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/mgapress/pesquisa-revela-que-59-das-empresas-investiram-em-compliance-apos-lava-jato/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Volkswagen é multada por fraude em testes de emissão de poluentes**, 13 jun. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/volkswagen-e-multada-por-fraude-em-testes-de-emissao-de-poluentes/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. Artificial Intelligence & Collusion: when computers inhibit competition. **University of Illinois Law Review**, v. 2017, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2591874>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

FAVORETO, Ricardo Lebbos; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. **Governança Corporativa e Compliance: Reflexões Propedêuticas sobre uma relação conceitualmente requerida**. EnANPAD 2018, Curitiba/PR, 03 – 06 out. 2018, pp. 1-13.

FERNÁNDEZ, Patricia Pérez. La importância de los programas de cumplimiento – *compliance* programmes – en las políticas sancionadoras de las autoridades de competência. Información Comercial Española. **ICE: Revista de economia**, n. 876, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FISSE, Brent. Reconditioning Corporate Leniency: The possibility of Making Compliance Programmes a Condition of Immunity. In: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (ed.). **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion**. Oxford: Hart Publishing, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. Reportagem de Naief Haddad. **Corrupção política é ‘gota no oceano’, diz sociólogo Jessé Souza**, 22 dez. 2018), disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/corruptcao-politica-e-gota-no-oceano-diz-sociologo-jesse-souza.shtml>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de direito mercantil**, Nova série, ano 42, n. 130, abr./jun. 2003.

_____. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria Geral do Contratos Empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; VILELLA, Mariana. A lei 12.529/2011 e o abuso de posição dominante. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

FRADE, Eduardo; THOMSON, Diogo; ATHAYDE, Amanda. A operação lava jato e a investigação de cartéis no brasil: evolução ou revolução? In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

FRANÇA. Autorité de la Concurrence. **Antitrust compliance and compliance programs: corporate tools for competing safely in the marketplace.** Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/brochure_conformite_uk.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. **Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes.** Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Europe Economics, Chancery House. **Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité: Une étude réalisée pour le Conseil de la concurrence,** 05 set. 2008. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etudecompliance_oct08.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

FRAZÃO, Ana. Corrupção e *Compliance*. **JOTA**, 03 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/corruptao-e-compliance-03072018>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Dever de diligência: novas perspectivas em face de programas de *compliance* e atingimento de metas. **JOTA**, 15 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-15022017>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Função social da empresa. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUCSP - PUC - Pontifícia Universidade Católica.** Tomo: Direito Comercial. COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord. do tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Relações entre corrupção e teorias que orientam gestão das companhias. **Consultor Jurídico – Conjur**, 12 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/ana-frazae-relacoes-entre-corrupcao-gestao-companhias>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Responsabilidade Social Empresarial. In: _____ (org.). **Constituição, Empresa e Mercado.** Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a Efetividade dos Programas de *Compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRÜBING, Stefan; HÜSCHEL RATH, Kai. Competition Law Compliance Programmes: A Law and Economics Perspective. In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programs: An Interdisciplinary Approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book).

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Breves Considerações sobre o Papel do Advogado nos Programas de *Compliance*. In: DINIZ-SAAD, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.

_____; _____. **Direito Antitruste**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARZARO, Amaya Angulo. Los “compliance programmes” en el derecho de la competencia como medida preventiva de futuros procedimientos sancionadores. In: LLUCH, Xavier Abel (coord.). **Las medidas preventivas de conflictos jurídicos em contextos económicos inestables**. Barcelona: Bosch Editor, 2014.

GERADIN, Damien. Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement: a reply to Wouter Wils. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241452>. Acesso em: 05 dez. 2018.

GILBERTO, André Marques. **O Processo Antitruste Sancionador**: teoria e prática da investigação das infrações à concorrência. 2^a ed. atual. São Paulo: Editora Singular, 2016.

GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D.; Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, v. 6, n. 2, 2010, pp. 3-39. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705701>. Acesso em: 05 dez. 2018.

GLOBAL COMPETITION REVIEW. Reportagem de Charles McConnell. **Kovacic**: Lava Jato is the world’s most important antitrust case”, 27 out. 2017. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1149468/kovacic-lava-jato-is-the-world%E2%80%99s-most-important-antitrust-case>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

GOMES, António Ferreira. Discurso do Presidente da Autoridade da Concorrência Professor Doutor António Ferreira Gomes Seminário sobre *Compliance* e Defesa da Concorrência. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRACCO, Abraão Soares Dias dos Santos; SILVA, Marcela Vitoriano e. As principais sanções premiais no novo Código Florestal: a superação do dogma kelseniano em direção a uma sociedade resiliente. In: **Direito e Sustentabilidade**. 05 dez. 2018. II Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), São Paulo, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O Combate à Corrupção e Comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013,

atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRIFFITH, Sean J. Corporate Governance in an era of compliance. **William & Mary Law Review**, v. 57, n. 6, 2016. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/73973569.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

GUIA NETO, Marcos Luiz dos Mares. Benefit Corporations: possíveis novas perspectivas para a dimensão prática da função social da empresa no direito brasileiro. In: FRAZÃO, Ana (org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

HARRINGTON JR., Joseph E. Optimal Corporate Leniency Programs. **The Journal of Industrial Economics**, vol. LVI, n. 2, 2008. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/71977/1/504390600.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

HEALY, Paul M.; PETKOSKI, Djordjija. **Fighting Corruption at Siemens**. Harvard Business School Multimedia/Video Case 112-702, mar. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5ª ed. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Compliance à luz da Governança Corporativa**. São Paulo: IBGC, 2017 (Série: IBGC Orienta).

Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/IBGC_Orienta/Publicacao-IBGCorienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Gerenciamento de Riscos Corporativos: evolução em governança e estratégia**. São Paulo: IBGC, 2017 (Cadernos de Governança Corporativa, 19). Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/2014/files/Publicacoes/CG19_Riscos.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

INSTITUTO ETHOS. **Movimento Empresarial Pela Integridade e Transparência**.

Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/conteudo/projetos/integridade/movimento-empresarial-pela-integridade-e-transparencia/#.XDzsalxKiUl>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. et al. **Pacto de Integridade da Indústria de Petróleo, Gás e Biocombustíveis**. set. 2018. Disponível em:

<https://www.ibp.org.br/personalizado/uploads/2018/11/Pacto-Integridade-Industria-de-Petroleo-Gas-e-Biocombustiveis_set2018.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Compliance as an antitrust law enforcement tool** - Annex 3. Policy and Business Practices. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_compliance_general_en.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **ICC Antitrust Compliance Toolkit**. 2013. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-antitrust-compliance-toolkit/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **ICC SME Toolkit: Why complying with competition law is good for business**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-sme-toolkit-complying-competition-law-good-business/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Promoting antitrust compliance: the various approaches of national antitrust authorities. Policy and Business Practices**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Anti-cartel Enforcement Manual Chapter 8: Cartel Awareness, Outreach and Compliance**. Cartel Working group. Subgroup 2: enforcement techniques, mar. 2012. Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/awareness-outreach-and-compliance/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Advocacy Working Group. **Competition Culture Project Report**. 14th ICN Annual Conference. Sydney, 29 abr./1 maio 2015. Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/competition-culture-project-report/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

INTHAVISAY, Caroline; PIERI, Simone. Business helping business to comply with the law: ICC Antitrust Compliance Toolkit. **Concurrences**, Revue, n. 1, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2016/pratiques/business-helping-business-to-comply-with-the-law-icc-antitrust-compliance-77301>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ITÁLIA. Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato. **Guidelines on Antitrust Compliance**. Disponível em: <http://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

JALABERT-DOURY, Nathalie; HARISSON, David; SCHIMIDT, Jens-Peter. Enforcers' Consideration of Compliance Programs in Europe: a long and winding-but increasingly interesting – road. **Competition Policy International**, jun. 2015 (2). Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/JalabertDouryetalJUN-152.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

JANOT, Rodrigo. Compliance or not compliance. **O Globo**, 06 ago. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/compliance-or-not-compliance-22948102>> Acesso em: 05 dez. 2018.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4., out. 1976, pp. 305-360. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0304405X7690026X>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

JEREZ, Horacio Vedia. **Competition Law Enforcement & Compliance across the world: systems, institutions and proceedings.** Tese (Doutorado em Direito) - Universidad Carlos III de Madrid, 2014. Disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19717#preview>> Acesso em: 05 dez. 2018.

JOTA. Tributos & Empresas. Concorrência. **Em meio à Lava Jato, pedidos de leniência ao Cade disparam 300%**, 25 out. 2016. Reportagem de Iuri Dantas. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrancia/em-meio-lava-jato-pedidos-de-leniencia-ao-cade-disparam-300-25102016>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** São Paulo: Objetiva, 2012.

KOTZIAN, Peter et al. **Reducing Antitrust Violations: Do Codes of Conduct and Compliance Training Make a Difference?** In: PAHA, Johannes (ed.). *Competition Law Compliance Programmes: an interdisciplinary approach.* Suíça: Springer, 2016 (e-book).

KPMG BRASIL. **Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil.** 3ª edição, 2017/2018. Disponível em: <<https://home.kpmg.com/br/pt/home/insights/2018/06/pesquisa-maturidade-do-compliance-no-brasil-3a-edicao.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

KUNSCH, Margarida M. Krohling; LEMOS, Else; PARAVENTI, Agatha. Comunicação-Ética-Integridade, uma luz para a compreensão dos fenômenos contemporâneos organizacionais no tempo-espaço contemporâneo. In: **Organicom - Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas.** Apresentação. Ano 14, n. 27, São Paulo, 2º sem. 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/organicom/article/view/144104/138776>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

LACHNIT, Eva. **Alternative Enforcement of Competition Law.** Haia: Eleven International Publishing, 2016.

_____. Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities. **Utrecht Law Review**, v. 10, n. 5, dez. 2014. Disponível em: <<https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.299/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992, n. 6.

LANGEVOORT, Donald C. Behavioral Ethics, Behavioral Compliance. In: ARLEN, Jennifer. **Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing.** Research Handbooks in Corporate Law and Governance series. Edward Elgar Publishing, 2018.

_____. Culture of Compliance. **American Criminal Law Review**, Georgetown University Law Center, v. 54, 2017, pp. 933-977. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2812&context=facpub>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

LAUFER, William. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. **Vanderbilt Law Review**, v. 52, 1999.

_____. Ilusões de *Compliance* e Governança. Traduzido por Matheus de Alencar e Miranda e Leonardo Simões Agapito. In: DINIZ-SAAD, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.

LAVENIR, Amélie; SCHALLENBERG, Katrin. France Competition Compliance. **Getting The Deal Through**. jul. 2018. Disponível em: <<https://gettingthedealthrough.com/area/97/jurisdiction/28/competition-compliance-france/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de Laços**: os donos do Brasil e suas conexões. 2ª ed. São Paulo: BEI Comunicação, 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Desglobalização e Democracia. **Justiça & Cidadania**, artigos, edição 206, 20 out. 2017. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/desglobalizacao-e-democracia/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: As obrigações de *Compliance*. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de Dinheiro**: prevenção e controle penal. 2ª ed., Verbo Jurídico Editora, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.

LUZ, Ilana Martins. **A responsabilidade penal por omissão e os programas de compliance**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

MACEDO, Bernardo Gouthier; GARCIA, Carolina Policarpo; ALMEIDA, Silvia Fagá de. *Compliance* Antitruste em condutas unilaterais – perspectivas da análise econômica. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Compliance**: inaplicabilidade da responsabilidade objetiva ou exculpação por inexigibilidade de conduta diversa? (Strict liability or supralegal requirement to ward off the culpability?), dez. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330248586_COMPLIANCE_INAPLICABILIDADE_DA_RESPONSABILIDADE_OBJETIVA_OU_EXCULPACAO_POR_INEXIGIBILIDADE_DE_CONDUTA_DIVERSA_Compliance_Strict_Liability_or_Supralegal_Requirement_to_Ward_off_the_Culpability. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____; RODRIGUES, Eduardo Frade. Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis. In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil**: a era dos cartéis. São Paulo: Editora Singular, 2018.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES,

Carlos Henrique da Silva (coord.). **Temas de Anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARIANI, Pedro de Abreu. Desafios para a construção de um programa efetivo de *compliance* concorrencial. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Fernando de Oliveira. A evolução do Antitruste no Brasil. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

MARQUES, Nuno Castro. A Different Path to the Same Old Question: Why Should Cartels be Criminalised? **Market and Competition Law Review**. Universidade Católica Portuguesa, v. 1, n. 2, out. 2017.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Editora Singular, 2013.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. **Compliance Bancário**: um manual descomplicado. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FIDELIS, Andressa Lin. Nearly 16 years of the leniency program in Brazil: breakthroughs and challenges in cartel prosecution. **Competition Policy International**, jun. 2016 (1). Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/06/Amanda-Andressa.final2_.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MATTIUZZO, Marcela. Antitrust Compliance Programs – the Brazilian Experience. In: SILVEIRA, Paulo Burnier da (org.). **Competition Law and Policy in Latin America**: recent developments. Wolters Kluwer, 2017.

_____. Concorrência e corrupção – programas de *compliance* no debate jurídico-institucional brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, maio, 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/292/151>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MAYER BROWN. Competition Alert France. **The Amended settlement procedure of the French Competition Authority**. abr. 2018. Disponível em: <<https://www.mayerbrown.com/files/Publication/9d119dc0-f753-4f7e-8ee4-fe2b54d93441/Presentation/PublicationAttachment/4ec193c0-4114-463f-af9b-0052f4facdcf/Competition-Alert-English.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance**: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MENDES, José Manuel. **Sociologia do risco**: uma breve introdução e algumas lições. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <https://www.uc.pt/fluc/nicif/riscos/src/SRCII/Sociologia_do_risco.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MÉXICO. Comisión Federal de Competencia Económica. **Recomendaciones para el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica dirigidas al sector privado**. Disponível em: <https://www.cofece.mx/cofece/images/Documentos_Micrositios/RecomendacionesCumplimientosLFCE_021215.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MILLER, Geoffrey P. An Economic Analysis of Effective Compliance Programs. NYU Law and Economics Research Paper No. 14-39, 3 dez. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2533661>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Lei 12.846/2013: Apontamentos sobre o Programa de Integridade e a sua importância para o ambiente da ética e conformidade empresarial. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 9, maio/jun. 2015, pp. 313-336.

_____. Programa de *Compliance* Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 1, maio, 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/145/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MORCK, Randall K. **A History of Corporate Governance around the World**. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: o dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657/74320>> Acesso em: 05 dez. 2018.

MORO, Sergio Fernando. Prefácio. MARTINEZ, André Almeida Rodrigues; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. **Compliance Bancário**: um manual descomplicado. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MURPHY, Joseph. A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day: How Small Companies Can Have Effective Programs. In: **Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE)**, ago. 2010, pp. 3-29. Disponível em: <<http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Combining Leniency Policies and Compliance Programmes to Prevent Cartels. In: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (ed.). **Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age**: Leniency Religion. Oxford: Hart Publishing, 2015.

_____. Do Compliance and Ethics Programs Have a Role to Play? Appendix III. In: OCDE. **Promoting Compliance with Competition Law**. Policy Roundtables, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Essential elements of compliance programs: cartels. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. The FTC and antitrust compliance programs. In: **Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE)**, jul./ago. 2012, pp. 49-53. Disponível em: <http://www.joemurphycecp.com/wp-content/uploads/2012/08/Finalpublishedarticle_Murphy_ARTICLEcopy.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Using incentives in your compliance and ethics program. In: **Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE)**, 2012. Disponível em: <<https://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/IncentivesCEProgram-Murphy.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; BOEHME, Donna. **Fear No Evil: A Compliance and Ethics Professionals' Response to Dr. Stephan**. 28 nov. 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1965733>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; KOLASKY, William. The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior. **American Bar Association, Antitrust**, v. 26, n. 2, spring, 2012, pp. 61-64. Disponível em: <<https://www.wilmerhale.com/-/media/9706445cd04148c8803814c78cca6ac3.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

NAMBU, Toshiyuki. Promoting Corporate Compliance with the competition law – experience of the Japan Fair Trade Commission (JFTC). In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NASSAR, Paulo; FARIAS, Luiz Alberto de. Ética e organizações: narrativas e conflitos. In: **Organicom - Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas** Ano 14, n. 27, São Paulo, 2º sem. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/organicom/article/view/144109/138781>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

NINANE, Florence; BOTANA, Patricia. The Public Competition Enforcement Review - Edition 10. France. **The Law Reviews**. maio. 2018. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-public-competition-enforcement-review-edition-10/1168972/france>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

NORTH, Douglass C. Economic performance through time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, jun. 1994. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/download/1412/1284/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

O ESTADO DE SÃO PAULO, Reportagem de Ana Carolina Paap. '**Compliance não é remédio para empresa corrupta**', 06 jul. 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,compliance-nao-e-remedio-para-empresa-corrupta,70002389336>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

OCTAVIANI, Alessandro. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUCSP - PUC - Pontifícia Universidade Católica**. Tomo: Direito Comercial. COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord. do tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/260/edicao-1/conselho-administrativo-de-defesa-economica---cade>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ODED, Sharon. **Corporate compliance: new approaches to regulatory**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

OLIVEIRA, Gesner. Prefácio: por uma revolução permanente. In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

_____. Sabedoria de futebol aplicada a programas de compliance antitruste. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____.; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. A Responsabilidade Solidária entre Sociedades Empresárias de um mesmo Grupo Econômico por Infrações ao Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, nov. 2018. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/381>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance, Annex II**. 18 fev. 2010. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Promoting Compliance with Competition Law**. Policy Roundtables, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Revisão por Pares da OCDE sobre a Legislação e Política de Concorrência: Brasil**, 2019. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____ ; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Lei e Política da Concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares, 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____ ; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; THE WORLD BANK. **Anti-corruption Ethics and Compliance Handbook for business**. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

OSBORNE CLARKE. **The Italian Antitrust Authority's spotlight on antitrust compliance programmes**: The 'Vending' case. Disponível em: <http://www.osborneclarke.com/insights/the-italian-antitrust-authoritys-spotlight-on-antitrust-compliance-programmes-the-vending-case/>>. Acesso em: 05 dez. 2018

OSÓRIO, Fabio Medina. **Compliance anticorrupção na era Moro**. Folha de São Paulo, Tendências e Debates, 03 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/12/compliance-anticorrupcao-na-era-moro.shtml>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

PAHA, Johannes. Introduction. In: _____ (ed.). **Competition Law Compliance Programmes**: an interdisciplinary approach. Suíça: Springer, 2016 (e-book).

PAPP, Florian Wagner-von. Compliance and individual sanctions in the enforcement of competition law. In: PAHA, Johannes. **Competition Law Compliance Programs**: An Interdisciplinary Approach. Suíça: Springer, 2016 (e-book).

PAQUISTÃO. **Guidelines on Imposition of Financial Penalties** (Fining Guidelines). Disponível em: http://www.cc.gov.pk/images/Downloads/guidelines/imposition_of_financial_penalties.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Competition Commission Of Pakistan. **The Guidance on Competition Compliance**. Disponível em: http://www.cc.gov.pk/index.php?option=com_content&view=article&id=510&Itemid=231&lang=en>. Acesso em: 05 dez. 2018.

PARCU, Pier Luigi; STASI, Maria Luisa. Antitrust Compliance Programs in Europe: status quo and challenges ahead. **ENTraNCE**, 2016/01, Policy Briefs. Disponível em: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/39644/ENTraNCE_PB_2016_01.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 05 dez. 2018.

PARGENDLER, Mariana. The Corporate Governance Obsession. **Journal of Corporation Law**, v. 42, n. 2, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491088>. Acesso em: 05 dez. 2018.

PARKER, Christine; GILAD, Sharon. Internal corporate compliance management system: structure, culture and agency. In: PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. **Explaining Compliance**: business responses to regulation. Edward Elgar, 2011.

PARUZEL, Agnieszka et al. Psychological Contributions to Competition Law Compliance. In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programmes: an interdisciplinary approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book).

PATRUS-PENA, Roberto; CASTRO, Paula Pessoa de. **Ética nos negócios: condições, desafios e riscos**. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria. Alguns apontamentos sobre programas de *compliance* antitruste focados em condutas unilaterais no Brasil. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRAS. Website institucional. **Compliance, Ética e Transparência**. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-e-transparencia/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

PIERI, Simone. The ICC Antitrust Compliance Toolkit: practical tools for companies of all sizes to build robust antitrust compliance programmes and promote competition compliant ethical behavior. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____ ; BAGNOLI, Vicente; KOZAK, Malgarzata. The Role of Competition Authorities in Competition Law Reforms. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Ano 21, v. 26, jul./dez. 2014.

PINHEIRO, Claudia Travi Pitta. Criando uma cultura de *compliance* antitruste. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. A governança corporativa e os órgãos de administração. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords.). **Direito Societário: Gestão e Controle**. São Paulo: Saraiva, 2008 (Série GVlaw).

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Creating Shared Value. **Harvard Business Review**, jan./fev., 2011. Disponível em: <<https://www.srm.nl/docs/default-source/pdf/creating-shared-value.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

POSNER, Richard. **Antitrust Law**. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Função Social da Sociedade – Convivência entre Interesse público e privado. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords.). **Direito Societário: Gestão e Controle**. São Paulo: Saraiva, 2008 (Série GVlaw).

_____ ; MISALE, Guilherme Teno Castilho. Compliance: entre o fetiche e a fadiga, um alerta para a saúde corporativa. **JOTA**, 03 set. 2018. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/compliance-entre-o-fetico-e-a-fadiga-um-alerta-para-a-saude-corporativa-03092018>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

PROTIVITI. **Pesquisa Nível de Maturidade em Compliance nas Organizações Brasileiras 2018**. Disponível em: <<https://www.icts.com.br/publicacoes/maturidade-em-compliance-empresas-ainda-desconhecem-os-riscos-a-que-estao-expostas>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques de. A Evolução do Antitruste no 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**. IBRAC 25 anos. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%EA%95%A9NCIA_-_IBRAC.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

RAMAKRISHNA, Saloni P. **Enterprise Compliance Risk Management: an essential toolkit for banks and financial services**. Cingapura: John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd, 2015.

REGAN, Milton C. Risky Business. **The Georgetown Law Journal**, v. 94, 2006, pp. 1957-1984. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1412&context=facpub>> Acesso em: 05 dez. 2018.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. **Businesses and individuals: competition law guidance**. Collection: Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/collections/competition-and-consumer-law-compliance-guidance-for-businesses>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. **CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty**. 18 abr. 2018. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/700576/final_guidance_penalties.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. **Competition Law Risk: A Short Guide**, v. 2.0, 2017. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/587464/cma-risk-guide-2016-revised.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018

_____. Office of Fair Trading. **Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law: an OFT report**. maio. 2010. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. **How your business can achieve compliance with competition law: guidance**. jun. 2011. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284402/oft1341.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

REQUIÃO, Rubens. **A ética na administração da sociedade anônima**. Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo Administrativo de Investigação de Cartel**. São Paulo: Editora Singular, 2016.

_____. Programas de *Compliance* Antitruste. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (org.). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2008.

_____; RIBEIRO, Vinicius da Silva. The compliance guidelines and the rise of the antitrust soft law in Brazil. In: ANDERS, Eduardo Caminati; RIBAS, Guilherme (org.). **Brazilian Antitrust Law (Law n. 12,529/11): 5 years (preliminary version)**. IBRAC 25 anos. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 23-24.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Antitrust Compliance Programmes – Can Companies and Antitrust Agencies do More? In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Promoting Compliance with Competition Law**. Policy Roundtables, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. **Journal of Antitrust Enforcement**. 25 ago. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959>. Acesso em: 05 dez. 2018.

RUMMEL, Per. Legal Incentives for Compliance Programmes: Stick or Carrot? In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programs: An Interdisciplinary Approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book).

RIVELLI, Fábio. Uma nova ética para o Brasil. **O Estado de São Paulo**. Blog do Fausto Macedo, 28 maio. 2017. <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/uma-nova-etica-para-o-brasil/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

RODAS, João Grandino. Compliance concorrencial deve ser a lição positiva da “lava jato”. Olhar Econômico: **Consultor Jurídico - Conjur**, 25 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/olhar-economico-compliance-concorrencial-licao-positiva-lava-jato>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Guia do Cade para programas de compliance é um passo à frente. Olhar Econômico: **Consultor Jurídico – Conjur**, 25 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/olhar-economico-guia-cade-programas-compliance-passo-frente>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

RODRIGUES, Eduardo Frade. **O Direito Societário e a Estruturação do Poder Econômico**. São Paulo: Editora Singular, 2016.

ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil: os programas de *compliance* como boas práticas de governança. **Revista dos Tribunais Online**, 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na AP n. 470/MG. **Revista dos Tribunais**, n. 933, v. 102, jul. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Controle e Corrupção. **Capital Aberto**. Governança Corporativa, Opinião, 04 mar. 2018. Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/temas/governanca-corporativa/controle-e-corrupcao/#.XDpZzFzKiUk>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. Evolução ou Involução do Direito Antitruste? In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

_____. **Monopolies and underdevelopment** – from colonial past to global reality. Cheltenham, Northampton: E. Elgar, 2015.

_____. **O novo direito societário**. 4ª ed. rev. e ampl. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Prefácio. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Respostas estruturais para a corrupção empresarial. **Valor Econômico**, 01 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/colunistas/Calixto%20Salom%C3%A3o%20Filho>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Boaventura: a ilusória “Desglobalização”. **Outras Palavras**. Geopolítica & Guerra, 14 out. 2017. Disponível em:

<<https://outraspalavras.net/geopoliticaeguerra/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.

SARAIVA, Renata Machado. **Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental**: a propósito da responsabilidade penal de empresas. São Paulo: Editora LiberArs, 2018.

SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência? **RIL Brasília** a. 53 n. 211 jul./set. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525428/001078748.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Governança corporativa e compliance concorrencial. **JOTA**, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/governanca-corporativa-e-compliance-concorrencial-11112018>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SIEBER, Ulrich. Programas de *Compliance* no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução por Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William T. et al. (org.) **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Alexandre di Micelli da. **Governança corporativa no Brasil e no mundo**: teoria e prática. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. Experiências internacionais: OCDE, Reino Unido, Japão e Coreia do Sul. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **Compliance e Concorrência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SINGAPURA. Competition & Consumer Commission. **Conducting a Compliance Programme**. Disponível em: <<https://www.cccs.gov.sg/tools-and-resources/conducting-a-compliance-programme>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think About Enforcement. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 1, 2012. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1307&context=facultypub>> Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Detection and Compliance in Cartel Policy. **Competition Policy International**, Antitrust Chronicle, v. 2, 2011.

_____. Policing the firm. **Notre Dame Law Review**, v. 89, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1716&context=ndlr>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SOLTES, Eugene. **Why They do it: Inside the Mind of the White-Collar Criminal**. Nova Iorque: PublicAffairs, 2016.

SOUZA, Alexandre Barreto de; MAHON, Ana Luiza Lima. Novas perspectivas da atuação do conselho administrativo de defesa econômica: desafios e prioridades da autoridade antitruste. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC 25 anos. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%2%95%A9NCIA_-_IBRAC.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

STEPHAN, Andreas. Hear no Evil, See no Evil: Why Antitrust Compliance Programmes May be Ineffective at preventing cartels. **The Company Lawyer**, v. 31, ESRC CCP Working Paper n. 09-09, 10 jul. 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1432340>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; NIKPAY, Ali. Leniency decision-making from a corporate perspective: Complex realities. In: BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher (eds.). **Anti-Cartel enforcement in a contemporary age: Leniency religion**. Londres: Hart Publishing, 2015.

STUCKE, Maurice E. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. **The Journal of Corporation Law**, v. 39:4, 2014. Disponível em: <<https://cclg.rutgers.edu/wp-content/uploads/39JCorpL769.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. The Implications of Behavioral Antitrust. **University of Tennessee Legal Studies**, Research Paper n. 192, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109713>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____; GRUNES, Allen. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. **JOTA**, 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

THALER, Richard. **Misbehaving**: the making of behavioral economics. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2016.

_____. Unless you are spock, irrelevant things matter in economic behavior. **The New York Times**, 09 maio 2015. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2015/05/10/upshot/unless-you-are-spock-irrelevant-things-matter-in-economic-behavior.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

THE ECONOMIST. **The new titans**. And how to tame them, 20 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **The world's most valuable resource is no longer oil, but data**. 06 maio 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

THÉPOT, Florence. Antitrust v. Anti-corruption Policy Approaches to Compliance: Why such a gap? **Competition Policy International**, Antitrust Chronicle, 30 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-v-anti-corruption-policy-approaches-to-compliance-why-such-a-gap/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Can Compliance Programmes contribute to effective antitrust enforcement? In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programs: An Interdisciplinary Approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book).

TOMASETTI JR., Alcides. “A propriedade privada” entre o direito civil e a Constituição. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 41, n. 126, abr./jun. 2002.

TÓTH, András. How could competition authorities reward competition compliance programmes? **European Competition and Regulatory Law Review**, v.1, n.1, 2017.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Integridade e Empresas no Brasil**, 2018.

Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/assets/files/conhecimento/relatorio-executivo.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Transparência em Relatórios Corporativos (TRAC)**, 2018. Disponível em: <<http://transparenciacorporativa.org.br/trac2018/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. et al. **Unidos Contra a Corrupção**. Disponível em: <<https://unidoscontraacorrupcao.org.br/quem-somos/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. EUROPEAN COMMISSION. MONTI, Mario. **Fighting Cartels: Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?** SPEECH/00/295. III Nordic Competition Policy Conference. Estocolmo, 11-12 set. 2000. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. **Compliance Matters: what companies can do better to respect** Eu competition rules. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. _____. ALMUNIA, Joaquín. **Compliance and Competition Policy.** Speech 10/586. Bruxelas, 25 out. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

UNITED NATIONS. PACTO GLOBAL REDE BRASIL. **Integridade no Setor de Construção:** discutindo os dilemas e propondo soluções para o mercado. maio. 2018. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1fe9Fiq16zhUjeGESfixoyjtRSKoQZdRt/view>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. 15th Session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. Geneva, 17-18 out. 2016. Contribution by Brazil CADE. Paper written by Amanda Athayde Linhares Martins, Diogo Thomson de Andrade and Lívia Dias de Melo. Translation by: André Rothfeld Gratone, Fábio Lopes de Sousa and Raissa Guerreiro Bonfim. Disponível em: <https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ciclp2016c13_Brazil_CADE_en.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

VANDENBORRE, Ingrid; GOETZ, Thorsten C. Compliance Programmes and Antitrust Fines, Chapter 1. In: **The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2017**, 10^a edição, Global Legal Group Ltd, 2016.

VALLE, Martim Della. Diário de um chefe de compliance. **JOTA**, 16 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/diario-de-um-chefe-de-compliance-16012018>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

VERGUEIRO, Carlos Eduardo. **Acordo de Acionistas e a Governança das Companhias.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Um brinde à tecnocracia. **O Estado de São Paulo.** Blog do Fausto Macedo, 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/77561-2/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

WARDE, Walfrido. **O Espetáculo da Corrupção:** como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-Cost Economics: The governance of contractual relations. **The Journal of Law & Economics.** v. 22, n. 3, out. 1979. Disponível em: <https://www.business.illinois.edu/josephm/BA549_Fall%202010/Session%203/Williams%20%281979%29.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

WILS, Wouter P. J. Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement. **Journal of Antitrust Enforcement,** v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176309>. Acesso em: 05 dez. 2018.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **Antitrust Law Journal**, v. 78, 2012, pp. 313-328. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166525>. Acesso em: 05 dez. 2018.

APÊNDICES

Apresenta-se, na sequência, uma explicação metodológica para que o leitor possa averiguar o procedimento utilizado para fins de pesquisa jurisprudencial, servindo de *proxy* para possíveis testes, novas pesquisas e refinamentos. Ato contínuo, são apresentados quatro Apêndices contendo os excertos que selecionamos no âmbito da pesquisa jurisprudencial, tendo em vista a delimitação deste trabalho. Optamos por consolidar a pesquisa nos Apêndices por dois principais motivos: tanto para conveniência da análise do leitor, poupando esforços de consulta no *website* do CADE, que não disponibiliza os resultados da forma que sistematizamos neste trabalho, quanto para preservar a memória do material consultado, garantido a consulta em caso de eventual indisponibilidade no *website* do CADE.

EXPLICAÇÃO METODOLÓGICA

1. A análise jurisprudencial tomou como fonte exclusiva o *website* do CADE: <<http://www.cade.gov.br/>>.

2. O material analisado foi exclusivamente público, isto é, nenhuma informação consultada decorre de base confidencial ou de acesso restrito.

3. A análise se pautou pela consulta de fontes primárias.

4. O material consultado compreende um universo de julgados, pareceres, votos, decisões, notas técnicas, despachos, e-mails, atas de sessão etc., conforme disponibilizados nos autos públicos.

5. Quanto ao caminho de busca percorrido no *website* do CADE para se chegar aos resultados, foi selecionado o campo “pesquisa processual” na página principal, que remete para o ambiente “pesquisa pública” dentro do sistema Sei! 3.0.15. Nesse ambiente, como entrada de pesquisa, foram utilizadas uma série de palavras-chave, objetivando obter amplitude e representatividade em termos de resultado à vista do tema da investigação.

6. As seguintes palavras-chave foram utilizadas nos campos “pesquisa livre”, selecionando “processos”, “documentos gerados” e “documentos externos”:¹⁰⁰⁹

Palavras-chave
<i>compliance</i> , programa de <i>compliance</i> , programa de <i>compliance</i> concorrencial, programa de <i>compliance</i> antitruste, programa de prevenção de infrações à ordem econômica, programa de ética e <i>compliance</i> , programa de ética e conformidade, programa de ética, integridade, programa de integridade, programa de integridade concorrencial, programa de conformidade, programa de conformidade concorrencial, programa de conformação, programa anticorrupção e boas práticas concorrenciais.

7. Também foi consultado individualmente todos os itens no campo “tipo de documento”. Por exemplo, “Voto”, “Termo de Compromisso de Cessação – TCC”, “Nota Técnica”, “Ata de Sessão de Julgamento” etc., sem explicitar o período, para dupla validação de resultados, conforme escopo da investigação.

¹⁰⁰⁹ Esses campos foram selecionados tanto individualmente, quanto conjuntamente, sem explicitar período, de modo a obter um universo abrangente de resultados, posteriormente refinados conforme pertinência temática aos limites da investigação. Assim, os resultados consolidados nos Apêndices representam discussões que guardam alguma ordem de relevância para os fins desta pesquisa. Eventuais menções esparsas e sem nexo material não foram consolidadas. Dentro desse recorte, foram priorizados votos (Tribunal/Plenário), notas técnicas (SG) e TCCs.

8. Ressalva-se a possibilidade de que, não obstante a amplitude dos termos de consulta, eventualmente algum precedente pode não ter sido capturado em razão da limitação técnica do sistema processual do CADE, ou por não corresponder às palavras-chave selecionadas.

COMENTÁRIO SOBRE OS APÊNDICES

Foram elaborados quatro Apêndices para organizar e sistematizar a análise. Os Apêndices foram divididos de acordo com critério temático (*i.e.*, decisões condenatórias e homologação de TCC) e critério temporal (*i.e.*, sob a égide da Lei 8.884/1994 e sob a égide da Lei 12.529/2011) no contexto do programa de *compliance* concorrencial. Nesse sentido, os Apêndices foram assim ordenados:

- *Apêndice I - Lei 8.884/1994: Programa de compliance em decisão condenatória;*
- *Apêndice II - Lei 8.884/1994: Programa de compliance em TCC;*
- *Apêndice III - Lei 12.529/2011: Programa de compliance em decisão condenatória;*
- *Apêndice IV - Lei 12.529/2011: Programa de compliance em TCC.*

Apêndices | Decisão Condenatória

Para os Apêndices que analisaram o programa de *compliance* no âmbito de decisões proferidas pelo Plenário do CADE (Apêndices I e III), foram consideradas apenas as decisões que resultaram em condenação.

Apêndices | TCC

Para os Apêndices que analisaram o programa de *compliance* no âmbito de TCCs (Apêndices II e IV), foram considerados apenas os TCCs homologados pelo Plenário do CADE.

Recorte temporal

Para todos os Apêndices, o objetivo foi realizar uma consulta ampla, sem limitar por período no campo de busca processual. A limitação foi apenas a data de corte da pesquisa, que foi finalizada em 05 de dezembro de 2018, por razões de depósito da dissertação. Esse corte temporal foi abrangente o suficiente para englobar toda a jurisprudência do CADE disponível publicamente em seu *website* até a última sessão de julgamento de 2018.

Padronização estética e formatação

Nos Apêndices, eventuais grifos da versão original foram intencionalmente excluídos. Foram mantidos apenas os grifos nos termos em inglês/latim. Grifos nossos foram feitos para identificar o material (nota técnica/TCC/voto) objeto de análise. Nossas notas (“nota do pesquisador”) foram limitadas para eventuais esclarecimentos.

APÊNDICE I - Lei 8.884/1994: Programa de *compliance* em decisão condenatória

Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i>
<p>•Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48.</p> <p>•Representante: Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal - CRF/DF.</p> <p>•Representadas: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda., Eli Lilly do Brasil Ltda., indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S/A, Produtos Roche Química e Farmacêutica S/A, Pharmacia Brasil Ltda. (sucessora de Searle do Brasil Ltda. e, posteriormente, Monsanto do Brasil Ltda.) e outras.</p> <p>•Ementa: Fixação, em acordo com os laboratórios concorrentes, de condição de venda aos distribuidores de medicamentos, consubstanciada na exigência de que estes não trabalhassem com genéricos; limitação ao acesso de novas empresas ao mercado; criação de dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento dos distribuidores de medicamentos; recusa de venda de bens dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.</p> <p>Dentre as penalidades e sugestões estipuladas pelo Plenário, destaque-se, por unanimidade, a sugestão das representadas à adesão a um programa de <i>compliance</i> antitruste.</p> <p>•Julgamento final em 13 de outubro de 2005 (359ª sessão ordinária). Embargos de declaração apreciados em sessão de 07 de novembro de 2007.</p>	<p>Voto-vista do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos:</p> <p>Recomendo ainda às Representadas a adesão a um programa de <i>antitrust compliance</i> tal qual recomendado pelo Ministério Público Federal e no voto do i. Conselheiro-Relator.</p> <p>Voto do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos no âmbito de Embargos de Declaração:</p> <p>3.8. Dúvida quanto ao programa de <i>compliance</i></p> <p>A Astrazeneca indaga a quem se destina a recomendação de aderir ao programa de <i>compliance</i> antitruste, uma vez que ela já possui o seu próprio programa. Os embargos não se prestem (sic) a esclarecer meras dúvidas, consoante salientou a douta Procuradoria deste Conselho. Todavia, visando, eliminar qualquer insegurança do provimento da decisão, esclareço que é certo que a recomendação serve para todas as Representadas, já que não há ressalvas constantes no texto do acórdão. Quanto à situação de cada Representada quanto a esse ponto específico, é pormenor que não foi contemplado na recomendação, ficando a critério de cada laboratório a adequação da recomendação à sua situação particular, até porque não se trata de uma imposição, mas, como dito, de uma recomendação.</p>

APÊNDICE II - Lei 8.884/1994: Programa de *compliance* em TCC

Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento n° 08700.002906/2007-68.</p> <p>•Compromissária: JBS S/A (antiga Friboi Ltda.).</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.002493/2005-16, que apurava suposto acordo entre empresas frigoríficas com a finalidade de restringir e prejudicar a livre concorrência no setor de abate de gado bovino em várias regiões do país.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por maioria, em 28 de novembro de 2007.</p>	<p>TCC:</p> <p>Cláusula Terceira - Das Obrigações da COMPROMISSÁRIA</p> <p>3.1. Adoção de Programa de <i>Compliance</i> - A COMPROMISSÁRIA compromete-se a implementar regras internas de prevenção a infrações concorrenciais e em adotar programa de <i>Compliance</i> concorrencial, 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.</p> <p>3.1.1. A COMPROMISSÁRIA deverá apresentar o referido programa de <i>Compliance</i> concorrencial ao CADE no prazo de 30 dias após a assinatura do presente termo.</p> <p>3.1.2. A COMPROMISSÁRIA se obriga a efetuar a divulgação do Programa de <i>Compliance</i> 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.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Sexta - Do Descumprimento do Termo de Compromisso e das Multas</p> <p>[...]</p> <p>6.2. Uma vez constatado pelo Plenário do CADE o descumprimento do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo n° 08012.002493/2005-16 contra a COMPROMISSÁRIA para apuração de infração de ordem econômica, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 voltará ao seu curso investigativo regular, sendo-lhe garantido o mais amplo e irrestrito direito de defesa.</p> <p>6.3. Em caso de constatação pelo Plenário do CADE do descumprimento das obrigações principais assumidas neste Compromisso, a COMPROMISSÁRIA ficará ainda sujeita à multa diária, enquanto perdurar eventual descumprimento, no valor de 5.000 (cinco mil) UFIR, equivalente a R\$ 5.320,50 (cinco mil e trezentos e vinte reais e cinquenta centavos), nos termos do artigo 53, §1º, II, c/c artigo 25, ambos da Lei 8.884/94.</p> <p>6.4. O atraso, injustificado ou sem consentimento prévio, na entrega dos relatórios e informações ao CADE, será apurado pelo CADE, respeitado o direito de defesa. Constatado pelo Plenário do CADE o descumprimento do presente Termo de Compromisso, o COMPROMISSÁRIO estará sujeito à multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIR, equivalente a R\$ 5.320,50 (cinco mil e trezentos e vinte reais e cinquenta centavos).</p> <p>Parecer ProCADE:</p> <p>Ateste do cumprimento integral das obrigações contidas no TCC, recomendando o arquivamento do feito (10 de setembro de 2009). No mesmo sentido o despacho do Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Azevedo (15 de setembro de 2009). Homologado pelo Plenário.</p> <p>Nota do pesquisador:</p> <p>Constam dos autos documentos elaborados para atender aos compromissos de <i>compliance</i> (cláusulas 3.1 e seguintes do TCC).</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento n° 08700.004221/2007-56.</p> <p>•Compromissária: Lafarge Brasil S/A.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.011142/2006-79, que</p>	<p>TCC:</p> <p>Cláusula Terceira - Das Obrigações da COMPROMISSÁRIA</p> <p>3.1. Adoção de Programa de <i>Compliance</i> - A COMPROMISSÁRIA compromete-se a incrementar as regras internas de prevenção a infrações concorrenciais e em adotar o programa de <i>Compliance</i> concorrencial anexo (Anexo II)*, 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</p>

<p>apurava suposta prática de cartel entre empresas atuantes no mercado de cimento e concreto no Brasil.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por maioria, em 28 de novembro de 2007.</p>	<p>concorrentes e associações de classe. 3.1.1. A Compromissária se obriga a efetuar a divulgação do Programa de <i>Compliance</i> concorrencial anexo, 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.</p> <p>3.2. Obrigação de Livre Acesso e Cooperação - Independentemente da existência de processo administrativo, ordem judicial ou aviso prévio e, sendo certo que o presente Termo de Compromisso não implica na celebração de qualquer acordo de leniência, reconhecimento de culpa ou de qualquer ilicitude, a COMPROMISSÁRIA se obriga:</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Quarta - Da Obrigação de Informação e Relatório ao CADE</p> <p>4.1. De forma a permitir a fiscalização do cumprimento integral deste Termo de Compromisso, a COMPROMISSÁRIA se obriga a enviar ao CADE, a cada 6 (seis) meses e até o final do Termo de Compromisso, contados da assinatura do presente instrumento, relatório informando o desenvolvimento e o acompanhamento de todas as obrigações assumidas neste Termo de Compromisso, em particular a obrigação de Adoção de <i>Compliance</i> e regular recolhimento da Contribuição Pecuniária assumida.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Oitava - Do Descumprimento do Termo de Compromisso e das Multas</p> <p>[...]</p> <p>8.2. Uma vez constatado pelo Plenário do CADE o descumprimento do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 contra a COMPROMISSARIA voltará ao seu curso investigativo regular, sendo-lhe garantido direito de defesa nos termos da lei.</p> <p>8.3. Em caso de constatação pelo Plenário do CADE do descumprimento das obrigações principais assumidas neste Compromisso, a COMPROMISSÁRIA ficará ainda sujeita à multa diária, enquanto perdurar eventual descumprimento, no valor de 25.000 (vinte e cinco mil) UFIR, equivalente a R\$ 26.602,50 (vinte e seis mil e seiscentos e dois reais e cinquenta centavos), nos termos do artigo 53, §1º, II, c/c artigo 25, ambos da Lei 8.884/94.</p> <p>8.4. O atraso, injustificado ou sem consentimento prévio, na entrega dos relatórios e informações ao CADE, será apurado pelo CADE, respeitado o direito de defesa. Constatado pelo Plenário do CADE o descumprimento do presente Termo de Compromisso, a COMPROMISSÁRIA estará sujeita à multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIR, equivalente a R\$ 5.320,50 (cinco mil e trezentos e vinte reais e cinquenta centavos).</p> <p>* Nota do pesquisador (1): O programa de <i>compliance</i> foi apresentado e consta dos autos. A versão em inglês também foi apresentada.</p> <p>Parecer ProCADE: Ateste do cumprimento integral das obrigações contidas no TCC, recomendando o arquivamento do feito (09 de março de 2009). No mesmo sentido o despacho do Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Azevedo (15 de abril de 2009). Homologado pelo Plenário.</p> <p>Nota do pesquisador (2): Constam dos autos documentos elaborados para atender aos compromissos de <i>compliance</i> (cláusulas 3.1 e seguintes do TCC).</p>
<p>Sumário do caso</p>	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p>
<p>•Requerimento nº 08700.005281/2007-96.</p> <p>•Compromissárias: Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e</p>	<p>TCC:</p> <p>3. DAS OBRIGAÇÕES DA ALCAN EMBALAGEM</p> <p>3.1 A Alcan Embalagens reforçará suas regras internas de conformidade com a legislação de defesa da concorrência (<i>compliance</i>), implementando um programa de conformidade que compreenda os tópicos descritos no Anexo I*.</p>

<p>Marco Antonio Ferraroli dos Santos.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, que apurava suposto cartel no mercado de embalagens flexíveis, com o fim de dividir o mercado e fixar preços.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por maioria, em 23 de julho de 2008.</p>	<p>Tais regras deverão guiar o comportamento da Alcan Embalagens, de seus funcionários e prepostos em todos os atos perante terceiros, e especialmente aqueles perante fornecedores, clientes, concorrentes e associações de classe.</p> <p>3.1.1 A Alcan Embalagens deverá ostensivamente informar seus funcionários sobre o programa de conformidade referido na Cláusula 3.1 acima, e deverá treinar todos os seus empregados direta ou indiretamente envolvidos nas suas atividades comerciais de acordo com tal programa de conformidade. Os funcionários da Alcan Embalagens deverão estar vinculados a tais regras e deverão estar sujeitos a penalidades disciplinares no caso de infração ao programa de conformidade.</p> <p>3.2 Durante a vigência deste Compromisso, a Alcan Embalagens apresentará ao CADE, a cada quatro meses, um relatório circunstanciado atestando o cumprimento das obrigações descritas na Cláusula 3.1 acima, devendo o primeiro relatório ser apresentado no quarto mês após a assinatura deste Compromisso.</p> <p>3.2.1 Todas as informações, documentos e relatórios que deverão ser apresentados ao CADE por força deste Compromisso deverão ser dirigidos à Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE, e serão tratados confidencialmente.</p> <p>3.3 No contexto das investigações desenvolvidas no curso do Processo Administrativo, a Alcan Embalagens deverá garantir, ao CADE, à SDE e aos seus servidores, acesso pleno às instalações da Alcan Embalagens, desde que (a) os servidores estejam devidamente identificados e que (b) os servidores requeiram acesso às instalações durante seu horário normal de funcionamento, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.784/1999, garantindo-se sempre que não haja qualquer tipo de prejuízo às atividades regulares da Alcan Embalagens.</p> <p>3.4 Mediante solicitação expressa do CADE para tanto, a Alcan Embalagens tomará as medidas razoáveis que estiverem ao seu alcance para permitir que servidores do CADE e da SDE participem de reuniões das associações de classe do setor de embalagens flexíveis e de outros eventos do setor dos quais a Alcan Embalagens participe.</p> <p>[...]</p> <p>7. DO DESCUMPRIMENTO E DAS MULTAS</p> <p>7.1 A Alcan Embalagens e o Executivo estarão sujeitos a multa diária de no máximo R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) no caso de descumprimento das obrigações expressas na Cláusula 3 acima, caso o descumprimento tenha continuado após a Alcan Embalagens ou o Executivo terem sido devidamente notificados por escrito sobre a ocorrência, garantindo-se que a verificação do descumprimento obedecerá o procedimento previsto no art. 162 do Regimento Interno do CADE, resguardado o direito de ampla defesa da Alcan Embalagens e do Executivo.</p> <p>7.1.1 A Alcan Embalagens estará sujeita à multa diária de no máximo R\$5.320,00 (cinco mil, trezentos e vinte reais) no caso de atraso, injustificado ou sem consentimento prévio, na entrega dos relatórios a que se refere a Cláusula 3.2 acima.</p> <p>7.1.2 O descumprimento de quaisquer das obrigações expressas na Cláusula 3 acima poderá ser unicamente considerado descumprimento parcial deste Compromisso. Ainda que referido descumprimento parcial resulte na aplicação da multa prevista na Cláusula 7. 1, o CADE poderá confirmar o cumprimento integral do Compromisso, arquivando o Processo Administrativo nos termos da Cláusula 8 abaixo, caso a Alcan Embalagens ou o Executivo corrija o vício identificado e cumpra adequadamente a obrigação objeto de controvérsia em 30 (trinta) dias a contar da decisão do CADE que verificou o descumprimento parcial.</p> <p>* Nota do pesquisador: O Anexo I é apresentado após esta tabela por questões de formatação.</p>
---	---

	<p>Parecer ProCADE: Ateste do cumprimento integral das obrigações contidas no TCC, concluindo pelo arquivamento do feito (04 de agosto de 2009). No mesmo sentido o despacho do Conselheiro-Olavo Zago Chinaglia de Azevedo (26 de agosto de 2009). Homologado pelo Plenário.</p>
<p>Sumário do caso</p> <ul style="list-style-type: none"> •Requerimentos nºs 08700.003240/2009-27 e 08700.003900/2009-70. •Compromissárias: Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., Visa International Service Association (“Visa”) e Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos (“CIELO”). •TCCs celebrados no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.005328/2009-31, que apurava suposta prática de ilícito concorrencial. •TCCs homologados pelo Plenário, por maioria, em 16 de dezembro de 2009. 	<p>Excertos relacionados ao programa de compliance e medidas correlatas</p> <p>TCC: Visa Cláusula Segunda - Do Objeto O objeto deste Compromisso é definir as medidas que serão tomadas pelas Compromissárias, a fim de cessar, de Direito e de fato, a relação de adquirência única na afiliação de estabelecimentos para aceitação de cartões com a bandeira Visa e credenciamento de transações Visa originárias destes estabelecimentos, incluindo os serviços de captura, transmissão, processamento e liquidação das transações, mantida entre as Compromissárias e a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (“Cielo”), incluindo-se, dentre tais medidas, mas não se limitando a: (i) a implantação de um programa de educação aos funcionários das Compromissárias, visando à prevenção de infrações à ordem econômica (<i>compliance</i>); e (ii) a ampla divulgação de requisitos éticos, operacionais e condições comerciais / (definidos abaixo) a fim de viabilizar a contratação, por parte das / Compromissárias, de novo(s) credenciador(es) da bandeira Visa, para operar no/ território brasileiro. [...] Cláusula Quinta - Programa de <i>Compliance</i> A Visa do Brasil formulará e/ou reforçará suas regras internas em linha com a regulamentação de defesa da concorrência, por meio da realização de um programa interno, nas dependências da Visa do Brasil, para seus próprios empregados, cujo cronograma será entregue ao CADE em, no máximo, 45 dias após a intimação das Compromissárias da decisão do Plenário do CADE que homologar este Compromisso. O programa seguirá as diretrizes do Anexo 1* deste Compromisso, que reproduzem algumas diretrizes da Portaria SDE n. 14, e deverá contar com palestras, treinamentos e elaboração de manual. Cópia do manual será enviada ao CADE e ao representante do MPF que oficia perante o CADE. A Visa do Brasil deverá informar tempestivamente seus funcionários acerca do programa referido nessa Cláusula, e deverá treinar funcionários direta ou indiretamente envolvidos em suas atividades comerciais. O programa incluirá penalidades disciplinares aos funcionários que não se enquadrarem ao programa implementado pela Visa do Brasil, consistente com as suas regras e políticas internas. Mediante aviso prévio de 5 dias à Visa do Brasil, o CADE pode indicar representantes para acompanhar pessoalmente o desenvolvimento de um treinamento incluído no cronograma que será entregue ao CADE. [...] Cláusula Sexta - Da Obrigação de Informação ao CADE De forma a permitir a fiscalização do cumprimento deste compromisso, as Compromissárias se obrigam a fornecer ao CADE e ao representante do MPF perante o Conselho, durante a vigência deste Compromisso, relatórios confidenciais, a da 30 (trinta) dias, que indiquem, além da implementação do programa referido na Cláusula Quinta: [...] Cláusula Sétima - Das Multas O inadimplemento das Cláusulas Terceira e Quinta sujeitará as Compromissárias, solidariamente, à multa diária de R\$10.640,10, nos termos do artigo 53, §1, b, c/c artigo 25, ambos da Lei n. 8.884/94, limitada esta multa diária a 90 (noventa) dias. O atraso injustificado no envio dos relatórios ao CADE, conforme previsto Cláusula Sexta, sujeitará as Compromissárias, solidariamente, à multa diária de R\$5.064,01, limitada esta multa diária a 90 (noventa) dias. [...]</p>

	<p>O inadimplemento dessas obrigações não ensejará, por si só, a resolução deste Compromisso, nem a reabertura do Processo Administrativo em face das Compromissárias. As multas acima estipuladas não serão devidas nas hipóteses de comprovado caso fortuito ou de força maior, conforme definidos na Lei Civil Brasileira.</p> <p>* Nota do pesquisador (1): O Anexo 1 é apresentado após esta tabela por questões de formatação.</p> <p>CIELO Cláusula Segunda - Do Objeto O objeto deste Compromisso é a definição das medidas que serão tomadas pela Compromissária, a fim de cessar, de Direito e de fato, toda e qualquer prática que resulte na existência de relações comerciais de captura, transmissão, processamento e liquidação de transações com uma única bandeira de cartões de pagamento, tais como relações estruturais ou contratuais de operação verticalizada, adquirência única, ou exclusividade, porventura mantida entre a Compromissária, de um lado, e Visa International Service Association (“Visa International”) e Visa do Brasil Empreendimentos LTDA. (“Visa do Brasil”), de outro, incluindo-se dentre as referidas medidas: [...]</p> <p>(iii) a implantação de um programa de educação aos funcionários da Compromissária, visando à prevenção de infrações à ordem econômica (Programa de <i>Compliance</i>), conforme Anexo 1* a este Compromisso. [...]</p> <p>Cláusula Quinta - Programa de <i>Compliance</i>. A Compromissária formulará e/ou reforçará suas regras internas em linha com a regulamentação de defesa da concorrência, por meio da realização de um programa interno, nas dependências da CBMP, para seus próprios empregados, cujo cronograma será entregue ao CADE em 1º de fevereiro. O programa deverá contar com palestras, treinamentos e elaboração de manual e seguirá as diretrizes do Anexo 1* deste Compromisso e da Portaria nº 14, de 9 de março de 2004 da Secretaria de Direito Econômico/Ministério da Justiça, não sendo exigível que a Compromissária deposite seu Programa de <i>Compliance</i> na Secretaria de Direito Econômico. Cópia do manual será enviada ao CADE e ao representante do MPF que oficia perante o CADE. A Compromissária deverá informar tempestivamente seus funcionários acerca do programa referido nessa Cláusula, e deverá treinar funcionários direta ou indiretamente envolvidos em suas atividades comerciais. O programa incluirá penalidades disciplinares aos funcionários que não se enquadrarem ao programa implementado pela Compromissária, consistente com as regras e políticas internas da Compromissária. Mediante aviso prévio de 5 (cinco) dias à Compromissária, o CADE poderá indicar representantes para acompanhar pessoalmente o desenvolvimento de um treinamento.</p> <p>Cláusula Sexta - Da Obrigação de Informação ao CADE De forma a permitir a fiscalização do cumprimento deste Compromisso, a Compromissária se obriga a fornecer ao CADE e ao representante do MPF que oficia perante o CADE, durante a vigência deste Compromisso, relatórios confidenciais, com periodicidade mensal, relatórios esses que indicarão, além da implementação do programa referido na Cláusula Quinta, as seguintes informações: [...]</p> <p>Cláusula Sétima - Das Multas a) à multa diária de R\$20.000,00, pela inobservância das obrigações dispostas nas Cláusulas Terceira e Quinta, nos termos do artigo 53, §1, b, c/c artigo 25, ambos da Lei n. 8.884/94, limitada esta multa diária a 90 (noventa) dias; e b) à multa diária de R\$10.000,00, pelo atraso injustificado no envio dos relatórios ao CADE, conforme previsto Cláusula Sexta, limitada esta multa diária a 90 (noventa) dias. [...]</p>
--	---

	<p>O inadimplemento dessas obrigações não ensejará, por si só, a resolução deste Compromisso, nem a reabertura do Processo Administrativo em face da Compromissária. As muitas acima estipuladas não serão devidas nas hipóteses de o comprovado caso fortuito ou de força maior, conforme definidos na Lei Civil Brasileira.</p> <p>* Nota do pesquisador (2): O Anexo 1 é apresentado após esta tabela por questões de formatação.</p> <p>Parecer ProCADE: Ateste do cumprimento integral das obrigações contidas nos TCCs, concluindo pelo arquivamento do feito (29 de julho de 2010). No mesmo sentido o despacho do Conselheiro-Olavo Zago Chinaglia de Azevedo (03 de agosto de 2010). Homologado pelo Plenário.</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento n° 08700.001913/2009-12.</p> <p>•Compromissária: Associação das Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas e Região e Oswaldo Redaelli Filho.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.007238/2006-32, que apurava suposta imposição de preços aos Centros Formadores de Condutores de Campinas pelo tabelamento de preços mínimos.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 07 de outubro de 2009.</p>	<p>TCC: Cláusula Terceira - Das Obrigações dos COMPROMISSÁRIOS</p> <p>3.1. Obrigação de Cooperação - Independentemente da existência de processo administrativo, ordem judicial ou aviso prévio e, sendo certo que o presente Termo de Compromisso não implica na celebração de qualquer acordo de leniência, os COMPROMISSÁRIOS se obrigam a: [...]</p> <p>(iv) assumir compromisso de elaborar um Plano Educativo com palestras e qualquer outro tipo de evento, junto às Associações e Sindicatos de Auto-Escolas e de Centros de Formação de Condutores e demais entidades públicas ou privadas, dentro e fora da cidade de Campinas e do Estado de São Paulo, sendo que em todos os eventos os COMPROMISSÁRIOS se comprometem em convidar o DETRAN/SP e entidades representativas de classes e empresárias para participar, no esforço de envolvê-lo no plano educativo, tudo com o objetivo de promover os princípios da livre concorrência. O plano educativo deverá ser entregue no prazo máximo de 30 dias após a assinatura do presente termo de compromisso, de acordo com as diretrizes e obrigações do Anexo 1* deste instrumento.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Quarta - Da Obrigação de Informação e Relatório ao CADE</p> <p>4.1. De forma a permitir a fiscalização do cumprimento integral deste Termo de Compromisso, os COMPROMISSÁRIOS se obrigam a enviar ao CADE, a cada 6 (seis) meses e até o final do Termo de Compromisso, contados da assinatura do presente instrumento, relatório informando o desenvolvimento e o acompanhamento de toda/ as obrigações assumidas neste Termo de Compromisso, bem como o regular recolhimento da Contribuição Pecuniária assumida.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Oitava - Do Descumprimento do Termo de Compromisso e das Multas</p> <p>[...]</p> <p>8.2. Uma vez constatado pelo Plenário do CADE o descumprimento integral do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo n° 08012.007238/2006-32 contra os COMPROMISSÁRIOS voltará ao seu curso investigativo regular, sendo-lhe garantido direito de defesa nos termos da lei.</p> <p>8.3. Em caso de constatação pelo Plenário do CADE do descumprimento das obrigações principais assumidas neste Compromisso, os COMPROMISSÁRIOS ficarão ainda sujeitos à multa diária enquanto perdurar eventual descumprimento, nos termos do artigo 53, §1º, II, c/c artigo 25, ambos da Lei 8.884/94, na seguinte proporção: [...] (ii) multa diária no valor de 10.000 (dez mil) UFIR, no caso de descumprimento da cláusula 11, item (iv), e do ANEXO 1, bem como das obrigações decorrentes do Plano Educativo;</p> <p>[...]</p> <p>8.4. A não apresentação ou atraso, injustificado ou sem consentimento prévio, a entrega dos relatórios e informações ao CADE, será apurado pelo Plenário do CADE, respeite a o direito de defesa. Constatado o atraso, os</p>

	<p>COMPROMISSARIOS estarão sujeitos à multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIR.</p> <p>* Nota do pesquisador (1): O Anexo 1 é apresentado após esta tabela por questões de formatação.</p> <p>Despacho do Conselheiro-Relator César Costa Alves de Mattos: Em 26 de maio de 2009, os representados apresentaram minuta de TCC, propondo (i) a cessação da prática, (ii) medidas de <i>compliance</i> com acentuado teor de advocacia da concorrência [...] Segundo Willard K. Tom, as associações são infratoras contumazes da legislação antitruste em função da falta de atenção e/ou conhecimento em relação às normas concorrenciais. Frequentemente, o problema se deriva até mesmo da falta de conhecimento técnico sobre o que constitui uma conduta ilegal. Nesse sentido, W. K. Tom aponta para a utilidade dos programas de esclarecimento e difusão da cultura concorrencial, incluídos entre nós na chamada ‘advocacia da concorrência’: [...] A Lei nº 11.482/07, seguindo a dinâmica da experiência jurídica de outros países, veio restabelecer a possibilidade de celebração de TCC tendo como objeto investigações de práticas de cartel. O atual art. 53 da Lei nº 8.884/94, portanto, ao permitir uma saída negociada em caso de cartel, introduziu, conseqüentemente, a possibilidade de estabelecer programas de <i>compliance</i> e educativos para a concorrência como contrapartida do infrator. [...] [a]s negociações foram, paulatinamente, ajustando a proposta inicial aos critérios de adequação da Comissão, ampliando-se o programa de <i>compliance</i> paralelamente à adequação da contribuição pecuniária aos seguintes critérios: [...] (vi) obrigações assumidas no plano educativo proposto; [...]</p> <p>Parecer ProCADE: Ateste do cumprimento integral das obrigações contidas no TCC, concluindo pelo arquivamento do feito (24 de junho de 2014). Homologado pelo Plenário.</p> <p>Nota do pesquisador (2): Conforme Parecer ProCADE acerca do Plano Educativo: “Quanto ao Plano Educativo, após as reformulações elaboradas e observando, sobretudo, o conteúdo da primeira palestra proferida, entende-se que ele está conforme os precedentes do CADE no que concerne a programas de <i>compliance</i>. Temas como ‘O papel do CADE’, ‘Consequências jurídicas pelo desrespeito à legislação da livre Concorrência’ atingem o escopo de <i>advocacy</i> da concorrência”.</p>
<p>Sumário do caso</p> <ul style="list-style-type: none"> •Requerimento nº 08700.002933/2009-01. •Compromissária: União Brasileira de Avicultores - UBA e Anel Antônio Mendes. •TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.003623/2009-53, que apurava suposta infração à ordem econômica diante de manifestações da UBA e de seu Presidente, que sugeriam aos produtores de aves a redução das quantidades produzidas como forma de evitar eventual queda de preços. 	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p> <p>TCC: Cláusula Terceira - Das Obrigações do Compromissário [...] 3.4. Divulgação - A Compromissária Pessoa Jurídica obriga-se individualmente a disponibilizar em seu sítio eletrônico acesso, a um clique de distância, a versão eletrônica da Cartilha da SDE “Combate a cartéis em sindicatos e associações” (Coleção SDE [DPDE nº 03/2009) pelo prazo de 3 (três) anos a contar da homologação do presente termo. A Compromissária obriga-se, também, a apresentar relatório anual em que ateste a disponibilização do documento, com a apresentação do primeiro prevista para 12 (doze) meses após a homologação do presente termo. [...] Cláusula Sexta - Do Descumprimento do Termo de Compromisso [...] 6.4. Uma vez constatado, pelo Plenário do CADE, o descumprimento do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo n. 08012.003623/2009-53 voltará a tramitar ar em face do Compromissário faltoso, sendo-lhe garantido direito de defesa nos termos da extinção da obrigação de recolhimento das parcelas de contribuição pecuniária restantes.</p>

<p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 09 de junho de 2010.</p>	<p>6.5. Em caso de descumprimento da obrigação prevista na cláusula 3.4., a Compromissária Pessoa Jurídica estará sujeita unicamente a multa no valor de 50 mil UFIR, sem aplicação de nenhum dos efeitos previstos na Cláusula 6.4. acima.</p> <p>Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo:</p> <p>4.2.2. Das demais obrigações da cláusula terceira [...]</p> <p>4.2.2.3. Da obrigação de divulgação de Cartilha da SDE</p> <p>29. Em seu parecer, a SDE comentou a proposta de programa de <i>compliance</i> sugerida pelos proponentes quando do início do período de negociação, opinando pela sua reformulação, a partir da qual dele deveriam constar um cronograma e diretrizes, além da indicação de um responsável pela sua execução e da extensão do prazo de vigência. Além disso, a SDE sugeriu a divulgação, de forma eletrônica, da Cartilha de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações no sítio eletrônico da proponente UBA ou de sua sucessora.</p> <p>30. Vejo com ressalvas o estímulo, por parte da Administração Pública, de programas de <i>compliance</i>, o que ocorreria caso este TCC previsse essa obrigação (que, aliás, já foi objeto de outros termos de compromisso de cessação, mas não é deste). Ainda mais, caso os programas de <i>compliance</i> importem contrapartida (pecuniária ou não) por parte da Administração Pública no âmbito de uma negociação de termo de compromisso de cessação no CADE. Isso porque, por um lado, os programas de <i>compliance</i> impõem um custo alto de monitoramento ao CADE, que ficará responsável por verificar a adesão dos proponentes aos termos negociados, sem necessariamente implicar (até porque isso seria ainda mais difícil) uma obrigação de resultado (<i>i.e.</i>, a de evitar condutas anticompetitivas por meio de uma maior conscientização da legislação e jurisprudência antitruste).</p> <p>31. Por outro, acredito que o foco desse estímulo está equivocado, ao menos no que se refere à grande maioria dos setores econômicos frequentemente analisados pelo CADE. A meu ver, as empresas que sugerem a formalização de programas de <i>compliance</i> já são aquelas que, cientes de uma possível e iminente responsabilização no âmbito antitruste, fariam <i>compliance</i> de qualquer forma (ou pelo menos já estão, em algum grau, conscientes da legislação de defesa da concorrência), não havendo razão para que a Administração Pública ofereça uma contrapartida para algo que o administrado tem incentivo para fazer independentemente de um TCC. Não excluiria per se programas de <i>compliance</i> no âmbito de TCCs (até porque há previsão regimental prevendo a adoção de programas dessa ordem), mas entendo que essa é uma possibilidade que deve ser encarada pela Administração Pública como medida de exceção e que, portanto, deve ser extensamente justificada e motivada pelo Conselheiro responsável pelo caso no CADE.</p> <p>Parecer ProCADE: Ateste do cumprimento integral das obrigações contidas no TCC, recomendando o arquivamento do feito (10 de julho de 2014). Homologado pelo Plenário.</p>
--	---

Conteúdo dos documentos mencionados (*) na Tabela anterior

•Requerimento nº 08700.005281/2007-96. Compromissárias: Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Antonio Ferraroli dos Santos.

Anexo I

1. Este Anexo é parte do Compromisso celebrado pela Alcan Embalagens e pelo CADE nesta data. Por força deste Compromisso, a Alcan Embalagens deve continuar a desenvolver um programa de conformidade com a legislação de defesa da concorrência (antitrust *compliance*), compreendendo diversas medidas e iniciativas com o intuito de aumentar a percepção de seus funcionários quanto ao cumprimento da Lei 8.884/1994.

2. Este Anexo rege a implementação do programa de *compliance* exigido. As obrigações contidas aqui correspondem genericamente às obrigações de conformidade previstas na Portaria SDE nº 14/2004, e devem ser interpretadas de acordo com os objetivos do Compromisso e com os objetivos de referida Portaria, sempre com a finalidade de assegurar o compromisso da Alcan Embalagens de se atuar em conformidade com legislação brasileira de defesa da concorrência.

3. A Alcan Embalagens deverá criar padrões e procedimentos claros com relação à observância da legislação de defesa da concorrência por parte de seu quadro de funcionários, em linha com os seguintes requisitos:

3.1. A Alcan Embalagens, ou alguma de suas afiliadas, deverá indicar um de seus representantes legais ou dirigentes para coordenar e supervisionar o programa de forma que seus objetivos sejam implementados e reforçados; este executivo (o “*Compliance Officer*”) deverá ter recebido, formal e expressamente, plena responsabilidade e poderes para implementar, desenvolver e fazer cumprir o programa de conformidade;

3.2. O *Compliance Officer* deverá ter credibilidade entre os funcionários (ie, não ter se envolvido em condutas impróprias de qualquer natureza no passado recente) e apresentar uma postura construtiva para promover uma cultura organizacional que encoraje condutas éticas em conformidade com a Lei;

3.3. A Alcan Embalagens deve identificar práticas comerciais ou grupo de funcionários que possam estar mais expostos a questões de natureza concorrencial, devendo o resultado dessa identificação ser detalhado por escrito em relatório preparado pelo *Compliance Officer* em conjunto com um especialista em Direito da Concorrência;

3.4. A Alcan Embalagens deverá comunicar aos seus funcionários, periodicamente e de uma maneira prática, seus padrões e procedimentos de conformidade, com ênfase nos grupos de risco anteriormente identificados. Isto deverá ser realizado por meio de sessões de treinamento regulares, da divulgação de manuais e guias de *compliance*, folhetos, palestras, vídeos e programas de computador, que assegurem que funcionários compreendam e, assim, passem a aderir ao programa de conformidade, por meio de comportamentos éticos e conformes;

3.5. A Alcan Embalagens deverá garantir que seus funcionários estejam cientes e em conformidade as políticas internas de retenção de documentos;

3.6. A Alcan Embalagens deverá promover um monitoramento constante de seu programa de conformidade. Deverá ser criado um mecanismo interno pelo qual os funcionários e a gerência da Alcan Embalagens possam ser capazes de prontamente contatar o departamento jurídicos para esclarecer questões relativas ao *compliance* e comportamentos de interpretação dúbia;

3.7. Os representantes legais, diretores, administradores, gerentes e representantes de vendas da Alcan Embalagens deverão ser obrigados a, periodicamente, atestar por escrito a conformidade de seus subordinados com os padrões de conformidade da Alcan Embalagens;

3.8. A Alcan Embalagens deverá promover seus esforços de *compliance* nas associações de classe da qual é parte. No limite de suas possibilidades, a Alcan Embalagens deverá envidar esforços razoáveis para obter dessas associações de classe declarações sobre o entendimento e a conformidade dessas associações com a legislação brasileira de defesa da concorrência; e

3.9. A Alcan Embalagens deverá promover e reforçar seu programa de conformidade, adotando penalidades disciplinares pela falta de adesão a comportamentos éticos ou conformes, a fim de encorajar o comprometimento de seus funcionários ao programa de conformidade.

4. Um relatório confidencial contendo a descrição das etapas de implementação deverá ser submetido ao CADE, de acordo com a Cláusula 3 do Compromisso.

5. O CADE poderá, caso entenda ser conveniente e oportuno, prestar assistência quanto aos mecanismos e implementação do programa de conformidade, quando solicitado pela Alcan Embalagens, com vistas a assegurar uma implementação completa e adequada do programa de conformidade.

•Requerimentos n^{os} 08700.003240/2009-27 e 08700.003900/2009-70. Compromissárias: Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., Visa International Service Association (“Visa”) e Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos (“CIELO”).

Anexo 1 – Diretrizes para o Programa de *Compliance*

1. Este Anexo é parte do Termo de Compromisso celebrado entre o CADE e as Compromissárias. Por força desse instrumento, as Compromissárias comprometem-se a desenvolver um Programa de *Compliance*, em consonância com a legislação e regulamentação de defesa da concorrência brasileira, compreendendo medidas e iniciativas com propósito de aumentar a percepção de seus funcionários no que se refere ao atendimento da Lei n.º 8.884/94 e regulamentação correlata.

2. As Compromissárias deverão criar padrões e procedimentos claros em relação ao cumprimento da legislação e regulamentação de defesa da concorrência por parte de seu quadro de funcionários, em linha com os seguintes requisitos:

2.1. As Compromissárias deverão indicar um de seus representantes legais ou dirigentes para coordenar e supervisionar o Programa de *Compliance*, de forma que seus objetivos sejam implementados e reforçados. O executivo designado (“Diretor do Programa de *Compliance*”) deverá receber, formal e expressamente, plena responsabilidade e poderes para implementar, desenvolver e fazer cumprir o Programa de *Compliance*.

2.2. O Diretor do Programa de *Compliance* deverá gozar de credibilidade entre os funcionários, não tendo se envolvido previamente em condutas impróprias de qualquer natureza, apresentando postura construtiva para promover cultura organizacional que encoraje condutas éticas em conformidade com a Lei;

2.3. As Compromissárias devem identificar práticas comerciais ou grupo de funcionários que possam estar mais expostos a questões de natureza concorrencial, devendo o resultado desse mapeamento ser detalhado por escrito em relatório preparado pelo Diretor do Programa de *Compliance*, em conjunto com um especialista em Direito da Concorrência;

2.4. As Compromissárias deverão comunicar aos seus funcionários, periodicamente e de maneira prática e clara, seus padrões e procedimentos de conformidade e atendimento ao Programa de *Compliance*, notadamente perante grupos de risco identificados previamente. A obrigação descrita no presente item deverá ser realizada por meio de sessões de treinamento regulares, da divulgação de manuais didáticos e guias de *compliance*, folhetos, apresentação de palestras, vídeos e programas de computador, de modo a assegurar que funcionários compreendam o programa e implementação e adiram a ele através de comportamento ético e conforme.

2.5. As Compromissárias deverão monitorar de forma constante o programa em implementação, elaborando um mecanismo interno pelo qual funcionários e a gerência da empresa sejam capazes de contatar, de forma tempestiva, o departamento jurídico para esclarecer questões relativas ao Programa de *Compliance* e comportamentos de interpretação duvidosa no que se refere a questões de natureza potencialmente concorrencial.

2.6. Os representantes legais, diretores, administradores, gerentes e representantes de vendas das Compromissárias deverão ser obrigados a atestar por escrito, de forma periódica, a conformidade da conduta de seus subordinados com o Programa de *Compliance*, sob as penas da lei;

2.7. O programa de *compliance* deverá abarcar instruções, aos seus empregados, sobre os limites legais de sua atuação perante associações de classe;

2.8. As Compromissárias deverão promover e reforçar seu Programa de *Compliance*, adotando penalidades disciplinares compatíveis políticas internas e procedimentos, com o intuito de comprometimento de seus funcionários com o programa.

•Requerimento nº 08700.001913/2009-12. Compromissária: Associação das Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas e Região e Oswaldo Redaelli Filho

Anexo 1

Cláusula Primeira - Do plano educativo

Conforme obrigação presente no item ‘iv’ da Cláusula 3. 1, os COMPROMISSÁRIOS se comprometem a elaborar e executar um plano educativo com palestras, reuniões e qualquer outro tipo de evento, junto às Associações e Sindicatos de Auto-Escolas e de Centros de Formação de Condutores e demais entidades públicas

ou privadas, dentro e fora da cidade de Campinas e do Estado de São Paulo, sendo que em todos os eventos os COMPROMISSÁRIOS se comprometem em convidar o DETRAN/SP para participar no esforço de envolvê-lo no plano educativo, tudo com o objetivo de promover os princípios da livre concorrência, no âmbito do mercado de Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores.

Cláusula Segunda - Dos objetivos do plano

A promoção dos princípios da livre concorrência no mercado de Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores visa esclarecer agentes participantes do mercado, dentro e fora do Estado de São Paulo, sobre a importância de um ambiente concorrencial saudável, conferindo-lhes instrumentos suficientes para analisar de uma forma mais completa os efeitos de suas ações.

Cláusula Terceira - Das características mínimas

3.1. Os COMPROMISSÁRIOS deverão encaminhar ao Plenário do CADE, para aprovação, proposta inicial do Plano Educativo que deverá necessariamente conter:

a) uma proposta em formato eletrônico, para disponibilização no site, os seguintes documentos e todos a um dique de distância da página inicial:

(i) sumário da cartilha da SDE sobre "combate a cartéis em sindicatos e associações";

(ii) informações sobre o plano educativo; e

(iii) inteiro teor do Termo de Compromisso de Cessação.

b) o cronograma de eventos e sua descrição, devendo tais eventos serem realizados com intervalo máximo de três meses, podendo haver uma frequência (sic) maior, se for o caso;

c) a elaboração de material institucional a ser distribuído em Associações e Sindicatos de Auto-Escolas e de Centros de Formação de Condutores, bem como nos eventos descritos no item acima;

d) e ações adicionais que entenderem necessárias para o alcance do objetivo do Programa Educativo.

3.1.1. Aprovada a proposta inicial do plano educativo pelo CAE, os COMPROMISSÁRIOS estão obrigados à realização das diretrizes firmadas, sob pena das obrigações firmadas na Cláusula Oitava do Termo de Compromisso de Cessação de Prática.

3.1.2. Caso houver modificações na situação de fato sobre as matérias tratadas no plano educativo, que impeçam ou dificultem a sua realização, as partes deverão notificar o CADE e apresentar alternativas equivalentes para o cumprimento integral do Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Ao CADE caberá avaliar sua pertinência e conveniência.

3.2. Nas palestras e eventos realizados em virtude do plano educativo mencionado acima, será facultado ao Plenário do CADE designar membro(s) do seu corpo técnico, e/ou pertencente ao SBDC, para acompanhar o evento, a cargo da autoridade a que pertence o designado. Será facultado ao (s) membro (s) designados pelo SBDC sua participação no evento com a finalidade de auxiliar os COMPROMISSÁRIOS a divulgar a cultura da concorrência.

3.3. Os COMPROMISSÁRIOS deverão submeter ao CADE, até 20 (vinte) dias antes da realização de cada evento, todos os dados sobre o que consiste, quais entidades participantes, assunto, data ou período de realização, horário e local, bem como o material que pretende apresentar.

3.4. Ao Fundo de Direito Difuso ficará facultado se manifestar para, querendo, contribuir e sugerir alterações aos planos propostos no Programa Educativo para a Advocacia da Concorrência.

Cláusula Quarta - Das autorizações do CADE em âmbito do plano educativo

4.1. Caberá ao órgão responsável do CADE, legitimado conforme o RICADE, o acompanhamento das obrigações do Plano Educativo, zelando pelo cumprimento dos requisitos estipulados na Cláusula Terceira deste anexo.

4.1.1 As manifestações que o órgão acima mencionado realizar sobre as questões concernentes ao Plano Educativo serão submetidas ao Plenário do CADE, para apreciação.

4.2 Em sessão subsequente à apresentação da manifestação acima, o Plenário do CADE decidirá sobre a aprovação ou reprovação do Plano Educativo. Em caso de reprovação, os COMPROMISSÁRIOS terão prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de um novo Plano Educativo.

4.3. Com relação à aprovação do CADE sobre os documentos mencionados no item 3.3. da Cláusula Terceira, estes serão automaticamente aprovados em caso de silêncio do Conselho, até 5 (cinco) dias após a submissão.

Cláusula Quinta - Da modificação no Plano Educativo

Os COMPROMISSÁRIOS poderão requisitar, de forma fundamentada, alteração no Plano Educativo aprovado pelo CADE. Para tanto é necessária a indicação do evento substitutivo e sua promoção deverá ter impacto semelhante ao que seria realizado, podendo ser em data diferente ao anterior, contudo, cabem aos COMPROMISSÁRIOS observarem a periodicidade exigida, para efeitos de cumprimento do Plano Educativo (Cláusula Terceira, item 3. 1, letra “b”).

Cláusula Sexta - Do Quorum

6.1. Os COMPROMISSÁRIOS (sic) têm por certo que as palestras e eventos realizados no âmbito do Sindicato ou Associação em virtude do Plano Educativo devem contar com o quorum (sic) mínimo de 75% (setenta e cinco por cento) dos seus associados.

6.1.1. A presença deverá ser comprovada mediante a assinatura de uma ata e no caso de uma associação ser representada (sic) por procurador de outra associação ou entidade que esteja presente, para fins do efeito do cumprimento do Plano Educativo, entender-se-á que o representado não será computado.

6.2. Os COMPROMISSÁRIOS terão uma oportunidade de realizar por mais uma vez o evento se o quorum não foi alcançado, que deverá ser igual ou de amplitude semelhante para fins de cumprimento da obrigação.

6.2.1. O período do evento não poderá coincidir com o intervalo de três meses entre cada evento e nem suprirá a obrigação de realizar os demais.

6.3. Não havendo o cumprimento do quorum (sic) estipulado nas cláusulas anteriores, os COMPROMISSÁRIOS serão penalizados conforme a Cláusula 8.3, letra 'ii', do Termo de Compromisso de Cessação de Prática.

6.3.1. Caso haja reincidência, a penalidade cabível será avaliada pelo CADE.

Cláusula Sétima - Dos Relatórios

Após cada evento realizado, no prazo de 15 dias úteis, os COMPROMISSÁRIOS deverão apresentar ao CADE um relatório sobre o tema, atividades e demais informações relevantes sobre o ocorrido. O relatório deverá ser realizado na forma escrita, contendo o anexo dos materiais distribuídos e apresentados (se houver), sendo facultado às partes anexarem demais documentos que entenderem relevantes.

APÊNDICE III - Lei 12.529/2011: Programa de *compliance* em decisão condenatória

Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79.</p> <p>•Representante: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.</p> <p>•Representadas: Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem, Associação Brasileira de Cimento Portland, InterCement Brasil S.A. (atual denominação da Camargo Corrêa Cimentos S.A.), CCB - Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Cia de Cimento Itambé, Empresa de Cimentos Liz S.A. (atual denominação da Soeicom S.A.), Holcim Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S.A. e outros.</p> <p>•Ementa: Mercados de cimento e de concreto no Brasil. Conduta colusiva. Realização de diligência de busca e apreensão pela SDE. Nota Técnica da SDE e pareceres da ProCADE e do MPF pela condenação de determinadas representadas e arquivamento de outras.</p> <p>•Julgamento final em 28 de maio de 2014 (44ª sessão ordinária). Prevalece voto-vista. Embargos de declaração apreciados em sessões de 29 de julho de 2015 e 16 de setembro de 2015.</p>	<p>Voto do Conselheiro-Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis:</p> <p>1012. Por fim, além das condições estruturais, os novos agentes também devem apresentar-se distintos do ponto de vista do comportamento, dando garantias à Administração, aos consumidores e à sociedade brasileira como um todo, de que não adquirirão tais ativos para, finalmente, ‘participarem da festa’, acomodando-se ao cartel, deixando sua obrigação de concorrer de lado e adotando comportamento colusivos, como os aqui relatados às fartas. Dessa maneira, os adquirentes de tais ativos estarão submetidos, desde o início, a compromissos de transparência, possibilitando ao máximo que seu comportamento concorrencial seja fiscalizado, por meio de uma ampla e pervasiva política de ‘portas abertas’ CADE, que, a qualquer tempo, poderá requisitar qualquer tipo de informação ou documento, inclusive <i>in loco</i> e sem autorização prévia. [...]</p> <p>1028. A adquirente deverá ser apresentada ao CADE, que aprovará ou não a opção, a partir dos critérios acima listados. Os adquirentes deverão comprovar junto ao CADE capacidade financeira, operacional e adoção de programa de <i>compliance</i> antitruste que inclua, obrigatoriamente, política de ‘<i>open door</i>’ com autorização para que o CADE, sem aviso e a qualquer hora, realize inspeção em todas as sua (sic) dependências e instalações, com amplo e irrestrito a qualquer informação, banco de dados ou correspondência, armazenadas sob qualquer suporte.</p> <p>1029. As alienantes deverão apresentar as possíveis adquirentes à Superintendência-Geral do CADE, para sua apreciação, como novo Ato de Concentração, submetido aos ditames da Lei de Regência e específica e obrigatoriamente aos dispositivos do presente voto.</p> <p>Voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior:</p> <p>8.2.2. Aplicação ao caso concreto</p> <p>8.2.2.1. Remédios comportamentais aplicáveis a empresa</p> <p>572. Os programas de <i>compliance</i> e <i>open door</i> são relevantes para (i) possibilitar a fiscalização do CADE e (ii) mostrar o compromisso da empresa de cumprir a legislação antitruste e não voltar a delinquir. Resumidamente, esses programas permitem que a autoridade realize inspeção em todas as dependências e instalações das condenadas, com acesso amplo e irrestrito a qualquer informação, banco de dados e correspondências, armazenados sob qualquer suporte físico ou tecnológico. Tais programas permitem, ainda, que a empresa adéque suas ações e estratégias à promoção de um ambiente competitivo e dissemine a cultura de defesa da concorrência entre seus funcionários.</p> <p>Voto da Conselheira Ana Frazão no âmbito dos Embargos de Declaração:</p> <p>Omissão quanto ao fundamento legal e à extensão do programa de <i>open door</i> e <i>compliance</i></p> <p>276. Por fim, os embargantes questionam a omissão da decisão embargada em oferecer o fundamento legal e a exata extensão da imposição dos programas de <i>compliance</i> e <i>open door</i>.</p> <p>277. Quanto ao tema, o voto-vista deixou clara a importância destes programas para permitir a efetividade das medidas impostas pela decisão: [...]</p> <p>278. Nota-se, assim, que se trata de medidas não propriamente sancionadoras, mas tão somente de instrumentos que permitem que o CADE possa fiscalizar o cumprimento das obrigações de resultado aqui impostas, bem como de garantir que as empresas não voltem a delinquir, garantindo um funcionamento saudável e competitivo do mercado.</p> <p>279. Essa é a razão pela qual estes programas possuem, evidentemente, o mesmo prazo de duração das outras medidas impostas. Ou seja, enquanto as empresas aqui condenadas permanecerem com responsabilidades perante o CADE, este poderá fiscalizar o cumprimento das penalidades e a atuação destas no mercado de cimento e concreto.</p>

	<p>280. Ademais, a utilização das medidas de <i>compliance</i> e <i>open door</i> não são nenhuma inovação por parte deste Conselho. Pelo contrário, tais medidas foram e vem sendo utilizadas em diversos outros casos, mostrando-se fundamentais para a eficácia das decisões aqui proferidas. A possibilidade de instituição deles encontra previsão no artigo 38, inciso VII da Lei 12.529/11, <i>in verbis</i>:</p> <p>Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:</p> <p>VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.</p> <p>281. A alegação, pelos embargantes, de que a instituição de tais programas violaria o direito de privacidade e de presunção de inocência simplesmente não procede, pois o que se busca com eles é tão somente acompanhar a execução das medidas aqui impostas, bem como incentivar que as empresas adequem suas atividades aos ditames de um mercado concorrencialmente saudável.</p> <p>282. De fato, a estrutura de mercado gerada pela prática do cartel, que se perpetuou ao longo de décadas na economia brasileira, é de tal sorte viciada que, além das medidas estruturais, é necessária a implementação de remédios comportamentais para que a promoção da concorrência nos mercados de cimento e concreto efetivamente prospere.</p> <p>283. Além disso, a adoção destes programas não busca afrontar o princípio da reserva jurisdicional para a expedição, por exemplo, de mandados de busca e apreensão de documentos. O que se objetiva com eles é a mera realização de inspeções, quando necessário, nos locais de atuação das empresas, para verificar a implementação das condições estabelecidas neste julgamento.</p> <p>284. A adoção de medidas de <i>compliance</i>, por exemplo, é benéfica para as próprias empresas, que assumem publicamente que estão adotando boas práticas em determinado setor. Rechaçar esse tipo de medida pode significar que a empresa não está disposta a envidar seus melhores esforços de transparência com investidores e de condução de negócios. No mesmo sentido, a cláusula de <i>open door</i> não seria elemento a abalar sua privacidade ou reputação. Pelo contrário, caso utilizado posteriormente pelo CADE e nada for encontrado pela autoridade, haverá um sinal claro ao mercado de que a empresa respeita regras em prol da livre concorrência. Por isso, entendo que tais penalidades são, na verdade, um incentivo para que os condenados retomem a transparência e o respeito ao mandamento constitucional da livre concorrência.</p> <p>285. Por todas estas razões, rejeito as razões expostas pelos embargantes Itabira Agro Industrial S.A e Sérgio Mações.</p> <p>Nota do pesquisador:</p> <p>Compulsando os autos, aparentemente, identificamos certo conflito entre o voto do Conselheiro-Relator <i>vis-à-vis</i> o voto-vista e o voto proferido em sede de embargos no tocante ao programa de <i>compliance</i>. Conforme voto do Conselheiro-Relator, estar-se-ia falando do programa de <i>compliance</i> como instrumento a ser implementado pelos futuros adquirentes dos ativos a serem desinvestidos, ao passo que, da leitura do voto-vista e do voto nos embargos, dá-se a entender, salvo melhor juízo, que na verdade as condenadas que deveriam adotar esses remédios estruturais. Não entraremos no mérito do eventual conflito dos votos, mas registramos para fins de clareza.</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Processo Administrativo n° 08012.002568/2005-51.</p> <p>•Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE.</p> <p>•Representadas: Ligiqás Distribuidora S.A. (antiga Tropigás -</p>	<p>Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt:</p> <p>8. Da sugestão não-pecuniária</p> <p>254. De acordo com o inciso VII do artigo 37 (sic) da Lei n.º 12.529/11, é possível impor medidas comportamentais no âmbito de PAs. Em virtude da ocorrência do cartel <i>hard core</i>, seria conveniente que fosse imposto um Programa de <i>Compliance</i> (Anexo ao Voto) para ser seguido pela Paragas. É uma forma de divulgar o tema da defesa da concorrência por todo esse extenso Brasil.</p> <p>255. No entanto, como o <i>enforcement</i> deste Programa é inexecutável por parte do Cade em âmbito de PAs, tal exigência se torna inócua. Desta forma, anexo este Programa para servir como sugestão não-pecuniária para ser adotado pela empresa.</p> <p>[...]</p> <p>Anexo VII – Implementação de Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial</p> <p>I. Introdução</p>

<p>Liquigás Distribuidora S.A.), Supergasbrás Energia Ltda. (antiga Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda.) e Paragás Distribuidora Ltda.</p> <p>•Ementa: Mercado de distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP) no estado do Pará. Cartel <i>hard core</i>, fixação de preços de revenda e recusa de contratar. Pareceres da SDE, da ProCade e do MPF pela condenação de todas as representadas.</p> <p>Celebração de TCCs com Liquigás e Supergasbras.</p> <p>Condenação da representada Paragás. Imposição de multa, nos termos do art. 37, I, da Lei 12.529/2011.</p> <p>•Julgamento em 07 de dezembro de 2016 (96ª sessão ordinária).</p>	<p>O programa de <i>compliance</i> é complementar ao papel corretivo da legislação de defesa da concorrência, uma vez que essa não se limita a punir atos de infração à ordem econômica, mas corrigir imperfeições que prejudiquem a livre concorrência.</p> <p>O programa de <i>compliance</i> é de inteira responsabilidade das Partes e sua execução deve ser comunicada ao Cade de 4 em 4 meses até completar o período de 4 anos, a partir do julgamento pelo Cade. Após esse período, os valores e objetivos do programa deverão estar comprovadamente incorporados à cultura “corporativa” dos Representados.</p> <p>Os Representados devem planejar, desenvolver e executar, por sua conta e custo, um detalhado programa de <i>compliance</i> (ou programa pedagógico) específico para cumprimento das normas antitrustes brasileiras.</p> <p>Os Representados devem entregar ao Cade dito programa de <i>compliance</i> em até 30 dias corridos, a partir da data de julgamento no Cade, para a sua aprovação.</p> <p>O objetivo principal do programa, ao meu ver, é garantir que em menos de 360 dias (a contar a partir do julgamento no Cade) todos os membros da instituição estejam devidamente informados, treinados e educados no tocante a toda legislação e regulamentação de defesa da concorrência e condutas anticompetitivas no Brasil</p> <p>II. Requisitos mínimos</p> <p>Todos os prazos aqui mencionados têm como data inicial o dia de publicação da ata de julgamento do Diário Oficial da União. Toda a distribuição de informação deve ser feita prioritariamente por e-mail, por envio de cartas ou por cartazes afixados na instituição. Os membros da instituição incluem presidente, diretores, gerentes e todos os demais funcionários.</p> <p>O programa de <i>compliance</i> deve ter alguns requisitos mínimos. São eles:</p> <ol style="list-style-type: none"> Disponibilizar síntese desta decisão na página principal de seu sítio eletrônico por 90 (trinta) dias corridos, de forma visível e legível, a contar da data da publicação da decisão; Comunicar a todos os seus filiados o teor da presente decisão, assim como todas as sanções previstas a todos os membros da instituição, por meio de qualquer meio interno de divulgação; Distribuir trimestralmente folhetos informativos específicos sobre defesa da concorrência a todos os membros da instituição, a começar no 30º dia útil. Promover eventos semestrais, com a participação de advogados, e/ou economistas, e demais representantes do setor antitruste, a todos os membros da instituição para apresentação detalhada da legislação antitruste e de defesa da concorrência, sendo o primeiro realizado em até 60 dias úteis; Promover testes trimestrais de 15 minutos com perguntas específicas sobre a aplicação da legislação antitruste no setor em questão, conduzidos por profissionais no assunto, a todos os membros da instituição, a começar no 180º dia útil; Incluir no site da instituição e entregar fisicamente um manual básico, simples e objetivo (de no mínimo 15 e máximo 30 páginas) acerca do que “se pode e do que não se pode fazer” com relação à legislação antitruste no setor em que a instituição atua, a todos os membros da instituição, em até 180 dias úteis; Criação de uma ‘hotline’, um mailing específico para os líderes do <i>compliance</i> receberem toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência. <p>Voto-vista do Conselheiro Marcio de Oliveira Júnior:</p> <p>[...] 22. Assim sendo, nas hipóteses em que medidas acessórias são aplicadas conjuntamente com a multa, entendo que deva haver algum nível de ponderação, uma vez que a observância do conjunto de sanções imposto pela autoridade pode custar muito mais que a vantagem auferida. No caso concreto, a Relatora impôs obrigações de não fazer e de que o condenado formulasse um programa de integridade concorrencial (<i>compliance</i>) como medidas acessórias, porém não fundamentou a proporcionalidade da totalidade das sanções.</p> <p>Voto-vogal do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo:</p> <p>[...] 40. Entendo também ausente de fundamento legal a aplicação da penalidade acessória de instituição de programa de <i>compliance</i> porque não prevista legalmente no artigo 38 e seus incisos.</p>
--	--

	<p>Nota do pesquisador: Inicialmente, na apresentação de seu voto em sede da sessão de julgamento, a Conselheira-Relatora trouxe o programa de <i>compliance</i> não como uma sugestão, mas sim como uma “obrigação de fazer” em termos de sanção não-pecuniária. Posteriormente, ela retificou esse posicionamento e disponibilizou nova versão do voto nos autos do processo.</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Processo Administrativo n° 08012.000504/2005-15. •Representante: SDE <i>ex officio</i>. •Representadas: ACTA – Associação Comercial dos Transportadores Autônomos e SINDIGRAN – Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas a Granel. •Ementa: Influência à adoção de conduta comercial uniforme; discriminação de concorrentes. Pareceres da SG da ProCade e do MPF pela condenação dos Representados. Condenação. •Julgamento em 18 de janeiro de 2017 (97ª sessão ordinária).</p>	<p>Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt: 11 Da sanção 11.1 Não-pecuniária. 282. A fim de dirimir os problemas concorrenciais mencionados ao longo de todo o documento, entendo ser necessário aplicar, neste caso, os seguintes ‘conjuntos’ de sanções não pecuniárias: i) implementação de programa de <i>compliance</i> concorrencial; ii) a livre passagem e a livre utilização dos respectivos terrenos para estacionamento de caminhões; e iii) outras obrigações de “não fazer e fazer” às Representadas. 11.1.1 Sugestão para implementação de programa de <i>compliance</i> concorrencial (sic) 283. De acordo com o inciso VII do artigo 37 (sic) da Lei n.º 12.529/11, é possível impor medidas comportamentais no âmbito de PAs. Em virtude da ocorrência do cartel <i>hard core</i>, seria conveniente que fosse imposto um Programa de <i>Compliance</i> (Anexo ao Voto) para ser seguido tanto pelo Sindicato quanto pela Associação. É uma forma de divulgar o tema da defesa da concorrência por todo esse extenso Brasil. 284. No entanto, como o <i>enforcement</i> deste Programa é inexecutável por parte do Cade em âmbito de PAs, tal exigência se torna inócua, como bem expressou em seu voto vogal o Conselheiro Alexandre Cordeiro. Desta forma, anexo este Programa para servir como sugestão para ser adotado pelo Sindicato e pela Associação. [...] 13 Anexo – Sugestão para implementação de Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial Introdução O programa de <i>compliance</i> é complementar ao papel corretivo da legislação de defesa da concorrência, uma vez que essa não se limita a punir atos de infração à ordem econômica, mas corrigir imperfeições que prejudiquem a livre concorrência. O programa de <i>compliance</i> é de inteira responsabilidade das Partes e sua execução deve ser comunicada ao Cade de 4 em 4 meses até completar o período de 4 anos, a partir do julgamento pelo Cade. Após esse período, os valores e objetivos do programa deverão estar comprovadamente incorporados à cultura “corporativa” dos Representados. Os Representados devem planejar, desenvolver e executar, por sua conta e custo, um detalhado programa de <i>compliance</i> (ou programa pedagógico) específico para cumprimento das normas antitrustes brasileiras. Os Representados devem entregar ao Cade dito programa de <i>compliance</i> em até 30 dias corridos, a partir da data de julgamento no Cade, para a sua aprovação. O objetivo principal do programa, ao meu ver, é garantir que em menos de 360 dias (a contar a partir do julgamento no Cade) todos os membros da instituição estejam devidamente informados, treinados e educados no tocante a toda legislação e regulamentação de defesa da concorrência e condutas anticompetitivas no Brasil. Requisitos mínimos Todos os prazos aqui mencionados têm como data inicial o dia de publicação da ata de julgamento do Diário Oficial da União. Toda a distribuição de informação deve ser feita prioritariamente por e-mail, por envio de cartas ou por cartazes afixados na instituição. Os membros da instituição incluem presidente, diretores, gerentes e todos os demais funcionários ou associados/sindicalizados. O programa de <i>compliance</i> deve ter alguns requisitos mínimos. São eles: Incluir, nos respectivos estatutos dos Representados, cláusulas em que se comprometam integralmente às regras concorrenciais e de anticorrupção vigentes no Brasil; Disponibilizar síntese desta decisão na página principal de seu sítio eletrônico por 90 (trinta) dias corridos, e ainda no jornal impresso pela ACTA/SINDGRAN, de forma visível e legível, a contar da data da publicação da decisão;</p>

	<p>Comunicar a todos os seus filiados o teor da presente decisão, assim como todas as sanções previstas a todos os membros da instituição, por meio de qualquer meio interno de divulgação;</p> <p>Distribuir trimestralmente folhetos informativos específicos sobre defesa da concorrência a todos os membros da instituição, a começar no 30º dia útil. Incluir os folhetos no jornal publicado periodicamente pela ACTA/SINDGRAN;</p> <p>Promover eventos semestrais, com a participação de advogados, e/ou economistas, e demais representantes do setor antitruste, a todos os membros da instituição para apresentação detalhada da legislação antitruste e de defesa da concorrência, sendo o primeiro realizado em até 60 dias úteis;</p> <p>Promover testes trimestrais de 15 minutos com perguntas específicas sobre a aplicação da legislação antitruste no setor em questão, conduzidos por profissionais no assunto, a todos os membros da instituição, a começar no 180º dia útil;</p> <p>Incluir no site da instituição e entregar fisicamente um manual básico, simples e objetivo (de no mínimo 15 e máximo 30 páginas) acerca do que “se pode e do que não se pode fazer” com relação à legislação antitruste no setor em que a instituição atua, a todos os membros da instituição, em até 180 dias úteis;</p> <p>Criação de uma ‘hotline’, um mailing específico para os líderes do <i>compliance</i> receberem toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência.</p> <p>Conclusão</p> <p>O objetivo principal do programa é garantir que todos os membros da instituição estejam devidamente informados, treinados e educados no tocante a toda legislação e regulamentação de defesa da concorrência e condutas anticompetitivas no Brasil, com o intuito maior de preservar a instituição e seus membros com relação a uma possível infração à ordem econômica.</p> <p>Voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo:</p> <p>II.3.8. Das sanções</p> <p>64. Em suas razões o voto relator optou por uma extensa lista de sanções que entendeu aplicáveis e necessárias à correção das disfunções concorrenciais que julgou existir no caso. Assim: (i) determinou a adoção de conjunto de medidas de educação para a concorrência que nominou “programa de <i>compliance</i>”; (ii) indicou que as representadas deveriam, de agora em diante, tolerar o livre acesso dos pátios mantidos por elas por qualquer caminhar, indiscriminadamente e de forma isonômica; (iii) indicou uma série de obrigações de não fazer tendo por escopo a não limitação de acesso a terminais portuários, a vedação de criação de facilidades para monitoramento e a publicidade da condenação; (iv) considerou cabível imposição de multa no valor de 3,1 milhões de UFIRs para a ACTA e de 1 milhão de UFIRs para o SINDGRAN.</p> <p>65. Sobre a condenação a adotar ‘programa de <i>compliance</i>’, entendo como inefetivo em sede de imposição unilateral de sanção e, mais que isso, não entendo ser uma pena previamente cominada no texto legal da Lei Antitruste. Poder-se-ia até argumentar que o disposto no art. 38, inciso VII, do mesmo diploma legal autorizaria a aplicação de tal sanção haja vista a generalidade de seus termos, mas não acho ser o caso.</p>
<p>Sumário do caso</p>	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p>
<p>•Processo Administrativo 08012.010744/2008-71. nº</p> <p>•Representante: Departamento de Polícia Federal de Pelotas/RS</p> <p>•Representadas: Elegê Alimentos S.A. (atual BRF Brasil Foods S.A.); Cooperativa Sul-Rio Grandense de Laticínios Ltda.; Cooperativa dos Pequenos Agricultores</p>	<p>Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt:</p> <p>7. Da sanção</p> <p>7.1. Sugestão para a aplicação de um programa de <i>compliance</i></p> <p>292. De acordo com o inciso VII do artigo 37 (sic) da Lei n.º 12.529/11, é possível impor medidas comportamentais no âmbito de PAs. Em virtude da ocorrência do cartel <i>hard core</i>, seria conveniente que fosse imposto um Programa de <i>Compliance</i> (Anexo ao Voto) para ser seguido tanto pelo Sindicato quanto pelas empresas do polo passivo do presente processo administrativo. É uma forma de divulgar o tema da defesa da concorrência por todo esse extenso Brasil.</p> <p>293. No entanto, como o <i>enforcement</i> deste Programa é inexecutável por parte do Cade em âmbito de PAs, tal exigência se torna inócua. Desta forma, anexo este Programa para servir como sugestão para ser adotado pelas empresas e pelo Sindicato.</p> <p>[...]</p> <p>Anexo – Implementação de Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial</p> <p>1. Introdução</p>

<p>e Produtores e Leite da Região Sul; Indústria de Laticínios Santa Silvana Ltda. – ME e outras.</p> <p>•Ementa: influência à adoção de conduta comercial uniforme, cartel no mercado de leite pasteurizado Tipo C e preço predatório na região sul do Estado do Rio Grande do Sul, especificamente na microrregião de Pelotas. Pareceres da SG, da ProCade e do MPF pela condenação dos Representados. O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação a Arno Alfredo Kopereck, Jorge Antônio Vallejos Arnez e Manoel Gonçalves. O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação dos representados Elegê Alimentos S.A.; Cooperativa Sul-Rio Grandense de Laticínios Ltda. - Cosulati; Cooperativa dos Pequenos Agricultores e Produtores e Leite da Região Sul - Coopal; Indústria de Laticínios Santa Silvana Ltda.; Thurmer & Leitzke Ltda.; Alex Sander Guarnieri Ramos; Michelle Correa Laydner; Edemar Xavier Silveira; Osmar Krause; Everson Daniel do Amaral Nunes; Jorge Luiz Almeida da Silva; Enilton Sell Wolter; Adilson Uarthe; Maura Thurmer Leitzke e Paulo César Leitzke e Sindicato da Indústria de Laticínios e</p>	<p>O programa de <i>compliance</i> é complementar ao papel corretivo da legislação de defesa da concorrência, uma vez que essa não se limita a punir atos de infração à ordem econômica, mas corrigir imperfeições que prejudiquem a livre concorrência.</p> <p>O programa de <i>compliance</i> é de inteira responsabilidade das Partes e sua execução deve ser comunicada ao Cade de 4 em 4 meses até completar o período de 4 anos, a partir do julgamento pelo Cade. Após esse período, os valores e objetivos do programa deverão estar comprovadamente incorporados à cultura “corporativa” dos Representados.</p> <p>Os Representados devem planejar, desenvolver e executar, por sua conta e custo, um detalhado programa de <i>compliance</i> (ou programa pedagógico) específico para cumprimento das normas antitrustes brasileiras.</p> <p>Os Representados devem entregar ao Cade dito programa de <i>compliance</i> em até 30 dias corridos, a partir da data de julgamento no Cade, para a sua aprovação.</p> <p>O objetivo principal do programa, ao meu ver, é garantir que em menos de 360 dias (a contar a partir do julgamento no Cade) todos os membros da instituição estejam devidamente informados, treinados e educados no tocante a toda legislação e regulamentação de defesa da concorrência e condutas anticompetitivas no Brasil.</p> <p>2. Requisitos mínimos</p> <p>Todos os prazos aqui mencionados têm como data inicial o dia de publicação da ata de julgamento do Diário Oficial da União. Toda a distribuição de informação deve ser feita prioritariamente por e-mail, por envio de cartas ou por cartazes afixados na instituição. Os membros da instituição incluem presidente, diretores, gerentes e todos os demais funcionários ou associados/sindicalizados.</p> <p>O programa de <i>compliance</i> deve ter alguns requisitos mínimos. São eles:</p> <p>Incluir, nos respectivos estatutos dos Representados, cláusulas em que se comprometam integralmente às regras concorrenciais e de anticorrupção vigentes no Brasil;</p> <p>Disponibilizar síntese desta decisão na página principal de seu sítio eletrônico por 90 (trinta) dias corridos a contar da data da publicação da decisão;</p> <p>Comunicar a todos os seus filiados/funcionários o teor da presente decisão, assim como todas as sanções previstas a todos os membros da instituição, por meio de qualquer meio interno de divulgação;</p> <p>Distribuir trimestralmente folhetos informativos específicos sobre defesa da concorrência a todos os membros da instituição, a começar no 30º dia útil.</p> <p>Promover eventos semestrais, com a participação de advogados, e/ou economistas, e demais representantes do setor antitruste, a todos os membros da instituição para apresentação detalhada da legislação antitruste e de defesa da concorrência, sendo o primeiro realizado em até 60 dias úteis;</p> <p>Promover testes trimestrais de 15 minutos com perguntas específicas sobre a aplicação da legislação antitruste no setor em questão, conduzidos por profissionais no assunto, a todos os membros da instituição, a começar no 180º dia útil;</p> <p>Incluir no site da instituição e entregar fisicamente um manual básico, simples e objetivo (de no mínimo 15 e máximo 30 páginas) acerca do que “se pode e do que não se pode fazer” com relação à legislação antitruste no setor em que a instituição atua, a todos os membros da instituição, em até 180 dias úteis;</p> <p>Criação de uma ‘hotline’, um mailing específico para os líderes do <i>compliance</i> receberem toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência.</p> <p>Voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo:</p> <p>7. Da Sanção Não Pecuniária</p> <p>69. A formulação de um programa de integridade concorrencial (<i>compliance</i>) como medida acessória, cogente ou sugerida, deve estar atrelada a patamares explicitados pelo próprio CADE^[25]. A meu ver, não porque houve um cartel deve-se exigir da empresa tal programa. Por um lado, tal raciocínio não é coerente nem consistente com a jurisprudência que o CADE tem firmado até então no sentido da necessidade de fundamentação das penalidades impostas aos condenados. Observe que tal fundamentação não é preciosismo, mas sim um consectário lógico do juízo de adequação que é inerente ao princípio da proporcionalidade. Um programa de integridade é custoso para a empresa em termos de implementação e é custoso ao</p>
---	--

<p>Produtos Derivados do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos.</p> <p>•Julgamento em 18 de janeiro de 2017 (97ª sessão ordinária). Julgamento dos embargos em 08 de março de 2017 (100ª sessão).</p>	<p>CADE em termos de monitoramento. Por outro lado, não vejo como aplicar um programa de <i>compliance</i> para empresas com 4 ou, até mesmo, com 2 empregados^[26]. O guia de <i>compliance</i> do CADE recomenda que o programa de integridade deva ser adotado a médias e grandes empresas.</p> <p>[nota de rodapé no original] [25] - §214. Em virtude da comprovação da ocorrência de conduta de cartel, é imprescindível implementar um Programa de Compliance no Sindicato e em todas as empresas do polo passivo do presente processo administrativo. Anexado ao Voto, segue o programa de compliance a ser implementado pelas empresas (excerto de voto da Conselheira-Relatora apresentado na sessão de 07/12/2016).</p> <p>[nota de rodapé no original] [26] - §205. As empresas deste PA são bem heterogêneas. Duas são familiares, denominadas microusinas, chamadas Thurmer e Santa Silvana, com 4 e 2 empregados, respectivamente. A outra, a Coopal, é uma cooperativa de menor porte, com 650 famílias associadas (Tabela 2 deste voto). A quarta é também uma cooperativa, a Cosulati, porém de maior, com cerca de 2.800 famílias associadas. A quinta é a maior, a Elegê, com uma receita operacional bruta (dados públicos, constantes no Balanço) da ordem de R\$30 bilhões e com mais de 20 mil funcionários (excerto de voto da Conselheira-Relatora apresentado na sessão de 07/12/2016).</p> <p>Voto-vogal do Conselheiro João Paulo de Resende:</p> <p>17. Em síntese, e como é comum ocorrer aqui no Tribunal, a metodologia que opto por aplicar coincidiu com os valores trazidos pelo voto-relator, obtidos pela regra da alíquota sobre algum valor de faturamento, para quatro dos cinco representados. Assim, como das outras vezes, voto por acompanhar a dosimetria do voto-relator em relação a todos os Representados, com exceção da Cosulati, que adiro aos valores trazidos pelo voto-vista, e com exceção da punição de adoção de <i>compliance</i>.</p>
<p>Sumário do caso</p> <p>•Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22.</p> <p>•Representante: SDE <i>ex officio</i>.</p> <p>•Representadas: Álamo Engenharia S.A., Araújo Abreu Engenharia S.A., Conbrás Engenharia Ltda., Eletrodata Instalações e Serviços Ltda., Projetos Engenharia, Comércio e Montagens Ltda. e outras.</p> <p>•Ementa: Suposta prática de cartel em licitações privadas e públicas. Mercado nacional de serviços de manutenção predial. Parecer da SG pela condenação das Representadas e extinção da pretensão punitiva dos beneficiários da leniência e das Signatárias do TCC. Parecer da ProCADE</p>	<p>Excerto relacionado ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p> <p>Voto-vogal do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia:</p> <p>46. O aumento da celebração de TCCs e acordos de leniência nos últimos anos é outro claro sinal de que os incentivos construídos pela atual política punitiva têm sido incorporados pelos agentes econômicos. Mais ainda, o intenso esforço das empresas pela implementação de programas de integridade (<i>compliance</i>) específicos para a área concorrencial demonstra que tais preocupações não* foram compreendidas pelas empresas como também vêm sendo por elas internalizadas (<i>enforcement</i> privado). O objetivo de evitar a reincidência, típico da esfera punitiva, tem sido relido para modelagem de atividades empresariais conformes com a lei concorrencial, ou seja, os atores econômicos viram nessa sinalização importantes estímulos para mudarem seus comportamentos mercadológicos de forma voluntária e em prol da competição.</p> <p>* Nota do pesquisador:</p> <p>A par do contexto do excerto, nossa interpretação nos leva a entender, salvo melhor juízo, que houve um <i>typo</i> no “demonstra que tais preocupações não foram compreendidas”. Parece-nos que o “não” foi adicionado de maneira equivocada no período.</p>

<p>pela condenação parcial das Representadas. Parecer do MPF pela condenação parcial das Representadas. Voto pela condenação parcial das Representadas e pela extinção da pretensão punitiva em relação aos beneficiários da leniência.</p> <p>•Julgamento em 16 de agosto de 2017 (109ª sessão ordinária).</p>	
---	--

APÊNDICE IV - Lei 12.529/2011: Programa de *compliance* em TCC

Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento n° 08700.002028/2013-29.</p> <p>•Compromissária: Liquegás Distribuidora S.A.</p> <p>•Proposta final apresentada em 15 de agosto de 2013. Retificação em 23 de agosto de 2013 por conta de erro material.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.002568/2005-51, que apurava suposto cartel e outras supostas práticas anticompetitivas no mercado de distribuição de GLP no estado do Pará.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 28 de agosto de 2013.</p>	<p>TCC: Cláusula Terceira - Das Obrigações da Compromissária [...]</p> <p>3.2. A Compromissária obriga-se, de forma irrevogável e irrevogável, a se abster de praticar toda e qualquer conduta colusiva ora investigada, assim como se obriga a manter seu programa de <i>Compliance</i> com as normas concorrenciais, sem que isso implique qualquer reconhecimento ou confissão quanto à matéria de fato e de direito objeto da Investigação.</p> <p>Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz: 31. A Cláusula 3.2 contempla a obrigação dos Proponentes em abster-se de realizar toda e qualquer conduta colusiva ora investigada. A obrigação da manutenção do programa de <i>Compliance</i> é de suma importância no presente acordo, uma vez que tal conduta reprovável é recorrente no mercado de combustíveis.</p> <p>Parecer ProCADE: Sugestão de ateste de cumprimento integral e arquivamento do feito (28 de outubro de 2015).</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento n° 08700.008299/2013-98.</p> <p>•Compromissária: Supergasbras Energia Ltda.</p> <p>•Proposta final apresentada em 03 de agosto de 2014.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.002568/2005-51, que apurava suposto cartel e outras supostas práticas anticompetitivas no mercado de distribuição de GLP no estado do Pará.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 6 de agosto de 2014.</p>	<p>TCC: CLÁUSULA TERCEIRA - OBRIGAÇÕES DA COMPROMISSÁRIA</p> <p>a) Conduta futura e <i>compliance</i></p> <p>3.1 A Compromissária obriga-se de forma irrevogável e irrevogável a não praticar quaisquer condutas tendentes à adoção de práticas uniformizadas entre concorrentes no segmento de distribuição de gás liquefeito de petróleo (“GLP”) no Estado do Pará. Obriga-se, ademais, a manter seu programa de <i>compliance</i> com as normas concorrenciais.</p> <p>[...]</p> <p>CLÁUSULA SÉTIMA - SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO [...]</p> <p>7.2 Constatado pelo Plenário do Cade o descumprimento do previsto nas cláusulas 3.1, 3.2 e 3.3 do presente Termo de Compromisso, o Processo voltará a tramitar em relação à Compromissária, sendo-lhe assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório e extinta a obrigação de recolhimento das parcelas remanescentes da contribuição pecuniária.</p> <p>Parecer ProCADE: Sugestão de ateste de cumprimento integral e arquivamento do feito (14 de outubro de 2016).</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento n° 08700.004780/2015-76.</p> <p>•Compromissária: Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais.</p> <p>•Proposta final apresentada em julho de 2015 (informação não consta expressamente dos autos)</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.009690/2006-39, que apurava suposta conduta anticompetitiva unilateral (abuso de posição dominante) no mercado de armazenagem alfandegada na área de</p>	<p>TCC: Cláusula Terceira - Das Obrigações Acessórias [...]</p> <p>3.4. A Compromissária adotará uma política e programa na empresa de <i>compliance</i> para cumprimento das normas antitruste e de defesa da concorrência e será implementada conforme as seguintes bases:</p> <p>(i) Em até 03 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: promover evento em sua sede ou principal filial em Santos/SP com dois advogados palestrantes para apresentação de palestras sobre a legislação antitruste e de defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa; (ii) Em até 12 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: apresentação de manual de <i>compliance</i> para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa; (iii) Em até 12 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: inserção de manual de <i>compliance</i> para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência no site da empresa; (iv) Em até 03 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: criação</p>

<p>influência no Porto de Santos/SP.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 19 de agosto de 2015.</p>	<p>de <i>mailing</i> específico para a diretoria executiva receber toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência; (v) Em até 12 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: implementação de treinamento para atendimento do manual de <i>compliance</i>, legislação antitruste e defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa; (vi) Nos anos de 2016 e 2017, realização anual de palestra com advogado em sua sede ou principal filial em Santos/SP para tratar de temas ligados à legislação antitruste e defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa; (vii) Manutenção do Manual de <i>Compliance</i> por prazo indeterminado, nunca inferior a 5 anos.</p> <p>3.4.1. A Compromissária deverá enviar ao CADE, a cada 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da decisão Plenária homologatória do acordo, declaração e documentos comprovando o cumprimento das obrigações de <i>compliance</i> assumidas no presente Termo.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Oitava – Do Descumprimento do Termo e das Sanções [...]</p> <p>8.2. O descumprimento das obrigações previstas na Cláusula Terceira sujeita a Compromissária ao pagamento de multa diária no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), limitada a 90 (noventa) dias.</p> <p>[...]</p> <p>8.4. O descumprimento das obrigações previstas na Cláusula Terceira por prazo superior ao previsto nos itens 7.1 e 7.2 implica descumprimento total do presente Termo.</p> <p>[...]</p> <p>8.7. O descumprimento total do presente Termo sujeita a Compromissária ao pagamento de multa adicional no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), sem prejuízo das demais providências judiciais cabíveis e passíveis de serem adotadas pelo Cade.</p> <p>Voto do Conselheiro-Relator Marcio de Oliveira Júnior:</p> <p>16. [Em relação aos acordos anteriormente firmados com Tecondi, Libra e Rio Cubatão], o presente acordo conta com a implementação, por parte da Rodrimar, de política de <i>compliance</i> e de política de portas abertas (<i>open door policy</i>) ao CADE. Tais medidas representam um empenho adicional da Compromissária não só em cessar a prática referente ao Código ISPS, como também em internalizar regras de defesa da concorrência, o que revela um maior compromisso de transparência da empresa com o CADE e com o mercado.</p> <p>17. Com base nesses três parâmetros basilares, a contribuição pecuniária foi calculada com base na multa esperada, a qual seria igual ou superior ao ganho da Rodrimar com a mencionada cobrança [...] o valor esperado de contribuição seria de R\$ 174.427,13. No entanto, sugiro arredondar o valor para R\$ 150.000,00, tendo em vista a tempestividade do acordo e a assunção de obrigações pelo Compromissário, tais como implementação de programas de <i>compliance</i> e política de portas abertas, que superarão em muito a diferença para o valor esperado.</p> <p>Parecer ProCADE:</p> <p>Sugestão de ateste de cumprimento do TCC até o momento (14 de outubro de 2016 e 29 de setembro de 2017).</p> <p>Nota do pesquisador:</p> <p>Constam dos autos documentos elaborados para atender aos compromissos de <i>compliance</i> (cláusulas 3.4 e seguintes do TCC).</p>
<p>Sumário do caso</p>	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p>
<p>•Requerimento n° 08700.007166/2015-66.</p> <p>•Compromissária: Federação Brasileira das Cooperativas de</p>	<p>TCC:</p> <p>Cláusula Primeira - Do Objeto [...]</p>

<p>Anestesiologistas – FEBRACAN.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Não consta expressamente dos autos informação sobre data de apresentação de proposta final. • TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001830/2014-82, que apurava suposta conduta anticompetitiva unilateral (influência de prática concertada entre anestesistas) nos mercados locais para os serviços de anestesiologia. • TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 25 de novembro de 2015. 	<p>1.5. A Compromissária adotará uma política e programa na empresa de <i>compliance</i> para cumprimento das normas antitruste e de defesa da concorrência e será implementada conforme as seguintes bases:</p> <p>1.5.1. Até 31 de março de 2016: promover evento em sua sede ou de alguma de suas filiadas com advogados ou economistas palestrantes para apresentação de palestras sobre a legislação antitruste e de defesa da concorrência para os dirigentes das filiadas;</p> <p>1.5.2. Até 31 de maio de 2016: criação de mailing específico para a diretoria executiva e filiadas receberem toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência;</p> <p>1.5.3. Até 30 de novembro de 2016: apresentação de manual de <i>compliance</i> para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa e aprovação de um cronograma de atividades de treinamento para atendimento do manual de <i>compliance</i>, legislação antitruste e defesa da concorrência para os dirigentes das filiadas e seus administradores contratados;</p> <p>1.5.4. Até 31 de dezembro de 2016: inserção de manual de <i>compliance</i> para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência no site da empresa;</p> <p>1.5.5. Até 31 de dezembro de 2017: implementação e execução do treinamento para atendimento do manual de <i>compliance</i>, legislação antitruste e defesa da concorrência para os dirigentes e administradores contratados das filiadas;</p> <p>1.5.6. Nos meses de novembro de 2016 e 2017, realização de palestras com advogado ou economista em sua sede ou filiada para tratar de temas ligados à legislação antitruste e defesa da concorrência para os dirigentes das filiadas;</p> <p>1.5.7. Manutenção do Manual de <i>Compliance</i> por prazo indeterminado.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Nona - Do Descumprimento do Termo e Sanções [...]</p> <p>9.5. O descumprimento das obrigações previstas na Cláusula Primeira implica descumprimento total do presente Termo.</p> <p>9.6. O descumprimento total do TCC sujeita a Compromissária ao pagamento de multa no valor de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), se comprometendo a não incluir em seus respectivos quadros de diretoria, pelo período de 5 (cinco) anos a contar da constatação do descumprimento pelo CADE, as pessoas físicas que ocupavam tais cargos nos períodos do descumprimento.</p> <p>9.7. Em caso de continuação do descumprimento total do presente Termo, a Compromissária será dissolvida.</p> <p>Voto do Conselheiro-Relator Marcio de Oliveira Júnior:</p> <p>24. Em primeiro lugar, é relevante destacar que a Febracan propôs a implementação de uma política de <i>compliance</i> junto a seus filiados a fim de prevenir a prática de infrações anticompetitivas por anestesiologistas. As cláusulas apresentadas pela Compromissária envolvem orientar e instruir anestesiologistas sobre a legislação antitruste e sobre práticas que devem ser evitadas, sob o ponto de vista comercial. Essa política envolve treinamentos, informativos e abertura de canais de comunicação com a diretoria específicos para a defesa da concorrência.</p> <p>25. Nesse contexto, insta destacar que se espera da Febracan uma atitude mais proativa no sentido de denunciar filiados que atuem contrariamente à livre concorrência, reportando ao CADE potenciais ou efetivas condutas anticompetitivas que sejam praticadas por médicos e/ou entidades de classe filiadas. Ou seja, é esperado que a Febracan coordene o fim das condutas ilícitas e tenha um papel mais ativo na prevenção dessas condutas, inclusive na ampliação da divulgação aos filiados sobre as possíveis práticas anticompetitivas puníveis no setor médico. Essa atuação demonstrará cabalmente que a Febracan respeita os ditames constitucionais da livre</p>
---	---

	<p>concorrência e garantirá que os médicos tenham liberdade de negociar individualmente os preços e as condições de prestação de serviços médicos.</p> <p>Parecer ProCADE: Sugestão de ateste de cumprimento integral, bem como de arquivamento do feito (06 de fevereiro de 2018).</p> <p>Nota do pesquisador: Constam dos autos documentos elaborados para atender aos compromissos de <i>compliance</i> (cláusulas 1.5 e seguintes do TCC).</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento n° 08700.003050/2016-39.</p> <p>•Compromissária: Nachi Brasil Ltda. e Nachi-Fujikoshi Corporation.</p> <p>•Proposta final apresentada em 03 de junho de 2016.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.005324/2012-59, que apura suposto cartel no mercado nacional e internacional de rolamentos.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 17 de agosto de 2016.</p>	<p>TCC: 3.3. Conduta Futura – As Compromissárias obrigam-se a: [...] 3.3.3. Estruturar e implementar um Programa de Conformidade (<i>Compliance</i>) na Nachi Brasil, em até 6 (seis) meses contados da homologação do presente Termo de Compromisso no Diário Oficial da União, com o principal objetivo de prevenir os riscos de violação e detectar eventuais práticas contrárias às leis concorrenciais e anticorrupção decorrentes de suas atividades, nos territórios em que atua. Após a implementação do referido Programa, compromete-se a realizar avaliações anuais dos resultados alcançados, sempre visando aprimorar as melhores práticas concorrenciais nos mercados em que atua, demonstrando e comprovando ao CADE a sua implementação e aplicação nos 5 anos subsequentes à homologação do presente Termo de Compromisso. [...] Cláusula Sexta – Do Descumprimento do Termo de Compromisso [...] 6.2. Uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo n° 08012.005324/2012-59 voltará a tramitar em face das Compromissárias ou do Funcionário inadimplente, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais representados e nos termos da lei.</p> <p>Nota Técnica SG: 56. No caso concreto, estabeleceu-se durante a negociação uma alíquota de [ACESSO RESTRITO], que se justifica, no caso específico do Grupo NACHI, pelo fato de que este era um <i>player</i> secundário no mercado nacional de rolamentos, cuja conduta restringiu-se a: [ACESSO RESTRITO]. Além disso, as Requerentes demonstraram boa-fé ao proporem a estruturação de um programa de conformidade (<i>compliance</i>).</p> <p>Parecer ProCADE: Conteúdo confidencial. É possível inferir a aprovação quanto à análise de cumprimento do TCC (20 de março de 2017).</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento n° 08700.001429/2015-23.</p> <p>•Compromissária: Conbras Serviços Técnicos de Suporte S/A e pessoas físicas.</p> <p>•Proposta final apresentada em 10 de outubro de 2016.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.006130/2006-22, que apurava, e do Processo Administrativo n° 08012.005024/2011-99, que apura, suposto cartel no mercado</p>	<p>TCC: CLÁUSULA QUARTA – DAS DEMAIS OBRIGAÇÕES [...] 4.4. A COMPROMISSÁRIA PESSOA JURÍDICA compromete-se, ainda, ao cumprimento das seguintes obrigações: 4.4.1. OBRIGAÇÃO DE LIVRE ACESSO (“POLÍTICA DE PORTAS ABERTAS”). Para demonstrar seu pleno comprometimento com a concorrência no mercado de licitações (públicas e privadas) de serviços de manutenção predial, a COMPROMISSÁRIA PESSOA JURÍDICA autoriza, durante todo o período de cumprimento do TCC e independentemente de ordem judicial ou da existência de qualquer processo administrativo, o livre acesso de autoridades concorrenciais (SG/CADE) e técnicos de informática do Ministério da Justiça convidados a participar da diligência, para entrada e vistoria em qualquer de suas dependências, bem como a possibilidade de participar. Juntamente com representantes da COMPROMISSÁRIA</p>

<p>de contratações - públicas e privadas - de serviços de manutenção predial.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 18 de outubro de 2016.</p>	<p>PESSOA JURÍDICA, de todo e qualquer evento ou reunião em associações ou sindicatos ligados ao setor de manutenção predial. A obrigação de livre acesso ora assumida encontra-se condicionada apenas à observância do seguinte: (a) as autoridades e técnicos deverão portar identidade funcional para entrada nas dependências da CONBRAS; (b) qualquer entrada ou vistoria deverá se iniciar durante horário comercial (8:00 - 17:00), e respeitar o funcionamento normal das atividades da CONBRAS; (c) em caso de vistoria das dependências da CONBRAS e/ou acompanhamento em eventos ou reuniões em sindicatos e associações, a autoridade concorrencial deverá restringir-se a exame e juízo de natureza estritamente concorrencial.</p> <p>4.4.2. ADOÇÃO DE PROGRAMA DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL. A CONBRAS compromete-se, ainda, a incrementar suas regras internas de prevenção a infrações concorrenciais, mediante a criação de um Programa de <i>Compliance</i> concorrencial, o qual seguirá as diretrizes traçadas no Anexo III* da presente, para nortear e restringir todo e qualquer ato, externo ou interno, da COMPROMISSÁRIA PESSOA JURÍDICA e de seus empregados e prepostos perante quaisquer terceiros, em especial perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e associações de classe. O Programa de <i>Compliance</i> incluirá, ainda, a aplicação de penalidades disciplinares aos administradores e empregados que não observarem suas regras.</p> <p>4.4.3. TREINAMENTO DE ADMINISTRADORES E EMPREGADOS. A COMPROMISSÁRIA PESSOA JURÍDICA se compromete, por fim, e para concretização e máxima efetividade do Programa de <i>Compliance</i> que será adotado, a realizar treinamento de todos os seus empregados, em especial aqueles envolvidos diretamente em áreas concorrencialmente sensíveis, sobre as normas de defesa da concorrência. O treinamento será obrigatório e contará com palestras e entrega de material (manual e recomendações impressas). Cópia do manual e das recomendações será encaminhada ao CADE, por ocasião do relatório de cumprimento do TCC (cláusula 5.1). O cronograma será informado ao CADE com 15 (quinze) dias de antecedência, e o CADE poderá indicar representante para acompanhar pessoalmente os treinamentos.</p> <p>CLÁUSULA QUINTA – DA DEMONSTRAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES</p> <p>5.1. Para que o CADE possa acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações previstas nas Cláusulas 4.4.1, 4.4.2 e 4.4.3 do TCC, a COMPROMISSÁRIA PESSOA JURÍDICA se obriga a apresentar relatório de acompanhamento das obrigações assumidas durante todo o período de vigência do presente termo. O relatório deverá ser enviado em até 120 (cento e vinte) dias a contar da data de assinatura do compromisso.</p> <p>[...]</p> <p>CLÁUSULA SEXTA – HIPÓTESES DE DESCUMPRIMENTO E DAS SANÇÕES APLICÁVEIS [...]</p> <p>6.2. Verificado o descumprimento do TCC, o Processo Administrativo nº. 08012.006130/2006-22 e o Processo Administrativo nº. 08012.005024/2011-99 serão retomados em face dos COMPROMISSÁRIOS inadimplentes, sendo-lhes garantido o direito de ampla defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais representados e nos termos da lei.</p> <p>[...]</p> <p>6.5. A declaração definitiva, pelo Tribunal Administrativo do CADE, de descumprimento integral do TCC terá como consequência a imposição de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) à COMPROMISSÁRIA PESSOA JURÍDICA inadimplente, e de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a cada COMPROMISSÁRIA PESSOA FÍSICA inadimplente.</p> <p>6.6. O descumprimento das obrigações de livre acesso, <i>compliance</i> e treinamento previstas nas Cláusulas 4.4.1, 4.4.2 e 4.4.3, ou da apresentação do relatório de acompanhamento prevista na Cláusula 5.1 também redundará</p>
--	--

	<p>na declaração definitiva, pelo Tribunal Administrativo do CADE, do descumprimento integral do TCC por parte da COMPROMISSÁRIA PESSOA JURÍDICA, com as consequências previstas nas Cláusulas 6.2 e 6.5, supra.</p> <p>* Nota do pesquisador: Documento de acesso restrito.</p> <p>Nota Técnica SG: 55. Portanto, se fossem adotados apenas os parâmetros do Guia, sem qualquer adaptação às circunstâncias do caso concreto, dever-se-ia aplicar uma redução percentual de 35% sobre o valor da multa esperada de cada Proponente, já que a apresentação do TCC se deu antes da convocação da Averiguação Preliminar nº 08012.005024/2011-99 em Inquérito Administrativo. Nada obstante, entende-se que os Proponentes fazem jus a uma redução percentual de 40%, em vista da previsão de uma “política de portas abertas”, que autoriza o livre acesso às instalações da empresa pelo Cade, bem como da adoção de uma política de <i>compliance</i> e de treinamento de funcionários, nos termos da Cláusula 4.4 da proposta final de TCC.</p> <p>Despacho da Presidência: 22. Por terem apresentado declarações que corroboram para a mais precisa elucidação da conduta investigada [ACESSO RESTRITO AO CADE E AOS COMPROMISSÁRIOS]. Esse percentual guarda proporcionalidade com a atuação dos Requerentes nos fatos investigados e observa as circunstâncias do caso concreto. Ademais, no presente TCC, os Proponentes apresentaram a inserção da “política de portas abertas” (autorização expressa ao CADE para livre acesso às instalações da empresa), somada a adoção de uma política de <i>Compliance</i> e de treinamento de seus funcionários (cláusula 4.4). Além disso, o desconto está dentro da faixa contida no inciso I do art. 187 do RICADE e, para fins da definição do percentual do desconto referido, a Superintendência-Geral fez uso do método (não exaustivo e não vinculativo) apresentado no Guia para Termos de Compromisso de Cessação, que observa parâmetros considerados importantes na análise da amplitude, da utilidade e do momento da apresentação da proposta.</p> <p>Parecer ProCADE: Conteúdo confidencial. É possível inferir a aprovação quanto à análise de cumprimento do TCC (20 de março de 2017).</p>
<p>Sumário do caso</p> <ul style="list-style-type: none"> •Requerimento n° 08700.004602/2016-26. •Compromissária: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. •Proposta final apresentada em 16 de março de 2017. •TCC celebrado no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86, que apurava suposto cartel nos mercados de distribuição e revenda de combustíveis líquidos do Distrito Federal. •TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 05 de abril de 2017. 	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p> <p>TCC: Cláusula Terceira – Das obrigações dos Compromissários [...]</p> <p>3.4. Programa de <i>compliance</i></p> <p>3.4.1. A Compromissária pessoa jurídica (Cascol Combustíveis para Veículos Ltda) compromete-se a adotar programa de <i>compliance</i> para assegurar que a sua atividade ocorra em perfeita obediência às normas legais e regulamentares.</p> <p>3.4.2. O programa de <i>compliance</i> que será instituído pela Compromissária deverá obedecer aos requisitos descritos no anexo IV*.</p> <p>3.4.3. A implementação deverá ocorrer em até 12 (doze) meses contados da publicação no Diário Oficial da União da decisão que homologar o Termo de Compromisso de Cessação.</p> <p>3.4.4. A Compromissária deverá apresentar ao CADE, em até 30 (trinta) dias após a implementação do programa de <i>compliance</i>, o Código de Ética da empresa, assim como a comprovação de que todos os funcionários receberam o documento e foram devidamente orientados quanto ao programa. [...]</p> <p>Cláusula Quinta – Do descumprimento do Termo de Compromisso [...]</p>

	<p>5.2. Uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do presente Termo de Compromisso, o Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86 ou Processo Administrativo que venha a sucedê-lo voltará a tramitar em face do Compromissário inadimplente, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais representados e nos termos da lei.</p> <p>[...]</p> <p>5.7. No caso de atraso injustificado e sem consentimento prévio da implementação do programa de <i>compliance</i> prevista na Cláusula 3.4.3, ou da apresentação do Código de Ética da empresa prevista na Cláusula 3.4.4, por prazo inferior a 30 (trinta) dias a contar do vencimento, o Compromissário inadimplente estará sujeito, exclusivamente, a uma multa diária fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o Compromissário Pessoa Jurídica.</p> <p>5.8. O atraso injustificado e sem consentimento prévio nas obrigações estabelecidas nas cláusulas 3.4.3 e 3.4.4, por prazo superior a 30 (trinta) dias a contar de seu vencimento, será caracterizado como desídia do Compromissário inadimplente, com a consequente declaração definitiva de descumprimento integral do presente Termo de Compromisso pelo Tribunal Administrativo do CADE, observado o procedimento descrito na cláusula 5.1.</p> <p>[...]</p> <p>5.11. A declaração de descumprimento integral do Termo de Compromisso implicará a imposição de multa fixada (i) para o Compromissário Pessoa Jurídica no valor de R\$ 1.000.000,00 (um (sic) milhão de reais), e (ii) para os Compromissários Pessoas Físicas no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).</p> <p>* Nota do pesquisador: Referido anexo não consta dos autos públicos.</p> <p>Nota Técnica SG:</p> <p>40. É importante enfatizar, neste caso, que os elementos de colaboração descritos abaixo – desinvestimentos, alterações societárias, programa de <i>compliance</i>, acordo com o MPDFT abrangendo o pagamento de multa de natureza reparatória e colaboração no cumprimento de medida preventiva – não são corriqueiros nos acordos em investigações de cartéis firmados com o Cade. Na verdade, este é o primeiro TCC firmado com o Cade que conta com esse nível de colaboração. O Guia de TCC, por sua vez, é formatado de modo tal a contabilizar descontos na contribuição pecuniária a partir de uma cooperação meramente processual. Dessa forma, os descontos concedidos à Compromissária devem, de alguma forma, incorporar essa colaboração extra prestada no presente caso. [...]</p> <p>41. Essa colaboração envolve: [...]</p> <p>c. <i>Compliance</i>: em 12 meses, a empresa se compromete a implementar programa de <i>compliance</i>, com os seguintes requisitos:</p> <p>i. Implementação do Código de Ética da empresa, com a enunciação clara e didática dos princípios e diretrizes que nortearão a administração dos negócios, seguindo a orientação dos Guias do CADE e da CGU; ii. identificação das áreas de risco e da extensão do risco envolvido nas diversas atividades da empresa; iii. criação de comitê de <i>compliance</i> ou órgão equivalente para o monitoramento constante do risco, bem como para o acompanhamento e a execução do programa de <i>compliance</i>, a quem caberá o recebimento e a apuração de denúncias, assim como o treinamento dos funcionários; iv. comprometimento da alta administração, especialmente do Conselho de Administração, a quem caberá a supervisão do cumprimento do programa de <i>compliance</i>, inclusive as providências cabíveis em caso de não observância do Código de Ética da empresa, bem como a comprovação de</p>
--	--

	<p>que todos os funcionários receberam o documento e foram devidamente orientados quanto ao programa;</p> <p>[...]</p> <p>52. É certo que medidas como o desinvestimento de ativos, alterações societárias e <i>compliance</i>, além de representarem custos adicionais aos Compromissários (com perdas não desprezíveis de receitas) – possuem um valor concorrencial significativo, que de alguma forma deve ser mensurado e contabilizado. Trata-se de medidas que, para além de resultarem em um mero pagamento de uma quantia ao Cade, implicam efeitos pró-competitivos de grande valia. Permite-se a desconcentração do mercado, incentiva-se a entrada e o desenvolvimento de concorrentes e dilui-se, de alguma forma, os incentivos à cartelização do mercado.</p> <p>Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt:</p> <p>9. Aliás, falando em ‘mudança cultural’, vale ressaltar que coaduno com o ex-Conselheiro Marcio de Oliveira (Febracan em 2015) e com a SG (Cascol hoje) ao impor as Partes um sólido programa de <i>compliance</i>, que tem um inegável efeito pedagógico, indo ao encontro de uma mudança cultura (sic) desejável, em prol de um ambiente mais competitivo. Não deixa de ser uma muito bem-vinda forma de advogar pela concorrência.</p> <p>Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo:</p> <p>8. No caso concreto, além de confirmar a consolidação da política institucional de TCCs, avança-se mais, pois o presente TCC trouxe uma cláusula inédita e que enriquece ainda mais o arcabouço de instrumentos negociais, que é a cláusula de desinvestimento em conjunto com alterações societárias, com implementação de política de <i>compliance</i> e [ACESSO RESTRITO].</p> <p>Voto-vogal do Conselheiro João Paulo de Resende:</p> <p>4. [...] Segundo porque a base de cálculo da expectativa de multa não deveria ser alterada casuisticamente, contribuindo para a falta de transparência e previsibilidade das penalidades aplicadas por este Tribunal. No presente caso, entendeu-se pela exclusão do faturamento vinculado a estabelecimentos que serão desinvestidos; em casos futuros poderão ser alteradas as bases de cálculo devido, por exemplo, à implementação de programas de <i>compliance</i>, à realização de investimentos, etc. Tenho me manifestado reiteradamente contra flexibilizações e manipulações da base de cálculo prevista legalmente e considero que a assunção de remédios estruturais e/ou comportamentais, se for o caso, devem se refletir nos descontos a serem concedidos às Compromissárias de TCCs, não na expectativa de multa. Nesse sentido, estou aberto a discutirmos alterações no Guia de TCC para avaliarmos qual seria a faixa de desconto conveniente para os casos de remédios estruturais e/ou comportamentais, mas considero primordial avançarmos no sentido de garantir maior previsibilidade das multas e, conseqüentemente, das expectativas de multas em TCCs.</p> <p>Parecer ProCADE:</p> <p>Ateste do cumprimento das obrigações relacionadas ao programa de <i>compliance</i> e compromissos correlatos até o momento (08 de maio de 2018).</p>
<p>Sumário do caso</p> <p>•Requerimento n^o 08700.001200/2016-70.</p> <p>•Compromissária: Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito (SINDHES), Arlindo Borges Pereira e outras.</p> <p>•Proposta final apresentada em 31 de maio de 2017.</p>	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p> <p>TCC:</p> <p>Cláusula Segunda - Das Obrigações dos Compromissários [...]</p> <p>2.3. Implementação de Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial - Para assegurar o compromisso estabelecido na cláusula 2.2, bem como o objetivo de preservar e proteger as condições concorrenciais no mercado de saúde do estado do Espírito Santo, o Compromissário SINDHES assume a obrigação de implementar e disponibilizar aos Hospitais Associados um amplo e eficaz programa de <i>compliance</i> concorrencial, que contará com a realização de palestras e orientação sobre legislação de defesa da concorrência e condutas</p>

<p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71, que apurava suposta conduta anticompetitiva envolvendo negociação coletiva de preços e condições contratuais e alegadas práticas de boicotes por hospitais a operadoras de autogestão no estado do Espírito Santo.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 07 de junho de 2017.</p>	<p>anticompetitivas, incluindo as obrigações previstas no presente Termo de Compromisso. O programa de <i>compliance</i> será implementado conforme as seguintes bases:</p> <p>2.3.1. Em até 30 (trinta) dias da assinatura do presente Termo de Compromisso será criado um <i>Comitê de compliance</i> (“Comitê”), responsável pela gestão e implementação do programa de (sic) <i>compliance concorrencial</i>, sendo responsabilidade do SINDHES assegurar sua autonomia e independência necessária para atuação, com o respectivo aporte de recursos adequados e suficientes a este destinados;</p> <p>2.3.2. Em até 120 (cento e vinte) dias da assinatura do presente Termo de Compromisso, e nos dois anos subsequentes, o SINDHES promoverá evento anual em sua sede, com advogados ou economistas e, a critério do CADE, de representantes desta autarquia, para apresentação de palestras sobre a legislação antitruste e de defesa da concorrência para a presidência, diretoria, colaboradores e Hospitais Associados ao SINDHES;</p> <p>2.3.3. No mesmo prazo de 120 (cento e vinte) dias da assinatura do presente Termo de Compromisso, após a realização do primeiro evento descrito na cláusula 2.3.2., haverá a nomeação de um <i>compliance officer</i>, encarregado da criação de mailing específico para receber toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins, para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência no âmbito do SINDHES e seus Hospitais Associados;</p> <p>2.3.4. Em até 6 (seis) meses da assinatura do presente Termo de Compromisso, será apresentado manual de <i>compliance</i> para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência – submetido previamente à aprovação do CADE – destinado à presidência, diretoria e aos colaboradores do SINDHES e seus Hospitais Associados, bem como a aprovação de um cronograma de atividades de treinamento para atendimento do manual de <i>compliance</i>, legislação antitruste e defesa da concorrência para os dirigentes dos Compromissários;</p> <p>2.3.5. Em até 9 (nove) meses da assinatura do presente Termo de Compromisso, haverá a inserção do manual de <i>compliance</i> para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência no site do SINDHES;</p> <p>2.3.6. Até 9 (nove) meses após a assinatura e do presente Termo de Compromisso, haverá implementação e execução de treinamento para atendimento do manual de <i>compliance</i>, legislação antitruste e defesa da concorrência para os dirigentes do SINDHES;</p> <p>2.3.7. O Manual de <i>compliance</i> ficará disponível no site do SINDHES até o final do prazo de vigência deste TCC, com monitoramento da sua evolução mediante a análise da documentação e relatórios semestrais das atividades de <i>compliance</i> e atualização semestral por parte do Comitê gestor do programa.</p> <p>2.3.8. Os Compromissários se obrigam a encaminhar relatórios ao CADE a cada 12 (doze) meses, a contar da publicação da decisão Plenária homologatória do acordo até o prazo final de vigência deste TCC, a fim de comprovar as obrigações assumidas na cláusula 2.3 deste Termo de Compromisso, relativas à implementação do programa de <i>compliance</i> concorrencial.</p> <p>2.3.9. O CADE poderá, a qualquer momento, requisitar informações sobre o cumprimento das obrigações assumidas nesta cláusula 2.3, relativas à implementação do programa de <i>compliance</i> concorrencial.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Quinta - Do Descumprimento do Termo de Compromisso</p> <p>[...]</p> <p>5.2. Uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Segunda do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71 voltará a tramitar em face do Compromissário inadimplente, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das</p>
---	---

	<p>investigações nas mesmas condições dos demais representados e nos termos da lei. [...]</p> <p>5.5. No caso de atraso injustificado e sem autorização prévia do CADE do cumprimento das Cláusulas 2.3, pactuadas neste TCC, por prazo superior a 60 (trinta) dias, será caracterizada a desídia do Compromissário inadimplente, com a conseqüente declaração definitiva pelo Tribunal Administrativo do CADE do descumprimento integral do presente Termo de Compromisso.</p> <p>Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt: 27. Ademais, conclui-se, a partir dos Termos celebrados ao longo da história deste Conselho, que outras medidas também podem ser exploradas quando da implementação de um TCC, a exemplo do estabelecimento de um programa de <i>compliance</i>. [...]</p> <p>5.5 Outras medidas 37. Adicionalmente aos requisitos básicos de um TCC ora descritos, os Compromissários SINDHES e Sr. Arlindo Borges também apresentaram uma redação quanto a medidas educacionais e de conformidade que foram entendidas como essenciais¹¹ no sentido de prevenir condutas futuras anticompetitivas*</p> <p>[nota de rodapé no original] [11] - Vale comentar que a Conselheira relatora entende ser uma medida extremamente adequada a imposição de um programa de <i>compliance</i>, tal qual ela recomendou que fosse feita em outras ocasiões, sendo agora acompanhada pela maioria desta composição de Tribunal.</p> <p>Parecer ProCADE: Ateste do cumprimento das obrigações relacionadas ao programa de <i>compliance</i> e compromissos correlatos até o momento (06 de fevereiro de 2018 e 26 de junho de 2018).</p> <p>Nota do pesquisador (1): Destaque para o Parecer ProCADE: “9. No que toca ao Manual de <i>Compliance</i> (cláusula 2.3.4), após sua análise comparativa com o Guia de <i>Compliance</i> do CADE (disponível em: Guia de <i>Compliance</i>) pode-se verificar que contém todos os pontos referentes à legislação antitruste, prevenção de ilícitos concorrenciais, boas práticas gerenciais e procedimentos do Cade, o que permite a internalização dos receptores da mensagem dentro do escopo de difusão da cultura da concorrência. Assim, pode-se sugerir sua aprovação pelo Conselho, com ateste de cumprimento da cláusula”.</p> <p>Nota do pesquisador (2): Constam dos autos documentos elaborados para atender aos compromissos de <i>compliance</i> (cláusulas 2.3 e seguintes do TCC).</p>
<p>Sumário do caso</p> <p>•Requerimento n° 08700.003071/2017-35. •Compromissária: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados do Petróleo do Estado de Minas Gerais (MINASPETRO). •Proposta final apresentada em agosto de 2017. •TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n°</p>	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p> <p>TCC: Cláusula Terceira - Das Obrigações do Compromissário [...] 3.3. Conduta Futura – O Compromissário obriga-se a: 3.3.3. Estruturar e implementar um Programa de Conformidade (<i>Compliance</i>) no Sindicato, em até 12 (doze) meses, contados da homologação do presente Termo de Compromisso no Diário Oficial da União, com o principal objetivo de prevenir os riscos de violação e detectar eventuais práticas contrárias às leis concorrenciais e anticorrupção decorrentes de suas atividades, nas localidades em que atua. [...] Cláusula Quinta – Do Descumprimento do Termo de Compromisso [...]</p>

<p>08700.010769/2014-64, que apura suposta cartelização nos mercados de distribuição e revenda de combustíveis líquidos em diversos municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte/MG.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 06 de setembro de 2017.</p>	<p>5.2. Uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08012.002867/2007-57 voltará a tramitar em face do Compromissário inadimplente, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais representados e nos termos da lei.</p> <p>Nota Técnica SG: 45. [...] Além disso, considerou-se como fator atenuante o dever de estruturação e implementação de Programa de Conformidade (<i>Compliance</i>) assumido pelo Requerente na cláusula 3.3.3 da proposta final de TCC.</p> <p>Parecer ProCADE: Ofício enviado para a Compromissária para comprovar o programa de <i>compliance</i> e sua respectiva implementação (15 de outubro de 2018). Sem retorno até a data de corte desta análise.</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>•Requerimento nº 08700.005133/2017-43.</p> <p>•Compromissária: Conselho Federal de Corretores de Imóveis (Cofeci) e Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis.</p> <p>• Proposta final apresentada em 07 de fevereiro de 2018.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71, que apura suposta influência de conduta comercial uniforme no mercado de serviços de corretores de imóveis no Brasil, mediante a prática de influência de conduta uniforme e pela adoção de tabelas de honorários e condições comerciais.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 14 de março de 2018.</p>	<p>TCC: Cláusula Terceira - Das Obrigações do Compromissário [...]</p> <p>3.4. Conduta futura do Compromissário Conselho Federal de Corretores de Imóveis [...]</p> <p>3.4.6. Implementar Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial, no prazo de 2 (dois) anos, nos seguintes termos:</p> <p>a) Análise da legislação do Sistema COFECI-CRECI com averiguação da sua adequação ao Sistema de Defesa da Concorrência;</p> <p>b) Confecção de Manual de <i>Compliance</i> Concorrencial para Conselhos de Corretores de Imóveis, com o escopo de criar uma cultura concorrencial positiva na organização;</p> <p>c) Serão etapas do Programa, a serem reportadas progressivamente ao CADE, consoante o explicitado no Anexo I - Cronograma Completo da Implementação do Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial:</p> <p>c.1. Realização de diligência interna e de terceiros, para constatar eventuais práticas potencialmente lesivas à livre concorrência;</p> <p>c.2. Confecção de relatório de risco das atividades do Sistema COFECI-CRECI;</p> <p>c.3. Confecção de Manual de <i>Compliance</i> Concorrencial voltado para órgãos da Classe de Corretores de Imóveis;</p> <p>c.4. Treinamentos para introjeção das diretrizes do Manual;</p> <p>c.5. Coleta de material e medição de resultados;</p> <p>c.6. Apresentação de relatórios periódicos de atividades, nos termos da cláusula 3.6, ou sempre que solicitado.</p> <p>[...]</p> <p>3.6. Relatórios de Acompanhamento</p> <p>3.6.1 A comprovação do cumprimento das obrigações previstas nas Cláusulas 3.4 e 3.5 do presente Termo de Compromisso ocorrerá mediante a apresentação de relatórios elaborados pelos Compromissários, sendo que: (i) o primeiro relatório, a ser apresentado em até 6 meses após a celebração do presente acordo, deverá comprovar o cumprimento das obrigações previstas nas cláusulas 3.2, 3.3., 3.4.1. A 3.4.6. e 3.5; e (ii) os demais relatórios, a serem apresentados a cada 6 (seis) meses contados da apresentação do primeiro relatório, conterão informações sobre o cumprimento das obrigações previstas nas cláusulas 3.4.6.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Quinta – Do Descumprimento do Termo de Compromisso</p> <p>[...]</p> <p>5.2. Uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71 voltará a tramitar em face do(s) Compromissário(s)</p>

	<p>inadimplente(s), sendo-lhe(s) garantido o direito de defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais representados e nos termos da lei.</p> <p>[...]</p> <p>5.5. No caso de atraso injustificado e sem consentimento prévio do cumprimento das obrigações previstas nas Cláusulas 3.3, 3.4 e 3.5, conforme cronograma estabelecido na cláusula 3.6.1, ou da apresentação do relatório de cumprimento de obrigações também previsto na cláusula 3.6.1, por prazo inferior a 30 (trinta) dias a contar do vencimento, o Compromissário inadimplente estará sujeito, exclusivamente, a uma multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).</p> <p>Nota Técnica SG:</p> <p>28. [...] registre-se que durante o período de negociações nesta Superintendência-Geral, houve a postura proativa do Cofeci em adequar-se ao arcabouço legal vigente, mediante a adoção de boas práticas, dentre elas a adequação de suas resoluções à Lei de Defesa da Concorrência.</p> <p>Parecer ProCADE:</p> <p>Sugestão de ateste de cumprimento do TCC até o momento (15 de outubro de 2018).</p> <p>Nota do pesquisador (1):</p> <p>Destaque para o Parecer ProCADE:</p> <p>“9. Quanto à cláusula 3.4.6 (Programa de <i>Compliance</i>), a compromissária informa que já dispõe de uma minuta de manual aprovada pela sua Diretoria, que será disponibilizada no <i>website</i> do Conselho Federal de Corretores de Imóveis em aba ‘criada especialmente à divulgação do programa de boas práticas concorrenciais’.</p> <p>10. Analisando o manual, verifica-se que embora seu escopo seja bem mais amplo (em realidade, se pretende a ser um guia de conformidade ética), ele possui partes específicas que dizem respeito às (sic) preocupações concorrenciais (sic) endereçadas no compromisso sob monitoramento (capítulos que versam sobre respeito à concorrência entre corretores; precificação de serviços; cláusula de exclusividade; influência de conduta comercial uniforme; tabelas de preços). Ademais, endereça canais de solução de conflitos relacionados à manutenção de um ambiente (sic) concorrencialmente saudável (manual, canal de denúncias, comitê, informativos, treinamentos). No geral, segue as diretrizes do Guia de <i>Compliance</i> do Cade, e por isto pode ser aceito como um programa válido para os fins que se pretende.</p> <p>11. Ademais, foi comprovada a realização de treinamento presencial. Assim, os subitens c.1 a c.5 da cláusula 3.4.6 encontram-se atendidos”.</p>
<p>Sumário do caso</p> <p>•Requerimento n° 08700.005349/2017-17.</p> <p>•Compromissária: Jorge Zandoná, Elias Antônio Piva, AM Combustíveis Ltda., Posto JA Ltda., Posto LC Ltda. Posto Zandoná Ltda. e Posto Z10 Ltda.</p> <p>•Proposta final apresentada em 26 de março de 2018.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo n° 08700.009879/2015-64, que apura a ocorrência de suposta influência de conduta comercial uniforme, formação de cartel,</p>	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p> <p>TCC:</p> <p>Cláusula Terceira - Das Obrigações do Compromissário [...]</p> <p>3.4. Programa de <i>Compliance</i> - Os Compromissários obrigam-se a:</p> <p>3.4.1. Comprovar a implementação de Programa de <i>Compliance</i> sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e infrações à ordem econômica que inclua: (i) Análise de riscos concorrenciais aos quais estão expostas as Compromissárias.</p> <p>(ii) Cartilha explicativa que forneça aos funcionários das Compromissárias informações sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em especial os riscos associados à atuação em entidades de classe e sindicatos e as infrações à ordem econômica, incluindo a prática de cartel e demais condutas vedadas pelo artigo 36 da Lei 12.529 de 2011. A cartilha deverá, ainda, apresentar aos funcionários de forma clara as penalidades impostas pelas Compromissárias e as sanções estabelecidas pela legislação decorrentes de tais práticas.</p>

<p>fixação de preços de revenda, criação de dificuldades a concorrentes e adquirentes e discriminação de adquirentes, nos mercados de distribuição e de revenda de combustíveis automotivos na cidade de Joinville/SC.</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por maioria, em 25 de abril de 2018.</p>	<p>(iii) Treinamento anual conduzido com os funcionários das Compromissárias e ministrado por administrador sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, incluindo informações sobre os riscos associados à atuação em entidades de classe e sindicatos, as infrações à ordem econômica, como a prática de cartel e demais condutas vedadas pelo artigo 36 da Lei 12.529 de 2011, e possíveis sanções decorrentes impostas pelas Compromissárias e pela legislação. Após esses treinamentos, as Compromissárias deverão fornecer certificações, em que os funcionários atestam sua participação nos treinamentos e declaram que estão cientes das regras e penalidades relacionadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e comprometem-se a segui-las;</p> <p>(iv) Treinamento anual ministrado por administrador voltado à diretoria e aos administradores sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, incluindo informações sobre os riscos associados à atuação em entidades de classe e sindicatos, as infrações à ordem econômica, como a prática de cartel e demais condutas vedadas pelo artigo 36 da Lei 12.529 de 2011, possíveis sanções decorrentes impostas pelas Compromissárias e pela legislação, e sobre as condições concorrenciais das Compromissárias no mercado em que atuam. Após esses treinamentos, as Compromissárias deverão fornecer certificações, em que os diretores e administradores atestam sua participação nos treinamentos e declaram que estão cientes das regras e penalidades relacionadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e comprometem-se a segui-las;</p> <p>(v) Instituição de meio de comunicação disponível aos funcionários para esclarecimentos e envio de denúncias. Os funcionários deverão ser informados acerca dos procedimentos de acesso a esse meio de comunicação e as Compromissárias deverão garantir a segurança e, caso necessário, o anonimato do funcionário que acioná-lo.</p> <p>(vi) O Diretor de <i>compliance</i> a que faz menção o item (viii) deverá fornecer informações acerca do andamento dos procedimentos conduzidos em decorrência da denúncia, caso o denunciante assim solicite;</p> <p>(vii) Criação de cargo de Diretor de <i>Compliance</i>, a ser ocupado por pessoa não representada no Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64.</p> <p>3.4.2. Os Compromissários deverão comprovar ao CADE a implementação do Programa de <i>Compliance</i>, nos termos dos incisos (i) a (v) do item 3.4.1, mediante apresentação de declaração acompanhada de relatório descritivo e cópia dos documentos pertinentes, anualmente, nos 5 anos subsequentes à publicação da homologação do presente Termo de Compromisso no Diário Oficial da União.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Sexta – Do Descumprimento do Termo de Compromisso</p> <p>[...]</p> <p>6.2. Uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64 voltará a tramitar em face do Compromissário inadimplente, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais representados e nos termos da lei.</p> <p>[...]</p> <p>6.6. O descumprimento de qualquer obrigação deste Termo de Compromisso, incluindo o atraso ou inadimplência da contribuição pecuniária prevista na Cláusula 3.1, sujeitará somente o Compromissário inadimplente às consequências previstas nas Cláusulas 6.2, 6.3, 6.4 e 6.5, não afetando os demais Compromissários que estiverem adimplentes com suas obrigações.</p> <p>Nota Técnica da SG:</p> <p>44. Com relação à alíquota, o Tribunal do CADE, sob a égide da Lei nº 12.529/2011, tem aplicado multas em torno de 15% (veja-se o caso dos PAs</p>
---	---

	<p>nº 08012.004472/2000-12, 08012.004573/2004-17 e 08012.007149/2009-39). No caso concreto, estabeleceu-se durante a negociação uma alíquota de [ACESSO RESTRITO] [ACESSO RESTRITO], alíquota essa condizente com os pressupostos acima indicados, além de estar em perfeita consonância com a jurisprudência do CADE em casos de investigações de condutas semelhantes. Além disso, o valor apresentado se mostra conveniente e oportuno, tendo em vista a agravante (essencialidade do produto objeto do cartel) e as atenuantes (lateralidade da conduta do compromissário, duração da conduta inferior a 6 meses e adoção de programa de <i>compliance</i> pelo compromissário (ver item II.2.4)) relacionadas ao caso.</p> <p>[...]</p> <p>II.2.5 Programa de <i>Compliance</i></p> <p>56. Embora o programa de <i>compliance</i> proposto pelos compromissários não seja garantia de que as condutas praticadas por eles não venham a ocorrer novamente - sobretudo quando consideramos que elas foram praticadas pela cúpula da organização empresarial, revelando ser (sic) tratar de uma opção institucional e não meramente um desvio individual de conduta - e muito embora tampouco caiba à SG avaliar programas desse tipo implementados por Representados, cabe ressaltar que a iniciativa dos compromissários (sic) demonstram boa-fé e acenam para a conformação com os padrões legais de comportamento concorrencial.</p> <p>57. Ressalte-se, ainda, que, da forma como foi desenhado, o programa proposto apresenta características de robustez, atendendo aos critérios preconizados no Guia de <i>Compliance</i> elaborado por este Conselho, tais como: análise de riscos, treinamento de pessoal, previsão de normas internas de conduta e procedimentos de responsabilização por descumprimento, canais de denúncia e comunicação e estrutura organizacional dedicada à implementação do programa.</p> <p>Parecer ProCADE: Ausente até a data de corte desta análise (nota do pesquisador).</p>
<p>Sumário do caso</p> <p>•Requerimento nº 08700.005312/2017-81.</p> <p>•Compromissária: Sofape Fabricantes de Filtros Ltda.</p> <p>•Proposta final apresentada em 02 de agosto de 2018.</p> <p>•TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63, que apura suposto cartel no mercado nacional de filtro automotivo para reposição (“aftermarket” ou “IAM”).</p> <p>•TCC homologado pelo Plenário, por maioria, em 08 de agosto de 2018.</p>	<p>Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas</p> <p>TCC: Cláusula Terceira - Das Obrigações dos Compromissários [...]</p> <p>3.4. Programa de <i>Compliance</i> – A Compromissária Pessoa Jurídica compromete-se a:</p> <p>3.4.1. Atualizar seu programa de <i>compliance</i> para assegurar que sua atividade se desenvolva em estrita observância às normas antitruste e de defesa da concorrência.</p> <p>3.4.1.1. O programa de <i>compliance</i> atualizado deverá incluir:</p> <p>(i) a elaboração de manual informativo voltado aos funcionários da Compromissária Pessoa Jurídica, contendo informações sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em especial os riscos associados a prática de cartel e demais condutas vedadas pelo artigo 36 da Lei 12.529/11, apresentando de forma clara as sanções estabelecidas pela legislação decorrentes de tais práticas; e</p> <p>(ii) a previsão de realização de treinamentos com periodicidade anual aos funcionários da Compromissária Pessoa Jurídica sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.</p> <p>3.4.1.2. A atualização deverá ocorrer em até 6 (seis) meses contados da publicação no Diário Oficial da União da decisão que homologar este Termo de Compromisso.</p> <p>3.4.2. Manter meio de comunicação disponível aos funcionários para envio de denúncias.</p> <p>3.4.3. Manter a estrutura interna de <i>compliance</i> já existente da Compromissária Pessoa Jurídica, por meio do funcionamento de órgão voltado para a difusão de cultura de <i>compliance</i> e mitigação de riscos e conformidade com a legislação, políticas e normas (Comitê de Controles Internos e <i>Compliance</i>), o qual não poderá ser composto por pessoas físicas representadas no Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63.</p>

	<p>3.4.4. A Compromissária deverá apresentar ao CADE, em até 30 (trinta) dias após a finalização do processo de atualização do programa de <i>compliance</i>, cópia do manual elaborado e a comprovação de que todos os funcionários receberam o documento e foram devidamente orientados quanto ao programa, bem como último relatório do canal de denúncias e ata das reuniões do Comitê de Controles Internos e <i>Compliance</i>. [...] Cláusula Sexta – Do Descumprimento do Termo de Compromisso [...] 6.2. Uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63 voltará a tramitar em face do Compromissário ou do Funcionário inadimplente, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais representados e nos termos da lei. 6.4. No caso de atraso injustificado e sem consentimento prévio da obrigação de atualização do programa de <i>compliance</i> prevista na Cláusula 3.4.4, por prazo inferior a 30 (trinta) dias a contar do vencimento, a Compromissária Pessoa Jurídica estará sujeita, exclusivamente, a uma multa diária fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).</p> <p>Parecer ProCADE: Ausente até a data de corte desta análise (nota do pesquisador).</p>
Sumário do caso	Excertos relacionados ao programa de <i>compliance</i> e medidas correlatas
<p>Excepcionalmente, este caso será abordado de maneira conjunta por se referir a seis TCCs celebrados pela mesma compromissária no âmbito de processos relacionados/derivados da operação Lava Jato. Todos os TCCs foram homologados pelo Plenário, por maioria, em 21 de novembro de 2018. A compromissária foi a Odebrecht* no âmbito dos seguintes casos:</p> <p>Requerimentos nºs</p> <p>08700.004337/2016-86, celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14, que apura suposto cartel no mercado de serviços de engenharia, construção e montagem industrial <i>onshore</i> (PA Petrobras).</p> <p>08700.004341/2016-44, celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51, que apura suposto cartel no mercado de obras de montagem eletrônica da Usina Angra 3 em licitação da Eletrobras</p>	<p>TCC:* Cláusula Terceira - Das Obrigações do Compromissário 3.4 Programa de Integridade Concorrencial – A COMPROMISSÁRIA ODEBRECHT obriga-se a: 3.4.1. Implementar um Programa de Integridade Concorrencial destinado a identificar, mitigar e remediar os riscos de violações à Lei nº 12.529/2011 em todas as suas operações praticadas no Brasil ou que possam produzir efeitos no Brasil, incluindo as de suas afiliadas, subsidiárias e outras organizações, que atenda às diretrizes estabelecidos no Guia de Programas de <i>Compliance</i> do CADE e suas atualizações, em especial quanto: a) ao comprometimento da alta administração; b) à adoção de um código de conduta que abranja orientações específicas de integridade concorrencial; c) à autonomia e independência da equipe de <i>compliance</i>; d) aos critérios, metodologias e responsáveis pela análise de riscos concorrenciais; e) a atividades e a canais de comunicação e denúncia internos, com ampla publicidade junto aos funcionários, fornecedores, prestadores de serviços e garantia de anonimato daqueles que oferecerem denúncias; f) à realização de cursos e treinamentos periódicos; g) a orientações e diretrizes formais de integridade concorrencial; h) à revisão, adaptação ou modificação do Programa; i) à adoção de procedimentos específicos para prevenir a troca de informações concorrencialmente sensíveis ou acordos entre concorrentes, especialmente no contexto de participação em licitações e em reuniões de sindicatos e entidades representativas do setor. 3.4.1.1. O Programa de Integridade Concorrencial será implementado conforme cronograma a ser apresentado pela COMPROMISSÁRIA ODEBRECHT no prazo de 90 dias contados da homologação deste Termo. 3.4.2. Manter e aperfeiçoar permanentemente o Programa de Integridade Concorrencial durante o período de pagamento da contribuição pecuniária e relatar ao CADE qualquer alteração e/ou implementação de qualquer outro programa de conformidade e controles internos, políticas e procedimentos relacionados à conduta prevista na Cláusula Segunda.</p>

<p>Termonuclear S.A. – Eletronuclear.</p> <p>08700.008159/2016-62, celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41, que apura suposta prática de condutas anticompetitivas em obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Mangunhos e da Comunidade da Rocinha no Rio de Janeiro/RJ.</p> <p>08700.007077/2016-09, celebrado no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.006630/2016-88, que apura suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014.</p> <p>08700.008158/2016-18, celebrado no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700/007777/2016-95, que apura suposto cartel em licitações da empresa Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, no Brasil, para a contratação de serviços de engenharia e construção civil predial de “Edificações de Grande Porte com Características Especiais”.</p> <p>08700.005078/2016-19, celebrado no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700/001836/2016-11, que apura suposto cartel no mercado de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para a implantação de Ferrovias licitadas pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.</p> <p>* nota do pesquisador: a Compromissária foi a Construtora Norberto Odebrecht S.A. ou empresas do seu grupo, como a Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S.A. e</p>	<p>3.4.3. Apresentar ao CADE, durante o período de pagamento das contribuições pecuniárias:</p> <p>a) relatório anual de monitoramento sobre o progresso e implementação do Programa de Integridade Concorrencial com parecer de profissional externo à companhia, que deverá ser entregue até o dia 30 de janeiro de cada ano, a contar de janeiro de 2020;</p> <p>b) informação, em até 30 dias após ter indicação conclusiva ou suspeita material, sobre a prática de eventuais infrações previstas na Lei nº 12.529/2011 por parte da COMPROMISSÁRIA ODEBRECHT, das empresas de seu grupo econômico ou de qualquer de seus funcionários, bem como as providências adotadas;</p> <p>c) informação sobre a existência investigações criminais, procedimentos administrativos ou regulatórios ou ações civis movidas por qualquer autoridade governamental no Brasil contra ele ou seus empregados, na medida em que tais investigações, procedimentos ou ações versem sobre fatos que possuam relação com o objeto do Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51, em até 30 dias após ser formalmente notificada sobre a existência desses procedimentos.</p> <p>3.4.3.1. O relatório de monitoramento sobre o progresso e a implementação do Programa de Integridade Concorrencial de que trata a cláusula 3.4.3 deve identificar os profissionais responsáveis pelo Programa e demonstrar o atendimento aos parâmetros previstos na cláusula 3.4.1.</p> <p>3.4.3.2. O relatório de monitoramento deverá ser acompanhado de parecer de profissional externo à companhia, que deverá ser contratado pela COMPROMISSÁRIA ODEBRECHT, às suas expensas, e cujo nome deverá ser aprovado pelo CADE.</p> <p>3.4.4. O descumprimento do disposto nesta cláusula, declarado pelo Tribunal Administrativo do CADE após procedimento administrativo de apuração, implicará na imposição de multa à COMPROMISSÁRIA ODEBRECHT no valor de R\$ 1.067.928,82 (um milhão sessenta e sete mil novecentos e vinte e oito reais e oitenta e dois centavos),* corrigidos pela SELIC até a data da declaração.</p> <p>3.4.4.1. O atraso injustificado e sem consentimento no pagamento da multa prevista nesta cláusula implicará no descumprimento integral do Termo de Compromisso, conforme disposto na Cláusula Quinta.</p> <p>[...]</p> <p>Cláusula Quinta – Do Descumprimento do Termo de Compromisso</p> <p>[...]</p> <p>5.2. Uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51 (Apartado de Acesso Restrito nº 08700.007353/2015-40) voltará a tramitar em face do COMPROMISSÁRIO inadimplente, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais Representados e nos termos da lei.</p> <p>[...]</p> <p>5.5. A declaração de descumprimento integral do Termo de Compromisso implicará a imposição de multa à COMPROMISSÁRIA ODEBRECHT no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)* e aos demais COMPROMISSÁRIOS no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) corrigidos pela SELIC.</p> <p>* Nota do pesquisador (1):</p> <p>Dado que o teor dos TCCs acerca do <i>compliance</i> é semelhante, tomamos por base o modelo do Processo relacionado à Angra 3. A variação que existe nesses TCCs no atinente ao <i>compliance</i> para fins deste análise diz respeito à cláusula 3.4.4 acerca do valor da multa por descumprimento e também à cláusula 5.5 referente ao descumprimento integral do TCC (que considera o <i>compliance</i>, cf. cláusula 3.4.4.1), que também resulta em imposição de multa.</p>
--	---

<p>a Odebrecht Participações e Investimentos S.A. Abordarmos genericamente para facilitar. Propositivamente, não foram mencionadas as pessoas físicas que também fizeram parte dos acordos.</p>	<p>Nota Técnica SG:*</p> <p>31. Além disso, outra forma de colaboração foi apresentada pela Requerente: a implantação de um Programa de Integridade, avaliado pelo Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União nos termos do Decreto 8.420/2015.</p> <p>32. Quanto à possibilidade de se considerar tal forma de colaboração, a SG/Cade entendeu que poderia ser admitido como forma de colaboração o compromisso da Requerente de implementar um Programa de Integridade Concorrencial, nos termos da cláusula 3.4 do TCC.</p> <p>33. A SG/Cade entendeu que o Programa de Integridade Concorrencial a ser implementado no âmbito do Programa de Integridade mais amplo já em implementação pela Requerente, poderá melhor identificar, gerir e mitigar riscos especificamente associados a condutas anticoncorrenciais, reduzindo a possibilidade de reincidência e oferecendo maior segurança de que o Termo de Compromisso será cumprido em sua integralidade, ao longo de todo o período de pagamento da contribuição pecuniária.</p> <p>34. Para que tal colaboração pudesse ser considerada no âmbito da negociação, a Compromissária se compromete a apresentar em 90 dias um cronograma de implementação, assim como a (i) apresentar anualmente ao Cade relatório de monitoramento sobre o progresso e implementação do Programa de Integridade Concorrencial; (ii) informar ao Cade sobre outras infrações previstas na Lei 12.529/2011 ou de qualquer de seus funcionários; (iii) informar ao Cade a existência investigações criminais, procedimentos administrativos ou regulatórios ou ações civis movidas por qualquer autoridade governamental contra ele ou seus empregados, na medida em que tais investigações, procedimentos ou ações versem sobre fatos que estejam relacionados com o objeto dos procedimentos administrativos do Cade em que é investigada.</p> <p>35. Importante destacar também que o Programa de Integridade a ser implementado deverá estar alinhado às diretrizes do Cade, o que deverá ser demonstrado por meio de relatórios de monitoramento a serem apresentados.</p> <p>36. Nesse sentido, ao considerar a obrigação de implementar o programa de integridade concorrencial, esta SG/Cade concedeu um desconto de 4% na contribuição pecuniária da Requerente em cada um dos TCCs negociados conjuntamente, observados os limites previstos nos artigos 227 e 229 do RI-Cade. Apesar de não constar no Guia de TCC do Cade, este percentual máximo busca manter a proporcionalidade e evitar distorções aos incentivos do programa de TCC. Ou seja, com o máximo de percentual de 4%, a redução na contribuição não poderá ser superior ao desconto máximo previsto para, por exemplo, apresentação de documentos que comprovem a infração. A título de comparação, este percentual, está em linha também com o máximo aplicado pela Controladoria Geral da União na celebração de Acordos de Leniência disciplinados pela Lei 12.846/2013, regulamentada pelo decreto 8.420/2015.</p> <p>37. Trata-se, portanto, de incentivo a adoção de um efetivo programa de integridade, que se soma ao <i>enforcement</i> antitruste na forma da própria contribuição pecuniária, calculada sobre uma multa esperada proporcional e dissuasória.</p> <p>38. Assim, no caso em tela, foi concedido um desconto de 3,0%, respeitando os limites dos demais descontos discriminados no Guia de TCC do Cade. Importa destacar que o descumprimento das obrigações previstas na Cláusula 3.4, implicará na imposição de multa à Compromissária no valor correspondente ao dobro do desconto obtido, corrigido pela SELIC.</p> <p>[...]</p> <p>40. Em suma, os fundamentos para o desconto de 25,0% são:</p> <p>[...]</p> <ul style="list-style-type: none"> • Implementação de Programa de Integridade Concorrencial: Compromisso de implementar Programa de Integridade Concorrencial no âmbito do Programa de Integridade mais amplo já em implementação pela Requerente, alinhado às diretrizes do Cade, o que deverá ser demonstrado por meio de
---	---

	<p>relatórios de monitoramento a serem apresentados ao longo de todo o período de pagamento da contribuição pecuniária.</p> <p>* Nota do pesquisador (2): Dado que o teor da Nota Técnica acerca do <i>compliance</i> é semelhante em todos os TCCs, tomamos por base o modelo do Processo relacionado à Angra 3. A variação que existe nesses TCCs no atinente ao <i>compliance</i> para fins desta análise diz respeito ao percentual de desconto. A variação foi de 2% a 4%.</p> <p>Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt: 16. Com respeito ao programa de <i>compliance</i> concorrencial, cumpre observar que, em todos os TCCs propostos pela Odebrecht, foram concedidos descontos que variam de 2% a 4%, em razão da implementação de um mesmo Programa de Integridade (ou <i>compliance</i>). Em outras palavras, ainda que esteja previsto no Guia de TCC do Cade, é como se o Estado estivesse premiando quem resolvesse ‘colocar ordem na sua própria casa’. Se fosse um cartel em um mercado com baixos efeitos para a sociedade, com executivos pouco instruídos ou residentes em áreas mais humildes, considerar como redutor de multa a adoção de um programa de <i>compliance</i> poderia até ser considerado. Para as maiores empresiteiras (sic) do país, contudo, não parece ser cabível. 17. Em linha com os entendimentos do DoJ e da Comissão Europeia (e mesmo estando contemplado no Guia de TCC do Cade), entretanto, discordo que o Cade deva conceder descontos em sede de sanções pecuniárias por esta razão. De fato, programas de <i>compliance</i> devem ser entendidos como um instrumento benéfico para a própria empresa, não sendo função do Cade fomentar sua adoção por meio de redução da sanção pecuniária^[5], ainda que possa fomentar por meio da publicação de um Guia de melhores práticas para que possa servir como função educativa para as empresas, como fez em 2016. 18. Entendo, por sua vez, que o maior incentivo que o Cade pode dar para que as empresas implementem um programa de <i>compliance</i> concorrencial efetivo (não só robusto) é punir de forma dissuasória e com parcelamentos que se estendam por 2 anos, na maioria dos casos, e, no máximo, para casos excepcionais, a 4 anos, como indica o Guia de TCC do Cade.</p> <p>[nota de rodapé no original] [5] - Conforme argumentei extensamente em texto recente publicado no Jota intitulado “governança corporativa e <i>compliance</i> concorrencial: na busca de uma ‘perfeita harmonia’ para dissuadir condutas ilícitas”.</p> <p>Voto-vogal do Conselheiro João Paulo de Resende: 19. Mas, para além desse ponto de flexibilização da base de cálculo, nos casos aqui sob análise há ainda outras inovações a serem avaliadas. Temos aqui, como já apontei anteriormente, a possibilidade de descontos adicionais para aqueles que tiverem que ressarcir as partes que lesaram. Há também desconto específico concedido em razão da adoção pelas empresas de Programa de Integridade (conhecido como <i>Compliance</i>), que só para a Odebrecht renderá mais de 13 milhões de reais de desconto. Há ainda enormes descontos para as empresas que denunciaram um novo cartel, a chamada <i>Leniência Plus</i>, convenientemente sempre aplicados sobre as condutas mais graves, nunca sobre as mais leves [...] 47. Além do cálculo da multa esperada, também é necessário formar juízo em relação aos descontos aplicados em função da assinatura do acordo que permitirá o encerramento das investigações para essas empresas. Normalmente, confio no juízo da SG quanto aos descontos, discordando apenas da forma usada para calcular a multa esperada. No entanto, no presente caso, conforme discutido anteriormente, há três inovações em relação a TCCs anteriores sobre quais entendo necessário avaliar para concluir pela conveniência ou não das propostas apresentadas.</p>
--	--

	<p>48. A primeira delas consiste na aplicação de desconto adicional, de 2% a 4%, concedido em razão da implementação pela Compromissária de Programa de Integridade Concorrencial, destinado a identificar, mitigar e remediar os riscos às violações à Lei nº 12.529/2011. Entendo, apesar da previsão no atual guia de TCC, que tal desconto se mostra completamente inoportuno e que a implementação do programa poderia até vir a ser uma obrigação imposta às condenadas ou Requerentes, mas não deve ser a razão para a concessão de desconto adicional, podendo incentivar a criação de programas “de fachada” apenas para a obtenção do desconto, gerando, possivelmente, um incentivo perverso para as empresas.</p>
--	---