

GUIA

PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial

Janeiro/2016



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

GUIA PARA PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Gabinete da Presidência do Cade
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
Cep: 70770-504 – Brasília/DF

www.cade.gov.br

Coordenação:

Vinicius Marques de Carvalho

Eduardo Frade Rodrigues

Edição:

Ana Carolina Lopes de Carvalho

Marcela Mattiuzzo

Revisão:

Alexandre Cordeiro Macedo

Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo

João Paulo Resende

Márcio de Oliveira Júnior

Paulo Burnier da Silveira

Colaboradores Internos:

Diogo Thomson de Andrade

Luiza Kharmandayan

Victor Santos Rufino

Colaboradores Externos:

Cristianne Saccab Zarzur

Marcio C. S. Bueno

Maria Eugênia Novis

Pedro Mariani

Planejamento Gráfico:

Assessoria de Comunicação Social

SUMÁRIO

I. Introdução	6
1.1 O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica	7
1.2 Das práticas foco desse Guia	7
1.2.1 Incentivos à observância da LDC.....	7
2. Compliance.....	9
2.1 O que é <i>compliance</i>	9
2.1.1 Integração de áreas diversas em programas de compliance	9
2.2 Quem pode se beneficiar de <i>compliance</i>	10
2.3 Benefícios do programa de compliance para as organizações	11
2.3.1 Prevenção de riscos	11
2.3.2 Identificação antecipada de problemas	12
2.3.3 Reconhecimento de ilicitudes em outras organizações	12
2.3.4 Benefício reputacional.....	13
2.3.5 Conscientização dos funcionários.....	13
2.3.6 Redução de custos e contingências	13
3. Compliance concorrencial.....	14
3.1 O que é?.....	14
3.1.1 Limitações	14
3.1.2 Programas “de fachada”	15
3.2 Estruturação de Programas Robustos	15
3.2.1 Pontos Comuns	15
3.2.1.1 Comprometimento.....	16
3.2.1.2 Análise de Riscos	19
3.2.1.3 Mitigação de Risco	21
3.2.1.4 Revisão do Programa.....	28
3.2.2 Especificidades do caso concreto	29
3.2.2.1 Cartéis	30
3.2.2.2 Cartéis em licitação.....	32
3.2.2.3 Associações, Sindicatos e Standard Setting Organizations (SSOs).....	34
3.2.2.4 Condutas unilaterais e Restrições Verticais	36
3.3 Impactos nas penalidades administrativas.....	39

3.3.1 Leniência	40
3.3.2 Termos de Compromisso de Cessaçã	41
3.3.3 Consultas.....	41
3.3.4 Dosimetria da pena.....	42
4. Considerações finais	43

1. Introdução

A Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) instituiu no Brasil a nova organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), do qual o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é parte, tendo seu funcionamento e suas atribuições ali determinados. Esse diploma foi um marco na consolidação do antitruste brasileiro, promovendo uma série de inovações na legislação – como a inauguração de um novo desenho institucional, mais eficiente para os fins pretendidos pela autoridade – e reiterando a importância de seu cumprimento.

Por conta desta renovada preocupação, um tema que tem ganhado espaço na agenda concorrencial é o *compliance*. A expressão *compliance* vem do inglês, “to comply”, que significa exatamente cumprir, estar de acordo com. Cada vez mais os agentes econômicos se dão conta da necessidade de estabelecer práticas que não violem a LDC e demonstrem uma atitude pró-ativa por parte dos entes privados. Por conta disso, a implementação de programas de *compliance* concorrencial tem se multiplicado.

O objetivo desse Guia é endereçar essa realidade e **estabelecer diretrizes não-vinculantes para as empresas a respeito desses programas, especificamente no âmbito da defesa da concorrência**, no que eles consistem, de que modo podem ser implementados e quais as vantagens em sua adoção. Esse é um *guia de definições e sugestões* (ou um “menu de opções”, na linguagem da International Chamber of Commerce¹), as quais podem ser acatadas ou não tendo por base a realidade de cada organização.

Nesse sentido, 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.²

¹ A International Chamber of Commerce é um organismo internacional que produziu um dos guias mais completos sobre *compliance*, referência no assunto em âmbito internacional. O material está disponível em língua inglesa em: <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit/>

² SCCE – A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day: How Small Companies Can Have Effective Programs. O CEO da SCCE, na introdução do guia elaborado pela entidade especificamente para programas de *compliance* com orçamentos reduzidos diz que “Of course you could, if you wanted to spend any amount of money on compliance and ensure your efforts are expensive. Some have indeed created expensive compliance programs. However, the idea that any company that wants a compliance program must spend a lot of money is without merit. The claim that some companies – those that are small and medium sized –

1.1 O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O papel do Cade é zelar pela livre concorrência. Isso ocorre por meio do exercício de funções preventiva (análise de atos de concentração e processamento de consultas), repressiva (investigação e punição de infrações à ordem econômica) e educativa (disseminação da importância da manutenção de um ambiente concorrencial saudável).

O principal foco desse guia são as práticas sujeitas à função repressiva do Cade. Isso porque os programas de *compliance* visam primordialmente impedir que empresas, organizações e pessoas físicas violem a LDC, ou seja, adotem práticas que configurem infrações à ordem econômica, tornando-se sujeitas a severas penalidades aplicáveis pelo Cade. Tais práticas podem ser (i) horizontais, praticadas por agentes que concorrem entre si; (ii) verticais, praticadas por agentes que atuam em níveis diferentes de uma mesma cadeia de produção; ou (iii) unilaterais, praticadas por agentes com posição dominante.

1.2 Das práticas foco desse Guia

O principal foco desse guia concerne às *condutas anticompetitivas*. Isso porque as recomendações para a boa prática na condução de atos de concentração (ACs) já foram em grande parte abordadas no *Guia para Análise de Consumo Prévia de Atos de Concentração*. Para maiores explicações sobre o tema sugere-se a leitura do material daquele Guia.

Aqui, as orientações serão direcionadas para a criação de um programa interno às organizações que seja efetivo em evitar práticas que possam vir a ser entendidas como infrações colusivas ou unilaterais.

1.2.1 Incentivos à observância da LDC

Antes de entrar em maiores detalhes a respeito do que seja o programa de *compliance*, quais seus benefícios específicos e sua forma de estruturação, é importante ressaltar o motivo pelo qual os agentes econômicos, sejam eles grandes, médios ou pequenos, devem se preocupar em cumprir a LDC. Há duas respostas para essa questão, uma primeira relacionada

are too small to implement a compliance program is not accurate. Anyone with any business experience and who is being honest knows that any business operation can be managed efficiently or inefficiently. Compliance is no different. You can implement an effective compliance program with a small investment if you know what you are doing.”

à punibilidade advinda do não cumprimento, e uma segunda que diz respeito aos benefícios que a observância da lei traz tanto para a sociedade quanto para as próprias companhias.

Como explicitam os artigos 37 e 38 da LDC, as sanções a que se sujeitam os agentes privados por tais infrações são bastante graves. Além disso, empresas podem sofrer processos na esfera cível, e as pessoas físicas, na esfera criminal, por força da Lei 8.137/1990. Dessa forma, e por meio da atuação crescente do Cade, que vem multiplicando suas investigações e realizando um número cada vez maior de julgamentos de processos administrativos, busca-se minorar os incentivos para que as companhias se engajem em infrações. Dentre as possíveis sanções a serem impostas estão:

- **Empresa:** multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto anual no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração;
- **Administrador** (direta ou indiretamente) responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo: multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa;
- **Pessoas Físicas** (funcionários, consultores, contadores etc.) **ou Jurídicas** (público ou privado/associações de entidades /pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica), que não exerçam atividade empresarial: multa de R\$ 50 mil a R\$ 2 bilhões;
- **Reincidência da prática:**
 - Empresa ou pessoa física: as multas cominadas serão aplicadas em dobro.
 - Continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação: multa diária fixada em valor de R\$ 5 mil podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração.
- **Processo Criminal:** as pessoas físicas envolvidas em condutas anticoncorrenciais poderão ainda ter as suas práticas criminalmente investigadas e punidas, com pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa.

Não obstante, há benefícios outros em respeitar o direito da concorrência que não apenas o de evitar penalidades. O mais elementar deles é a garantia de um ambiente

concorrencialmente probó. Outro é a boa reputação no mercado e a boa aceitação por parte da opinião pública, como será visto em maior detalhe no item 2.3. Visto que a sociedade cada vez mais toma consciência da importância da concorrência saudável, e cada vez mais as notícias sobre práticas anticompetitivas ganham espaço na mídia, o incentivo para cooperar com as autoridades e seguir as leis de forma sistemática vai além da mera não sujeição às sanções aplicáveis e estende-se para a garantia da boa imagem.

2. *Compliance*

2.1 O que é *compliance*

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.

Por meio dos programas de *compliance*, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de *compliance* terá resultados positivos quando conseguir inculcar nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa.

Uma vez que tais colaboradores podem apresentar diferentes motivações e graus de tolerância a riscos, o programa tem por função ditar valores e objetivos comuns, garantindo sua observância permanente. Programas de *compliance* podem abranger diversas áreas afetadas às atividades dos agentes econômicos, como corrupção, governança, fiscal, ambiental e concorrência, dentre outras, de forma independente ou agregada.

2.1.1 Integração de áreas diversas em programas de *compliance*

Um programa de *compliance* raramente abarcará a legislação pertinente a apenas um setor ou endereçará apenas um tipo de preocupação. O mais comum é que os programas tratem simultaneamente de diversos aspectos e diplomas normativos. Por isso, cada agente econômico deve levar em consideração suas próprias particularidades quando da implementação de um programa de *compliance*. Nos casos em que as áreas de exposição são

múltiplas, a maior efetividade será garantida na medida em que o *compliance* concorrencial seja desenvolvido e implementado não isoladamente, mas sim como parte de um programa mais amplo e abrangente de integridade e ética corporativas.

A estratégia mais ampla deve ser a de incorporar o *compliance* à cultura de negócios da empresa, de modo que não seja possível dissociar seu comprometimento com a observância das leis de suas normas internas. A partir daí, o programa correrá menor risco de ser visto como um entrave para o alcance das metas de performance e passará a ser considerado e incorporado como parte das regras fundamentais do negócio.

Como exemplo de área de *compliance* que não aquela de concorrência, mas que pode ser a ela integrada, vale citar o *compliance* anticorrupção, da Lei 12.846/2013.

Essa integração é importante por dois motivos principais: (i) o estabelecimento pela empresa de um programa composto por mecanismos e procedimentos internos com objetivo de detectar e sanar riscos nas diversas áreas, inclusive concorrencial, pode ser mais eficiente do que a criação de uma estrutura própria voltada apenas para o *compliance* antitruste e (ii) se o objetivo último do *compliance* é criar uma cultura de respeito à legislação, é evidente que o cumprimento de todas as leis deve ser perseguido, não apenas a observância de um único diploma normativo.

Não obstante, apesar de a ética concorrencial fazer parte de um programa mais amplo de *compliance*, é imprescindível a adoção de material próprio que leve em consideração as especificidades da legislação e da política de defesa da concorrência, bem como o aporte adequado de recursos à área concorrencial, em especial naqueles casos em que a exposição à LDC é bastante elevada. Em resumo, o que se deve perseguir é a verdadeira integração, sem perda das peculiaridades exigidas pelo cumprimento de cada lei.

2.2 Quem pode se beneficiar de *compliance*

Organizações de todos os portes podem se beneficiar de um programa de *compliance*. No entanto, os riscos – principalmente de ordem concorrencial – a que uma organização está exposta variam de acordo com seu porte, posição de mercado, setor de atividades, objetivos, etc. Por esta razão, **não há um modelo único de programa de *compliance***. Cada programa deve respeitar as peculiaridades de cada indústria e ser revisto constantemente de modo a contemplar novos riscos que eventualmente possam surgir, como aqueles decorrentes de

operações de fusões e aquisições, da introdução de um novo produto no mercado ou da entrada em um novo mercado geográfico com histórico de infrações em defesa da concorrência.

Este Guia não tem a pretensão de esgotar o conteúdo dos programas de *compliance* concorrencial, mas apenas de apontar os elementos comuns a programas considerados robustos e peculiaridades de casos concretos relevantes quando de sua estruturação.

Além das próprias empresas, a adoção de programas de *compliance* beneficia terceiros, entre eles investidores, consumidores e parceiros comerciais, na medida em que garante que os mercados permaneçam competitivos, previne a ocorrência de infrações e danos delas decorrentes e evita perda de valor da empresa. Ainda, para as autoridades, a prevenção é sempre preferível à repressão e representa menor custo à sociedade.

Em linhas gerais, a sociedade, a economia e a concorrência como um todo se beneficiam de programas de *compliance*.

2.3 Benefícios do programa de compliance para as organizações

Uma vez que o foco desse guia é a implementação e o reforço de programas de *compliance* em organizações, trataremos em maior detalhe dos benefícios trazidos para elas.

2.3.1 Prevenção de riscos

A adoção de programas de *compliance* identifica, mitiga e remedia os riscos de violações da lei, logo de suas consequências adversas. No direito concorrencial, além de multa, a LDC prevê diversas outras penas em caso de infração à ordem econômica, como publicação da decisão condenatória em jornal de grande circulação, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação por até cinco anos, inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, recomendação de licença compulsória de direito

Ainda que riscos concorrenciais sejam observados com maior frequência em empresas de grande porte, pequenas e médias empresas também podem e devem preocupar-se com o cumprimento da LDC e, por isso, considerar a implementação de compliance concorrencial.

de propriedade intelectual de titularidade do infrator, negativa de parcelamento de tributos federais e cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos, a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade, e proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por até 5 (cinco) anos.

Ao lado dos prejuízos financeiros e às atividades das pessoas jurídicas infratoras, há também o impacto negativo sobre as pessoas físicas envolvidas, que podem ser impedidas de exercer função de direção em outras empresas e responsabilizadas criminalmente.

2.3.2 Identificação antecipada de problemas

A conscientização promovida pelos programas de *compliance* acerca das condutas indesejadas permite a identificação de violações à lei mais rapidamente, favorecendo pronta resposta pela organização. Dentre as vantagens da identificação de infrações com agilidade está a maior possibilidade de firmar acordos com as autoridades, sejam de leniência ou não, que podem implicar substancial redução da pena e, em alguns casos, imunidade na esfera criminal para pessoas físicas. Em relação ao efeito específico da antecipação para fins da aplicação da LDC, será abordado no item 3.3.

2.3.3 Reconhecimento de ilicitudes em outras organizações

A conscientização promovida pelos programas de *compliance* permite que os funcionários identifiquem sinais de que outras organizações, como concorrentes, fornecedores, distribuidores ou clientes, possam estar infringindo a lei. Essa identificação é relevante na medida em que relacionar-se com terceiros que violam a legislação pode ser prejudicial para um agente econômico quando da análise das infrações, especialmente a depender de nível de envolvimento.

Relacionamento estrito entre companhias sugere maior alinhamento de práticas comerciais. Nessa toada, é muito importante ser capaz de agir no caso de identificação de condutas ilícitas de terceiros com quem as trocas são intensas, para que não restem dúvidas sobre a boa-fé da companhia.

2.3.4 Benefício reputacional

Ações afirmativas de incentivo à conformidade com a lei são parte essencial de uma cultura de ética nos negócios, que resulta em benefícios para a reputação da organização e sua atratividade para fins promocionais, de recrutamento e de retenção de colaboradores. Essas ações tendem a aumentar a satisfação e o comprometimento no trabalho e o senso de pertencimento e identificação com o grupo. O comprometimento com a observância das leis também inspira confiança em investidores, parceiros comerciais, clientes e consumidores que valorizam organizações que operam de forma ética e que se sentiriam enganados em caso de infração.

Violações à lei geram questionamentos sobre a ética e o modelo de negócios da entidade envolvida. O possível impacto econômico decorrente do dano à reputação – potencializado pela cobertura da mídia – pode ser ainda maior do que o resultante da pena pela infração, por levar a perdas não só financeiras, mas também de oportunidades de negócios. Organizações que têm programas de *compliance* instalados são cada dia mais atraentes como parceiros de negócios e como boas instituições para se trabalhar.

2.3.5 Conscientização dos funcionários

Colaboradores cientes das “regras do jogo” estão em melhor posição para fazer negócios sem receio de violar as leis, assim como para procurar assistência caso identifiquem possíveis questões concorrencialmente sensíveis. Temas de ordem concorrencial aparecem com frequência em negociações comerciais; programas de *compliance* bem elaborados e devidamente implementados permitem aos colaboradores tomar decisões com mais confiança. O medo de violar as leis – notadamente quando envolvido risco de persecução penal – pode intimidar os colaboradores e eventualmente desestimular a concorrência mais acirrada e legítima.

2.3.6 Redução de custos e contingências

A adoção de um programa de *compliance* pode evitar que as empresas incorram em custos e contingências com investigações, multas, publicidade negativa, interrupção das atividades, inexecução dos contratos ou cláusulas ilegais, indenizações, impedimento de acesso a recursos públicos ou de participação em licitações públicas, etc.

Além de despesas judiciais e administrativas, investigações requerem a alocação de recursos humanos e financeiros que de outra forma seriam empregados na atividade-fim da empresa. Ademais, adicionalmente ao processo administrativo, as empresas podem ter que responder civil e criminalmente pela infração cometida.

Danos à sua reputação podem ser sentidos antes mesmo do desfecho do processo, somente por estarem sob investigação, refletindo-se em perda de clientes, oportunidades de negócios, investimentos, valor de mercado, etc.

3. *Compliance* concorrencial

Uma empresa deverá se preocupar com a adoção e a renovação de um programa de *compliance* concorrencial quando identificar que suas atividades podem ser analisadas sob a LDC. Abaixo, explicitar-se-á o que diferencia o programa de *compliance* concorrencial de outros programas.

3.1 O que é?

A diferença principal se dá em termos de escopo: 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.

3.1.1 Limitações

O mais elementar sobre o funcionamento de um programa de *compliance* concorrencial é compreender que sua adoção não garante que não ocorram violações à LDC. Mais que isso, se o programa funcionar de maneira eficiente, simplesmente nenhum efeito será percebido, afinal o que se procura é que o ambiente concorrencialmente probo seja promovido e preservado e, assim, as operações normais da entidade sigam seu curso. Por outro lado, uma grande vantagem se apresenta caso infrações de fato ocorram: o programa permite a sua rápida identificação e a tomada de providências pela organização.

3.1.2 Programas “de fachada”

Uma preocupação quando se discute *compliance* consiste na criação de programas que não constituam programas “de fachada” (criados apenas para simular um interesse em comprometimento, também conhecidos como *sham programs*). A mera adoção formal de um programa não significa que a organização esteja efetivamente preocupada com o cumprimento da LDC ou que esse programa seja eficaz.

Entidades podem adotar programas superficiais e/ou sem preocupação alguma com a manutenção do ambiente competitivo, apenas com a intenção de se valerem deles como circunstância atenuante em caso de condenação. Podem também adotar programas extremamente complexos e em teoria bem estruturados, elaborados por especialistas no tema e que implicam em gastos elevados, mas que não encontram qualquer eco na cultura corporativa e são sistematicamente ignorados por colaboradores.

Por esses motivos, um conjunto de medidas concretas deve complementar a implementação de um programa para que ele não seja considerado “de fachada”. Algumas orientações relacionadas à estruturação de um programa de *compliance* concorrencial eficiente serão apresentadas no item a seguir.

3.2 Estruturação de Programas Robustos

Não é demais destacar, mais uma vez, que os programas de *compliance* concorrencial são sempre e todas as vezes dependentes de características particulares das organizações que irão implementá-los. Não obstante, tais programas devem buscar a incorporação de características gerais e comuns consideradas essenciais para a sua eficiência e sua robustez, que serão apresentadas de forma sistemática no item 3.2.1. Os riscos advindos das atividades específicas de cada companhia, por sua vez, serão abordados no item 3.2.2.

3.2.1 Pontos Comuns

Embora seja possível estruturar um programa de *compliance* concorrencial de diversas maneiras, as características a seguir explicitadas são comuns a programas considerados robustos. Vale destacar que ainda que sejam características comuns, no sentido de que devem sempre ser de alguma forma incorporadas aos programas, elas não requerem igual

implementação, ou seja, é possível abordá-las e incluí-las na estruturação do *compliance* de mais de uma maneira.

3.2.1.1 Comprometimento

O comprometimento genuíno da entidade é a base de sustentação de qualquer programa bem sucedido. Sem seriedade e efetiva intenção de conduzir os negócios de forma ética, o programa está fadado ao insucesso. Na prática, tal comprometimento se concretiza por meio dos seguintes atributos: envolvimento da alta direção, recursos adequados e autonomia e independência do gestor do programa.

Envolvimento da alta direção ("*Tone from the top*")

Por envolvimento da alta direção entende-se a inserção do *compliance* como um valor fundamental na cultura corporativa, a ser garantido mediante sua inclusão na agenda fixa dos órgãos da administração ou da pessoa responsável por determinar a orientação geral dos negócios da empresa e aprovar suas demonstrações financeiras.

Ao incluir o tema como uma de suas prioridades estratégicas, a alta administração, na prática, garante a própria existência do programa na medida em que: (i) transmite sua relevância para todos os colaboradores; (ii) assegura sua inclusão no orçamento, oportunidade em que quaisquer recursos adicionais necessários ao programa deverão ser discutidos; (iii) monitora sua evolução, mediante atualização periódica por parte do(s) responsável(is) pela gestão do programa; (iv) atribui metas, objetivos e itens de controle do programa de *compliance* concorrencial, que devem ser observados na prática.

Como assegurar comprometimento?

Uma alternativa utilizada em certas empresas para que haja envolvimento da direção no *compliance* é garantir impacto do programa na remuneração de funcionários da empresa, inclusive de diretores.

Essa alternativa pode se mostrar viável especialmente nos casos de alta descentralização e dificuldade de controle unificado de toda a estrutura comercial.

Outro incentivo bastante forte costuma ser a mídia. Ressaltar casos de danos à reputação da diretoria no caso de penalizações implica em maior engajamento.

Esse envolvimento da alta administração também deve se verificar no dia-a-dia das atividades. É essencial, para que o *compliance* seja de fato parte da cultura corporativa, que os funcionários não sejam cobrados por “resultados acima de tudo” e que não exista incentivo ou tolerância a práticas que, não obstante ilícitas, trazem resultados positivos para a organização no curto prazo. Tal direcionamento advém necessariamente das posições superiores, por isso sua essencialidade no estabelecimento dos programas.

Em casos de empresas multinacionais, nas quais a descentralização é acentuada e um número elevado de pessoas ocupa cargos de administração (gerenciamento de áreas específicas, direção nacional, regional, mundial, etc.), estabelecer um tom único e coerente que garanta respeito às regras do *compliance* é um desafio ainda maior. Por conta disso, é comum que essas companhias adotem Códigos de Conduta, que pretendem exatamente oferecer parâmetros gerais de atuação dos colaboradores em todo o mundo. Caso essa seja a opção, é importante que o Código trate de alguma forma dos temas de *compliance*, mesmo que diretrizes mais específicas sobre a LDC e os riscos concorrenciais sejam reservados para um momento posterior.

Recursos Adequados

Os recursos destinados a um programa de *compliance* concorrencial devem sempre ter como parâmetro (i) as particularidades da organização (porte, mercado de atuação, etc.) e (ii) o que ele proporciona como custo evitado de uma investigação e potencial condenação advinda de violação de normas concorrenciais. Uma vez implementado de maneira adequada, o programa passa a representar uma defesa contra multas substancialmente maiores do que seu custo de implementação e manutenção, sem mencionar os prejuízos reputacionais correspondentes. Em matéria de particularidades, deve-se ressaltar que um programa terá tanto menos credibilidade quanto mais destoante for sua relação entre recursos e riscos.

Estratégias de monitoramento para grandes empresas

Uma das possíveis estratégias de monitoramento do programa de *compliance* é a de pesquisas de campo periódicas, por um agente externo, com vistas a entender a percepção dos colaboradores que atuam diretamente com público comprador ou com terceiras empresas que adquirem os bens e serviços. O objetivo de tais pesquisas seria verificar o cumprimento das principais regras de *compliance* concorrencial pela força de vendas.

Diante desse cenário, é recomendável que as entidades que pretendem construir ou reforçar seu programa de *compliance* concorrencial tenham em consideração:

- (a) a suficiência do orçamento destinado para a estruturação e a manutenção do programa;
- (b) a relação entre o número de colaboradores total ou parcialmente dedicados ao *compliance*, o porte da organização e os riscos concorrencias a ela associados;
- (c) a alocação dos colaboradores envolvidos no *compliance* de forma que eles possam atuar de forma independente, causando impacto nas decisões estratégicas; e
- (d) se há investimentos razoáveis para a contratação e formação dos colaboradores responsáveis pelo programa.

Recursos adequados não se confundem com recursos elevados. Eles devem ser suficientes.

É preciso destacar que recursos adequados não se confundem com recursos elevados. Como o *compliance* depende da estrutura de cada organização, nada impede que uma determinada companhia adote um programa sem contar com um dispêndio elevadíssimo para sua consecução – até porque entendimento em sentido contrário significaria que apenas grandes grupos empresariais devem discutir e aplicar programas dessa natureza, o que certamente não é o caso. O que deve sempre ser observado é a *suficiência* dos recursos destinados ao programa.

Autonomia e Independência

Para liderar as atividades de *compliance*, é fundamental nomear uma pessoa ou equipe de pessoas que detenha competência e ocupe posição compatível com suas responsabilidades. Além de um conhecimento aprofundado dos aspectos técnicos ligados à defesa da concorrência, o líder do *compliance* concorrencial deve possuir a capacidade de influenciar as decisões da organização, o que somente se mostra possível se esse profissional ocupar uma posição de relevância na sua estrutura.

O Cade reconhece que cada entidade possui suas peculiaridades e, em razão disso, entende que cabe exclusivamente a cada uma delas definir a posição do *compliance* concorrencial em seu organograma. Independentemente disso, é responsabilidade da organização atribuir ao líder do *compliance* autonomia e independência suficientes para que,

de maneira fundamentada, ele possa adotar medidas contrárias à convicção até mesmo da alta direção.

Nesse sentido, tem se mostrado bastante adequada a prática adotada por algumas empresas de estabelecer uma rotina de eventos e reuniões entre a liderança do *compliance* e a Administração (entenda-se Administração como o Conselho de Administração e/ou Diretoria de grandes companhias, os comitês específicos por ele designados, por exemplo, o Comitê de Auditoria ou o Comitê de *Compliance*, ou o diretor da companhia) para discutir e deliberar temas de relevância para a mitigação de riscos concorrenciais.

No caso de grandes empresas, pode se mostrar prudente dedicar toda uma divisão da companhia ao *compliance*, montando uma equipe para lidar com o tema. Caso a empresa atue em diversos países ou em diversos setores da economia simultaneamente, pode ainda ser interessante designar responsáveis regionais ou setoriais pela observância do programa. Já se a empresa é de pequeno porte, esse tipo de iniciativa costuma fazer menos sentido. Uma vez mais, o essencial é que aquele que coordenará o programa e monitorará sua implementação tenha suficiente independência para que suas decisões atinjam a alta diretoria da companhia e efetivamente sejam levadas em consideração quando da tomada de decisão nos níveis hierárquicos superiores.

3.2.1.2 Análise de Riscos

Programas bem estruturados são normalmente precedidos e acompanhados da realização de uma análise aprofundada dos riscos aos quais a entidade está exposta em suas atividades. Entre outros fatores, tais riscos costumam variar de acordo com o tamanho do negócio da organização, os setores em que ela atua, sua posição nos mercados de atuação, a capilaridade de suas atividades, a quantidade de colaboradores empregados e o grau de instrução desses colaboradores.³ Por exemplo, uma empresa que detém participação de mercado de 60% e atua em ambiente de rivalidade extrema com seus concorrentes está menos sujeita a riscos de práticas colusivas do que empresas que atuam em mercados de produtos homogêneos, têm estrutura de custos semelhantes e interagem de maneira frequente com concorrentes. No caso das primeiras, os maiores riscos relacionam-se a práticas unilaterais e

³ Committee of Sponsoring Organisations of the Treadway Commission – <http://www.coso.org/IC.htm>.

verticais. No caso das últimas, deve-se atentar para os riscos relativos a comportamentos colusivos e troca de informações sensíveis com competidores.

Em razão disso, mostra-se extremamente importante que a entidade empreenda uma análise individualizada dos riscos atrelados às suas atividades, classificando os níveis de risco a que está exposta em diversas áreas e priorizando as atividades de compliance sobre aquelas que apresentam maior risco associado.

Mas, afinal, o que é uma análise de riscos? Segundo a ICC, analisar riscos implica em tomar os já citados fatores externos a que uma organização está exposta e conjugá-los com dois outros aspectos: a probabilidade de que os eventos a que se está sujeito verifiquem-se na prática e o impacto que tais eventos teriam caso viessem a ser observados.⁴ A metodologia específica a ser utilizada para tal empreendimento não é única. Um padrão de análise extremamente reconhecido é o estabelecido pelo Comitê COSO do Reino Unido, criado em 1992, outra referência recorrente é o Guia de Análise de Riscos do Pacto Global da Organização das Nações Unidas. O mais importante é que, independentemente do método adotado, os critérios estejam claros.⁵

Quando é evidente que os riscos são muito elevados e a entidade conta com uma organização interna bastante capilarizada, uma opção é que a análise seja feita com o apoio de especialistas externos, os quais podem contribuir não apenas com conhecimentos técnicos e experiência prática na área de defesa da concorrência, mas também com uma visão distanciada do cotidiano e das pressões internas da companhia.

Recomenda-se, ainda, que a análise de riscos não se baseie apenas na percepção da área de *compliance* ou em documentos escritos. Ao contrário, os responsáveis pelo programa devem

Como inserir o *compliance* no dia-a-dia da empresa?

Em grandes empresas, referências à política de *compliance* concorrencial pela alta direção em todos os eventos que reúnam funcionários, bem como veiculação, por meio de Cadeia interna de TV, de vídeos sobre o programa gravados pelo CEO e por Vice-Presidentes. Em empresas de menor porte, reforço sistemático da importância do programa para o sucesso dos empreendimentos.

⁴ ICC Toolkit, pp. 17-18.

⁵ Novamente, lembrando que o ônus da prova de que um programa é eficiente recai sobre a própria empresa, é interessante que a metodologia utilizada para o cálculo do risco seja explícita, o que tanto facilita o trabalho caso investigações antitruste venham a ocorrer e o *compliance* seja analisado, quanto demonstra para as autoridades a boa-fé da empresa, que não buscou estabelecer mecanismos pouco claros de análise.

investigar a fundo a forma pela qual as atividades da organização são conduzidas na prática. Para isso, é preciso conhecer em detalhes o funcionamento da entidade, a fim de corretamente avaliar suas áreas de maior e menor exposição. Algumas sugestões nesse sentido são: (i) entrevistas com funcionários de diversas áreas e níveis hierárquicos, (ii) visitas às unidades de negócio da empresa e ao mercado, (iii) abertura constante à revisão das estratégias adotadas e dos riscos já identificados, (iv) canal de comunicação aberto com os colaboradores mais expostos aos riscos concorrenciais, etc.

Por meio da análise de riscos, os recursos do programa de *compliance* deverão ser alocados de forma a privilegiar as áreas e os temas identificados como de maior risco.

3.2.1.3 Mitigação de Risco

Uma vez identificadas as áreas potencialmente problemáticas nos casos concretos, as iniciativas listadas a seguir são alternativas para mitigação dos riscos associados a condutas anticoncorrenciais.

Treinamentos e Comunicação Interna

Os treinamentos oferecidos aos colaboradores são uma forma bastante adequada para se transmitir cada um dos objetivos e regras do programa. É também por meio deles que os colaboradores se sensibilizam e compreendem corretamente a importância do *compliance* e têm a oportunidade de esclarecer dúvidas específicas sobre os procedimentos, o que geralmente contribui para seu engajamento nas atividades.

Participação de colaboradores de níveis hierárquicos elevados em treinamentos com colaboradores de menor nível é um modo tanto de demonstrar o comprometimento da diretoria com o programa quanto de reforçar a importância dos próprios treinamentos.

O treinamento mais efetivo geralmente adota diferentes enfoques de conteúdo, a depender da posição hierárquica e do nível de exposição a riscos concorrenciais dos colaboradores treinados, e ocorre de forma periódica. Isso ocorre porque, de forma geral, colaboradores que interagem com concorrentes ou alocados nas áreas de vendas e marketing estão mais sujeitos a risco do que aqueles alocados nas demais áreas de uma empresa.

Sobre o tipo de treinamento oferecido, os dois métodos mais comuns são o presencial e o eletrônico. Os dois mecanismos são relevantes: o presencial, na medida em que fornece uma oportunidade para contato cara a cara com o líder do *compliance* e costuma permitir maior liberdade e flexibilidade para que os colaboradores apresentem suas dúvidas e questionamentos; o eletrônico, para reforçar as mensagens já transmitidas pessoalmente e alcançar maior número de pessoas a um custo substancialmente. Em ambos os casos, recomenda-se que os treinamentos sejam conduzidos por profissionais com experiência no assunto. Sugere-se também que os colaboradores treinados sejam submetidos a uma breve

Reforço da formação dos profissionais envolvidos na implementação do programa de *compliance* concorrencial, com estágios profissionais e cursos de pós-graduação e extensão na área, tanto no Brasil quanto no exterior.

avaliação de retenção dos principais conceitos transmitidos, para assegurar a efetividade mínima do mecanismo.

Como decidir entre um ou outro tipo de treinamento? Em regra, contar tão somente com treinamentos eletrônicos não é aconselhável. Esse tipo de mecanismo costuma ser selecionado por grandes empresas, que têm dificuldades em reunir seus colaboradores em um só espaço, a um só tempo, para explicações sobre o programa de *compliance*. Como dito, o meio eletrônico é de fato muito eficiente nesse

sentido. No entanto, é desejável que o colaborador tenha a possibilidade de interagir com os profissionais responsáveis pelo *compliance* de maneira mais direta, a fim de adquirir confiança no programa e nas pessoas com ele envolvidas, não só para que venha a efetivamente denunciar práticas anticoncorrenciais, mas também para que saiba que não será punido por isso, pelo contrário, que essa é a conduta que dele se espera.

Essa situação é especialmente crítica no caso de novos colaboradores, ou colaboradores que nunca tiveram contato com o *compliance* concorrencial. A tendência é que eles tenham mais dúvidas, mais questionamentos e maior insegurança na hora de agir. O contato pessoal pode se mostrar mais eficiente em transmitir essa segurança aos colaboradores, por isso a sugestão pelo treinamento presencial. No entanto, tendo em vista que os mecanismos digitais têm evoluído muito nos últimos tempos, é possível que as preocupações relacionadas à interação entre colaborador e equipe de *compliance* possam ser endereçadas também por um

treinamento eletrônico. Novamente, cumpre ressaltar, o importante é garantir efetividade, não importa o mecanismo adotado.

Adicionalmente ao treinamento propriamente dito, é importante investir em recorrente retransmissão das regras de *compliance* concorrencial por meio das diversas formas de comunicação entre a organização e seus colaboradores, para que de fato passem a fazer parte da cultura corporativa. Algumas dessas formas são palestras, vídeos, guias de bolso, folhetos, e-mails e websites internos, apps, que sempre que possível devem contar com o envolvimento da liderança da empresa. Sem prejuízo dessas iniciativas, mostra-se também

adequada a inclusão dos principais conceitos do programa de *compliance* concorrencial no Código de Conduta, quando esse código existir, bem como nas comunicações internas relacionadas a esse documento. Dessa maneira, a empresa transmite a todos os colaboradores a mensagem de que eventual envolvimento em práticas que infrinjam a legislação concorrencial será também considerado uma violação do referido Código, o que resultará na aplicação das penalidades disciplinares nele previstas.

A estratégia de elaboração de qualquer material escrito, seja ele um Código de Conduta, um guia ou ainda orientações voltadas especificamente ao *compliance*, precisa levar em conta a estrutura da organização a que este material se destina. Cartilhas, códigos, guias e orientações que adotam objetivos irrealistas, descrevem as situações de forma idealizada ou demasiado distante do que se apresenta no dia-a-dia da entidade costumam não surtir efeitos – ou, em certos casos, até mesmo surtir efeitos negativos, pois os colaboradores passam a questionar a validade de um programa que não compreende a realidade por eles vivida.

Um mecanismo bastante reconhecido e usual é a criação de uma **hotline** (ou equivalente), que permita a qualquer colaborador contato direto e anônimo com o responsável pelo *compliance*. Essas hotlines trazem dois tipos de benefício: (i) em primeiro lugar, por garantirem anonimidade, elas conferem segurança aos colaboradores, que conseqüentemente passam a participar mais ativamente do programa, porque entram em contato não com seus superiores hierárquicos para apontar eventuais desvios de conduta, mas com uma equipe ou um colaborador destacado para essa função específica, (ii) em segundo lugar, cria-se um incentivo grande para cumprimento das regras por parte de todos os membros da companhia, pois qualquer pessoa torna-se um potencial delator de ilicitudes.

Igualmente relevante é o tratamento dado ao *compliance* em termos procedimentais. É importante não só que os colaboradores possam recorrer à equipe implementadora no caso de dúvidas, mas que a equipe tenha acesso a todos os colaboradores na medida de sua necessidade, para orientá-los adequadamente. A comunicação deve ser de mão-dupla e para que isso ocorra sem maiores imprevistos ou dificuldades, o ideal é que existam procedimentos conhecidos pelos colaboradores para intervenção, ainda que tais procedimentos sejam bastante simples.

Monitoramento do Programa

O sucesso de um programa de *compliance* depende igualmente da capacidade de a organização monitorar sua efetiva implementação. Em geral, pode-se dividir as atividades de monitoramento em duas categorias: (i) a análise do funcionamento adequado dos processos e controles desenvolvidos; e (ii) a verificação da efetividade prática desses processos e controles.

Na primeira categoria enquadra-se o monitoramento de comportamentos individuais, a fim de verificar se os processos de controle estão sendo efetivamente seguidos. Aqui pode-se medir, por exemplo, se o percentual de colaboradores que se pretendia treinar foi realmente atingido; se os fluxos de aprovação de práticas e programas de mercado estão sendo seguidos na prática; se apenas colaboradores treinados nas regras de *compliance* concorrencial têm representado a entidade; ou se as regras e controles estabelecidos no programa estão em linha com as melhores práticas adotadas por outras organizações.

Um modo de reforçar esse monitoramento é a certificação de que os colaboradores foram submetidos ao programa de *compliance*. Consiste na garantia, por parte destes colaboradores, de que eles participaram do treinamento, estão cientes das regras e comprometem-se a segui-las no futuro. Essa garantia costuma ser fornecida na forma escrita, por uma declaração por parte do colaborador em questão.

Como garantir efetividade no monitoramento?

No caso de grandes empresas que sofrem com altos riscos concorrenciais, uma opção é a contratação periódica de especialistas externos para a elaboração de parecer global sobre os riscos concorrenciais relacionados às atividades da empresa, realizado a partir de documentos internos e externos, dados de mercado e entrevistas com funcionários das áreas de vendas e marketing.

Na segunda categoria, de maior complexidade, encontram-se as formas de monitoramento da efetividade e da eficiência do próprio programa. Nesse sentido, as alternativas são muitas. A empresa pode se utilizar dos serviços de auditoria interna para verificar, por exemplo, se o conjunto de colaboradores treinados realmente compreendeu os conceitos que lhes foram apresentados e tem aplicado tais conceitos em determinadas situações selecionadas. A depender do orçamento disponível para o

compliance, é possível, de maneira ainda mais específica, contratar pesquisas periódicas de mercado junto a empresas especializadas a fim de identificar, por meio de entrevistas com terceiros (consultores, fornecedores, distribuidores ou pontos de venda), se seus funcionários têm agido de acordo com as regras de *compliance* aplicáveis às suas atividades.

Papel importante no monitoramento do *compliance* concorrencial deve ainda ser atribuído aos canais de relacionamento entre a organização e seus colaboradores, bem como entre a organização e terceiros que com ela possuem algum tipo de interação. Nesse ponto, mostra-se indispensável disponibilizar e comunicar a existência de um canal direto para o esclarecimento de dúvidas com a área de *compliance*. Esse canal pode ser um sistema bastante complexo – certas entidades optam por aplicativos para smartphones – ou simplesmente um colaborador do programa disponível para prestar os devidos esclarecimentos – ele pode tanto responder às dúvidas presencialmente quanto por telefone ou e-mail.

Adicionalmente, aconselha-se que um canal de reclamações e denúncias internas e de terceiros seja estruturado a fim de possibilitar a identificação preliminar de riscos concorrenciais, sempre garantindo o anonimato daqueles que o procuram e a confidencialidade das informações prestadas.

O tratamento das informações recebidas, sejam elas meros questionamentos ou denúncias de infrações às regras do *compliance*, deve ser ágil e consistente. Em primeiro lugar, é extremamente importante que a anonimidade seja uma constante. Especial atenção deve

Canal de Denúncias

Empresas que se relacionam de forma constante e intensa em vendas podem adotar uma estratégia de monitoramento por seus parceiros comerciais, instruindo-os a respeito do *compliance*, explicitando quais as regras adotadas pela companhia em suas atividades e abrindo um canal de denúncias no caso de verificação de infrações.

ser conferida caso a opção seja por manter documentação da informação prestada pelos colaboradores. Em segundo lugar, as informações disponibilizadas pela entidade devem ser extremamente claras: não é aconselhável que elas sejam apresentadas em uma só língua se a empresa atua em diversos países, nem que o uso do sistema de denúncias seja muito complexo, exija longos treinamentos, etc. O responsável pelo atendimento das chamadas precisa estar preparado para recebê-las e saber como proceder caso esteja diante de uma denúncia grave e potencialmente problemática. É ainda desejável que, a fim de reforçar a mão-dupla nas comunicações e incrementar a confiança dos colaboradores, este colaborador que se reporta ao canal tenha como acompanhar (evidentemente de forma anônima) seu pedido.

Em terceiro e último lugar, é extremamente relevante que a organização tenha condições de processar todas as denúncias feitas e de fornecer respostas às preocupações dos colaboradores (ainda que essa resposta seja negativa, no sentido de ter-se constatado que não houve nenhuma infração concorrencial, ou que a solução seja o encaminhamento da preocupação levantada a uma outra área, já que não é incomum que o *compliance* receba informações que não dizem respeito a suas atividades). Para isso, é importante estabelecer um procedimento bem delineado e transparente para condução das investigações internas.

Denúncias não endereçadas têm dois efeitos principais, um deles é a perda de confiança por parte dos colaboradores, que culmina em desuso do canal, o outro é o potencial efeito negativo para a organização, no caso de investigação pela autoridade antitruste. Ora, se o canal de denúncia existe, os colaboradores reportam-se à organização e ela não atende a esses chamados, pode-se entender haver certo descaso com o tratamento da matéria concorrencial. Por esse motivo, retorna-se à questão dos recursos: eles devem ser suficientes para os fins que se pretende atingir. Implementar um canal de denúncias tão complexo e abrangente que impeça a análise do que lhe é apresentado pode mostrar-se mais negativo que positivo.

Documentação

Cada uma das iniciativas relacionadas ao *compliance* concorrencial deve ser devidamente documentada pela organização. A adequada documentação dessas atividades fortalece a evolução contínua do programa, baseada no aprimoramento dos compromissos anteriormente assumidos e compartilhados entre as diversas áreas. Isso garante, de maneira

ainda mais importante, a perenidade das regras acordadas independentemente de alterações no grupo de pessoas envolvidas em sua implementação.

Ademais, a correta documentação das atividades de *compliance* concorrencial poderá ser de grande valia caso a entidade seja chamada a prestar informações a respeito de suas condutas perante a autoridade concorrencial. A título de exemplo, caso a organização mantenha os devidos registros de que orientações sólidas e específicas foram prestadas a determinado colaborador a respeito da proibição da coordenação de preços com concorrentes, poder-se-ia concluir, a depender das evidências coletadas, que eventual envolvimento daquele colaborador em uma conduta de coordenação de preços representaria um desvio individual de conduta distanciado da política corporativa, com o conseqüente reconhecimento de boa-fé que deve implicar diminuição da gravidade do ilícito e redução da penalidade a ser imposta.

Punições internas

Parte do monitoramento do programa consiste na aplicação de punições àqueles que venham a descumprir as regras do *compliance* concorrencial. Independentemente das investigações que possam vir a ser conduzidas por autoridades antitrustes, contar com um mecanismo interno de penalidades é um passo importante para fortalecer o programa perante os colaboradores e transmitir uma posição consolidada de cultura corporativa que incorpora o respeito à legislação.

As penalidades devem ser aplicáveis a todos, independentemente de posição hierárquica. É também importante que elas sejam claramente estabelecidas, de conhecimento geral de toda a organização e que estejam de acordo com a legislação não apenas concorrencial, mas trabalhista. Para isso, a tomada de decisões sobre quem, quando e como punir precisa passar por um processo de reflexão. Recomenda-se que a palavra final não seja delegada para uma só

Comitê de Compliance

Uma sugestão para a inserção do *compliance* com garantia de autonomia e monitoramento efetivos é reforçar a estrutura de *compliance* concorrencial por meio da criação de um Comitê vinculado ao Conselho de Administração, contando com especialistas externos em economia e direito da concorrência, com atribuições de monitorar o desenvolvimento do programa.

pessoa – é melhor que um grupo faça a análise ou então que exista algum modo de revisão da decisão individual.

Propriamente sobre quais as penalidades a serem atribuídas, o ideal é que a entidade leve em consideração o nível de envolvimento do colaborador, a gravidade da prática, sua participação anterior em treinamentos de *compliance*, sua cooperação com os procedimentos investigatórios e também sua boa-fé. Dessa forma, ela pode estipular fatores que mitigam ou que agravam a punição.

Outra análise cuidadosa a ser feita diz respeito ao momento de divulgação das informações colhidas, tanto internamente (para o investigado e para os demais colaboradores), quanto externamente. Uma vez que violações concorrenciais podem implicar na possibilidade de assinatura de acordos de leniência e TCCs, é preciso não divulgar precocemente os dados, em um momento em que a organização sabe que houve violação, mas não tem provas suficientes para sustentar essa acusação, mas também não é adequado postergar demais o procedimento, pois (i) outros podem entrar em contato com a autoridade, e assim assegurar o primeiro lugar na fila, e (ii) a demora excessiva indica à autoridade que na verdade nunca houve intenção de divulgar as informações, o que é extremamente danoso para a credibilidade do programa de *compliance*.

3.2.1.4 Revisão do Programa

Outra importante característica está relacionada à revisão e à adaptação do programa de *compliance* ao longo do tempo. Visto que o *compliance* deve se preocupar com os riscos concorrenciais de uma dada entidade e que tais riscos sofrem constantes alterações por conta da dinamicidade do mercado, o programa precisa de atualizações periódicas.

As condições de concorrência podem mudar, por exemplo, a partir da entrada ou da saída de concorrentes no mercado, de uma aquisição relevante, do início de uma nova atividade empresarial, ou mesmo da eliminação de barreiras à entrada que antes representavam um importante aspecto da análise concorrencial. Em razão disso, o Cade acredita que não existe uma periodicidade ideal para a revisão das regras, embora recomende o estabelecimento de uma agenda recorrente para avaliar a necessidade de adaptação das mesmas, de acordo com as características dos casos particulares.

É relevante que a alta direção das organizações tome conhecimento das necessidades de alteração do programa ao longo do tempo. Como dito, o envolvimento dos colaboradores em nível hierárquico superior é muito importante para garantir o sucesso do programa, portanto, é igualmente importante que eles estejam a par daquilo que o responsável pelo *compliance* tenha identificado como objeto de alteração. Esse tipo de informação pode ser transmitido de várias formas, a depender das condições da empresa. Caso o orçamento para o *compliance* seja elevado – o que costuma ocorrer em grandes empresas – uma opção seria um relatório periódico das atividades. Se o aporte orçamentário não for suficiente, nada impede que os relatórios sejam mais simples e sucintos, mas fornecidos numa periodicidade maior, em reuniões com a direção.

Ainda que a análise conclua que mudanças não são estritamente necessárias no presente, é recomendável que as empresas, em especial aquelas expostas a altos riscos concorrenciais, tenham projetos de aperfeiçoamento constante do programa de *compliance*. Recorrente contato com as normatizações e guias expedidos por autoridades nacionais e internacionais, com os colaboradores que mais se expõem a riscos e com consultores externos são exemplos de atitudes que tendem a produzir efeitos positivos e auxiliar na elaboração de novos parâmetros para o futuro.

3.2.2 Especificidades do caso concreto

Para além das características comuns que devem ser observadas na estruturação de programas de *compliance* eficientes, é preciso ter em conta as especificidades dos casos concretos, ou seja, os riscos particulares a serem endereçados pelas organizações de acordo com o ambiente em que atuam. Tais riscos podem ser das mais diversas naturezas, sendo que buscar-se-á aqui ressaltar algumas das situações que, ainda que não exaustivas, são particularmente relevantes para o direito concorrencial, e como os programas de *compliance* podem ser estruturados de modo a responder a esses riscos particulares.

O objetivo, em todos os subitens, será sempre o de (i) ressaltar as características daquela situação particular que contribuem para o maior risco de infrações e (ii) sugerir parâmetros para estruturação um programa de *compliance* caso a entidade se encontre em um desses mercados sensíveis.

3.2.2.1 Cartéis

Os cartéis são as condutas mais conhecidas, mais punidas e mais discutidas no direito concorrencial. Eles são os principais alvos dos programas de leniência, responsáveis por boa parte das investigações das autoridades antitruste ao redor do mundo e também no Brasil⁶. Naturalmente, empresas que atuam em mercados nos quais o risco de cartelização é elevado devem ter especial cuidado com esse tipo de prática.

A conduta de cartel está prevista especialmente no art. 36, §3º, incisos I e II, LDC e consiste na união de concorrentes de forma a manipular o mercado para (i) aumentar preços ou impedir sua alteração, (ii) restringir a quantidade de produtos no mercado – limitar a oferta, (iii) promover divisão de mercado e (iv) coordenar a atuação em processos licitatórios.

O cartel comumente, mas nem sempre, aparece em um mercado oligopolizado, aquele controlado por um pequeno grupo de empresas. Isso ocorre porque essa conduta implica em altos custos de manutenção. É preciso fiscalizar o cumprimento dos termos do acordo, coordenar as atividades entre os agentes e, mais que isso, criar incentivos suficientes para que nenhuma das empresas envolvidas decida delatar o cartel às autoridades, o que é tanto mais simples quanto menor for o grupo envolvido nas atividades. Esses custos serão tanto menores quanto menor for o número de agentes envolvido, pois as dificuldades de fiscalização e de coordenação serão reduzidas.

As barreiras à entrada de novos concorrentes também são determinantes. Afinal, ainda que o mercado seja oligopolizado, se um novo agente tiver facilidade em dele participar, será muito mais difícil para o cartel manter sua posição de controle. A homogeneidade dos bens ou produtos comercializados também facilita a cartelização. Quando temos um mercado em que cada produtor confere características distintivas relevantes àquilo que fornece ao consumidor, a substitutibilidade diminui. Conseqüentemente, é mais difícil promover uma divisão eficiente do mercado consumidor.

⁶ Para maiores detalhes sobre o programa de leniência, consultar a cartilha da extinta Secretaria de Defesa Econômica (SDE) em http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf e o Guia para Programas de Leniência em <http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20-%20Programa%20de%20Leni%C3%Aancia%20Antitruste%20do%20Cade%20-%20Vers%C3%A3o%20Preliminar.pdf>.

De maneira geral, todas as características de mercado que contribuem para diminuir os custos de monitoramento dentro do grupo cartelizado indicam maior facilidade para sua formação, ainda que cartéis já tenham sido identificados em mercados que não obedeciam a essas particularidades e em que, teoricamente, os custos de monitoramento eram muito elevados.

Um ponto que merece destaque quando da discussão sobre cartéis e programas de *compliance* é o acentuado enfoque que essas práticas precisam receber nos treinamentos de colaboradores, uma vez que as condutas conhecidas como *hardcore* – aqueles cartéis considerados institucionalizados, com interação recorrente e duradora entre as partes e em que a ilicitude é patente, pois não há que se falar em possíveis eficiências que viriam a mitigar efeitos anticompetitivos – são de menor questionamento por parte das autoridades e de fácil assimilação por parte dos colaboradores da empresa, o que nem sempre ocorre com outras práticas que requerem análises econômicas e jurídicas mais complexas e controversas, conforme se verá abaixo.

A propensão das autoridades à condenação, portanto, é mais elevada, porque além do próprio critério legal que determina a ilicitude, a configuração de boa-fé que demonstre no caso concreto que a conduta foi um lapso na trajetória da companhia, mas não faz parte de sua cultura empresarial, é bastante difícil.

O que fazer nesses casos? Como trabalhar com programas que enderecem os problemas advindos dos riscos da cartelização? Em primeiro lugar, o envolvimento da diretoria no programa de *compliance* é extremamente relevante para que cartéis sejam evitados, pois a dificuldade em iniciar e dar continuidade a uma infração desse tipo que não conte com apoio (ou ao menos omissão) por parte da diretoria é enorme, já que quem costuma tomar as decisões necessárias para garantir colusão são precisamente os diretores.

Em segundo lugar, como cartéis costumam apresentar-se em mercados oligopolizados, em que o número de concorrentes é reduzido, não é incomum que as empresas tenham interação constante. A recomendação do Cade, no entanto, é para que os contatos entre concorrentes sejam sempre evitados e realizem-se apenas em situações excepcionais. Nesse sentido, é fundamental que o treinamento dos funcionários que de alguma forma se relacionam com concorrentes seja bastante reforçado e que eles tenham conhecimento detalhado sobre quais informações podem ser compartilhadas e quais não podem.

De forma exemplificativa, algumas práticas que devem ser evitadas são:

- Nunca compartilhar com concorrentes informações próprias confidenciais, concorrencialmente sensíveis ou relacionadas às estratégias da empresa;
- Não discutir, negociar, fazer acordo com concorrentes sobre preços ou divisão de mercados e/ou estabelecimento de limites de atuação no que se refere a territórios, produtos e/ou clientes;
- Caso a conversa telefônica da qual participe com concorrentes caminhe para temas relacionados a informações concorrencialmente sensíveis, recusar-se a tratar do tema e, caso o interlocutor insista no assunto, desligar o telefone. Proceder da mesma forma ainda que esteja presente na conversa (conferência telefônica – *conference call*) apenas como ouvinte, avisando a todos do desligamento. Solicitar para sempre deixar registrado em ata o motivo da saída;
- Caso a reunião da qual participe com concorrentes caminhe para temas relacionados a informações concorrencialmente sensíveis, recusar-se a tratar do tema e, caso o interlocutor insista no assunto, sair do recinto e fazer constar a recusa e o registro de saída na Ata de Reunião (se houver). Proceder da mesma forma ainda que esteja presente na conversa apenas como ouvinte;
- Faça-se acompanhar de advogado da empresa em reuniões com concorrentes que se façam estritamente necessárias. O advogado servirá não apenas para esclarecimentos de dúvidas quanto a temas possíveis de serem abordados, como também para fiscalizar e atestar a regularidade dos temas tratados;
- Reportar imediatamente ao Departamento Jurídico qualquer conversa imprópria de iniciativa de um concorrente ou a divulgação por ele, por qualquer meio, de informações concorrencialmente sensíveis, para conhecimento e eventuais providências pelo Jurídico da organização.

3.2.2.2 Cartéis em licitação

Os cartéis em licitação são uma espécie dos cartéis em geral, e merecem destaque por constituírem um tipo de conduta com algumas características particulares, decorrentes do regime jurídico licitatório. Serão aqui destacadas essas características, ressaltando que tudo quanto dito a respeito de cartéis no item anterior mantém-se válido também neste caso. O

que se pretende responder é (a) quais os aspectos das licitações que contribuem para a formação de cartéis e (b) o que é possível fazer, por meio dos programas de *compliance*, para minimizar os riscos de sua formação⁷.

Um primeiro ponto a ser mencionado é a publicidade de todo procedimento de licitação. A existência de um edital divulgado ao público faz com que as condições de concorrência sejam previamente determinadas. Além disso, por conta da própria condução do procedimento, é pública também a identidade dos concorrentes, portanto, sabe-se de antemão quem comumente participa dos processos, o que facilita bastante as tentativas de colusão.

O segundo ponto de destaque é a recorrência dos agentes em procedimentos licitatórios. Dependendo do mercado de que se trata, o número de empresas qualificadas para participar das licitações é relativamente pequeno (em alguns casos, é de fato muito reduzido, limitando-se a duas ou três companhias). Por conta disso, tanto a interação dessas empresas é constante, o que facilita a colusão, quanto o conhecimento que cada uma possui sobre o modo de atuação das demais é elevado, o que torna o paralelismo decorrente da experiência plausível.

Em terceiro lugar, vale retomar a homogeneidade de bens e serviços, característica que facilita a coordenação em qualquer cartel e é aqui levada ao extremo por conta da própria lógica da licitação. O que a Administração busca com o edital é um bem ou serviço específico, portanto, é evidente que há substitutibilidade quase plena entre o que é ofertado pelos vários agentes.

Dados esses aspectos adicionais aos já observados nos casos dos cartéis em geral, os procedimentos licitatórios representam um foco de atuação das autoridades concorrenciais – e também de outras autoridades, visto que, dependendo do tipo de coordenação empreendida pelas empresas para formação de um cartel em licitação, não incidirão apenas a LDC e a Lei 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem econômica, mas outros diplomas legislativos. A título de exemplo, podemos citar a Lei 8.666/1993, que, em seu artigo 93 determina que o impedimento, a perturbação ou a fraude em qualquer ato da licitação implica em pena de seis meses a dois anos de detenção, cumulada com multa, e a Lei 12.846/2013, que no art. 5º, IV,

⁷ A cartilha da extinta SDE também fornece informações sobre licitações e compras públicas no direito concorrencial, pode ser encontrada em: http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf

estipula fraudes à licitação como atos lesivos à Administração Pública e, portanto, passíveis de penalização.

As empresas podem evitar a exposição a esse tipo de conduta ao adotarem treinamentos específicos para as pessoas que participam de maneira mais próxima do processo licitatório, seja sob a forma de preenchimento das propostas a serem submetidas para a Administração, seja em relação à presença em reuniões de tomada das propostas, e também com o monitoramento bastante acentuado e detalhado dos procedimentos, a fim de fornecer informações de forma precisa, se necessário, sobre como aquele processo foi conduzido.

3.2.2.3 Associações, Sindicatos e Standard Setting Organizations (SSOs)⁸

As associações, dentre elas os sindicatos, regidas pelo Código Civil, são entidades que desempenham um papel essencial na sociedade. É por meio delas que setores e grupos de interesse podem se organizar de forma a levar à Administração seus pleitos, dar publicidade a suas ideias e discutir com outros interessados problemas comuns, buscando soluções para eles.

Não obstante, exatamente porque a interação entre os agentes cresce substancialmente nesse contexto, com ela crescem também as oportunidades de colusão. Por esse motivo, é preciso tomar muito cuidado com o que é discutido em reuniões associativas, para se evitar que temas concorrencialmente sensíveis sejam divulgados a concorrentes. SSOs, por sua vez, são associações que têm por objetivo o estabelecimento de padrões de qualidade ou mesmo de tecnologias, além da emissão de certificações a empresas que seguem tais padrões. Na medida em que criam segurança e colaboram com a transparência dos requisitos a serem observados em bens e serviços, essas associações trazem benefícios ao consumidor e também à concorrência – elas diminuem as barreiras à entrada de novos agentes, por exemplo – mas isso não quer dizer que não possam vir a representar riscos concorrenciais. A imposição de padrões excessivamente restritivos ou cuja implementação exija do agente um investimento inicial desproporcional pode tanto afastar potenciais novos entrantes quanto dificultar as inovações no mercado.

⁸ A extinta SDE elaborou cartilha que trata especificamente de associações e sindicatos.
http://abpa-br.com.br/files/cartilha_sindicatos.pdf

Sendo assim, as recomendações para as organizações membro de associações, sindicatos e SSOs são as seguintes:

- Nunca associar-se a entidades cujo próprio objeto é a coordenação entre concorrentes;
- Analisar com a devida cautela quais serão os colaboradores que participarão diretamente de reuniões, evitando, quando possível, que eles sejam diretores comerciais, gerentes de vendas, e outros funcionários diretamente envolvidos com a estratégia comercial da organização;
- Conferir instrução especial aos colaboradores participantes sobre o que pode e o que não pode ser discutido com concorrentes;
- Sempre e todas as vezes solicitar reconhecimento em ata de tudo quanto ocorrer nos encontros, sendo especialmente importante que, uma vez que a empresa acredite que o tópico de discussão apresenta risco concorrencial, ela se retire da reunião e tenha esse fato registrado;
- Fazer exame prévio da pauta das reuniões, recusando-se de antemão a participar daquelas em que o objetivo do próprio encontro seja discutir temas concorrencialmente sensíveis;
- Ao comparecer em reuniões nas quais os concorrentes estejam presentes, não se engajar em atividades legalmente proibidas mesmo se elas forem “oficialmente aprovadas” pelo grupo que estiver promovendo a reunião ou por outras pessoas que já estiverem delas participando;
- Ao tomar conhecimento de qualquer atividade proibida no âmbito da associação/sindicato, contatar imediatamente a equipe de *compliance*;
- Sempre revisar e aprovar o conteúdo a ser divulgado pela associação/sindicato.

Algumas recomendações para associações, sindicatos e SSOs, por outro lado, são as que seguem:

- Ser transparentes quanto à pauta das reuniões, enviando-as com antecipação aos membros;
- Disseminar a informação coletada de seus membros de forma agregada para não permitir, sob qualquer modo, a identificação dos dados individuais das empresas;

- Instaurar ou contratar auditoria para acompanhar as coletas de dados (*Black Box*);
- Requisitar preferencialmente dados históricos e, na medida do possível, disponibilizar aquilo quanto coletado não somente para os seus membros, mas também ao público, ainda que apenas por meio de pagamento, a fim de eliminar qualquer desconfiança sobre suas práticas;
- Não divulgar preços atuais e futuros, custos, níveis de produção, estoques, planos de marketing, planos de crescimento, política de descontos de seus associados, entre outras informações concorrencialmente sensíveis de seus membros;
- Receber e solicitar informações concorrencialmente sensíveis individualizadas dos associados somente de forma sigilosa, para pessoas neutras, que não estejam ligadas a empresas concorrentes, e jamais compartilhá-las com os demais associados;
- Evitar a elaboração e divulgação de tabelas, ainda que sugestivas, de preços e condições comerciais em que produtos e serviços serão prestados;
- Utilizar sempre critérios não discriminatórios para admissão de novos membros.

É igualmente recomendável que práticas recorrentemente punidas pela autoridade sejam evitadas. Um exemplo premente no caso de associações são as já mencionadas tabelas de preço, consideradas anticompetitivas pelo Cade em uma série de processos administrativos.

3.2.2.4 Condutas unilaterais e Restrições Verticais

Condutas unilaterais e restrições verticais apresentam desafio às autoridades concorrenciais porque são extremamente variadas, nem sempre de fácil detecção e geralmente comportam discussão quanto a seus efeitos – a organização que as pratica costuma argumentar que a prática traz benefícios para a concorrência, ainda que eventualmente também apresente riscos. Até por isso, o *compliance* é tão importante nesses casos.

Essas condutas serão tanto mais preocupantes quanto maior for o poder de mercado detido por quem que as pratica. Isso porque é evidente que uma empresa que tem mais poder tem também mais condições de influenciar unilateralmente o mercado num sentido ou noutro, ou praticar concentrações verticais de maior efeito. Essa, portanto, é uma análise relevante a

ser feita para fins de *compliance*: o agente deve se questionar se ocupa uma posição dominante e precisa ter consciência de que, caso a resposta seja positiva, será dele exigido um nível mais elevado de cuidado na implementação de suas condutas.

A prática por si só de condutas unilaterais não é considerada um ilícito. Em regra, será considerada anticoncorrencial uma vez associada ao efeito potencial de exclusão de competidores e sem que possam ser identificados benefícios para o consumidor. É nesse sentido que o Cade, em linha com as principais autoridades de concorrência em todo o mundo, tem buscado aplicar a chamada “regra da razão” em suas análises de condutas unilaterais. O mesmo vale para as restrições verticais, as quais podem apresentar efeitos positivos decorrentes, por exemplo, da redução de custos de transação, mas que, dependendo do mercado e da posição ocupada pelos agentes envolvidos, podem representar risco concorrencial.

Para fins de estruturação de programas eficientes de *compliance*, é importante que as entidades criem estruturas que, em primeiro lugar, garantam que os programas ou práticas de mercado sejam validados pela área responsável antes de serem implementados. Tal validação pode ocorrer de diversas maneiras e destacar-se-ão a seguir alguns aspectos da análise que podem ser relevantes:

1. **Detenção de posição dominante.** Como dito acima, em primeiro lugar, a empresa deve averiguar se possui posição dominante no mercado no qual pretende implementar uma dada prática comercial. A detenção de participação de mercado expressiva é o indício mais importante, embora não suficiente, das análises unilaterais e restrições verticais. Outros aspectos importantes que podem ser levados em conta são:
 - a) a capacidade de concorrentes atenderem a clientes / consumidores objeto da política comercial por meio de bem e serviços substitutos; em regra, quanto menos concorrentes tiverem tal capacidade, maior o poder de mercado da empresa;
 - b) a participação de mercado dos outros agentes econômicos, ou seja, o grau de concentração do mercado como um todo;
 - c) o nível de verticalização do mercado como um todo e do agente econômico em particular;

- d) a capacidade de novas empresas entrarem no mercado (inclusive via importações ou transporte de outras regiões), ou de as empresas já presentes expandirem sua produção/oferta; em regra, quanto mais difícil for a entrada no mercado ou a expansão da oferta, maior o poder de mercado da empresa;
- e) rivalidade remanescente no mercado, ou seja, se os outros agentes de mercado são rivais aguerridos, a ponto de conseguirem limitar um eventual aumento de preços da empresa, o seu poder de mercado provavelmente é menor.

2. **Possíveis efeitos de exclusão de concorrentes.** É prudente também levar em consideração as características da política comercial em questão para averiguar seus eventuais efeitos exclusionários, especialmente pelo fechamento do mercado para concorrentes com aumento excessivo de custo dos rivais. Não é objetivo desse Guia estabelecer critérios objetivos de análise, mas tão somente ressaltar que as políticas comerciais de empresas com posição dominante são tanto menos preocupantes quanto:

- a. Menor for sua duração;
- b. Menor for o percentual de vendas do mercado afetadas;
- c. Mais simples for a replicação de tal política por concorrentes igualmente eficientes;
- d. Menor for o potencial efeito anticompetitivo.

3. **Possíveis justificativas econômicas.** A análise de tais condutas e restrições também pode levar em consideração seus benefícios econômicos, em termos de maior eficiência produtiva (i.e. menores custos de produção), proteção de investimentos necessários para viabilizar novos produtos e serviços, dentre outros aspectos. Neste ponto, a empresa pode analisar, em especial, se há justificativas econômicas para a política em questão. Via de regra, uma prática é tanto mais justificável quanto:

- a. Mais necessário e proporcional for seu aspecto restritivo (exclusividade, fidelização, venda em conjunto, etc.) para se obter os benefícios econômicos almejados, especialmente no que se refere à proteção de investimentos que viabilizem tais benefícios;

- b. Maiores forem os benefícios dos consumidores finais, especialmente em termos de menores preços, melhores produtos/serviços e maior inovação.

O último dos critérios acima indicados revela-se extremamente importante na medida em que as normas antitruste não visam proteger um ou outro competidor em específico, mas sim o processo concorrencial, de forma que a disputa entre os agentes econômicos beneficie o consumidor. Nesse sentido, a maioria dos precedentes do Cade sobre restrições verticais e condutas unilaterais consideram haver uma infração concorrencial se forem comprovados prejuízos diretos ou indiretos ao consumidor, em termos de preços mais elevados, menor qualidade, e menos inovação.

Diante da complexidade dos fatores envolvidos na avaliação deste tipo de prática, recomenda-se que programas de *compliance* adotem algum tipo de avaliação prévia de programas verticais e unilaterais a serem levados ao mercado. Ainda 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.

3.3 Impactos nas penalidades administrativas

Ainda que iniciativas de implementação de programas de *compliance* sejam cada vez mais entendidas como práticas de boa governança corporativa, por constituírem instrumento importante para difundir a cultura de respeito à LDC na comunidade empresarial e promover o bem-estar do consumidor, a mera existência de um programa de *compliance* não é suficiente para afastar a possibilidade de imposição pelo Cade das penalidades administrativas, que incluem, como visto, multas potencialmente vultuosas.

Espera-se, na verdade, que a adoção de um programa sério e robusto impeça que a organização e seus colaboradores se envolvam em práticas comerciais que configurem infrações à ordem econômica. Ou seja, um programa que funciona de modo ideal mantém o *status quo*, quando a empresa já possui uma cultura corporativa de cumprimento da legislação, ou altera sua configuração para que essa cultura seja promovida. Não obstante, a adoção dos programas pode ter impactos bastante positivos para organizações e

colaboradores investigados pelo Cade, seja por condutas coletivas ou unilaterais, ainda quando tais empresas não consigam evitar por completo a promoção de práticas ilícitas.

Isso ocorre porque, como a experiência nos mostra, a adoção de programas de *compliance* atua positivamente ao favorecer a identificação de potenciais problemas e a rápida busca por soluções. Nesse sentido, são quatro os possíveis principais efeitos do *compliance* para as organizações, a saber: a adesão ao programa de leniência, a celebração de termos de compromisso de cessação, a submissão de consultas ao Tribunal e a dosimetria das penalidades aplicadas.

3.3.1 Leniência

A adoção de um programa de *compliance* é uma ferramenta bastante importante para a identificação de uma possível infração concorrencial e a tomada das decisões necessárias para defender os interesses da entidade e seus colaboradores.

A primeira dessas providências é a possibilidade de adesão ao Programa de Leniência, que permite a organizações e pessoas físicas participantes de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denunciar a prática ao Cade e cooperar com as investigações, recebendo em troca imunidade nas esferas administrativa e criminal ou redução de um a dois terços das penalidades administrativas aplicáveis.

Para obter tal benefício, é preciso que a organização ou pessoa física seja a primeira a se apresentar ao Cade para reportar a infração e confessar sua participação. Ou seja, a rapidez com que se identifica o problema existente e se contata o Cade é essencial para garantir a possibilidade de imunidade total ou parcial.

Essa rapidez é diretamente afetada pelo *compliance*. Programas bem estruturados são capazes, ainda que não consigam evitar a conduta, de identificar prontamente distorções e tomar conhecimento dos ilícitos, o que possibilita que a entidade administre a situação de modo ágil, recorrendo ao Cade para celebração de um acordo de leniência e assim evitando uma série de penalidades. O programa de *compliance* não garante que a leniência será assinada, mas ele pode aumentar substancialmente as chances de a entidade poder contar com essa ferramenta.

3.3.2 Termos de Compromisso de Cessação

Caso a empresa ou pessoa física contate o Cade para reportar uma infração e não possa aderir ao Programa de Leniência por não ser a "primeira da fila", ela tem ainda a alternativa de negociar um Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

O TCC é uma ferramenta que, diferentemente do Acordo de Leniência, pode também ser usada em caso de prática anticoncorrencial unilateral. Sua celebração com a Superintendência-Geral do Cade na fase inicial das investigações assegura redução da multa esperada para os investigados que propuserem TCC, redução esta que respeita a ordem de chegada e os termos da Resolução n  5/2013. Nesse sentido, a existência do *compliance* ou o compromisso com sua adoção/atualização pode ter influência na alíquota aplicada.

Novamente, a rapidez na identificação da infração e tomada de decisão, favorecida como visto pela adoção de um programa de *compliance*, é essencial para garantir os melhores benefícios financeiros sob um TCC. O *compliance* de forma alguma garante que um Termo venha a ser assinado, mas, assim como no caso do Acordo de Leniência, pode aumentar substancialmente as chances de que isso ocorra.

3.3.3 Consultas

O art. 9 ,  4 , da LDC autoriza o Tribunal do Cade a responder a consultas sobre a interpretação da legislação concorrencial, inclusive no que tange à legalidade de práticas comerciais já iniciadas ou ainda em fase de concepção e planejamento.

A conscientização criada pela adoção de um programa de *compliance* tende a facilitar iniciativas como a apresentação destas consultas. Assim como identificar uma conduta ilícita colusiva consumada colabora para a possível entrada no Programa de Leniência, identificar condutas que geram d vida quanto à licitude colabora para a apresentação de uma consulta à autoridade. Isso é positivo na medida em que a resposta à consulta pelo Tribunal, caso se entenda pela legalidade da prática, será vinculante pelo prazo máximo de cinco anos e impedir  a aplicação retroativa de uma nova interpretação para a imposição de qualquer penalidade   parte que formulou a consulta. Caso se entenda pela impossibilidade de levar adiante a conduta, a empresa também é beneficiada, já que terá a oportunidade de não

praticá-la, economizando recursos que seriam despendidos tanto na sua execução, como em eventuais investigações posteriores que questionariam a legalidade dos atos.

Ou seja, os efeitos são bastante significativos e podem gerar muitos benefícios para as empresas consulentes, especialmente em matéria de segurança quanto à condução de suas atividades.

3.3.4 Dosimetria da pena

Apesar de, como visto, um programa de *compliance* não ser suficiente para afastar a possibilidade de imposição de penalidades pelo Cade, em algumas situações ele pode impactar favoravelmente a determinação dessas penalidades, afastando, por exemplo, certas proibições ou até mesmo reduzindo o valor da multa aplicável. Isso porque, ao aplicar as penalidades previstas na LDC, o Tribunal do Cade deve levar em consideração, segundo o art. 45, fatores como a boa-fé do infrator; o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; e a reincidência.

A adoção de um programa de *compliance* robusto, com medidas de controle de danos, que atenda aos requisitos expostos na seção III.2 acima, pode ser considerada evidência da boa-fé da organização infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Por conta disso, é possível que o Tribunal enquadre o programa de *compliance* como (i) uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a, ou como (ii) um critério a ser considerado quando do cálculo da contribuição pecuniária, em eventual TCC a ser assinado pela organização, que poderia levar o percentual de desconto ao máximo permitido. Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade.

Cumprе salientar que é ônus exclusivo do investigado demonstrar que possui um programa de *compliance* robusto, sob o qual práticas anticompetitivas são claramente contrárias às políticas da organização e às orientações dos seus administradores.

4. Considerações finais

Já que a ideia dos programas de *compliance* concorrencial é que as entidades ajam sempre em conformidade com a LDC, o acesso ao maior número possível de informações a respeito da aplicação da lei é salutar.

Dessa forma, recomenda-se, como complemento a este material, a leitura dos demais Guias publicados pelo Cade, disponíveis na plataforma da autarquia, bem como o acompanhamento constante das decisões da autoridade e das evoluções dos debates nas esferas nacional e internacional.