

Versão Preliminar

GUIA PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

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



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Versão Preliminar

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

SUMÁRIO

I. Introdução	5
1.1 O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica	6
1.1.1 Atividade preventiva	6
1.1.2. Atividade repressiva	7
1.1.3 Atividade educativa.....	8
1.2 Das práticas foco desse Guia	8
1.2.1 Incentivos à observância da LDC.....	9
2. Compliance.....	10
2.1 O que é <i>compliance</i>	10
2.2 Quem pode se beneficiar de <i>compliance</i>	10
2.3 Benefícios do programa de <i>compliance</i> para as empresas.....	11
2.3.1 Prevenção de riscos.....	11
2.3.2 Identificação antecipada de problemas	12
2.3.3 Reconhecimento de ilícitudes em outras empresas	12
2.3.4 Benefício reputacional.....	12
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 <i>compliance</i> concorrencial.....	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	16
3.2.1.1 Comprometimento da Empresa	16
3.2.1.2 Análise de Riscos	20
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 e SSOs.....	33
3.2.2.4 Condutas unilaterais.....	34
3.2.2.5 Contratos associativos e joint ventures	37
3.2.2.5 Fusões e aquisições	37
3.3 Impactos nas penalidades administrativas.....	38
3.3.1 Programa de Leniência	39
3.3.2 Termos de Compromisso de Cessação.....	39
3.3.3 Consultas.....	40
3.3.4 Dosimetria da pena	41
4. Integração do <i>compliance</i> concorrencial com áreas afins.....	42
4.1 Diferenças em relação a outros tipos de <i>compliance</i>	43
4.2 Multiplicidade de Áreas de <i>compliance</i>	43

I. 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*. Cada vez mais as empresas 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* tem se multiplicado.

O objetivo desse Guia é endereçar essa realidade e estabelecer diretrizes não-vinculantes para as empresas a respeito desses programas, no que eles consistem, de que modo podem ser implementados e quais as vantagens em sua adoção. Esse é um guia de sugestões (ou um “menu de opções”, na linguagem da ICC¹), as quais podem ser acatadas ou não tendo por base a realidade de cada companhia.

O objetivo aqui é estabelecer sugestões que podem ser realisticamente adotadas em grandes, pequenas e médias empresas. Nesse sentido, o Cade entende que pequenas e médias empresas 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 – 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.

Para atingir tal objetivo, primeiramente serão feitas algumas breves explicações sobre o Cade e o SBDC. Tais explicações são relevantes na medida em que, dado o papel desempenhado pelo Conselho, faz parte de suas atribuições não só punir, como também incentivar o cumprimento da lei. Essa é precisamente a função do *compliance*, como se verá no item 2. O item 3 é dedicado às especificidades do *compliance* concorrencial e às formas de estruturação dos programas, bem como aos seus impactos nas penalidades administrativas e sua integração com programas de outras áreas.

1.1 O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O papel do Cade, como determinado pela legislação, é zelar pela livre concorrência, investigando e julgando infrações à ordem econômica, bem como fomentando a cultura da livre concorrência. Para atingir tal objetivo, o Conselho promove três tipos principais de atividade: (i) preventiva – incluindo análises de concentrações e processamento de consultas, (ii) repressiva – as investigações de condutas – e (iii) educativa – disseminação da importância da manutenção de um ambiente concorrencial saudável, não só internamente ao próprio governo, mas também externamente à opinião pública.

1.1.1 Atividade preventiva

Como o próprio nome indica, a atividade preventiva do Cade busca impedir operações que coloquem em risco a concorrência antes mesmo de elas se instaurarem. Isso se dá por meio de atos de concentração e consultas.

Os atos de concentração (ACs) devem ser submetidos à análise do Cade pelas empresas que os promovem, quando atingidos os parâmetros definidos em lei, por força do art. 88 da LDC. É preciso mencionar ainda que, conforme o §7º do mesmo artigo, o Cade tem a faculdade de requisitar que certas operações, as quais não se enquadram nos requisitos legais, mas que o Conselho entende mereçam ser analisadas, sejam notificadas pelas partes. Estas operações configuram o que se conhece como controle de estruturas: por meio deste controle busca-se analisar (e eventualmente limitar) o abuso de poder econômico decorrente da própria

Compliance is no different. You can implement an effective compliance program with a small investment if you know what you are doing.”

organização estrutural do mercado, ou seja, do tamanho das empresas, sua extensão vertical e horizontal, seu relacionamento com outras companhias, etc., que tende a limitar a livre concorrência.

Os critérios que determinam o que seja um AC estão no art. 90 da LDC. A sua análise, desde a entrada em vigor da LDC, se dá de forma prévia: as operações pretendidas pelas companhias são apresentadas à autoridade, que deve avaliá-las e concluir se configuram ou não riscos à concorrência. Caso os riscos não existam, o ato é aprovado sem qualquer restrição. Caso existam, há duas possibilidades: a primeira é a não aprovação da operação, e a segunda é a aprovação com restrições.

O art. 9º, §4º da LDC, por sua vez, assegura que o Cade poderá, por meio de seu Tribunal, responder a consultas sobre a interpretação da legislação concorrencial relativas a possíveis operações de concentração e a práticas unilaterais.

A recém-editada Resolução nº 12/2015 traz critérios mais específicos sobre o procedimento e as hipóteses em que tais consultas serão admitidas. A parte interessada deverá cumprir os requisitos explicitados no art. 3º e, assim, obter uma resposta vinculante do Tribunal sobre a permissibilidade ou não da conduta.

1.1.2. Atividade repressiva

Se de um lado há a atividade anterior à prática de qualquer ato, por outro, temos a atividade que ocorre depois dessas práticas terem sido consumadas e que, portanto, é chamada repressiva. Aqui, o Conselho exerce o que se conhece por controle de condutas.

Condutas anticompetitivas são comportamentos incorridos por empresas ou indivíduos que podem configurar infrações à ordem econômica, de acordo com o art. 36 da LDC. Sua caracterização pode ocorrer de um sem-número de formas, algumas delas indicadas no §3º do mesmo artigo.

A prática se configura (i) de forma unilateral, ou seja, por uma só empresa com posição dominante que se engaja em determinada conduta a qual configura infração à lei, ou (ii) de forma coordenada, com participação de diversos agentes. O mais conhecido mecanismo de coordenação é o cartel, em que um grupo se organiza para manipular o mercado, de maneira

a controlar artificialmente preços, limitar o volume de produção, promover segmentação de mercado, etc.

Todas essas práticas são analisadas pelo Cade. As investigações têm início seja com auxílio de empresas – por meio de Representação feita por um interessado, acordos de leniência e termos de compromisso de cessação (TCCs) –, seja por meio de investigações iniciadas por iniciativa própria do Cade no âmbito da Superintendência-Geral.

1.1.3 Atividade educativa

O Conselho desempenha também importante papel educativo. Essa atividade de disseminação da cultura concorrencial é essencial, uma vez que investigar e punir infrações à ordem econômica é apenas parte da estratégia da Administração para a garantia da livre concorrência. É igualmente essencial que as empresas tomem conhecimento dos critérios utilizados pelo Cade no desempenho de suas atividades, de quais condutas podem acarretar uma investigação, de quais tipos de práticas devem ser evitados, enfim, de como a autoridade comprehende os mais variados temas, afinal o objetivo último da lei é o seu cumprimento, sendo a punição somente um dos instrumentos para sua efetivação.

Nesse sentido, inclusive, é que se apresentam tanto a preocupação com a edição de guias orientadores, quanto a própria lógica do *compliance*, o qual, como dito, está primordialmente voltado à criação de uma cultura de respeito à lei.

1.2 Das práticas foco desse Guia

O principal foco desse guia são as atividades explicitadas no item I.1.2, que configuram *condutas anticompetitivas*. Isso porque as recomendações para a boa prática na condução de ACs já foram em grande parte abordadas no Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração. Esse assunto será tratado brevemente quando da referência às especificidades dos casos concretos, mas 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 empresas 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 as empresas, sejam elas grandes, médias ou pequenas, devem se preocupar em cumprir a LDC. Há duas respostas para essa questão, uma primeira relacionada 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. 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.

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 probo. Outro é a boa reputação das empresas no mercado e sua 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, adotadas por um determinado agente econômico, que permite a esse agente prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de sua atividade – ou detectá-los mais rapidamente, caso se concretizem.

Por meio dos programas de *compliance*, as empresas 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 de uma empresa a importância em fazer a coisa certa.

Uma vez que os funcionários de uma empresa 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 afetas às atividades da empresa, como corrupção, governança, fiscal, ambiental e concorrência, dentre outras, de forma independente ou agregada.

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.

2.2 Quem pode se beneficiar de *compliance*

Empresas de todos os portes podem se beneficiar de um programa de *compliance*. No entanto, os riscos – principalmente de ordem concorrencial – a que uma empresa 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 de cada agente econômico e ser revisto constantemente de modo a contemplar novos riscos que eventualmente possam surgir, como

aqueles decorrentes de operações de M&A, 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 quanto 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 empresas

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

2.3.1 Prevenção de riscos

A adoção de programas de *compliance* mitiga os riscos de violações da lei e 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 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 empresas 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 empresa. Dentre as vantagens da identificação de infrações com agilidade está a possibilidade de firmar acordos com as autoridades, sejam de leniência ou não, que podem implicar em 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, fazemos referência no item 3.3.

2.3.3 Reconhecimento de ilícitudes em outras empresas

A conscientização promovida pelos programas de *compliance* permite que os funcionários identifiquem sinais de que outras empresas, 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 a empresa quando da análise das infrações, especialmente a depender de nível de envolvimento dos agentes.

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 empresa e sua atratividade para fins promocionais, de recrutamento e de retenção de funcionários. 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 empresas 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 empresa 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. Empresas que têm programas de *compliance* instalados são cada dia mais atraentes como parceiros comerciais.

2.3.5 Conscientização dos funcionários

Funcionários 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 permitem aos funcionários tomar decisões com mais confiança. O medo de violar as leis – notadamente quando envolvido risco de persecução penal – pode intimidar os funcionários e eventualmente desestimular a concorrência mais acirrada e perfeitamente 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, inexequibilidade 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.

A carreira dos executivos também pode ser seriamente afetada não só em termos de reputação, mas também porque, uma vez condenados por infração à LDC, eles podem ser impedidos de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por até cinco anos.

Além da diminuição do risco de imposição de multa ou do valor da multa em decorrência da celebração de leniência ou outros acordos com as autoridades, a adoção de programas efetivos de *compliance* pode configurar circunstância atenuante – em reconhecimento à adoção pela empresa de medidas para prevenir violações à lei – e levar a uma redução da pena mesmo em caso de condenação, conforme se verá no item 3.3.

3. *Compliance* concorrencial

Uma empresa deverá se preocupar com a adoção e a renovação de um programa de *compliance* concorrencial quando identificar que sofre riscos de que suas atividades sejam analisadas sob a LDC.

Abaixo, explicitar-se-á o que diferencia o programa concorrencial de outros programas.

3.1 O que é *compliance* concorrencial

A diferença principal se dá em termos de escopo: um programa de *compliance* concorrencial busca, em primeiro lugar, reduzir o risco de ocorrência de violações específicas à LDC e, em segundo lugar, oferecer mecanismos para que a empresa 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 companhia sigam seu curso. Por outro lado, a grande vantagem se apresenta caso infrações de fato ocorram: o programa permite a sua rápida identificação e a tomada de providências pela empresa.

Ou seja, não obstante as limitações inerentes à lógica do *compliance*, que jamais conseguirá impedir absolutamente a ocorrência de infrações, sua adoção é justificada.

3.1.2 Programas “de fachada”

Uma preocupação recorrente 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 empresa esteja efetivamente preocupada com o cumprimento da LDC ou que esse programa seja eficaz.

As empresas 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 seus funcionários e 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 empresas 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 nos 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 da Empresa

O comprometimento genuíno da empresa 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.

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.

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 funcionários; (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 responsável pela gestão do programa; (iv) atribui metas, objetivos e itens de controle do programa de *compliance* concorrencial, que devem ser observados na prática.

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 empresa 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 concorrenenciais 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 empresa (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 concorrenenciais. Uma vez implementado de maneira adequada, o programa passa a representar uma poderosa defesa contra multas substancialmente maiores do que seu custo de implementação e manutenção, sem mencionar os prejuízos reputacionais correspondentes. Em matéria de particularidades, por sua vez, deve-se ressaltar que um

programa terá tanto menos credibilidade quanto mais destoante for sua relação entre recursos e riscos.³

Diante desse cenário, é recomendável que empresas 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 funcionários total ou parcialmente dedicados ao *compliance*, o porte da empresa e os riscos concorrentes a ela associados;
- (c) a alocação dos funcionários envolvidos no *compliance* de forma que eles possam atuar de forma independente, causando impacto nas decisões estratégicas da empresa; e
- (d) se há investimentos razoáveis para a contratação e formação dos funcionários responsáveis pelo programa.

É preciso destacar que recursos adequados não se confundem com recursos elevados. Como o *compliance* depende da estrutura de cada empresa, 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 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

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

³ Veremos no item III.3 abaixo que a responsabilidade por comprovação de efetividade e robustez do programa é da empresa. No caso de aplicação de penalidades, para que ela possa se beneficiar da boa-fé (e consequentemente de eventuais diminuições nas multas aplicadas), é seu ônus demonstrar que o programa não é mero artifício e sim corresponde a um real comprometimento em cumprir com a legislação. Um aspecto que a autoridade concorrencial certamente analisará nesse sentido será o aporte de recursos.

as decisões da empresa, o que somente se mostra possível se esse profissional ocupar uma posição de relevância na sua estrutura.

O Cade reconhece que cada empresa possui suas peculiaridades e, em razão disso, entende que cabe exclusivamente à empresa definir a posição do *compliance* concorrencial em seu organograma. Independentemente disso, é responsabilidade da empresa 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.

Estratégias de monitoramento para grandes empresas

Uma das possíveis estratégias de monitoramento do programa de *compliance* é a de pesquisas de campo mensais 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.

3.2.1.2 Análise de Riscos

Programas bem estruturados são normalmente precedidos da realização de uma análise aprofundada dos riscos aos quais a empresa está exposta em suas atividades. Entre outros fatores, tais riscos costumam variar de acordo com o tamanho do negócio da empresa, 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.⁴ Em razão disso, mostra-se extremamente importante que a empresa 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 empresa 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.⁵ 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, mas o mais importante é que, independentemente do método adotado, os critérios estejam claros.⁶

Quando é evidente que os riscos são muito elevados e a empresa 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

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

Em grandes empresas, referências à política de *compliance* concorrem pela alta direção da empresa em todos os eventos que reúnem 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 Committee of Sponsoring Organisations of the Treadway Commission – <http://www.coso.org/IC.htm>.

⁵ ICC Toolkit, pp. 17-18.

⁶ 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.

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 investigar a fundo a forma pela qual as atividades da empresa são conduzidas na prática. Para isso, é preciso conhecer em detalhes o funcionamento da empresa, 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 concorrenceis, etc.

Uma vez finalizada a 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. A fim de exemplificar e demonstrar as diferenças provenientes da atuação em áreas diversas, tratar-se-á das especificidades de casos concretos no item III.2.2.

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 funcionários da empresa são uma forma bastante adequada para se transmitir cada um dos objetivos e regras do programa. É também por meio deles que os funcionários 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.

O treinamento mais efetivo geralmente adota diferentes enfoques de conteúdo, a depender da posição hierárquica e do nível de exposição a riscos concorrenceis dos funcionários treinados. Isso ocorre porque, de forma geral, funcionários 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 alcançam maior número de funcionários a um custo substancialmente menor para a empresa.

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.

Em ambos os casos, recomenda-se que os treinamentos sejam de alguma forma certificados, conduzidos por pessoas com experiência no assunto. Sugere-se também que os funcionários treinados sejam submetidos a uma breve 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 funcionário 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.

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

Essa situação é especialmente crítica no caso de novos funcionários, ou funcionários 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. Essa decisão, porém, deve levar em conta uma série de fatores, portanto é plenamente possível que outras formas de treinamento, inclusive o eletrônico, sejam adequados a casos específicos, mesmo de funcionários novos ou inexperientes. Novamente, cumpre ressaltar, o importante é garantir efetividade, não importa o mecanismo adotado. Adicionalmente ao treinamento propriamente dito, é importante investir em recorrente transmissão das regras de *compliance* concorrencial por meio das diversas formas de comunicação entre a empresa e seus funcionários, 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.

Um mecanismo bastante reconhecido e usual, especialmente em grandes empresas, 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 funcionários, que consequentemente 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, crie-se um incentivo grande para cumprimento das regras por parte de todos os membros da

Sem prejuízo dessas iniciativas, mostra-se também adequada a inclusão dos principais conceitos do programa de *compliance* concorrencial no Código de Conduta da empresa, quando esse código existir, bem como nas comunicações internas relacionadas a esse documento. Dessa maneira, a empresa transmite a todos os funcionários 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 empresa a que este material se destina. Cartilhas, códigos, guias e orientações que adotam objetivos irreais, descrevem as situações de forma idealizada ou demasiado distante do que se apresenta no dia-a-dia da companhia costumam não surtir efeitos – ou, em certos casos, até mesmo surtir efeitos negativos, pois os funcionários passam a questionar a validade de um programa que não comprehende a realidade por eles vivida.

Igualmente relevante é o tratamento dado ao *compliance* em termos procedimentais. É importante não só que os funcionários possam recorrer à equipe implementadora no caso de dúvidas, mas que a equipe tenha acesso a todos os funcionários 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 funcionários para intervenção, ainda que tais procedimentos sejam bastante simples.

Monitoramento do Programa

O sucesso de um programa de *compliance* depende igualmente da capacidade da empresa 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 funcionários 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 funcionários treinados nas regras de *compliance* concorrencial têm

Como garantir efetividade no monitoramento?

No caso de grandes empresas que sofrem com altos riscos concorrenenciais, uma opção é a contratação periódica de especialistas externos para a elaboração de parecer global sobre os riscos concorrenenciais 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.

representado a empresa; ou se as regras e controles estabelecidos no programa estão em linha com as melhores práticas adotadas por outras empresas.

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

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 funcionários 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 empresa e seus funcionários, bem como entre a empresa 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 empresas optam por aplicativos para smartphones – ou simplesmente um funcionário 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 concorenciais, 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 ser conferida caso a opção seja por manter documentação da informação prestada pelos funcionários. Em segundo lugar, as informações disponibilizadas pela empresa 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, o funcionário que se reporta ao canal tenha como acompanhar (evidentemente de forma anônima) seu pedido.

Em terceiro e último lugar, é extremamente relevante que a empresa tenha condições de processar todas as denúncias feitas e de fornecer respostas às preocupações dos funcionários (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 da companhia, 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 funcionários, que culmina em desuso do canal, o outro é o potencial efeito negativo para a companhia, no caso de investigação pela autoridade antitruste. Ora, se o canal de denúncia existe, os funcionários reportam-se à companhia e ela não atende a esses chamados, pode-se entender haver certo descaso com o tratamento da matéria concorrencial.

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

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 empresa. 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 empresa seja chamada a prestar informações a respeito de suas condutas perante a autoridade concorrencial. A título de exemplo, caso a empresa mantenha os devidos registros de que orientações sólidas e específicas foram prestadas a determinado funcionário a respeito da proibição da coordenação de preços com concorrentes, poder-se-ia concluir, a depender das evidências coletadas, que eventual envolvimento daquele funcionário em uma conduta de coordenação de preços representaria um desvio individual de conduta distanciado da política corporativa, com o consequente 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 funcionários 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

Reforço da 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 de *compliance*.

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 os funcionários, independentemente de sua posição hierárquica. É também importante que elas sejam claramente estabelecidas, de conhecimento geral de toda a empresa 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 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 empresa leve em consideração o nível de envolvimento do funcionário, 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 empresa sabe que houve violação, mas não tem provas suficientes para sustentar essa acusação, mas também não é adequado postergar demais o procedimento, pois (i) empresas outras podem entrar em contato com a autoridade, e assim assegurar o primeiro lugar na fila, e (ii) a demora excessiva indica à autoridade que a companhia na verdade nunca teve a intenção de divulgar as informações, o que é extremamente danoso para a credibilidade de seu 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 empresa 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 que as empresas estabeleçam 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 companhias tome conhecimento das necessidades de alteração do programa ao longo do tempo. Como dito, o envolvimento dos funcionários 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 concorrenenciais, 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 da companhia 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 empresas de acordo com o ambiente em que atuam. Tais riscos podem ser das mais diversas naturezas, sendo que buscaremos 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 empresa 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 Brasil. Naturalmente, empresas que atuam em mercados nos quais o risco de cartelização é elevado devem ter especial cuidado com esse tipo de prática.

O que é uma conduta de cartel? Ela 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 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 substitabilidade diminui. Consequentemente, é mais difícil promover uma divisão eficiente do mercado consumidor.

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.

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 funcionários, uma vez que as condutas conhecidas como *hardcore* – aqueles cartéis considerados institucionalizados, com interação recorrente e duradoura 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. 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.

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 novamente que tudo quanto dito a respeito de cartéis no item anterior mantém-se válido também neste caso.

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

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 oferecido 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 concorrenenciais – 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, 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 e SSOs

As associações, 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 (*standards setting organizations*), por sua vez, são associações que têm por objetivo o estabelecimento de padrões de qualidade e a 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 concorrenenciais. 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.

Sendo assim, as recomendações para as empresas membro de associações e SSOs são as seguintes: que não participem diretamente de reuniões, quando possível. No caso de necessidade de participação direta, é preciso conferir instrução especial aos funcionários participantes sobre o que pode e o que não pode ser discutido com concorrentes. Ademais, sugere-se que sempre e todas as vezes seja solicitado 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.

As recomendações para as associações e SSOs, por outro lado, é que dissemelhem a informação coletada de seus membros de forma agregada, instaurem ou contratem auditoria para acompanhar as coletas de dados, requisitem preferencialmente dados históricos e, na medida do possível, disponibilizem aquilo quanto coletado não somente para os membros da associação, mas também ao público, a fim de eliminar qualquer desconfiança sobre suas práticas.

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

3.2.2.4 Condutas unilaterais

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

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 outro.

Essa, portanto, é a principal análise 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 não é considerada um ilícito. Em regra, será considerada anticoncorrencial uma vez associada ao propósito 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.

Para fins de estruturação de programas eficientes de *compliance*, é importante que as empresas criem estruturas que, em primeiro lugar, garantam que os programas ou práticas de mercado sejam validadas 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. 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) 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;
- d) 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 eventuais efeitos exclusionários da conduta, 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.

3. **Possíveis justificativas econômicas.** A análise de tais condutas 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 conduta é tanto mais justificável quanto:

- a. Mais necessário e proporcional for o aspecto restritivo da prática (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 as empresas beneficie o consumidor. Nesse sentido, a maioria dos precedentes do Cade sobre 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.

Dante da complexidade dos fatores envolvidos na avaliação de condutas unilaterais, recomenda-se que programas de *compliance* adotem algum tipo de avaliação prévia de programas e práticas unilaterais a serem levadas 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.

3.2.2.5 Contratos associativos e *joint ventures*

A própria lógica de um contrato associativo e de uma *joint venture* é que dois ou mais agentes se relacionem de forma próxima para atingir um fim comum. Se é assim, e dada a interação inerente a essas operações, é evidente que os riscos concorrenceis são elevados.

Em primeiro lugar, é preciso analisar o contrato em si para verificar qual a necessidade de sua submissão à notificação (vide Resolução nº 10/2014 e Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica). Em segundo lugar, e aí mais propriamente relacionado ao *compliance*, sugere-se uma verificação das características da empresa com quem a operação é firmada e quais os potenciais problemas que surgirão dessa interação. Como sempre, a análise depende do caso concreto e há uma multiplicidade de dinâmicas possíveis para as operações, as quais precisam ser concretamente auferidas.

A pedra de toque nesses casos, portanto, é a interação com terceiros. Não só os riscos de um mercado devem ser analisados, mas também os riscos do mercado da empresa com quem há associação. É o que a prática internacional costuma chamar de *due diligence*. Para o *compliance* concorrencial, o foco dessa investigação deve ser a aderência à LDC, bem como os riscos concorrenceis que a empresa apresenta em suas atividades. É também preciso compreender qual a mudança que a nova associação implica para o mercado e a quais novos patamares as companhias podem ser submetidas por conta do contrato.

3.2.2.5 Fusões e aquisições

Ainda que o foco desse Guia não seja o tratamento conferido aos atos de concentração, cabe lembrar que esse tipo de interação precisa ser considerado no *compliance* concorrencial.

Tanto é verdade que o Cade disponibiliza um guia apenas sobre o tema, o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração.

De modo geral, o tema deve ser endereçado nos programas em maior ou menor grau dependendo não só da propensão da empresa para concentrações, mas também das características do mercado em que tais concentrações ocorrerão. É obrigação dos agentes notificar o Cade, cumpridos os requisitos legais, em todas as ocasiões, sob pena de incorrer em infração.

Um ponto que merece destaque é aquele relativo às notificações que se dão de acordo com o art. 88, §7º da LDC, ou seja, aquelas operações que, não obstante não se enquadrem nos requisitos legais, têm a notificação requisitada pelo Conselho. Esse é um aspecto a que pequenas e médias empresas devem prestar particular atenção, pois mesmo quando não possuem faturamentos elevados, não é necessariamente verdade que suas operações estejam livres de análise pela autoridade.

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 empresa e seus funcionários 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 empresas e funcionários 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 principais efeitos do *compliance* para as empresas, 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 Programa de 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 empresa e seus funcionários.

A primeira dessas providências é a possibilidade de adesão ao Programa de Leniência, que permite a empresas 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 empresa 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 empresa administre a situação de modo ágil, recorrendo ao Cade para celebração de um acordo de leniência e assim evitando uma série de penalidades.

3.3.2 Termos de Compromisso de Cessação

Caso a empresa ou pessoa física conte ao 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 nº 5/2013. Nesse sentido, a existência do *compliance* ou o compromisso com sua adoção/atualização pode ter influência no patamar de desconto aplicado.

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.

3.3.3 Consultas

O art. 9º, §4º, 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 dessas consultas. Assim como identificar uma conduta ilícita consumada colabora para a entrada no programa de leniência, identificar condutas que geram dúvida 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 impedirá a aplicação retroativa de uma nova interpretação para a imposição de qualquer penalidade à 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 3.2 acima, pode ser considerada evidência da boa-fé da empresa infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Por conta disso, é perfeitamente possível que o Tribunal enquadre o programa de *compliance* como uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a. Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade.

É importante também ressaltar que, uma vez que a análise do Conselho é sobre a boa-fé do infrator, caso verifique-se o contrário, ou seja, que houve ativa má-fé por parte da companhia, pode haver um agravamento da multa. Essa má-fé se verificararia, por exemplo, no caso dos já citados programas “de fachada” (item III.1.2).

Cumpre 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 empresa e às orientações dos seus administradores.

4. Integração do *compliance* concorrencial com áreas afins

Já foi dito que cada empresa 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.

Nessa medida, é importante considerar as áreas de risco a que uma determinada companhia está exposta e integrar o *compliance* concorrencial com outros programas voltados ao cumprimento de outras legislações que não apenas a LDC. Como exemplo, 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.

4.1 Diferenças em relação a outros tipos de *compliance*

O *compliance* concorrencial pode ser mais complexo em relação a programas de outras áreas por conta da própria natureza das infrações à ordem econômica, que por vezes demandam análises que levem em consideração os efeitos das condutas praticadas. Para a avaliação da conformidade de certa conduta é frequentemente necessário identificar as práticas da empresa, bem como realizar uma avaliação econômica para a verificação da conformidade com a legislação de defesa da concorrência.

Nesse sentido, o *compliance* concorrencial não pode sempre ser implementado a partir de uma relação exaustiva de condutas que não devem ser adotadas pela empresa e seus colaboradores ou de uma lista de "*dos and don'ts*". Em relação a questões como exclusividade, por exemplo, ao invés da indicação de proibição, o mais adequado pode ser o estabelecimento da necessidade de avaliação de riscos.

4.2 Multiplicidade de Áreas de *compliance*

Conforme tratado no item III.2 acima, a autonomia e independência do(s) responsável(is) pela implementação e supervisão do programa de *compliance* são fundamentais para assegurar sua efetividade.

Enquanto algumas empresas optam por acumular no departamento jurídico as competências relacionadas a *compliance*, outras preferem criar cargos e estruturas próprias separadas. De todo modo, é fundamental que haja um departamento com autonomia para investigar eventuais denúncias de não observância do programa com o objetivo de garantir que ele seja efetivo, uma vez que o funcionário terá segurança ao fazer tal denúncia de que não sofrerá retaliações internas.

De todo modo, por conta das peculiaridades do *compliance* concorrencial no que se refere à necessidade de uma avaliação específica diante dos riscos associados a cada caso concreto, o envolvimento do departamento jurídico nesse aspecto do programa de *compliance* é recomendável.