

Received: 08/02/2018

Accepted: 12/05/2018

DOI: <https://doi.org/10.37497/esg.v1issue.1605>

**COMPLIANCE CONCORRENCIAL: O CONTROLE E O COMBATE ÀS PRÁTICAS
ILÍCITAS DO MERCADO ECONÔMICO**

**COMPLIANCE COMPETITION: CONTROL AND COMBATING THE ILLICIT PRACTICES
OF THE ECONOMIC MARKET**

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

Pós-Doutor em Direito pela UFSC, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba, Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Professor de Direito Administrativo, Coordenador da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR) e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Alexandra Barbosa Campos De Araujo

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário UNICURITIBA, Especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), graduada pela Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito (FDL), Corregedora Chefe da Controladoria de Inspeção e Auditoria do DETRAN/PR, Membro julgadora da Junta Administrativa de Recursos de Infração do DETRAN/PR e Professora da Faculdade FAEL.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar em que medida o *compliance* pode contribuir para a promoção de boas práticas concorrenciais. De que forma o Estado pode controlar, combater e coibir ilícitos que ocorrem no mercado econômico, na qualidade de agente sancionador das infrações contra a ordem econômica. Cuidou-se, também, das novas medidas anticorrupção perfilhadas pelo Conselho

Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do estímulo à autorregulação e dos benefícios advindos da adoção da denominada *soft law* em seu Guia de Compliance. Abordou-se na pesquisa, por outro lado, como o *compliance* auxilia as empresas no cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência e qual o comportamento esperado em relação à legislação antitruste (Lei 12.529/2011), relativamente à prevenção e à repressão ao abuso do poder econômico e às infrações contra a ordem econômica, que atingem a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa dos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*; Defesa da Concorrência; Infração à Ordem Econômica; Controle; Prevenção e Repressão.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to investigate the extent to which compliance may contribute to the development of the best competitive practices. The actions could the State takes to control, oppose and restrain illicit acts inside the economic market, as the agent that punishes infractions against the economic order. There were also considered the new anti-corruption rules developed by the Brazilian Administrative Council for Economic Defense (CADE), as it encourages self-regulation and the benefits from the adoption of the so-called soft law in its Compliance Guide. On the other hand, it was studied how compliance supports companies to comply with the Competition Law and what is the expected behavior associated to the antitrust legislation (Law 12.529/2011), regarding prevention and repression of abuse of economic power, violations and infractions of the economic order, which affect freedom of initiative, free competition, the social function of property and the protection of consumers.

KEYWORDS: Compliance; Defense of Free Competition; Infringement of the Economic Order; Control; Prevention and Repression.

1 O CONTROLE DAS PRÁTICAS ILÍCITAS NO MERCADO ECONÔMICO

O *Compliance* é um tema de grande relevância para o mercado econômico, contando o ordenamento jurídico com instrumentos para a sua efetivação. A crise econômica e a insegurança jurídica que o Brasil enfrenta, a “fragilidade” na fiscalização e no controle, tanto regulatório quanto privado, torna cada vez mais necessário que as empresas adotem um programa e uma cultura governança, de *compliance*, objetivando garantir a eficiência nos negócios e proporcionar a construção de um Estado de Direito social e ético (GABARDO; CASTELLA, 2015, p. 143).

A defesa da concorrência está pautada na proteção do mercado econômico e visa a preservação da concorrência e da livre iniciativa, consoante os princípios da Ordem Econômica previstos no art. 170 da Constituição de 1988. O cumprimento das regras da concorrência busca garantir um ambiente competitivo e sadio, em que as empresas possam competir de maneira leal e igualitária. Dessa forma, torna-se imperativo enfatizar o controle e o combate às práticas ilícitas no mercado econômico.

Parte-se da noção de controle que, segundo Hely Lopes Meirelles, é “..., em tema de administração pública, a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro (MEIRELLES, 1978, p. 618)”.

O controle exercido internamente nas empresas não é diferente do controle exercido pelo Poder Público, pois igualmente apresenta traços essenciais, quais sejam, a atuação de duas partes, a que controla e a que é controlada.

O controle interno e externo das empresas busca diminuir o risco e aumentar a eficiência da atividade econômica, visando garantir as regras concorrenciais e anticorrupção. No entanto, antes da empresa conhecer e respeitar as regras concorrenciais é imperativo que ela entenda os seus riscos corporativos internos (práticas de corrupção na obtenção de licenças e alvarás, negociações para importação, exportação e licitação, ofertas de brindes, presentes e eventos entre outros.) e sua vulnerabilidade; e coloque em prática o desenvolvimento do seu próprio código de conduta ética.

A partir do diagnóstico do grau de exposição a riscos, os dirigentes da empresa devem elaborar e implementar o controle interno, para monitorar e gerenciar seus riscos. Para isso existem normas que tratam da estrutura dos controles internos, como a Lei nº 12.683/2012 (GABARDO; CASTELLA, p. 135, 2015).

Em uma visão geral, o *compliance*, também denominado “Programa de Integridade” pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), é compreendido como o agir de acordo com o estabelecido por leis, regulamentos, protocolos, padrões ou recomendações de determinado setor, códigos de conduta e órgãos regulatórios. É um estado de conformidade desejado perante a lei, regulação ou em virtude de demanda. A expressão, originária do verbo inglês *to comply*, significa cumprir, executar, satisfazer ou realizar algo imposto. Dessa forma, estar em conformidade, colocando em prática regulamentos internos e externos, tendo como objetivo a mitigação de riscos e prejuízos, principalmente no âmbito empresarial, mas sendo também aplicado, cada vez com maior intensidade, na esfera pública

O conceito de *compliance utilizado* no Brasil foi inspirado na legislação dos Estados Unidos da América, com resultado da abertura comercial crescente no início da década de 1990, durante o Governo Collor de Mello, época em que o Brasil passou a ocupar posição internacional com maior destaque. Como consequência, o Brasil começou a ser pressionado a instituir uma política que satisfizesse o padrão de transparência exigida e adotada pela Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos da América (*Securities Exchange Commission*) (FURTADO, 2017, p. 67).

Os benefícios na utilização das ferramentas de *compliance* são diversos, como por exemplo a integridade da organização, fidelidade dos empregados, boa reputação, boas relações com *stakeholders*¹, fornecedores, clientes, investidores e órgãos reguladores.

O *compliance* incorpora princípios de integridade, conduta ética e moral, devendo-se atentar que, mesmo que a legislação e regulamentos não sejam descumpridos, práticas empresarias que reflitam impactos negativos para os

¹ *Stakeholders* são pessoas, grupos ou qualquer organização que tenha interesse em uma organização, de modo que os interessados podem afetar ou serem afetados pelas ações da organização. Dentre estes poderiam ser citados, credores, funcionários, diretores, governo e suas agências, acionistas, fornecedores e sindicatos. De todo modo, usualmente este termo define os interessados diretos nas decisões das organizações, principalmente seus acionistas.

stakeholders podem gerar risco reputacional e publicidade adversa, colocando em risco a continuidade de qualquer empresa.

O significado de *compliance* refere-se à postura consentânea à determinada regra, o que traduz uma aceitação ampla em termos de cumprimento e observância normativa. Na esfera empresarial, o *compliance* pode se manifestar de diversas formas. Uma delas, relativamente usual, consiste em explicitar em instrumentos, tais como códigos, diretrizes, regulamentos, cartilhas, etc., toda sorte de comandos e instruções, cujo fator conformidade/observância é seu núcleo. A inteligência do *compliance* é de teor preventivo e tem por objetivo evitar a ocorrência de infrações ao conteúdo que alerta.

O processo da globalização trouxe uma visível mudança no mundo corporativo, ao pressionar as empresas, para se manter ativas no mercado, a ter de instituir novas técnicas e ferramentas para a minimização de riscos originados por suas ações (sistemas de gestão de riscos). No passado as empresas somente avaliavam o risco sob o ponto de vista da perda econômica. Nos dias de hoje aproxima-se cada vez mais da eventual responsabilidade jurídica dos administradores ou da própria empresa, seja pelo abuso de poder dos administradores, seja pela incidência de fraudes internas com lesão a terceiros ou pela responsabilidade social. O *compliance* é o novo modelo desta gestão e traduz a boa governança corporativa, na incansável luta contra o abuso de poder dentro das empresas.

Na visão de Marcos Assis, *compliance* caracteriza-se como o sistema de controles internos que permite esclarecer e proporcionar maior segurança, tanto contábil quanto jurídica à empresa, prevenindo-a da prática de eventuais operações ilegais, culminando assim numa possível penalização do Estado (ASSIS, 2013, p. 30).

Além do controle interno realizado pelas empresas, em sua grande maioria, por meio de constantes auditorias internas e por análise de indicadores de riscos, o Poder Público também realiza controle fiscalizatório, tendo em vista que a corrupção pode prejudicar o meio ambiente, a livre concorrência, os consumidores, as finanças públicas, a democracia, a república e o comércio internacional (BERTONCINI; CUSTÓDIO FILHO; SANTOS, 2014, p. 14).

Muito se debate sobre este tema em âmbito mundial, ressaltando-se que este assunto não é ignorado pelos estudiosos brasileiros, que discorrem sobre o tema e a

difusão da corrupção, que para além de uma questão cultural, moral e histórica, também corresponde a um problema político e institucional, cujos efeitos podem acarretar a impotência do Estado.

A Controladoria-Geral da União também se mostrou atenta ao assunto, ao elaborar um guia destinado às empresas privadas, no qual reconhece o programa de integridade como um “compliance específico para prevenção, detenção e remediação dos atos lesivos previstos na Lei 12.846/2013” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2015). Visando a preservar a boa prática de combate às fraudes e ao ilícito, a Lei nº 12.846/2013, também denominada de “Lei Anticorrupção”, obriga a empresa a ter conhecimento de seus riscos.

Este assunto, de máxima importância, não foi menosprezado pelas empresas de consultoria, auditoria e serviços em gestão de risco, que abertamente oferecem serviços de programa de compliance ao mercado, tal como a ICTS, exemplificativamente, que:

Promove a cultura ética nas organizações e formenta programas de compliance efetivos e seus elementos: avaliações de riscos, maturidade e aderência em compliance, estruturação de comitês e áreas, elaboração e revisão de código de ética e conduta, políticas e regimentos, treinamentos presenciais e e-learning, coach, elaboração de plano de comunicação e conscientização, desenvolvimento e implantação de KRIs e dashboards, avaliação e redesenho de processos, estruturação de programas de auditoria e diligenciamento de fornecedores e terceiros. Ampla experiência em programas anticorrupção com base em leis como a brasileira Lei 12.846/13, FCPA (EUA) e UK Bribery Act (Reino Unido) e também na gestão da ética, incluindo combate ao assédio e ao trabalho escravo, e promoção da segurança do trabalho.

Hans Jonas questiona porquê a responsabilidade não esteve até hoje no centro da teoria ética (JONAS, 2006, p. 165-217):

[...] a responsabilidade de longo alcance, proporcional à amplitude do nosso poder, ela então também exige, em nome daquela responsabilidade, uma nova espécie de humildade - uma humildade não como a do passado, em decorrência da pequenez, mas em decorrência da excessiva grandeza do nosso poder, pois há *um* excesso do nosso poder de fazer sobre o nosso poder de prever e sobre o nosso poder de conceder valor e julgar.

(...)

O seu poder é o seu destino e torna-se cada vez mais o destino geral. Portanto, no caso do homem, e apenas nesse caso, o dever surge da vontade como autocontrole do seu poder, exercido conscientemente: em primeiro

lugar em relação ao seu próprio Ser. Como o princípio da finalidade atingiu o seu ponto culminante e, ao mesmo tempo, o ponto em que ele ameaça o próprio homem em virtude da liberdade de se assinalar fins e do poder de executá-los, assim em nome desse princípio o homem se torna o primeiro objeto do seu dever, aquele "primeiro imperativo" de que falamos: não destruir (coisa que ele é efetivamente capaz de fazer) aquilo que ele chegou a ser graças à natureza, por seu modo de utilizá-la.

Essa é a responsabilidade que deve nortear as empresas, posto que um agir não responsável ou não comprometido com a ética, coloca em risco o “primeiro imperativo” da lição de Jonas.

1.1 A NOVA LEI DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O *COMPLIANCE* PARA A PROMOÇÃO DE BOAS PRÁTICAS CONCORRENCIAIS

Para o Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Vinicius Marques de Carvalho, a política concorrencial de um país dificilmente seria efetiva sem concentrar esforços em punir aqueles que praticam infrações à ordem econômica ou proibir fusões e aquisições que potencialmente acarretem aumento de preços ou uma diminuição na qualidade para os consumidores. Por outro lado, seria um equívoco imaginar que se pode assegurar um ambiente competitivo apenas por meio de instrumentos. Promover a competição no mercado também passa por incentivar e criar condições para que agentes econômicos possam rivalizar entre si para trazer aos consumidores os melhores preços e a melhor qualidade de produtos e serviços (2015).

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira (Lei nº 12.529/2011), que reformulou a Lei nº 8.884/1994), estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispôs sobre a prevenção e repressão aos crimes contra a ordem econômica. Houve, por consequência, uma mudança de abordagem do órgão que ajudou a aumentar o controle e o combate às práticas ilícitas de mercado. A grande mudança no procedimento foi a previsão de análise prévia dos atos de concentração — no regime da lei revogada, as empresas tinham até 15 (quinze) dias úteis após a realização do ato de concentração para submetê-lo ao exame do CADE (2014, Instituto Ludwig von Mises Brasil).

Esse procedimento expõe a questão do *gun-jumping*², ou seja, acordos de concentração que passaram a ter total atenção pelas partes envolvidas em transações de fusões e aquisições. Tendo em vista que a análise antecipada dos atos busca a manutenção do *status quo* competitivo de um mercado, as preocupações acerca do *gun-jumping* decorrem do fato de que a coordenação prematura das atividades das empresas em processo de concentração poderá prejudicar os objetivos da análise prévia e gerar problemas anticompetitivos para o mercado, quando ainda há incerteza quanto à viabilidade concorrencial de operação sujeita à aprovação. Assim, é necessário identificar as condutas que são permitidas e proibidas às empresas para fazer cumprir a “obrigação de preservar as condições de concorrência” até a aprovação do CADE (SANSEVERINO, 2016).

A regulação sobre o acordo de leniência³ foi uma das mais expressivas alterações da Lei da Defesa da Concorrência. O atual acordo de leniência sofreu forte influência do direito estadunidense e funciona como um incentivo para que os agentes envolvidos nos delitos contra a ordem econômica colaborem nas investigações e facilitem a persecução criminal e administrativa, situação na qual o Estado irá ser mais brando, na reprovação da sua conduta. O cartel⁴, a discriminação de preços e a venda casada, dentre outros, são exemplos de condutas lesivas à concorrência e passíveis de sanção.

² Gun-jumping é expressão que se refere ao conjunto de condutas realizadas por empresas no momento pré-notificação ou durante a análise do ato de concentração pela autoridade concorrencial, ou seja, consumação de acordos de concentração sem a devida autorização do CADE. Geralmente, tais práticas objetivam a manutenção do valor da empresa adquirida, tendo a adquirente especial interesse nessas ações. Luíza Stenzel Sanseverino considera “Gun Jumping como a “queima da largada”. Em qualquer atividade que envolva a competição, seja ela esportiva ou econômica, a obtenção de uma largada rápida na disputa é de suma importância, pois qualquer tropeço, nesse momento, pode comprometer significativamente o resultado. Em um processo de concentração econômica não é diferente, porquanto a obtenção de um início rápido, ou de uma largada acelerada, garante a eficiência da negociação entre as partes, bem como do planejamento e da implementação da operação”. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/luiza_sanseverino.pdf>.. Acesso em 16 de abril de 2016.

³ Lei 12.529/11, artigo 86 “O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável (...) com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”

⁴ A fixação de preços ou condições de venda entre concorrentes.

O SBDC tem como uma de suas mais relevantes funções a investigação de condutas anticompetitivas praticadas tanto por empresas e associações quanto por pessoas físicas, para que possibilite a condenação desses agentes que praticam condutas ofensivas à concorrência. A lei regula a concessão de benefícios aos infratores que queiram cessar a conduta e passar a cooperar com as autoridades de defesa da concorrência, a fim de permitir a condenação dos demais autores dos crimes. De fato, o interesse em desvendar e punir todos os envolvidos nos delitos contra a ordem econômica sobrepõe-se ao interesse de punir um único indivíduo ou empresa.

1.2 AS SANÇÕES APLICADAS PARA PUNIR AS INFRAÇÕES DE ORDEM ECONÔMICA E OS ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

Frente às condutas anticompetitivas, no âmbito do Direito Econômico, cabe ao Estado zelar pelo cumprimento dos princípios estruturantes da ordem econômica, tendo o dever de coibir os abusos econômicos. Em linhas gerais, na previsão constitucional atual, a defesa da concorrência⁵ e as medidas antitruste, representam uma técnica adotada pelo Estado contemporâneo para implementar políticas públicas com o objetivo de prevenir o abuso do poder econômico e tutelar a livre e saudável concorrência entre os agentes econômicos (GAMA, 2014. p. 261). Some-se a isto que a concorrência regularmente praticada, beneficia tanto o consumidor, que tende a adquirir produtos e serviços por preços mais baratos, como o empresário, que poderá maximizar a oferta de bens e serviços (PIMENTEL, 2007. p. 58).

O caput do art. 173, da Constituição Federal, estabelece quando o Estado pode intervir na atividade econômica, e no § 4º do mesmo artigo, a Carta Magna brasileira estabelece competência legislativa para o ato normativo infraconstitucional

⁵ Evolução constitucional brasileira sobre a intervenção do Estado na ordem econômica e previsões legais de defesa da concorrência. A experiência fracassada na Era Vargas com as infrações à ordem econômica (Decreto-Lei 7.666/1938 e “a” CADE). A Constituição de 1946 e a criação “do” CADE (Lei 4.137/1962). A intervenção militar (Emenda nº 1, de 1969). A Secretaria Nacional de Direito Econômico (Lei nº 8.158/1991) e a atuação do CADE no Governo Collor. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/1994) e os controles preventivo e repressivo dos atos de concentração econômica. A Lei nº 12.529/2011 e suas alterações em relação ao regime anterior (mudanças nas formas de controle, estruturais e punitivas). Os crimes contra a ordem econômica e os de concorrência desleal (distinção de bens jurídicos).

dispor sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, conforme se pode observar:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O Estado possui um conjunto de órgãos governamentais, qual seja o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, que zela pelo cumprimento dos princípios estruturantes da ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

A nova Lei de Defesa da Concorrência alterou a estrutura do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e trouxe também mudanças importantes no procedimento de análise dos atos de concentração empresarial. Com relação à estrutura, houve a transformação da Secretaria de Direito Econômico, antes ligada ao Ministério da Justiça, em Superintendência Geral, órgão agora integrante do próprio CADE.

Em continuidade, o art. 36 da Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011⁶, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC⁷, assim descreve as infrações da ordem econômica:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

⁶ Altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999.

⁷ Lei nº. 12.529/11 - Título V, Das Infrações da Ordem Econômica. Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

IV - exercer de forma abusiva posição dominante⁸.

Assim, infere-se que a conquista do mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito⁹, o que será reprimível é o ato de concorrência desleal, a prática abusiva que ofenda a livre concorrência. A concorrência criminosa ocorre quando os métodos utilizados são ilícitos, que estão sujeitos à imposição de sanções.

Ao fraudar a livre concorrência ou a livre iniciativa, o infrator causa prejuízo ao mercado econômico, atingindo a ordem econômica como um todo, estando sujeito às penalidades previstas no art. 37 da Lei nº. 12.529/2011.

Um exemplo significativo é o caso da RENAULT que, segundo Joaquim F. Mateus Filho, advogado responsável pelo Departamento Jurídico da empresa em Curitiba/PR, foi obrigado a combater a fraude à concorrência desleal, especificamente no tocante à combinação de preços na compra de ambulâncias, por meio da qual as empresas concorrentes da RENAULT visavam obter vantagens em licitação pública (CONPEDI, 2016, Curitiba).

Caracterizam-se, ainda, infrações de ordem econômica¹⁰:

Art. 36 (...)

§ 3º - (...)

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

⁸ Art. 36, § 2º, da Lei nº. 12.529/11. “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresa for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

⁹ Art. 36, § 1º, da Lei nº. 12.529/11.

¹⁰ Art. 36, § 3º, inciso I à XIX, da Lei nº. 12.529/11.

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Além da caracterização da infração contra a ordem econômica aplicada pelo texto legal, Fábio Ulhoa Coelho assevera que:

[...] a caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos dois dispositivos. A conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do art. 21 somente é infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no art. 20, isto é, resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros¹¹. (1995, p. 56/57).

¹¹Refere-se a Lei nº 8.884/94, alterada pela Lei nº. 12.529/11.

Nota-se que, por derradeiro, a lei e o ensinamento do autor referem-se a toda e qualquer atividade econômica que ultrapasse os limites do regular exercício do poder econômico. Assim, fixados os limites legais para a conduta dos agentes econômicos, caso venha a ocorrer a infração administrativa (FERREIRA, 2009, p. 63)¹², estará o sujeito exposto às penalidades previstas na lei.

Desta forma, a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às penalidades previstas nos arts. 37 a 44, da Lei nº. 12.529/2011¹³, sendo que para a aplicação das penas levar-se-á em consideração:

Art. 45 (...) I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V

¹² Infração administrativa, segundo Daniel Ferreira é o “*comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo*”.

¹³ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. § 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro. § 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. **Art. 38.** Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

- o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência.

Outrossim, as penalidades administrativas previstas na Lei, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, prevê isoladamente ou cumulativamente, além das penas de multa dispostas no art. 37, penas como: a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações; a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até cinco anos, entre outras.

Adicionalmente, deve-se lembrar que, além das penas administrativas previstas na Lei nº 12.529/2011, o infrator responde penalmente e civilmente pela sua conduta. Utiliza-se como exemplo a pena privativa de liberdade aplicada nos casos de cometimento de crime contra a ordem econômica¹⁴.

A Lei nº 12.529/2011 prevê também o procedimento de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e o procedimento preparatório. No processo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, para os casos acima citados, a lei prevê, ainda, a adoção de medidas preventivas. Especificamente para o caso de processo para imposição de sanções administrativas por infrações, há a possibilidade de o CADE tomar do representante legal da empresa um compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos.

Dentro do juízo de conveniência e oportunidade, desde que colabore efetivamente com as investigações e o processo administrativo, a empresa poderá celebrar acordo de leniência com o Poder Público, ensejando a extinção da ação punitiva da Administração Pública.

¹⁴ Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

2 O COMBATE ÀS PRÁTICAS ILÍCITAS NO MERCADO ECONÔMICO

Neste cenário de maior sensibilização e combate a atos “supostamente” ilícitos, Eduardo Anders e Guilherme Missali asseveram que, “afigura-se momento ímpar no que tange ao fortalecimento da governança pública e privada” (ANDERS. MISSALI, Acesso em: 19 de fev. 2017).

Os autores acima mencionados ainda entendem que:

[...] o respeito às regras da concorrência pelo empresário é um dos vetores chave na engenharia do compliance. Urge a mudança no paradigma corporativo, em que os agentes econômicos são chamados a revisar sua postura (e cultura). O cenário atual demanda um agir proativo e responsivo, seja interna corporis, seja na relação de cooperação da empresa (e mais amplamente, da sociedade civil) com a autoridade reguladora¹⁵.

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispôs sobre a prevenção e repressão aos crimes contra a ordem econômica, possibilitando o controle de práticas não lícitas de mercado. A atual lei reformulou a Lei nº 8.884/1994, com o objetivo de aumentar o controle e o combate às práticas não lícitas de mercado (MARTINS, 2016, p. 104).

A Lei de Defesa da Concorrência (a) instituiu e disciplinou o CADE, cujas principais atribuições são: (i) analisar preventivamente atos de concentração empresarial, como fusões e incorporações de empresas (controle de estrutura), (ii) punir agentes econômicos que atendem contra a ordem econômica, praticando atos como cartéis ou preços predatórios (repressão de condutas) e (iii) difundir a chamada “cultura da concorrência” no Brasil; (b) instituiu o Departamento de Estudos Econômicos e (c) alterou as infrações e penalidades às práticas de abuso do poder econômico. O CADE tem mostrado força investigativa para opor-se às grandes aquisições anticoncorrenciais e à prática da combinação de preços, atitudes

¹⁵ No Brasil, se à luz da Lei n. 8.884, de 1994, o *compliance* começa a florescer perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), quer mediante o desenvolvimento de instrumentos voltados à detecção de ilícitos anticompetitivos, quer mediante um papel seminal de advocacia da concorrência, promovendo ações educativas em prol da conscientização antitruste, sob a égide da Lei n. 12.529, de 2011, o *compliance* ganhou a efetiva tônica e galgou uma relevante credibilidade institucional ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), além de gradualmente cristalizar a cultura da concorrência na sociedade brasileira.

condizentes com a dinâmica global e também em três vertentes: preventiva, repressiva e educativa.

Com a publicação da mencionada Lei e o fortalecimento da agenda de compliance, as empresas passaram a se focar com maior intensidade no cumprimento da legislação e nos processos administrativos originados pelo CADE no combate a cartéis em licitação. É importante ressaltar que a prática do cartel além de ser uma violação concorrencial, é também considerado uma prática de corrupção (CARVALHO, 2015).

A atuação do Estado, por meio das autoridades de defesa da concorrência, ao punir aqueles que praticam infrações à ordem econômica, ocorre tem por objetivo proteger e manter o equilíbrio da ordem econômica ao instaurar processo administrativo de investigação de práticas anticoncorrenciais (RAMOS, 2015).

O *compliance* em muito pode auxiliar as empresas no cumprimento da lei de defesa da concorrência, preconizando um comportamento adequado em relação a legislação antitruste (Lei nº 12.529/2011), que dispõe sobre a prevenção e repressão ao abuso de poder econômico, as infrações contra a ordem econômica, que de certa forma atingem a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa dos consumidores.

Importante destacar as atividades desenvolvidas pelo CADE para promover parâmetros, para que as empresas cumpram a lei de defesa da concorrência, os chamados programas de compliance concorrencial (CARVALHO, 2015).

Segundo Vinicius Marques de Carvalho, o CADE, preocupado com a segurança jurídica por parte da comunidade empresarial e jurídica, elaborou em 2015 um Guia para Programas de Compliance Concorrencial, com o objetivo de auxiliar os representantes da comunidade jurídica e de negócios. O Guia aborda de forma resumida a estrutura do Conselho e do direito da concorrência no Brasil, além de tratar dos riscos e da importância do *compliance*, dando ênfase aos benefícios do cumprimento da legislação, conferindo maior transparência e segurança para as empresas no cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência (CARVALHO, 2015).

A Lei Anticorrupção Empresarial trouxe um reforço adicional à matéria, ao considerar o cartel como prática corrupta além de violação concorrencial. No primeiro semestre de 2015 o CADE elaborou uma versão preliminar do 'Guia para Programas

de *Compliance* Concorrencial'. Como resultado dessa publicação, o CADE foi indicado como candidato ao prêmio *Antitrust Writing Awards* 2016, na categoria *Best Soft Law*¹⁶, juntamente com guias elaborados por autoridades do Canadá, Hong Kong, África do Sul e Reino Unido.

Tipicamente estruturado nos termos de uma *soft law*, o Guia do CADE tem o cunho de orientação e não vinculação, mais focado em temas para as empresas de médio e pequeno porte, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento de ambiente concorrencial saudável e manutenção da competição no mercado. A meta do CADE é explicada pelo fato de muitas das grandes empresas já terem Programas de *Compliance*. O objetivo do guia é orientar para o desenvolvimento de um programa interno de empresas que seja efetivo em evitar práticas que possam vir a ser entendidas como infrações colusivas ou unilaterais.

O desafio ao implementar-se programas de *Compliance* concorrencial é assegurar que a aplicação da legislação de defesa da concorrência seja compreendida e observada por diretores e colaboradores, evitando assim riscos desnecessários e inapropriados, sobretudo em momentos de pressão ou dilemas éticos, o que comprometeria todo o programa de *Compliance*. O Guia do CADE trata a matéria através do exercício da boa-fé a ser praticado pelas empresas, que deverá ser levada em consideração quando da penalização dos infratores, conforme o artigo 45, Inciso II, da Lei da Defesa da Concorrência.

O Guia do CADE também traz disposições voltadas a ajudar as empresas a melhorar a sua avaliação de riscos ao incorrerem em práticas anticompetitivas, e de que forma é possível mitigar riscos.

¹⁶ Para Egon Bockmann Moreira a *soft law* “... estrutura-se através de incentivos e estímulos e respectivas sanções positivas, premiais e não por meio de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas. Pretende que o agente econômico, se assim o desejar, adote determinada conduta que a regulação busca atingir. A liberdade é a marca da legislação *soft*, que pode dar-se, por exemplo, através de fomento econômico, subsídios e benefícios fiscais.” A regulação *hard*, diz o autor, “é aquela em que a autoridade competente (pública ou privada) estabelece ordens a serem obedecidas pelos agentes econômicos, que são obrigados a cumpri-las: proibir e obrigar são os verbos dos quais se ocupa a regulação *hard*. O exemplo mais nítido é o da fixação de preços (e os seus respectivos tetos).” MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, no. 44, p. 87 a 118, out dez 2013.

CONCLUSÃO

O artigo apresentou, com base em pesquisa bibliográfica e mediante o uso do método dedutivo, o *compliance* como elemento de promoção de boas práticas concorrenciais, demonstrando como essa ferramenta há de ser utilizada no controle e prevenção de possíveis ilícitos empresariais, via o emprego da autorregulação, conforme preceitua o Guia do CADE, e da adoção de códigos de conduta e políticas internas, além do treinamentos dos colaboradores, da instituição de canais de denúncia e da aderência dos gestores da empresa.

As práticas de *compliance* podem auxiliar as empresas no cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência, na implantação e na manutenção de controles internos que tenham por objetivo prevenir a ocorrência de ilícitos no âmbito empresarial.

O comportamento adequado em relação à Lei nº 12.529/2011, efetivamente pode contribuir para a diminuição do abuso de poder econômico, que de certa forma atinge o âmago da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa dos consumidores, princípios fundamentais da ordem capitalista consignados no art. 170 da Constituição de 1988.

Conjunta e paralelamente, cabe ao Estado controlar e combater as práticas ilícitas do mercado econômico, regulamentando, prevenindo e punindo as infrações de ordem econômica e os ilícitos concorrenciais, procurando soluções para combater a corrupção, de forma a atender aos interesses públicos cuja guarda lhe é atribuída por lei, protegendo a Constituição Econômica e buscando a efetivação de direitos fundamentais relacionados à função social da empresa.

REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo Caminati. MISSALI, Guilherme Teno Castilho. **Compliance e a cultura da concorrência**. Disponível em: <www.fcbnet.com.br/compliance-e-a-cultura-da-concorrncia/>. Acesso em: 19 de fev. 2017.

ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios**. São Paulo: Saint Paul, 2013.

BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance – concorrência, efetividade e transparência**. Publicado em 01 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/coluna-do-vinicius/compliance-concorrenca-efetividade-e-transparencia>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro – comentários à Lei n.8.884/94**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1995.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade: Diretrizes para empresas privadas**. CGU. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 19 fevereiro de 2017.

FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FURTADO, Heloysa Varesquine. **Compliance: a questão ética nas relações negociais no Brasil**. Disponível em: <http://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2017/Heloysa_Vareschini_Furtado.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2018.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública**. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, abr./jun. 2015. p. 129-147. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorruptao-compliance.pdf>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

GAMA, Guilherme Calman Nogueira. **Direito da Concorrência no Brasil: perfil contemporâneo**. *Revista de Direito Privado - RDPriv*, 2014.

ICTS, empresa de consultoria, auditoria e serviços em gestão de risco. Disponível em: <<http://icts.com.br/v2/por/sobre-a-icts>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

INSTITUTO LUDWIG VON MISES BRASIL. Disponível em: <<https://mises.jusbrasil.com.br/noticias/116222437/a-nova-lei-antitruste-brasileira-uma-agressao-a-livre-concorrenca>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2006.

MARTINS, José Alberto Monteiro. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado de Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. **O compliance anticorrupção empresarial no Brasil e a forte influência exercida pela legislação dos Estados Unidos da América.** Curitiba. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** Ed. Atual. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito Comercial: Teoria e Questões.** 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

RAMOS, Raul Nero Perius. **Direito Concorrencial – Condutas Anticompetitivas.** Disponível em <<https://raulnero.com/2012/10/11/infracoes-a-ordem-economica-e-a-defesa-da-concorrencia-condutas-anticompetitivas/>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2017.