



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRÁULIO CAVALCANTI FERREIRA

Título: Programa Efetivo de Compliance Concorrencial como critério legal
para definição do desconto da contribuição pecuniária em termos de
compromisso de cessação de conduta para casos de Condutas
Coordenadas

Florianópolis

2023

Bráulio Cavalcanti Ferreira

Título: Programa Efetivo de Compliance Concorrencial como critério legal para definição do desconto da contribuição pecuniária em termos de compromisso de cessação de conduta para casos de Condutas Coordenadas

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador(a): Prof. Dr Orlando da Silva Neto

Florianópolis

2023

Ficha de Identificação da obra

Cavalcanti Ferreira, Braulio

Programa Efetivo de Compliance Concorrencial como critério legal para definição do desconto da contribuição pecuniária em termos de compromisso de cessação de conduta para casos de Condutas Coordenadas/ Braulio Cavalcanti Ferreira;orientador, Orlando da Silva Neto, 2023.

400p.

Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1.Direito 2. Direito Econômico 3. Defesa da Concorrência 4. Programas de Compliance. I. Silva Neto, Orlando. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

BRÁULIO CAVALCANTI FERREIRA

PROGRAMA EFETIVO DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL COMO CRITÉRIO LEGAL PARA DEFINIÇÃO DO DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA EM TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA EM CARTEL

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado em 06 de novembro de 2023 pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves(Membro)
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy (Membro)
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Pedro Menezes Niebuhr(Membro)
Universidade Federal de Santa Catarina(UFSC)

Prof. Dr. Alexandre Cordeiro Macedo (Membro Externo)
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Dr. Andre Luppy Bastos (Membro)
Universidade Federal de Santa Catarina

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Doutor em Direito.

Insira neste espaço a
assinatura digital

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Insira neste espaço a
assinatura digital

Prof. Orlando da Silva Neto, Dr.
Orientador(a)

Florianópolis, 2023.

DEDICATORIA

Dedico a presente Tese de Doutorado ao meu pai, Professor Doutor Jovino dos Santos Ferreira.

*“Mas pois o menino voltou
Voltou homem, voltou
Doutor
Menino que é bom não cai
Pois já nasceu com a
estrela
E sempre a mente sã
Menino que é bom não cai
Pois é protegido de lansã”*

***Agora ninguém chora
mais***

(Jorge Ben Jor, 1965)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a **DEUS**, pela criação do Universo e pelo dom da vida. Em segundo lugar a minha **família**, minha filha Ana Clara(razão do meu viver), meu pai Prof. Dr. Jovino dos Santos Ferreira, minha mãe Prof.^a Dr.^a Vera Lúcia Paes Cavalcanti Ferreira, minha irmã Prof.^a Dr.^a Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira, meu irmão Prof. Dr. David Cavalcanti Ferreira, meu cunhado Dr. Daniel Codonho e minha cunhada Profa. Dra. Pamela Ferreira e meus sobrinhos Daniel Filho e Ana Júlia. Em terceiro lugar, à **Sociedade Brasileira**, pelos impostos que financiaram este Doutorado e grande parte da Ciência produzida no País. À **Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)**, aos servidores: Heloísa Apolinário Testoni, Maria Aparecida de Oliveira e Fabiano Dauwe. Aos acadêmicos de Direito que tive a oportunidade de conviver como Professor Auxiliar de Direito Constitucional e Empresarial. Ao Professor Dr. Everton das Neves Gonçalves, pelos ensinamentos sobre a vida, pais e filhos, sobre Análise Econômica do Direito, Direito Econômico e a importância do bom senso nos debates envolvendo o Direito. Aos membros da banca Professores Doutores Pedro Menezes Niehbur, Eduardo de Avelar Lamy, André Luppy Bastos, Everton das Neves Gonçalves e Alexandre Cordeiro Macedo que se disponibilizaram em participar, julgar e engrandecer a tese aqui defendida. Por fim, e em especial, ao Professor Dr. Orlando da Silva Neto, pelo exemplo de profissionalismo como advogado, professor e conferencista, pelos eventos realizados pela Associação Brasileira de Desenvolvimento (ABDE), Grupo de Estudos em Direito Empresarial e seminários na Ordem dos Advogados do Brasil. Aos colegas de trabalho de quatro anos na Superintendência Geral do **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**, em especial, Dr.^a Raquel Possamai, Dr. Alexandre Cordeiro Macedo, Dr. Dario de Oliveira Neto, Dr.^a Ana Paula Guimarães, Dr.^a Lilian Marques pela incrível experiência de operar o Antitruste na Superintendência Geral do CADE.

RESUMO

A presente tese propõe um critério legal para definição do Programa Efetivo de Compliance Concorrencial (PECC) para obtenção de desconto na Contribuição Pecuniária em Termos de Compromisso de Cessação de Conduta, envolvendo casos de condutas coordenadas. Para tanto, adota-se como tema o Direito Econômico Concorrencial. Como objetivos específicos, busca-se: (i) identificar os principais dispositivos da Legisla o referente aos Mecanismos de Integridade e Programas de Compliance, e a inser o no ordenamento jurídico brasileiro; (ii) Examinar as peculiaridades do Processo Administrativo Sancionador Concorrencial e os incidentes processuais que legitimam a análise dos Programas de Compliance pela Autoridade Antitruste; (iii) Descrever as principais teorias e as divergências relacionadas   aplica o da dosimetria da multa administrativa no Direito Concorrencial Brasileiro e examinar as Notas Técnicas e Julgados em casos de condena es e negocia es de Termos de Compromisso de Conduta que analisaram os Programas de Compliance; (iv) Propor um critério jurídico lastreado em Lei Federal que possibilite a aplica o de desconto nos Termos de Compromisso de Cessa o de Conduta Anticompetitiva por implementa o/manuten o de Compliance Concorrencial Efetivo, a fim de promover a cultura de defesa da Concorrência e da Segurança Jurídica para Jurisprudência do Direito Concorrencial Brasileiro. O procedimento desta pesquisa adotou o método dedutivo com procedimento monográfico para elabora o de Tese de Doutorado, utilizando-se as normas da NBR 10520, da ABNT, para tradu o dos textos norte-americanos e europeus. Verificada a ausência de parâmetros legais para descontos em Termos de Compromisso de Cessa o de Conduta envolvendo casos de conduta coordenada e Programa Efetivo de Compliance Concorrencial (PECC), constatou-se uma insegurança jurídica da temática não suprida pela aplica o da *softlaw* Concorrencial. Para combater essa insegurança jurídica e criar capital jurídico, sistematiza-se a discussão com o objetivo de suprir a lacuna interpretativa e ao final propor como parâmetros: (i) a defini o doutrinária do conceito de Programa Efetivo de Compliance Concorrencial (PECC); (ii) as hipóteses que legitimam a sua análise para concessão do desconto na contribui o pecuniária em TCC's; (iii) o momento processual adequado para análise do programa de compliance e o desconto pela cria o/manuten o/adequa o do programa; (iv) a necessidade de estabelecimento de um *quantum* do desconto por Programa Efetivo; (v) o combate aos Programas de Compliance de Fachada. Conforme constatado pela pesquisa dos casos analisados pela Superintendência Geral do Cade, pelo Tribunal do CADE e pelas jurisdi es internacionais favoráveis ao desconto por cria o/implementa o/manuten o, o Programa Efetivo de Compliance Concorrencial deve conter necessariamente os seguintes elementos: comprometimento, análise de risco, mitiga o do risco e revisão do programa.

Palavras-Chave: Direito Concorrencial. Programa Efetivo de Compliance Concorrencial. Redução de Contribuição. Redução de Alíquota. Desconto. Termo de Cessão de Conduta.

ABSTRACT

This thesis proposes a legal criterion for defining the Effective Competition Compliance Program (PECC) to obtain a discount in Terms of Commitment to Cessation of Conduct, involving cases of coordinated conduct. For this purpose, Competition Law is adopted as a theme. As specific objectives, it seeks to: (i) Identify the main provisions of the Legislation regarding Integrity Mechanisms and Compliance Programs, detailing the main legal foundations pointed out by the Doctrine on Compliance and Defense of Competition, as well as examining the Jurisprudence of the main Authorities Competition cases involving the observance of Compliance Programs; (ii) Examine the peculiarities of the Antitrust Sanctioning Administrative Process and the procedural incidents that legitimize the analysis of the Compliance Programs by the Antitrust Authority; (iii) Describe the main theories and divergences related to the application of administrative fine dosimetry in Brazilian Antitrust Law; (iv) Propose a legal criterion backed by Law that allows the application of a discount in the Terms of Commitment to Cessation of Anticompetitive Conduct for Effective Competition Compliance, in order to promote the culture of defense of Competition and Legal Security for Jurisprudence of Brazilian Competition Law . The procedure of this research adopted the deductive method with a monographic procedure for the preparation of a Doctoral Thesis, using the norms of NBR 10520, of ABNT, for the translation of North American texts. It was verified the absence of legal parameters for discounts in Terms of Commitment of Cessation of Conduct involving cases of coordinated conduct and Effective Program of Compliance with Competition (PECC) and the insecurity of softlaw. These parameters are: (i) the quantum of the discount; (ii) hypotheses of non-discount or its limitation); (iii) eventual concrete consequences of the Façade Program in terms of dosimetry; and (iv) the moment considered for the discount vis-à-vis the adoption of the program. Furthermore, as evidenced by the best national and international practices, the Effective Antitrust Compliance Program must necessarily contain the following elements: commitment, risk analysis, risk mitigation and program review.

Key-words: Competition Law. Administrative Council for Economic Defense (CADE). Compliance Program. Jurisprudence. Fine Reduction. Tax Reduction. Discount Reduction. Term of Assignment of Conduct. Cartel.

RESUMEN

Esta tesis propone un criterio jurídico para definir el Programa de Cumplimiento de Competencia Efectiva (PECC) para obtener un descuento en la Contribución Pecuniaria en Términos de Compromiso de Cese de Conducta, involucrando casos de conducta coordinada. Para ello se adopta como tema la Ley de Competencia Económica. Como objetivos específicos, buscamos: (i) identificar las principales disposiciones de la Legislación relativas a Mecanismos de Integridad y Programas de Cumplimiento, y su inserción en el ordenamiento jurídico brasileño; (ii) Examinar las peculiaridades del Proceso Administrativo Sancionador de Competencia y las incidencias procesales que legitiman el análisis de los Programas de Cumplimiento por parte de la Autoridad Antimonopolio; (iii) Describir las principales teorías y divergencias relacionadas con la aplicación de la dosimetría fina administrativa en el Derecho de Competencia brasileño y examinar las Notas Técnicas y Sentencias en casos de condenas y negociaciones de Términos de Compromiso de Conducta que analizaron Programas de Cumplimiento; (iv) Proponer un criterio legal basado en la Ley Federal que permita la aplicación de un descuento en los Términos de Compromiso de Cese de Conductas Anticompetitivas para la implementación/mantenimiento del Cumplimiento Efectivo de Competencia, con el fin de promover la cultura de defensa de la Competencia y la Seguridad Jurídica de Jurisprudencia del Derecho de la Competencia Brasileño. El procedimiento de esta investigación adoptó el método deductivo con procedimiento monográfico de elaboración de Tesis Doctoral, utilizando las normas de la NBR 10520, de la ABNT, para traducción de textos norteamericanos y europeos. Verificada la ausencia de parámetros legales para los descuentos en los Términos de Compromiso de Cese de Conducta que involucran casos de conducta coordinada y el Programa de Cumplimiento de Competencia Efectiva (PECC), existía una inseguridad jurídica sobre el tema no cubierto por la aplicación del softlaw de Competencia. Para combatir esta inseguridad jurídica y crear capital jurídico, se sistematiza la discusión con el objetivo de llenar el vacío interpretativo y al final proponer como parámetros: (i) la definición doctrinal del concepto de Programa de Cumplimiento de Competencia Efectiva (PECC); (ii) las hipótesis que legitiman su análisis para otorgar el descuento del aporte pecuniario en las TCC; (iii) el momento procesal adecuado para el análisis del programa de cumplimiento y el descuento por la creación/mantenimiento/adaptación del programa; (iv) la necesidad de establecer una cuantía de descuento por Programa Efectivo; (v) combatir los Programas de Cumplimiento de Fachadas. Según lo verificado por la investigación de casos analizados por la Superintendencia General del CADE, por el Tribunal del CADE y por jurisdicciones internacionales favorables al descuento para la creación/implementación/mantenimiento, el Programa de Cumplimiento de Competencia Efectiva debe necesariamente contener los siguientes elementos: compromiso, análisis de riesgos, mitigación de riesgos y revisión de programas.

Palabras clave: Derecho de la Competencia. Programa de Cumplimiento de Competencia Efectiva. Reducción de Contribuciones. Reducción de impuestos. Descuento. Plazo de Cesión de Conducta.

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS, QUADROS E TABELAS

FIGURAS

- Figura 1 - Inquéritos Administrativos (1997-2023)
- Figura 2 - Número de instauração de processo administrativos
- Figura 3 - Leniência Plus Antitruste
- Figura 4 - Processo De Negociação Do Acordo De Leniência.
- Figura 5 - OPÇÕES DO AGENTE ECONÔMICO(ADMINISTRADO)
- Figura 6 - Programa de Leniência, TCC e Leniência Plus.
- Figura 7 - Diferenças entre Acordo De Leniência e TCC.
- Figura 8 - Etapas do Procedimento para Definição De Multa.
- Figura 9 - Tribunais oferecem créditos Programas de Compliance
- Figura 10 - Compliance nas Jurisdições Internacionais

GRÁFICOS

- Gráfico 1 - Procedimento Preparatório Inquérito Administrativo (1997-2023)
- Gráfico 2 - Inquéritos Administrativos (1997-2023)
- Gráfico 3 - Cláusulas de Compliance em Termos de Compromisso de Cessação de Conduta

QUADROS

- Quadro 1 - Síntese de aplicação do Antitruste nos EUA.
- Quadro 2 - Síntese da aplicação do Antitruste no Brasil.
- Quadro 3 - Análise de Risco Concorrencial Adaptado de ICC .

TABELAS

- Tabela 1 - Síntese De Processos Analisados Pelo Cade
- Tabela 2 - Par Metros Totais De Desconto Sobre A Multa
- Tabela 3 - Matriz De Payoff em TCC
- Tabela 4 - Julgados Do Cade E Contribuição Pecuniária
- Tabela 5 - Tipificação Da Conduta De Cartel
- Tabela 6 - Julgados Do Cade E Contribuição Pecuniária
- Tabela 7 - Análise De Programa De Compliance Em TCC's Firmados Na Vigência Da Lei 12.529/2011.
- Tabela 8 - Análises De Programa De Compliance Em Tcc 's Firmados Na Vigência Da Lei 8.884/94.
- Tabela 9 - Jurisdições favoráveis e Contrárias ao Desconto por Programa de Compliance
- Tabela 10 - Consolidação dos descontos em TCC's na Lei 8.884/94
- Tabela 11 - Consolidação dos descontos em TCC's na Lei 12.529/11.
- Tabela 12 - Consolidação dos dados referentes a multas na lei 12.529/11.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACC - Acordo em Controle de Concentrações

ASG - Aspectos ambientais, sociais e de governança ou *Environmental, Social and Governance*, ESG, em inglês)

B3 B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão

BACEN - Banco Central do Brasil

BM&FBovespa BM&FBovespa S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CEDES - Centro de Estudos de Direito Econômico e Social

CF - Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988

CGU - Controladoria-Geral da União

CIEE - Centro de Integração Empresa-Escola

CMA - *Competition and Markets Authority* (Autoridade da Competição e do Mercado no Reino Unido)

CVM - Comissão de Valores Mobiliários

DEE/CADE Departamento de Estudos Econômicos do CADE

DOJ - U.S. *Department of Justice* (Departamento de Justiça Norte-Americano)

ENACC - Estratégia Nacional de Combate a Cartéis

EUA - Estados Unidos da América

FCPA - *Foreign Corrupt Practices Act* (Lei Anticorrupção no Exterior)

FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo

GCR - *Global Competition Review*

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

ICC *International Chamber of Commerce* (Câmara de Comércio Internacional)

ICN *International Competition Network* (Rede Internacional de Concorrência)

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP- Ministério Público

MPF - Ministério Público Federal

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE - *Organisation for Economic Co-operation and Development* (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)

OFT - *Office of Fair Trading* (Escritório de Comércio Leal do Reino Unido)

PinCADE - Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

ProCADE - Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE

RICADE - Regimento Interno do CADE

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE - Secretaria de Direito Econômico

SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico

SEC U.S. *Securities and Exchange Commission United States* (Comissão de Títulos e Câmbios dos Estados Unidos)

Seprac - Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

SG/CADE - Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

STF - Superior Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TCC - Termo de Compromisso de Cessação de Prática

TCU - Tribunal de Contas da União

TADE/CADE - Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

UNCTAD *United Nations Conference on Trade and Development* (Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento)

U.S.A. - United States of America

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1. UM BREVE HISTÓRICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONCORRENCIAL SANCIONADOR E A INSERÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	26
1.1.A Constituição de 1988 e os objetivos do Direito Concorrencial.....	28
1.2 Lei 8.884, de 1994, gênese e fortalecimento do SBDC (O período de 1988-2000)..	45
1.3 Termos de Compromisso de Cessação de Conduta, Programa de Leniência e Programas de Prevenção aos Ilícitos Concorrenciais (P.P.I.) na vigência da Lei 8.884/94 (O Período 2000-2010).....	58
1.4 Lei 12.529/11, o período de 2010-2020 a Operação Lava-Jato e os impactos no Direito Concorrencial (os TCC's na lei 12.529/11).....	75
1.5 A mudança de paradigma na sanção concorrencial e a necessidade do compliance concorrencial efetivo para dissuasão ótima.....	88
2. OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCORRENCIAL SANCIONADOR.....	102
2.1 O Processo Administrativo Concorrencial Sancionador.....	104
2.2 A Busca pelo marker para o Acordo de Leniência.....	123
2.3 O Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC).....	151
2.4 As etapas para proposição e Negociação do TCC.....	182
2.5 O momento de Análise do Programa de Compliance em relação à Contribuição Pecuniária e o Desconto da Multa Esperada no momento processual.....	197
3. DAS PENAS.....	221
3.1 A tipificação das Condutas Coordenadas no Direito Administrativo Sancionador...	222
3.2 A Sanção Administrativa por cartel no âmbito do SBDC.....	241
3.3 A metodologia para cálculo estimado da multa.....	255
3.4 Sanções Administrativas e Programas de Compliance Análise dos precedentes do CADE.....	292
3.5 Termos de Compromisso de Cessação de Conduta e Compliance e Análise dos Precedentes do CADE.....	299
4. COMPLIANCE EFETIVO COMO CRITÉRIO PARA DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA EM TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTAS COLUSIVAS.....	332
4.1 A importância do Compliance Concorrencial.....	333
4.2 Programa Efetivo de Compliance Concorrencial.....	367
4.3 Equação Compliance e Termo de Ajustamento de Conduta.....	392
4.4 Parâmetros Legais para o Compliance Efetivo.....	398
4.5 Proposição de Alteração Regimental ou Legislativa (Tese).....	404
CONCLUSÃO.....	409
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	417

INTRODUÇÃO

A tese apresentada visa estabelecer um critério objetivo para que a Lei Federal considere a análise de Programas de Compliance Efetivos focados na Defesa da Concorrência como elemento para redução da multa em negociações envolvendo Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCC's) para Condutas Coordenadas.

Como objetivos específicos, busca-se: i) identificar os principais dispositivos da Legislação referente aos Mecanismos de Integridade e Programas de Compliance, detalhando os principais fundamentos jurídicos apontados pela Doutrina sobre Compliance e Defesa da Concorrência, bem como examinar na Jurisprudência das principais Autoridades Concorrenciais casos envolvendo a observância dos Programas de Compliance; (ii) Examinar as peculiaridades do Processo Administrativo Sancionador Concorrencial e os incidentes processuais que legitimam a análise dos Programas de Compliance pela Autoridade Concorrencial (tanto pela Superintendência-Geral quanto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica), em especial, a Negociação do Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC's); (iii) Descrever as principais teorias e as divergências relacionadas à aplicação da dosimetria da multa administrativa no Direito Concorrencial Brasileiro (vantagem auferida, dano concorrencial, etc.), para ao final, (iv) Propor um critério jurídico lastreado em Lei Federal e resolução do CADE que possibilite a aplicação de desconto nos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta Anticompetitiva por Compliance Concorrencial Efetivo, a fim de promover a cultura de defesa da Concorrência e da Segurança Jurídica para Jurisprudência do Direito Concorrencial Brasileiro.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) detém hoje capacidade de detectar, investigar e reprimir infrações à ordem econômica, inclusive com a aplicação de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, para as pessoas jurídicas, nos termos do artigo 6º, inc. I, da Lei 12.846, de 2013, e de 50 mil a 2 bilhões de reais para pessoas físicas, conforme o inciso II, do artigo 37 da Lei 12.529, de 2011.

No entanto, a abordagem punitivista de forma isolada não é suficiente para que a Autoridade Concorrencial atinja seu objetivo fundamental, que é a dissuasão ótima de infrações concorrenciais no Brasil. É bem verdade que a investigação e a punição de condutas anticompetitivas possuem importante efeito dissuasório no ambiente de negócios. Entretanto, a análise parte da premissa de que o melhor ambiente de negócios não é aquele em que mais infrações são punidas, mas sim aquele em que menos condutas anticompetitivas são cometidas. Para tanto, defende-se a tese de que os órgãos que compõe o SBDC, em especial a Superintendência Geral (SG/CADE) e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), adotem o Programa Efetivo de *Compliance Concorrencial (PECC)* como fundamento jurídico para a mitigação prévia de danos concorrenciais, mediante concessão de desconto na contribuição pecuniária quando das negociações e homologações de casos que envolvam infrações à Ordem Econômica.

Subdivide-se a presente pesquisa em quatro capítulos no sentido de inserir a tese defendida ao marco temporal e geográfico experimentado ao presente momento do Direito Concorrencial nacional, qual seja, o Ordenamento Jurídico Brasileiro no ano de 2023.

O primeiro capítulo abordará os objetivos do Direito Concorrencial e as discussões envolvendo os principais diplomas legais da matéria, os marcos teóricos sobre os objetivos do Antitruste, com base na literatura nacional e estrangeira, bem como a prática do Direito Concorrencial e a sua aplicação ao longo do tempo pelas autoridades nacionais responsáveis pela defesa da concorrência. Ao final, busca-se apresentar os principais fundamentos científicos apontados pela Doutrina especializada sobre *Compliance* e a Defesa da Concorrência.

Ao apresentar a importância da evolução histórica da legislação que protege a livre-concorrência de abusos cometidos por agentes econômicos, afasta-se a controvérsia da ideologia política da temática, qual seja a intervenção ou não intervenção do Estado na Ordem Econômica, para assinalar ao leitor qual a

intervenção que realmente é efetiva e necessária e em qual momento ela deve ser adotada.

Não se afasta aqui a importância do debate da matéria e do cenário político, especialmente nos debates no Poder Legislativo, nas respectivas casas legislativas e a influência das escolas que nortearam o pensamento da *Law & Economics* e do Direito Concorrencial. Busca-se, apenas, através do recorte metodológico aqui adotado, apresentar a tecnicidade jurídica da disciplina à lógica real experimentada pela prática da Autoridade Concorrencial e dos Advogados que atuam na área. Nesse sentido, apresenta-se no respaldo histórico dos principais marcos legais e histórico de aplicação do Direito Administrativo Concorrencial Sancionador no Brasil, recortando os períodos modernos de aplicação da legislação Antitruste no Brasil em cada década, após-promulgação da Constituição Federal de 1988: (i) Período de 1990-2000; (ii) Período de 2000-2010 e (iii) Período de 2010 até este início de década de 2020 e (iv) 2020 - 2030.

A pontuação de evolução do Direito Concorrencial experimentada em cada período é importante para corroborar a tese de que, ao contrário do que se tem propalado em reportagens e matérias midiáticas, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência há muito tempo se preocupa com a prevenção de infrações à Ordem Econômica, em especial nos trabalhos propostos pela antiga Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) na Portaria 14/2004 que estabeleceu os Programas de Prevenção à Ordem Econômica (PPI's), na Resolução 45/2009 do CADE e o Guia de Compliance do CADE em 2016.

Destaca-se que o problema jurídico (a hipótese) aqui investigado é a ausência de parâmetros legais objetivos e não a ausência de políticas públicas já experimentadas, aptas a fomentar a proteção corporativa da própria Ordem Econômica.

O segundo capítulo apresenta o atual estado da arte do Processo Administrativo Concorrencial Sancionador, momento em que se levanta a hipótese da pesquisa, qual seja: a necessidade do agente econômico sinalizar o momento da

percepção da possível participação em uma infração à ordem econômica e de se apresentar à Autoridade Concorrencial para que possa aplicar à busca pela Imunidade Total (Leniência Total), redução da multa pecuniária (Termo de Compromisso de Cessação de Prática) ou até mesmo possibilidade de aplicação para o Programa de Leniência *Plus*.

É neste capítulo que se examinam as peculiaridades do Processo Administrativo Concorrencial Sancionador e os incidentes processuais que legitimam a análise dos programas de *Compliance* pela Autoridade Concorrencial(SG/Tribunal), em especial, na Negociação do Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC's) abertos no curso do Processo Administrativo Sancionador ou do Inquérito Administrativo.

Compreender as nuances do Processo Administrativo Concorrencial é fundamental para que o agente econômico obtenha a segurança jurídica necessária e a certeza de que a Autoridade Concorrencial analisará com critérios rígidos a existência e a importância de um efetivo programa de *Compliance* focado na Defesa da Concorrência, quando da análise para o eventual desconto em Termos de Compromisso de Cessação de Conduta por infração à ordem econômica.

Vale ressaltar que, para além dos momentos do prazo legal estabelecido para abertura e negociação dos TCC's, tanto na Superintendência-Geral, quanto no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a possibilidade de negociação do referido Compromisso, apresenta-se a necessidade da análise prévia de critérios de efetividade (ou não) de um robusto programa de *compliance*.

No terceiro Capítulo, ilustra-se o principal nó-górdio da questão que envolve Direito Concorrencial, que é a possibilidade/expectativa do agente econômico frente a possibilidade/expectativa de sanção administrativa concorrencial.

Para tanto, apresentam-se as principais teorias e julgados que compreendem a dosimetria da pena da multa administrativa no Direito

Concorrencial Brasileiro, separando-se as principais divergências entre os operadores que adotam a teoria da vantagem auferida para parametrizar a multa na infração a ordem econômica e a teoria do dano concorrencial.

Como já destacado, a Lei Federal 12.529/2011 estabeleceu vultosos valores para aplicação de pena pecuniária, obrigando os agentes econômicos, em um primeiro momento, ao contingenciamento da multa (sanção pecuniária estimada) de uma possível(futura) condenação por infração à Ordem Econômica.

Assim sendo, faz-se necessário o apontamento das principais características referentes à metodologia que tem sido aplicada para aplicação da sanção pecuniária por infração à ordem econômica, a saber o cálculo da estimativa da multa e os precedentes do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

Elucida-se também no terceiro capítulo a contribuição pecuniária e seus principais fundamentos, a saber: (i) base de cálculo, (ii) alíquota de desconto e (iii) as tabelas apontadas pelo guia para Negociação de Termo de Cessação de Conduta, elaborado pelo corpo técnico do CADE.

O terceiro capítulo propõe o questionamento: De um lado, a Autoridade Concorrencial necessita estabelecer critérios sólidos para aplicação do desconto da contribuição pecuniária em casos de TCC's nos quais o proponente tenha adotado ou tenha se comprometido a implementar um Programa de *Compliance* Efetivo(Robusto). De outro lado, o Agente Econômico precisa demonstrar que o seu Programa de *Compliance* focado na Defesa da Concorrência seja(foi) de fato Efetivo, Robusto, Sério - sustentando quais as balizas adotadas para contingenciamento dos danos concorrenciais e os parâmetros que demonstram a sua efetividade.

A tese a ser defendida é justamente essa, a Lei Federal 12.529/2011 e as Resoluções do CADE não estabelecem de forma clara(de plano) tais métricas, sendo, portanto, necessário a criação de um conceito jurídico com respaldo em Lei Federal apto a determinar o *Compliance* Efetivo.

O quarto Capítulo apresenta o conceito de Programa Efetivo de *Compliance* Concorrencial (PECC), seus princípios, sua lógica de estruturação, o comprovante de efetividade de sua aplicação e razões pelas quais a Autoridade Concorrencial deva fundamentar seus critérios. O quarto capítulo estabelece a tese que será defendida, qual seja, o critério legal a ser adotado como parâmetro para negociações de Termos de Compromissos de Cessação de Conduta Anticompetitivas, nos quais os agentes econômicos envolvidos adotem ou demonstrem a efetividade de seu programa de *compliance* efetivo, isto é, os parâmetros que devam ser estabelecidos pela Autoridade concorrencial, com o propósito de garantir a segurança jurídica necessária para o bom funcionamento da economia de livre de mercado, tal qual proposto pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, intenciona-se uma alteração legislativa no bojo do art. 45, da Lei 12.529, de 2011 combinado com futuras Resoluções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tal qual proposto pelo artigo 85, §14¹, mas em termos do que propôs a Lei 12.845, de 2013 e o Decreto Presidencial 11.129/2022, para o fiel alcance da segurança jurídica concorrencial.

A metodologia da tese proposta possui natureza de pesquisa básica pura, uma vez que buscou fornecer noções teóricas oportunas ao conhecimento. No tocante à abordagem do problema, tratou-se de pesquisa qualitativa, que se ocupou da cognição e interpretação de construções teóricas e de procedimentos administrativos conectados com o estudo e a descrição dos contextos histórico e normativo do Direito da Concorrência no Brasil.

Do ponto de vista de seus fins, a pesquisa é descritiva em seu início e propositiva ao seu fim, porquanto busca num primeiro momento descrever os parâmetros utilizados pela Autoridade Concorrencial na aplicação de Programas

¹ O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

Efetivos de Compliance Concorrencial em Termos de Compromisso de Cessação de Prática, e num segundo momento propõe uma altera o legislativa no Ordenamento Jurídico Concorrencial, para que, com força de Lei, a Autoridade Concorrencial estabeleça os critérios técnicos específicos que demonstrem a qualifica o de Efetivo Programa de Compliance Concorrencial, não vinculando seu julgamento ou qualifica o ao lastro normativo.

A análise acadêmica proposta tem como fonte de pesquisa m teria legislativa, normativa, bibliográfica e de precedentes administrativos de autoridades concorrenciais estrangeiras e brasileiras, tendo sido utilizada a plataforma CADE em n meros². Trata-se de ferramenta que apresenta os principais dados sobre a atua o do Cade na defesa da concorrência no país, de forma visual e interativa, sendo disponíveis dados de interesse público como processos julgados, atos de concentra o econômica, multas aplicadas, termos de compromissos de cessa o de conduta, entre outros. Ademais, o painel   dinâmico e permite elaborar diversos gráficos e tabelas, a partir da sele o de filtros de seu interesse.

O material bibliográfico   essencial para demonstrar o estado atual da ciência em rela o às peculiaridades do Direito Concorrencial. Além do material legislativo, o material bibliográfico será utilizado para permitir a compara o entre diferentes períodos do direito brasileiro, com a pretensão de identificar o sentido atual das regras vigentes no curso da história dos Programas de *Compliance* no Direito Concorrencial.

A análise legislativa se faz presente por conta da rela o ao ordenamento jurídico brasileiro, norte-americano e saxão, para o exame das principais regras relativas aos programas de *compliance* nestes ordenamentos. O

² CADE. CADE em Números. Disponível em: <<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 13 de jun. 2023.

recurso ao material jurisprudencial pretende favorecer uma reflexão de natureza mais empírica voltada à demonstração da efetividade da política de defesa da concorrência no Direito brasileiro à adequação das técnicas processuais do Direito Administrativo Concorrencial Sancionador.

O percurso metodológico proposto adotará especialmente o método dedutivo e a abordagem comparativa. O método é dedutivo na medida em que o eixo da tese parte de uma perspectiva geral ou generalizante do direito antitruste e do empresarial ao *enforcement* dos programas de compliance que inibam condutas contra a livre-concorrência. Enquanto a abordagem comparativa será utilizada como instrumento para ampliar a compreensão das técnicas de análise por autoridades concorrenciais, já consolidadas nos seus respectivos sistemas e no Brasil.

O procedimento eleito na estruturação da tese, como demonstra o item reservado à descrição do sumário, centrar-se-á, primeiramente, na questão metodológica, principalmente para justificar a escolha da sistematização do conhecimento e as consequências de tal opção.

Partindo desse suporte teórico, para os quais foram utilizados majoritariamente relatórios de Autoridades *Concorrenciais* e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que consolidam os entendimentos das principais jurisdições a respeito dos da Defesa da Concorrência, e a partir de uma abordagem qualitativa, pretende-se concluir a pesquisa com a dedução de uma hipótese de mudança de abordagem das autoridades de defesa da concorrência quanto a eventuais condutas anticompetitivas que podem ser prevenidas.

Busca-se investigar à luz do tema analisar posicionamento estabelecido pela autoridade concorrencial brasileira, particularmente o incentivo relacionado ao desconto pecuniário, para o infrator que mantém ou que se compromete a estruturar ou aperfeiçoar um programa de compliance concorrencial robusto ou efetivo. Conforme será detalhado, a doutrina internacional é unânime

em afirmar que um programa de *compliance* robusto e efetivo deva ser assentado em bases estruturais, de acordo com as especificidades de cada agente econômico em termos de suas necessidades, características e exposição a riscos (matriz de riscos).

Analisar o Programa Efetivo de Concorrencial ultrapassa interesses individuais, nos termos do próprio Art. 1º da Lei Federal 12.529, que aponta a ponta coletividade como fiel interessada e detentora dos direitos ao livre mercado. Assim sendo, objetivo do do Programa Efetivo de *compliance* Compliance é precaver os agentes econômicos sejam inseridos em conduta colusiva e incentivar postura ética e comprometida.

Com relação ao problema de pesquisa apresenta-se: Quais os critérios jurídicos que podem ser adotados como parâmetro pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para análise de Programas de Compliance na concessão de descontos em Termos de Compromisso de Cessação de Conduta no Brasil?

O problema estrutural desta tese reside na promoção de ambiente concorrencial saudável no Brasil, em especial, através do questionamento sobre a forma com a qual a análise de Programas Efetivos de *Compliance* focados na Defesa da Concorrência pode ser analisada com: (i) o estado normativo e ordenamento jurídico brasileiro concorrencial neste século XXI; (ii) a experiência de atuação das autoridades concorrenciais, em especial, do próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; (iii) os precedentes que moldam a jurisprudência do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica no exame de programas de compliance concorrencial. (iv) as expectativas/necessidade dos agentes econômicos que atuam no Brasil em promover a implementação de Programas Efetivos de *Compliance* Concorrencial.

A Hipótese que se apresenta é que se faz necessário o estabelecimento em Lei Federal e de Resoluções da Autoridade Concorrencial dos benefícios aos agentes econômicos que adotem programas de conformidade robustos, de forma

que a Autoridade Concorrencial determine Parâmetros Objetivos e Claros para Programas de *Compliance* focados na Defesa da Concorrência como critério jurídico para Redução da Contribuição Pecuniária em infração por conduta coordenada (desconto pecuniário), sem afastar a discricionariedade administrativa conferida à Autoridade Concorrencial por força de seus regulamentos na parametrização de descontos para análise caso a caso.

1. UM BREVE HISTÓRICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONCORRENCIAL SANCIONADOR E A INSERÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste primeiro capítulo, apresenta-se a evolução do Direito Concorrencial no Brasil à luz dos principais artigos publicados pela doutrina, para se compreender suas implicações no atual estado da arte dos Programas de Compliance no Ordenamento Jurídico vigente.

Para tanto, inicia-se a apresentação, expondo, a partir da Constituição Federal, quais são os objetivos de uma legislação concorrencial traduzidos, num primeiro momento, na repressão ao abuso de poder econômico e no combate às condutas anticompetitivas, tanto às condutas colusivas quanto às condutas unilaterais. Propõe-se um compilado dos principais artigos acadêmicos que tratam dos objetivos do Antitruste e a institucionalização de uma autoridade concorrencial, analisando-se a promulgação da Lei 8.894, de 1994 com a gênese e o fortalecimento do SBDC, período que compreende de 1988 a 2000.

Superada a fase principiológica da instituição, criação e manutenção de uma Autoridade Concorrencial em uma República Democrática e Liberal, que estabelece a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios constitucionais estruturantes de sua Ordem Econômica, avança-se à identificação e sistematização dos principais momentos de aplicação do Direito Concorrencial Sancionador experimentados pela Autoridade Concorrencial Brasileira, em especial pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), analisando-se os três principais instrumentos aplicados pelo referido órgão: termos de Compromisso de Cessação de Conduta, Programa de Leniência e Programas de Prevenção aos Ilícitos Concorrenciais (P.P.I.) na vigência da Lei 8.884/94, no período 2000-2010.

Em seguida analisa-se a Promulgação da Lei 12.529, de 2011, repressão a cartéis e os impactos no Direito concorrencial (Período de 2010-2020)

para em seguida no último tópico analisar a mudança de paradigma na sanção concorrencial e a necessidade do Compliance Concorrencial Efetivo para Dissuasão Ótima: A situação do Compliance Concorrencial no Ordenamento Jurídico.

Nesse ritmo, ultrapassa-se as duas principais divisões históricas do Direito concorrencial brasileiro estabelecidas, a primeira elaborada pelos Professores Gesner de Oliveira, e João Grandino Rodas³ e a segunda desenvolvida pelo professor Francisco Ribeiro Todorov⁴, adentrando-se diretamente no período recente de aplicação do Direito Concorrencial no Brasil, em que foi estabelecido e destinado espaço para análise dos Programas de Compliance Concorrencial.

Serão, portanto, examinados fatos históricos, econômicos e jurídicos que moldaram a aplicação do Direito Concorrencial Sancionador no Brasil nos últimos 40(quarenta) anos. Consequentemente, analisar-se-á a sinalização que os agentes econômicos nacionais e estrangeiros receberam nos últimos 40 anos da efetiva aplicação de um moderno e consolidado arcabouço jurídico e administrativo destinado à defesa da concorrência do Brasil.

³ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 17.

⁴ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202> >. Acesso em: 16 de jun. 2022.

1.1.A Constituição de 1988 e os objetivos do Direito Concorrencial.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu que a Lei deve reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros⁵.

Seguindo os mandamentos Constitucionais, o Brasil promulgou a Lei Federal 8.884, de 1994, que consolidou o já existente Conselho Administrativo de Defesa Econômica(CADE)⁶. A aplicação do Direito Concorrencial ocorre principalmente pelos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)⁷, especialmente pelo CADE, Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Justiça, robustecida pela Lei 8.884/94, que foi mantida e redesenhada pela “Nova” Lei de Defesa da Concorrência, Lei Federal 12.529, de 2011.

A Origem do Direito Concorrencial, ou Direito *Antitruste*, provém de países anglo-saxões cuja fundação Republicana e Liberal, parte da proteção à vida, à liberdade e à propriedade a partir dos ideais do liberalismo clássico de John Locke e Adam Smith para persecução de conluios, conspirações e atos mercantis que pudessem de alguma forma restringir o comércio.

⁵ 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.

⁶ Oliveira e Rodas assinalam que durante a vigência da Lei 4.137, de 1962, procedeu-se a inúmeras averiguações preliminares, no entanto, o número de processos que chegaram ao CADE para julgamento não foi muito alto. Os autores ressaltam que a norma poderia ter obtido efetividade mais crescente e uniforme. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20.

⁷ A antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94), assim como a Lei 12.529/2011, tiveram como principais objetivos: estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica

Tais ideais ganharam força na Doutrina da *Restraint of Trade*⁸, no Reino Unido, que anos mais tarde foram absorvidas e desenvolvidas nos Estados Unidos da América através do Congresso da Philadelphia, que resultou na promulgação da Constituição de 1776, pautadas principalmente nos ideais de Thomas Jefferson, Benjamin Franklin e demais Congressistas das Cartas Republicanas. Mais adiante os EUA promulgaram o Sherman Act, uma Lei Federal nos Estados Unidos destinada à repressão ao abuso de poder econômico⁹.

É bem verdade que a primeira Lei de espectro nacional publicada e editada foi a *Competition Act* no Canadá em 1874¹⁰, que visava combater os monopólios naturais daquele país. Após a promulgação do diploma legislativo, houve uma série de medidas do governo canadense para criar, desenvolver e manter uma robusta estrutura administrativa destinada a combater os trustes e monopólios e demais conspirações¹¹.

Nos Estados Unidos da América, o Sherman Act de 1890¹², estabeleceu multas para combinações de preços e conspirações mercantis, o Clayton Act de 1914¹³, que coibiu práticas anticompetitivas e o Federal Trade Commission Act de 1914¹⁴, que criou um aparato administrativo para reprimir tais condutas e conspirações anticompetitivas¹⁵.

⁸ Restrições de comércio é uma doutrina de direito comum relativa à aplicabilidade de restrições contratuais à liberdade de conduzir negócios.

⁹ As ideias de um Governo Civil e da importância da preservação da propriedade privada podem ser observadas na obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil, uma obra de filosofia política publicada anonimamente por John Locke no ano de 1681, que expõe a teoria de Locke referente ao Estado liberal.

¹⁰ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 8.

¹¹ Op. cit. P. 8.. p. 8.

¹² U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act>>. Acesso em: 5 de jan. 2023

¹³ U.S. CONGRESS. **Clayton Antitrust Act, 1914**. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/clayton-antitrust-act/>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

¹⁴ U.S. CONGRESS. **Federal Trade Commission Act, 1914**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/federal-trade-commission-act>>. Acesso em: 6 de abr. 2023.

¹⁵ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law na Business, 1997. p. 35. POSNER, Richard A. **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 31

Nas suas primeiras décadas, a Lei Sherman foi obsoleta por várias razões: era muito vaga, o que permitia aos trustes encontrar brechas legais para controlar a indústria através de holdings, sendo que a Suprema Corte não concebia a produção industrial como comércio e, por isso, a indústria estava isenta da Lei. Esta lei foi mais efetiva contra os sindicatos de trabalhadores – considerados cartéis – do que contra as próprias firmas. Como consequência, o processo de cartelização e monopolização aprofundou-se nos primeiros anos do século XX. Assim, surgem trustes em diversas indústrias: petróleo (Standard Oil), cigarros (American Tobacco), aço (U.S. Steel), biscoitos (Nabisco), entre outros¹⁶.

Depois de anos de domínio republicano, o Partido Democrata retornou ao poder em 1912, resultando no fortalecimento da capacidade governamental – legal e administrativa – de restringir o poder das grandes corporações de utilizarem métodos anticompetitivos, tendo havido a aprovação de duas novas leis em 1914: o Clayton Act e o Federal Trade Commission (FTC) Act. A Lei Clayton tenta definir condutas anticoncorrenciais de forma mais clara, listando uma série de condutas que seriam ilegais, obrigando a submissão de fusões e operações entre concorrentes¹⁷.

Também foi criada a FTC, uma agência administrativa responsável por realizar investigações e adjudicações na área antitruste, que veio a compartilhar competência com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça [DOJ] norte-americano, encarregado pela investigação criminal. Outras legislações importantes se somaram ao arcabouço normativo da política antitruste norte-americana, entre elas a Lei Robinson-Patman (1938), que proíbe a discriminação de preços; a Celler-Kefauver (1950), que trata de operações e restrições de natureza vertical e a Lei Hart-Scott-Rodino (1976), que obriga que as operações de

¹⁶ GHEVENTER, Alexandre. **Política Antitruste e Credibilidade Regulatória na América Latina**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/dados/a/R6gHrgFmYDkhjkJLpFMcrhL/?lang=pt>>. Acesso em: 26 maio de 2023.

¹⁷ GHEVENTER, Alexandre. Op. cit.

fusão e aquisição sejam previamente notificadas à DOJ e à FTC, para análise dos possíveis efeitos anticompetitivos de uma operação antes de sua efetiva ocorrência¹⁸.

Destaca-se que a história da jurisprudência norte-americana demonstra que a política antitruste é bastante suscetível a alterações no sistema político. Até os anos 70, a FTC tinha uma linha de atuação bastante agressiva contra práticas e operações que pudessem ser consideradas anticoncorrenciais. Até então, predominava a conhecida expressão “small is beautiful”, tendo sido abertos, no início dos anos 70, grandes processos contra a IBM, Xerox, AT&T e mais três produtoras de cereais prontos para consumo (Kelloggs, General Mills e General Foods), todas elas acusadas de monopolização, entre outros casos¹⁹.

No final dos anos 70, o Congresso criticou publicamente a FTC por uma série de investigações e programas realizados durante a década, considerados abusivos. O Senado ameaçou cortar verbas e extinguir o órgão. Com isso, a FTC encerrou seus casos mais polêmicos e passou a seguir uma linha de atuação menos intervencionista. Weingast e Moran (1983) argumentam que a FTC perseguia os interesses da comissão de assuntos antitrustes do Congresso durante os anos 70. Na primeira metade da década, o Congresso criticava sistematicamente a FTC pela falta de agressividade de suas ações e dava suporte para uma política antitruste ativista. Entre 1976 e 1979, quase todos os membros que formavam a coalizão dominante dentro da comissão do Congresso que envolvia a área antitruste afastaram-se, resultando, assim, na alteração das preferências da comissão²⁰.

No período dos governos Reagan/Bush, a meta da política antitruste passou a ser a da eficiência econômica, com um enfoque claramente pró-indústria. Mesmo que uma fusão acarretasse transferências de renda de consumidores para produtores (por exemplo, mediante aumentos de preços), esse tipo de associação poderia ser aprovado, caso gerasse aumento da eficiência. Deve-se destacar, entretanto, que tal critério foi parcialmente revisto na administração Clinton.

¹⁸ GHEVENTER, Alexandre. Op. cit.

¹⁹ GHEVENTER, Alexandre. Op. cit.

²⁰ GHEVENTER, Alexandre. Op. cit.

Assim, são bastante conhecidos os processos movidos contra a Microsoft entre 1994 e 1998, por tentativa de monopolização do mercado de sistemas operacionais para computadores pessoais e do de browser, o software que permite a conexão do usuário com a Internet. Nesse sentido, parece haver íntima correlação entre o partido no poder e a meta da política antitruste, já que os conservadores tendem a ser mais pró-indústria, enquanto os liberais aparentam ser mais pró-consumidores²¹.

A aplicação do Direito Antitruste(Concorrencial) nos EUA já conta com mais de um século de precedentes. Sobre o tema, são diversos os autores como William Kovacic²², Herbert Hovenkamp²³ e Thomas Piraino Jr²⁴, que promovem uma significativa análise da aplicação do Direito Concorrencial e as premissas hermenêuticas de sua aplicação.

Tem-se, portanto, que o objetivo de uma legislação antitruste é combater conluios, conspirações e combinações de preços que possam lesar os consumidores, a produção e circulação de riquezas de um país, sem deixar de compreender o momento experienciado por cada nação.

Em interessante artigo publicado na George Mason Law Review, Berle e Means, apontam que o Direito Antitruste (Concorrencia) passou a ser uma ferramenta para adequar corporações (até então) guiadas pelo espírito do capitalismo selvagem aos interesses da sociedade: “Corporações passaram de força motriz da economia americana à criaturas poderosas que precisavam ser domesticadas”²⁵.

²¹ GHEVENTER, Alexandre. Op. cit.

²² KOVACIC, Willia; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **GW Law Faculty Publications & Other Works**.633. p. 3. 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/633/>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

²³ HOVENKAMP, H. J. Antitrust Policy after Chicago. **Michigan Law Review**, v. 84, pp. 213-284, 1985. p. 227.

²⁴ PIRAINO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. **Indiana Law Journal**, v. 82, n. 2. 2007. p. 351.

²⁵ A Berle and GC Means. **The Modern Corporation and Private Property**. 2nd edn Harcourt, Brace and World, New York 1967. p. 2

Mark J. Roe escreveu sobre a relativização da aplicação das normas de Direito Antitruste ao considerar o momento experimentado pela sociedade, ilustrando da seguinte forma:

Uma sociedade que compreende suas empresas/corporações como criaturas poderosas cuja força seria capaz de rivalizar com as do Governo estaria mais propensa a restringir as ações dessa, via aplicação rigorosa do Antitruste para tranquilizar os efeitos das ações dessas grandes corporações. De outro modo, a sociedade que compreende suas empresas como fracas, em decadência interna e, sob a mira de ofertas públicas de aquisição por concorrentes internacionais, poderia aceitar a aplicação mais branda das regras de Direito Antitruste, no intuito de proteger suas empresas e seus gestores de aquisições internacionais - que foi exatamente o que aconteceu entre 1959 e 1995 nos Estados Unidos da América²⁶.

Spencer Weber Waller, em seu artigo “Corporate Governance and Competition Policy”, aborda a influência da Lei Antitruste nas relações comerciais e demonstra que a criação dos mecanismos de Governança Corporativa e a modernização da gestão empresarial foram ferramentas adotadas pelas Corporações para evitar que atos comerciais como fusões e aquisições pudessem diminuir a concorrência sob a égide do Sherman Act²⁷.

O principal objetivo da legislação antitruste é coibir monopólios e abuso de poder econômico nas bases do que foi determinado pela *Restraint of Trade Doctrine*. A importância da análise da aplicação do Direito Antitruste Nacional é bem elucidada por Cordeiro:

Isto porque, mesmo sendo uma jurisdição civilista, os precedentes do Cade são de extrema importância para nortear o comportamento dos agentes econômicos. Neste sentido, há que se pontuar que o direito *antitruste* tem como características a maleabilidade e a mutabilidade necessárias para o acompanhamento do dinamismo do mercado. Em função disto, apenas diretrizes gerais estão previstas em normas rígidas (como a Lei 12.529/2011), de forma que a maioria do seu regramento apresenta-se em normas infralegais, tais como decretos, resoluções,

²⁶ ROE, Mark J. From Antitrust to Corporation Governance? The Corporation and the Law: 1959-1994 (August 5, 2011). The American Corporation Today, pp. 102-127, Carl Kaysen, ed., 1996. Disponível em: <SSRN:http://ssrn.com/abstract=10032>. Acesso em: 19 de abril de 2022.

²⁷ Waller, Spencer Weber. Corporate Governance and Competition Policy. **George Mason Law Review**, Vol. 18, No. 4, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1681673>. Acesso em: 22 de set. 2022.

portarias, jurisprudências, guias e manuais – também chamados de *soft laws*²⁸.

A ideia é que o objetivo da análise do Direito Antitruste é a maximização do bem-estar e da utilidade dos bens produzidos e consumidos pela sociedade. Bork aponta que é indispensável definir a finalidade do Direito Antitruste para que se possa estruturar coerentemente suas normas substantivas:

[A] política antitruste não pode se tornar racional até que nós possamos responder uma pergunta: qual é a finalidade da lei – quais são seus objetivos? Todo o restante deriva da resposta que damos a essa pergunta. O juiz, ao aplicar a lei antitruste, deve ser guiado por um valor ou vários? Se são vários valores, como ele deve decidir casos em que há conflito entre valores? Apenas quando a questão da finalidade do antitruste for resolvida será possível ter uma estrutura coerente de normas substantivas²⁹.

O objetivo do Direito Concorrencial é, portanto, combater o abuso do poder econômico. Cordeiro relata que, ao passo em que o abuso do poder econômico pode, de fato, ser o objeto de análise presente desde as origens do Direito Antitruste, coibir o abuso do poder econômico não possui um fim em si mesmo³⁰. O autor aponta que o abuso de poder de mercado é apenas mais um dos fatores que impedem mercados competitivos de atingir a eficiência. Para Cordeiro, a existência de informações imperfeitas e externalidades de produção, conforme aponta a teoria microeconômica, também pode impedir a eficiência desejada. Trata-se da chamada externalidade de produção, que ocorre quando as possibilidades de produção de uma empresa são influenciadas pelas escolhas de outra empresa ou de outro consumidor.

²⁸ CORDEIRO, Alexandre; SIGMORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. **Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-Covid-19**. Disponível em: <[²⁹ BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Editora The Free Press, 1993. p. 50.](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-objetivos-do-direito-antitruste-evolucao-e-perspectivas-para-o-pos-covid-19-01082020#:~:text=Isto%20porque%2C%20mesmo%20sendo%20uma%20jurisdição%20civilista%2C%20os,necessárias%20para%20o%20acompanhamento%20do%20dinamismo%20do%20mercado.>Acesso em: 7 de set. 2022.</p></div><div data-bbox=)

³⁰ CORDEIRO, Alexandre; SIGMORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. *Op. cit.*

Varian ensina que a principal característica da externalidade é a existência de bens com os quais as pessoas se importam e que não são disponíveis/vendidos nos mercados, ou seja, é a falta de mercado para estas externalidades que causa os problemas, a exemplo da ausência de mercado para música às três da madrugada ou para fumaça produzida por charutos baratos³¹.

Ao aprofundar a análise sobre os objetivos do antitruste, Cordeiro assinala que há uma discussão importante em torno do questionamento sobre a finalidade que existe em reprimir a concentração de poder, emergindo uma polarização sobre o que deve ser combatido: as estruturas de mercado, conforme passou a defender a Escola de Harvard ou as condutas em si, de acordo com o posicionamento defendido pela Escola de Chicago³².

Os diversos autores que³³ defendem os efeitos da competição sobre o crescimento econômico incentivaram Dutz e Hayri³⁴ (2016) a desenvolverem um robusto estudo econométrico, cujos resultados apontaram para a existência de uma forte correlação entre a efetividade da política concorrencial e o crescimento econômico³⁵.

Diante desses debates, a sociedade norte-americana herdou a) "*o entendimento de que o objetivo das leis antitruste restringiam-se à proteção do bem-estar do consumidor*"³⁶; b) "*a clareza de que o que se estava procurando proteger era o instituto da competição e não os competidores*"; e c) "*de que para*

³¹ VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 679-680.

³² CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. **Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-Covid-19**. Disponível em: <[³³ Segundo Cordeiro e Signorelli, seriam os seguintes autores: Caves e Barton, 1990; Green Mayes, 1991; Nickel, 1996; Harrison, 1994; Laporta e Lopez-de-Silanes, 1999.](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-objetivos-do-direito-antitruste-evolucao-e-perspectivas-para-o-pos-covid-19-01082020#:~:text=Isto%20porque%2C%20mesmo%20sendo%20uma%20jurisdição%20civilista%2C%20os,necessárias%20para%20o%20acompanhamento%20do%20dinamismo%20do%20mercado.>Acesso em: 7 de set. 2022.</p></div><div data-bbox=)

³⁴ DUTZ, M. A. & HAYRI, A. Does more intense competition lead to higher growth?. **CEPR Press Discussion Paper No. 2249**. Disponível em: <<https://cepr.org/publications/dp2249>>. Acesso em: 23 de set. 2022.

³⁵ CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. *Op. cit.*

³⁶ Ideia trazida por EASTERBROOK em "Limits of Antitrust".

*fazê-lo, seria necessário desenvolver todo um arcabouço metodológico capaz de auxiliar na execução do que estivesse disposto em lei".*³⁷

Dina Waked utiliza-se da frase³⁸ de Robert Bork que remete à urgência na definição da finalidade da lei antitruste para destacar o equívoco dos países que se limitam à importação de leis estrangeiras sem refletir sobre que tipo de objetivo pretendem alcançar a partir da sua adoção³⁹.

A aplicação da Legislação Antitruste nos Estados Unidos da América já resta consolidada e suas aplicações podem ser analisadas nas obras *Antitrust Law – An Economic Perspective*⁴⁰, do Professor Richard Posner, da Universidade de Chicago e do Professor Herbert Hovenkamp⁴¹ da Universidade de Iowa.

Em relação aos objetivos do Direito Antitruste (Concorrencial) o Ex-Procurador-Geral Adjunto da Divisão Antitruste dos Estados Unidos, Makan Delrahim, explicou que:

O objetivo da lei antitruste é garantir que as empresas concorram por meio de preços, inovação ou qualidade superiores. O preço é, portanto, apenas uma dimensão da concorrência, e fatores não relacionados ao preço, como inovação e qualidade, são especialmente importantes em mercados de preço zero. Como outros recursos que tornam um serviço atraente para um consumidor específico, a privacidade é uma importante dimensão da qualidade. Por exemplo, a concorrência robusta pode estimular as empresas a oferecer mais ou melhores proteções de privacidade. Sem concorrência, uma empresa dominante pode reduzir mais facilmente a qualidade, como diminuir as proteções de privacidade, sem perder um número significativo de usuários⁴².

³⁷ WAKED, Dina. **Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices**. Seattle University Law Review, 2015, Vol. 38, p. 945-1006.

³⁸ BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Editora The Free Press, 1993. p. 50.

³⁹ WAKED, Dina. **Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices**. Seattle University Law Review, 2015, Vol. 38, p. 945-1006.

⁴⁰ POSNER, Richard A. **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

⁴¹ HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust policy after Chicago**. Michigan Law Review. n. 84. 1985.

⁴² Tradução do autor para: "The goal of antitrust law is to ensure that firms compete through superior pricing, innovation, or quality. Price is therefore only one dimension of competition, and non-price factors like innovation and quality are especially important in zero-price markets. Like other features that make a service appealing to a particular consumer, privacy is an important dimension of quality. For example, robust competition can spur companies to offer more or better privacy protections. Without competition, a dominant firm can more easily reduce quality-such as by decreasing privacy protections-without losing a significant number of users". DELRAHIM, Makan. "Blind[ing] Me With Science"*: Antitrust, Data, and Digital Markets. **Challenges to Antitrust in a Changing Economy**. Harvard Law School Cambridge, MA. November 8, 2019.

O Quadro 1 foi elaborado com base nos estudos de Kovacic e Shapiro e sintetiza a evolução da Aplicação da Lei Antitruste nos EUA de maneira cronológica, passando-se pelos primeiros dias da Lei Sherman de 1890 a 1914; pela ascensão da Regra da Razão de 1915 a 1936, pela Ênfase na Estrutura do Mercado e Regras Per Se no período de 1936 a 1972, pela Ascensão da Escola de Chicago no período de 1973 a 1991, para se seguir para um período de Síntese Pós-Chicago a partir de 1992⁴³.

Quadro 1 - Síntese de aplicação do antitruste nos EUA

PERÍODO	OS FATOS
1890–1914	Os primeiros dias da Lei <i>Sherman</i>
1915-1936	A ascensão da Regra da Razão
1936-1972	Ênfase na análise das Estruturas de Mercado e Regras Per Se
1973-1991	A ascensão da Escola de Chicago
Desde 1992	Rumo a uma síntese

Fonte: Elaborado pelo Autor.

Os objetivos do Antitruste e os limites de atuação da autoridade concorrencial são temas de grande debate.⁴⁴ São diversos os artigos que defendem as correntes que colocam em disputa quais seriam os reais objetivos do Direito

Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1217071/download>>. Acesso em: 30 de mar. 2023.

⁴³ KOVACIC, William, E.; SHAPIRO, Carl. 2000. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **Journal of Economic Perspectives**, 14 (1): 43-60.

⁴⁴ BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Editora The Free Press, 1993. p. 50. GINSBURG, Douglas H; WRIGHT, Joshua D. The Goals of Antitrust: Welfare trumps choice. **Fordham Law Review**, 2014, Vol. 81, p. 2405-2423. CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. Op.cit.

Antitruste: (i) a maximização do bem estar do consumidor (*consumer welfare*) ou (ii) a busca pela eficiência econômica.⁴⁵ Sobre o assunto, Ragazzo assim descreve:

Escolas de Harvard, Chicago e Pós Chicago. Embora a legislação de concorrência exista no Brasil desde a década de 1960, o fato é que o assunto somente entrou na pauta governamental como algo importante a partir da promulgação da recém-revogada lei 8.884/94, dentro de uma perspectiva de liberalização de mercados e, portanto, como estratégia de redução de intervenção estatal (ao contrário da sua origem, nos Estados Unidos e no Canadá). Isso é particularmente interessante porque, por conta do período de controle de preços, o Brasil acabou não evoluindo as suas visões econômicas sobre concorrência paulatinamente a partir da Lei 4.137/62, sofrendo fortes influências dos fundamentos teóricos das escolas americanas, que possuem pressupostos e orientações por vezes diametralmente opostos (até porque surgiram em momentos diferentes e direcionaram preocupações de ordem distinta)⁴⁶.

Posteriormente Escolas como Brandesianismo (também conhecida como hipster antitruste), a Escola de Chicago, a Public Choice, Neo Brandesianismo tendem a defender suas teses a respeito do prisma sob os quais observam a aplicação do Direito Concorrencial. Nesse sentido, vale destacar que o termo “Hipster Antitrust” foi criado pelo advogado norte-americano Konstantin Medvedovsky em uma troca de mensagens pelo Twitter com Joshua Wright, um ex-membro da Federal Trade Commission dos Estados Unidos.

A hashtag #HipsterAntitrust foi mencionada em vários discursos do Senador americano Orrin Hatch e também se popularizou por intermédio do ex-comissário Joshua D. Wright. O movimento também foi chamado de “New Brandeis”, em referência ao ex-juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis, que alertava sobre os perigos do poder de mercado das grandes empresas. Especificamente sobre o Hipster Antitruste, pode-se dizer que ele pede a rejeição do foco no bem-estar do consumidor para defender que o interesse público seja a estrela-guia da lei antitruste, exigindo dos Tribunais e Agências que considerem uma variedade de objetivos sociais e políticos. Ademais defende a

⁴⁵ KIRKWOOD, John B. & LANDE. The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency, 84 **Notre Dame L. Rev.** 191 (2008). Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol84/iss1/4>>. Acesso em: 27 de abr. 2023.

⁴⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A Regulação da Concorrência.** Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/174307/mod_resource/content/1/fulltext-2.pdf>. Acesso em: 17 de abr. 2023.

utilização de indicadores de desempenho de mercado, como estrutura de mercado e tamanho da empresa, ao invés de avaliar os efeitos anticompetitivos reais. Sobre o tema então, Dorsey e outros afirmam que:

Em suma, Hipster Antitruste procura dismantlar a abordagem antitruste bem definida, objetiva e baseada na economia, desenvolvida através da jurisprudência por décadas, para eliminar o estado de direito associado a essa abordagem e enviar a jurisprudência antitruste de volta à sua Idade da Pedra. Ele o faz enquanto ataca a América corporativa em geral e com floreios retóricos que anseiam nostalgicamente por um retorno aos dias de caça à confiança da infância do antitruste⁴⁷.

O Hipster Antitruste, portanto, se preocupa com a captura regulatória e a influência corporativa superdimensionada na regulamentação e nos resultados do mercado. Entretanto, ao expandir dramaticamente o poder discricionário dos agentes antitruste e remover as salvaguardas institucionais que garantem a responsabilidade, o Hipster Antitruste, nos dizeres de Dorsey e outros, daria início a uma nova era de busca de renda por parte das corporações que esperavam fazer mau uso das leis antitruste para obter vantagens sobre os concorrentes. Ao assim fazer, o Hipster Antitruste infelizmente ignora os importantes ensinamentos da teoria da escolha pública e troca o atual regime antitruste, que promove o bem-estar do consumidor, por um que invariavelmente beneficia as empresas e maximiza o bem-estar corporativo⁴⁸.

Ao examinar os desafios para a fiscalização antitruste de maneira construtiva durante um período de preocupação crescente e generalizada com o poder político e econômico de grandes corporações nos Estados Unidos da

⁴⁷ Tradução do autor para: In short, Hipster Antitrust seeks to dismantle the well-defined, objective, and economics-based approach to antitrust developed through case law for decades, to eliminate the rule of law associated with that approach, and to send antitrust jurisprudence careening back to its Stone Age. It does so while attacking corporate America generally and with rhetorical flourish that nostalgically yearns for a return to the trustbusting days of antitrust's infancy. Dorsey, Elyse and Rybnicek, Jan and Wright, Joshua D., Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking (April 18, 2018). Competition Policy International Antitrust Chronicle (April 2018), **George Mason Law & Economics Research Paper No. 18-20**. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=3165192>>. Acesso em: 15 de abr. 2023.

⁴⁸ Dorsey, Elyse and Rybnicek, Jan and Wright, Joshua D., Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking (April 18, 2018). Competition Policy International Antitrust Chronicle (April 2018), **George Mason Law & Economics Research Paper No. 18-20**. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=3165192>>. Acesso em: 15 de abr. 2023.

América, Shapiro em artigo enfatiza três temas como essenciais. Em primeiro lugar, um conjunto de evidências econômicas apóia a imposição de fusões mais vigorosas nos Estados Unidos, isso devendo ser feito de maneira consistente com princípios econômicos sólidos. O autor assinala que um controle mais rígido de fusões pode ser alcançado utilizando a presunção legal existente contra fusões altamente concentradas e revigorando a doutrina de concorrência potencial para bloquear fusões entre empresas que podem se tornar rivais diretas em um futuro previsível. Em segundo lugar, enfatiza o escrutínio antitruste rigoroso como apropriado para as maiores e mais poderosas empresas existentes, incluindo as do setor de tecnologia. No entanto, determina que a coerência e a integridade do antitruste exigem que empresas bem-sucedidas não sejam atacadas simplesmente, porque conquistaram posições dominantes. Nesse sentido, destaca que a aplicação antitruste adequada em relação à conduta unilateral de empresas dominantes deve continuar a se concentrar na identificação de condutas específicas que prejudiquem os clientes ou interrompam o processo competitivo, especialmente condutas que excluam rivais incômodos e perturbadores. Finalmente, em terceiro lugar, Shapiro destaca que, embora a fiscalização antitruste tenha um papel vital a desempenhar para manter os mercados competitivos, a lei antitruste e as instituições antitruste não são adequadas para tratar diretamente de preocupações associadas ao poder político de grandes corporações ou a outros objetivos de políticas públicas, como desigualdade de renda ou criação de empregos. Nesse sentido, o autor sugere a reforma do financiamento de campanha, a política tributária, o trabalho, a educação e outras políticas como muito mais adequadas para atender a esses objetivos críticos de política pública⁴⁹.

Em artigo intitulado Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil⁵⁰, o Prof. Eric Hadmann Jasper assinala que “a norma

⁴⁹ Shapiro, Carl. **Antitrust in a Time of Populism** (October 24, 2017). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3058345>>. Acesso em: 5 de abr. 2023.

⁵⁰ JASPER, E. H. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 171-189, 2019. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/424>>. Acesso em: 31 mar. 2023. P. 188.

brasileira contribui para a dificuldade da autoridade de defesa da concorrência em delimitar objetivo ou finalidade do direito antitruste nacional”. Segundo o autor, a Lei da Defesa da Concorrência, apesar de ter um capítulo dedicado à “finalidade” do direito da concorrência, descreve diversos princípios constitucionais, entre eles: liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores e uma conduta que a Carta Magna determinou que normas infraconstitucionais reprimam (e., repressão ao abuso de poder econômico, vide artigo 173, parágrafo 4, da Constituição Federal). Não se observa uma distinção clara, conforme ensina o autor, entre princípios do Direito da Concorrência e objetivos.

Jasper concluiu que a análise da legislação concorrencial brasileira e das normas infralegais e documentos do CADE demonstra uma difusão de princípios/finalidades do antitruste nacional (i.e., liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores/bem-estar do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico, eficiência e proteção ao processo competitivo) e uma leve primazia do bem-estar do consumidor, ao menos no que tange à análise de AC⁵¹.

Destaca-se que, ao examinar os precedentes do CADE, Jasper demonstra uma lista de finalidades difusa com destaque para o “bem-estar do consumidor” (6 menções, incluindo a expressão “maximização de valor econômico ao consumidor”), a proteção da concorrência (3 menções), a proteção dos mercados (3 menções), eficiência (2 menções), bem-estar econômico (2 menções) e efeitos sociais (2 menções). Ainda, constatou-se mera repetição do artigo 1 da LDC, com livre iniciativa (3 menções, sendo uma delas mais relevante –vide AC 08700.003636/2016-01), livre concorrência (2 menções), função social da propriedade (2 menções), defesa do consumidor (2 menções, sendo que não foi possível concluir se o precedente se referia ou não a bem-estar do consumidor, conceito distinto) e repressão ao abuso do poder econômico (2 menções). Finalmente, verificou-se a inesperada menção à

⁵¹ JASPER, E. H. Op. cit. p. 188.

inovação como objetivo (e não resultado do processo competitivo) do direito da concorrência⁵².

Ao finalizar seu artigo, Jasper assinalou que parece razoável concluir que a LDC e as demais fontes do direito concorrencial brasileiro não tratam expressamente sobre a finalidade primordial desse ramo do direito. Ademais, destacou que os precedentes do CADE também não apresentam à sociedade indicação expressa sobre o objetivo ou conjunto de objetivos do antitruste no Brasil. Embora precoce, o autor destacou que é possível afirmar que o bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e a eficiência econômica (apenas se for possível a junção nessa categoria das expressões proteção da concorrência, proteção dos mercados, eficiência e bem-estar econômico) seriam os principais objetivos, aproximando o Brasil mais do direito europeu do que do direito norte-americano⁵³.

No entanto, independentemente de quais sejam os objetivos do Direito Concorrencial, o aparato estatal, através do Governo, aplica a o Direito Concorrencial através de operadores com notório saber jurídico e econômico aplicam o Direito Antitruste, e essa aplicação gera significativas consequências no cotidiano.

Nesta tese, parte-se do pressuposto de que os objetivos primordiais de um sistema de defesa da concorrência, do Direito Concorrencial, são a detecção e a persecução ótima das condutas anticompetitivas⁵⁴, no sentido de punir os maus competidores e de promover/qualificar/promover um bom ambiente econômico para os bons competidores.⁵⁵

⁵² JASPER, E. H. Op. cit. p. 188.

⁵³ JASPER, E. H. Op. cit. p. 188.

⁵⁴ Lande, Robert H. and Connor, John M. and Connor, John M., **Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines (November 12, 2007)**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1029755>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1029755>>. Acesso em: 4 de abr. de 2023.

⁵⁵ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. **The Journal of Political Economy**, Vol. 76, No. 2. (Mar. - Apr., 1968), pp. 169-217. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808%28196803%2F04%2976%3A2%3C169%3ACAPAEA%3E2.0.CO%3B2>>. Disponível em: 3 de abr. 2023.

Ainda não é possível traduzir quais são as escolas do Direito da Concorrência no Brasil, visto que a grande maioria doutrina tende a convergir para os mesmo caminhos. É comum que os pesquisadores acadêmicos no Brasil tenham posições quase idênticas sobre as mais diversas discussões principiológicas que envolvem os casos práticos julgados pelo CADE. Com relação à crise da meia-idade dos objetivos do antitruste, pode-se perguntar: Onde está a autoridade de defesa da concorrência brasileira entre Harvard, Chicago e Neo-Brandesianos?⁵⁶

A Exceção do Professor André Santa Cruz Ramos que pauta sua concepção filosófica do Direito Concorrencial sob a ótica Libertária dos Estudos das Escolas do Alabama, na sua provocante obra “Os Fundamentos contra o *Antitruste*”⁵⁷, tem-se que a grande maioria da Doutrina Concorrencial brasileira possui um posicionamento claro e nítido sobre a ampliação da Defesa da Concorrência no Brasil e a importância de adequação aos princípios constitucionais do Art. 173 da Constituição (proteção ao consumidor, proteção ao meio ambiente, redução das desigualdades regionais).

Conforme já mencionado, nesta pesquisa, para além das subdivisões históricas propostas pelos Professores Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas⁵⁸, e também do Professor Todorov⁵⁹, a presente tese subdivide a aplicação do Direito Concorrencial brasileiro nas seguintes: (i) 1988-2000; desregulamentação dos Mercados e Estabilização do Mercado Financeiro (Plano Real); foco na criação de uma Autoridade para análise de Fusões e Aquisições (Investimentos Internacionais); início da Persecução Administrativa de Cartéis; (ii) 2000-2010; Boom de Produção de Commodities e Manufaturados;

⁵⁶ LINHARES, Athayde Amanda; ROS, Luiz Guilherme. The midlife crisis of the antitrust goals: where does the Brazilian Competition Authority stand among Harvard, Chicago and Neo-Brandesianists? **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 7-23, 2022.

⁵⁷ RAMOS, André Santa Cruz. **Os fundamentos contra o Antitruste**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

⁵⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 17.

⁵⁹ TODOROV, Francisco and FILHO, Marcelo Torres. History of Competition Policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**. vol. 57. The Antitrust Bulletin, Vol. 57, No. 2, Summer 2012: 207. Sep. 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327925>. Acesso em: 18 de abr. 2023.

aprimoramento da Análise de Fusões e Aquisições (*Ex Ante*); criação do Programa de Leniência (Primeiro Acordo de Leniência Assinado) (iii) 2010-2020; Crises Financeiras e Políticas - Cartéis de Infraestrutura; Ascensão do Programa Antitruste de Leniência (Acordos de Leniência e Operação Lava Jato). Cartéis; Análise de M&A Peek - Ataque aos Cartéis. (iv) 2020-2030. Economia Retomada. Crescimento do PIB. Espreitada de Fusões e Aquisições Crescimento sustentável. Concurso de Conformidade. Objetivos ambientais, sociais e de governança (significado em inglês *Environmental, Social and Governance (ESG)*).

QUADRO 2: Síntese da aplicação do Antitruste no Brasil

Período	Fato econômico relevante	Fato jurídico relevante
1990-2000	Estabilização Financeira do País (Plano Real)	Criação do CADE e do SBDC.
2000-2010	Boom de Produção de Commodities e Manufaturados.	Primeiro Acordo de Leniência Assinado 2002.
2010-2020	Carteis da Lava-Jato.	Combate aos Cartéis de Infraestrutura;
2020-2030	Objetivos ASG ou ESG - Compliance.	Preocupação pela criação de um ambiente Concorrencial.

Fonte: Autor da Pesquisa

Apresentados os objetivos do Direito Concorrencial e os princípios que regem a matéria e introduzidos os principais períodos de aplicação do Direito Concorrencial, subdivide-se os referidos períodos da aplicação do Direito Concorrencial no Brasil nos últimos 40 anos para melhor detalhamento.

1.2 Lei 8.884, de 1994, gênese e fortalecimento do SBDC (O período de 1988-2000).

Compreendido o Direito Concorrencial como alicerce de vedação ao abuso de poder econômico, isto é, aquele adquirido em detrimento da eficiência e contrário às forças do mercado, nos termos da Lei de Defesa da Concorrência⁶⁰, necessária se faz uma breve apresentação do histórico da atuação da Autoridade Concorrencial Brasileira, que ganhou notoriedade e robustez com o passar dos últimos anos⁶¹, além de elevada qualificação do corpo técnico⁶².

No prefácio da obra “Os princípios constitucionais da ordem econômica - o significado e o alcance do art. 170 da constituição Federal”, Lafayette Josué Petter trata de caracterizar o predomínio do sistema capitalista de produção, insculpido no art. 170 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

De inspiração nitidamente capitalista, mas com temperamentos de natureza social, a CF/88 procura limitar a intervenção do Estado no domínio econômico, restringindo-lhe a exploração da atividade econômica unicamente “quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo”⁶³.

Seguindo o disposto no Artigo 173, § 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” da Constituição, o Congresso Nacional aprovou e o então Presidente da República Itamar Franco sancionou a Lei Federal 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na autarquia competente para tratar da prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

⁶⁰ O § 1º do art. 36 assim estabelece: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”

⁶¹ Em maio de 2021, o Cade venceu a premiação Antitrust Compliance Awards 2021, promovida pela Conurrences, na categoria “Readers Awards” com o seu Guia Programas de Compliance.

⁶² Pelo nono ano consecutivo, o Cade recebeu 4 estrelas em ranking anual promovido pela revista britânica Global Competition Review (GCR). O resultado mantém a autarquia entre as melhores agências antitruste do mundo.

⁶³ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.11.

O Período de 1990 foi marcado por uma série de medidas que direcionaram o Brasil à concepção de uma Democracia Liberal, pautada nos pilares da livre concorrência e da livre iniciativa sem deixar de lado os temperamentos sociais como proteção ao consumidor e redução das desigualdades regionais.

Pode-se pontuar que a redemocratização do País, a promulgação da Carta Magna, a adoção das recomendações do Consenso de Washington na economia brasileira e a estabilização da moeda - através do Plano Real - foram fatores fundamentais para o ajuste macroeconômico ocasionado no Brasil entre o fim dos anos 90 e começo do Século XXI. Ultrapassados os problemas financeiros através do Plano Real e a consequente liberalização dos mercados antes ocupados pela presença do Estado e a boa regulamentação e estabilização do Mercado Financeiro (Plano Real).⁶⁴

Sobre o tema Coutinho e Guilhar apontam o período de 1994 a 2011 como sendo aquele em que houve a implementação efetiva da ação antitruste no Brasil, representando o início da aplicação das normas de defesa da concorrência no País e constatando-se desafios significativos, entre os quais a persistente da ausência de recursos e de um *staff* qualificado, em um cenário de grande quantidade de casos levados à apreciação das autoridades como requisito dos então vigentes requisitos de notificação (*thresholds*) de fusões e aquisições⁶⁵.

Discorrendo sobre o tema, os autores ressaltam que a SDE, encarregada de analisar acordos anticompetitivos e abuso de poder de mercado, carecia de recursos materiais e investimento em capital humano. Ademais, destacam que o antitruste era adotado como um tipo de política pública até então desconhecida em um tipo de capitalismo de origem colonial ibérica, no qual a

⁶⁴ GAMA, Marina Moreira da; RUIZ, Ricardo Machado. A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 16, n. 2 (30), p. 233-258, ago. 2007. Disponível em: < <https://doi.org/10.1590/S0104-06182007000200005>>. Acesso em: 27 de abr. 2023.

⁶⁵ AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo R. **A evolução da legislação antitruste no Brasil**. Disponível em:<https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR07-08_-_Fernando_Herren_Aguillar-Diogo_R.Coutinho.pdf>. p. 144.

rivalidade e a competição por preços não tinham a mesma centralidade que possuem no mundo anglo-saxão⁶⁶.

Ao aprofundar o tema, pode-se dizer que, apesar de certos ajustes na divisão de papéis e tarefas dos órgãos do SBDC, a ação antitruste no Brasil foi prejudicada por problemas de articulação e coordenação institucional que afetaram as diferentes autoridades antitruste brasileiras que compunham o sistema e também a relação dos órgãos que compunham o SBDC com as agências e órgãos reguladores setoriais, como o Banco Central do Brasil (incumbido da regulação financeira), CVM (o regulador do mercado de capitais) e as novas agências reguladoras de serviços públicos (Anatel, Aneel, ANP e outras)⁶⁷.

O que se percebeu no Direito Concorrencial foi uma preocupação e o foco na criação de uma Autoridade para análise de Fusões e Aquisições (Investimentos Internacionais) e repressão de condutas anticompetitivas. A Lei n.º 8.884, de 1994⁶⁸, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste Brasileira, contemporânea das reformas econômicas que trouxeram a estabilização de preços (Plano Real), e inaugurou a era moderna da política de concorrência no Brasil⁶⁹, pois, além de tornar o CADE uma Autarquia independente, criou novo ambiente jurídico para a aplicação da legislação da concorrência, com robusto controle de estruturas previsto no Título VII da referida Lei:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

⁶⁶ AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo R. *Op.cit.* p. 144.

⁶⁷ AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo R. *Op. cit.* p. 144.

⁶⁸ BRASIL. **Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em 20 de fev. 2023.

⁶⁹ Referida Legislação será objeto de análise no tópico seguinte que trata da aplicação do Direito Concorrencial na década de 2000-2010.

Nesse sentido, os critérios de notificação obrigatória dos atos de concentração ao SBDC no âmbito da Lei nº 8.884 eram regulamentados no artigo 54, que estabelecia em seu § 3º duas hipóteses de submissão: a) a partir do faturamento de uma das empresas participantes registrado no último balanço – faturamento bruto – e b) a partir das parcelas de mercado conquistadas como resultado da operação – participação de mercado ou *market share*. Assim, estariam sujeitos à notificação obrigatória os casos em que uma das partes envolvidas ou um de seus grupos econômicos tivesse obtido um faturamento bruto equivalente ou superior a R\$ 400 milhões no ano anterior à realização da operação ou o resultado da operação implicasse participação da empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado considerado considerado. Convém destacar que o *caput* do artigo 54, da Lei 8.894, de 1994, também determinava que se encontravam sujeitos à apreciação das autoridades antitruste todos os atos, contratos e atos associativos potencialmente lesivos à livre concorrência ou capazes de ensejar a dominação de mercados.

A respeito do referido dispositivo, Zanchetta assinala que se tratava de uma premissa geral, a qual determinava que, uma vez preenchidos os requisitos legais, os atos, fossem eles de concentração econômica ou não, deveriam ser necessariamente submetidos à análise do SBDC para que seus possíveis efeitos nefastos à estrutura concorrencial fossem evitados⁷⁰. Nesse sentido, a autora segue refletindo que, diante da amplitude do texto legal, uma questão precisava ser respondida: "não estando presentes os critérios de notificação contidos no § 3º, como o SBDC poderia ter conhecimento dos atos de concentração prejudiciais ao mercado, assim como daqueles que geraram uma posição dominante em um mercado relevante? Para a autora, a resposta dependia de elemento subjetivo consistente no juízo de valor dos agentes participantes da operação. Assim, segundo a autora, não estando presente nenhuma das presunções do § 3º, *cabia à autoridade demonstrar a potencial prejudicialidade do ato de concentração e, por*

⁷⁰ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. A evolução da Legislação Antitruste Brasileira: uma análise dos critérios de notificação. v. 12 n. 2 (2018): **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. Disponível em: <<https://revistapgbcb.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/29/A5%20V.12%20-%20N.2>>. Acesso em: 13 de jun. 2023. Op. cit. p. 77.

*extensão, exigir que o mesmo lhe fosse submetido apenas por força do disposto no caput*⁷¹.

No que se refere ao faturamento como uma das hipóteses de submissão dos atos de concentração, critério que envolve um dado objetivo e disponível, a crítica que se constatou foi que a lei não determinou com nitidez se o faturamento dizia respeito apenas às empresas envolvidas na operação ou também aos seus respectivos grupos econômicos, bem como se ele estava relacionado ao mercado brasileiro ou ao mundial. Nesse sentido, a lei não fez referência a qualquer critério de faturamento a ser aplicado às outras partes envolvidas na operação, contribuindo para que até mesmo uma minúscula aquisição realizada por uma grande companhia fosse objeto de controle estrutural, o que gerava uma alocação ineficiente de recursos públicos, já que eram analisados atos eminentemente sem potencial lesivo à concorrência⁷².

Obviamente que existe a real possibilidade de as aquisições de empresas de pequena expressão econômica impactarem significativamente cidades pequenas, por exemplo, como bem elucidada Zanchetta. Entretanto, a amplitude do critério de notificação descrito trouxe inúmeras implicações indesejáveis, como o consumo de escassos recursos humanos e materiais em investigações de operações irrelevantes, prejudicando a atuação das autoridades em outras atividades essenciais como a repressão de condutas anticompetitivas, bem como o investidor, que se via obrigado a submeter – e arcar com os correspondentes gastos – operações concorrencialmente inofensivas⁷³.

Nesse ponto, convém lembrar que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), já constatou em análise do SBDC em 2000⁷⁴ que CADE, Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e Secretaria de Direito Econômico (SDE), desde o início de vigência da Lei nº 8.884, de 1994,

⁷¹ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op.cit.. p. 77.

⁷² ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op. cit. p. 77.

⁷³ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op.cit. p. 77.

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Competition Law and Policy in Brazil**. 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/39553616.pdf>>. Acesso em: 6 de abr. de 2023.

despenderam uma grande quantidade de seus recursos limitados em análises de menor ou de nenhum potencial danoso para a sociedade, uma vez que uma quantidade inexpressiva – menos de 5% – de todas as operações notificadas até aquele período sofreram algum tipo de intervenção pela autarquia. Ademais, também conforme a OCDE, no ano de 1999, entre os dois critérios que definiam a obrigação de notificar a operação – faturamento e participação de mercado –, 52% das notificações foram desencadeadas por conta do faturamento mundial de R\$ 400 milhões, 12% pela participação de mercado e 36% por conta da presença de ambos os critérios.

Nesse sentido, é possível depreender argumento muito forte a ser considerado quando da manutenção ou exclusão de critérios de notificação na Nova Lei Antitruste Brasileira: a maioria dos atos notificados deu-se por razões de faturamento bruto, ao passo que a minoria ocorreu pelas participações de mercado⁷⁵.

O outro critério de notificação elencado na Lei nº 8.884, de 1994, refere-se à participação de mercado resultante do ato, demonstrando uma preocupação do legislador acerca da possibilidade de a integração de empresas resultar em concentração de mercados e esta, por consequência, trazer condições ideais para o exercício ou aumento do poder de mercado⁷⁶. Dessa forma, quando uma empresa comanda parcela substancial de mercado – market share – presume-se que esta é capaz de afetá-lo com o seu comportamento indiferente e independente, isto é, possui *market power*⁷⁷.

A lei 8.884 presumia que uma participação, derivada do ato de concentração, de, no mínimo, 20% no mercado relevante analisado podia configurar poder de mercado. Tratava-se de uma presunção relativa, que admitia ser rechaçada, uma vez que outros aspectos deveriam ser levados em consideração para constatar a posição dominante, como o acesso à tecnologia refinada, capacidade de penetração em todos os segmentos do mercado, suporte financeiro,

⁷⁵ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op. cit. p. 77.

⁷⁶ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op. cit. p. 78.

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 413.

deficiência de concorrência em razão das barreiras à entrada⁷⁸. Nesse sentido, um dos elementos que possibilitam até o momento atual a aplicação da legislação antitruste e a tutela das autoridades de defesa da concorrência é a probabilidade de existência de poder de mercado decorrente da operação. Convém destacar que esse poder não é absolutamente danoso, devendo-se lembrar de que a não aceitação jurídica ocorre em relação ao mau uso da posição dominante e não quanto ao desfrute de tal posição isoladamente⁷⁹.

Nesse sentido, o *caput* do art. 54 da Lei 8.884 fazia referência à “dominação de mercados relevantes” não como mero poder de o agente econômico se fazer “senhor do mercado”, mas como um risco de utilização abusiva desse poder econômico, de forma contextualizada, caracterizada pelo controle de preços, limitação da produção, proibição da entrada de novos concorrentes⁸⁰. A legislação antitruste não pune o ato de concentração por si só ou a posição dominante, mas os prejuízos concorrenciais que podem surgir a partir dos mesmos. Poder econômico é inerente à prática do sistema de mercado. Tanto que ao agente econômico é permitido acumular grande parcela desse poder sem que isso configure uma infração à ordem econômica. Esse entendimento é comprovado a partir da leitura do art. 20, §1º da Lei nº 8.884/1994, o qual preconizava não se tratar de dominação de mercado relevante de bens e serviços “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores”⁸¹.

Obviamente, nesse caso, o agente econômico que se encontrava em situação privilegiada estaria na mira das autoridades, pois podia a qualquer momento abusar da sua condição. Na técnica antitruste, o market share funciona como um sinal de alerta para a existência do poder de mercado que poderá vir a se concretizar com a operação. Contudo, o SBDC procurar seguir uma série de etapas de análise que permitem a identificação de um cenário suscetível de intervenção

⁷⁸ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op. cit. p. 78.

⁷⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 106.

⁸⁰ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op. cit. p. 78.

⁸¹ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op. cit. p. 79.

do controle antitruste e a primeira delas é a delimitação do mercado relevante, pois é nesse locus que o agente econômico atua e exerce efetiva ou potencialmente o seu poder de mercado, a sua posição dominante. A partir daí, ocorre a aferição da participação de mercado seguida da avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado e, por fim, a análise das eficiências econômicas resultantes da operação e o confronto entre os seus custos e benefícios⁸².

A participação de mercado muitas vezes pode ser proporcional à quantidade de poder econômico, porém, não são raras as situações em que a fusão entre empresas pode não produzir alterações na composição do mercado relevante, mas levantar barreiras à entrada de novos agentes naquele setor da economia, fato que traz inúmeros prejuízos à concorrência e demonstra que o critério de participação de mercado não pode ser valorizado isoladamente. A utilização de dados de participação e concentração de mercado para avaliar os potenciais efeitos anticoncorrenciais dos atos de concentração econômica é criticável, pois, em diversas situações, essas informações podem desqualificar ou valorizar exageradamente os impactos futuros de uma operação em determinado mercado. Na prática, a existência de posição dominante é comprovada por meio da combinação de diversos fatores, sendo que nenhum deles é decisivo por conta própria⁸³.

O grau de concentração de participação de mercado é apenas um elemento na complexa análise estrutural da concorrência. Assim, diante de uma elevada porcentagem de participação, o exame antitruste passa para as etapas seguintes – como verificação de existência de barreiras à entrada e de dificuldade ou impossibilidade de substituição de produtos, além das eficiências produzidas pela operação –, a fim de conferir se realmente o agente econômico é capaz de alterar estruturalmente o mercado relevante considerado. Portanto, a decisão do Cade deve levar em conta inúmeros fatores, especialmente a estrutura, interação e capacidade produtiva das empresas envolvidas e as características particulares dos

⁸² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 106.

⁸³ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op.cit. p. 79.

mercados analisados, tudo com o escopo de se avaliar a probabilidade de exercício irrazoável do poder de mercado. Os atos de concentração não devem ser comunicados ao SBDC pelas empresas participantes porque se trata de atos ilícitos, mas porque se trata de práticas potencialmente anticoncorrenciais que necessitam ser avaliadas dentro do cenário econômico em que se desenvolveram⁸⁴.

Também é necessário destacar que, por ser o market share, no sistema da Lei n. 8.884, de 1994, um critério de notificação obrigatória dos atos de concentração ao SBDC pelos agentes econômicos, a definição do mercado relevante e posterior aferição dessa participação substancial de mercado seriam deveres designados às próprias empresas participantes da operação. Todavia, a análise dessas etapas pertence às autoridades antitruste, o que configurava uma incompatibilidade de difícil compreensão e solução⁸⁵.

A mudança mais significativa de todo o Século XX na política antitruste brasileira aconteceu certamente com a aprovação da Lei 8.884 de 1994, a qual foi a responsável por inaugurar a era moderna de concorrência no Brasil. Essa lei foi a principal responsável pela promoção de profundas modificações no sistema de defesa da concorrência brasileiro, fazendo com que o país entrasse em um seleto rol de países em que as leis antitrustas fossem atuais e efetivas.

Além do controle de estruturas prevista no art. 54, a Lei 8.884 trouxe modernas ferramentas para análise de condutas anticompetitivas como por exemplo o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, estabelecido no art. 53, abaixo transcrito:

CAPÍTULO V

Do Compromisso de Cessação

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. (Vide Lei nº 9.873, de 23.11.99)

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

⁸⁴ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op.cit. p. 79.

⁸⁵ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op.cit. p. 79.

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
 - b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;
 - c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.
- § 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.
- § 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

A Lei 8.884, de 1994, tinha como principal objetivo formar uma autoridade concorrencial eficiente que se propusesse a analisar Atos de Concentração (fusões de grande porte) e, ao mesmo tempo, reprimir condutas anticompetitivas (condutas colusivas como cartéis e trocas de informações sensíveis entre competidores e condutas unilaterais). A referida Lei trouxe modernos mecanismos de combate à condutas colusivas e unilaterais, dos quais ressalta-se o Termo de Cessação de Conduta (*Cease and Desist Agreement*), pautado na experiência internacional. A Lei 8.884 recebeu uma reforma no ano de 2000 com a Lei 10.149, que criou o Programa de Leniência para as empresas envolvidas em atividades de cartel e aumentou os poderes de investigação da SD⁸⁶. Apesar disso, essas duas importantes alterações somente foram efetivamente implementadas posteriormente ao ano de 2003.⁸⁷

Por essas razões, no âmbito do controle de condutas concertadas e unilaterais, a celebração de TCC tornou-se um dos grandes instrumentos da autarquia para o cumprimento de suas funções institucionais ao longo dos anos. Embora esse instituto tenha sido introduzido no sistema jurídico brasileiro na metade dos anos 80, apenas em 1995 foi firmado o primeiro TCC pelo CADE⁸⁸.

⁸⁶ FERRAZ, André Santos. **Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2013. p. 49

⁸⁷ FERRAZ, André Santos. *Op. cit.* p. 36.

⁸⁸ SAITO, Caroline. **TCC na Lei 11.529/11**. Fev/2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em: 4 de maio de 2023. p. 10.

Segundo pesquisa realizada por Saito, considerando a pouca efetividade dos decretos anteriores à Lei 8.884 de 1994, pode-se deduzir que este foi o primeiro marco legal relevante para o TCC, em virtude de previsão mais detalhada do instituto e da possibilidade de celebração do acordo em qualquer momento processual. Não obstante a importância da lei de 1994, verificou-se que houve um aumento significativo no número de TCCs firmados a partir de 2013. De acordo com esta pesquisa do CADE, acredita-se que em decorrência das mudanças trazidas pela Lei 12.529, de 2011 e, principalmente, pelas complementações introduzidas pela publicação do Regimento Interno do CADE (RiCADE), tendo em vista que a própria lei estabeleceu a complementação das previsões do TCC por meio de resolução.⁸⁹

Destaca-se que, de acordo com a redação do artigo 53 da Lei 8.894, existia a possibilidade de não confissão para assinatura do Termo: "Este compromisso não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada" (art. 53 da Lei nº 8.884/1994).

No entanto, conforme Ferraz, apesar das inovações trazidas pela Lei 8.884, de 1994 e pela Lei 10.149, de 2000, alguns problemas são assinalados, principalmente nos primeiros dez anos de vigência da lei⁹⁰. De acordo com o autor, o principal problema consistia na restritividade dos debates relacionados ao tema, pois todos os casos ficavam restritos aos espaços políticos, empresariais e acadêmicos. Dessa forma, o Governo não estaria conseguindo repassar, de forma satisfatória, as decisões tomadas na área de defesa da concorrência à população.⁹¹

Segundo Misale ao longo de aproximadamente dezoito anos de vigência, o progresso do antitruste no Brasil foi digno de nota, nacional e internacionalmente, destacando-se em síntese: a) consolidação do controle de concentrações empresariais; b) consolidação do combate aos cartéis; c aumento do

⁸⁹ SAITO. Op. cit. p.10.

⁹⁰ FERRAZ, André Santos. Op. cit. p.36.

⁹¹ FERRAZ, André Santos. Op. cit. p.36.

respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE; e c) aumento da atuação do Ministério Público na área antitruste⁹².

Convém destacar pesquisa elaborada pela Global Competition Review - GCR no ano de 1999. A metodologia utilizada pela GCR buscou estabelecer parâmetros de comparação a partir de seis aspectos de uma agência de defesa da concorrência: o controle de fusões, a repressão a práticas anticompetitivas, a qualidade do corpo técnico, a adequação dos procedimentos administrativos, o grau de independência da autoridade e a liderança. Cada agência avaliada recebeu de uma a cinco estrelas, dependendo da avaliação de sua comunidade de usuários. A pesquisa é apenas uma proxy do desempenho dos órgãos, uma vez que se fundamenta na expectativa das comunidades profissionais (como escritórios de advogados), que pode variar significativamente de país para país. O Brasil surge no grupo de países com três estrelas, sendo que a boa performance brasileira deve-se à gestão do presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Gesner Oliveira (1996-2000), que mereceu cinco estrelas no item "liderança". Destaca-se que durante seus dois mandatos, houve clara preocupação de se promover a cultura concorrencial (promoção de seminários, programas de intercâmbio etc.), bem como de tornar mais transparente suas atividades, por meio de relatórios anuais, estatisticamente bem detalhados, e da disponibilização eletrônica de decisões e textos legais pela internet. Infelizmente, no item "independência", o Brasil apresentou apenas uma estrela e meia, o que o colocou entre os países cujo órgão antitruste possui menor grau de independência do mundo, tendo superado apenas Portugal⁹³.

Conclui-se que é nesse período de 1990 que surge o início da Persecução Administrativa de Cartéis no Brasil (International Watch) e a atuação

⁹² MISALE, Guilherme Teno Castilho. **Programas de Compliance à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: Instrumentos de Conformidade para a Política Anticartel**. Dissertação de mestrado. USP. 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20082020-160807/publico/5954719_Dissertacao_Corrigida.pdf>. Acesso em: 4 de maio de 2023.

⁹³ GHEVENTER, Alexandre. **Política Antitruste e Credibilidade Regulatória na América Latina**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/dados/a/R6gHrgFmYDkhjkJLpFMcrhL/?lang=pt>>. Acesso em: 26 maio de 2023.

do CADE passa a ocupar significativo espaço na agenda concorrencial internacional, uma vez que a Década de 1990 foi marcada no Brasil pelo surgimento de uma efetiva e robusta autoridade concorrencial com atuação importante no controle de estruturas e na aplicação de multas pesadas ao novo mercado transnacional.

1.3 Termos de Compromisso de Cessação de Conduta, Programa de Leniência e Programas de Prevenção aos Ilícitos Concorrenciais (P.P.I.) na vigência da Lei 8.884/94 (O Período 2000-2010).

O período de 2000 a 2010 foi um período fértil para solidificação da aplicação do Direito Concorrencial no Brasil. Entretanto, o principal desafio encontrado pelo SBDC era o sistema composto por três autoridades independentes(CADE, SDE e SEAE) que coordenam suas atividades de análise de estruturas e combate a condutas de forma ineficiente.

A OCDE havia alertado a necessidade de alteração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, considerando como um dos motivos que as investigações ocorriam lentamente e que muitos recursos haviam sido destinados à análise de atos de concentração, dos quais, a grande maioria não representava ameaça à concorrência; pouca atenção foi dedicada ao combate a cartéis clássicos (*hard core*), o tipo mais prejudicial de conduta anticoncorrencial e as autoridades padeciam de recursos insuficientes e altos índices de rotatividade de pessoal⁹⁴.

Durante o período de 2000 a 2010, apesar dos desafios destacados, foi consolidado o robusto corpo técnico da Autarquia Concorrencial e vencida a apreciação do Poder Judiciário das análises administrativas pelo CADE⁹⁵, sendo justamente neste segundo período que é possível observar a consolidação de três modernos mecanismos do direito concorrencial sancionador, a saber: (i) Acordo de Leniência; (ii) Termo de Compromisso de Cessação de Conduta; (iii) Programa de Prevenção à Ilícito Concorrencial (PPI).

O Acordo de Leniência foi inserido no Ordenamento Jurídico com a promulgação da Lei 10.149, de 2000. Trata-se de lei que se originou das ideias

⁹⁴ OECD. **Competition Law and Policy in Brazil: a Peer Review 2010**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>>. Acesso em: 5 de maio de 2023.

⁹⁵ Sobre o tema MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

norte-americanas⁹⁶ e europeias que acrescentou os artigos. 35-B e 35-C na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, 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 co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. § 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

[...]

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

O Programa de Leniência brasileiro criou um acordo firmado entre a União Federal - intermediada pela SDE (atual Superintendência Geral) e uma pessoa física ou jurídica co-autora de uma infração à ordem econômica. Por meio deste acordo, a União oferece a extinção da ação punitiva da Administração ou a

⁹⁶ Segundo Córdova e Lopes, em 1978, os Estados Unidos criaram o primeiro programa de leniência. Entretanto, este primeiro passo não foi bem-sucedido, pois não foram celebrados muitos acordos, diante da falta de previsibilidade das vantagens que a empresa iria auferir ao denunciar o cartel, pois havia uma discricionariedade muito grande por parte do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em conceder ou não a imunidade no pagamento das multas, bem como em extinguir a punibilidade criminal. Assim, em 1993 foi editado o Corporate Leniency Policy, em substituição ao anterior. CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de Combate aos Cartéis: Os acordos de leniência, o Termo de Compromisso de Cessação e a Lei 11.482/2007. **Revista de Direito da Concorrência**. v. 18. n. 3. 2008. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrência/article/view/862/474>>. Acesso em: 5 de maio de 2023.

redução da pena a ser aplicada pelo CADE, bem como a extinção da punibilidade quando a infração também constituir crime contra a ordem econômica, em troca da confissão da interessada e de sua colaboração no fornecimento de provas capazes de condenar os demais co-autores.⁹⁷

Ana Paula Martinez aponta que o legislador optou por excluir do ordenamento jurídico o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, que só retornou ao ordenamento jurídico através da reforma legislativa de 2007⁹⁸. A possibilidade de suspender investigações sobre supostos cartéis, originalmente incluída na redação da Lei 8.884/1994, foi excluída quando da introdução no ordenamento jurídico brasileiro do acordo de leniência em 2000. A lógica era justamente evitar que o TCC funcionasse como um desincentivo para o recém-criado instituto da leniência, uma vez que poderia oferecer vantagens sobre aquele.

O Primeiro Acordo de Leniência foi assinado no Brasil em 2002. O caso foi julgado pelo CADE envolvendo o primeiro caso de cartel instaurado devido à celebração de acordo de leniência, Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10⁹⁹. O cartel, neste caso, foi no mercado de vigilância e segurança privada do Rio Grande do Sul, sendo inicialmente instaurado em face de três associações de classe do setor, dezenove empresas e trinta administradores; porém, foram condenadas dezessete empresas e os seus administradores e duas associações de classe.

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; 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; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

⁹⁸ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: a interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. Editora Singular. 2013. p. 315.

⁹⁹ CADE. Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul. **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10**. Acordo de Leniência celebrado em 09/10/2003. Processo julgado em 21/09/2007.

O acordo de leniência foi firmado com a empresa Vigilância Antares Ltda. pelo seu proprietário duas pessoas físicas. Abaixo, seguem as multas impostas e a redução concedida pelo CADE às empresas no cartel no mercado de vigilância e segurança privada:

Quadro 4 – Multas impostas e redução concedida pelo CADE às empresas no cartel no mercado de vigilância e segurança privada

Empresa	Multa (R\$)	Redução (%)	Total (R\$)
Rudder Segurança Ltda.	7.992.045,46		7.992.045,46
Empresa Brasileira de Vigilância – EBV	2.331.231,69		2.331.231,69
Empresa Portoalegrense de Vigilância Ltda. – EPAVI	2.301.395,58		2.301.395,58
Mobra Serviço de Segurança Ltda.	2.107.654,43		2.107.654,43
Segurança e Transporte de Valores Panambi Ltda.	2.252.378,02		2.252.378,02
Protevale Vigilância e Segurança Ltda.	451.792,16		451.792,16
Reação Segurança e Vigilância Ltda.	727.442,86		727.442,86
Rota Sul Empresa de Vigilância Ltda.	1.788.096,50		1.788.096,50
Seltec Vigilância Especializada Ltda.	1.061.167,04		1.061.167,04
Vigilância Pedrozo Ltda.	9.171.684,11		9.171.684,11
Protege Serviços de Vigilância Ltda.	2.481.983,50		2.481.983,50
Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda. ¹⁷			
Secure Sistemas de Segurança Ltda. ¹⁸			

¹⁷ Todas as multas foram estipuladas com base no faturamento bruto do ano de 2002 de cada empresa, e todas as empresas forneceram o faturamento espontaneamente. Contudo, a empresa Ondrepsb foi condenada à pena de 15% do seu faturamento bruto no ano de 2002; porém, ela não apresentou espontaneamente este documento e, desse modo, foi instaurado auto de infração por descumprimento.

¹⁸ A empresa Secure Sistemas de Segurança Ltda., da mesma forma que a empresa Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda., não apresentou o seu faturamento bruto do ano de 2002, ensejando, assim, a instauração de auto de infração.

Fonte: CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Op.cit. p. 10.

Apesar da existência legal do acordo de leniência na ordem jurídica brasileira desde o ano de 2000, o Brasil tinha pouca experiência neste tema¹⁰⁰, que apenas veio ser aprimorada com o passar do tempo e o uso da ferramenta nos anos subsequentes.

¹⁰⁰ CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Op. cit. p. 9.

Registra-se que até 2007, o ordenamento jurídico brasileiro admitia, tão somente, a celebração de Acordos de Leniência. O receio, nesse contexto, é que o estabelecimento de duas políticas de acordos – Acordo de Leniência e Termo de Compromissos de Cessação – poderia retirar a atratividade do primeiro. Assim, aqueles que estivessem na prática ilícita adotariam a estratégia de “esperar para ver” se algum dos seus comparsas iria delatar para, somente aí, optar por colaborar com a Autoridade. Dessa forma, se eventualmente os benefícios previstos nestes dois acordos estiverem descalibrados, poderá o participante da conduta, que é um agente economicamente racional, optar por esperar a detecção do ilícito pela autoridade de defesa da concorrência. Deve-se destacar que isso se torna ainda mais relevante quando se leva em consideração que apenas uma pequena parcela destes ilícitos é detectada pelo CADE¹⁰¹.

Desse modo, supunha-se que a escolha dominante do indivíduo seria a de manter-se na prática ilícita e aguardar a descoberta da conduta pelo Estado. O que se verificou, em 2007, contudo, é que seria possível o estabelecimento de ambos os programas no ordenamento jurídico, sem retirar a atratividade dos Acordos de Leniência. Essa mesma convivência harmônica de acordos – TCC e Acordo de Leniência – encontra-se presente na nova legislação antitruste. Ademais, para além de manter ambos os acordos em nosso ordenamento jurídico, a nova Legislação proporcionou um desenvolvimento significativo destes acordos a partir da reestruturação organizacional do CADE¹⁰².

Nesse sentido, o CADE e o Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo apontaram no Memorando de Entendimentos firmado entre as autoridades que o Programa de Leniência se completa, na seara administrativa, com outros institutos premiais em direito sancionador, como o Termos de Compromisso de Cessação (TCC), previsto no

¹⁰¹ ROS, Luiz Guilherme. **Criando incentivos, a partir da Teoria dos Jogos, para celebração de Termos de Compromisso de Cessação por Pessoas Físicas: Uma análise das Ações Penais da Lava Jato**. Dissertação de Mestrado. Instituto de Direito Público. Brasília, 2020. P. 71. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2977/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_%20%20LUIZ%20GUILHERME%20ROS_MESTRADO%20EM%20DIREITO_2020.pdf>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

¹⁰² ROS, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 71

artigo 85 da Lei 12.529, de 2011, e acessível aos demais agentes econômicos investigados nos procedimentos administrativos, desde que preenchidos os requisitos de pagamento de contribuição pecuniária, reconhecimento de participação na conduta investigada, colaboração e cessação de participação na conduta investigada, e cujos benefícios são apenas na seara administrativa, sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal¹⁰³.

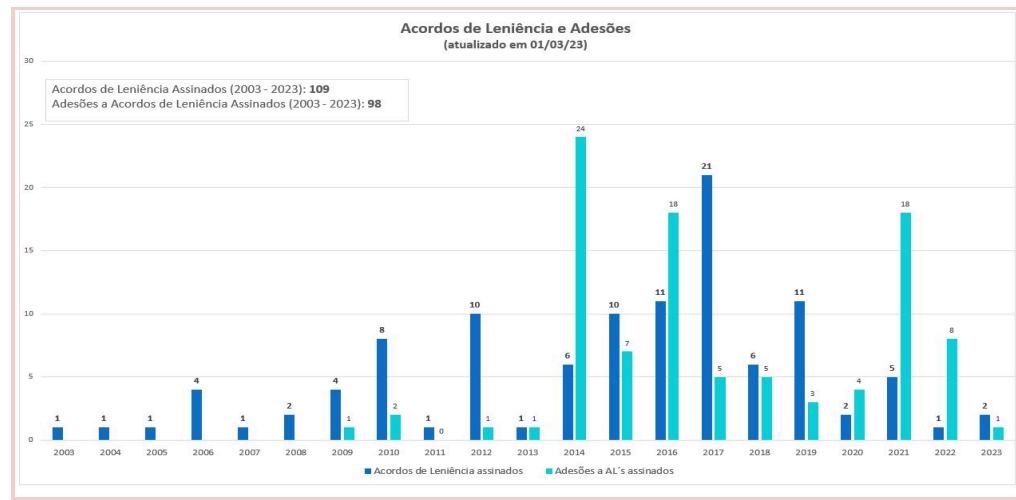
Vale ressaltar que além de ter sido inculpado na Lei 12.529, de 2011, dado o sucesso obtido com uso da ferramenta pelo corpo técnico do CADE, o acordo de leniência foi incorporado, com algumas adaptações, pela Lei 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção).

Conforme dados divulgados pelo Brasil junto à OCDE, entre 2003 e 2011, a maioria dos acordos assinados (70%) referia-se a casos de cartéis internacionais. Após esse período, o processo de cartel em casos de licitações foi aprimorado e o número de processos de cartel nacionais resultantes de acordos de leniência cresceu significativamente (77% dos acordos assinados eram casos de cartel doméstico). Também foi mencionado que as alterações implementadas no programa de leniência pela Lei nº 12.529, de 2011, podem ter ajudado a induzir um número maior de cartéis a denunciar cartéis nacionais. Confiabilidade, previsibilidade, transparência e segurança jurídica nas regras do programa podem ser vistas como uma boa explicação para essa nova tendência. Registrou-se ainda que a Lava Jato também desempenhou um papel importante nessa tendência, ao incentivar muitas das grandes empreiteiras brasileiras a denunciar ao CADE sua participação em cartel de licitações nacionais.¹⁰⁴

¹⁰³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **MEMORANDO DE ENTENDIMENTO No 1/2016** Memorando de Entendimento relativo à Coordenação Institucional envolvendo termos de Compromisso de Cessação e Acordos de Colaboração em Investigações de Infrações contra a Ordem Econômica. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

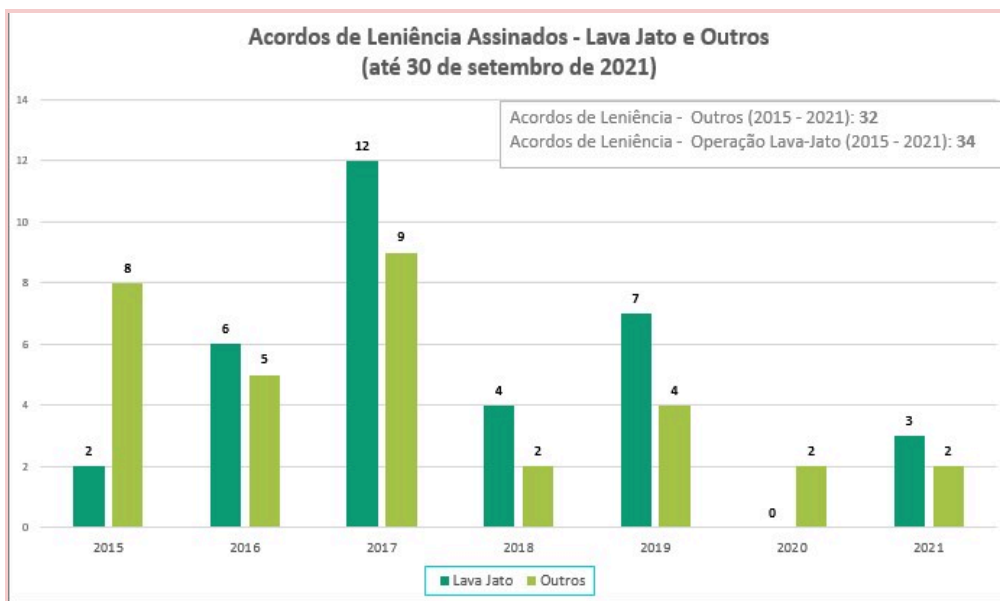
¹⁰⁴ OCDE. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. **Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Brazil**. 5 June 2018 Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)13/en/pdf)>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

No que se refere aos processos administrativos de Acordos de Leniência julgados pelo Cade, tem-se que foram: 7 no de 2019, 4 no ano de 2020, 11 no ano de 2021, 5 no ano de 2022 e 1 no ano de 2023¹⁰⁵. Já com relação aos acordos de leniência assinados entre 2003 e 2023, foram 109. No que se refere à Operação Lava-Jato especificamente foram assinados 34 acordos entre 2015 e 2021 até 30 de setembro de 2021. Já com relação aos TCCS homologados com desconto de Leniência Plus foram contabilizados 28, dados esses que podem ser observados nas imagens abaixo¹⁰⁶:

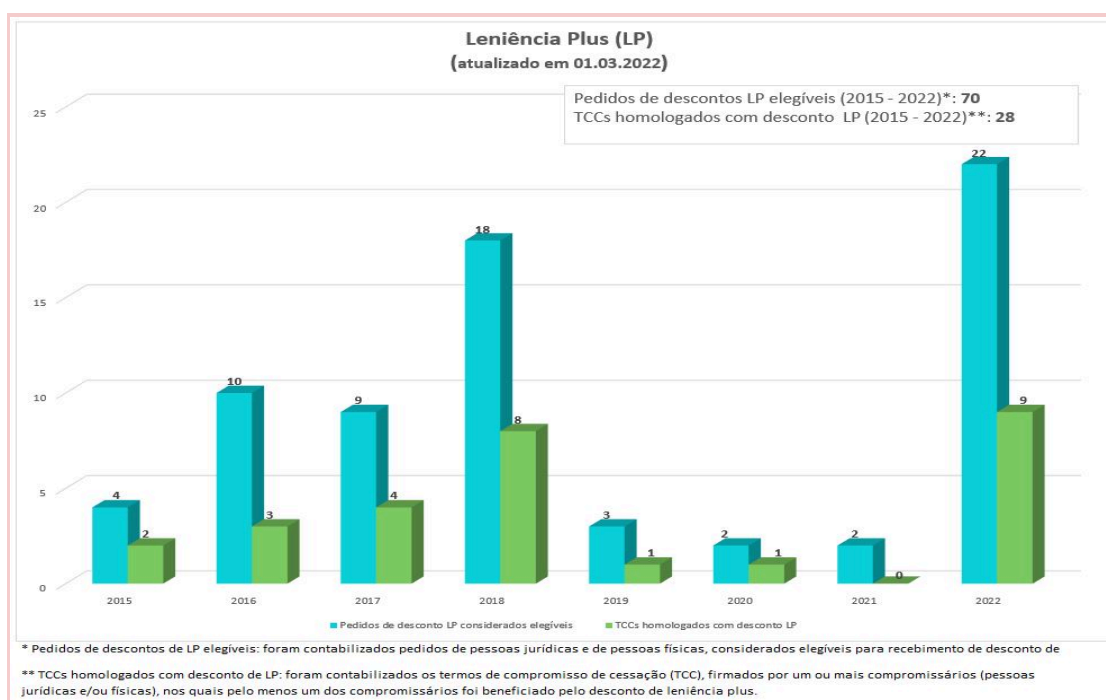


¹⁰⁵ CADE. **Processos julgados. Confira abaixo os processos administrativos de Acordos de Leniência julgados pelo Cade.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/processos-julgados-1/processos-julgados>>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

¹⁰⁶ CADE. **Estatísticas dos Acordos de Leniência.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>>. Acesso em: 9 de maio de 2023.



Fonte: CADE. **Estatísticas dos Acordos de Leniência.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-lenienca/estatisticas>>. Acesso em: 9 de maio de 2023.



Fonte: CADE. **Estatísticas dos Acordos de Leniência.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-lenienca/estatisticas>>. Acesso em: 9 de maio de 2023.

Além do Acordo de Leniência, a segunda ferramenta desenvolvida no período de 2000-2010 foi o Programa de Prevenção a Infrações Concorrenciais da SDE, tendo sido também na década de 2000, mais especificamente no ano de 2004

, que a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça editou a Portaria n. 14/2004¹⁰⁷, que definiu diretrizes gerais para elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI).

A Portaria foi editada considerando a necessidade de orientar o público sobre os modos de prevenção das diversas formas de infração à ordem econômica previstas na então vigente Lei n. 8.884/94. Trata-se de normativa curta de nove artigos, porém com mudanças significativas no trato da Defesa da Concorrência.

A referida portaria determinava que a SDE poderia, mediante requerimento do interessado e análise da efetividade do PPI, recomendar a redução das penas aplicadas pelo CADE nos termos da antiga Lei de Defesa da Concorrência. O art. 2º da Portaria estabelece que a possibilidade de depósito na SDE do PPI por qualquer pessoa jurídica de direito público ou privado, bem como por quaisquer associações de entidades ou pessoas, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal. Ademais, o art. 4º estabelece as exigências específicas para o protocolo do PPI deverá ser diretamente da SDE/MJ, definindo as seguintes informações e documentos:

Art. 4o. O requerimento de depósito do PPI deverá ser protocolado no Setor Processual da SDE, acompanhado das seguintes informações e documentos:

I – qualificação completa do depositante, de seu representante legal e de seus sócios;

II – especificação do grupo econômico ao qual o depositante pertence, bem como indicação das atividades econômicas que exerce, discriminando produtos e serviços;

III – histórico da atuação do grupo econômico ao qual o depositante pertence junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) nos últimos 5 (cinco) anos, incluindo as seguintes informações sobre todas as sociedades que compõem o grupo econômico: (a) a quantidade de averiguações preliminares e processos administrativos em curso e julgados; (b) os atos de concentração

¹⁰⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria no 14, de 09 de março de 2004**. Define diretrizes gerais para elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI) e estabelece requisitos e condições para a emissão, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), de seu Certificado de Depósito. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/portaria-14-2004-sde.pdf>>. Acesso em: 9 de maio de 2023.

apresentados; e (c) multas impostas pelo SBDC e seus respectivos pagamentos;

IV – descrição do PPI, que deverá conter, entre outros, os seguintes elementos:

(a) criação de padrões e procedimentos claros com relação à observância da legislação de defesa da concorrência por parte do quadro de funcionários do depositante;

(b) indicação e qualificação de dirigente com autoridade para coordenar e supervisionar os objetivos propostos no PPI;

(c) indicação do grau de delegação e fiscalização, pelos dirigentes do depositante, dos poderes de negociação, bem como de efetiva prestação de contas por parte dos funcionários responsáveis pelos contatos com os agentes dos mercados onde atua o depositante; e

(d) mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos com reais ou potenciais infrações à ordem econômica;

V – descrição do material de apoio utilizado para o PPI, tais como vídeos, manuais, folhetos, palestras, programas de computador, regulamento e relatórios de comissão ou grupo responsável pela punição dos eventuais envolvidos em infrações à ordem econômica, regulamento de programas de destruição de documentos e arquivos e sistemas de monitoramento de potenciais e reais infrações à ordem econômica;

VI- instrumento de contratação de serviços de auditoria externa e independente sobre matérias relacionadas à defesa da concorrência, que deverá ser realizada em um intervalo máximo de 2 (dois) anos entre cada uma das auditorias;

VII- declarações dos ocupantes de cargo de administração, direção, gerência, chefes de equipes de vendas e participantes de reuniões de associações de classe ou quaisquer outras formas de associação existentes nos mercados de atuação ou de interesse do depositante, atestando o conhecimento do PPI; e

VIII- declaração de associações de classe atestando que, sob seus auspícios, seus associados não se utilizam de ações anticoncorrenciais, tais como fixação de preço e definições de política comercial comum.

Ainda, de acordo com o art. 6º, da referida portaria, o Certificado de Depósito do PPI terá validade de 2 (dois) anos, renovável por períodos idênticos, desde que atualizadas as informações prestadas em obediência ao art. 5º da presente Portaria. O art. 7º ressalta o caráter peremptório das medidas adotadas pela empresa, demonstrando que o programa não se tratava de clemência irrestrita, podendo a SDE a qualquer tempo, revogar o Certificado de Depósito do PPI se constatado: a) ausência dos requisitos previstos na Portaria, b) descumprimento pelo depositante de qualquer das obrigações assumidas no PPI, c) omissão de informação durante o procedimento do art. 4º ou prestação de informação de forma enganosa e d) condenação do depositante judicial ou administrativamente

por qualquer das informações previstas na Lei nº 8.884/94 ou legislação correlata, salvo no caso do art. 9º, § 2º, II.

Reforçando a seriedade da normativa, o art. 8º determinou a não concessão do Certificado de Depósito ao requerente que tivesse sido condenado pelo CADE em decorrência de infração à ordem econômica ou de violação da Lei nº 8.884/94 nos 2 (dois) anos anteriores ou que estivesse sendo investigado pela SDE, CADE ou SEAE em sede de processo administrativo. Por fim, o mais importante dos dispositivos da normativa estabeleceu a possibilidade de redução das penas estabelecidas na então vigente nº 8.884, nos seguintes termos :

Art. 9º A SDE, mediante requerimento do depositante, procederá à análise da efetividade do PPI para fins de recomendação de redução das penas aplicadas pelo CADE nos termos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

§ 1º Para auferir a efetividade dos PPI, a SDE levará em consideração a existência dos elementos descritos no art. 5º e sua efetiva aplicação, bem como a adoção de medidas apropriadas, por parte do depositante, caso seja identificada a ocorrência de infrações à ordem econômica, inclusive por meio da modificação do PPI.

§ 2º A sugestão de redução de pena prevista no caput não será possível caso ocorra uma das seguintes hipóteses:

I - a potencial ou real infração à ordem econômica tiver contado com a anuência ou a clara omissão de dirigente do depositante; ou

II - a infração à ordem econômica não for comunicada à SDE, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do seu conhecimento por dirigentes do depositante.

§ 3º O DPDE analisará a efetividade do PPI nos autos do expediente aberto para fins de emissão do Certificado de Depósito do PPI, observando as regras estabelecidas no art. 4º da presente Portaria.

§ 4º Poderá beneficiar-se da sugestão de redução de pena objeto deste artigo qualquer empresa que, mesmo não possuindo o Certificado de Depósito do PPI concedido pela SDE, comprove ter implementado um PPI quando do início das investigações de infrações contra a ordem econômica pela SDE. Comprovada a existência do PPI, caberá a SDE proceder à análise de sua efetividade, observados os § 1º e 2º deste artigo.

Conforme se pode perceber o § 2º limitou a incidência da redução de pena prevista no *caput*, nos casos em que a potencial ou real infração à ordem econômica tiver contado com a anuência ou a clara omissão de dirigente do depositante e de não comunicação à SDE da infração à ordem econômica no prazo de 30 (trinta) dias de seu conhecimento.

Mais adiante, em 2007, o CADE aprovou a Resolução 45 que alterou o Regimento Interno do CADE e estabeleceu critérios para assinatura do Termo de Cessação de Compromisso. A Seção IV da Resolução 45 designa no art. 129:

Seção IV Do Compromisso De Cessação

Art. 129. Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação de que trata o art. 53 da Lei nº 8.884/1994, com redação dada pela Lei nº 11.482/2007, deverá apresentar proposta do termo ao CADE, dirigida ao Conselheiro-Relator, se os autos das averiguações preliminares ou do processo administrativo já houverem sido remetidos ao CADE, nas hipóteses dos arts. 31 e 39 da Lei nº 8.884/1994, ou ao Presidente do CADE, se as averiguações preliminares ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Secretaria de Direito Econômico.

No que se refere aos TCC's, a Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, ampliou a abrangência do Termo de Compromisso de Cessação, visando estender sua aplicação aos Cartéis, o que acabou de certa forma por enfraquecer o programa de leniência. Em 2007, a Lei 11.482 alterou o art. 53 da Lei 8.884, estabelecendo os critérios para a assinatura do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta.

Conforme a nova redação do artigo 53, o CADE, em qualquer processo administrativo, poderia tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. O § 1º, do referido artigo, determina que são elementos do referido termo:

- I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;
- II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;
- III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

Ainda conforme o § 4º do artigo 53, o termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial e de acordo com § 5º do mesmo artigo o “processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo”. O § 9º do artigo 53, por sua vez, determina

que “o Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação”.

Em artigo sobre a aplicação dos TCC's pela Autoridade Concorrencial, Carolina Saito sintetiza que é possível perceber a gradativa maturidade do programa de TCCs do Cade, bem como o esforço ininterrupto da autarquia em aprimorar suas normas e suas práticas quanto aos TCCs. Segundo a autora, alguns ajustes devem ser feitos, mas já se constata o sucesso duradouro da política de TCCs do Cade. Saito aponta que eventuais flexibilizações decorrentes do caso concreto pela Jurisprudência do CADE, tende, ao longo do tempo, a padronizar as soluções e termos dos acordos firmados. No entanto a pesquisa conclui que a jurisprudência do Cade, em especial, com o advento da Lei 12.529 e outras normas legais e infralegais aplicáveis tem consolidado a aplicação dos Termos de Compromisso Cessação de COnduta de modo a mitigar inseguranças jurídicas e a tornar mais atrativo, para empresas e pessoas físicas, a possibilidade de eventuais acordos junto ao Cade.¹⁰⁸

Também em 2007 o CADE inseriu, através da Resolução nº 46, a possibilidade de aplicação de um programa de prevenção à ordem econômica nos casos envolvendo o Compromisso de Cessação:

Art. 129-A - Da proposta de compromisso de cessação de prática deverão constar, os seguintes elementos:

I – a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como as obrigações que entender cabíveis;

II – o valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível;

III – a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica.

IV – em caso de empresa e/ou administrador, o valor do faturamento bruto anual da empresa no exercício anterior à instauração do processo administrativo ou averiguação preliminar, conforme for o caso.

Parágrafo Único - Poderá ser deferido tratamento confidencial aos termos da proposta.

¹⁰⁸ SAITO, Caroline. Op.cit.

Tabela 1

Dados sobre TCC celebrados em investigações de cartel

Número do Processo	Compromissário	Data (Sessão)
08000.012720/1994-74	Branco Peres Citrus S.A.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Cambuhy Citrus Comercial e Exportadora Ltda.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Cargil Citrus Ltda.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Citrosuco Paulista S.A.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Comércio e Indústrias Brasileiras Coinbra S.A.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Royal Citrus Ltda.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Sucocítrico Cutrale Ltda.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Bascitrus Agroindústria S.A.	06.11.1995
08000.012720/1994-74	Citrovita Agroindustrial Ltda.	06.11.1995
08000.012720/1994-74	CTM Citrus S.A.	06.11.1995
08000.016384/1994-11	Fertibras S.A. Adubos e Inseticidas	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Fertifos Administração e	07.03.1996

Página 6

REVISTA DOS TRIBUNAIS ONLINE

A confissão de culpa nos Termos de Compromisso de Cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência?



THOMSON REUTERS

	Participação S.A.	
08000.016384/1994-11	Fertiza Companhia Nacional de Fertilizantes S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	IAP S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Manah S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Solorrico S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Tenekaka S.A. Indústria e Comércio	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Ultrafertil S.A.	07.03.1996
08012.002493/2005-16	JBS S.A. (Friboi Ltda.)	28.11.2007
08012.002493/2005-16	Wesley Mendonça Batista	28.11.2007
08012.002493/2005-16	Artemio Listoni	28.11.2007
08700.004221/2007-56	Lafarge Brasil S.A.	28.11.2007
08700.005281/2007-96	Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Outro	23.07.2008
08700.001882/2008-19	Bridgestone Corporation	27.08.2008
08700.005321/2008-81	Manuli Hidráulica do Brasil Ltda.	21.01.2009
08700.002312/2009-19	Trelleborg Industries SAS	16.09.2009
08700.001369/2009-09	Whirlpool S.A. e Outros	30.09.2009
08700.001913/2009-12	Associação das Autoescolas e Outro	07.10.2009

Fonte: VICENTINI, Pedro E. A confissão de culpa nos TCCs: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência? In: **Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 17, jan.-jun./2010. p. 252 – 274. Disponível em: <<https://mdelivardemattos.com.br/a-confissao-de-culpa-nos-termos-de-compromisso-de-cessacao-requisito-essencial-ou-prescindivel-face-ao-programa-de-leniencia/>>. Acesso em: 9 de maio de 2023.

De acordo com Vicentini, pela análise dessas informações, podem-se extrair três conclusões. A primeira delas é a de que o instituto do TCC até 2010 foi pouco utilizado para solucionar processos administrativos ou averiguações preliminares, sejam eles relativos à prática de cartel ou não. Quanto às investigações de cartel, embora sejam 28 os TCC celebrados, são apenas oito processos administrativos diferentes. Ademais, o total de 45 TCC celebrados foi

expressivo perto dos 1.200 processos administrativos/averiguações preliminares cadastrados no link de busca no website do Cade¹⁰⁹.

Quanto à segunda conclusão, essa é a de que após a celebração dos primeiros TCC na investigação de cartel no mercado de laranjas (1995) e fertilizantes (1996), os requisitos exigidos pelo Cade têm sido cada vez mais rigorosos para a celebração do acordo.¹¹⁰ Se inicialmente eram suficientes as obrigações de fazer e não produzir das compromissárias para fazer cessar as práticas investigadas, nos últimos TCC tem-se exigido obrigatoriamente o pagamento de contribuição pecuniária e, alternativamente, contribuição com as investigações ou criação/incremento de programa de compliance.

Finalmente, a terceira conclusão é de que, até o momento, a confissão de culpa constou nos cinco últimos TCC celebrados pelo Cade. Exceto pelo último, em todos os demais precedentes a SDE havia celebrado, previamente, Acordo de Leniência no âmbito do processo administrativo que investigava o suposto cartel. Ademais, os números da jurisprudência confirmam o posicionamento recente manifestado por diversos Conselheiros e ex-Conselheiros do Cade¹¹¹.

A partir de 2007, pode-se observar uma série de precedentes do CADE que exigiram a adoção de Programas de Prevenção à Infração a ordem econômica (Programas de Compliance) antitruste Compliance como requisitos para a celebração de Termos de Cessação de Conduta 399¹¹², tendo sido o primeiro caso firmado entre a empresa LAFARGE e o CADE no contexto da investigação da indústria de cimento por prática de cartel .

Verifica-se que no período analisado, qual seja, 2000-2010, o Brasil passou a ser um significativo pólo de aplicação das mais modernas ferramentas de

¹⁰⁹ VICENTINI, Pedro E. Op.cit.

¹¹⁰ VICENTINI, Pedro E. Op. cit.

¹¹¹ VICENTINI, Pedro E. Op. cit.

¹¹² CADE. **Processo 08700.004221/2007-56**. Operação Confidencial Parte principal Lafarge Brasil S/A Mercado Construção Civil Tipo de processo Requerimento Formalização 06/09/2007. Conselheiro relator Paulo Furquim de Azevedo. Órgão formalizador Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

combate a conduta anticompetitivas no Direito Administrativo Concorrencial Sancionador.

A Lei 8.884 estabeleceu o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, a Lei 10.149, de 2000, estabeleceu o Acordo de Leni ncia¹¹³ e a Portaria n. 14/2004 editada pelo Ministério da Justiça juntamente com a Resolu o n. 46 do CADE estabeleceram o PPI, embrião do Compliance. Embora inovadora e bem-intencionada, a Portaria não logrou resultado ante a falta de adesão empresarial, tendo sido constatado que somente um único pedido de depósito foi submetido, e posteriormente arquivado por desistência do depositante¹¹⁴. A baixa adesão empresarial pode ter sido derivada de aspectos relacionados aos incentivos e ao momento histórico do país. Nesse sentido, Misale assinala que, provavelmente, a mera recomenda o de redu o não representava incentivo suficiente para os agentes econômicos investirem recursos no PPI. O autor destaca também que a no o do compliance concorrencial era um conceito etéreo e incipiente, destacando-se que Compliance Concorrencial pode ser o compliance concorrencial pode ser entendido como um dispositivo capaz de permitir uma regula o cooperativa entre autoridades públicas e agentes privados¹¹⁵. Assim, muito possivelmente, a Portaria veio na vanguarda de seu tempo e talvez por isso não foi frutífera do ponto de vista da mobiliza o empresarial¹¹⁶.

Misale, em sua pesquisa, constatou que entre os anos de 2003 a 2011, o CADE celebrou 23 acordos de leniência, enquanto que, apenas de 2012 até junho de 2017, foram celebrados 65 acordos (incluindo leniência plus, não considerando os aditivos). O autor assinalou que em cinco anos os números basicamente triplicaram. Ademais, entre os anos de 2009 a 2011, o CADE firmou 20 TCCs,

¹¹³ Vale destacar que a experiência inserida pela legisla o ordinária foi mantida quando da edi o da Lei n. 12.529, de 2011.

¹¹⁴ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 123.

¹¹⁵ SHAPIRO, Mario G.; MARINHO, Sarah Morganna Matos. **Compliance Concorrencial**. Disponível em: <https://www.cedes.org.br/_files/ugd/e2107f_69a92e617984442a9e9dd78d87b687fb.pdf>. Acesso em: 23 de ago. 2023.

¹¹⁶ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 123.

enquanto que de 2013 até julho de 2017 foram celebrados, no total, 235 compromissos. Atualmente, o recrudescimento sancionatório, com vigor no enforcement anticartel, espelhou um crescimento vertiginoso na agenda de soluções negociadas. Nesse compasso, acredita-se que a política de combate a cartéis no Brasil, destacando-se os desdobramentos da Operação Lava-Jato, é dotada de expressivo caráter dissuasório¹¹⁷.

A combinação Acordo de Leniência, TCC e Programas de Prevenção passaria a se tornar cada vez mais debatida no meio acadêmico. Cronologicamente, a Lei 10.429, de 2000, alterou a Lei 8.884, de 1994 e instituiu o Programa de Leniência Antitruste no CADE. Depois de 10 anos, a Lei 12.529, de 2011 manteve o Programa de Leniência Antitruste no CADE. Em 2013, a Lei 12.846, de 2013 instituiu o Programa de Leniência Anticorrupção e consolidou o sistema de colaboração premiada. Em 2015, o Decreto n. 8420, a Portaria da CGU 909/2015, a Portaria da CGU 910/2015 e a Instrução Normativa TCU n. 74/2015 regulamentam o Programa de Leniência Anticorrupção. Em 2016, a Portaria Interministerial CGU/AGU 2278/2016 regulamenta o Programa de Leniência Anticorrupção e em 2017 a Lei 13.506 institui o Programa de Leniência no SFN, BC e CVM.

No próximo item, abordar-se-á a Lei 12.529 e o período que se sucedeu a referida legislação, destacando-se a utilização dos TCC's com os Acordos de Leniência e os impactos no Direito Concorrencial, bem como a estabilização ocorrida através dos TCCs, dentre outros aspectos.

¹¹⁷ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 129.

1.4 Lei 12.529/11, o período de 2010-2020 a Operação Lava-Jato e os impactos no Direito Concorrencial (os TCC's na lei 12.529/11).

Em 30 de novembro de 2011, o Congresso Nacional promulgou e a Presidência da República sancionou a Lei Federal nº 12.529 de 2011. Muito debatida pelos estudiosos do Antitruste, a então nova lei de defesa da concorrência determinou a análise prévia dos atos de concentração. A principal mudança da Lei de Defesa da Concorrência foi a aprovação prévia do CADE, pois as empresas precisam, primeiro, serem aprovadas pelo CADE e, somente depois da análise favorável, é que poderão ser efetivadas. A lei também reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, para ampliar as competências do CADE. A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae do Ministério da Fazenda, que compõe o SBDC junto ao CADE, dedica-se à advocacia da concorrência e à relação com as agências de regulação setoriais.

Entre as principais características da nova política de defesa da concorrência formulada pela Lei 12.529/11, pode-se destacar a mudança na análise de fusões e aquisições. Segundo a nova Lei de Defesa da Concorrência, os processos de análise de ato de concentração deverão ser submetidos ao CADE antes de serem consumadas as fusões ou aquisições, e não depois, como acontecia na vigência do art. 54 da Lei 8.884/94 e alteração na Política de Acordo de Leniência¹¹⁸

Até a década de 2010, o Brasil era um dos únicos países do mundo que ainda adotava essa prática. De acordo com a Lei 12.529, o CADE tem prazo máximo de 240 dias para analisar as fusões, prorrogáveis por mais 90 dias, em caso de operações complexas.

Com a promulgação da “Nova” Lei de Defesa da Concorrência, conferiu-se ao CADE uma Estrutura que é conhecida como SUPER CADE. Para Zanchetta, a modificação dos critérios de notificação trazidos pela nova lei pode

¹¹⁸ 1) a alteração da autoridade competente para celebrar o acordo; 2) o fim do impedimento para que o líder do cartel seja proponente do acordo; e 3) a ampliação dos ilícitos penais cobertos pela imunidade concedida ao signatário do acordo.

ser encarada como uma forma de enrijecimento dos filtros de controle estrutural, a fim de restringir os casos de obrigatoriedade de submissão e de autorização administrativa a operações e atos mais relevantes economicamente, considerando-se a grande quantidade de recursos e esforços despendidos pelo SBDC ao longo da lei anterior em operações irrelevantes em termos concorrenciais¹¹⁹.

Em relação às ferramentas processuais para o combate de condutas anticompetitivas, a Lei 12.529/11 manteve os institutos do TCC no artigo 85 e subsequentes e inovou no ordenamento jurídico ao estabelecer no artigo 76 o Acordo de Leniência.

No que se refere ao Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, este poderá ser firmado, mediante juízo de conveniência e oportunidade do CADE, nos seguintes procedimentos administrativos: I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, conforme consta do artigo 85 da Lei 12.529. O § 1º, do artigo, 85 em comento determina os elementos que deverão constar no termo:

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

¹¹⁹ ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. Op.cit. p. 79.

§ 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§ 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§ 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.

§ 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos.

§ 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

§ 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.

§ 16. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022)

O Acordo de Leniência, por sua vez, está previsto no artigo 86 da Lei 12.529 e poderá ser celebrado pelo CADE, por intermédio da Superintendência Geral, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 a 2/3 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 no cumprimento dos requisitos previstos no § 1º, do artigo 86:

Art. 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, nos termos deste artigo, 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. § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo;

e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

O § 2º, do artigo 86, por sua vez, estabelece que as pessoas físicas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º do artigo 86, acima referido. Já o § 4º, do artigo 86, estabelece que Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

O § 12, do artigo 86, estabelece que em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 anos, contado da data de seu julgamento.

Além destes critérios, o artigo 87 estabelece que nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/ 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993, e os tipificados no art. 288 do Código Penal, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Além disso, o parágrafo único do artigo 87 determina que uma vez cumprido o acordo

de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

É neste período de consolidação da aplicação da Lei 12.529/11 (2010 a 2020) que se percebeu uma série de modernizações dos mecanismos já utilizados nos períodos antecedentes, e também a publicação dos Guias elaborados pelo corpo técnico do CADE, dos quais podemos destacar: (i) Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE¹²⁰; (ii) Guia Programas de Compliance¹²¹, (iii) Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.¹²²

Em 2016, o CADE publicou Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE¹²³. De acordo com o referido Guia, o Programa de Leniência Antitruste (Programa de Leniência) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é um:

Conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) e nos artigos 196 a 210 do RiCade; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência).

O Acordo de Leniência somente poderá ser celebrado se forem cumpridos os seguintes requisitos pelo signatário:

¹²⁰ CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

¹²¹ CADE. **Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos Programas de Compliance Concorrencial**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 16 de fev. 2016..

¹²² CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023.

¹²³ CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

i) colaborar efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, sendo que ii) dessa colaboração deve ser obtida a identificação dos demais envolvidos, bem como informações e documentos que comprovem a infração, conforme art. 86, caput, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011. Além do mais, iii) o signatário deverá ser o primeiro a se habilitar para noticiar a conduta, iv) cessar o envolvimento na mesma, v) trazer provas suficientes para assegurar a condenação dos demais envolvidos no momento da propositura do acordo e vi) confessar a infração, de acordo com o art. 86, §1º, incisos I a IV, da Lei nº 12.529/2011.

Sobre o tema, cumpre destacar que, apesar da discussão jurídica que permeia as políticas de leniência, do ponto de vista da Ciência Econômica elas objetivam alterar os incentivos das firmas e das pessoas envolvidas (ou que eventualmente possam se envolver) na infração, relacionando-se à Teoria dos Jogos, campo definido como o estudo das interações estratégicas dos agentes econômicos.

Enquanto parte da Ciência Econômica se destina ao estudo de decisões isoladas, como por exemplo uma empresa maximizando o lucro ou um consumidor maximizando sua utilidade em consumir bens e serviços, a Teoria dos Jogos analisa as ações dos agentes considerando as atitudes dos outros agentes, verificando-se a interação estratégica. Trata-se de literatura antiga e que tem sido aprimorada com o tempo, vide os modelos de Cournot e Bertrand ainda no século XIX e os diversos Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel posteriores.¹²⁴

No mais, frisa-se que a reparação integral do dano não é requisito para celebração da leniência antitruste. No entanto, a legislação não impede que a signatária seja responsabilizada no âmbito civil por eventuais ações de reparação de danos causados pelo ilícito, segundo o art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011.

Deve-se registrar que dois trabalhos estão relacionados ao artigo intitulado "Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os Programas de

¹²⁴ PINHA, Lucas Campio. Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro Lucas Campio. **RDC**, Vol. 6, nº 1. Maio 2018. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/leniency%20program/Publications%20/Revista%20da%20Concorr%C3%Aancia-Texto%20do%20artigo-1612-1-10-20180523.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

Leniência?¹²⁵. Trata-se primeiramente da pesquisa realizada por Leslie¹²⁶, que analisa o US Corporate Leniency Policy com base na Teoria dos Jogos, mostrando os conceitos básicos e relacionando com as modificações ocorridas nos Estados Unidos. Em seguida, tem-se a pesquisa de Rufino, que faz algo similar para o Programa de Leniência brasileiro.¹²⁷

O Programa de Leniência brasileiro é similar ao anterior, podendo-se assinalar três modificações pontuadas pelo CADE: a) o acordo passa a ser feito diretamente com o CADE; b) o líder do cartel pode ser signatário do acordo de leniência (pela Lei nº 10.149/00 o líder era impedido); c) o acordo de leniência também abrange imunidade criminal¹²⁸.

Sobre o tema, em tese de Doutorado defendida perante este Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Raquel Possamai aponta que até maio de 2022, haviam sido assinados 106 Acordos de Leniência pelo CADE, além dos aditivos e pedidos de leniência plus.¹²⁹

Cessar a participação na conduta e ser a primeira a se habilitar são requisitos para a signatária garantir todos os benefícios, e caso não sejam qualificadas como primeira na fila, as empresas que chegarem em segundo, terceiro ou demais lugares, poderão celebrar outro tipo de acordo, o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta de Conduta. Esta análise será melhor detalhada no capítulo II, mais especificamente no item 2.2 desta tese.

Em setembro de 2017, o CADE atualizou seu Guia de Negociação de Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”), que consiste em um “*em um*

¹²⁵ PINHA, Lucas Campio. Op. cit.

¹²⁶ LESLIE, C. R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. **Journal of Corporation Law**, vol. 31, p. 453-488, 2006.

¹²⁷ RUFINO, V. S. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 1, n. 1, p. 47-64. 2015

¹²⁸ CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cades-antitruste-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

¹²⁹ POSSAMAI, Raquel. **Standards de convencimento para Acordos de Leniência no CADE : Análise a partir dos acordos firmados para investigação de cartéis em licitações públicas**. Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis, 2022. p. 27. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/244461>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

documento consolidado com as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) para negociação de TCCs em casos de cartel, tendo o objetivo de registrar a memória institucional e servir de referência para negociações futuras, norteados servidores, advogados e sociedade nos procedimentos dessa relevante atividade para a política de defesa da concorrência”¹³⁰.

O Guia trata dos procedimentos de negociação de TCC em casos de cartel e constitui instrumento apto a ser utilizado em investigações de outras infrações à ordem econômica previstas na Lei nº 12.529, de 2011. Registra-se ainda que os parâmetros dessas negociações, no entanto, não estão obrigatoriamente pautados pelos mesmos trâmites e critérios descritos pelo Guia¹³¹. O Guia, por ser ferramenta de aplicação de *softlaw*, não é vinculativo e não possui o caráter de norma. Assim, não altera dispositivos do Regimento Interno do Cade - RICade. Consoante o disposto no guia as práticas e procedimentos ali descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto¹³².

Menciona-se ainda que o Guia do TCC do CADE é fundamentado nos principais requisitos para a celebração de TCC nos termos dos artigos 85 da Lei nº 12.529, de 2011 e 184 a 189 do RI CADE, a saber:

- (a) Da colaboração;
- (b) Da contribuição pecuniária;
- (c) Do reconhecimento de participação na conduta investigada, da obrigação de não voltar a praticá-la e outras medidas; e
- (d) Principais modelos de acordos utilizados pelo Cade em suas negociações de TCC¹³³.

A análise destes dispositivos e dos referidos institutos do Guia de TCC será melhor analisada no próximo capítulo onde será destinado o subcapítulo 2.3 para os critérios de análise dos TCC's e a sua confluência com os programas de Compliance focados na Defesa da Concorrência.

¹³⁰ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 5.

¹³¹ CADE.Op. cit. p.. 5.

¹³² CADE.Op. cit. p.. 5.

¹³³ CADE.Op. cit. p.. 5.

Registra-se também que o trâmite do TCC é extremamente rápido, pois o período de negociação entre o CADE e a empresa será de 30 dias, contados do despacho do Conselheiro Relator, sendo prorrogáveis, no máximo, por mais 30 dias e, concluído o período de negociação, a versão final do compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro Relator para julgamento pelo Plenário do CADE, ou seja, após a apresentação do TCC, haja vista o curto lapso temporal até o seu julgamento, será difícil verificar a vantagem auferida pela empresa na participação no cartel ¹³⁴.

Dessa forma, o CADE, caso o TCC seja firmado no início do processo administrativo, não disponibilizará de dados suficientes para quantificar a vantagem auferida pela empresa em sua participação no cartel. Não tendo estes dados, o CADE, provavelmente, irá estipular a multa mínima determinada em lei e, mesmo que o CADE disponha de alguns dados, provavelmente não terá, haja vista que o processo administrativo não terá sido finalizado, informações suficientes para impor uma multa de acordo com a vantagem auferida pela empresa em sua participação no cartel, como ocorre na União Européia e nos Estados Unidos da América do Norte¹³⁵.

A empresa, ao tomar ciência de que o CADE e a SDE estão investigando um suposto cartel de que ele é participante, buscará rapidamente firmar o TCC, para que o CADE não tenha acesso a informações suficientes para impor uma multa que não seja a mínima. Isso porque a multa, quando estipulada em seu valor mínimo, não inibe a empresa de participar do cartel, pois os lucros auferidos com a participação nesta prática serão maiores que a multa porventura imposta em caso de ser firmado o TCC¹³⁶.

O detalhamento sobre as etapas e a negociação do TCC serão melhor abordados no próximo capítulo, no qual apresentar-se-á os principais pontos e características do procedimento de negociação e a assinatura do Termo entre a Requerente e o CADE.

¹³⁴ CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Op. cit. p. 13.

¹³⁵ CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Op. cit. P. 13.

¹³⁶ CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Op. cit. P. 13.

O Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel previu especificamente que a existência de programa de compliance que tenha relação direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada pode indicar a boa-fé do infrator e levar à redução da contribuição monetária impostas por esses acordos, servindo como atenuante¹³⁷.

Por fim, é também no período ora analisado (2010-2020) mais especificamente em janeiro de 2016, que o CADE publicou o Guia para Programas de *Compliance*¹³⁸, com orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de *Compliance* Concorrencial.¹³⁹ O CADE também demonstrou preocupação com o tema ao incluí-lo no Plano Estratégico de 2013/2016 e no Plano Plurianual (2012/2015) do órgão¹⁴⁰.

O Guia para Programas de *Compliance*, em sua introdução, aponta os papéis preventivos, repressivos e educativos do CADE, bem como descreve os incentivos inerentes a adoção de mecanismos de *Compliance*. O objetivo do guia é orientar para a “criação de um programa interno de empresas que seja efetivo em evitar práticas que possam vir a ser entendidas como infrações colusivas ou unilaterais.”¹⁴¹

O Guia reforça a possibilidade das empresas evitarem a aplicação das penalidades previstas na Lei 12.529, ressaltando que o objetivo principal da

¹³⁷ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 34.

¹³⁸ CADE. **Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos Programas de Compliance Concorrencial**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>> . Acesso em: 16 de fev. 2016. p. 7.

¹³⁹ RILEY E SOKOL. Riley, Anne and Sokol, D. Daniel, Rethinking Compliance (August 25, 2014). 3 **J. of Antitrust Enforcement** 31 (2015); University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2475959>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475959>>. Acesso em: 20 de fev de 2017.

¹⁴⁰ RODAS, João Grandino. Guia do Cade para programas de compliance é um passo à frente. **Consultor Jurídico**. Fevereiro, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/olhar-economico-guia-cade-programas-compliance-passo-frente>>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

¹⁴¹ CADE. Op. cit. p. 7.

difusão da Defesa da Concorrência é a criação de ambiente concorrencial saudável e a manutenção de mercados competitivos.¹⁴²

De acordo com Guia do CADE o termo *compliance* pode ser definido como “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-las mais rapidamente, caso se concretizem”.¹⁴³ Reforçando o caráter prospectivo do Direito *Antitruste*, o Guia cita aspectos positivos para as empresas, como a prevenção de riscos de violação de leis e suas consequências, como, exemplificativamente, multas previstas no art. 37a da Lei 12.529/2011, sendo elas: impedimento de contratar com instituições públicas, participar de licitações, cisão de sociedades, venda de ativos e cessação parcial de atividades. Nesse sentido, pode-se pontuar os principais objetivos do Guia de compliance:

1. A identificação mais célere de infrações que possibilite: a assinatura de acordos com autoridades e que propicie grande diminuição de penas e/ou imunidade criminal;
- 2 percepção precoce de sinais de problemas concorrenciais em outras empresas e a consequente revisão do relacionamento com elas, de modo a afastar riscos de contaminação;
3. Ações afirmativas, que redundem em prol da reputação da empresa;
4. conscientização dos funcionários e mais certeza de que não estão violando leis;
5. Redução de custo e contingências com investigações, indenizações, multas¹⁴⁴.

O *compliance* concorrencial visa, portanto, diminuir o risco de acontecer violações à legislação concorrencial; bem como descobrir rapidamente eventual prática antitruste, que não tenha sido possível evitar. Uma das preocupações do CADE é que os programas sejam “de fachada” (*sham programs*), superficiais e ineficazes. Daí então a importância da Autoridade Antitruste orientar sua estruturação, de forma que o programa de compliance seja “robusto”, devendo com isto comprometimento da empresa, envolvimento da alta direção, recursos adequados, além de autonomia e independência.

¹⁴² CADE. Op.cit.. p. 9.

¹⁴³ CADE. Op. cit. p. 9.

¹⁴⁴ CADE. Op. cit. p. 9.

O Guia destaca que a elaboração do Programa de *Compliance* em Defesa da Concorrência deve ser precedida da verificação de riscos (matriz de riscos) a que estejam expostos a empresa em particular, devendo haver prioridade para áreas e temas em que o risco seja mais avantajado. De forma simples, o Guia do CADE reproduz a produção dos organismos internacionais como a ICC¹⁴⁵ e a OCDE¹⁴⁶, estabelecendo que a mitigação dos riscos *Antitruste* deva ser realizada através de treinamento e comunicações internas; monitoramento do programa; conformação de canal de reclamações e denúncias; tratamento adequado e ágil de todas as denúncias recebidas e respostas às denúncias feitas.

Ainda que não se trate de Lei, e sim de uma forma de aceção da importância dos Programas de *Compliance* pelas empresas, verifica-se que o CADE vem exigindo os Programas de *Compliance* em Defesa da Concorrência em seus Termos de Cessação de Conduta, tendo inclusive lançado guias e estabelecido os mecanismos de prevenção como objetivos de sua atuação. Trata-se, portanto, da aplicação dissuasória da aplicação da Legislação *Antitruste*, que será melhor analisada no item 2.5 do próximo capítulo onde analisar-se-á a necessidade de um Programa de Compliance frente a eventual contribuição pecuniária frente ao desconto da multa esperada em casos de TCC's.

A revista britânica *Global Competition Review – GCR* (uma das referências internacionais sobre assuntos concorrenciais) é a única a fazer uma cobertura sistemática dos temas do antitruste no mundo e avaliar, anualmente, o desempenho de todos os países na área. A referida revista classificou o SBDC no ano de 2010, com três estrelas e meia das cinco possíveis no ranking que a

¹⁴⁵ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC Antitrust Compliance Toolkit. Practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies.** <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf>>. Acesso em: 5 de set. 2022.

¹⁴⁶ OCDE. **Promoting Compliance with Competition Law 2011.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 5 de set. 2022.

publicação elabora. Em 2003, a revista havia conferido ao SBDC apenas uma estrela e meia¹⁴⁷.

Conforme verificado no presente capítulo, o tema Compliance ganhou relevância e destaque no Direito Concorrencial do Brasil ao final da década de 2010-2020. O próximo tópico abordará a mudança de paradigma na sanção concorrencial e a necessidade do compliance concorrencial efetivo para dissuasão ótima, nos termos do que a moderna doutrina concorrencial tem sugerido¹⁴⁸.

¹⁴⁷ CADE. **Defesa da Concorrência no Brasil 50 anos**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/livro-50-anos/livro-defesa-da-concorrenca-no-brasil-50-anos.pdf>>. Acesso em: 5 de jun. 2023.p. 171.

¹⁴⁸ WILS, Wouter P. J.. Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement. **Journal of Antitrust Enforcement**. Vol. 1, No. 1 (2013). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2176309>> . Acesso em: 18 de maio de 2023.

1.5 A mudança de paradigma na sanção concorrencial e a necessidade do compliance concorrencial efetivo para dissuasão ótima.

O presente tópico abordará a mudança de paradigma na sanção concorrencial e a necessidade do compliance concorrencial efetivo para dissuasão ótima a partir da análise do perfil e amadurecimento institucional do CADE.

Esta análise será permeada pelos estudos promovidos pela OCDE no ano de 2018. Na oportunidade, a OCDE lançou um projeto para construir um banco de dados estatísticos relacionado às autoridades de defesa da concorrência, o qual inclui dados sobre os recursos (humanos e financeiros) das autoridades, combate a cartéis, condutas unilaterais, análise de atos de concentração e informações sobre iniciativas de advocacia da concorrência¹⁴⁹.

O Cade deveria reavaliar seu regime de acordos em casos de conduta. O Cade deveria negociar acordos durante a fase de investigação na SG e antes de o caso ser discutido no Tribunal, com o fim de garantir que haja ganhos de eficiência administrativa e economia de recursos. O nível de desconto concedido deveria refletir as eficiências administrativas obtidas com a utilização dos acordos. De modo geral, os descontos disponibilizados nos acordos envolvendo cartéis deveriam refletir os níveis observados em outras jurisdições. O Cade deveria aceitar acordos somente em casos simples, que não envolvam questões inéditas ou jurídicas complexas¹⁵⁰

Guilherme Resende Mendes, Professor de Economia do Programa do Mestrado do Instituto de Direito Público e Economista Chefe do Cade analisou os dados estatísticos do estudo da terceira edição do relatório "OECD Competition

¹⁴⁹ RESENDE, Guilherme Mendes. **Atuação do Cade e tendências antitruste ao redor do mundo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-21/defesa-concorrencia-atuacao-cade-tendencias-antitruste-redor-mundo>>. Acesso em: 15 de set. 2022.

¹⁵⁰ O Cade deveria reavaliar seu regime de acordos em casos de conduta. O Cade deveria negociar acordos durante a fase de investigação na SG e antes de o caso ser discutido no Tribunal, com o fim de garantir que haja ganhos de eficiência administrativa e economia de recursos. O nível de desconto concedido deveria refletir as eficiências administrativas obtidas com a utilização dos acordos. De modo geral, os descontos disponibilizados nos acordos envolvendo cartéis deveriam refletir os níveis observados em outras jurisdições. O Cade deveria aceitar acordos somente em casos simples, que não envolvam questões inéditas ou jurídicas complexas

Trends" (OCDE, 2022)¹⁵¹ que abrangeu um período de sete anos (2015-2020) e contou com 73 jurisdições que representam 91% do PIB e 73% da população mundial, compilando os dados em artigo publicado no Conjur¹⁵².

Destaca-se que os dados apresentados no "OECD Competition Trends" são agregados em certos grupos de jurisdições e incluem uma análise (a) para todas as jurisdições participantes, (b) jurisdições da OCDE e não pertencentes à OCDE e (c) por região geográfica (Américas, Ásia-Pacífico, Europa e outros). Segundo o estudo da OCDE, a idade média das autoridades de defesa da concorrência se aproxima dos 33 anos¹⁵³.

Com relação aos recursos humanos, em 2020, as autoridades antitruste empregaram uma média de 129 funcionários na atividade fim, apresentando um crescimento anual de 1,4% entre 2015 e 2020¹⁵⁴. O Cade, por sua vez, apresentou um crescimento cerca de quatro vezes maior (6,1% ao ano), alcançando 205 servidores na atividade fim em 2020¹⁵⁵.

A partir dos dados da OCDE, pode-se examinar as três funções do Cade – preventiva, repressiva e educativa– em comparação aos seus pares ao redor do mundo. No que se refere à função educativa, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE tem tido papel relevante na elaboração de estudos, com o objetivo de disseminação da cultura da concorrência, inclusive em pareceres sobre advocacia da concorrência (ou, simplesmente, advocacy)¹⁵⁶.

Segundo a OCDE (2022), a advocacy pode assumir várias formas, como estudos de mercado, apresentações, eventos, conferências nacionais ou internacionais¹⁵⁷. Com relação aos estudos de mercado, quase todas as autoridades antitruste realizaram, pelo menos, um estudo de mercado no período de 2015 a

¹⁵¹ OECD. **OECD Competition Trends 2022**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>>. Acesso em: 16 de maio de 2023.

¹⁵² RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

¹⁵³ OECD. Op. cit.

¹⁵⁴ OECD. Op. cit.

¹⁵⁵ RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

¹⁵⁶ RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

¹⁵⁷ OECD. Op.cit.

2020. No ano de 2020, o DEE/Cade produziu 9 estudos de mercado - uma produção cerca de três vezes maior que a média global. Apesar de não ser possível fazer comparações internacionais, em relação ao número de opiniões formais, foram produzidas 24 notas técnicas pelo DEE/Cade, além da realização de dez eventos¹⁵⁸.

De acordo com a OCDE¹⁵⁹, em torno de 90% das jurisdições pesquisadas têm um regime de controle de concentração em vigor, embora com algumas diferenças de operacionalização. A maioria dos regimes adotam um sistema obrigatório prévio de notificação, cobram uma taxa para notificação da operação, utilizam o faturamento como critério de notificação e oferecem um procedimento simplificado para casos que apresentam baixa concentração de mercado¹⁶⁰. Ao todo, foram 8.548 decisões de fusões & aquisições em 2020, representando um aumento de 3,0% em relação a 2015, mas um decréscimo de 7,3% em relação a 2019¹⁶¹. Desse número, o Brasil representou 5,3% das operações, analisando 452 atos de concentração em 2020, com um aumento de 8,1% em relação a 2015, e apresentando um aumento de 3,2% em relação a 2019¹⁶².

Importa destacar que, enquanto na média mundial houve um decréscimo nas análises de fusões no período da pandemia de Covid-19 (até 2020)¹⁶³, no Brasil o número de decisões sobre atos de concentração aumentou¹⁶⁴. Destacam-se também os números de aprovações com remédios antitruste e reprovações de fusões & aquisições, já que, em 2020, enquanto 2,2% das decisões mundiais tiveram problemas concorrenciais que as autoridades antitruste

¹⁵⁸ RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

¹⁵⁹ OECD. Op.cit.

¹⁶⁰ OECD. Op.cit.

¹⁶¹ OECD. Op.cit.

¹⁶² CADE. **Anuário Cade 2021**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Disponível em: <<https://indd.adobe.com/view/adfd8e43-0a8b-4b2d-be7c-75bf058a4239>>. Acesso em: 16 de maio de 2023.

¹⁶³ OECD. Op.cit.

¹⁶⁴ RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

mitigaram por meio de remédios, apenas 0,2% das operações foram reprovadas. Tais proporções foram semelhantes às observadas entre 2015 e 2019¹⁶⁵.

Ademais, no Brasil, a média anual de reprovações no período 2015-2020 foi exatamente a mesma da tendência mundial, 0,2%. Por sua vez, em relação às aprovações com remédios antitruste, esse percentual foi menor na jurisdição brasileira, alcançando 1,5% das operações no período 2015-2020. Em relação às condutas anticompetitivas, o número médio de decisões de cartel por autoridade foi de 8,7 ao ano para países membros da OCDE e de 7,5 para países não-membros, durante o período de 2015 a 2020¹⁶⁶. No Cade, ocorreram 53 decisões sobre cartéis ao ano, em média, no mesmo período. Entretanto, algumas decisões referem-se a desmembramentos de processos administrativos principais em benefício da eficiência processual que são denominados “PA filhote”¹⁶⁷. Ao se excluir esses PAs de modo a evitar duplicidade e contar apenas os cartéis condenados, têm-se 8 condenações por ano entre 2015-2020¹⁶⁸.

Com relação aos pedidos de leniência, esses diminuíram em 15,5% ao ano no período 2015-2020, sendo que no Brasil ocorreu um decréscimo de 12,3% ao ano no mesmo período. A média mundial de casos de cartel concluídos por meio de acordo foi de 46% durante o período de 2015 a 2020¹⁶⁹. No Brasil, essa média é similar: 48%¹⁷⁰. Por sua vez, segundo o relatório da OCDE (2022), os casos de condutas unilaterais estão bem concentrados em algumas jurisdições, sendo que as 5 principais jurisdições representaram 53% de todas as decisões, e as 10 principais jurisdições representaram 69% (ou 1.062 decisões em valores absolutos) de todas as decisões durante o período de 2015 a 2020¹⁷¹. Nesse período, o Cade esteve entre as principais jurisdições com 35 decisões ao ano¹⁷².

¹⁶⁵ OECD. Op.cit.

¹⁶⁶ OECD. Op.cit.

¹⁶⁷ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁶⁸ RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

¹⁶⁹ OECD. Op.cit.

¹⁷⁰ RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

¹⁷¹ OECD. Op.cit.

¹⁷² RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

A OCDE também observou que encerrar investigações de condutas unilaterais por meio de acordos é relativamente comum, representando cerca de 22% de todas as decisões¹⁷³. Seu uso é mais frequente nos países da OCDE do que em jurisdições não pertencentes à OCDE (respectivamente 41% e 11% entre 2015 e 2020). No Cade, esse percentual foi de 12% no mesmo período.

O relatório da OCDE também demonstra que o total de multas apresentaram um crescimento anual médio de 31% durante o período 2015-2018, observando, entretanto, que as multas totais diminuíram 17% em 2019 e 39% em 2020. As multas de cartel representaram a maioria das multas totais (geralmente entre 80% e 95% em cada um dos anos no período 2015-2020)¹⁷⁴. No que se refere ao Cade, o padrão foi semelhante à média mundial, i.e., crescimento no valor das multas aplicadas entre 2015 e 2018 e quedas nos anos subsequentes, devendo-se destacar que as multas totais aplicadas pelo Cade diminuíram em um percentual maior (cerca de 70%) entre 2019 e 2020¹⁷⁵.

Ao finalizar seu artigo, Resende conclui que todos esses números refletem a posição de destaque internacional que o CADE vem assumindo nos últimos 10 anos. As três funções de atuação do órgão — preventiva, repressiva e educativa — têm mostrado um desempenho robusto. Em atos de concentração, há uma legislação em linha com as melhores autoridades do mundo e que foi capaz de lidar com um número de casos crescente mesmo em um cenário de pandemia. Nas condutas anticompetitivas, o Cade mantém sua posição de destaque no combate a cartéis e vem se consolidando nas investigações de condutas unilaterais. A estrutura do DEE foi incrementada nos últimos anos, permitindo que pudesse prestar apoio qualificado na instrução dos casos, à Superintendência-Geral e ao Tribunal do Cade e desempenhar um papel relevante de advocacy, promovendo a cultura da concorrência. O autor destaca que o melhor caminho para continuar a transformação do ambiente concorrencial é manter a rota com o aperfeiçoamento

¹⁷³ OECD. Op. cit.

¹⁷⁴ OECD. Op. cit.

¹⁷⁵ RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

das experiências já exitosas¹⁷⁶, a nosso ver, um destes temas deve ser a análise dos Programas de Compliance pela autoridade Concorrencial.

O interesse pelo tema “Compliance” tem crescido de forma exponencial na doutrina e na prática do Direito Concorrencial. O Conselheiro do CADE, Dr. Victor Oliveira Fernandes, também professor do IDP aponta que o estudo sobre o tema tem se mostrado cada vez mais importante tanto na comunidade acadêmica internacional quanto nacional, na qual o prestígio pelo desenvolvimento de programas de compliance em Defesa da Concorrência tem aumentado, como forma de prevenir a prática de condutas anticoncorrenciais¹⁷⁷.

Conforme analisaremos no Capítulo II, as condutas anticompetitivas estão previstas no art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência no Brasil e são o principal foco de atuação dos programas de compliance concorrenciais. Tais práticas podem ser (i) horizontais, praticadas por agentes que concorrem entre si; (ii) verticais, praticadas por agentes que atuam em níveis diferentes de uma mesma cadeia de produção (e.g.: fixação de preço de revenda, acordos de exclusividade, venda casada e discriminação de preço). Empresas que cometerem essas infrações estão sujeitas a multa que pode atingir até 20% do valor do faturamento bruto da empresa, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo. Pessoas físicas ou entidades associativas também podem ser multadas pela prática de infrações com multa que pode chegar ao valor de R\$ 2 bilhões. Os infratores também estão sujeitos a penas alternativas previstas no art. 38 da LDC, como por exemplo a proibição de contratar com o poder público, de participar de licitações por 5 anos, alienação de ativos, etc.

Uma das grandes preocupações da autoridade antitruste são os cartéis, conduta essa em que empresas concorrentes se unem para fixar preços, dividir mercados, fraudar licitações, causando uma deturpação do ambiente concorrencial

¹⁷⁶ RESENDE, Guilherme Mendes. Op. cit.

¹⁷⁷ FERNANDES, Victor Oliveira. Brazil: Compliance programs and abuse of dominance practices under Brazilian competition law – A roadmap for compliance monitors, September 2019, *Concurrences* N° 3-2019, Art. N° 90987, pp. 216-227.

e do mercado para obter ganhos em detrimento da sociedade. Por isso, o cartel é considerado o mais grave ilícito concorrencial, sendo punível inclusive na esfera criminal.

Conforme analisado neste capítulo, ao longo das últimas décadas, o combate a cartéis ganhou força e se tornou prioridade no Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência (SBDC) especialmente a partir do ano 2000, quando a Lei nº 10.149/2000 trouxe mudanças significativas à Lei nº 8.884/1994, incorporando mecanismos investigativos e de obtenção de provas mais sofisticados, como buscas e apreensões e acordos de leniência.

Com a primeira condenação de empresas por formação de cartel pelo CADE (cartel do aço em 1999), a prioridade do órgão passou, gradualmente, a ser a investigação de condutas anticompetitivas, com multas cada vez mais rígidas (e.g.: cartel do cimento em 2014, com multa de R\$ 3,1 bilhões). Com o aumento das condenações e das penalidades, os efeitos negativos causados por cartéis foram evidenciados, conferindo maior relevância para o problema.

É justamente neste contexto que o compliance começa a ser tratado como algo mais sério no âmbito concorrencial. Consultorias e escritórios de advocacia começaram a desenvolver junto às empresas Programas de Conformidade. Como consequência, o tema alcançou o setor público, que compreendeu que poderia contribuir para estimular tais programas, aliando o *enforcement* público e privado para prevenir e reprimir infrações à ordem econômica.

Em 2021, houve a publicação intitulada o Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o Cade elaborado pelo CADE¹⁷⁸. O documento ressalta a importância de tornar mais explícitos os critérios probatórios de condenação que emergem dos precedentes do Tribunal do Cade.

¹⁷⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o Cade.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf>>. Acesso em: 8 de set. 2022.

Uma vez que precedentes criam normas que frequentemente se projetam para decisões futuras, se a SG-Cade os conhecer em detalhes, incrementará a capacidade preditiva de suas decisões de assinatura de acordo de leniência no que respeita às probabilidades de condenação de não signatários de acordo¹⁷⁹. Ressalta-se que no guia é bem lembrado que "*a atividade investigativa é, por excelência, dinâmica*".

Dessa forma, é possível à SG-Cade considerar meritórias propostas de acordo que não alcancem os parâmetros jurisprudencialmente consagrados, notadamente quando vislumbre estratégia crível de produção ulterior de provas. Podem ser julgadas aptas para a assinatura propostas que tenham algumas provas, ainda insuficientes para a condenação, mas que apontem diligências cuja experiência do Cade indica elevado grau de sucesso para obtenção de informações e documentos complementares à comprovação dos fatos¹⁸⁰.

A Doutrina especializada no Direito Concorrencial tem se dedicado ao Estudo do Compliance e Defesa da Concorrência. Em junho de 2011, o Comitê de Concorrência da OCDE realizou uma mesa redonda sobre Promoção da Conformidade com a Lei da Concorrência. Como decorrência deste evento, foi elaborado um documento que inclui um resumo executivo dessa discussão e os documentos da reunião: um documento de questões de Jeremy West para a OCDE e submissões escritas de diversos países, bem como contribuições de Joseph Murphy e Anne Riley. O documento é intitulado de *Promoting Compliance With Competition Law*¹⁸¹.

Em 2013, o Kit de ferramentas de Conformidade Antitruste da ICC foi lançado especificamente em 22 de abril na 5ª Mesa Redonda da ICC sobre Política de Concorrência em Varsóvia. Trata-se de material, cuja característica fundamental foi ter sido desenvolvido de empresa para empresa. Baseia-se na experiência considerável de advogados antitruste internos em empresas maiores e

¹⁷⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Op. cit. p. 7.

¹⁸⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Op. cit. p. 7.

¹⁸¹ OCDE. **Promoting Compliance with Competition Law 2011**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 5 de set. 2022.

na experiência da Ordem dos Advogados privada com experiência em assessorar tanto as pequenas e médias quanto as empresas maiores ¹⁸²

No ano de 2017, é publicado o Manual de Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização pela Superintendência Geral do CADE.¹⁸³ No ano de 2018, o referido manual foi agraciado com o prêmio de *Best Soft Law*, na categoria práticas concertadas, promovido pela revista francesa *Concurrences*¹⁸⁴.

Em 2019, a *American Bar Association* - ABA publicou uma obra intitulada Manual de Conformidade Antitruste: Guia do Praticante¹⁸⁵. Também no ano de 2019, a OCDE publicou documento intitulado Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil 2019, que concluiu que o regime de concorrência do Brasil foi revisto com sucesso em 2011 com a introdução da nova Lei da Concorrência, que simplificou as leis e políticas de concorrência no Brasil, tornando-as consistentes com as práticas internacionais e com as áreas identificadas para melhoria em revisões anteriores em 2005 e 2010. Constatou ainda que existem, no entanto, áreas para melhoria. As principais recomendações incluem: melhorar a estrutura institucional em termos de separação dos órgãos de investigação e de tomada de decisão, pessoal e nomeação do Comissário e do Superintendente Geral; priorizar o abuso de casos dominantes, melhorando a política de liquidação de acordo com os padrões internacionais e clarificando a metodologia para o estabelecimento de multas¹⁸⁶.

¹⁸² INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC Antitrust Compliance Toolkit. Practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies.** Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf>>. Acesso em: 5 de set. 2022.

¹⁸³ CADE. **Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>>. Acesso em 31 de ago. 2022.

¹⁸⁴ CADE. **Prêmios 2018-2019.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/premiacoes/2018-2011>>. Acesso em: 31 de ago. 2022.

¹⁸⁵ ABA. **Antitrust Compliance Handbook: A Practitioner's Guide. 2019.**

¹⁸⁶ OCDE. **Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-EN-G-web.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2023.

Em 2020, a Divisão Criminal do Departamento de Justiça dos EUA elaborou o documento intitulado *Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa*¹⁸⁷, que busca ajudar os promotores a tomar decisões informadas sobre se, e até que ponto, o programa de compliance da corporação estava em vigor no momento da infração, e se é efetivo no momento da decisão ou resolução de acusação, para fins de determinar a (1) forma apropriada de qualquer resolução ou processo; (2) multa pecuniária, se existir; e (3) obrigações de conformidade contidas em qualquer resolução criminal corporativa (por exemplo, obrigações de monitorização ou comunicação).¹⁸⁸

Em 2022, a Lei nº 14.470 introduziu alterações à Lei nº 12.529, de 2011, buscando criar incentivos a ações de reparação privada de danos concorrenciais, ainda raras no Brasil. Dentre as principais alterações introduzidas pela nova Lei, destacam-se:

- (a) danos gerados por condutas concertadas e influência a conduta comercial uniforme deverão ser ressarcidos em dobro (*double damages*);
- (b) empresas que celebrarem Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação com o Cade estarão isentas da reparação de danos em dobro e de responsabilidade solidária por danos causados por outros infratores;
- e (c) o prazo prescricional para ações de reparação de danos será de 5 anos contados da ciência inequívoca pela vítima, que a Lei estabelece como a "ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade".

Ademais é importante lembrar dos Prêmios de Conformidade Antitruste¹⁸⁹, cujo objetivo é promover a conformidade com as leis de concorrência. A edição inaugural de 2021 do Antitrust Compliance Awards visa contribuir para essa conquista, selecionando as iniciativas de compliance antitruste mais inovadoras nas seguintes categorias:

Prêmio da Agência: Melhores Iniciativas de Conformidade Antitruste

¹⁸⁷ U.S. Department of Justice Criminal Division. **Evaluation of Corporate Compliance Programs**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>> Acesso em: 6 de set. 2022.

¹⁸⁸ U.S. Department of Justice Criminal Division. Op. cit. p. 1.

¹⁸⁹ ANTITRUST COMPLIANCE AWARDS 2021. Disponível em: <<https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2020/presentation>>. Acesso em: 19 de set. 2022.

Prêmio Acadêmico: Melhores Iniciativas de Conformidade Antitruste
Prêmio Corporation: Melhores Iniciativas de Conformidade Antitruste
Prêmio Escritório de Advocacia: Melhores Iniciativas de Conformidade Antitruste
Prêmio de Tecnologia Jurídica: Melhores Iniciativas de Conformidade Antitruste
Grande Prêmio do Júri
Prêmio Especial

Conforme exposto, o celebração de acordos e análise de Programas de Compliance Concorrencial foi pauta de estudos na comunidade antitruste internacional sendo inserido no ordenamento jurídico desde o início do século XX, através das PPIS que posteriormente foram nomeados com o nome de *Compliance* para casos de negociações envolvendo TCC's.

Nesse ponto, convém lembrar que os princípios da supremacia da indisponibilidade do interesse público não constituem impeditivos à atuação administrativa consensual. Acerca do tema, Juliana Bonacorsi Palma destaca que os acordos administrativos podem ser entendidos como o interesse público do caso concreto, tendo em vista os potenciais efeitos positivos decorrentes da transação. Nesse sentido, a celebração do acordo administrativo pode caracterizar a própria satisfação do interesse público¹⁹⁰.

Fernanda Schramm inclusive destaca que mecanismos públicos de comando e controle e sancionamento atualmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro são ineficazes – ou pouco eficazes – no combate à corrupção. Para a autora, não se trata da falta de normas, mas da forma como se dá a sua operacionalização¹⁹¹, destacando-se que os processos administrativos abarcam dois grandes objetivos: a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração Pública¹⁹².

¹⁹⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. **Atuação administrativa consensual. Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf>. Acesso em: 24 de out. 2023. p. 310.

¹⁹¹ SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 56.

¹⁹² NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 114.

Nesse sentido, os acordos administrativos possuem expressivos efeitos positivos quando comparados à atuação administrativa típica. Ao examinar TCC no CADE, verificou-se que o referido instrumento desempenha válvula de escapes às disfuncionalidades da burocracia pública, voltando-se a transpor problemas relacionados a tempo e custos do processo administrativo, bem como à concentração da resposta sancionatória da figura da sanção administrativa¹⁹³.

A respeito da importância dos acordos administrativos, Diogo Figueiredo Moreira Neto assinala que o consenso como forma alternativa de atuação estatal representa para a Política e para o Direito uma renovação benéfica, uma vez que contribuiu para o aprimoramento da governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), proporciona a junção de todos os interesses (justiça), possibilita decisão mais sábia e concedente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem)¹⁹⁴.

Juliana Bonacorsi Palma destaca que o principal entrave à celebração de acordos substitutivos refere-se à cultura repressiva que prevalece nas instituições administrativas, sendo inquestionável a relevância de instrumentos consensuais adequados para garantir uma atuação administrativa consensual eficiente e negocial como prática legítima para que o Poder Público busque as finalidades públicas¹⁹⁵.

¹⁹³ PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. Op. cit. p. 310.

¹⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novas tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século - o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2000. p. 36.

¹⁹⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. Op. cit. p. 307-308.

Conclusão Capítulo

O presente capítulo buscou apresentar a evolução do Direito Concorrencial brasileiro à luz dos primeiros artigos publicados pela literatura, para compreender as implicações do direito concorrencial moderno. Para tanto, apresentou-se os objetivos do Direito Concorrencial e as discussões envolvendo os principais marcos teóricos da temática, com base na doutrina nacional e estrangeira. Para elucidar a necessidade de uma legislação que proteja a defesa da concorrência dos abusos cometidos por agentes econômicos foi analisada a

controvérsia envolvendo os principais objetivos do Direito Antitruste (Concorrencial).

Nesse sentido, avançou-se para estabelecer os principais marcos legais e histórico de aplicação do Direito Concorrencial no Brasil, recortando os períodos mais modernos da legislação Antitruste no Brasil em cada década do período pós-promulgação da constituição Federal de 1988: (i) Período de 1990-2000; (ii) Período de 2000-2010 (iii) Período de 2010-2020 (iv) início de década de 2020. A elucidação de cada período é importante para corroborar a tese de que, ao contrário do que se pretende estabelecer, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência há muito tempo se preocupa com a prevenção de infrações à Ordem Econômica e Compliance, tal qual proposto pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça na Resolução que estabeleceu os Programas de Prevenção à Ordem Econômica, também chamados de PPI's nos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta.

No próximo capítulo (Capítulo II), analisar-se-á o Processo Administrativo Concorrencial Sancionador e o momento de inserção da análise de um Programa de Compliance focado na Defesa da Concorrência.

2. OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCORRENCIAL SANCIONADOR

Neste segundo capítulo, apresenta-se o Processo Administrativo Concorrencial Sancionador e suas principais características conforme a aplicação dos dispositivos processuais estabelecidos na Lei Federal 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), conforme a Lei Federal 9.847/94 (Lei do Processo Administrativo Federal) e a aplicação subsidiária da Lei Federal 13.105/2015 (Código de Processo Civil para então examinar o momento processual adequado para análise dos Programas de *Compliance* focados na Defesa da Concorrência, quais sejam: o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta.

Inicia-se o exame do Processo Administrativo Concorrencial Sancionador através da análise de sua fase primária, qual seja a abertura do procedimento preparatório (antiga averiguação preliminar), perpassando pela instauração do inquérito, a citação e intimação dos representados, e a questão relativa à investigação de condutas colusivas horizontais para abertura do processo administrativo.

Conforme se apresentará, apesar de a Lei estabelecer os estágios para condução e desenvolvimento do processo administrativo sancionador, os estágios são independentes, podendo haver a abertura de I.A. em Despacho devidamente fundamentado pela Superintendência Geral.

Em seguida, analisa-se a fase instrutória e da produção de provas, para ao final abordar a fase decisória do Processo Administrativo Concorrencial que culmina na emissão de decisão terminativa com ou sem julgamento de mérito incidência, ou não de prescrição celebração de termo de compromisso de cessação.

No segundo tópico, apresenta-se a “*busca pelo marker*” para aplicação (negociação) ao Programa de Leniência e a consequente determinação da posição na fila de espera para negociação do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta.

O terceiro tópico é destinado a apresentar o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta conforme a Lei de Defesa da Concorrência, o Regimento Interno do CADE e os principais artigos da Doutrina Especializada referente à disciplina.

O quarto tópico apresentará as etapas da colaboração e da negociação do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta. É neste quarto tópico que se examina o momento de apreciação de um Programa de Compliance pela autoridade concorrencial, seja o TCC negociado na Superintendência Geral, seja o TCC negociado no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.¹⁹⁶

O quinto tópico apresenta a inserção do programa de compliance na análise de Termos de Compromisso de Cessação de Conduta, que será retomada no capítulo 4 da presente Tese.

Para elaboração do presente capítulo, além da análise dos dispositivos processuais da Lei de Defesa da Concorrência e do Regimento Interno do CADE, adota-se como bibliografia os estudos de André Marques Gilberto na obra “O processo Antitruste Sancionador”¹⁹⁷, o artigo da Priscilla Craveiro sobre *Marker* e Acordo de Leniência¹⁹⁸ e o artigo TCC na Lei 11.529/11 de Carolina Saito¹⁹⁹ publicado na Revista Brasileira de Defesa da Concorrência.

¹⁹⁶ A Lei estabelece que o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta somente poderá ser proposto uma única vez: “§ 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez”.

¹⁹⁷ GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/publico/Versao_Completa_Andre_Marques_Gilberto#page=9&zoom=100,0,0>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

¹⁹⁸ CRAVEIRO, Priscilla. **Uma régua na leniência antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do programa de leniência do CADE**. Revista do IBRAC. Número 1 - 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153373/regua_leniencia_antitruste_craveiro.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

¹⁹⁹ SAITO, Caroline. **TCC na Lei 11.529/11**. Fev/2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em: 4 de maio de 2023. p. 10.

2.1 O Processo Administrativo Concorrencial Sancionador.

A Lei Federal 12.529, de 2011, estabeleceu três procedimentos na Superintendência Geral para apuração de infração à ordem econômica, são eles:

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

No mesmo sentido, o Regimento Interno do CADE estabelece o Título IV, que trata das espécies de procedimento, onde no capítulo I Dos Procedimentos Ordinários Seção II Do Procedimento Preparatório, do Inquérito Administrativo para Apuração de Infrações à Ordem Econômica e do Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica:

Art. 134. A Superintendência-Geral decidirá a respeito do cabimento da instauração de qualquer dos tipos processuais previstos na Lei nº 12.529, de 2011.

§ 1º A decisão sobre a conveniência ou não de instauração de qualquer das diversas espécies de tipos processuais previstos na Lei nº 12.529, de 2011, pode ser revista a qualquer tempo pela Superintendência-Geral, mediante despacho fundamentado.

§ 2º Não será admitida a instauração de qualquer das espécies de tipos processuais previstas na Lei nº 12.529, de 2011, para apurar fatos que constituam lide privada, sem interesse para a coletividade, bem como a partir de representação que, na narrativa dos seus fatos e fundamentos, não apresente elementos mínimos de inteligibilidade.

O primeiro procedimento previsto no inciso I, do artigo 48 da Lei 12.529, consiste no procedimento preparatório de inquérito administrativo (PPIA) e é instaurado pela Superintendência Geral para apurar infração à ordem econômica para investigar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei, nos moldes do §2º do Art. 66 da Lei 12.529.

Este estágio pode ser traduzido como uma triagem das investigações de condutas que poderão ser levadas adiante, ou daqueles casos em que o SBDC não tem competência legal para atuar.

Vale ressaltar que o art. 135 do Regimento Interno do CADE estabelece as formas de instauração dos procedimentos que serão analisados pela Autarquia, nos seguintes termos:

Art. 135. Os tipos processuais tratados nesta seção serão instaurados:

I - de ofício;

II - em face de representação fundamentada de qualquer interessado;

III - em decorrência de peças de informação;

IV - após a realização de procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou conclusão de inquérito administrativo;

V - em face de representação advinda de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, das agências reguladoras, do Ministério Público que officie perante o Cade e da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade; ou

VI - em face de determinação do Plenário do Cade.

Parágrafo Único. A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, das agências reguladoras, do Ministério Público que officie perante o Cade e da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, independe de procedimento preparatório, instaurando-se, desde logo, o inquérito administrativo ou processo administrativo, conforme decidido pelo Superintendente-Geral.²⁰⁰

Tratando-se de denúncia relacionada a infrações ou ilícitos administrativos de outra seara, o CADE deve remeter os autos à autoridade competente, como, por exemplo, em casos de *dumping*, concorrência desleal, pirataria.

O prazo legal estabelecido para o trâmite do PPIA é de no máximo de 30 (trinta) dias de duração, conforme disposto no §3º do art. 66. Transcorrido este prazo, a Superintendência Geral, através de parecer fundamentado, opina pelo arquivamento do procedimento preparatório ou pela abertura do inquérito administrativo.

²⁰⁰ CADE. **Regimento Interno do CADE.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>>. Disponível em: 22 de maio de 2023.

O § 4º, do art. 66, determina que do despacho que ordenar o arquivamento de procedimento preparatório e indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou determinar seu arquivamento, poderá ser interposto recurso de qualquer interessado ao Superintendente-Geral, na forma determinada em regulamento, que é quem decidirá a matéria em última instância.

O § 10, também do artigo 66, determina que ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral.

Em relação ao Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo, o Regimento Interno do CADE²⁰¹ trata do Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo na Subseção I, no artigo 138 e 139. O § 1º, do artigo 138, determina que o procedimento preparatório tramitará em sigilo até decisão em sentido contrário da Superintendência-Geral. O § 2º, também do art. 138, determina que a Superintendência-Geral deverá iniciar as diligências necessárias à formação de seu convencimento no prazo máximo de 30 dias. O § 3º, do art. 138, possibilita no caso de frustradas as diligências iniciais que a Superintendência-Geral, a seu critério, realize diligências complementares ou decida pelo arquivamento sumário do procedimento preparatório.

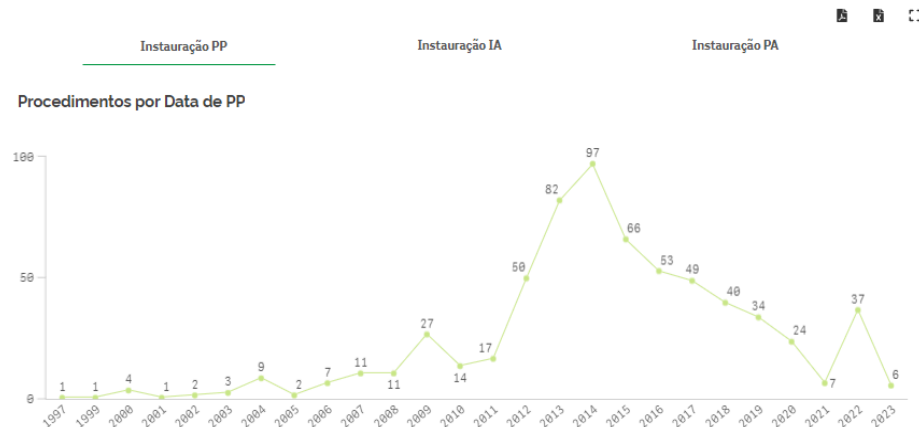
O § 4º destaca um prazo de 5 dias úteis a contar da ciência da decisão de qualquer interessado para interpor recurso do despacho que ordenar o arquivamento do procedimento preparatório. O recurso será dirigido ao Superintendente-Geral, que decidirá em última instância. Finalmente, o art. 139 determina que no prazo de 15 dias após ciência da decisão final de arquivamento do procedimento preparatório, o Tribunal poderá, mediante provocação de um dos membros do Tribunal, e em decisão fundamentada, avocar o procedimento preparatório arquivado pela Superintendência-Geral. O § 1º, do art. 139 assinala que o membro do Tribunal que encaminhar a provocação deve relatar o incidente de avocação e apresentar as razões que fundamentam o pedido. Já o § 2º, por sua

²⁰¹ CADE. **Regimento Interno do CADE.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>>. Disponível em: 22 de maio de 2023.

vez, determina que o Tribunal, ao decidir o incidente, poderá: *I - confirmar a decisão de arquivamento; II - determinar o retorno dos autos à Superintendência-Geral, para instauração de inquérito administrativo.*

O Gráfico abaixo apresenta o número de procedimentos preparatórios conduzidos pelo CADE de 1997 a 2023:

Gráfico 1 - PPIA (1997-2023)



FONTE: CADE EM NÚMEROS

O segundo procedimento está previsto no inciso II, do artigo 48 da Lei 12.529 é o de investigação formal ou inquérito administrativo.

Nessa fase, a Superintendência Geral apura a infração à ordem econômica, especialmente quando os indícios não são suficientes para abertura de processo administrativo. O arcabouço legal do inquérito administrativo está no Art. 66 ao 68. Trata-se de procedimento de natureza inquisitorial que pode ser instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo, nos termos do caput do artigo 66.

Conforme o § 6º, do artigo 66, a representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao Cade, independe de procedimento preparatório, instaurando-se desde logo

o inquérito administrativo ou processo administrativo. Assim, o procedimento preparatório é dispensável. O § 7º, por sua vez, determina que o representante e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da Superintendência-Geral. O § 8º, também do artigo 66 determina que a Superintendência-Geral poderá solicitar o concurso da autoridade policial ou do Ministério Público nas investigações. Ademais, o § 9º, do artigo 66, assinala o prazo máximo para encerramento do inquérito administrativo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua instauração, prorrogáveis por até 60 (sessenta) dias, por meio de despacho fundamentado e quando o fato for de difícil elucidação e o justificarem as circunstâncias do caso concreto.

O art. 67, por sua vez, confere o prazo de até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo para que a Superintendência-Geral decida pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento. O § 1º, do mesmo dispositivo assinala que o Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação. Já o § 2º, também do artigo 67, determina que avocado o inquérito administrativo, o Conselheiro-Relator terá o prazo de 30 (trinta) dias úteis para:

- I - confirmar a decisão de arquivamento da Superintendência-Geral, podendo, se entender necessário, fundamentar sua decisão;
- II - transformar o inquérito administrativo em processo administrativo, determinando a realização de instrução complementar, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

No mesmo sentido, o Regimento Interno do CADE²⁰², que trata do Inquérito Administrativo na Subseção II, nos artigos 141 a 145. O § 2o, do artigo 141, assinala que neste procedimento, a Superintendência-Geral poderá exercer quaisquer das competências instrutórias previstas na Lei no 12.529, de 2011,

²⁰² CADE. **Regimento Interno do CADE.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>>. Disponível em: 22 de maio de 2023.

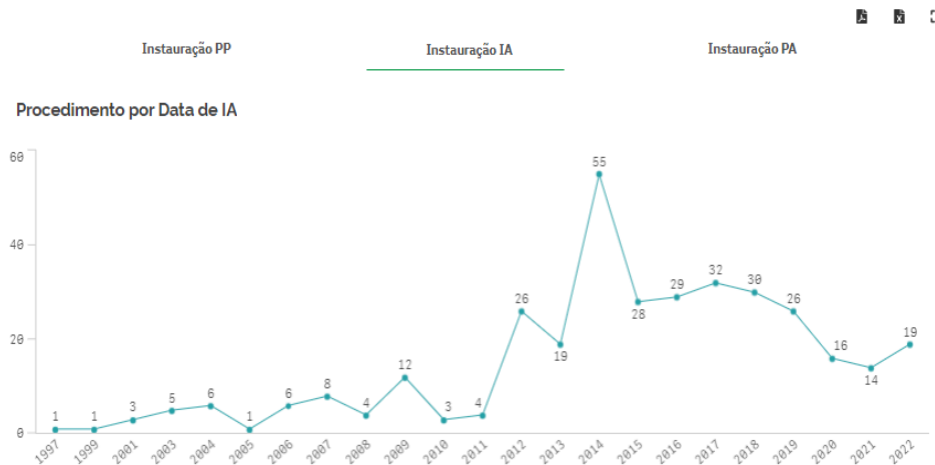
inclusive requerer esclarecimentos do representado ou de terceiros, por escrito ou pessoalmente.

O artigo 144, também do RICADE, assinala prazo para interposição de recurso no prazo de 5 dias úteis a contar da ciência da decisão em relação ao despacho que ordenar o arquivamento do inquérito administrativo. O recurso será dirigido ao Superintendente-Geral, que decidirá em última instância.

Assim sendo, o art. 145, determina que no prazo de 15 (quinze) dias, após decisão final da Superintendência-Geral pelo arquivamento do inquérito administrativo, o Tribunal poderá, mediante provocação de um dos membros do Tribunal e, em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, sendo que, nos termos do § 2º, o o Tribunal, ao decidir o incidente, poderá: I - confirmar a decisão de arquivamento; II - determinar o retorno dos autos à Superintendência-Geral para a continuidade do inquérito administrativo ou instauração de processo administrativo, conforme o caso; e III - sortear Conselheiro-Relator para decidir na forma prevista no art. 67, § 2º, da Lei no 12.529, de 2011. O § 7º, do artigo 145, por sua vez, determina que nos inquéritos administrativos públicos a decisão publicada no DOU servirá como meio de ciência aos membros do Tribunal, enquanto o § 8º assinala que a Coordenação-Geral Processual dará ciência aos membros do Tribunal da decisão final da Superintendência-Geral de arquivamento de inquérito administrativo com trâmite sigiloso.

Com relação ao número de Inquéritos Administrativos conduzidos pelo CADE no período de 1997 a 2023, a plataforma CADE em números assim aponta:

FIGURA 1 - Inquéritos Administrativos (1997-2023)



FONTE: CADE EM NÚMEROS

É no curso do inquérito administrativo que a autoridade concorrencial busca a produção de provas, pela via administrativa, que possam apurar a configuração de uma conduta contrária à ordem econômica.

O art. 71 do Regimento Interno do CADE assim estabelece:

CAPÍTULO II

DAS INFORMAÇÕES E DOS PODERES INSTRUTÓRIOS

Art. 68. A requisição de informações pela autoridade competente deverá conter o prazo para resposta, a advertência sobre as penas do art. 40 da Lei nº 12.529, de 2011, e poderá ser feita por qualquer meio que assegure a certeza da ciência do interessado, tais como:

- I - via postal, com aviso de recebimento;
- II - fac-símile, com garantia de recebimento;
- III - telegrama, com garantia de recebimento; e
- IV - meio eletrônico, com garantia de recebimento.

Parágrafo único. É permitida a resposta ao pedido de informações na forma do art. 44 deste regimento interno.

Art. 69. O Presidente, os Conselheiros do Cade, o Superintendente-Geral, os Superintendentes-Gerais Adjuntos, os Coordenadores-Gerais e as demais autoridades competentes podem, no interesse e âmbito da instrução de qualquer das diversas espécies de procedimentos administrativos de sua competência, requisitar:

- I - documentos, objetos e informações, por escrito ou oralmente, de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; e
- II - esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas.

Art. 70. Do documento de requisição deverá constar expressamente:

- I - na hipótese do inciso I do art. 69, a discriminação precisa do objeto da requisição, o prazo para seu cumprimento e a advertência de que a recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado, no tempo e modo assinalados, constitui infração punível com multa diária, no valor fixado pela autoridade requisitante, nos termos do

parágrafo único deste artigo e do art. 40 da Lei nº 12.529, de 2011, sem prejuízo das demais sanções civis e criminais cabíveis; e
II - na hipótese do inciso II do art. 69, o local e a data da audiência, bem como a advertência de que a falta injustificada sujeitará o faltante à multa fixada pela autoridade requisitante, nos termos do art. 41 da Lei nº 12.529, de 2011, sem prejuízo das demais sanções civis e criminais cabíveis.

Parágrafo único. Os valores das multas e da multa diária deverão ser fixados desde logo no documento de requisição.

Na produção dessas provas podem ser solicitadas, pela via judicial, através da Advocacia Geral da União ferramentas de investigação já conhecidas no inquérito penal, como operações de busca e apreensão e também escutas telefônicas. Sobre o tema, o CADE editou o guia de Diligências de Busca e apreensão com informações gerais sobre a sua operacionalização²⁰³.

Acerca do assunto lecionam Leonor Cordovil, Vinícius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders:

As antigas averiguações preliminares parecem dar lugar ao inquérito administrativo, que será instaurado quando não houver indícios suficientes à abertura do processo administrativo. O inquérito administrativo poderá ser instaurado, pela Superintendência Geral, de ofício ou mediante representação.²⁰⁴

Durante o curso do procedimento administrativo no CADE, há um momento de transição entre o final do inquérito administrativo e a abertura do processo administrativo, isto é, o momento em que se encerra o inquérito administrativo e a Superintendência Geral utiliza seu poder discricionário para optar pelo arquivamento do inquérito ou pela instauração de processo administrativo.

A instrução do inquérito administrativo é a parte mais delicada do procedimento, uma vez que aberto o processo administrativo, nos moldes do art.

²⁰³CADE. **Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>>. Acesso em 31 de ago. 2022.

²⁰⁴ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 173.

67²⁰⁵, a produção de provas por parte da Superintendência Geral torna-se mais difícil, visto que a Superintendência perde o elemento surpresa da investigação.

É que a partir do momento em que são notificados sobre o processo administrativo, nos termos do artigo 70²⁰⁶, os investigados podem questionar a produção de provas por parte da Superintendência.

Encontrados elementos suficientes de ilicitude administrativa concorrencial para uma eventual condenação no bojo do inquérito administrativo, a Superintendência Geral do CADE em despacho do Superintendente Geral determina a abertura de processo administrativo concorrencial sancionador para apuração de responsabilidade administrativa.

O processo administrativo está previsto no inciso III, do artigo 48 da Lei 12.529 e nele será elaborado um relatório formal baseado na investigação conduzida e deverá ser preparado para envio ao Tribunal.

Nesse sentido, a Lei 12.529, de 2011, em seu Capítulo IV, trata do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, em seus artigos 69 a 83. No Art. 69²⁰⁷ Foram estabelecidas as

²⁰⁵ Art. 67. Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento. § 1º O Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação. § 2º Avocado o inquérito administrativo, o Conselheiro-Relator terá o prazo de 30 (trinta) dias úteis para: I - confirmar a decisão de arquivamento da Superintendência-Geral, podendo, se entender necessário, fundamentar sua decisão;

²⁰⁶ Art. 70. Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas. § 1º A notificação inicial conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso. § 2º A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do aviso de recebimento, ou da publicação, conforme o caso. § 3º A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no Diário Oficial da União, da qual deverá constar o nome do representado e de seu procurador, se houver. § 4º O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por seu procurador, assegurando-se-lhe amplo acesso aos autos no Tribunal. § 5º O prazo de 30 (trinta) dias mencionado no caput deste artigo poderá ser dilatado por até 10 (dez) dias, improrrogáveis, mediante requisição do representado.

²⁰⁷ Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final,

garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, previstas pelo Art. 5º, incisos LVII e LVII da Constituição Federal.

Cumprido salientar que, enquanto o inquérito administrativo é conduzido pela Superintendência Geral, o processo administrativo é relatado por um dos sete conselheiros do Tribunal Administrativo. Para tanto, o processo é distribuído através de sorteio realizado na Sessão do Plenário do CADE a um de seus membros que será o relator do processo.

O artigo 72²⁰⁸ da Lei 12.529 estabelece a possibilidade de produção de provas por parte da Superintendência. Todavia, a produção de provas após o inquérito é sempre mais complicada, uma vez que, já notificados do processo administrativo, os agentes indiciados já têm conhecimento de que estão sendo processados e podem sempre questionar a produção de provas por parte da Superintendência Geral no curso do processo administrativo.

A Procuradoria Federal pode ser solicitada para manifestar sua opinião através de um parecer sobre o caso, nos termos do art. 75²⁰⁹. Trata-se do único ofício administrativo legalmente atribuído. Nenhuma das opiniões, todavia, é vinculante. Na sessão, em caso de empate, o Presidente vota novamente, desempatando.

Durante a condução do processo administrativo e sentindo necessidade de melhor elucidar os fatos, o Conselheiro Relator poderá solicitar novas diligências aos interessados no processo administrativo.

Em havendo necessidade de novas diligências, o Conselheiro-Relator poderá solicitá-las, e concluídas as diligências, o representado terá 15 dias para

aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural. Vale lembrar que a expressa menção ao procedimento em contraditório visa contrapor-se à natureza inquisitorial do inquérito administrativo nos termos do caput do art. 66.

²⁰⁸ Art. 72. Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.

²⁰⁹ Art. 75. Recebido o processo, o Presidente do Tribunal o distribuirá, por sorteio, ao Conselheiro-Relator, que poderá, caso entenda necessário, solicitar à Procuradoria Federal junto ao Cade que se manifeste no prazo de 20 (vinte) dias.

apresentar suas alegações finais, conforme dispõe o art. 76²¹⁰. O parágrafo único do art. 76²¹¹, por sua vez, estabelece que findadas as diligências determinadas no *caput* do artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

A abertura de prazo para a entrega de memoriais só será obrigada se houver instrução no Tribunal que venha reclamar a manifestação do representado. Equipara-se a ato de instrução, para este fim, a apresentação de parecer pela ProCADE. Ademais, a apresentação voluntária de manifestação pelo representado é factível a todo tempo, até o despacho saneador.²¹²

O despacho saneador mencionado é o previsto no Art. 77²¹³ da Lei 12.529. Salienta-se a diferença entre a antiga Lei 8.884, de 1994, que não previa o referido despacho, permitindo muitas vezes que os administrados trouxessem elementos novos às vésperas das sessões de julgamento do CADE.

O artigo 79²¹⁴, por sua vez, expõe as formalidades em relação às decisões do CADE que faz alusão expressa à necessidade de que as decisões proferidas sejam fundamentadas, e no caso de infração à ordem econômica, conste na decisão: a especificação dos fatos, o prazo para as providências a ser tomado, a multa determinada, e também a multa no caso de desobediência.

²¹⁰ Art. 76. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado.

²¹¹ Parágrafo único. Após a conclusão das diligências determinadas na forma deste artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, apresentar alegações finais.

²¹² TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência : avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 364.

²¹³ Art. 77. No prazo de 15 (quinze) dias úteis contado da data de recebimento das alegações finais, o Conselheiro-Relator solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento.

²¹⁴ Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá: I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar; II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do *caput* deste artigo; III - multa estipulada; IV - multa diária em caso de continuidade da infração; e V - multa em caso de descumprimento das providências estipuladas. Parágrafo único. A decisão do Tribunal será publicada dentro de 5 (cinco) dias úteis no Diário Oficial da União.

Vale ressaltar que em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica poderá ser adotada medida preventiva pelo Conselheiro-Relator ou pelo Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou por provocação do Procurador-Chefe do CADE, nos termos do artigo 84 da Lei . De acordo com o *caput* do referido artigo, para que a medida seja imposta, é necessário que exista "*indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo*". O § 1º, do artigo 84, dispõe que, na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando-se multa diária nos termos do art. 39 da mesma Lei. O § 2º, por sua vez, estabelece a possibilidade de recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo para impugnar a decisão que adotar medida preventiva.

O título II do Regimento Interno do CADE trata sobre o andamento procedimental. O capítulo I do referido título trata do parecer da Procuradoria do CADE e do Departamento de Estudos Econômicos, mencionando em seu artigo 67 que a Presidência, o Conselheiro-Relator e a Superintendência-Geral poderão abrir vista dos autos à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade e ao Departamento de Estudos Econômicos, fixando prazo para emissão de parecer.

O § 1º, do artigo 67, destaca que o pedido dos pareceres não implicará suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo. O § 2º, do artigo 67, menciona que constatada a não emissão do parecer, o Procurador-Chefe ou o Economista-Chefe poderão proferir o parecer oralmente, quando da sessão de julgamento.

Ademais, o § 3º, do artigo 67, menciona que os pareceres poderão ser solicitados pelos Conselheiros que formularem pedido de vista e conversão em diligência, na forma do § 4º, do art. 94, do Regimento Interno do CADE e finalmente o § 4º, também do artigo 67, destaca que aos demais membros do

Tribunal, não elencados no caput e no parágrafo anterior, é facultada a solicitação de pareceres, com anuência expressa do Plenário.

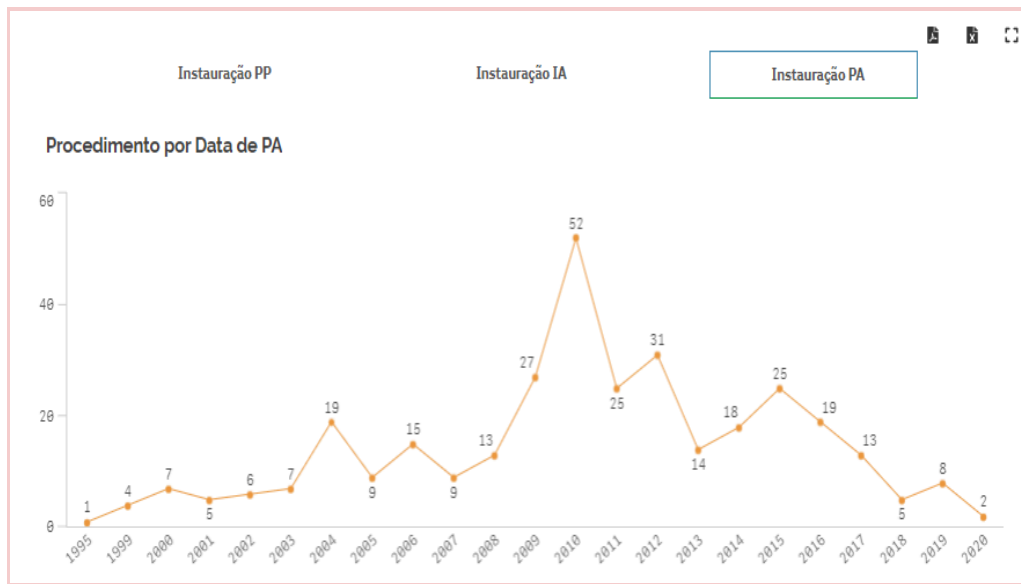
O Regimento Interno do CADE trata do processo administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica na Subseção III, dos artigos 146 ao 162.

O art. 147 assinala que do despacho que determinar a instauração do processo administrativo, deverão constar os seguintes elementos: I - indicação do representado e, quando for o caso, do representante; II - enunciação da conduta ilícita imputada ao representado, com a indicação dos fatos a serem apurados; III - indicação do preceito legal relacionado à suposta infração; e IV - determinação de notificação do representado para apresentar defesa no prazo legal e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando se for o caso, a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas, mediante fornecimento do motivo para o seu arrolamento, e sempre que possível, do nome, da profissão, do estado civil, da idade, do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, do número de registro da identidade, do endereço completo da residência e do local de trabalho.

O art. 162, do RICADE, assinala que descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do Tribunal, que determinará à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade que providencie sua execução judicial.

O gráfico abaixo, extraído da plataforma cade em números, apresenta o número de processos administrativos abertos pela Autarquia.

FIGURA 2: NÚMERO DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVOS



FONTE: CADE EM NÚMEROS

A tabela abaixo apresenta uma síntese dos Processos Administrativos que foram abertos pela Autarquia no período analisado:

TABELA 1. SÍNTESE DE PROCESSOS ANALISADOS PELO CADE

Ano	Processos Administrativos Julgados	Classificação	Mérito	Conduta
2015	5	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel
2015	3	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Comercial Uniforme
2015	5	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Unilateral
2015	16	Processo Administrativo	Condenação	Cartel
2015	21	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Comercial Uniforme
2015	2	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Unilateral
2016	8	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel
2016	1	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Comercial Uniforme
2016	3	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Unilateral
2016	12	Processo Administrativo	Condenação	Cartel

2016	1	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Comercial Uniforme
2016	6	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Unilateral
2017	3	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel
2017	1	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Comercial Uniforme
2017	7	Processo Administrativo	Condenação	Cartel
2017	2	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Comercial Uniforme
2018	11	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel
2018	2	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta unilateral
2018	10	Processo Administrativo	Condenação	Cartel
2018	2	Processo Administrativo	Condenação	Conduta unilateral
2019	7	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel
2019	1	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Comercial Uniforme
2019	9	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Unilateral
2019	8	Processo Administrativo	Condenação	Cartel
2019	2	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Comercial Uniforme
2019	1	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Unilateral
2020	4	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel

2020	1	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Comercial Uniforme
2020	1	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Unilateral
2020	9	Processo Administrativo	Condenação	Cartel
2020	1	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Comercial Uniforme
2020	1	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Unilateral
2021	6	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel
2021	2	Processo Administrativo	Arquivamento	Conduta Comercial Uniforme
2021	13	Processo Administrativo	Condenação	Cartel
2021	1	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Comercial Uniforme
2021	3	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Unilateral
2022	1	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel
2022	6	Processo Administrativo	Condenação	Cartel
2022	2	Processo Administrativo	Condenação	Conduta Unilateral
2022	3	Processo Administrativo	Condenação Parcial	Cartel
Total	203			

FONTE: CADE EM NÚMEROS

Verifica-se que o processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica do CADE está bem adequado à legislação de processo

administrativo brasileiro (Lei Federal 9.784/99), destacando-se as garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual a maioria das decisões do CADE questionadas no Poder Judiciário tem sido mantidas por seus próprios fundamentos.

Considerando-se a robustez do processo administrativo concorrencial sancionador e a diligente atuação do corpo técnico da Superintendência Geral do CADE, bem como os números apresentados na tabela 1, ao perceber ou tomar conhecimento de uma suposta atuação ilícita, o agente econômico possui como ferramenta a busca pelo *marker* no sentido de interromper e cessar a prática ilícita.

No artigo “Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato”, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo aponta que o risco do não compliance se exprime essencialmente pela atividade repressiva das autoridades antitruste, i.e., aquela ligada ao controle de condutas anticompetitivas.

Para Ragazzo, são duas as as proxies iniciais a serem observadas para captar a atividade repressiva da autoridade antitruste brasileira (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE): (i) a quantidade de inquéritos administrativos (“IAs”) abertos/julgados e (ii) a quantidade de processos administrativos (“PAs”) abertos/julgados.

Além disso, Ragazzo aponta que outros dados também devem ser levados em consideração para identificar a atividade de *enforcement* da Autoridade Concorrencial e, portanto, risco empresarial sendo eles:

(i) a quantidade de acordos de leniência e (ii) quantidade de termos de compromisso de cessação (TCCs) firmados com o CADE como parâmetros de captação do risco concorrencial na medida em que se tratam de acordos celebrados entre infratores da ordem econômica e órgão antitruste. No caso do acordo de leniência, o infrator que faz jus a ele recebe o benefício da imunidade administrativa e penal total, enquanto que, no caso do TCC, o infrator que faz jus ao requerimento confessa e se compromete a recolher uma contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, mas não recebe benefícios penais.²¹⁵

²¹⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato / Concorrencial completion: cost and benefit relations after Lava-Jato. **Revista Quaestio Juris**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 1142-1171, maio 2018. ISSN 1516-0351. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/33094/24051>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

No caso, os acordos de leniência são um forte indicador da atividade de um órgão antitruste, pois reduzem os custos de enforcement da agência concorrencial e aumentam a probabilidade de uma atividade de investigação resultar em condenação, já que um envolvido na suposta conduta anticompetitiva confessa a infração e apresenta provas em relação a terceiros que também participaram da colusão. Embora o aumento do número de leniências esteja sim associado à operação Lava Jato e desdobramentos, o risco endógeno criado a partir da popularização do instrumento parece ser medida sem volta, já que, inicialmente, as leniências estavam majoritariamente focadas em investigações internacionais, não sendo mais esse o caso a partir dos últimos anos²¹⁶.

A mesma tendência pode ser identificada no que diz respeito aos termos de compromisso de cessação, que também vem apresentando movimento de crescimento ao longo dos últimos cinco anos, considerando-se o período que compreende 2012 a 2017.

No entanto, é importante chamar a atenção para o fato de que esse processo não está limitado aos casos oriundos da operação Lava Jato, pois deve-se lembrar de que o processo de negociação de acordos foi incentivado pela Resolução nº 5/2013 que gerava incentivo para uma resolução mais célere de processos em caso de colaboração e confissão, transformando o acordo em um instrumento de investigação mais a molde de uma leniência, dando em contrapartida descontos que podem variar de percentuais baixos até 50% da multa²¹⁷.

No próximo item, examinar-se-á o Programa de Leniência e o pedido de *marker*.

²¹⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. cit.

²¹⁷ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. cit.

2.2 A Busca pelo *marker* para o Acordo de Leniência.

Conforme apontado no capítulo anterior, entre as principais alterações promovidas pela Lei 12.529/2011 no Ordenamento Jurídico brasileiro, o Programa de Leniência do SBDC²¹⁸ passou a oferecer significativos atrativos à Cooperação Investigativa e Negocial entre os Agentes Econômicos e a Autoridade Concorrencial, entre estes, destacam-se: (i) a extinção da ação punitiva da Administração Pública em relação à infração noticiada ou a redução de 1(um) a $\frac{2}{3}$ (dois terços) da penalidade aplicável²¹⁹, e de forma inovadora (ii) a extinção da punibilidade criminal da infração apresentada²²⁰.

Nesse sentido, constatada a irregularidade concorrencial pelo Agente Econômico (seja Pelo Programa de Compliance, seja pela sua Controladoria interna ou externa, ou advogado Corporativo), este inicia uma espécie de corrida na busca pelo *Marker* para negociação do Acordo de Leniência na busca pela Leniência Total²²¹ ou pela Leniência Parcial²²², e, não estando o *marker* disponível, o Agente Econômico poderá buscar o melhor lugar da fila disponível para negociação de eventual Termo de Compromisso de Conduta - O TCC.

²¹⁸ A Lei nº 12.529/2011, não garante a extensão dos benefícios administrativos em relação a outras condutas, por exemplo, aquelas tipificadas na Lei nº 12.846/2013. É justamente desse fato que decorre a existência de Acordos de Leniência celebrados por múltiplas autoridades e a necessidade de cooperação institucional entre as várias competentes.

²¹⁹ Art. 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 $\frac{2}{3}$ (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, 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.

²²⁰ 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.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

²²¹ O Acordo de Leniência Total consiste na hipótese de acordo em que há a extinção da ação punitiva da administração pública, nos termos do artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 junto com o artigo 209 do RICade, inciso I.

²²² O Acordo de Leniência Parcial consiste na hipótese de acordo em que há a redução de um a dois terços das penas aplicáveis na seara administrativa, nos termos do artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 combinado com o artigo 209 do RICade, inciso II.

O termo de *marker* para negociação do Acordo de Leniência exige que o aplicante apresente à Autoridade Concorrencial, no caso a Superintendência Geral (SG/CADE):

- Sua qualificação completa.
- Que foi orientado a se fazer acompanhar de advogado.
- O detalhamento da infração notificada ou sob investigação.
- A identificação dos outros autores da infração notificada ou sob investigação.
- Os produtos ou serviços afetados.
- A área geográfica afetada.
- A duração estimada da infração notificada ou sob investigação.
- Uma descrição das informações e dos documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência.
- Informação sobre outras propostas de acordos de leniência sobre a mesma prática apresentadas em outras jurisdições, salvo vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira.
- Que foi orientado a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais.
- Que está ciente de que o não atendimento às determinações da superintendência-geral do Cade implicará desistência da proposta de acordo de leniência.

Diante das informações apresentadas, a SG/Cade possui o prazo de até cinco (5) dias para retornar ao proponente informando a disponibilidade ou não da senha (*marker*). No entanto, a experiência consolidada da Superintendência Geral, tem sido de que essa resposta acontece no mesmo dia ou no dia seguinte, para aumentar o nível de transparência, previsibilidade e segurança jurídica no Programa de Leniência Antitruste do Cade, elementos que são pilares do Programa de Leniência do CADE, nos termos do Capítulo VII da Lei de Defesa da Concorrência²²³ e do Art. 197 do Regimento Interno do CADE.²²⁴

O Acordo de Leniência Total consiste na hipótese de acordo em que há a extinção da ação punitiva da administração pública, nos termos do artigo 86 da

²²³ CAPÍTULO VII - DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA - Art. 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, nos termos deste artigo, 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:

²²⁴ Art. 197. O programa de leniência é um conjunto de iniciativas com vistas a: 57 I - detectar, investigar e punir infrações contra ordem econômica; II - informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011; e III - incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência.

Lei nº 12.529/2011 com o artigo 209, inciso I do RICade. Nesse caso, como a SG/Cade não tem “conhecimento prévio” da infração, a empresa e/ou pessoa física automaticamente receberá, com a declaração de cumprimento do Acordo de Leniência pelo Plenário do Tribunal do Cade, o benefício da extinção da ação punitiva da administração pública em relação à infração noticiada.

O Acordo de Leniência Parcial, por sua vez, consiste na hipótese de acordo em que há a redução de um a dois terços das penas aplicáveis, nos termos do artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 junto com o artigo 209, inciso II, do RICade. O Acordo de Leniência Parcial é aplicável em casos nos quais a SG/Cade já tinha conhecimento prévio da conduta, mas não dispunha de “provas suficientes para assegurar a condenação dos proponentes”. Assim, a empresa e/ou pessoa física poderá celebrar um Acordo de Leniência com benefícios parciais e receberá, com a declaração de cumprimento do Acordo.

Vale ressaltar que tanto para o Acordo de Leniência Total quanto para o Acordo de Leniência parcial, isto é, em ambas as hipóteses referidas acima, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica(Lei Federal nº 8.137/90), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº Nova Lei de Licitações 14.133/2021 e os tipificados no art. 288 do Código Penal Brasileiro(Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), nos termos do disposto no parágrafo único do Art. 87 da Lei Federal 12.529/2011.²²⁵

Daí então a importância de adequação do Processo Administrativo Concorrencial Sancionador do CADE às Garantias Constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa previstas no Art. 5º, inciso LV, da Constituição

²²⁵ 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.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Federal²²⁶, e à Lei Federal 9.784/99²²⁷, que regula o Processo Administrativo da Administração Pública Federal, já pontuadas no Capítulo 1 da presente Tese.

A inserção destes modernos mecanismos de combate a cartéis, como o Acordo de Leniência e os Termos de Compromisso de Cessação de Conduta pela Lei 12.529/011 estão altamente vinculadas à capacidade de resposta e ao bom funcionamento do Programa de Leniência e de Negociação de TCC's por parte da Superintendência Geral do CADE, que são motivos de destaque da Autoridade Concorrencial Brasileira frente à comunidade internacional.²²⁸

Conforme adiantado no primeiro capítulo, o Programa de Leniência do CADE apresentou à comunidade jurídica a transparência e o sigilo necessário ao aplicante do Acordo de Leniência para futura negociação e apresentação do ilícito concorrencial.

De acordo com Harrington, um programa de leniência apresenta dois objetivos principais: prevenir a formação de novos cartéis e desestabilizar cartéis já existentes. O primeiro objetivo é denominado de dissuasão (*deterrence*), que significa modificar uma ideia anteriormente tomada.²²⁹ Também de acordo com Harrington, a ideia seria alterar os incentivos que as firmas teriam para se cartelizarem ex ante, de modo que a ameaça de uma denúncia torne o cartel não lucrativo (o cartel seria estável na ausência do programa, mas as expectativas de penalidades são tais que tornam a decisão de conluio não lucrativa) e/ou instável (mesmo que o cartel seja lucrativo, a instabilidade dos demais traírem o cartel e delatarem para as autoridades faz com que o conluio não ocorra). O segundo

²²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²²⁷ Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

²²⁸ De acordo com o Rating Enforcement, ranking anual realizado pela revista britânica Global Competition Review (GCR) que avalia o desempenho das autoridades de defesa da concorrência do mundo, o CADE manteve em 2022 suas quatro estrelas na publicação, permanecendo, portanto, entre as principais autoridades antitruste do planeta.

²²⁹ HARRINGTON, J. E. ; CHANG, M . Modeling the Birth and Death of Cartels with An Application to Evaluating Competition Policy. **Journal of European Economic Association**, V. 7, Nº 6, p. 1400-1435. 2009.

objetivo é denominado de desistência (desistance) e ocorre quando o conjunto de estados em que o cartel pode ser desfeito é expandido, desestabilizando um cartel já existente²³⁰.

Registra-se que a utilização de programas de leniência ao redor do mundo decorre do consenso de que este é um mecanismo inteligente de combate aos cartéis. A primeira vista um programa de leniência tem o objetivo de incentivar algum membro do cartel a reportar a atividade às autoridades e auxiliar na acusação dos demais membros em troca de benefícios e anistias²³¹.

No artigo intitulado “Uma régua na leniência antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do programa de leniência do CADE²³²”, Priscila Craveiro aponta a efetividade do Programa de Leniência Antitruste brasileiro em detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica.

Com base em dois indicadores: (i) taxa de sucesso do acordo, que mede a capacidade do acordo de leniência de gerar punição e (ii) taxa de declaração de cumprimento do acordo, medida a partir das decisões do Tribunal do Cade que confirmam ou não os benefícios decorrentes do acordo de leniência aos Signatários, Craveiro demonstra a efetividade do Programa de Leniência enquanto instrumento de detecção, investigação e punição de infrações contra a ordem econômica, uma vez que, dos 34 acordos de leniência cujos Processos Administrativos já foram julgados tiveram elevada capacidade de gerar punição

²³⁰ HARRINGTON, J. E. ; CHANG, M. Op.cit.

²³¹ PINHA, Lucas Campio; BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **RDC**, Vol. 4, no 1, Maio 2016, pp. 133-152. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/leniency%20program/Publications%20/Revista%20da%20Concorr%C3%Aancia_Texto%20do%20artigo-972-1-10-20160519.pdf>. Acesso em: 7 de jun. de 2023.

²³² CRAVEIRO, Priscilla. Uma régua na leniência antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do programa de leniência do CADE. **Revista do IBRAC**. Número 1 - 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153373/regua_leniencia_antitruste_craveiro.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

(66% de taxa de sucesso, em média) e foram declarados cumpridos pelo Tribunal em sua totalidade (100% de taxa de declaração de cumprimento)²³³.

Nesse sentido, um bom programa de *Compliance* pode ser uma ferramenta hábil a acelerar o processo pela busca do *marker* e da negociação do Acordo de Leniência e caso a Autoridade já tenha iniciado a persecução o agente econômico poderá pleitear a negociação de um Termo de Compromisso de Cessação de Conduta.

Sobre o tema, Wouter Wiss aponta que as autoridades de defesa da concorrência, os Tribunais e legisladores deveriam, para encorajar esforços de compliance por parte das empresas, sem criar incentivos perversos ou minar a mensagem normativa das proibições antitruste, adotar as seguintes estratégias:

- a) Autoridades antitruste devem processar e punir muitas infrações, não apenas negócios com um baixo número de casos de alto perfil, já que as pesquisas demonstram que a probabilidade percebida de detecção e aplicação, ao invés da severidade objetiva e do temor subjetivo das sanções impostas, são fatores que contribuem com grande intensidade para o comportamento de conformidade;
- b) Deve-se adicionar penalidades individuais às multas para empresas, pois permitiria que o advogado de conformidade, como parte do treinamento de conformidade, chamasse a atenção para este risco;
- c) As autoridades antitruste devem garantir que o conteúdo das proibições antitruste seja suficientemente clara e claramente comunicada à comunidade empresarial, para que as empresas que querem respeitar a lei possam descobrir a um custo razoável o que podem e não pode fazer.²³⁴

Para Wiss, ao descobrir uma possível infração pelo monitoramento interno ou por notificação da Autoridade Concorrencial, cabe ao Agente Econômico a busca pelas informações relativas a que momento se encontra a investigação e a possibilidade de um acordo.

No caso brasileiro, primordialmente o Acordo de Leniência Total, Acordo de Leniência Parcial e, também o Acordo de Leniência *Plus*²³⁵ para então

²³³ CRAVEIRO, Priscilla. Op. cit. p. 238.

²³⁴ WILS, Wouter P. J.. Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement. **Journal of Antitrust Enforcement**. Vol. 1, No. 1 (2013). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

²³⁵ A leniência plus consistente na redução de um terço da penalidade aplicável a empresa e/ou a pessoa física que não se qualificar para um Acordo de Leniência para um determinado cartel, mas

buscar a assinatura do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, conforme o Capítulo Sétimo da Lei de Defesa da Concorrência:

CAPÍTULO VII
DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Art. 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, nos termos deste artigo, 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:

[...]

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

Em relação à possibilidade de aplicação dos institutos do Acordo de Leniência, Leniência Plus e o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, o art. 210 do Regimento Interno do CADE assim estabelece:

Art. 210. A pessoa jurídica ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de leniência com relação a uma determinada prática (Acordo de Leniência Original), poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a outra infração (Novo Acordo de Leniência), da qual a Superintendência-Geral não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 1º Na hipótese do caput deste artigo, o signatário do Novo Acordo de Leniência, uma vez declarado o cumprimento deste Novo Acordo de Leniência pelo Cade, fará jus à redução de um terço da pena aplicável no processo referente ao Acordo de Leniência Original, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o art. 198 deste Regimento Interno em relação ao Acordo de leniência Celebrado.

§ 2º Caso o julgamento do Acordo de Leniência Original pelo Tribunal do Cade seja anterior ao julgamento do Novo Acordo de Leniência, a decisão no processo administrativo original poderá conter disposições no sentido de que, caso não seja verificado o cumprimento do Acordo de Leniência no novo processo administrativo, o desconto concedido

fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SG/Cade não tinha qualquer conhecimento prévio (conforme artigo 210 do RICADE c/c artigo 86,§7º, da Lei nº 12.529/2011). O § 7º do art. 86 da Lei 12.529/11 estabelece: A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

antecipadamente deverá ser recolhido como contribuição pecuniária complementar ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

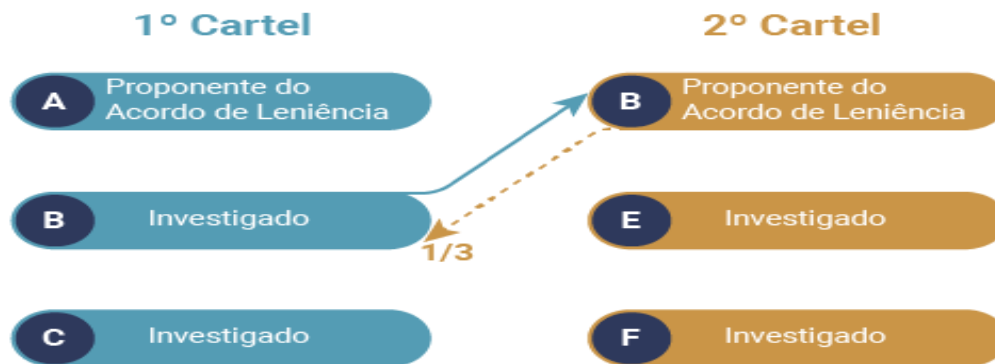
§ 3º Na hipótese de o signatário do Acordo de Leniência também ser requerente de compromisso de cessação com relação à prática investigada no procedimento investigativo referente ao Acordo de Leniência Original, o benefício previsto no § 1º deste artigo será aplicado de modo antecedente aos descontos previstos no art. 187 deste Regimento Interno, resultando nas seguintes faixas de descontos totais: I - redução percentual de 53,33% até 66,67% da multa esperada para o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação da conduta referente à primeira infração noticiada; e II - redução percentual de 50% até 60% da multa esperada para o segundo Representado que requerer TCC no âmbito da investigação da conduta referente à primeira infração noticiada; e III - redução percentual de até 50% da multa esperada para os demais Representados que requererem TCC no âmbito da investigação da conduta referente à primeira infração noticiada. § 4º Na hipótese do § 3º deste artigo, aplicam-se as regras dos art. 179 a art. 196 deste Regimento Interno.

Além do Acordo de Leniência “original”, o artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 c/c artigo 210 do RICade prevê o leniência plus, que consiste em um benefício de redução, em um terço, da penalidade aplicável à empresa e/ou ao indivíduo que fornecer informações acerca de um novo cartel sobre o qual a SG/Cade não tinha conhecimento prévio (“Novo Acordo de Leniência”), e quando esta mesma empresa e/ou pessoa física não se qualificar para um Acordo de Leniência com relação a um outro cartel do qual tenha participado (“Acordo de Leniência Original”).

Quando os requisitos legais da nova infração denunciada forem atendidos, o proponente receberá todos os benefícios do Acordo de Leniência Antitruste (art. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011). Em relação à infração que já está sob investigação da SG/Cade, o proponente poderá beneficiar-se com a redução de um terço da penalidade aplicável (“plus”), na medida de sua cooperação com as investigações. A figura abaixo representa o fluxo do instituto:

FIGURA 3 - Leniência Plus Antitruste

Leniência Plus Antitruste



ENAP. Programa de Leniência Antitruste do CADE. Módulo 5. Acordo de Leniência Antitruste e demais instrumentos no CADE e em outras legislações. Brasília, 2019. p. 6.

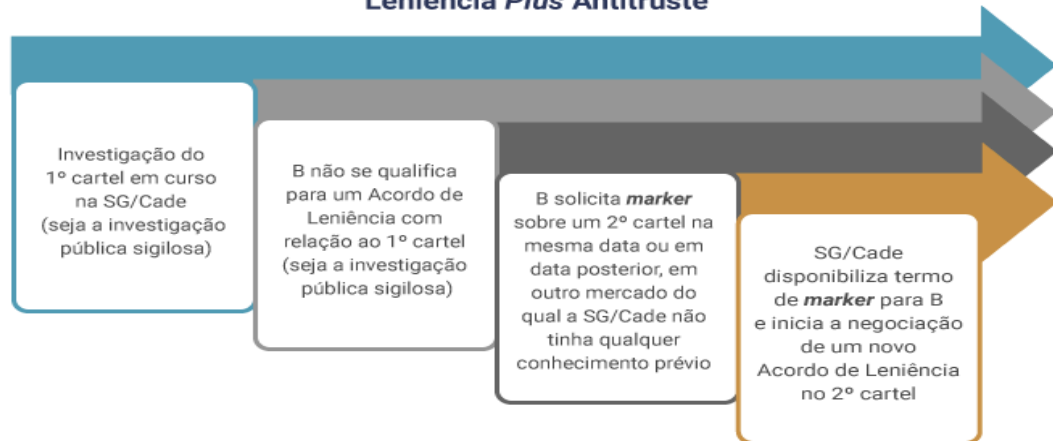
Registra-se que se a empresa e/ou o indivíduo já tenham celebrado um Acordo de Leniência com o Cade em um determinado mercado e, posteriormente, venham a ser investigados em outro mercado, não é aplicável o benefício da leniência plus de forma retroativa, pois não apresentaram qualquer informação nova ao Cade. Nesses casos, fica facultado a eles apenas a celebração de um Termo de Compromisso de Cessação – TCC²³⁶.

Ao solicitar uma leniência plus, o requerente deve levar ao conhecimento da SG/Cade as condutas anticompetitivas de que tenha participado, incluindo novas infrações de que o Cade não tenha conhecimento. A linha do tempo que deve ser percorrida pelo proponente para se beneficiar de uma leniência plus está representada na figura abaixo, em que B representa um segundo proponente para celebrar o Acordo de Leniência²³⁷.

²³⁶ ENAP. Op. cit. p. 6..

²³⁷ ENAP.Op. cit. p. 6.

Cronologia da aceitação das propostas de Leniência *Plus* Antitruste



ENAP. Op. cit. p. 7.

Assim como previsto em outras jurisdições no exterior, especialmente nos Estados Unidos, o Cade percebeu que o instituto da leniência plus se coaduna com o objetivo maior da sua função repressiva, especificamente na persecução a cartéis, pois a colaboração permite a obtenção de informações e documentos de condutas anticompetitivas distintas e ainda não descobertas. Dessa forma, para cada nova investigação iniciada pela autoridade antitruste abre-se a oportunidade de que novas condutas anticompetitivas sejam descobertas, na medida em que cada Representado terá ainda mais incentivos a reportar ao Cade uma infração desconhecida para receber uma redução adicional na sua penalidade²³⁸.

Vale ressaltar que o Programa de Leniência brasileiro é semelhante ao anterior, com exceção de três modificações pontuadas por CADE²³⁹:

- (1) o acordo passa a ser feito diretamente com o CADE;²⁴⁰
- (2) o líder do cartel pode ser signatário do acordo de leniência;²⁴¹

²³⁸ ENAP. **Programa de Leniência Antitruste do CADE. Módulo 5. Acordo de Leniência Antitruste e demais instrumentos no CADE e em outras legislações.** Brasília, 2019. p. 7-8.

²³⁹ CADE. 2016. **Guia – Programa de Leniência Antitruste do CADE.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 10 de set. de 2022.

²⁴⁰ Antes o acordo era solicitado a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça(SDE/MJ)

²⁴¹ De acordo com a Lei nº 10.149, de 2000, o líder era impedido.

(3) o acordo de leniência também abrange imunidade criminal²⁴².

Além disso, é importante ressaltar que o Programa de Leniência do CADE é pautado na Teoria dos jogos. A respeito do tema, Victor Rufino, em sua dissertação de Mestrado, assim aponta:

Os incentivos básicos para a confissão resultantes do dilema do prisioneiro são pequenos, quando a autoridade não tem conhecimento prévio da existência de um ilícito, e fortes, quando já há pelo menos uma confissão anterior. Com base nessa descrição, são separados quatro elementos presentes em todos os programas de leniência examinados: (a) previsibilidade quanto aos requisitos, procedimentos e benefícios esperados; (b) existência de determinados graus de sigilo das negociações e das informações trocadas; (c) estabelecimento de incentivos para uma corrida para a confissão; (d) técnicas de comprovação documental da narrativa do delator. Cada elemento é, então, avaliado de acordo com o conjunto de incentivos básicos derivado da teoria dos jogos.²⁴³

Nesse sentido, um bom programa de *Compliance* deve ter como meta a rápida detecção da possível violação do ilícito concorrencial para iniciar sua busca pelo pedido de *marker* junto à autoridade concorrencial.

Recentemente, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico(OCDE) apresentou o Grupo de Trabalho nº 3 sobre Cooperação e Execução do uso de marcadores (*markers*) em programas de leniência nos Estados Unidos.²⁴⁴

²⁴² Trata-se da explicitação dos efeitos do Acordo de Leniência no âmbito penal. Assim, a Lei n. 12.529/2011 define que a celebração de Acordo de Leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência no que tange aos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei no 8.137/1990) e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei no 8.666/1993) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa). Ademais, cumprido o Acordo de Leniência, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes acima, nos termos do artigo 87 da Lei no 12.529/2011. CADE. Op. cit. p. 14.

²⁴³ RUFINO, Victor Santos. **Os fundamentos da delação: Análise do Programa de Leniência do CADE à luz da Teoria dos Jogos**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22288/1/2016_VictorSantosRufino.pdf>. Acesso em: 6 de jun. 2023.

²⁴⁴ OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Use of markers in leniency programs. United States**. 16 December 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/04/03/311232.pdf>>. Acesso em 12. abr. 2022.

Nos Estados Unidos, o Programa de Leniência da Divisão Antitruste foi criado para incentivar a autodenúncia de conduta criminosa antitruste, sendo que a empresa que recebe a leniência não é autuada criminalmente pela conduta denunciada, desde que atenda a todos os requisitos do programa.²⁴⁵

Assim, o advogado corporativo geralmente obtém informações que indicam alguma probabilidade de que um cliente tenha infringido a lei, sem, contudo, possuir provas suficientes para ter certeza.

Para se qualificar para a leniência, uma corporação deve admitir e fornecer provas de seu envolvimento em uma violação antitruste criminal. Um candidato em potencial que deseja se autodeclarar, mas ainda não possui evidências de um crime consumado, pode solicitar um marcador e se a Divisão conceder, a corporação garante a oportunidade de ser a única solicitante de leniência.

O marcador mantém a posição da corporação como a primeira a solicitar a entrada no Programa de Leniência. Enquanto o solicitante estiver com o marcador, nenhum outro conspirador pode solicitar clemência - a Divisão rejeitará todos os pedidos subsequentes de marcador. O requerente então tem tempo para conduzir sua investigação interna e determinar se é culpado em uma conspiração antitruste. Se determinar que não tem culpa, pode retirar o pedido de senha e a senha fica à disposição do próximo requerente que a solicite²⁴⁶.

O sistema de marcadores(*markers*) apoia um incentivo crítico do Programa de Leniência ao promover *uma corrida para a porta da Divisão Antitruste para admitir irregularidades e fornecer provas contra os co-conspiradores*. Só pode haver um detentor de marcador e, se o titular cumprir sua obrigação de auto-denunciar uma violação criminal e cooperar, a Divisão não o processará criminalmente. Ao verificar indicadores de atividade criminosa, uma corporação é incentivada a relatar suas descobertas imediatamente, antes que um

²⁴⁵ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Frequently asked questions regarding the antitrust Division's Leniency Program and model leniency letters** (November 19, 2008)". Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>>. Acesso em: 6 de jun. 2023.

²⁴⁶ OCDE. Op. cit.

co-conspirador aproveite a oportunidade extraordinária que o Programa de Leniência gera²⁴⁷.

A Rede Internacional de Concorrência (ICC) trata do tema no Capítulo Elaboração e implementação de uma política de leniência eficaz Subgrupo 2: Técnicas de aplicação. Conforme a ICC, o um sistema de marcador para Leniência é é um meio para os requerentes reservarem seu lugar na fila por um período de tempo finito, enquanto conduzem investigações internas adicionais e aperfeiçoam seu pedido de clemência antes de a agência determinar o primeiro candidato elegível. Muitas vezes, os marcadores são solicitados e concedidos com informações incompletas fornecidas pelo requerente. A posição do solicitante é reservada na fila por um período de tempo acordado, geralmente com a condição de que ele forneça mais informações dentro do prazo acordado. Assim, o solicitante recebe um “marcador” que oferece segurança e clareza aos candidatos em potencial e incentiva uma corrida para entrar em contato com a agência. Ademais, se as investigações internas não revelarem uma violação da lei, a marca pode ser retirada ou caducada se for concedida por um período específico. Destaca-se que algumas agências estendem o marcador além dos primeiros a entrar em seu programa e prevêm a fila de candidatos em potencial e consideram que ter essa fila auxilia a garantir a cooperação e informações de outras partes do cartel²⁴⁸.

Em relação às prorrogações do período de marcador(*marker*) em um Programa de Leniência, em muitas jurisdições, os marcadores são concedidos por períodos específicos, por exemplo, 28 dias, para possibilitar que uma empresa aprimore seu pedido de leniência. Em algumas circunstâncias e sujeito ao programa de leniência específico da agência, pode ser apropriado conceder uma prorrogação a um marcador se um requerente conseguir demonstrar à Agência, porque é necessário mais tempo para aperfeiçoar sua solicitação e que o

²⁴⁷ OCDE. Op. cit.

²⁴⁸ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Anti-cartel Enforcement Manual**. Chapter 2. Drafting and implementing an effective leniency policy. ICN CWG Subgroup 2: Enforcement Techniques. April 2014. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMLeniency.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2023. P. 11.

requerente está fazendo esforço de boa-fé para finalizar a aplicação em tempo hábil.

Assim, um requerente pode solicitar uma extensão de seu marcador se não for capaz de completar seu pedido em decorrência de vários motivos, principalmente se aspectos da investigação estiverem fora do controle do requerente, documentos ou informações estiverem fora da jurisdição ou a conduta for mais ampla do que se pensava originalmente. Destacando-se que prazos inflexíveis podem reduzir os incentivos para a autodeclaração antecipada e afetar a eficácia de um programa de clemência.²⁴⁹

Importa ressaltar que, em 2019, o Brasil foi aceito como membro associado do Comitê de Concorrência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sendo que parte do processo de adesão foi a realização, pela Organização, da Revisão por Pares da OCDE, documento que considerou que o Brasil possui um Programa de Leniência Antitruste “ativo e eficaz” e que “grande parte do nível de combate a cartéis no Brasil pode ser atribuído ao sucesso de seu programa de leniência”²⁵⁰.

A Câmara Internacional do Comércio destaca as melhores práticas para a Programas de Leniência.²⁵¹ A Rede Internacional de Concorrência descreve uma Lista de verificação para Programa de Leniência Eficiente e Eficaz (Checklist for Efficient and Effective Leniency Programme)²⁵².

A negociação de um Acordo de Leniência é realizada em 3 (três) fases: I. Fase do pedido de senha (“marker”); II. Fase de apresentação de

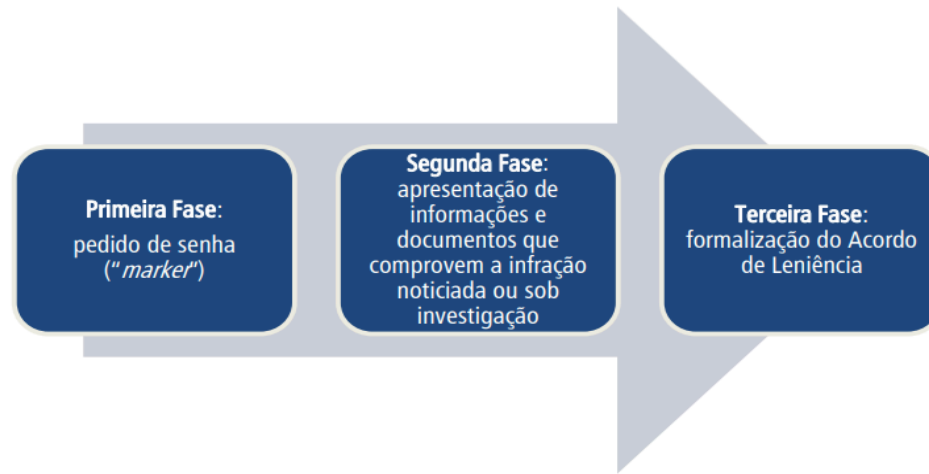
²⁴⁹ ICN. Op. cit. p. 11.

²⁵⁰ OCDE. Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **Revisões por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência: Brasil. OCDE, 2019.** p. 23 Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>>. Acesso em: 15.07.2020.

²⁵¹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Good practices for incentivising leniency applications Subgroup 1 of the Cartel Working Group.** Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/CWG-Good-practices-for-incentivising-lenieny.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

²⁵² INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Checklist for efficient and effective leniency programmes.** Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/CWG_LeniencyChecklist.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; e III. Fase de formalização do Acordo de Leniência.



FONTE: CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

Na lista são destacados os elementos concebidos para auxiliar na introdução e implementação de um programa de leniência eficiente e eficaz, os quais devem ser considerados ao projetar ou alterar o sistema de clemência de uma autoridade de concorrência ou qualquer outro órgão de investigação que processe infrações à lei de concorrência. Entre os elementos elencados na lista destacam-se:

- 1) os programas devem ser concebidos de forma a evitar que os proponentes da clemência sejam colocados numa posição menos vantajosa do que os participantes do cartel que não cooperam com a autoridade da concorrência;
- 2) agência deve decidir se concede apenas imunidade total ou também redução de multas, sendo que no caso de redução de multa é altamente recomendável fazer provisões estabelecendo uma corrida entre requerentes para prestar a sua melhor cooperação o mais rapidamente possível, de candidatos premiados e o nível de reduções disponíveis; c) imunidade parcial;
- 3) proteção de confidencialidade;
- 4) incentivos para cooperação que podem incluir Leniência Plus e Penalidades Plus, no caso de uma empresa que pediu leniência ou foi constatada participação no cartel também participar de outro cartel, mas não a denunciar, isso pode ser um agravante na aplicação de multa por esta segundo com a inclusão no programa de: a) limiar probatório para a redução das multas, b) o número potencial da infração,

- 6) Condições comportamentais para a concessão da leniência e
- 7) elementos importantes relacionados aos aspectos processuais de programas de leniência bem-sucedidos,
- 8) medidas de apoio não legislativas para eficácia de uma política de clemência²⁵³.

Quanto às condições comportamentais para a concessão da leniência, o documento lista as seguintes:

- a. dever contínuo de cooperação leal até que a investigação e os processos judiciais estejam concluídos (por exemplo, relatar os fatos relevantes, apresentar documentos, fazer com que os indivíduos envolvidos cooperem com a investigação da autoridade. Toda a cooperação deve ser prontamente disponibilizada mediante solicitação da autoridade);
- b. fornecer explicações completas e francas ao longo do processo da melhor maneira possível;
- c. encerrar a participação no cartel (ou continuar sob a direção/acordo da agência);
- d. não destruir, falsificar ou ocultar evidências;
- e. divulgar/admitir participação no cartel; e
- f. dever de confidencialidade dos requerentes²⁵⁴.

Quanto aos elementos importantes relacionados aos aspectos processuais de programas de leniência bem-sucedidos, foram elencados os seguintes:

- a. disponibilidade de abordagens anônimas/aplicações hipotéticas;
- b. disponibilidade de marcador (proteção do lugar do requerente na fila de imunidade ou redução de multas);
- c. procedimentos para revogar a leniência, se necessário;
- d. aplicações sumárias;
- e. forma de requerimento (escrito ou oral, capacidade de fazer apresentações orais conhecidas como ofertas)
- f. proteção aos queixosos privados contra a divulgação de declarações auto incriminatórias fornecidas sob clemência;
- g. procedimentos para tratamento de informações sobre pedidos de clemência estreitamente relacionados; e
- h. informação de tratamento em caso de desistência/recusa da candidatura²⁵⁵.

Quanto às medidas não legislativas para a eficácia de um Programa de Leniência, foram elencadas as seguintes:

- a. Educação e conscientização sobre a ilegalidade dos cartéis em geral.
- b. Promoção de programas de clemência e programas de**

²⁵³ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Op. cit.

²⁵⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Checklist for efficient and effective leniency programmes.** Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/CWG_LeniencyChecklist.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2023. p. 3.

²⁵⁵ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Op. cit.

compliance:

- i. publicações, papers, discursos, apresentações sobre a disponibilidade de clemência, em todos os fóruns relevantes;
 - ii. campanhas publicitárias dedicadas;
 - iii. consultas sobre o programa, sua adoção ou modificações;
 - iv. sites dedicados para clemência;
 - v. promover os resultados da leniência; e
 - vi. apoiando e incentivando a adoção de programas eficientes de compliance.
- c. Um ponto de contacto claro para pedidos de clemência na organização interna de uma autoridade da concorrência.
- d. Implementação consistente, previsível e transparente do programa de clemência²⁵⁶.

Com relação ao pedido de *marker*, este é o ato em que o proponente do acordo de leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade a fim de comunicar o interesse em propor acordo de leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta. Trata-se, portanto, de uma espécie de corrida entre os participantes da conduta anticompetitiva para contatar a autoridade antitruste e reportar a infração e, com isso, se candidatar aos benefícios do acordo de leniência – os quais são conferidos apenas ao primeiro proponente a se qualificar junto a SG/Cade, nos termos da Lei 12.529/2011.²⁵⁷

A Portaria do CADE nº 416, de 09 de setembro de 2021²⁵⁸, regulamenta o recebimento e tratamento de pedido de senha (pedido de *marker*) para negociação de acordo de leniência recebido na forma escrita ou oral, por meio eletrônico, no âmbito da Superintendência-Geral do CADE. Assim sendo, conforme o inciso I, do artigo 1º, da Portaria do CADE nº 416, de 09 de setembro de 2021²⁵⁹, o pedido de senha consiste no pedido de *marker* e é o ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade a fim de formalizar o interesse em propor Acordo

²⁵⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Op. cit. p.5.

²⁵⁷ CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). 2016. **Guia – Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

²⁵⁸ CADE. **Portaria CADE nº 416, de 09 de setembro de 2021**. Estabelece normas de recebimento e tratamento de pedido de senha (pedido de *marker*) para negociação de Acordo de Leniência por meio eletrônico – Clique Leniência. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=1026213&id_orgao_publicacao=0. Acesso em: 19 de maio de 2023.

²⁵⁹ CADE. Op. cit.

de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial e, assim, pleitear declaração de que está preliminarmente habilitado para negociar os benefícios do art. 86 da Lei nº 12.529, de 2011, em troca da identificação dos demais envolvidos na infração e do fornecimento de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O Agente Econômico ao perceber²⁶⁰ estar envolvido em uma infração à ordem econômica tem o Direito de procurar a Autoridade Concorrencial para buscar num primeiro momento a imunidade total, no caso o marker²⁶¹ para assinatura do Acordo de Leniência e num segundo momento os descontos progressivos pelo cometimento de ilícitos concorrenciais através dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta e seus descontos progressivos²⁶².

Em relação ao pedido de Marker pelo do Programa de Leniência do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência a Portaria 46/2023 do CADE assim estabelece sobre o Clique Leniência nos capítulos III e IV, nos artigos:

Art. 9º Para todos os efeitos, considera-se realizado o pedido de marker pelo Clique Leniência no dia e na hora, minuto e segundo do respectivo registro no Clique Leniência, constante no recibo eletrônico, conforme horário oficial de Brasília.

Art. 10 A resposta ao pedido de marker feito por meio do Clique Leniência poderá se dar mediante disponibilização de arquivo eletrônico que contenha o termo de marker, ou termo de indisponibilidade de marker ou certidão de fila de espera, conforme o caso.

Art. 11 A instituição do Clique Leniência não extingue a possibilidade de o proponente requerer senha (marker) pessoalmente junto à unidade especializada da Superintendência Geral do Cade ou ainda por telefone

²⁶⁰ Assim como aponta WILLS, uma das premissas abordadas pela presente Tese é a de que o agente econômico que adote um programa de Compliance Concorrencial tem maior agilidade e rapidez para requerer um pedido de marker para Negociação de Leniência.

²⁶¹ Art. 1º da Portaria 46/2023 do CADE aponta no Parágrafo único do art. 1. Para fins desta Portaria, considera-se: III - Termo de marker: declaração da Superintendência-Geral que atesta ter sido o interessado o primeiro a propor acordo de leniência em relação a uma determinada infração a ser noticiada ou sob investigação, e assegura ao mesmo o direito à demonstração do mérito da colaboração pretendida mediante apresentação de informações e documentos. IV - Termo de indisponibilidade de marker: Declaração da Superintendência-Geral que atesta a indisponibilidade para a propositura do acordo de leniência para a infração noticiada, por concluir pelas informações preliminares prestadas que tal conduta abrange práticas investigadas pela Superintendência-Geral no âmbito de um Processo Administrativo já iniciado.

²⁶² Analisaremos a seguir o TCC no tópico 2.3 deste Capítulo.

ou e-mail reservados a comunicações deste tipo indicados no sítio eletrônico do Cade na Internet.

Com a perda do marker para aplicar ao Programa de Leniência, o agente econômico que descobriu sua participação ou envolvimento em um ilícito concorrencial pode requerer a certidão de fila de espera para propositura de um TCC. De acordo com o inciso V, do artigo 1º, Portaria do CADE nº 416, de 09 de setembro de 2021, a certidão de fila de espera consiste em:

Declaração da Superintendência-Geral que atesta a indisponibilidade de senha de marker para propor acordo de leniência em relação a uma determinada infração a ser noticiada ou sob investigação, em razão do proponente não ter sido o primeiro a comparecer perante a Superintendência-Geral, e certifica de que consta na fila de espera para eventual proposição de um acordo de leniência sobre a mesma infração noticiada.

No ano de 2021 o O CADE criou o CLIQUE LENIÊNCIA²⁶³, que consiste nos termos artigo Art. 1, inciso II, da Portaria CADE nº 416, de 09 de setembro de 2021 no "sistema eletrônico destinado à solicitação de pedido de marker por meio do preenchimento por escrito de formulário e da apresentação e transmissão de arquivos digitais realizada pela rede mundial de computadores em ambiente próprio, disponibilizado pelo Cade".

Nele, a pessoa que aplica ao Programa de Leniência só terá os dados fornecidos gravados após a confirmação de envio. Após o envio dos dados, o agente econômico receberá um e-mail com a confirmação de registro do pedido de marker. O horário de registro do seu pedido corresponderá ao de início do preenchimento do formulário, que tem como principais características, as seguintes: a) o banco de dados é criptografado; b) o formulário a ser preenchido deve conter: informações sobre a conduta anticompetitiva, identificação do mercado o produto ou serviço afetado, informar se a prática envolveu Licitação pública, Período de duração da conduta; c) Possibilidade de Pedido Elegível para Leniência Plus; c) o Requerente tem 30 minutos para preencher o formulário; d) O

²⁶³ CADE. **Clique Leniência**. Disponível em: <<https://leniencia.cade.gov.br/>>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

prazo para análise passa a contar da retificação de envio de formulário; e) o CADE tem até 5 dias úteis para responder sob a possibilidade de acordo de Leniência.²⁶⁴

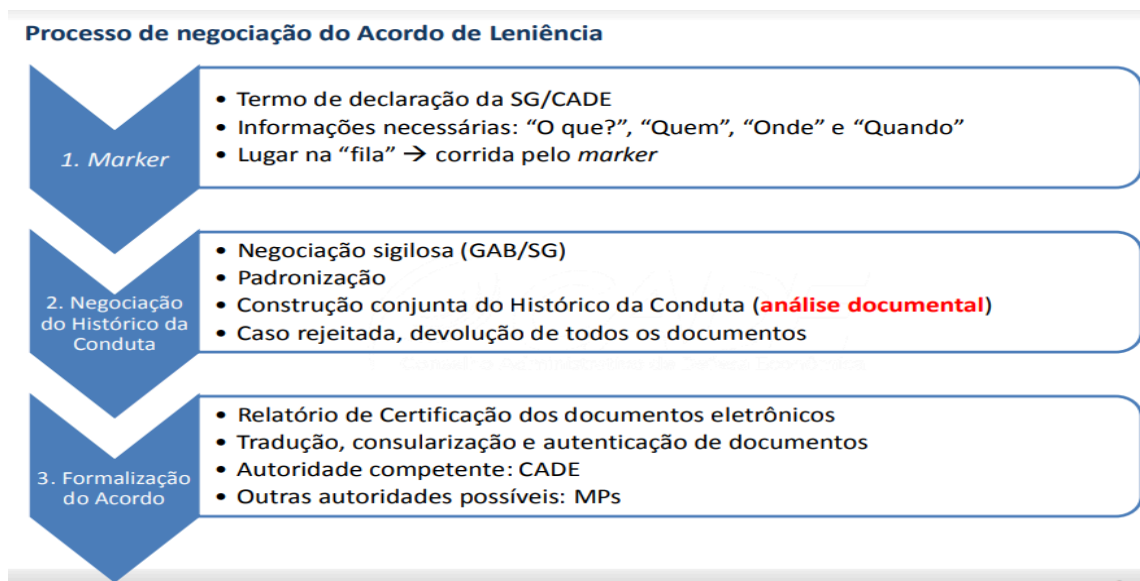
Ao se verificar a infração concorrencial, o agente econômico inicia sua busca pelo *marker* e confirmando-se a indisponibilidade dele, o Requerente promoverá sua tentativa para aplicar ao Termo de Compromisso de Cessação de Conduta.

No Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE, estão descritas as fases da negociação do Acordo de Leniência no CADE. Em linhas gerais, a referida negociação é realizada em 3 (três) fases, a saber:

- I - Fase do pedido de senha (“*marker*”);
- II - Fase de apresentação de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; e
- III - Fase de formalização do Acordo de Leniência²⁶⁵.

O gráfico abaixo apresentado pelo então Presidente do CADE, Vinicius de Marques Carvalho assim sintetiza o processo para Negociação do Acordo de Leniência pela autoridade Concorrencial brasileira:

FIGURA 4: Processo de Negociação do Acordo de Leniência.



²⁶⁴ Conforme dados disponibilizados no vídeo do site do CADE: <<https://leniencia.cade.gov.br>>.

²⁶⁵ CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023. p. 24.

FONTE: CARVALHO, Vinícius Marques. **Acordo de Leniência e Cooperação**. São Paulo, novembro de 2014. Disponível em: <<https://slideplayer.com.br/amp/3152748/>>. Acesso em: 31 de maio de 2023. Slide 8.

Em relação aos Requisitos para assinatura da Leniência, deve-se destacar que, em termos práticos, são consideradas severas as sanções que, para os fins de desestabilizar a operação de cartéis, tornem os riscos da atividade colusiva superiores às suas recompensas²⁶⁶. Quanto ao receio de detecção, este deve ser genuíno o bastante para abalar a confiança entre os cartelistas. Ademais, a transparência deve permear desde os fundamentos para a instauração de procedimentos investigativos aos critérios adotados para condenação e dosimetria da pena.²⁶⁷

Em relação à capacidade de detecção de cartéis, a ICN constatou que o sucesso de programas de leniência encontra-se na sua capacidade de geração de incentivos apropriados à autoconfissão e, por reflexo, de mitigação de potenciais desincentivos²⁶⁸.

Com o objetivo de mapear quais seriam os elementos-chaves para a eficiência e efetividade de programas de leniência, a ICN encaminhou, entre 2018 e 2019, questionário a autoridades integrantes da entidade e a organizações não governamentais. Com base nas respostas enviadas por 34 autoridades da concorrência e 43 ONGs, de 19 países, identificaram-se os seguintes incentivos e desincentivos como aqueles mais determinantes para a decisão de se requerer a leniência antitruste²⁶⁹:

²⁶⁶ SEGALOVICH, Daniel Marques. **Leniência antitruste para cartéis internacionais: o desempenho do programa brasileiro em regulamentação, cooperação e persecução**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2022. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/31574/1/2022_DanielMarquesSegalovich_tcc.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

²⁶⁷ HAMMOND, Scott D. Cornerstones Of An effective Cartel Leniency Programme, ICN Workshop on Leniency Programs. **Justice News**, Washington, D.C., Nov. 22, 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>. Acesso em: 4 abr. 2023.

²⁶⁸ SEGALOVICH, Daniel Marques. Op. cit. p. 13.

²⁶⁹ ICN. International Competition Network. **Good practices for incentivising leniency applications**. Subgroup 1 of the Cartel Working Group, 30 April 2019. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo->

a) Incentivos

- i. Imunidade contra penas pecuniárias;
- ii. Motivação à percussão;
- iii. Imunidade contra sanções criminais;
- iv. Políticas claras de confidencialidade sobre os documentos e informações compartilhadas no âmbito do acordo de leniência;
- v. Previsão de sistema de marker;
- vi. Condução de investigações acerca do mesmo mercado em outras jurisdições;
- vii. Condução de investigações de cartéis em setor econômico relacionado pela autoridade nacional da concorrência ou demais agências reguladoras;
- viii. Histórico de efetiva persecução a cartéis;
- ix. Alívio de pressão mental e de preocupações reputacionais.

b) Desincentivos

- i. Sujeição a ações reparatórias (private enforcement);
- ii. Exposição a repercussões em outras esferas ou jurisdições, na forma de investigações subsequentes (follow-on investigations);
- iii. Sujeição a sanções criminais;
- iv. Incerteza quanto à obtenção dos benefícios da leniência;
- v. Preocupação reputacionais.
- vi. Retaliação por parte dos demais infratores;
- vii. Qualificação condicionada à reparação de danos;
- viii. Restrições à interposição de recursos²⁷⁰.

Em relação aos Requisitos para celebração do acordo de leniência, o Regimento Interno do CADE aponta no art. 86 os requisitos para assinatura do Acordo de Leniência:

de-leniencia/ICN_CWG-Good-practices-for-incentivising-leniency.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2022. p. 27-35.

²⁷⁰ ICN. International Competition Network. **Good practices for incentivising leniency applications**. Subgroup 1 of the Cartel Working Group, 30 April 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/ICN_CWG-Good-practices-for-incentivising-leniency.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2022. p. 27-35.



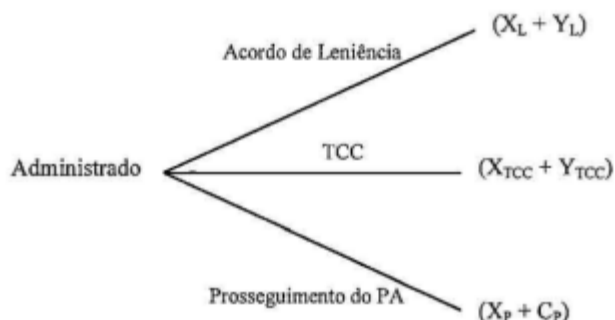
FONTE: CARVALHO, Vinícius Marques. **Acordo de Leniência e Cooperação**. São Paulo, novembro de 2014. Disponível em: <<https://slideplayer.com.br/amp/3152748/>>. Acesso em: 31 de maio de 2023. Slide 7.

Conforme se pode observar neste tópico, o Acordo de Leniência é o mecanismo mais adequado para buscar uma solução para a detecção e repressão de conduta anticoncorrencial junto à autoridade concorrencial brasileira.

No entanto, a depender do nível de conhecimento por parte da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE) sobre a ocorrência de uma conduta anticompetitiva e da existência de eventual investigação em andamento, o agente econômico que a cometeu poderá agir de três maneiras possíveis: (i) celebrar um acordo de leniência, (ii) celebrar um TCC, ou (iii) decidir dar prosseguimento ao processo administrativo, que poderá resultar em eventual condenação ou arquivamento, conforme o gráfico abaixo:

Figura 5 - OPÇÕES DO AGENTE ECONÔMICO(ADMINISTRADO)

IMAGEM 1 - OPÇÕES DO ADMINISTRADO



Fonte: Voto do Conselheiro Relator Paulo Furquim no Requerimento 08700.004992/2007-43.

Para Furquim, os acordos são uma parte importante de um programa de dissuasão de cartel, especialmente quando a probabilidade de condenação e os custos do litígio são mais elevados. Este tipo de procedimento negociado para chegar ao fim está em essência complementar aos procedimentos plenamente contraditórios associados ao julgamento pela via administrativa ou tribunais judiciais, e a outros instrumentos investigativos, como o acordo de leniência brasileiro:

A experiência brasileira fornece alguns *insights* sobre os diferentes modelos de liquidação direta em casos de cartel e a interação complexa entre acordos, acordos de leniência e resultados de julgamentos: Primeiro, há espaço para os modelos complementares de assentamentos, o primeiro orientado principalmente para aumentar a probabilidade de detecção, e o segundo orientado para economizar custos sociais de litígio. Em segundo lugar, a preocupação com a preservação da demanda por acordos de leniência levou a autoridade concorrencial a restringir o uso de acordos, que são efetivamente projetados para os réus que provavelmente são culpados e dão maior valor para finalidade. A experiência recente mostra que a atual política de liquidação não causou nenhum efeito adverso sobre os acordos de leniência, ao mesmo tempo em que reduz os custos do litígio e concede caráter definitivo em alguns casos.²⁷¹

²⁷¹ Tradução do autor para: The Brazilian experience provides some insights about the different models of direct settlement in cartel cases and the complex interaction among settlements, leniency agreements, and trial outcome. First, there is leeway for the complementary models of settlements, the first oriented mainly to increasing the likelihood of detection, and the second oriented to saving social costs of litigation. Second, the concern with the preservation of the demand for leniency agreements led the competition authority to restrict the use of settlements, which are effectively designed for the defendants that are likely guilty and give higher value to finality. The recent experience illustrates that the current settlement policy has not caused any adverse effect on

Assim, verifica-se que o Programa de Leniência Brasileiro é robusto e qualificado junto aos organismos internacionais, razão pela qual, detectado uma possível infração concorrencial pelo Agente Econômico, este deve buscar a negociação do *marker* junto ao CADE.

Vale ressaltar que é possível conjugar os descontos de Termo de Compromisso de Cessação e de Leniência Plus. Nos termos do art. 250, §3º do RICade, a empresa e/ou pessoa física que celebre um TCC com relação a determinada conduta anticompetitiva já em investigação (1º cartel) pode ser beneficiada pela conjugação dos benefícios da leniência plus e do TCC, caso, até a remessa do processo para julgamento, se habilite para celebração de acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio (2º cartel)²⁷².

A aplicação de ambos os descontos é realizada de modo subsequente. Dessa forma, primeiro incide o desconto de uma leniência plus e, posteriormente, o desconto do TCC e não cumulativa, pois não se trata de uma simples adição de ambos os descontos. A aplicação cumulativa poderia trazer benefício excessivo à empresa e/ou pessoa física que praticou cartel em diversos mercados, com possível redução do efeito dissuasório e com possível desincentivo à ágil apresentação de novas propostas de Acordo de Leniência²⁷³. A aplicação subsequente possui interpretação que se extrai da própria legislação, e mantém a consistência entre o valor máximo de descontos da leniência plus e do TCC em comparação com a hipótese de leniência parcial. Considerando que a negociação do TCC prevê faixas de descontos, conforme o Guia de TCC, a aplicação

leniency agreements, while reducing litigation costs and granting finality in some cases. DE AZEVEDO, Paulo Furquim; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. **Cartel Deterrence And Settlements: The Brazilian Experience. Texto para Discussão 265**. Julho/2010. FGV-EESP. p. 5-6. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/fgv/eesptd/265.html>>. Acesso em: 6 de jun. 2023.

²⁷² CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cad-es-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023 p. 58.

²⁷³ CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cad-es-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023 p. 58.

subsequente da leniência plus com o TCC pode resultar nos seguintes parâmetros totais de desconto sobre a multa esperada:

caso seja o primeiro proponente de TCC com leniência plus: de 53,33% a 66,67%; caso seja o segundo proponente de TCC com leniência plus: de 50% a 60%; e para os demais proponentes de TCC com leniência plus: até 50%²⁷⁴.

Ademais, nenhum requerimento poderá prever redução percentual superior àquela estabelecida em TCCs com leniência plus já celebrados no âmbito do mesmo processo administrativo, dada a aplicação subsidiária das regras do TCC (art. 250, §4º do RICade)²⁷⁵.

Destaca-se também que as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por prática anticoncorrencial entre concorrentes que não se qualificam para celebrar Acordo de Leniência podem, a princípio, propor a celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o Cade (art. 85 da Lei nº 12.529/2011 c/c arts. 224 a 229 do RICade)²⁷⁶.

Vale ressaltar que a decisão final do Conselho do CADE quanto à celebração do TCC é um ato discricionário da Administração Pública e, portanto, passará necessariamente por um juízo de conveniência e oportunidade dos Conselheiros e do Presidente, que será melhor analisado no próximo tópico.

Destaca-se que se o proponente não for o primeiro a comparecer perante a Superintendência-Geral ou, por outra razão, não haja mais disponibilidade para a propositura do acordo de leniência para a conduta noticiada, o Superintendente-Geral, o Chefe de Gabinete ou outro servidor expressamente designado para essa finalidade, informará tal indisponibilidade ao proponente, podendo certificá-lo de que consta na fila de espera para eventual proposição de um acordo de leniência sobre a mesma infração noticiada, conforme o art. 240, caput do RICade²⁷⁷. Nesse caso, a certidão emitida pela SG/Cade conterá a qualificação completa do proponente, os outros autores conhecidos da infração a

²⁷⁴ CADE. Op. cit. p. 58.

²⁷⁵ CADE. Op. cit. p. 58.

²⁷⁶ CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.p. 20.

²⁷⁷ CADE. Op. cit. p. 27.

ser noticiada, os produtos ou serviços afetados, a área geográfica afetada e, quando possível, a duração estimada da infração noticiada, além da data e horário do comparecimento perante a Superintendência-Geral, sem qualquer informação sobre a identidade dos demais proponentes e sobre a ordem cronológica de espera do proponente com relação a eventuais outros proponentes anteriores ou subseqüentes (art. 240, §1º do RICade)²⁷⁸.

Dessa forma, a “fila de espera” mantida pela SG/Cade é organizada por ordem de chegada (2º, 3º e 4º colocados, por exemplo), lembrando-se que os demais proponentes não têm conhecimento da posição exata em que se encontram na fila de espera. Constar em “fila de espera” pode ser importante por pelo menos dois motivos, a saber:

Em primeiro lugar porque o próximo proponente da fila (2º, 3º, 4º, etc., conforme a ordem cronológica) será convidado a negociar novo Acordo de Leniência caso a negociação do Acordo de Leniência Antitruste em andamento seja rejeitada, seja por desistência do proponente detentor da senha, seja por descumprimento dos requisitos legais ou dos prazos previstos no §3º do art. 239 e do artigo 204 do RICade (art. 240, §2º do RICade). Em segundo lugar, é importante constar na “fila de espera” porque, caso a negociação do Acordo de Leniência em andamento seja aceita e o acordo seja assinado, os proponentes que ainda estiverem “em fila de espera” terão seus pedidos de senha automaticamente convertidos em pedidos para negociação de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) (vide perguntas 22 e 23, supra) (art. 240, §4º do RICade)²⁷⁹.

Nesse caso, os proponentes serão convocados, também de acordo com a ordem dos pedidos de senha para negociação de leniência, para manifestar interesse na negociação de TCC, podendo obter os benefícios advindos da assinatura deste acordo, tais como a redução da contribuição pecuniária devida, conforme artigo 85 da Lei nº 12.529/2011 e artigos 224 a 229 do RICade. Assim, caso os proponentes manifestem interesse na negociação de TCC, o pedido será encaminhado à Coordenação-Geral da SG/Cade responsável pelo caso até mesmo antes da instauração do Processo Administrativo.²⁸⁰

²⁷⁸ CADE. Op. cit. p. 28.

²⁷⁹ CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.p. 28.

²⁸⁰ CADE. Op. cit. p. 28

O Acordo de Leniência Antitruste, cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais (artigo 86, §4º, combinado com artigo 87 da Lei nº 12.529/2011), é instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial ao Cade (artigo 86, §1º, I, da Lei nº 12.529/2011). O Termo de Compromisso de Cessação (TCC) para casos de cartel, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (artigo 85 da Lei nº 12.529/2011), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem benefícios automáticos na seara criminal.

Assim, por conta dessa exposição do Compromissário em relação à seara criminal, os incentivos para a celebração de TCC tendem a ser diferentes dos incentivos para a celebração de Acordo de Leniência.

Quanto à terminologia, quem celebra o Acordo de Leniência é denominado Signatário, ao passo que quem celebra o TCC é denominado Compromissário.

Rufino e Mendes ressaltam a mudança do Cade no tocante à celebração de TCCs, realizada em 2013, por meio da rejeição dos acordos “pay-to-go”, da exigência de reconhecimento da responsabilidade do Compromissário na infração e do dever de colaborar com o prosseguimento das investigações para os demais investigados.

Assim, a seguir serão brevemente apresentados os requisitos para a celebração de TCC e o procedimento de negociação e celebração de TCCs, evidenciando o que diferem do Acordo de Leniência.

3.3 O Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC).

Ao contrário do Acordo de Leniência, o Termo de Compromisso Cessação de Conduta não gera de imediato a extinção da punibilidade administrativa nem criminal.²⁸¹

Nesse contexto de negociação de Acordo e Negociação de Acordo de Leniências Total, Leniência Parcial e Leniência Plus surge o questionamento: seria possível combinar descontos da leniência plus com os de TCCs.

A aplicação de ambos os descontos é realizada de modo subsequente (ou seja, primeiro incide o desconto de uma leniência plus e, posteriormente, o desconto do TCC) e não cumulativa (ou seja, não se trata de uma simples adição de ambos os descontos). Isso porque o Cade entendeu que a aplicação cumulativa poderia trazer benefício excessivo à empresa e/ou pessoa física que praticou cartel em diversos mercados, com possível redução do efeito dissuasório e com possível desincentivo à ágil apresentação de novas propostas de Acordo de Leniência. Além disso, a aplicação subsequente possui interpretação que se extrai da própria legislação e mantém a consistência entre o valor máximo de descontos da leniência plus e do TCC e o valor que seria aplicado na hipótese de leniência parcial.

Assim, considerando que a negociação do TCC prevê faixas de descontos, a aplicação subsequente da leniência plus com o TCC pode resultar nos seguintes parâmetros totais de desconto sobre a multa esperada, tal qual definido no artigo 209, §3º, do RICade.

TABELA 2 - PARÂMETROS TOTAIS DE DESCONTO SOBRE A MULTA

Parâmetros totais de desconto sobre a multa (art. 187 do RICade)

²⁸¹ Não é exigido dos signatários de TCC a confissão da prática, apenas o reconhecimento da participação na conduta, diferentemente de um Acordo de Leniência.

Proponente	Desconto sobre a multa
Primeiro	De 30 a 50%
Segundo	De 25% e 40%
Demais proponentes	Até 25%

RICADE ²⁸²

Destaca-se que nenhum requerimento poderá prever redução percentual superior àquela estabelecida em TCCs com leniência plus já celebrados no âmbito do mesmo Processo Administrativo, dada a aplicação subsidiária das regras do TCC (art. 209, §4º, do RICade)²⁸³.

Considerando que a negociação do TCC prevê faixas de descontos, a aplicação subsequente da Leniência Plus com o TCC pode resultar nas seguintes faixas totais de desconto sobre a multa esperada: (i) caso seja o primeiro proponente de TCC: de 30% a 50%; (ii) caso seja o segundo proponente de TCC: de 25% a 40%; (iii) para os demais proponentes de TCC: de até 25%.

Mas, e se o novo Acordo de Leniência ainda estiver em fase intermediária de negociação e o TCC já estiver em fase final, a SG/Cade teria que atrasar a homologação do TCC e esperar a celebração do novo acordo para conceder a leniência plus?²⁸⁴

Para não prejudicar o Programa de Leniência e de TCCs, para promover maior transparência, previsibilidade e segurança jurídica aos administrados, a SG/Cade poderá conceder uma “leniência plus condicional”, conforme a conveniência e a oportunidade, caso verifique a forte probabilidade de êxito da proposta de Novo Acordo de Leniência. Trata-se de benefício que pode ser aplicado sob condição suspensiva, ou seja, caso o Novo Acordo de Leniência em negociação não seja celebrado, ou seja declarado o seu descumprimento pelo Tribunal do Cade, o desconto concedido antecipadamente, na negociação do TCC,

²⁸² Regimento Interno do CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/RICADE%20atual..pdf> acesso em 01/11/2023.

²⁸³ ENAP. Op. cit. p. 9

²⁸⁴ ENAP. Op. cit. p. 9

deverá ser recolhido como contribuição pecuniária complementar ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 250, §2º e 3º, do RICade)²⁸⁵.

De acordo com o Guia de TCC, caso o novo Acordo de Leniência ainda não tenha sido celebrado ou não tenha sido declarado cumprido pelo Tribunal, o desconto da leniência plus será condicional, de modo que será necessária a inserção de trecho sobre leniência plus no termo (“Da contribuição complementar”), cujo modelo pode ser acessado no próprio Guia²⁸⁶.

Além disso, na hipótese de declaração de não cumprimento, o signatário perderá também os benefícios pertinentes ao Novo Acordo de Leniência (art. 247, §1º, inciso IX, do RICade). Essa situação é expressamente prevista no Guia de TCC, que consiste justamente na hipótese de Leniência Plus Condicional²⁸⁷.

Entretanto, não é possível obter descontos de duas leniências plus em um mesmo Processo Administrativo. O benefício da leniência plus é aplicado apenas uma vez em cada investigação existente, de modo que a relação é um para um, ou seja, a cada Novo Acordo de Leniência celebrado, obtém-se o benefício plus em uma das investigações. Veja, na figura abaixo, extraída do Guia do Programa de Leniência do Cade, a aplicação dos benefícios da leniência plus a cada nova investigação²⁸⁸.

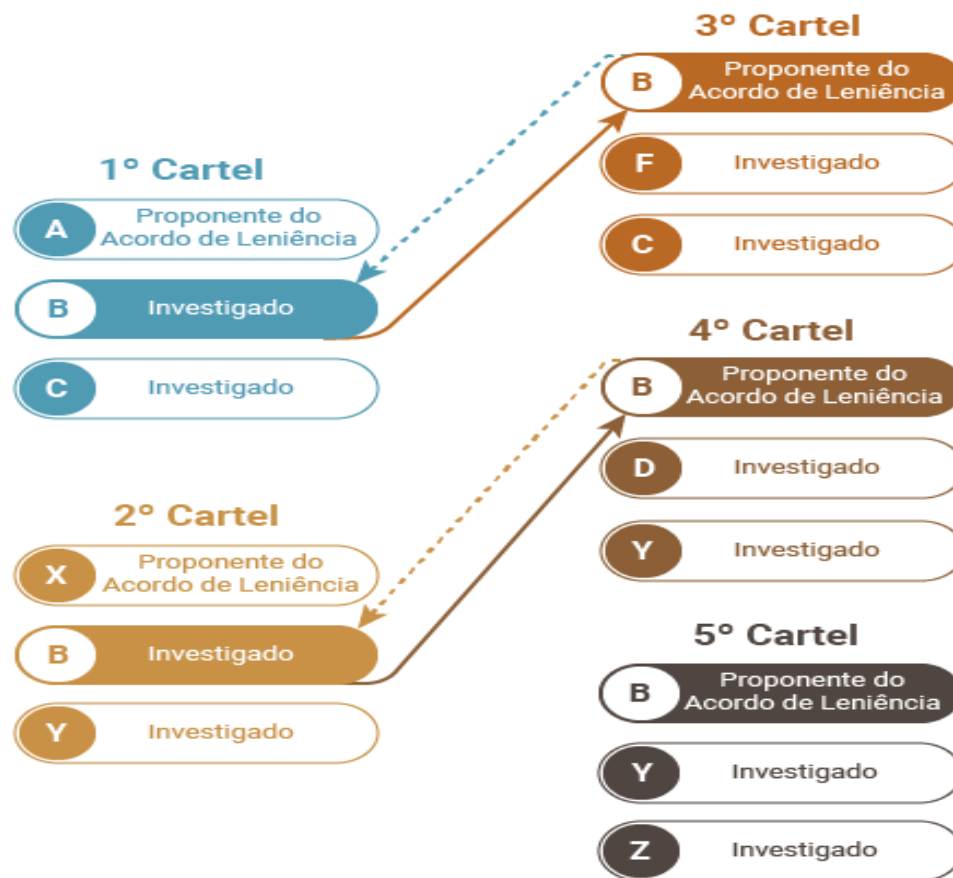
FIGURA 6 - Programa de Leniência, TCC e Leniência Plus.

²⁸⁵ ENAP. Op. cit. p. 9

²⁸⁶ ENAP. Op. cit. p. 9

²⁸⁷ ENAP. Op. cit. p. 9

²⁸⁸ ENAP. Op. cit. p. 9



FONTE: ENAP. Programa de Leniência Antitruste do CADE. Módulo 5. Acordo de Leniência Antitruste e demais instrumentos no CADE e em outras legislações. Brasília, 2019. p. 9.

O Acordo de Leniência Antitruste Parcial pode não dar ensejo ao benefício da leniência plus. O artigo 86, §7º, da Lei nº 12.529/2011 c/c o artigo 209, caput, do RICade, que tratam da leniência plus, revelam que o novo Acordo de Leniência deve se relacionar a uma nova infração da qual a SG/Cade não tenha qualquer conhecimento prévio. Nesse sentido, uma leniência parcial não poderia fazer jus à obtenção do benefício da leniência plus, uma vez que se trata de hipótese em que a SG/Cade tem conhecimento prévio da infração noticiada, mas apenas não dispõe de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física na ocasião da propositura do acordo de leniência (art. 86, §1º,

inciso III, e § 4º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 198, incisos III e VI, e art. 208, inciso II, do RICade)²⁸⁹ ..

O bom programa de compliance impede a infração, sinaliza a necessidade de assinatura do acordo de leniência, e não sendo possível a negociação do Acordo de Leniência, converge o Agente Econômico a busca pela assinatura do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta a depender da fase em que se encontra investigação.

Conforme já apontado, a política de acordos no curso do processo administrativo sancionador já vem sendo há muito tempo aplicada nos Estados Unidos. Lá, os acordos negociados no âmbito do direito da concorrência são conhecidos como *Antitruste Settlements* ou *Consent Decrees*.²⁹⁰ Sobre o tema, Ginsburg e Wright assim destacam:

Conforme discutido, tanto a FTC quanto a Divisão Antitruste liquidaram mais de 90 por cento dos processos cíveis que instauraram nos últimos vinte anos, na sequência de um aumento constante na taxa de liquidação nas décadas anteriores. 18 De fato, as provações há muito são algo extremamente raro em a experiência dos advogados da FTC e da Divisão Antitruste, incluindo os chamados contenciosos funcionários; o caso da Divisão de 2011 contra a proposta de aquisição da H & R Block Inc. O software de preparação de impostos TaxAct foi a primeira questão a ir a julgamento desde 2004. Como consequência, o trabalho das agências é dedicado muito menos ao litígio real - a apresentação de provas e argumentos em um fórum do tipo julgamento - ou mesmo para a preparação para o julgamento, do que para a investigação e negociação.²⁹¹

²⁸⁹ ENAP. Op. cit. p. 910-11.

²⁹⁰ EPSTEIN, Richard A. **Consent Decrees in Theory and Practice** **ntitrust Consent Decrees in Theory and Practice Why Less Is More**. Washington: AEI Press, 2007. Disponível em: <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2014/07/-antitrust-consent-decrees_112236997186.pdf>. Acesso em: 12 de jun. 2023.

²⁹¹ Tradução do autor para: As discussed, both the FTC and the Antitrust Division have settled more than 90 percent of the civil cases they have brought in the last twenty years, following a steady increase in the settlement rate over the decades prior.18 Indeed, trials have long been a thing of extreme rarity in the experience of FTC and Antitrust Division lawyers, including those of the so-called litigation staff; the Division’s 2011 case against H&R Block Inc.’s proposed acquisition of the maker of TaxAct tax preparation software was its first matter to go to trial since 2004.19 As a consequence, the work of the agencies is devoted much less to actual litigation—the presentation of evidence and arguments in a trial-type forum—or even to preparation for trial, than it is to investigation and negotiation. GINSBURG, Douglas H. and WRIGHT, Joshua D., **Antitrust Settlements: The Culture of Consent** (February 27, 2013). William E. Kovacic: **An Antitrust Tribute – Liber Amicorum** (Vol. I) (Charbit et al. eds., February 2013), George Mason Law & Economics Research Paper No. 13-18. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2225894>>. Acesso em: 12 de jun. 2023.

No 54º encontro Anual da Associação Americana de Advogados, o Departamento de Justiça dos EUA apresentou o artigo “Medindo o valor da cooperação secundária em Negociações Judiciais Corporativas” concluiu que:

Embora as recompensas por ser a primeira a entrar e receber anistia não possam ser superadas, uma segunda empresa também recebe recompensas significativas em multas reduzidas e tratamento mais favorável de seus executivos culpados se a empresa oferecer cooperação oportuna e substancial contra os assuntos remanescentes em uma investigação. Para maximizar as recompensas, no entanto, a empresa deve agir rapidamente e abordar a Divisão o mais cedo possível na investigação e estar preparada para não deixar pedra sobre pedra em seu esforço de cooperar com a Divisão. As evidências, onde quer que sejam localizadas, devem ser rapidamente localizadas, preservadas e fornecidas à Divisão o mais rápido possível. As recompensas da cooperação são ainda maiores (e o risco futuro de penalidade mais minimizado) se a empresa limpar completamente a casa e aproveitar o programa Amnistia Plus da Divisão, fornecendo evidências de outras atividades de cartel. **Colaboradores secundários com histórico comprovado de limpeza doméstica e cooperação total também se tornam os candidatos mais prováveis à anistia afirmativa**²⁹².

Embora tenha sido introduzido no sistema jurídico brasileiro na metade dos anos 80, apenas em 1995 foi firmado o primeiro TCC pelo CADE²⁹³. Cumpre destacar que o Cade em seu Guia Termo de Compromisso de Cessaçao para casos de cartel lista algumas hipóteses exemplificativas de atenuantes em casos de cartel clássico que podem reduzir o percentual na alíquota até o mínimo considerado razoável pelo Cade (em regra 12%).

Destaca-se que há obrigatoriedade legal de recolhimento de contribuição pecuniária para TCCs relacionados a condutas coordenadas, mas não se impede que sejam negociadas também no caso de condutas unilaterais. De acordo com estudo realizado por Saito, ao longo de 2012 e 2019, o valor médio recolhido por empresa variou entre aproximadamente R\$ 824 mil e R\$ 34 milhões²⁹⁴.

²⁹² US DEPARTMENT OF JUSTICE. **Measuring The Value Of Second-In Cooperation In Corporate Plea Negotiations.** Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/measuring-value-second-cooperation-corporate-plea-negotiations>>. Acesso em: 13 de jun. 2023.

²⁹³SAITO, Caroline. **TCC na Lei 11.529/11.** Fev/2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em: 4 de maio de 2023. p. 9-10.

²⁹⁴SAITO, Caroline. Op. cit. p. 30.

Ademais, destaca-se que conforme definido pelo CADE no Guia de TCC, a definição da contribuição pecuniária envolve as seguintes fases: (1) definição da base de cálculo; (2) aplicação de percentual correspondente ao valor da multa esperada no caso de condenação; e (3) aplicação de descontos segundo parâmetros de cooperação dos compromissários, momento da celebração e ordem de abordagem da autoridade para negociação²⁹⁵.

O estudo de Saito trouxe conclusões para cada uma dessas etapas:

- **Base de cálculo.** Tomaram normalmente o faturamento com o produto ou serviço afetado - o que não necessariamente é correspondente às definições de mercado relevante adotadas pelo CADE - no ano anterior à instauração do processo administrativo;
- **Alíquota.** Tem-se em média: (i) 14,5% para cartéis *hard core*; (ii) 9% para cartéis difusos; (iii) 7% para casos de influência para adoção de conduta uniforme; (iv) 3% no caso de troca de informações concorrencialmente sensíveis; e (v) 1,5% no caso de condutas unilaterais; e
- **Desconto.** Em geral, obedece à posição na fila de propositura de TCC e segue os percentuais previstos no Guia de TCC do CADE. A Leniência Plus como fator de desconto adicional ainda é prática bastante incipiente²⁹⁶.

Ademais, com relação às pessoas físicas, que ocupem ou exerçam a função de administradores, a multa é calculada como percentual da multa aplicada à empresa (que pode variar de 1% a 20%). Para as demais pessoas físicas envolvidas na conduta a multa pode variar entre R\$ 50 mil e R\$ 2 bilhões.³ Seja no caso de administradores, seja no caso de pessoas físicas não administradores, o estudo de Saito concluiu que as multas tendem a se aproximar ao mínimo requerido em lei.²⁹⁷

No que se refere às atenuantes encontra-se a boa-fé do infrator que é verificada na hipótese de existência de programa de compliance que tenha relação

²⁹⁵ BMA ADVOGADOS. **Novo estudo do CADE sobre compromisso de cessação de conduta.** Disponível em: <<https://www.bmalaw.com.br/conteudo/concorrencial/estudo-CADE-compromisso-cessacao-de-conduta>>. Acesso em: 14 de jun. 2023.

²⁹⁶ BMA ADVOGADOS. **Novo estudo do CADE sobre compromisso de cessação de conduta.** Disponível em: <<https://www.bmalaw.com.br/conteudo/concorrencial/estudo-CADE-compromisso-cessacao-de-conduta>>. Acesso em: 14 de jun. 2023.

²⁹⁷ BMA ADVOGADOS. Op. cit.

direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada²⁹⁸.

Especificamente com relação às diferenças entre o Acordo de Leniência e o TCC, segue a tabela abaixo, considerando-se a Lei nº 12.529/2011 e o Regimento Interno do Cade (RICade). Observa-se que as principais diferenças entre eles estão nos benefícios cabíveis

FIGURA 7- RESUMO DAS DIFERENÇAS ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA E O TCC.

	Acordo de Leniência Antitruste (TCC)	Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC)
Fundamentação legal	Arts. 86 e 871 da Lei nº 12.529/11 e 197 a 210 do RICADE.	art. 852 da Lei nº 12.529/11 e 184 e seguintes do RICADE.
Definição	Definição: permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva celebrem o acordo para cessação da conduta ilegal, mediante: denúncia, confissão da prática de infração da ordem econômica e cooperação com as investigações.	Definição: acordo celebrado entre o CADE e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infração à ordem econômica. A autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao compromissário de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso.
Esfera Administrativa	Na esfera administrativa, se sua cooperação obtiver resultados, o signatário será beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 a 2/3 das penas administrativas cabíveis.	Na esfera administrativa, o TCC é acessível a todos os investigados na conduta anticompetitiva, gerando benefícios na seara administrativa.
Esfera Criminal	Na esfera criminal, cumprido o acordo, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes referentes a ordem econômica, prática de cartel (inclusive em licitações) e associação	Não há intervenção do Ministério Público, podendo-se propor ação penal face os compromissários isoladamente. O acordo de leniência aplica-se às condutas ocorridas

²⁹⁸ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 37.

	criminosa. Não há previsão legal. Há intervenção do Ministério Público no acordo.	fora do Brasil (desde que produzam ou possam produzir efeitos no Brasil).
Requisitos	Requisitos: i) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; ii) a empresa e/ou pessoa física cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação; iii) no momento da propositura do acordo, o CADE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou pessoa física; iv) a empresa e/ou pessoa física confesse sua participação no ilícito; v) a empresa e/ou pessoa física coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo; v) a cooperação resulte na identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.	i) pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, sobre o qual incidirá uma redução percentual que varia conforme o momento de propositura e a amplitude e utilidade da colaboração (varia entre 25% a 50%); ii) necessidade de reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do proponente; iii) colaboração do proponente com a instrução processual; iv) cessação da conduta investigada pelo proponente; v) fixação de multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas. O acordo de leniência proposto por empresas poderão ter seus benefícios estendidos aos seus dirigentes, administradores e empregados (atuais ou passados), bem como às empresas do mesmo grupo econômico envolvidas na infração. A empresa poderá negociar e firmar individualmente seu TCC, deixando previstas no acordo as condições para inclusão posterior de seus funcionários e ex-funcionários envolvidos na conduta, através de cláusula de adesão.

FONTE: BEZERRA, Amanda Silva. **Da diferenciação entre Acordo de Leniência Antitruste e Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, no âmbito do CADE.** Disponível em: <<https://apps.fiesp.net/fiesp/newsletter/2016/dejur/conexao-juridica/abril/artigo.pdf>>. Acesso em: 15 de jun. 2023.

Ademais, deve-se lembrar da Resolução nº 5, de 06 de março de 2013, do CADE, que foi publicada no Diário Oficial da União de 11 de março de 2013, nº 47, seção 01, páginas 35 e 36, aprova a Emenda Regimental n. 01/2013, que altera a seção referente ao Compromisso de Cessação, e renumera os dispositivos

regimentais das seções subsequentes²⁹⁹. De acordo com a referida resolução, o art. 179 traz a seguinte redação:

Art. 179 - Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação de que trata o art. 85 da Lei nº 12.529, de 2011, deverá apresentar requerimento do termo ao Cade, dirigido ao Conselheiro-Relator, se os autos do processo administrativo já houverem sido remetidos ao Tribunal, na hipótese do art. 74 da Lei 12.529, de 2011, ou ao Superintendente Geral, se o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Superintendência-Geral.

§1º A apresentação do requerimento de termo de compromisso não suspende a tramitação do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.

§2º O requerimento de termo de compromisso, independentemente dos autos do processo principal estarem em trâmite na Superintendência-Geral ou no Tribunal, será autuado de forma autônoma.

§3º A critério do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, poderá ser deferido tratamento de acesso restrito à apresentação do requerimento, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação.

§4º O requerimento de termo de compromisso somente poderá ser apresentado pelos requerentes uma única vez.

§5º O protocolo do requerimento de termo de compromisso não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.

Destaca-se também que o TCC pode ser celebrado em fase processual mais avançada, sendo sua utilidade essencial reduzir custos que seriam atingidos por meio de resolução antecipada do processo, evitando futuras disputas judiciais³⁰⁰.

Ademais, no caso de acordo de leniência realizado por pessoa física, seus benefícios não alcançarão à empresa a que está vinculado ou estava vinculado³⁰¹.

²⁹⁹ CADE. **Resolução nº 5, de 06 de março de 2013**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%205_2013.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2023.

³⁰⁰ BEZERRA, Amanda Silva. **Da diferenciação entre Acordo de Leniência Antitruste e Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, no âmbito do CADE**. Disponível em: <<https://apps.fiesp.net/fiesp/newsletter/2016/dejur/conexao-juridica/abril/artigo.pdf>>. Acesso em: 15 de jun. 2023.

³⁰¹ BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

No caso de TCC, as pessoas físicas participantes da conduta lesiva terão diferentes análises na negociação. Ademais, no caso dos administradores, quando comprovado a culpa e o dolo, a multa esperada é de 1% a 20% daquela aplicada à empresa ou à pessoa jurídica ou entidade relacionada³⁰².

O proponente do acordo de leniência deve comunicar seu interesse através do pedido de senha “marker”, para garantir que é o primeiro a denunciar a conduta lesiva e garantir seus benefícios. Quanto ao proponente do TCC, este pode requisitar uma senha para demonstrar seu interesse, respeitando a ordem de apresentação dos interessados perante a autoridade responsável³⁰³.

O proponente poderá desistir do Acordo de Leniência, desde que isso ocorra antes da assinatura. Em caso de desistência ou rejeição ao Acordo de Leniência, todas as informações prestadas serão mantidas sob sigilo, não sendo permitido ao CADE compartilhar ou fazer uso dessas informações para nenhum fim, inclusive investigatório³⁰⁴.

No que se refere ao TCC, o cálculo da multa é baseado nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia. Caso não seja firmado o TCC, as informações e os documentos apresentados no contexto da negociação serão devolvidos ao proponente ou destruídos e não poderão ser utilizados para quaisquer fins pela autoridade que a eles tiverem acesso. Para que a proposta de acordo seja aceita pelo CADE, as informações apresentadas pelo proponente devem ser consideradas suficientes. Destaca-se que a análise da colaboração prestada é essencial no cálculo dos percentuais e desconto da contribuição pecuniária e não na definição da multa esperada³⁰⁵.

A negociação da proposta de Acordo de Leniência vai de 6 meses a 1 ano. É prevista a figura de “adesão ao Acordo de Leniência”, ou seja, assinatura de aditivos para inclusão de pessoas físicas ao instrumento assinado pela empresa³⁰⁶.

³⁰² BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

³⁰³ BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

³⁰⁴ BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

³⁰⁵ BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

³⁰⁶ BEZERRA, Amanda Silva. **Da diferenciação entre Acordo de Leniência Antitruste e Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, no âmbito do CADE.** Disponível em:

No TCC, em caso de reincidência deve-se aplicar o dobro da multa, quando o compromissário já houver sido condenado. Destaca-se que é prevista a figura de “adesão ao Acordo de Leniência”, ou seja, assinatura de aditivos para inclusão de pessoas físicas ao instrumento assinado pela empresa³⁰⁷.

As condições do TCC poderão ser alteradas pelo CADE se se comprovar sua excessiva onerosidade para o acordante, desde que não prejudique a coletividade³⁰⁸. Ademais, após a assinatura do Acordo de Leniência, o CADE poderá instaurar inquérito ou processo administrativo para apurar o acordo entre concorrentes noticiado pelo proponente³⁰⁹. Após assinatura do TCC, o proponente deverá permanecer colaborando com a instrução, de modo que a superveniência de novos documentos e informações deverão ser encaminhadas ao CADE, sob pena de descumprimento do acordo³¹⁰.

Ademais, enquanto o acordo de leniência é sigiloso, o TCC é público, tornando-se um título executivo extrajudicial após a assinatura.

No Brasil, o Termo de Compromisso de Cessação de Prática é um instrumento alternativo de solução de controvérsia, por meio do qual o agente econômico processado pela prática de uma conduta anticompetitiva assume algumas obrigações perante a autoridade antitruste, inclusive, e, principalmente, a obrigação de cessar tal prática, em troca da extinção do processo a que está sendo submetido.

Trata-se, portanto, de um acordo celebrado entre o administrado investigado e a autoridade antitruste que leva a extinção do processo, caso as obrigações estipuladas no mesmo sejam cumpridas.

Sendo assim, o TCC se revela mais um instrumento que pode ser utilizado na prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, em especial no combate aos cartéis, haja vista tratar-se este ilícito de conduta coletiva

<<https://apps.fiesp.net/fiesp/newsletter/2016/dejur/conexao-juridica/abril/artigo.pdf>>. Acesso em: 15 de jun. 2023.

³⁰⁷ BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

³⁰⁸ BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

³⁰⁹ BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

³¹⁰ BEZERRA, Amanda Silva. Op. cit.

praticada por vários agentes econômicos, cuja investigação e processo demandam tempo e o dispêndio de recursos elevados.

Assim como o acordo de leniência, o país que possui maior tradição na utilização desse instrumento em matéria de cartel é os Estados Unidos. As autoridades antitrustes deste país (Federal Trade Commission - FTC e Department of Justice – DOJ) possuem duas modalidades de acordos desta natureza, quais sejam o *plea agreement*, também chamado de *plea bargain*, e o *consent decree*³¹¹. Quanto ao modelo *plea agreement*:

O modelo do *plea agreement* é utilizado para encerrar um processo no âmbito criminal, e para que um acordo desta natureza seja celebrado, o réu, acusado da prática de cartel, tem que se comprometer a:

- (i) reconhecer a culpa pela infração cometida;
- (ii) cooperar com as investigações, o que implica na renúncia ao direito a um julgamento e a recursos, e no fornecimento de informações, provas e evidências sobre a conduta investigada; e
- (iii) aceitar as penalidades impostas. Como contrapartida, a autoridade antitruste se compromete a não realizar mais acusações contra o réu, e a reduzir as penalidades aplicáveis.³¹²

Com esses requisitos, observa-se que o acordo norte-americano objetiva não apenas solucionar o caso de forma mais célere e evitar o dispêndio de maiores recursos com o prosseguimento das investigações e do litígio em âmbito criminal, mas também, tal qual o acordo de leniência, colher ainda mais elementos de prova sobre a conduta investigada, para obrigar, cada vez mais, os outros réus a também celebrarem acordos dessa natureza.³¹³

Segundo Teixeira, ele funciona, praticamente, como um segundo acordo de leniência com imunidade parcial, pois as exigências em relação ao réu são as mesmas, mas pelo fato dele ter se candidatado depois do leniente, ele só poderá gozar da redução das sanções aplicáveis, que, no âmbito criminal, estarão

³¹¹ PEREIRA, Guilherme Teixeira. **Política de Combate a Cartel no Brasil. Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. Dissertação de Mestrado Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2011. Disponível em:

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8518/disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20-%20vers%C3%A3o%20final%20banca%20examinadora.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 de jun. 2023.

³¹² PEREIRA, Guilherme Teixeira. Op. cit. p. 45.

³¹³ PEREIRA, Guilherme Teixeira. Op. cit. p. 45.

em jogo a multa, e a pena de prisão para as pessoas físicas, revelando-se assim um benefício atraente se comparado com a capacidade de detecção e punição total da autoridade antitruste por meio do prosseguimento do litígio.³¹⁴

Quanto ao *consent decree*, este é utilizado para solucionar um processo em âmbito administrativo, não havendo, obrigatoriamente, a necessidade de reconhecimento da culpa por parte do réu. Por meio do referido acordo, as autoridades antitruste norte-americanas objetivam cessar a prática da conduta investigada, sendo muito comum, para tanto, a estipulação da obrigatoriedade da adoção de programas de compliance, apresentação de relatórios e permissão de realização de inspeções nos arquivos das empresas. Assim, o que se objetiva com este modelo de acordo é uma solução célere e efetiva, com a economia de recursos por ambas as partes³¹⁵.

O *consent decree* firmado em matéria de cartel é de competência exclusiva do DOJ, e a validade do acordo está vinculada à homologação judicial. Nesse procedimento, o DOJ faz uma análise de conveniência e oportunidade através de um relatório de impacto concorrencial sobre o acordo, no qual deverá constar uma explicação sobre a natureza do mesmo, as alternativas consideradas e as razões para sua rejeição, e os remédios disponíveis às partes privada. Com fundamento nesse relatório o Poder Judiciário analisará o impacto do acordo em relação à concorrência nos mercados relevantes e decidirá pela sua homologação ou não³¹⁶.

A respeito do tema o Departamento de Justiça dos EUA destaca que o sistema dos EUA de acordos de confissão negociados, juntamente com a Política de Leniência Corporativa da Divisão, continua desempenhando um papel vital na quebra de cartéis e no avanço rápido da investigação e processo judicial dos membros do cartel pela Divisão. Ademais, os acordos de confissão fornecem enormes benefícios ao governo, aos réus cooperantes, aos tribunais, às vítimas e ao público em geral ao persuadir os membros do cartel para cooperar logo no

³¹⁴ PEREIRA, Guilherme Teixeira. Op. cit. p. 45.

³¹⁵ PEREIRA, Guilherme Teixeira. Op. cit. p. 46.

³¹⁶ PEREIRA, Guilherme Teixeira. Op. cit. p. 46.

início e aceitar a responsabilidade por sua conduta criminosa. Em outras palavras, os acordos de delação premiada são um bom negócio com benefícios para todos

Destaca-se que a OCDE elaborou um estudo intitulado Delação premiada: solução de casos de cartel, no qual se concluiu que os acordos podem aumentar a eficiência dos esforços de execução em termos de resolução de questões mais rapidamente e de usar a cooperação para construir casos, sendo que equidade, proporcionalidade e paridade eram pontos que teriam de ser abordados no processo. Ademais, no estudo constatou-se que uma série de obstáculos foram identificados por várias jurisdições que teriam de ser resolvidas antes que uma autoridade de concorrência pudesse se envolver em negociações de acordo. O consenso final do estudo foi que muitas dessas questões podem ser abordadas através de transparência e diretrizes³¹⁷.

A separação entre o Acordo de Leniência e os demais acordos é importante:

Essa separação entre leniência e acordo é diferente dos procedimentos usados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos em sua aplicação de cartel. De acordo com sua Política de Leniência, o Departamento de Justiça concede imunidade, não apenas de punição, mas também de processo, à primeira corporação ou indivíduo que fornecer provas do cartel. Outros réus que cooperam com o Departamento de Justiça recebem penas reduzidas por meio de acordos de confissão ou cooperação, que cobrem o fornecimento de inteligência e provas, bem como a aceitação da infração e das penalidades, e a renúncia a vários direitos processuais, incluindo o direito de recurso. A barganha nos Estados Unidos é, portanto, simultaneamente uma ferramenta de investigação e uma forma de resolver os casos. A delação premiada nos Estados Unidos, portanto, corresponde à combinação de (a parte da redução de multas) clemência e acordos na execução de cartel da Comissão Europeia³¹⁸.

³¹⁷ OECD. **Plea bargaining: settlement of cartel cases.** Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/plea-bargaining_clp-11-5kg9qgf2cp9s#page45>. Acesso em: 15 de jun. 2023. p 149.

³¹⁸ Tradução do autor para: This separation between leniency and settlement is different from the procedures used by the United States Department of Justice in its cartel enforcement. Under its Leniency Policy, the Department of Justice grants immunity, not only from punishment but also from prosecution, to the first corporation or individual to provide intelligence and evidence of the cartel. Other defendants cooperating with the Department of Justice are granted reduced penalties through plea or plea/cooperation agreements, that cover the provision of intelligence and evidence, as well as the acceptance of the infringement and the penalties, and the waiver of a number of procedural rights, including the right to appeal. Plea bargaining in the United States is thus simultaneously an investigatory tool and a way to dispose of cases. Plea bargaining in the United States therefore corresponds to the combination of (the reduction-of-fines part of) leniency and

Wils ensina que o uso de acordo pode trazer dois benefícios para o *enforcement*, quais sejam: velocidade e custos mais reduzidos. Segundo o autor, essa rapidez é particularmente relevante para solucionar e finalizar as infrações em curso. É também útil para apurar infrações e impor sanções, pois uma menor distância temporal entre a infração e a punição tende a aumentar os efeitos dissuasores da punição. Se for possível seguir um procedimento mais curto e simplificado, e se não existir ou existir menos apelações, menos recursos administrativos terão que ser gastos por caso. Isso significa que, se o orçamento da autoridade de concorrência for fixo, mais infrações podem ser detectadas e tratadas ³¹⁹.

Richard A. Epstein aponta que a defesa mais forte de uma economia aberta não se deve à efetiva aplicação da lei, mas ao livre ingresso e saída de empresas em seus mercados relevantes. Considerando que os Const Decrees restringem essas práticas, eles necessariamente afetam, contrariamente, as oportunidades para os investimentos para os negócios e inovação. A doutrina americana preocupa-se, atualmente, com os padrões de revisão apropriados para modificar ou terminar um Decree³²⁰.

No Brasil, Daniel Boson publicou um interessante estudo sobre o Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogos na Revista Brasileira de Defesa da Concorrência. Em seu artigo, Boson examina a estrutura de incentivos no instituto do TCC em processos administrativos sancionadores contra empresas por formação de cartel à luz da teoria dos jogos. Boson aponta que diferentemente do instituto do acordo de leniência, que altera, diretamente, a estrutura de incentivos no mercado, dada a possibilidade de

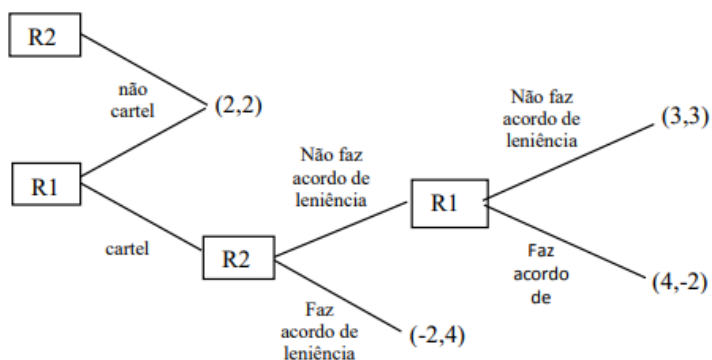
settlements in the European Commission's cartel enforcement. Ehlermann, Claus-Dieter, MARQUIS, Mel. **European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC**. North America: Hart Publishing, 2010. P. 34.

³¹⁹ Wils, Wouter P. J.. The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles. **World Competition: Law and Economics Review**, Vol. 31, No. 3, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1135627>>. Acesso em: 15 de jun. 2023.

³²⁰ EPSTEIN, Richard A. **Consent Decrees in Theory and Practice. Why Less Is More**. Washington: AEI Press, 2007. Disponível em: <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2014/07/-antitrust-consent-decrees_112236997186.pdf>. Acesso em: 12 de jun. 2023.

denúncia do ilícito pelas próprias empresas participantes do cartel, o TCC tem impacto direto no processo, e só de forma indireta no mercado. Nesse sentido, se por um lado o acordo reduz os custos da condenação para as empresas, entre outros benefícios, ele libera recursos materiais, financeiros e humanos do CADE, o que tende a gerar um aumento da probabilidade de punição de novas condutas.

Figura 1 - Árvore de Decisão de Potenciais Participantes de Cartéis



* A árvore poderia ter sido estendida para incluir o TCC, mas o mesmo será analisado na subseção seguinte. Os valores são ilustrativos, dada a finalidade de mostrar a estrutura de incentivos.

BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADÊ, Empresas, Cartéis e Jogos. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 4. N. 2. 2016. Novembro. p. 104.

Nesse jogo, duas empresas decidem inicialmente se ingressam ou não em um cartel. Se elas não ingressarem, cada uma ganha 2 (ganho conjunto de 4). Se ingressarem e nenhuma denúncia para a autoridade, através de acordo de leniência, cada uma ganha 3 (ganho conjunto de 6), pois atuar em conluio tende a ser mais lucrativo do que atuar em um ambiente competitivo. Contudo, se uma denunciar a outra, a que denunciou ganha 4, o que pode ser explicado pela perda de competitividade de uma rival, e a outra perde 2 (ganho conjunto de 2). Nesse exemplo, cada empresa, sabendo que a outra teria incentivos para fazer o acordo de leniência, decide não ingressar no cartel³²¹.

³²¹ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogos. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 4. N. 2. 2016. Novembro. p. 104.

Boson e Silva explicam que essa não é a solução ótima para as empresas, pois elas poderiam ganhar conjuntamente, mas é o que maximiza o ganho para a sociedade como um todo, tendo em vista as perdas sociais decorrentes dos cartéis. Assim, nesse jogo o CADE teria conseguido alcançar seus objetivos³²².

A Teoria dos Jogos pressupõe que as pessoas são racionais, e que elas escolherão as estratégias que maximizam os seus respectivos payoffs, ou seja, dadas as opções disponíveis, elas vão escolher a que lhe é mais favorável. No que tange a infrações contra a ordem econômica, uma decisão a ser tomada pelo potencial infrator é praticar ou não o ilícito, considerando que fazê-lo lhe traz um lucro adicional (benefício), mas que implica em risco de condenação futura (custo)³²³.

A função do CADE em particular é fazer com que o ganho esperado da infração para o agente econômico seja menor do que o ganho esperado da atuação lícita, o que pode ser calibrado a partir da probabilidade e do montante da sanção. Referida situação pode ser modelada, pois nos mercados propensos a cartelização, a possibilidade de penalizações, principalmente com a utilização do principal instrumento de detecção de cartel, o acordo de leniência, pode alterar a estrutura de incentivos. Apesar de que o ganho conjunto dos infratores seja maximizado quando eles cooperam entre si, os incentivos individuais podem levar à não cooperação, deixando-os em uma situação não pareto eficiente para eles próprios³²⁴.

Conforme já apontado no capítulo inicial, o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta é um moderno mecanismo processual para apurar a responsabilização de infração concorrencial por parte do próprio agente econômico com economia processual para autoridade concorrencial.

Assim, se a colaboração demandada pela agência antitruste ou o reconhecimento da participação na conduta significar, na percepção das empresas,

³²² BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 104.

³²³ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 103.

³²⁴ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 103.

um aumento da probabilidade de condenações futuras, seja na esfera cível, seja na esfera penal, há um aumento no custo dos acordos, o que pode vir a dificultar a ocorrência dos mesmos³²⁵. Teoricamente, haveria um custo adicional, mas na prática esse custo pode ser pouco significativo. A respeito do tema, Vinícius Carvalho assinalou que, além de auxiliar a política de combate a cartéis, a confissão de culpa não inviabilizou a assinatura de acordos. Pelo contrário, o número de acordos aumentou³²⁶.

Para as empresas, o acordo encerra um processo administrativo sancionador, que pode afetar negativamente a imagem e o balanço da empresa, gera um desconto de 15% a 50% sobre a multa que poderia vir a ser aplicada, bem como evita que, em caso de reincidência, a multa seja cominada em dobro, além de outras questões³²⁷. Já para o CADE a análise é mais complexa. Por um lado, o acordo:

(i) poupa recursos, principalmente de pessoal, para que se possa investigar e julgar outros casos, e (ii) permite-se obter colaboração do compromissário, ambos os benefícios supostamente contribuindo para aumentar a probabilidade de punição, (iii) bem como torna mais célere a aplicação da pena, sendo que essas variáveis são positivas para fins de dissuasão, que é um dos principais objetivos do CADE³²⁸.

Ocorre que esses benefícios têm um custo, que é a redução da pena, de modo que para serem positivos para o CADE é necessário se analisar o efeito líquido sobre a dissuasão. Há, portanto, um claro trade off, visto que os agentes econômicos consideram essas informações para suas respectivas tomadas de decisão sobre se devem ou não cometer o ato ilícito. Dessa forma, não é qualquer acordo que é benéfico para o CADE³²⁹.

³²⁵ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 106.

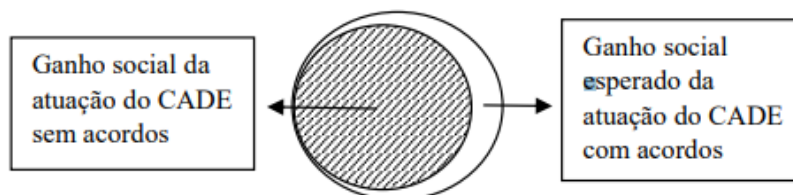
³²⁶ BASILE, Juliano. Confissão de culpa pela formação de cartel eleva número de acordos no CADE. **Valor Econômico**, São Paulo, nº 3.636, p. A2, 17 nov. 2014

³²⁷ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 107.

³²⁸ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 107.

³²⁹ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 107.

Figura 2 – Ganhos Sociais Gerados pelo CADE



BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADÊ, Empresas, Cartéis e Jogos. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 4. N. 2. 2016. Novembro. p. 108.

Pela teoria dos jogos, a princípio os acordos podem ser modelados como o jogo denominado Guerra dos Sexos, em que um casal possui interesse em estar juntos, havendo dois equilíbrios de Nash, um fazendo o programa de interesse do homem, outro fazendo o programa de interesse da mulher³³⁰.

No caso do TCC, dado que o acordo gera um ganho adicional, que será dividido entre as partes, ambos possuem interesse nele. Note-se que no exemplo do jogo entre as empresas, aquela que ingressou no cartel e foi denunciada teria uma perda de -2 com o julgamento³³¹.

Aqui ela terá a opção de propor ou não um TCC, o que só fará se tiver um ganho para ela. Dessa forma, o CADE só deve começar a negociar se entender que o potencial acordo gerará uma perda menor do que -2 para a compromissária. Na matriz seguinte, além desse pressuposto, apresenta-se a possibilidade de tanto o CADE quanto a Representada negociarem de forma mais ou menos rigorosa, o que alteraria os payoffs, como se segue³³².

TABELA 3 Matriz de Payoff

³³⁰ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 108.

³³¹ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 108.

³³² BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 108..

Figura 3 - Matriz de Payoffs em TCC

		CADE	
		Negocia com Rigor	Age com Desídia
Representado	Negocia com Rigor	-3, -3	0, -1
	Age com Desídia	-1, 0	-2, -2

* *Payoffs* ilustrativos, com a finalidade de mostrar a estrutura de incentivos.

BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogos. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 4. N. 2. 2016. Novembro. p. 108.

A tabela acima pressupõe as seguintes condições:

Se ambos agem com desídia, significa que o acordo não é sequer proposto, e ambos assumem o custo processual até o julgamento, e eventualmente até o Judiciário, gerando um custo de -2 para cada um. Se ambos negociam com rigor, o acordo não é alcançado, havendo não apenas o custo do processo regular, mas também o custo da negociação infrutífera, havendo um custo total de -3. Se o Representado negocia com rigor e o CADE com desídia, o Representado se apropria da maior parte dos ganhos do acordo, sendo que o mesmo favorece o Conselho na situação oposta³³³.

Dessa forma, há dois equilíbrios de Nash, que são os dois em que há acordo, e cujo benefício total é de -1, apenas variando a repartição do ganho. Destaque-se que o processo é custoso para ambas as partes, com uma perda conjunta de -2. Embora o ganho conjunto com acordo continue sendo negativo, de -1, ele é uma solução mais benéfica do que o não acordo. O ponto aqui é a redução da perda das partes, dado que o cartel ocorreu e houve a denúncia, e não uma geração de ganhos, ou lucros, para as partes³³⁴.

A pesquisa de Boson e Silva teve por objetivo analisar, à luz da teoria dos jogos, a estrutura de incentivos no instituto do TCC em processos administrativos sancionadores contra empresas por formação de cartel. Observou-se que, diferentemente do instituto do acordo de leniência, que altera, diretamente, a estrutura de incentivos no mercado, dada a possibilidade de

³³³ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 109.

³³⁴ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 114.

denúncia do ilícito pelas próprias empresas participantes do cartel, o TCC tem impacto direto no processo, e só de forma indireta no mercado. Dessa forma, se por um lado o acordo reduz os custos da condenação para as empresas, entre outros benefícios, ele libera recursos materiais, financeiros e humanos do CADE, o que tende a gerar um aumento da probabilidade de punição de novas condutas³³⁵.

Pelas regras atuais, há incentivos para TCC apenas para as empresas contra as quais as provas são fortes, como tende a ocorrer quando há leniência, e que em tese seriam mais provavelmente condenadas. Esse fato não é necessariamente indesejável, mas restringe bastante os ganhos decorrentes do instituto, pois a princípio esses processos são relativamente mais fáceis de serem julgados. Para que houvesse mais acordos nos demais casos, poderiam ser necessários descontos maiores nas contribuições das empresas, o que não necessariamente é benéfico, dada a dificuldade em se verificar o nível de probabilidade de punição³³⁶.

De qualquer forma, tendo sido assinado o acordo, observam-se duas categorias de obrigações no que tange aos incentivos para o seu cumprimento:

A primeira é composta por aquelas cujo descumprimento é facilmente detectável pelo CADE, incluindo fazer a contribuição, reconhecer a participação na conduta, e entregar relatórios e informações, de forma que as multas, embora relativamente baixas, tendem a ser suficientes para garantir o seu cumprimento. Já em um segundo grupo estão as obrigações de difícil detecção pelo CADE, em especial a não continuidade do ilícito, obrigação essa que exige multas maiores para fazer com que o agente racional tenda a cumprir o acordado³³⁷.

Durante a vigência do TCC, a continuidade da conduta é menos provável, não porque não seja lucrativo, mas porque pode compensar esperar o seu término, dado que a empresa se sujeitaria a menores sanções. Contudo, após o término da vigência do acordo, os incentivos para a reincidência são significativos, dada a lucratividade que tende a ser obtida com a prática de cartel. É também válido salientar que os estudos econômicos sobre os acordos em processos administrativos, ou mesmo sobre punições, estão muito defasados em relação aos

³³⁵ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 114

³³⁶ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 114-115.

³³⁷ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 115.

estudos sobre os mercados. Para estes últimos, há vasta literatura da ciência econômica, e o CADE despende bastante tempo e recursos em sua análise. Já a fixação da pena é deixada em segundo plano, seja na condenação, seja em acordos. O problema é que os ganhos sociais de uma boa decisão quanto à ocorrência ou não de uma infração podem ficar bastante comprometidos no caso de falha na fixação dos custos impostos aos infratores. Com isso, fica a proposta para um aprofundamento do tema, incluindo o uso de instrumentos avançados, como a Teoria dos Jogos. O custo de aprendizagem pode ser relativamente alto, mas os benefícios que se seguem tendem a compensá-los³³⁸.

Diversos são os benefícios da colaboração para o Autoridade Concorrencial na negociação de Termos de Compromisso de Cessação de Conduta, dentre os quais destacamos:

Obtenção de informações e documentos que auxiliam na instrução;
confere alavancagem investigativa;
colaboração de modo amplo – por exemplo, colaboradores são ouvidos em oitivas e prestam esclarecimentos adicionais; economia processual;

De igual modo, os existem benefícios para que Agente Econômico que se torne um Compromissário do Termo:

Diminuição do risco de judicialização,
desconto que pode ser de até 50%, possibilidade de trazer preocupações e aspectos sobre a proporcionalidade da base de cálculo da multa esperada;
negociação das condições de pagamento;
sinalização positiva para negociar com outros órgãos (MP, CGU, TCU...)
Aspectos reputacionais.

O Art. 85 da Lei de Defesa da Concorrência estabelece o Compromisso da Cessação de Conduta Anticompetitiva e será melhor analisado no próximo subitem.

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

³³⁸ BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. Op. cit. p. 115.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

§ 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§ 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§ 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.

§ 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos.

§ 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

§ 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.

O artigo 85 da Lei nº 12.529/11, em seu parágrafo §1º, estabelece os requisitos mínimos que deverão constar do TCC, a saber:

- (i) a especificação das obrigações do Representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como, obrigações que julgar cabíveis;
- (ii) fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) quando cabível; e
- (iii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas.

Já o §2º do mesmo artigo especifica as hipóteses cabíveis de exigência de contribuição pecuniária e que, por esse motivo, torna-se requisito obrigatório do termo, determinando, ainda, que o valor da referida contribuição não poderá ser inferior às penas mínimas previstas no artigo 37 da Lei.

A suposta conduta ora investigada enquadra-se no artigo 36, incisos I a IV c/c §3º, inciso I, alíneas "a", "b" e "c", e inciso II da Lei nº 12.259/11:

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
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

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 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;

(...)

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

Outro requisito a ser observado é o **estabelecido pelo artigo 185 do RI-Cade:**

Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário³³⁹.

O artigo 186 também traz disposição aplicável ao caso em análise:

Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, nos termos do Art. 181, §4º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual.³⁴⁰

Uma das grandes preocupações doutrinárias da negociação realizada no Termos de Compromisso de Cessação de Conduta pelo CADE é a ausência imediata de imunidade penal para o TCC, a qual pode servir de fonte de conflito entre as pessoas jurídicas e físicas envolvidas e poderá também gerar uma maior judicialização das decisões do CADE. Existe uma série de questões de natureza constitucional e legal que podem ser suscitadas em virtude da atual regulamentação do TCC.³⁴¹

No artigo A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil, Bottini, Souza e Delosso destacam que o TCC surgiu como instrumento conciliador, através do qual a cessação da suposta prática ilícita, ainda sujeita à investigação e ao devido processo legal, seria suficiente para encerrar o dispêndio de gastos públicos com o processo, bem como evitava a responsabilização do transator. Em virtude da inserção do acordo de leniência e da prática, o TCC foi afastado de sua origem, notadamente para os casos de colusão entre concorrentes. Destaca-se que foram inseridas exigências de

³³⁹ CADE. **Regimento Interno do CADE.** Disponível: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/RICADE%20atual..pdf>>. Acesso em: 9 de ago. 2023.

³⁴⁰ CADE. **Regimento Interno do CADE.** Disponível: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/RICADE%20atual..pdf>>. Acesso em: 9 de ago. 2023.

³⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglez de; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. Op. cit.

reconhecimento de culpa e de cooperação com a instrução que elevaram o custo dos acordos para os administrados. Os autores propõem então que haja alteração legislativa para que se garanta a imunidade penal para os signatários dos TCCs. Segundo os autores, a elevação das penas aplicadas pelo CADE em casos de cartel e o fato de que a leniência garante também a imunidade quanto à multa administrativa, são incentivos suficientes para garantir a atratividade da leniência³⁴².

Por essa razão, a imunidade penal para o TCC, prevista em norma, também servirá para afastar, pelo menos, o interesse de questionar posto que ausente estará o prejuízo. Enquanto não for alterada a legislação para se prever a imunidade penal para as partes do TCC, entende-se que o CADE deverá, na medida do possível, buscar equiparar o TCC à delação premiada. Dessa forma, os eventuais interessados poderão reduzir sua exposição à responsabilidade penal³⁴³.

Ana Paula Martinez compartilha da preocupação relacionada à interface entre o Programa de Leniência e o Termo de Cessação de Conduta (TCC), ferramenta de combate aos cartéis regulamentada no Brasil desde 2007 e que também existe em outras jurisdições. Segundo o CADE (2015), o TCC pode ser assinado por qualquer membro de um cartel e prevê benefícios na esfera administrativa, ou seja, não há imunidade criminal. O membro deve cessar a prática anticompetitiva, confessar o crime e colaborar com as investigações, sendo que em troca pode obter uma redução da multa esperada de 30% a 50% caso seja o primeiro proponente, 25% a 40% caso seja o segundo e 25% se for o terceiro ou adiante. Martinez (2015) ressalta: se os incentivos para o TCC forem muito altos, os membros de um cartel podem utilizar o TCC ao invés do acordo de leniência, o que resultaria em um efeito negativo ao Programa de Leniência. O que pode ocorrer (e de fato ocorre) é uma firma assinar o acordo de leniência, denunciar o cartel e os demais membros assinarem o TCC, o que funcionaria como uma forma de leniência mais amena para os demais envolvidos como ocorre na UE. Apesar deste fato contribuir com a redução dos custos de investigação e acusação, pode

³⁴² BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglez de; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. Op. cit.

³⁴³ BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglez de; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. Op. cit.

também alterar todo um mecanismo de incentivos de modo que a cartelização seja facilitada. Os membros de um cartel, sabendo que tem este dispositivo para reduzir as multas possíveis, podem ter as expectativas de lucros do cartel ampliadas.³⁴⁴

No entanto, em relação aos eventuais reflexos criminais, não abarcados pela Assinatura do Acordo de Leniência como à imunidade criminal, Sant'ana, Souza e Alves em artigo publicado na Revista Brasileira de Defesa da Concorrência afirmam a possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta no Cade³⁴⁵, analisaram acordos específicos firmados com o Cade em junho de 2021, conjuntamente com o Ministério Público do Rio Grande do Sul, por meio de celebração de ANPPs.

Como resultado da análise, verificaram que, através da atuação conjunta da Autoridade Concorrencial com o Ministério Público, em especial na celebração dos TCCs negociados pela Superintendência-Geral no caso de cartel específico, foi concedida a extinção da punibilidade criminal para as pessoas físicas signatárias. Assim concluíram que a celebração conjunta do TCC com o Cade e do ANPP com o Ministério Público traz efetividade para o sistema de acordos de colaboração premiada do CADE, bem como aprimoramento à política de repressão a cartéis no Brasil.

Assim sendo, o TCC pode ser uma medida para solução do litígio concorrencial não somente na esfera administrativa, mas também junto ao promotor natural e do juízo natural do caso, desde que o TCC seja negociando em conjunto com a Ação de Não Persecução Penal.

³⁴⁴ MARTINEZ, A. P. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. *Journal of European Law and Practice*. V. 6, Nº 4, p. 260-267. 2015.

³⁴⁵ SANT'ANA, R. M.; SOUZA, Alexandre Barreto de.; ALVES, Waldir. . A possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta no Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 109-125, 2022. DOI: 10.52896/rdc.v10i1.996. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/996>>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

Além da questão criminal, o Guia de Negociação de Termos de Compromissos do CADE estabelece a possibilidade de desconto na multa pecuniária.

O Cade lista algumas hipóteses exemplificativas de atenuantes em casos de cartel clássico que podem reduzir o percentual na alíquota até o mínimo considerado razoável pelo Cade para casos de cartel clássico (em regra 12%):

A Existência de programa de compliance que tenha relação direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada Situação econômica do infrator Capacidade financeira comprometida e comprovada³⁴⁶.

Apesar da Existência de programa de compliance que tenha relação direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada no Guia de TCC, Caroline Saito, em artigo publicado na Revista Brasileira de Defesa da Concorrência em fevereiro de 2021, demonstrou não ser frequente a utilização de cláusula de compliance em TCCs, tendo em vista que apenas 6% dos Requerimentos possuem cláusula de compliance no sentido de (i) iniciar o programa na empresa compromissária (11 Requerimentos), (ii) manter programa de compliance já existente (2 Requerimentos), ou (iii) adotar programa de integridade concorrencial (6 Requerimentos)³⁴⁷.

No entanto, conforme estudar-se-á a seguir, o número de cláusulas de compliance em julgados do cade aumentou significativamente após o lançamento do guia de compliance e do guia de tcc do cade.

A seguir, serão abordadas as fases processuais que legitimam a propositura de TCC e análise da autoridade concorrencial.

No limite, em função do aumento da quantidade de contribuições arrecadadas via formalização de TCCs com a autoridade concorrencial brasileira,

³⁴⁶ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-Atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 19.

³⁴⁷ SAITO, Caroline. **TCC na Lei 11.529/11**. Fev/2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em: 4 de maio de 2023. P. 59.

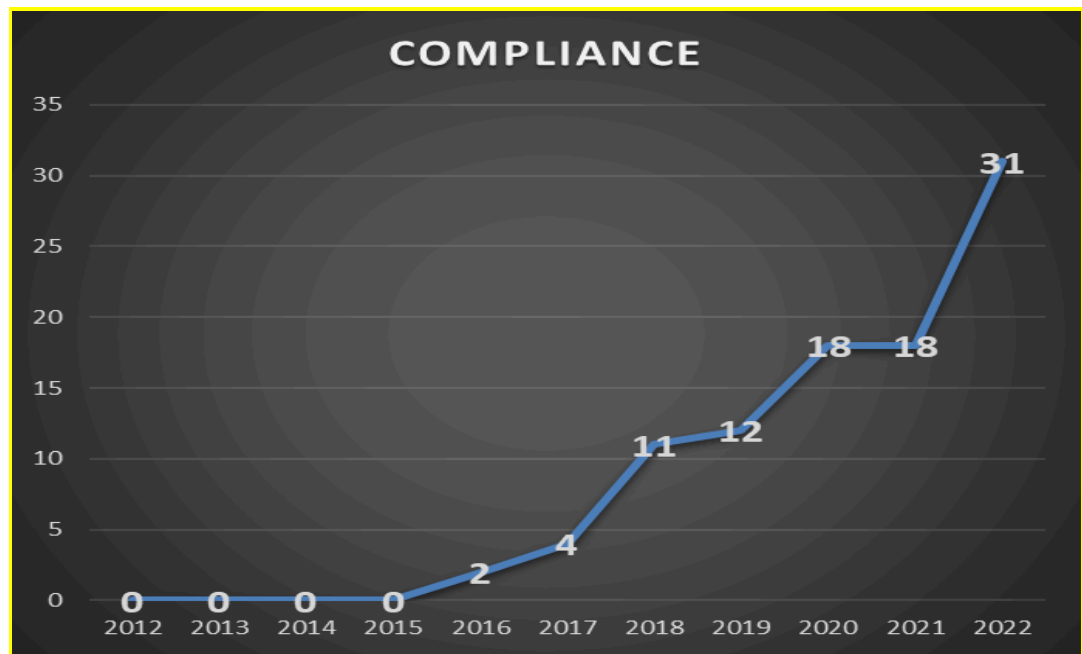
o que se tem é um aumento da atratividade de programas de compliance como forma de remediar custos progressivamente mais altos do não compliance. O crescimento vertiginoso das contribuições pecuniárias recolhidas em sede de TCC (além do número relativo de termos homologados, como indicado acima) demonstra que o instrumento tem sido objeto de uso cada vez maior por parte de agentes privados, o que comprova o alto valor do benefício de um programa de compliance para a finalidade de redução de multas/contingências.

TABELA 4 - CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA E TCC's JULGADOS POR ANO

ANO	Nº de TCC's Julgados	Contribuição Pecuniária
2023	Sem dados	
2022	38	R\$ 724.168.386,75
2021	9	R\$ 58.778.997,10
2020	18	R\$ 140.906.041,96
2019	21	R\$ 167.596.654,08
2018	60	R\$ 537.735.276,69
2017	75	R\$ 845.772.485,87
2016	61	R\$ 798.943.416,92
2015	62	R\$ 464.955.618,41
TOTAL	332	R\$ 3.738.856.877,78
Sem dados para 2012,2013.2014		

Durante o 28º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência realizado em Águas de São Pedro, São Paulo, Andrea Lucia Freire do Nascimento apresentou a palestra: “CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA EM TCC EM CASOS DE CARTEL: Onde estamos?”, sinalizando que a análise dos Programas de Compliance aumentou em negociações de TCC em casos de cartel.

Gráfico 1. Número de Cláusulas de Compliance em Termos de Compromisso de Cessação de Conduta.



FONTE: VERÍSSIMO, Marcos Paulo, NOVIS, Maria Eugenia; CARVALHO. Ana Carolina Lopes de. Machado Meyer Advogados. Contribuição pecuniária em TCC em casos de cartel: Onde estamos? **28.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência**. Disponível em: <https://ibrac.org.br/inscricao_evento.htm/evento/057057058>. Acesso em: 4 de jul. 2023.

Realizadas essas considerações acerca do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, passa-se ao estudo das fases processuais das investigações e processos no CADE.

2.4 As etapas para proposição e Negociação do TCC.

Conforme abordado no primeiro tópico deste capítulo, são três os estágios processuais de atuação do CADE, vale dizer que é possível a proposição e negociação de TCC nos três estágios já estudados. Nesse sentido, é importante apresentarmos a diferença entre os estágios processuais do Processo Administrativo Concorrencial Sancionador e as etapas de investigações dos procedimentos analisados pela autoridade concorrencial.

Em consonância com as melhores práticas internacionais e especialmente inspirado nas categorias de acesso definidas na Diretiva 2014 UE, porém adaptados à realidade e à legislação brasileira, Amanda Athayde³⁴⁸ propõe a definição de três fases processuais nas investigações do Cade, nas quais as regras de acesso se diferenciam em: (Fase I) negociação e celebração dos acordos; (Fase II) instrução; e (Fase III) decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade.

Na primeira fase, propôs-se a manutenção da regra do sigilo total da proposta de Acordo de Leniência, dos anexos ao acordo e de quaisquer documentos apresentados pelo beneficiário da leniência, tal como a proposta de TCC, os termos do acordo, do andamento processual e de todo processo de negociação. Vale ressaltar que a manutenção do sigilo é da essência dessa fase, sob pena de frustrar, preliminarmente, a tentativa de cooperação com a autoridade antitruste³⁴⁹.

Essa fase operacionaliza-se, basicamente, em três etapas, a saber:

Na primeira etapa, as empresas e/ou pessoas físicas participantes de conduta anticompetitiva buscam o Cade para relatar uma infração da qual participaram, concordando em confessar essa participação e em oferecer colaboração nas investigações. Na segunda etapa, o signatário de leniência ou o compromissário de TCC apresenta informações e documentos capazes de comprovar a infração noticiada ou sob investigação. Na terceira e última etapa, em havendo colaboração e preenchimento dos requisitos legais pelo signatário e/ou compromissário, o Cade homologa os termos do acordo e realiza o contato com o Ministério Público, tendo em vista as repercussões

³⁴⁸ ATAIDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, tcc e persecução privada a cartéis: too much of a good thing? **REVISTA DO IBRAC** Volume 22 - Número 2 - 2016 108. Disponível em: <<https://ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista22n2.pdf>>.p 106.

³⁴⁹ ATAIDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Op. cit. p. 106.

criminais decorrentes da celebração de Acordos de Leniência e TCC³⁵⁰.

Na fase de negociação e celebração dos acordos com a Superintendência-Geral e com o Tribunal do Cade, há previsão na Lei nº 12.529/2011 e no Ricade sobre o sigilo da proposta de Acordo de Leniência, de seus anexos e de quaisquer documentos apresentados pelo signatário do Acordo. Registra-se que também há previsão legal e regimental que assegura o caráter confidencial da proposta de TCC, dos termos desse acordo, seu andamento processual e processo de negociação³⁵¹.

Nesse sentido, o Guia do Programa de Leniência e o Guia de TCC destacam que o Cade não divulgará as informações e os documentos recebidos durante a fase de negociação de acordos, ficando seu acesso restrito aos proponentes, aos advogados e aos servidores do Cade que participarem do processo de negociação. Assim, é vedada também a divulgação ou o compartilhamento dos materiais de leniência e de TCC com outras pessoas físicas, jurídicas ou entes de outras jurisdições, sob pena das sanções administrativas e penais cabíveis³⁵².

Essa proteção dos acordos na fase de negociação e celebração faz parte de toda a lógica prevista na Lei nº 12.529, de 2011, pois, em caso de rejeição ou desistência da proposta de leniência ou de TCC, todas as informações e documentos recebidos pelo Cade devem ser devolvidos ao proponente, restando sob sigilo todas as informações prestadas. Assim, eventual divulgação de material de leniência ou de TCC anteriormente à assinatura do acordo, além de ilegal, estaria prejudicada caso houvesse rejeição ou desistência da proposta³⁵³.

³⁵⁰ CADE. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 16 de jun, 2023.

³⁵¹ CADE. Op. cit.

³⁵² CADE. Op. cit.

³⁵³ CADE. Op. cit.

Ressalta-se também que o tratamento sigiloso e confidencial conferido a essa fase está em consonância com as melhores práticas internacionais. A manutenção do sigilo é da própria essência da fase de negociações, e sua ausência pode frustrar, preliminarmente, a tentativa de cooperação entre o signatário/compromissário e a autoridade de defesa da concorrência³⁵⁴.

Tendo sido celebrado o Acordo de Leniência e iniciada a instrução processual, inicia-se a Fase II, na qual já podem ser disponibilizadas versões públicas de Notas Técnicas, mas para preservar possíveis medidas investigativas, como uma eventual medida de busca e apreensão, todos os documentos e informações oriundos do Acordo de Leniência e TCC são, via de regra, mantidos em apartado de acesso restrito, nos termos dos arts. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012³⁵⁵.

Esse tratamento igualmente é mantido quando o caso é remetido pela SG para decisão pelo Tribunal do Cade, dado que o posicionamento da SG não é vinculante e o Conselheiro-Relator ainda pode realizar instrução complementar, de acordo com o art. 11 da Lei no 12.529, de 2011, caracterizando-se instrução processual, de modo a exigir os mesmos cuidados³⁵⁶.

Destaca-se então que uma vez celebrado o Acordo de Leniência, inicia-se a fase de investigação da conduta anticompetitiva, período de instrução do procedimento investigativo pela SG/Cade que pode ocorrer via Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo (PPIA), Inquérito Administrativo (IA) e/ou Processo Administrativo (PA). No caso de Procedimento Preparatório ou Inquérito Administrativo, as investigações podem ser sigilosas, de modo que sequer os investigados têm conhecimento de que constam nessa posição. Durante essa fase, todo o material do Acordo de Leniência (Acordo de Leniência assinado, aditivos celebrados, Histórico da Conduta, apêndice de prova documental e

³⁵⁴ CADE. Op. cit.

³⁵⁵ ATAIDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Op. cit. p. 107.

³⁵⁶ ATAIDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Op. cit. p. 107.

demais anexos) é mantido em sigilo, justamente para preservar possíveis medidas investigativas, tais como uma eventual busca e apreensão ³⁵⁷.

Por sua vez, quando da instauração do Processo Administrativo, deve ser sempre disponibilizada uma versão pública de Nota Técnica, na qual o nome das pessoas jurídicas e físicas participantes da conduta anticompetitiva deve ser mencionado. Nessa Nota Técnica pública deverá constar a identificação do mercado investigado, o período provável da conduta, as empresas envolvidas e, quando possível, os clientes potencialmente afetados. Via de regra, o signatário do Acordo de Leniência não deverá ser identificado como tal na Nota Técnica de instauração do Processo Administrativo para garantir o sigilo de sua identidade ao longo da instrução processual. Durante esse período, eventual celebração de TCC é pública, sendo a identidade do compromissário publicizada quando da homologação do acordo pelo Plenário do Tribunal³⁵⁸..

De todo modo, os documentos e informações oriundos de Acordos de Leniência (Acordo de Leniência assinado, aditivos celebrados, Histórico da Conduta, apêndice de prova documental e demais anexos) e de TCC (Termo de Compromisso Confidencial, aditivos, Histórico da Conduta, apêndice de prova documental e demais anexos) deverão ser mantidos em apartado de acesso restrito, conforme os art. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52, 53 e 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012³⁵⁹.

O art. 44, §2º da Lei nº 12.529, de 2011, dispõe que regulamento definirá o procedimento para que uma informação seja tida como sigilosa no âmbito do Cade. Já o art. 49 prevê a possibilidade de se assegurar sigilo de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou

³⁵⁷ CADE. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 16 de jun, 2023.

³⁵⁸ CADE. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 16 de jun, 2023.

³⁵⁹ CADE. Op. cit.

exigidos pelo interesse da sociedade. No Ricade, as hipóteses de sigilo e acesso restrito estão previstas nos arts. 52 a 54. E de acordo com a LAI (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011 e Decreto nº 7.724/2012), há que se garantir a confidencialidade das atividades de inteligência, das informações que possam representar vantagem competitiva, bem como de investigações em andamento relacionadas à repressão de infrações, o que se adequa à fase investigativa conduzida pela SG/Cade³⁶⁰.

No que diz respeito aos documentos e informações oriundos de busca e apreensão, esses também deverão ser mantidos em apartado de acesso restrito, conforme os termos da decisão judicial que deferiu sua realização, e conforme critério de conveniência e oportunidade³⁶¹.

O apartado de acesso restrito ficará acessível aos representados no respectivo Processo Administrativo, e tal acesso deverá ser concedido estritamente para fins do exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, sendo vedada sua utilização em outras esferas e/ou sua divulgação ou compartilhamento com terceiros, no Brasil ou no exterior³⁶².

Entende-se que a proteção conferida às informações e aos documentos na fase de investigação da conduta anticompetitiva está em consonância com as melhores práticas internacionais. Nos Estados Unidos, os tribunais, em regra, não têm acesso às informações e documentos obtidos no âmbito de um Acordo de Leniência e *plea agreements* se a investigação criminal conduzida pelo DOJ ainda estiver em curso. Na fase inicial do processo, na qual o DOJ busca elementos probatórios suficientes para, posteriormente, requerer a condenação criminal do autor do cartel no Judiciário, há o dever de sigilo estrito (*secrecy*) no âmbito do *grand jury*. Aplicam-se também as regras de confidencialidade previstas no FOIA acerca do sigilo do informante e do sigilo investigativo. Ainda, para fazer valer a proteção dos materiais de leniência até que o DOJ encerre suas investigações, essa agência federal pode fazer uso do instrumento chamado *discovery stay*, consistente

³⁶⁰ CADE. Op. cit.

³⁶¹ CADE. Op. cit.

³⁶² CADE. Op. cit.

em pedido de suspensão do acesso às informações e documentos até que se concluam os procedimentos investigativos. Por se tratar apenas de postergar o momento em que os autores da ação civil terão acesso aos documentos, os tribunais tendem a acatar os pedidos de *stay* do DOJ e determinar o acesso aos materiais de leniência apenas quando encerradas as investigações³⁶³.

Ademais, a Diretiva 2014 da União Europeia estabelece que apenas após a decisão final da autoridade concorrencial será dado acesso a uma determinada categoria de documentos (“*grey list*”), que são divulgáveis, apenas mediante ordem judicial, após a autoridade competente ter proferido decisão final sobre o caso. Consistem em documentos preparados no âmbito das investigações, tais como respostas aos pedidos de informação, *statements of objections* e análises preliminares. Por sua vez, a autoridade antitruste holandesa opõe resistência ao pedido de fornecimento de provas colhidas durante seu processo investigatório, especialmente se o caso envolver Acordo de Leniência, de modo a preservar a efetividade das suas investigações³⁶⁴.

Na Austrália, por sua vez, a ACCC pode alegar violação ao interesse público, dentre outros argumentos, para afastar ordem judicial de acesso a materiais de leniência a qualquer tempo. O *Competition Bureau* do Canadá também tem se oposto a divulgar quaisquer documentos de leniência enquanto houver investigação em curso. Por fim, a autoridade de defesa da concorrência na Suécia apenas concede acesso no âmbito da ação privada de ressarcimento uma vez encerradas as investigações da autoridade, sujeito, também a regras de confidencialidade específicas³⁶⁵.

Uma vez publicada a Nota Técnica final da Superintendência-Geral do Cade, na qual é emitida posição final acerca do Processo Administrativo, o caso é remetido para decisão pelo Tribunal do Cade³⁶⁶.

³⁶³ CADE. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 16 de jun, 2023.

³⁶⁴ CADE. Op. cit.

³⁶⁵ CADE. Op. cit.

³⁶⁶ CADE. Op. cit.

A Nota Técnica final da SG/Cade tem caráter opinativo e não vinculante. Se a Superintendência entender pela existência de infração à ordem econômica, opinará pela condenação das empresas e/ou pessoas físicas no Processo Administrativo, que contará com um conjunto probatório robusto a fim de aferir a participação de cada um na conduta anticompetitiva. O Conselheiro-Relator, por sua vez, ainda pode requisitar informações, documentos e diligências, solicitar a produção de provas, determinar a elaboração de pareceres, etc. (cf. art. 11 da Lei nº 12.529, de 2011), consubstanciando atividade de instrução a fim de formar o seu entendimento a respeito da conduta anticompetitiva sob investigação. Assim, diante da possibilidade de realização de instrução complementar pelo Conselheiro-Relator, ainda há investigação em curso quando o Processo Administrativo se encontra pendente de julgamento pelo Tribunal do Cade, de modo a exigir as mesmas cautelas em termos de sigilo da fase anterior. Essa cautela se justifica, portanto, nos arts. 11, 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012³⁶⁷.

Também se justifica a manutenção da confidencialidade nessa fase ante a possibilidade de que, concomitantemente ao Processo Administrativo original encaminhado ao Tribunal do Cade, ainda estejam em instrução na Superintendência-Geral outros processos administrativos subsequentes (i.e., os processos “filhotes”, tais como aqueles instaurados para investigar pessoas físicas estrangeiras de difícil notificação internacional). Logo, permitir a divulgação dessas informações antes do julgamento final pelo Plenário do Cade pode prejudicar as investigações conexas que se encontram em curso na Superintendência-Geral ³⁶⁸.

Vale notar, a nosso ver, que a entrega do relatório circunstanciado pela SG/Cade ao Tribunal não pode ser comparada ao oferecimento de denúncia na

³⁶⁷ CADE. Op. cit.

³⁶⁸ CADE. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 16 de jun, 2023.

seara criminal, tal como sugerido pela decisão do STJ no caso do “cartel dos compressores”. Na referida decisão, foi traçado um paralelo entre a colaboração premiada e o término do sigilo dos documentos, a exemplo do que ocorre no âmbito da Lei nº 12.850, de 2013. *Data venia*, não se pode comparar o Cade, órgão da Administração Pública Federal, com entidades com personalidade jurídica própria, como é o caso do Ministério Público. Parece-nos mais apropriado comparar a denúncia com o julgamento do Tribunal administrativo, por representar, tal como no Ministério Público, a palavra final da Autarquia sobre a existência ou não do ilícito, a qual ainda será analisada em controle posterior pelo Poder Judiciário³⁶⁹.

Além disso, considerando que, atualmente, o tempo médio no qual um Processo Administrativo permanece pendente para julgamento no Tribunal do Cade é de 1 (um) ano e meio entre a distribuição ao Conselheiro-Relator e o julgamento pelo Plenário, suspender o acesso a documentos ainda durante essa fase é uma cautela proporcional, cujo objetivo é resguardar a atratividade dos programas de Leniência e de TCC no Brasil³⁷⁰.

Aqui também, a exemplo do que ocorre nas fases anteriores, a proteção conferida aos documentos e informações está em consonância com as melhores práticas internacionais, já que ainda há investigação em curso e não há decisão final sobre a participação ou não de todas as empresas e/ou pessoas físicas investigadas, o que permite a não exposição antecipada daqueles que colaboraram com a autoridade antitruste³⁷¹.

A Fase III, por sua vez, inicia-se após o julgamento e a publicação da decisão do Plenário do Tribunal do Cade no DOU. Tal como visto pelos julgamentos mais recentes do Cade, propõe-se que seja disponibilizado, nos autos públicos do processo, o voto do Conselheiro-Relator e os demais votos-vogais, se houver. Tal(is) voto(s) conterà(ão) o detalhamento da conduta anticompetitiva sob julgamento e a transcrição de documentos e informações considerados relevantes

³⁶⁹ CADE. Op. cit.

³⁷⁰ CADE. Op. cit.

³⁷¹ CADE. Op. cit.

para a formação do entendimento sobre a conduta julgada, ainda que tais documentos e informações sejam oriundos de Acordo de Leniência, TCC e busca e apreensão. Em regra, é nesse momento que é tornada pública a identidade dos signatários do Acordo de Leniência (art. 207, Ricade)³⁷².

Novamente, ressalte-se o alinhamento dessa conduta com as melhores práticas internacionais. Conforme definido pela Diretiva de 2014 da Comissão Europeia, apenas após a autoridade da concorrência ter proferido decisão final sobre o caso proveniente de leniência é que os documentos preparados no âmbito da investigação poderão ser requeridos por meio de ordem judicial para utilização em ações civis (“*grey list*”). E isso porque, antes da decisão final da autoridade de defesa da concorrência competente, a requisição de acesso pelo Poder Judiciário pode acabar prejudicando o *enforcement* público. Proteção semelhante se verifica em diversas jurisdições, tais como Holanda, Austrália, Canadá, e Suécia, nas quais os materiais da leniência não são, em regra, divulgados para embasar ações civis antes do julgamento do caso pela autoridade antitruste³⁷³.

Superada a questão do momento em que o acesso será conferido (i.e., o “quando”), resta delimitar o conteúdo e as partes a quem tal acesso será disponibilizado (i.e., “o que” e “a quem”). Como a experiência do Tribunal do Cade é recente no julgamento de processos administrativos envolvendo Acordos de Leniência, propõe-se a criação de pelo menos dois apartados de acesso restrito para disciplinar o acesso subsequente à decisão final aos documentos e informações oriundos de Acordos de Leniência, TCC e buscas e apreensões³⁷⁴.

Propõe-se que o primeiro apartado contenha documentos e informações que poderão ser disponibilizados aos autores de ações de reparação, para uso exclusivo no âmbito de tais ações, mediante expressa determinação legal, decisão judicial específica, autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC (com a anuência do Cade), ou cooperação jurídica

³⁷² CADE. Op. cit.

³⁷³ CADE. Op. cit.

³⁷⁴ CADE. Op. cit.

internacional. Os documentos a serem inseridos neste apartado de acesso restrito são:

I – a íntegra dos documentos e informações que foram citados nos votos dos Conselheiros para formação do entendimento do Plenário, ainda que tais documentos e informações sejam oriundos de Acordo de Leniência, TCC e busca e apreensão; e/ou II – a íntegra dos demais documentos e informações que evidenciem a conduta anticompetitiva e nos quais partes potencialmente lesadas pela conduta sejam citadas, ainda que tais documentos e informações sejam oriundos de Acordos de Leniência, TCC e buscas e apreensões³⁷⁵.

Por sua vez, propõe-se que o segundo apartado contenha documentos e informações que não poderão ser disponibilizados, pois põem em risco a condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527, de 2011), as atividades de inteligência (arts. 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011) e a efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade. Os documentos a serem inseridos neste apartado de acesso restrito são:

I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-incriminatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC; e/ou II – os documentos e informações: a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011; b) que constituam segredo industrial (art. 22 da Lei nº 12.527/2011); c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012); d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I do Decreto nº 7.724/2012); e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 52, 53 e 54 do Regimento Interno do Cade³⁷⁶.

Destaca-se que a manutenção da confidencialidade dos documentos e informações desse segundo apartado estão em linha com a experiência internacional. A Diretiva 2014 da União Europeia menciona que excluir as declarações de leniência e demais propostas de acordo de caráter voluntário e auto-incriminatório dos elementos de prova objetiva visa a assegurar que as

³⁷⁵ CADE. Op. cit.

³⁷⁶ CADE. Op. cit.

empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de leniência ou propostas de acordo. Tal entendimento também se coaduna com a experiência da Alemanha, já que o *Bundeskartellamt*, ao ser solicitado para disponibilizar informações e documentos oriundos de leniência para embasar ações civis de ressarcimento, tradicionalmente, disponibiliza apenas: (i) cópia da versão pública da decisão final (a autoridade da concorrência alemã normalmente não publica suas decisões); e (ii) lista de evidências disponíveis à autoridade da concorrência. O *Bundeskartellamt*, em regra, não confere acesso aos documentos de leniência.

Por fim, quanto ao destinatário do acesso (i.e., “a quem”), propõe-se que os documentos do primeiro apartado sejam acessíveis apenas ao autor da ação privada de ressarcimento por danos concorrenciais a quem o Judiciário deferiu o pedido de acesso. Essa parte não poderá repassar esses documentos a terceiros ou utilizá-los para outros fins, especialmente para outras jurisdições, sob pena de descumprimento da ordem judicial. Isso porque, se as partes que tiverem acesso aos documentos confidenciais não tiverem a obrigação de sigilo estrito e puderem repassar tais documentos a terceiros, o Brasil se tornará o canal de acesso a documentos de Acordos de Leniência e TCC no âmbito de ações de reparação de danos concorrenciais no restante do mundo, em sério prejuízo à atratividade do Programa de Leniência e de TCC do Cade. Vale notar que, nos Estados Unidos, as partes podem inclusive ajuizar pedido de proteção das evidências de modo a restringir quem pode ter acesso às informações e documentos prestados (“*protective order*”). Por exemplo, no caso da Air Cargo (2010), os autores da ARDC foram proibidos de compartilhar os materiais de leniência com terceiros³⁷⁷.

Ademais, propõe-se que o Cade sinalize, em termos de *advocacy*, que na análise do caso concreto, o juiz cível deverá se nortear por uma série de fatores, tais como:

I – a legitimidade do requerente; II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento; III – a razoabilidade e a

³⁷⁷ CADE. Op. cit.

proporcionalidade do requerimento; IV – a fase processual da investigação no Cade; V – a manutenção do nível de confidencialidade pelo requerente; VI – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador; VII – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; VIII – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica; e IX – a existência de informações protegidas por segredo de empresa, segredo de justiça ou qualquer outro tipo de informação confidencial³⁷⁸.

Tais fatores estão em consonância com a experiência da ACCC na Austrália, país em que a autoridade antitruste pode negar o pedido de acesso a materiais de leniência ponderando elementos como: (i) o caráter confidencial da forma como a informação foi fornecida; (ii) a relação com outros países; (iii) a necessidade de se evitar prejuízos à política nacional e internacional de combate a cartéis; (iv) a proteção do informante; (v) o risco da divulgação prejudicar o programa de leniência no futuro; e (vi) a razoabilidade e os legítimos interesses do requerente da informação³⁷⁹.

Ainda, segundo os critérios estabelecidos pelo art. 5º da Diretiva 2014 da União Europeia, ao avaliarem um pedido de acesso a materiais de prova, os tribunais devem dispor de medidas eficazes para proteger as informações confidenciais e devem levar em conta, por exemplo: (i) a medida em que o pedido de indenização é fundamentado em fatos e elementos de prova que justificam o pedido de divulgação desses mesmos elementos; (ii) o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados; (iii) se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros, e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais³⁸⁰.

Abaixo, segue Quadro-Resumo de Propostas Regulamentares sobre a Articulação entre as Perseguições Públicas e Privada a Condutas Anticompetitivas elaboradas por membros do CADE:

³⁷⁸ CADE. Op. cit.

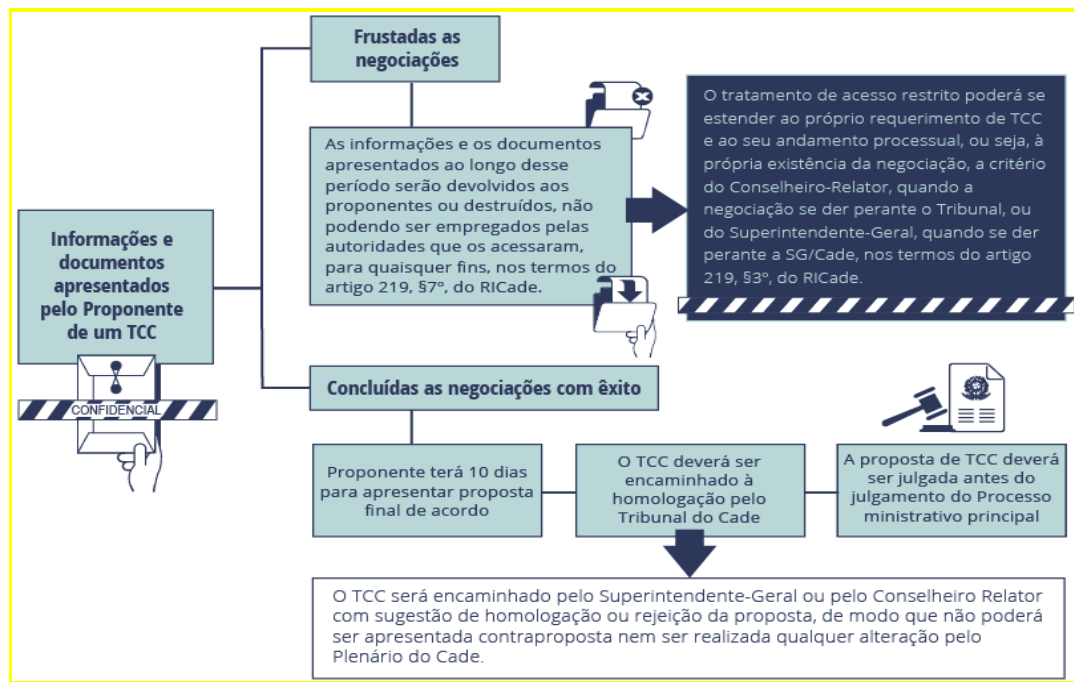
³⁷⁹ CADE. Op. cit.

³⁸⁰ CADE. Op. cit.

BRASIL	
QUADRO-RESUMO DE PROPOSTAS REGULAMENTARES	
SOBRE A ARTICULAÇÃO ENTRE AS PERSECUÇÕES PÚBLICA E PRIVADA A CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS	
(a) Sobre o acesso a documentos e informações oriundos de Acordos de Leniência	
Geral	
ATUAL	PROPOSTAS
<ul style="list-style-type: none"> • Constituição Federal de 1988: publicidade dos atos processuais, exceto intimidade e interesse público (art. 93, IX c/ç art. 5º, LV); • LAI: publicidade dos atos administrativos. Exceções: informações que representam vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012, que regulamenta a LAI); e possibilidade de comprometer investigações relacionadas com a repressão de infrações (art. 23, VIII); • LDC: art. 44. 	<p>Nova Resolução do Cade.</p>
Fase de negociação e celebração dos acordos	
ATUAL	PROPOSTAS
<ul style="list-style-type: none"> • LDC: sigilo da proposta de acordo de leniência (art. 86, §9º) e possibilidade de caráter confidencial da proposta de TCC (art. 85, §5º); • <u>Ricade</u>: sigilo da proposta, dos anexos, e quaisquer documentos apresentados pelo signatário do Acordo de Leniência (arts. 200, §1º e 207) e possibilidade de acesso restrito à proposta de TCC, andamento processual e processo de negociação (art. 179, §3º). 	<p>Em regra, durante a negociação, tudo confidencial.</p> <p>Exceções:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Waiver</u>: • Autorização do proponente com a anuência da SG/Cade.
Fase de instrução pela SG/Cade	
ATUAL	PROPOSTAS
<ul style="list-style-type: none"> • LAI: sigilo da informação que possa comprometer investigação relacionada com a repressão de infrações (art. 23, VIII) e das informações que possam representar vantagem competitiva (Decreto nº 7.724/2012); • LDC: sigilo de documentos, informações e atos processuais (art. 49 c/c 44, §2º); • <u>Ricade</u>: art. 52. 	<p>Em regra, durante o PPIA e o IA, tudo confidencial.</p> <p>Após a instauração do PA:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Divulgação de versão pública da Nota Técnica de instauração do PA e demais <u>conteúdos</u> dos autos públicos, desde que a SG/Cade entenda que não há prejuízo para as investigações ou que o conteúdo não esteja vedado por lei, regulamento, ou ordem judicial; • Representados têm acesso integral aos autos para fins de defesa (art. 207, §2º, I do <u>Ricade</u>). <p>Exceções:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Autorização do signatário da leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência da SG/Cade.

CADE. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X>. Acesso em: 16 de jun, 2023.

Quanto ao procedimento de negociação de um TCC, este fica a cargo de uma Comissão de Negociação formada por, no mínimo, três servidores do Cade. No âmbito da SG/Cade, o período de negociação deverá ser fixado por despacho do próprio Superintendente-Geral. Já quando o TCC é negociado pelo Tribunal do Cade, o processo de negociação deverá durar, no máximo, 30 dias, prorrogáveis por mais 30. Abaixo, veja o fluxo do curso de negociação do TCC com o Cade.



Fonte: ENAP. **Programa de Leniência Antitruste do CADE. Módulo 5. Acordo de Leniência Antitruste e demais instrumentos no CADE e em outras legislações.** Brasília, 2019. p. 15.

Registra-se que embora, por um lado, a quebra de confidencialidade e o acesso aos materiais de Acordos de Leniência e TCCs possa ser justificado na medida em que tais materiais poderiam embasar a pretensão indenizatória de consumidores lesados, por outro lado, pode também expor os signatários do Acordo de Leniência e os compromissários do TCC a uma situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com o Cade, enfraquecendo o enforcement público no Brasil e a própria detecção de cartéis³⁸¹.

³⁸¹ ATAIDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, tcc e persecução privada a

No que se refere à análise do momento processual de apresentação do requerimento de TCC como critério valorado na colaboração apresentada pelo(s) Compromissário(s), segundo o Cade quanto antes for apresentada a proposta de TCC, maior deverá ser o desconto a ser concedido ao proponente, porque um TCC pode reduzir significativos custos processuais, tanto para a Administração Pública como para o proponente e isso será tão mais verdade quanto mais no início das investigações ele ocorrer³⁸².

Conforme estudado, o Programa de Compliance é analisado na fase da Negociação da Multa Pecuniária, tema que será analisado no próximo tópico.

cartéis: too much of a good thing? **REVISTA DO IBRAC** Volume 22 - Número 2 - 2016 108. Disponível em: <<https://ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista22n2.pdf>>.p 99.

³⁸² CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 19.

2.5 O momento de Análise do Programa de Compliance em relação à Contribuição Pecuniária e o Desconto da Multa Esperada no momento processual.

O presente tópico tem como objetivo analisar Análise do Programa de Compliance em relação à Contribuição Pecuniária e o Desconto da Multa Esperada no momento processual.

Conforme apontado anteriormente, o pagamento de contribuição pecuniária é obrigatório no caso de celebração de TCC envolvendo a conduta de cartel. Essa contribuição pecuniária deve pautar nos seguintes pressupostos: necessidade de uma sanção proporcional em relação à conduta; necessidade de uma multa que se mostre dissuasória aos administrados e a terceiros; e necessidade de dar segurança jurídica e isonomia entre os representados.

O valor dessa contribuição é calculado a partir da aplicação de um desconto sobre a multa esperada na hipótese de condenação. Ou seja: para se chegar ao valor da contribuição pecuniária, primeiro calcula-se o valor da multa esperada para, na sequência, diminuir o valor dessa multa por meio da aplicação de um desconto que pode chegar a até 50%, a depender do momento do pedido de acordo e da qualidade da colaboração prestada para as investigações.

No TCC, o Programa de *Compliance* é analisado na fase da Negociação da Multa pecuniária quantitativo de desconto pela colaboração a ser dado para fins de cálculo contribuição pecuniária³⁸³, caso se entenda que mesmo diante da demora o acordo permanece conveniente e oportuno³⁸⁴.

Conforme se pode observar, os Termos de Compromisso de Cessação de Conduta possibilitam a análise de programas de Compliance que serão analisados no item 3.5 do próximo capítulo.

³⁸³ Registra-se que, conforme a jurisprudência do Cade e o previsto no Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, a atualização da base de cálculo da contribuição pecuniária da multa esperada pela SELIC ocorre até o requerimento.

³⁸⁴ CADE. Op. cit. p 21.

São quatro os parâmetros de cálculo³⁸⁵: (i) Identificação dos participantes da infração; (ii) Apresentação de informações sobre a infração; (iii) Apresentação de documentos que comprovam a infração; e (iv) Momento processual.

É justamente o item (IV) que analisamos neste tópico, sendo que neste item cada parâmetro comportará uma pontuação de 0 até o máximo previsto dentro do parâmetro específico, conforme o requerimento seja o primeiro, o segundo ou o terceiro (e demais).

Do ponto de vista dos investigados, para além do desconto sobre a multa esperada, interessam a possibilidade de participar da definição do cálculo da contribuição (apontando preventivamente situações de desproporcionalidade, por exemplo), além da possibilidade de delimitar mais precisamente o escopo da sua participação no âmbito da negociação. É neste momento que o **programa de compliance** pode auxiliar no desconto.

Conforme apresentado, o TCC celebrado em fases iniciais do processo, possivelmente, terá maior capacidade de auxiliar na investigação, agregando informações ainda desconhecidas ou pouco compreendidas pela autoridade e indicando melhores caminhos de instrução.

Consequentemente, a duração da investigação tenderá a ser menor³⁸⁶. Assim, considerando-se as fases processuais durante a instrução no SG/Cade, no Guia do TCC para casos de cartel, foram estabelecidas as seguintes faixas crescentes de colaboração no TCC quanto ao momento de seu requerimento:

³⁸⁵ A soma dos valores máximos em cada parâmetro corresponde à pontuação máxima prevista para cada proponente. Uma pontuação mínima corresponde ao desconto percentual mínimo previsto no RICADE para posição de cada proponente segundo a ordem de chegada; uma pontuação máxima corresponde ao desconto percentual máximo para cada proponente. Apesar de no âmbito do Tribunal do Cade não ser obrigatória a presença de colaboração na proposta de TCC, cumpre ressaltar que, a critério do conselheiro relator, a tabela abaixo também pode ser utilizada para cálculo de eventual desconto atribuído a esta obrigação nos casos em que houver colaboração em TCC negociados no Tribuna

³⁸⁶ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 19.

<p>TCC requerido antes da instauração de Processo Administrativo (“PA”):</p> <ul style="list-style-type: none"> - TCC requerido em até 3 meses contados de ações administrativas e/ou judiciais de natureza investigativa, instauração do IA, ou outra forma de conhecimento da existência de investigação pelo Representado; - TCC requerido entre o término do prazo acima e a instauração do PA.
<p>TCC requerido entre a instauração do PA e o término do prazo de defesa:</p> <ul style="list-style-type: none"> - TCC requerido antes da juntada aos autos do comprovante de notificação do Compromissário; - TCC requerido entre o término do prazo acima e o fim do prazo de defesa.
<p>TCC requerido entre o término do prazo de defesa e o despacho de apresentação de novas alegações</p> <ul style="list-style-type: none"> - TCC requerido até 6 meses do encerramento do prazo de defesa;

FONTE: CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 18.

Deve-se observar que, conforme o art. 219 do RICade, somente poderá ser requerido TCC perante a SG/Cade até o encaminhamento dos autos ao Tribunal do Cade para julgamento³⁸⁷.

Conjugando essa previsão regimental com a ideia de que um TCC somente colabora com as investigações enquanto o processo encontra-se em instrução, o Cade esclarece que não aceitará proposta de TCC na SG/Cade depois de encerrada a instrução processual e aberto o prazo para que os Representados apresentem as alegações previstas no art. 73 da Lei nº 12.529/11.

Registra-se que isso não impede, entretanto, que seja apresentado TCC no Tribunal, nos termos e condições previstos no art. 222 e 228 do RICade³⁸⁸. No entanto, o desconto será muito menor.

Quanto ao método de quantificação da colaboração para fins de definição do desconto aplicável, o principal método utilizado e os parâmetros considerados mais importantes pela autoridade para a quantificação da

³⁸⁷ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 20.

³⁸⁸ CADE. Op. cit. p. 20.

colaboração para fins de definição do desconto aplicável não exaustivos e não vinculativos.

Destacando-se que o Cade, ao quantificar a colaboração, parte do mínimo da faixa de desconto em que o Compromissário se encontra, passando em seguida a uma soma de pontos à medida que determinados parâmetros de colaboração são ou não preenchidos³⁸⁹.

Os descontos mínimos e máximos estão previstos nos artigos 226 e 227 do RICade, destacando-se que se o conjunto de elementos trazidos como colaboração pelo Compromissário seja considerado insuficiente, o Cade poderá rejeitar a proposta de TCC³⁹⁰.

Menciona-se ainda que o RICade impede que o desconto a ser concedido em um determinado TCC seja superior ao desconto já concedido em um TCC anterior já celebrado no mesmo processo, conforme determina o art. 229 do RICade, especialmente quando há intersecção entre as faixas de desconto.

Nesse sentido, o Cade apresenta, em tabela prevista nas páginas 23 e 24 do Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, o método que utiliza para a quantificação da colaboração para fins de definição do desconto aplicável no TCC³⁹¹.

A tabela indica a quantidade de pontos que deve ser atribuída ao Proponente, considerando cada parâmetro de colaboração avaliado pelo Cade e também a posição de seu requerimento de TCC:

³⁸⁹ CADE. Op. cit. p. 20.

³⁹⁰ CADE. Op. cit. p. 20.

³⁹¹ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 21-22.

PARÂMETROS	POSIÇÃO NO REQUERIMENTO DE TCC		
	<u>Primeiro</u>	<u>Segundo</u>	<u>Terceiro e demais</u>
<u>Identificação dos participantes da infração</u>			
Se indica os participantes já identificados pelo Cade e apresenta outras informações sobre outros participantes ainda não identificados; ou	3	2	1
Se apenas indica os participantes já identificados pelo Cade.	0	0	0
<u>Apresentação de informações sobre a infração</u>			
Informações que comprovam a infração são mais abrangentes que as da Leniência ¹⁰ ou que os fatos de conhecimento do Cade; ou	4	3	2
Informações que comprovam a infração semelhantes às da Leniência ou que os fatos de conhecimento do Cade; ou	2	1,5	1
Informações que comprovam a infração menos abrangentes que as da Leniência ou que os fatos de conhecimento do Cade.	0	0	0
<u>Apresentação de documentos que comprovam a infração</u>			
Documentos comprovam a infração e são mais amplos e úteis que os apresentados na Leniência / fatos de conhecimento do Cade; ou	8	6	4

Documentos comprovam a infração; ou	6	4,5	3
Documentos comprovam a infração em parte; ou	4	3	2
Documentos apresentados não comprovam a infração, mas auxiliam na instrução; ou	2	1,5	1
Não apresenta documentos.	0	0	0
<u>Momento processual</u>	<u>Primeiro</u>	<u>Segundo</u>	<u>Terceiro e demais</u>
TCC requerido antes da instauração de PA			
TCC requerido em até 3 meses contados de ações administrativas e/ou judiciais de natureza investigativa, instauração do IA, ou outra forma de conhecimento da existência de investigação pelo Representado;	5	4	3
TCC requerido entre o término do prazo anterior e a instauração do PA.	4	3	2,5
TCC requerido entre a instauração do PA e o término do prazo de defesa			
TCC requerido antes da juntada aos autos do comprovante de notificação do Compromissário;	3	2	1,5
TCC requerido entre o término do prazo anterior e o fim do prazo de defesa.	2	1	1
TCC requerido entre o término do prazo de defesa e o despacho de apresentação de novas alegações			
TCC requerido até 6 meses do encerramento do prazo de defesa;	1	0,5	0,5
TCC requerido entre o término do prazo anterior e o despacho de apresentação de novas alegações.	0	0	0
Pontuação Possível	0 - 20	0 - 15	0 - 10

CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-actualiza-do-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 23-24

Cada ponto atribuído à colaboração do proponente corresponderá a um ponto percentual dentro da faixa de desconto em que se encontra posicionado. Registra-se que os pontos indicados na tabela são os máximos a que o Proponente

poderá receber em cada critério, sendo possível que, a depender da qualidade da colaboração, seja eventualmente atribuída pontuação inferior³⁹².

Importa também destacar que a tabela é apenas indicativa e que, dado o nível de subjetividade inerente às avaliações, o Cade considerará as características de cada caso concreto.

Ademais, em cada caso concreto, fatores específicos não identificados na tabela poderão eventualmente ser utilizados para majorar ou reduzir o desconto final. É justamente aqui que tentamos apresentar a Necessidade do Programa de Compliance Efetivo.

Menciona-se também que a identificação, pelo Cade de demora desnecessária ou protelamento injustificado das negociações (causados pela parte), além de poder significar a não renovação do prazo de negociações e encerramento das mesmas pode impactar na aferição do quantitativo de desconto pela colaboração a ser dado para fins de cálculo contribuição pecuniária³⁹³, caso se entenda que mesmo diante da demora o acordo permanece conveniente e oportuno³⁹⁴.

São quatro os parâmetros de cálculo:

- (i) Identificação dos participantes da infração;
- (ii) Apresentação de informações sobre a infração;
- (iii) Apresentação de documentos que comprovam a infração;
- e (iv) Momento processual³⁹⁵.

Em relação ao momento processual, a tabela do CADE assim determina:

³⁹² CADE. Op. cit., p 21-22.

³⁹³ Registra-se que, conforme a jurisprudência do Cade e o previsto no Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, a atualização da base de cálculo da contribuição pecuniária da multa esperada pela SELIC ocorre até o **requerimento**.

³⁹⁴ CADE. Op. cit. p 21.

³⁹⁵ CADE. Op. cit. p 22.

Momento processual	Primeiro	Segundo	Terceiro e demais
TCC requerido antes da instauração de PA			
TCC requerido em até 3 meses contados de ações administrativas e/ou judiciais de natureza investigativa, instauração do IA, ou outra forma de conhecimento da existência de investigação pelo Representado;	5	4	3
TCC requerido entre o término do prazo anterior e a instauração do PA.	4	3	2,5
TCC requerido entre a instauração do PA e o término do prazo de defesa			
TCC requerido antes da juntada aos autos do comprovante de notificação do Compromissário;	3	2	1,5
TCC requerido entre o término do prazo anterior e o fim do prazo de defesa.	2	1	1
TCC requerido entre o término do prazo de defesa e o despacho de apresentação de novas alegações			
TCC requerido até 6 meses do encerramento do prazo de defesa;	1	0,5	0,5
TCC requerido entre o término do prazo anterior e o despacho de apresentação de novas alegações.	0	0	0
Pontuação Possível	0 - 20	0 - 15	0 - 10

CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 24.

Quanto à negociação do TCC, esta envolve diversos aspectos, sendo o critério temporal um dos principais pontos a serem disputados nestes casos. Isso porque a depender do local da fila de espera haverá uma tendência dos participantes de participarem das negociações e apresentarem maior informações e esclarecimentos .

O Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) está previsto no art. 85 da Lei nº 12.529, de 2011 e consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir da qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas.

A regulamentação do procedimento de negociação de TCC encontra-se prevista em seus artigos 224 e seguintes do RICade³⁹⁶. De acordo com a norma, enquanto os autos não forem encaminhados ao Tribunal do Cade para julgamento, o TCC deverá ser proposto perante a Superintendência-Geral do Cade (“SG/Cade”). Entretanto, se os autos já estiverem no Tribunal do Cade para julgamento, a proposta é negociada perante o Conselheiro-Relator do processo³⁹⁷.

As propostas são recebidas, em fila única entre SG/Cade e Tribunal, por meio de um sistema de senhas (“markers”), que considera a ordem de apresentação dos interessados perante a autoridade responsável pela instrução do processo e outros feitos a ele relacionados. Destaca-se que a fila de recebimento de *markers* para celebração de TCC é única, mesmo que existam procedimentos diversos instaurados para investigar as mesmas condutas anticompetitivas. Assim, se o Cade instaurar outro processo administrativo ou desmembrar a investigação de tais condutas anticompetitivas, nos termos do art. 188 do RICade, a ordem da fila de pedidos de marker será única³⁹⁸.

Uma vez recebida a certidão contendo sua senha, o interessado deve protocolar, no prazo de 5 dias, o Requerimento de TCC declarando formalmente seu interesse em iniciar negociações para celebração de um acordo. O descumprimento do prazo gera perda da validade de certidão que contém a senha do interessado. Os interessados podem optar por protocolar diretamente o Requerimento de TCC, sem a solicitação de marker³⁹⁹.

Nesse caso, entretanto, eventual desistência teria como consequência a perda do direito de apresentação de requerimento no mesmo processo, conforme o art. 85, § 4º da Lei 12.529, de 2011. Uma vez protocolada manifestação do interessado em celebrar TCC perante a SG/Cade, o Superintendente-Geral determinará um prazo para as negociações, que, regra geral, é de 60 dias,

³⁹⁶ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 6.

³⁹⁷ CADE.Op. cit. .p. 6.

³⁹⁸ CADE. Op. cit. . p. 6.

³⁹⁹CADE. Op.cit. p. 7.

prorrogáveis por outros períodos em razão das particularidades do caso concreto. Tratando-se de TCC protocolado perante o Tribunal, o período de negociação é de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por mais 30 dias pelo Conselheiro-Relator⁴⁰⁰.

Ademais, tanto em negociações do Tribunal como nas negociações na SG/Cade, a prorrogação dos prazos de TCC's deve guardar coerência com o interesse público no prosseguimento da negociação, dado que a indevida prorrogação do prazo por parte da autoridade pode gerar um desincentivo para que a parte cumpra de forma célere e completa seu dever de colaboração. Neste sentido, deve-se considerar também que o TCC não suspende a tramitação do processo e que tanto o momento da propositura quanto o da celebração do acordo impactam diretamente neste trâmite processual e, conseqüentemente, na conveniência e oportunidade do acordo⁴⁰¹.

Dessa forma, a autoridade deve-se atentar para que não haja prorrogações protelatórias e, caso identifique uma demora desnecessária, deverá considerar sobre a conveniência e oportunidade da continuidade da negociação e/ou considerar a circunstância da demora na aferição do quantitativo de desconto a ser dado no cálculo da contribuição pecuniária⁴⁰². Destaca-se que isso é importante dado que, conforme a jurisprudência do Cade e Guia de TCC para casos de cartel, a atualização da base de cálculo⁴⁰³ pela SELIC ocorre até o requerimento de TCC, o que poderia gerar um incentivo a que a parte protele a negociação caso não haja controle pela autoridade⁴⁰⁴.

Para as negociações, é criada uma “Comissão de Negociação”, composta por no mínimo três servidores que conduzem as negociações e assessoram o Superintendente Geral do Cade, que encaminha o requerimento ao Tribunal do Cade com sugestão de homologação ou rejeição da proposta.

⁴⁰⁰ CADE. Op. cit. p. 7.

⁴⁰¹ CADE. Op.cit. p. 7.

⁴⁰² CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 8.

⁴⁰³ A base de cálculo será melhor analisada no Capítulo 3 desta Tese.

⁴⁰⁴ CADE.Op. cit.. p. 8.

Conforme dispõe o art. 219, §3º do RICade, pode ser deferido tratamento de acesso restrito aos termos da proposta, ao andamento processual e ao processo de negociação⁴⁰⁵.

No que se refere especificamente aos casos de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes (como são os casos de cartel), o TCC deve observar os seguintes requisitos:

(i) quando o TCC for protocolado perante a SG/Cade, colaboração do compromissário com a instrução processual, nos termos do artigo 226 do RICade, colaboração essa que deve ocorrer das seguintes formas:

a. no momento da negociação e celebração do TCC, mediante relatos contendo informações e documentos que auxiliem a SG/Cade na identificação dos demais participantes da conduta e na comprovação da infração. Os relatos do Proponente são reduzidos a termo em documento denominado Histórico da Conduta (“HC”). (...)

b. após a celebração do TCC, no decorrer da instrução processual, mediante esclarecimentos que a autoridade vier a solicitar, bem como por meio de auxílios processuais que a autoridade necessite e que estejam ao alcance do Compromissário.

(ii) pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos dos artigos 85, §1º, III da Lei nº 12.529/2011 e 224, caput, do RICade, que é estabelecida com base no valor da multa esperada, sob o qual incide uma redução percentual que varia conforme a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento da propositura do TCC, de acordo com artigo 187⁴⁰⁶, incisos I, II, III e artigo 188 do RICade, conforme abaixo:

a. se o TCC é proposto logo após a instauração de procedimento administrativo e antes de os autos serem remetidos ao Tribunal do Cade (ou seja, durante a instrução processual na SG/Cade), a 10 contribuição pecuniária é calculada com base na multa esperada, sobre a qual incide: i. uma redução de 30% a 50% para o primeiro proponente de TCC; ii. uma redução de 25% a 40% para o segundo proponente de TCC; iii. uma redução de até 25% para os demais proponentes de TCC; e

b. se o TCC é proposto depois de os autos serem remetidos ao Tribunal do Cade, a contribuição pecuniária é calculada com base na multa esperada, sobre a qual incide uma redução de até 15%.

⁴⁰⁵ CADE. Op.cit. p. 8.

⁴⁰⁶ Art. 187. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC no caso das infrações previstas no art. 186 deste Regimento Interno levará em consideração, quando exigível, a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

I - redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

II - redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta; e

III - redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que requererem TCC no âmbito da investigação de uma conduta.

- (iii) fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;
- (iv) reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário, nos termos do artigo 225 do RICade;
- (v) especificação das obrigações do proponente do TCC no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, nos termos do §1º do artigo 85 da Lei nº 12.529/2011⁴⁰⁷;

Importante lembrar que o TCC, ao contrário do Acordo de Leniência, não gera benefícios (de imediato)⁴⁰⁸ na seara criminal, destacando-se que o Acordo de Leniência é instrumento disponível apenas para o primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial coletiva, nos termos do que dispõe o artigo 86, §1º, inciso I, da Lei nº 12.529, de 2011, cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais⁴⁰⁹.

Entretanto, se o interessado em celebrar TCC com o Cade queira negociar, paralelamente, acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal, conforme Lei 12.850, de 2013, Lei 8.137, de 1990 ou outras normas aplicáveis, a SG/Cade pode auxiliar os proponentes do TCC nessa interlocução⁴¹⁰. De acordo com pesquisa elaborada por Sant'ana, Souza e Alves, através da atuação conjunta da Autoridade Concorrencial com o Ministério Público, em especial na celebração dos TCCs negociados pela Superintendência-Geral no caso de cartel específico, foi concedida a extinção da punibilidade criminal para as pessoas físicas signatárias. Dessa forma, os autores concluíram que a celebração conjunta do TCC com o Cade e do ANPP com o Ministério Público traz efetividade para o sistema de acordos de colaboração premiada do Cade, bem como aprimoramento à política de repressão a cartéis no Brasil⁴¹¹.

⁴⁰⁷ CADE. Op.cit. p. 8-10.

⁴⁰⁸ Há uma discussão doutrinária sobre o tema.

⁴⁰⁹ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 10.

⁴¹⁰ CADE. Op. cit. p 10-11.

⁴¹¹ SANT'ANA, Raquel; SOUZA, Alexandre Barreto; ALVES, Waldir. A possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário dos termos de compromisso de cessação de conduta no cade. **RDC**, v. 10. n. 2022. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/996>> Acesso em: 9 de ago. 2023.

Deve-se destacar também que a colaboração é requisito para a celebração de TCCs quando o processo ainda estiver em trâmite perante a SG/Cade⁴¹², conforme estabelecem os artigos 226 e 227 do RICade, no seguintes termos:

art. 226. tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo superintendente geral ao presidente do tribunal, nos termos do art. 221, §4º deste regimento interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual.

art. 227. a análise da contribuição pecuniária nas propostas de tcc realizadas nos termos do art. 226 deste regimento interno levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o tcc, os seguintes parâmetros:

i - redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro representado que propuser tcc no âmbito da investigação de uma conduta;

ii - redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo representado que propuser tcc no âmbito da investigação de uma conduta;

iii - redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais representados que propuserem tcc no âmbito da investigação de uma conduta.

Mencione-se ainda que embora a colaboração não seja requisito para a celebração de TCC proposto quando os autos já estão no Tribunal do Cade para julgamento, a depender das circunstâncias do caso concreto e de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do conselheiro relator, a colaboração também poderá ser exigida nessa fase⁴¹³.

A norma referida acima determina que, na análise da colaboração, serão considerados os fatores da amplitude e da utilidade, bem como o do momento de apresentação da proposta. Deve-se destacar que a análise da colaboração deve ser levada em consideração no cálculo dos percentuais de

⁴¹² CADE. Op. cit. p 11.

⁴¹³ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 11.

desconto da contribuição pecuniária, e não na definição da alíquota de multa esperada⁴¹⁴.

De acordo com o CADE, todas as informações e documentos apresentados pelo Proponente no curso das negociações do TCC receberão tratamento confidencial e terão seu acesso restrito ao Proponente, seus advogados e aos servidores do Cade que participarem do processo de negociação. Uma vez celebrado o TCC, as informações e os documentos apresentados pelos Proponentes em razão da assinatura do termo serão disponibilizados também aos demais Representados no Processo Administrativo e às pessoas autorizadas pelo Cade, nos termos da regulamentação de acesso a informações constante do RICade e de normas complementares⁴¹⁵.

Ademais, caso não seja firmado o TCC, as informações e os documentos apresentados no contexto da negociação serão devolvidos aos Proponentes ou destruídos e não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades a que eles tiveram acesso. Isso não impede que, no curso de investigação em trâmite no Cade, as autoridades utilizem informações e documentos relacionados ao caso que cheguem ao seu conhecimento por qualquer outro meio. Lembrando-se que uma vez assinado o TCC, o Proponente deverá permanecer colaborando com a instrução, sendo que a superveniência de novos documentos e informações deverá ser relatada ao Cade, sob pena de descumprimento do acordo⁴¹⁶.

Quanto à análise da amplitude e da utilidade da colaboração apresentada pelo(s) Compromissário(s), o Cade aplica, por analogia, os critérios empregados para análise da colaboração em Acordos de Leniência, previstos no artigo 86 da Lei n.º 12.529, de 2011, quais sejam:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da

⁴¹⁴ CADE. Op. cit., p 12.

⁴¹⁵ CADE. Op. cit., p 12.

⁴¹⁶ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p 10-11.

administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, 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.

Dessa forma, são dois os principais critérios valorados pelo Cade quanto à amplitude e utilidade da colaboração na negociação de um TCC: identificação dos outros participantes da infração e apresentação de informações e/ou documentos que comprovem a infração.

Tratam-se de critérios considerados pelo Cade como condições necessárias para celebração de TCC perante a SG/Cade. Registra-se que a ausência desses requisitos pode ensejar a rejeição da proposta de TCC. Já a profundidade da colaboração em relação a esses dois critérios, bem como a apresentação de outras formas de colaboração serão valorados no desconto da contribuição pecuniária.

Destaca-se que essas práticas e os procedimentos podem ser modificadas a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto⁴¹⁷. Deve-se lembrar também que a amplitude e a utilidade da colaboração na negociação de um TCC serão valoradas pelo Cade à medida que o Compromissário identificar os participantes da infração.

Ademais, o referido órgão considera que esta colaboração será mais ampla e útil caso traga informações adicionais àquelas já disponíveis na investigação, o que pode ser verificado tanto pela indicação comprovada de outras empresas e/ou pessoas físicas relevantes até o momento da negociação não identificadas pelo Cade ou pela indicação de novas informações sobre as empresas e/ou pessoas físicas já identificadas, a exemplo de endereço atual, histórico profissional, participação de mercado, participação na conduta etc.). Destaca-se também que o grau de participação na conduta não deverá ser considerado critério

⁴¹⁷ CADE. Op. cit. p. 14.

para aplicação de desconto, mas será considerado no cálculo da alíquota de multa esperada aplicada⁴¹⁸.

Nesse sentido, foram estabelecidas as seguintes faixas crescentes de colaboração no TCC quanto à identificação dos participantes da infração: se indica os participantes já identificados pelo Cade e apresenta outras informações sobre outros participantes ainda não identificados; ou se apenas indica os participantes já identificados pelo Cade.

A amplitude e a utilidade da colaboração na negociação de um TCC serão valoradas pelo Cade à medida que o Compromissário apresenta informações verossímeis e úteis sobre a investigação, as quais geralmente são consolidadas pela SG/Cade no documento denominado “Histórico da Conduta” (“HC”).

O órgão, na avaliação da amplitude e da utilidade da colaboração, entende que tal Histórico da Conduta deve conter, ao final da negociação, as seguintes informações, listadas em caráter exemplificativo:

- (i) Participação do proponente do TCC e dos demais participantes na infração investigada, especificando o grau de participação de cada envolvido na conduta (vide I.1.1);
- (ii) Funcionamento/dinâmica da conduta anticompetitiva;
- (iii) Duração da conduta anticompetitiva;
- (iv) Modo de implementação dos contatos com concorrentes (reunião, telefonemas, encontros etc.), local e data dos contatos;
- (v) Assuntos abordados nos contatos entre concorrentes;
- (vi) Clientes afetados pela conduta;
- (vii) Efeitos diretos ou potenciais no Brasil, quando aplicável;
- (viii) Produtos/serviços objetos da infração e o funcionamento do mercado afetado⁴¹⁹.

No caso de informações que contestem o que já consta do processo, tais informações devem ser minuciosamente explicadas e documentalmente comprovadas. Destaca-se que a mera apresentação de informações que não sejam

⁴¹⁸ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 14.

⁴¹⁹ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p.15.

novas e/ou que em nada contribuam para a investigação poderão ensejar a rejeição da proposta de TCC.

Nesse sentido, foram estabelecidas as seguintes faixas crescentes de colaboração no TCC quanto à apresentação de informações:

Informações que comprovam a infração são mais abrangentes que as da Leniência / fatos de conhecimento do Cade; ou
Informações que comprovam a infração são semelhantes às da Leniência / fatos de conhecimento do Cade;
ou Informações que comprovam a infração são menos abrangente que as da Leniência / fatos de conhecimento do Cade⁴²⁰.

Destaca-se que a amplitude e a utilidade da colaboração na negociação de um TCC também serão valoradas pelo Cade à medida que o Compromissário apresente documentos que comprovem a conduta anticompetitiva, que podem ser mencionados no “Histórico da Conduta” . A amplitude e a utilidade desses documentos dependerão da sua correlação com as informações prestadas e da capacidade que possuem de demonstrar a infração investigada. Excetuando-se situações específicas, uma colaboração que contenha apenas relatos não será adequada ou proporcionará desconto razoável, podendo ensejar rejeição do TCC⁴²¹.

Registra-se que o proponente do TCC deve expor todos os documentos que estejam em sua posse e considere hábeis a comprovar a infração denunciada. Exemplos de documentos mais comumente recebidos pelo CADE como comprovação da conduta noticiada ou sob investigação são os seguintes:

- (i) e-mails bilaterais entre concorrentes;
- (ii) e-mails unilaterais entre pessoas da mesma empresa, relatando os ajustes entre concorrentes;
- (iii) correspondências entre concorrentes;
- (iv) correspondências unilaterais entre pessoas da mesma empresa, relatando os ajustes entre concorrentes;
- (v) troca de mensagens eletrônicas (SMS, whatsapp, etc.) entre concorrentes e/ou contendo informações sobre os ajustes entre eles;
- (vi) anotações manuscritas contendo informações sobre os ajustes entre concorrentes;

⁴²⁰ CADE. Op. cit. p. 16.

⁴²¹ CADE. Op. cit. p. 16.

- (vii) gravações de conversas entre concorrentes e/ou contendo informações sobre os ajustes nas quais o Compromissário seja interlocutor;
- (viii) tabelas contendo informações sobre divisão de mercado, divisão de clientes e/ou divisão de produção entre concorrentes, ou, ainda, indicação de preços e/ou propostas para serem apresentadas por cada um em cotações públicas ou privadas;
- (ix) agendas contendo registros de encontros entre concorrentes e/ou informações sobre os ajustes entre eles;
- (x) comprovantes gerais de reuniões (atas, compromisso de outlook, agendamento de salas, reservas de hotéis, comprovantes de gastos e viagens etc.);
- (xi) extratos telefônicos demonstrando ligações entre concorrentes;
- (xii) cartões de visita; (xiii) registros de entrada em prédios;
- (xiv) editais e atas de julgamento de certames; etc⁴²².

Esses documentos devem ser analisados pela autoridade de acordo com o conjunto probatório apresentado e constante dos autos da investigação, sendo que, para garantir que os documentos eletrônicos e físicos tenham maior valor probatório, é importante tomar cuidados técnicos durante a coleta das evidências.

Assim, via de regra, o proponente deve registrar a Cadeia de custódia dos documentos eletrônicos e físicos que serão submetidos ao Cade, ou seja, a história cronológica da evidência, apresentando informações específicas do responsável pela coleta. Ademais, para documentos eletrônicos, o proponente do TCC deve ser capaz de descrever detalhadamente o método de extração das evidências, o qual deverá ser feito, sempre que possível⁴²³.

Nesse sentido, o CADE recomenda a elaboração de um Relatório de Certificação de Evidências Eletrônicas de acordo com modelo apresentado em anexo no Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, de forma que melhor garanta a integridade e a cadeia de custódia do material. Mencione-se que, embora desejável, o Relatório de Certificação não constitui requisito para aceitação e validade de uma prova submetida à autoridade⁴²⁴.

⁴²² CADE. Op. cit. p. 16-17.

⁴²³ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 17.

⁴²⁴ CADE. Op. cit. p. 18.

É importante ressaltar que o proponente do TCC deve manter, sempre que possível, os discos rígidos ou equipamentos originais (de onde foram extraídas as evidências) e/ou sua imagem forense autenticada preservada sem modificações, sendo que o Cade avaliará caso a caso os cuidados tomados, para garantir a fidelidade dos documentos ao original. Ademais, o órgão pode solicitar, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, a realização de entrevistas com as pessoas físicas proponentes do TCC para obter mais informações e detalhes a respeito dos documentos apresentados. Nesse sentido, pode-se estabelecer as seguintes faixas crescentes de colaboração no TCC quanto à apresentação de documentos:

Documentos comprovam a infração e são mais amplos e úteis que os apresentados na Leniência / fatos de conhecimento do Cade; ou
Documentos comprovam a infração; ou
Documentos comprovam a infração em parte; ou
Documentos apresentados não comprovam a infração, mas auxiliam na instrução⁴²⁵.

Além de ser utilizado como ferramenta que visa cessar condutas anticoncorrenciais e retomar a competitividade nos mercados afetados, o TCC incentiva os atores privados a deixarem de agir de maneira que poderia resultar em violação à ordem econômica, reforçando a atuação institucional de advocacia da concorrência do CADE. Por essas razões, no âmbito do controle de condutas concertadas e unilaterais, a celebração de TCC tornou-se um dos grandes instrumentos da autarquia para o cumprimento de suas funções institucionais ao longo dos anos.

Ressalta-se que o aplicante ao programa de TCC apresenta o Programa de Compliance que deve ser analisado pela autoridade para tentar o desconto de até 12%.

A Doutrina reflete sobre a aplicação prática. Guilherme Misale em artigo publicado na Revista Brasileira de Defesa da Concorrência assim destaca:

A contrario sensu, poder-se-ia cogitar sobre a certificação para PCA efetivo. A viabilidade desse aspecto pode ser ponderada à luz da

⁴²⁵ CADE. Op. cit. p. 18.

experiência pretérita do SBDC. De toda forma e de antemão, um ponto parece ser uníssono, a saber, o fato de o agente econômico gozar de uma certificação positiva não significaria imunidade de investigações pelo suposto envolvimento em ilícitos. **Ademais, curioso pensar sobre uma espécie de “corrida” ocasionada pelo compliance. Em teoria, esse fato seria benéfico para o ambiente concorrencial, vez que os agentes demonstrariam o compromisso de atingir as melhores métricas de conformidade.** Todavia, questiona-se se tal corrida, no limite, não teria a aptidão para deflagrar comportamentos antiéticos entre concorrentes (i.e. alguma forma de sabotagem para rebaixar o nível de avaliação do rival).⁴²⁶

A menção ao programa de *Compliance* analisado pelo CADE quando da análise de TCC aparece apenas uma única vez no guia de TCC’s. No entanto, em estudo realizado por SAITO a respeito do TCC’s, tem-se que:

II.2.1.3 Alíquota

Uma vez superados os dois primeiros passos do cálculo da multa esperada – definição da base de cálculo (II.2.1.1) e atualização da base de cálculo (II.2.1.2) –, apresenta-se a seguir os critérios utilizados pelo Cade na definição da alíquota de multa esperada.

Registre-se que os critérios a seguir expostos constituem apenas parâmetros, que poderão ser eventualmente alterados, a juízo do Cade, em situações excepcionais.

Via de regra, em casos de cartel clássico (ou cartel “hard core”), a referência inicial adotada pelo Cade na negociação do TCC é a aplicação de uma alíquota de 15% sobre a base de cálculo considerada, em consonância com as condenações mais recentes do Tribunal para esse tipo de conduta.

A depender, porém, de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia e dos critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, essa alíquota poderá ser reduzida até o mínimo considerado pelo Cade como adequado para dissuasão desse tipo de conduta, em regra de 12%, ou elevada até o máximo previsto na lei, de 20%⁴²⁷.

O Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel do CADE lista algumas hipóteses exemplificativas de atenuantes em casos de cartel

⁴²⁶MISSALI, G. T. C. Programa de Compliance antitruste: A hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/145>>. Acesso em: 20 jun. 2023.p. 18.

⁴²⁷ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 35 e 36.

clássico que podem reduzir o percentual na alíquota até o mínimo considerado razoável pelo Cade para casos de cartel clássico (em regra 12%):

ATENUANTES

Gravidade da infração

Ter sido coagido a participar da conduta
Participação lateral/esporádica na conduta
Curtíssima duração (até seis meses), desde que essa circunstância não tenha decorrido da própria atuação das autoridades públicas no sentido de interromper a conduta

Boa-fé do infrator

Sugestão prévia de adoção da conduta por parte do ente público (ex. termos de compromisso com Ministérios Públicos ou outros órgãos, decisões judiciais, decisões de agências reguladoras etc.)
Existência de programa de compliance que tenha relação direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada Situação econômica do infrator Capacidade financeira comprometida e comprovada
Situação econômica do infrator
Capacidade financeira comprometida e comprovada⁴²⁸

Quanto às agravantes, a SG/Cade lista algumas hipóteses exemplificativas de agravantes em casos de cartel clássico que podem majorar o percentual na alíquota até o máximo legal (20%):

AGRAVANTES

Gravidade da infração

Liderança sem coação
Liderança com coação
Duração elevada da conduta e da participação do compromissário nela (1 a 5 anos)
Duração muito elevada da conduta e da participação do compromissário nela (5 a 10 anos)
Duração substancialmente elevada da conduta e da participação do compromissário (mais de 10 anos)

Ausência de boa-fé do infrator

Sugestão prévia de interrupção da conduta por parte do ente público (ex. termos de compromisso com Ministérios Públicos ou outros órgãos, decisões judiciais, decisões de agências reguladoras etc.)

Grau de lesão, ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional aos consumidores, ou à terceiros

Essencialidade ou relevância do produto objeto de cartelização
Impacto negativo direto em políticas públicas estratégicas para o país.

Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado

⁴²⁸ CADE. Op. cit. p. 35 e 36.

Ademais, outras atenuantes e agravantes observadas no caso concreto poderão, a critério do CADE, ensejar variação da alíquota base aplicada⁴³⁰.

Destaca-se ainda que, via de regra, em casos de cartel pontual ou difuso (ex: trocas de informações esporádicas ou não sistemáticas, revelação unilateral de informações etc.), o CADE entende adequada, em geral, a aplicação de alíquota de 5% a 12%, a depender de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia e dos critérios do art. 45 da Lei nº 12.529, de 2011⁴³¹.

As circunstâncias específicas do caso concreto, poderão demandar a aplicação de alíquota base diferenciada. Ademais, considerando-se o art. 37, § 1º, da Lei nº 12.529/11, em caso de reincidência deve se aplicar em dobro a alíquota, quando o Compromissário já houver sido condenado⁴³².

Quanto ao Programa de Compliance Antitruste é chegada a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro ⁴³³.

Segundo Vogel, compliance é "*um conceito que provém da economia e que foi introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas, não necessariamente de natureza jurídica*"⁴³⁴. Pierpaolo Cruz Bottini ensina que em virtude da infinidade e complexidade de normas

⁴²⁹ CADE. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 38.

⁴³⁰ CADE. Op. cit. p. 38.

⁴³¹ CADE. Op. cit., p. 38.

⁴³² CADE. 38. Op. cit. p. 38.

⁴³³ MISSALI, G. T. C. Programa de Compliance antitruste: A hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/145>>. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁴³⁴2013. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O que é compliance no âmbito do Direito Penal? Consultor Jurídico, 30 de abr. 2013 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em: 23 de ago.2014.

regulatórias para as mais diferentes atividades, empresas e instituições "desenvolveram setores voltados única e exclusivamente para tal finalidade: assegurar que as regras a elas destinadas sejam cumpridas, evitando-se problemas jurídicos e de imagem"⁴³⁵.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, o compliance corporativo seria elemento integrante do sistema de governança corporativa, o qual engloba uma série de controles e auditorias internas, com a gestão de risco e a própria política de compliance⁴³⁶. Assim, o compliance surge como ferramenta central, com vistas a incentivar um ambiente corporativo ético, legalmente sustentável e socialmente responsável⁴³⁷.

⁴³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit.

⁴³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Todos ganham com o compliance. **CNEP em Revista - Conselho Executivo das Normas-Padrão**. Ano 10, no. 39, Junho 2014, p. 26-27. Disponível em: <http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf>. Acesso em: 01 de jan de 2023.

⁴³⁷ BAER, Miriam Hechler. Governing Corporate Compliance. **Boston College Law Review**. Vol. 50, No. 1, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1474291>. Acesso em: 05 de out.2014.

Conclusão Capítulo 2

O presente capítulo buscou analisar a inserção dos Programas de Compliance no ordenamento jurídico concorrencial brasileiro, especialmente sob o prisma processual sancionador e as modernas ferramentas. Para tanto, apresentou-se o processo administrativo concorrencial sancionador, com base na lei 12.529, de 2011 e do Regimento Interno do CADE.

Nesse sentido, destacou-se a perda do marker para o Acordos de Leniência e da Leniência Plus, com base na Portaria CADE nº 416 Marker cade. Apresentou-se o termo de compromisso de cessação de conduta e a sua atual aplicação no direito administrativo concorrencial sancionador, elucidando suas etapas para proposição do TCC, através do Guia de TCC e doutrina pertinente.

Por fim, apresentou-se o Programa de Compliance como forma de redução da contribuição pecuniária frente ao desconto da multa esperada em casos de TCC. Em relação à multa esperada será analisado no próximo capítulo.

Quanto à adoção de Programas de Compliance, o Guia é menos específico. Afirmar que Programas de Compliance devem ser estruturados de forma a permitir a rápida identificação de qualquer infração, sendo a celeridade chave para que uma empresa possa se beneficiar da imunidade administrativa e criminal decorrente de um acordo de leniência ou de descontos substanciais no valor da multa (até 50%) imposta ao ser a primeira a celebrar um TCC com o Cade. Quanto à atenuação do valor da multa imposta, o Guia fala genericamente que “é possível que o Tribunal enquadre o Programa de Compliance como (i) uma evidência de boa-fé e o configure como atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a, ou como (ii) um critério a ser considerado quando do cálculo da contribuição pecuniária, em eventual TCC a ser celebrado pela organização, que poderia levar o percentual de desconto ao máximo permitido.”

3. DAS PENAS

Este terceiro capítulo tem como principal objetivo estudar as penas previstas na Lei de Defesa da Concorrência e a aplicação da dosimetria da pena no Direito Antitruste, para ao final examinar como a existência de um Programa de Compliance focado na defesa da concorrência tem sido analisado pela autoridade concorrencial. Para tanto, o primeiro tópico examina a tipificação das Condutas Coordenadas no Direito Administrativo Sancionador.

O segundo tópico estuda a função da multa por cartel estabelecida no art. 45 da Lei de Defesa da Concorrência e a metodologia para cálculo estimado da multa administrativa, conforme a análise dos precedentes do CADE envolvendo sanções administrativas.

O terceiro tópico apresenta a metodologia para cálculo estimado da multa administrativa julgados do CADE e do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel, tangenciando a questão da multa pelo faturamento da atividade econômica e a problemática da interpretação da vantagem auferida.

O quarto tópico apresenta os principais precedentes do CADE em relação às sanções administrativas, multas e os Programas de Compliance.

O quinto tópico, apresenta os principais precedentes do CADE em relação aos Programas de Compliance, contribuição pecuniária e os Termos de Compromisso de Cessação de Conduta.

3.1 A tipificação das Condutas Coordenadas no Direito Administrativo Sancionador.

O presente tópico tem como objetivo apresentar a tipificação das Condutas Coordenadas no Direito Administrativo Sancionador

No artigo “Cartel, Multas Excessivas e a Sanção Ótima” John M. Connor e Robert H. Lande⁴³⁸ apontam duas preocupações no momento da determinação de multas para casos de cartel: (a) a prevenção (impedir que novos cartéis se formem ou que os existentes se mantenham em operação), e (b) a compensação das vítimas⁴³⁹.

Cada jurisdição encontra um equilíbrio diferente entre estes dois aspectos. Quanto à prevenção, os autores apontam maior ênfase neste aspecto que são também os que mais valorizam o funcionamento eficiente dos mercados. Historicamente, este ponto de vista está mais associado com a “Escola de Chicago” no Antitruste (Posner, 2001; Landes, 1983). Nesta abordagem, o destinatário dos recursos levantados com as multas é irrelevante, desde que não seja o autor do ilícito⁴⁴⁰.

Ao estabelecer uma punição alta o suficiente ocorrem perdas com a existência de cartel tão pequenas que o destinatário final da reparação seria, de fato, pouco relevante⁴⁴¹.

A preocupação com o nível ótimo de prevenção também possui implicações sobre a divisão de tarefas entre a imposição de multas. Para os autores, um sistema que permite às partes prejudicadas buscar a recuperação

⁴³⁸ CONNOR, John M.; LANDE, Robert H., Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines (October 16, 2008). **3 Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law 2008)**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1285455>> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1285455>>. Acesso em: 30 de jun. 2023.

⁴³⁹ CADE. DEE. Documento de Trabalho 002/2016. **Prevenção ótima de cartéis: O caso dos Peróxidos no Brasil**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2016/documento-de-trabalho-n02-2016-prevencao-otima-de-carteis-o-caso-dos-peroxidos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 10 de jul. 2023. p. 7.

⁴⁴⁰ CADE. DEE. Op. cit. p. 7.

⁴⁴¹ CADE. DEE. Op. cit. p. 7.

judicial dos prejuízos causados, além da punição administrativa dificilmente alcançaria o grau ótimo de prevenção de cartéis. Este sistema poderia inclusive gerar incentivos perversos para a interposição de ações sem base ou outros comportamentos oportunistas⁴⁴².

Do outro ponto de vista, a ênfase na compensação das vítimas, está mais relacionado com a prática nas diferentes jurisdições. Nos Estados Unidos, tanto o “Sherman Act” quanto o “Clayton Act” mencionam expressamente o objetivo de restituição dos danos às partes prejudicadas, permitindo que elas busquem independentemente esta restituição por meio judicial⁴⁴³.

Vale ressaltar que recentemente foi sancionada a lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022, que altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica:

Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos originar-se do direito previsto no art. 47 desta Lei, não correrá a prescrição durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do Cade.

§ 1º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.”

Art. 47....

§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo aos coautores de infração à ordem econômica que tenham celebrado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica. § 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do §

⁴⁴² CADE. DEE. Op. cit. p. 7.

⁴⁴³ CADE. DEE. Op. cit. p. 7.

3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar.” (NR)
Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei.”

Connor e Lande apontam que, antes de 1950, a maior parte das ações contra cartéis era apresentada pelo Departamento de Justiça norte-americano (USDoJ). No entanto, atualmente a ampla maioria dos casos é privada. Nestes casos, a grande maioria também é decidida por meio de acordo entre as partes: apenas 14% indo a julgamento, com o valor médio do acordo entre as partes sendo inferior ao valor dos danos^{444 445}.

No caso Europeu, além da possibilidade das partes prejudicadas pelo cartel buscarem restituição por meio das cortes, o cartel também é punido pela Comissão Europeia com multa. Esta multa é de no máximo 30% das vendas, multiplicada pelo número de anos do ilícito mais uma proporção de 15% a 20% das vendas em um ano. A receita dessas multas é revertida para a União Europeia⁴⁴⁶.

A sanção média para cartéis na União Europeia foi de 22,5% das vendas afetadas; para 46 cartéis que foram acionados em outras jurisdições, a média foi de 18,4%⁴⁴⁷.

O caso brasileiro é mais próximo do europeu, em que há uma sanção administrativa com a decisão do Cade, e as partes afetadas podem buscar compensação por meio da Justiça Comum. A multa pode ser de no máximo 20% do valor do faturamento da empresa no último ano do ilícito. Além disso, os administradores da empresa podem ser condenados a uma multa de 1 a 20% da multa aplicada à empresa. Outras sanções podem ser consideradas pelo Cade

⁴⁴⁴ CONNOR, John M.; LANDE, Robert H., Cartel.Overcharges and Optimal Cartel Fines (October 16, 2008). **3 Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law 2008)**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1285455> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1285455>>. Acesso em: 30 de jun. 2023.

⁴⁴⁵ CADE. DEE. Op. cit. p. 8.

⁴⁴⁶ CADE. DEE. Op. cit. p. 8.

⁴⁴⁷ CONNOR, John M.; LANDE, Robert H., Cartel.Overcharges and Optimal Cartel Fines (October 16, 2008). **3 Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law 2008)**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1285455> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1285455>>. Acesso em: 30 de jun. 2023.

como a proibição de se parcelar débitos fiscais, contratação de empréstimos com instituições financeiras oficiais e de se participar em licitações. Finalmente, os administradores da empresa também são passíveis de pena de reclusão de 2 a 5 anos pela Justiça comum.⁴⁴⁸

Sobre a tipificação das condutas administrativas e a sanção pelo ilícito concorrencial, Cordeiro e Frade assinalam:

Nesse sentido, considerando o tripé detecção – punição – sanção do cartel, é e que os praticantes desta conduta, que são economicamente racionais, entenderão que a prática de cartel, por mais nefasta que ela seja para a economia, é a Escolha Dominante para os participantes do conluio, visto que (i) a detecção de casos de cartel pela autoridade de defesa da concorrência, em comparação ao total de cartéis verificados em nossa economia, é residual; e (ii) a denúncia no âmbito penal, principal esfera de preocupação do indivíduo, tem se mostrado pouco representativa. Assim, mesmo quando a prática é descoberta – algo raro – ainda existirá a chance de não existir persecução penal e os praticantes terem auferidos lucros superiores às multas que serão eventualmente impostas pela autoridade de defesa da concorrência.⁴⁴⁹

Surge, portanto a dúvida referente a aplicação do direito administrativo sancionador em relação a metodologia referente ao faturamento ou a vantagem auferida pelo ilícito concorrencial.

A respeito da divergência, e sobre a falibilidade da Vantagem Auferida, Cordeiro e Frade destacam que:

não se adotar um modelo que coloque o cálculo de vantagem auferida como elemento central e corriqueiro do dimensionamento das sanções, estão as autoridades antitruste necessariamente falhando em sua tarefa de punição e dissuasão? Não se tem qualquer informação confiável ou dados empíricos que demonstrem isso. Pelo contrário, os dados mais recentes, no caso do Brasil, com o aumento significativo das multas aplicadas, dos acordos de leniência e TCCs indicam que a autoridade antitruste cresceu consideravelmente nas suas competências institucionais de defesa da concorrência, isso sem falar no crescimento expressivo das punições por parte de outras autoridades administrativas e criminais.

⁴⁴⁸ CADE. DEE. Op. cit. p. 8.

⁴⁴⁹MACEDO, Alexandre Cordeiro; FRADE, Eduardo. **Dimensionamento de Sanções Antitruste a Cartéis.** Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanc%CC%A7o%CC%83es-antitruste-a-carte%CC%81is-versa%CC%83o-definitiva.pdf>>. Acesso em: 30 de jun, 2023.

Basta dizer que em 2011, antes da entrada em vigor na nova LDC, a arrecadação do Cade com multas e acordos era de aproximadamente R\$ 30 milhões de reais, valor esse que cresceu ao longo dos últimos anos para alcançar, em 2016, um patamar superior a R\$ 700 milhões. A parte absolutamente majoritária dessa cifra se deve à implementação da política de TCCs pelo órgão antitruste, que claramente representou um resultado de mais *enforcement*, e não de menos *enforcement*.⁴⁵⁰

Neste tópico, tratar-se-á da conduta colusiva mais famosa, qual seja, o cartel. É evidente que os cartéis geram danos à sociedade e devem ser combatidos pelas autoridades governamentais. Nesse sentido, a Doutrina tem assim tratados os cartéis:

- Cartéis hard-core (cartéis clássicos ou institucionalizados): – institucionalização e perenidade
- Cartéis soft-core (cartéis difusos ou não institucionalizados): – coordenação com objetivo similar ao do cartel clássico, mas realizada de forma eventual e/ou reativa a um acontecimento externo ou oportunidade que afeta os membros do cartel
- Cartéis em licitação (competição pelo mercado / elementos que facilitam a coordenação).

O Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação.

O objetivo é, por meio da ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o conseqüente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor. Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, e comprometendo a inovação tecnológica⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ MACEDO, Alexandre Cordeiro; FRADE, Eduardo. **Dimensionamento de Sanções Antitruste a Cartéis.** Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanc%CC%A7o%CC%83es-antitruste-a-carte%CC%81is-versa%CC%83o-definitiva.pdf>>. Acesso em: 30 de jun, 2023.

⁴⁵¹ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 26/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPJKnnzjy_e11nyNh9h7WclSTPhTdHWL18RRr80 O_FktM0-mQDADsGg2NrhwEYTe19EOq3BbmuXPltNSBdk1maU>. Acesso em: 10 de jul. 2023.

Com efeito, dentre as condutas anticompetitivas, o cartel é a mais grave lesão à concorrência. Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis:

(...) causam danos a consumidores e negócios que adquirem seus produtos, por meio do aumento de preço ou da restrição da oferta. Como resultado, alguns adquirentes decidem não comprar o produto ao preço determinado pelo cartel ou compram-no em menor quantidade. Assim, os adquirentes pagam mais por aquela quantidade que realmente compram, o que possibilita, mesmo sem que saibam, a transferência de riquezas aos operadores do cartel. Além disso, os cartéis geram desperdício e ineficiência. Eles protegem seus membros da completa exposição às forças de mercado, reduzindo a pressão pelo controle de gastos e para inovação, o que acarreta a perda de competitividade de uma economia nacional.⁴⁵²

As estratégias utilizadas pelos integrantes do cartel envolvem, regra geral, a mitigação da competição e a alocação privada e artificial de contratos entre empresas que, na verdade, deveriam competir entre si⁴⁵³.

O uso concomitante de estratégias comuns permite que tais agentes definam os contornos precisos do mercado, por intermédio da alocação de carteiras de contratos e clientes, áreas geográficas, faturamento, dentre outros critérios, e para a distribuição dos lucros adicionais advindos da redução da pressão competitiva possibilitada pelo acordo colusivo⁴⁵⁴.

⁴⁵² Tradução livre de “Hard Core Cartels”, preparado pelo Fórum Conjunto de Comércio e Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): <http://webdominio1.oecd.org/commet/ech/tradecomp.nsf>, 2003, p.2.

⁴⁵³ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 26/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Op.cit.

⁴⁵⁴ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 26/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Op.cit.

Conforme a experiência internacional, especialmente consolidada pela International Competition Network (ICN)⁴⁵⁵, as empresas participantes de cartéis em geral utilizam-se das seguintes estratégias:

- Fixação de Preços. Um acordo de fixação de preços é um acordo entre concorrentes para aumentar, fixar ou de qualquer forma manter o preço para um produto ou serviço. Tal conduta pode incluir acordos para estabelecer um preço mínimo, para eliminar descontos ou adotar uma fórmula padrão para calcular preços etc.
- Restrição de oferta. Um acordo de restrição de oferta pode envolver acordos sobre volumes de produção, volume de vendas, ou percentuais de crescimento de mercado.
- Divisão de mercados. Esquemas de alocação de mercado ou divisão de mercado são acordos nos quais os competidores dividem o mercado entre si – alocam clientes específicos ou tipos de consumidores, produtos ou territórios.
- Cartéis em licitações. Nesses casos, os competidores podem acordar em submeter uma proposta artificialmente alta ou de cortesia ou de cobertura como retorno a uma subcontratação ou pagamento. Ou seja, os concorrentes acordam em restringir ou eliminar a concorrência em alguma variável comercial, seja ela vendas, um contrato ou um projeto.

Independentemente das estratégias adotadas por seus participantes, cartéis resultam, invariavelmente, na aquisição de produtos e contratação de serviços em condições mais desvantajosas ou por valores acima daqueles que seriam encontrados em mercados efetivamente competitivos.

A literatura econômica é unânime em apontar que, no caso de infrações de cartel, os efeitos líquidos à sociedade são sempre negativos. Não por outra razão é que grande parte dos países que possui políticas de defesa da concorrência trata os cartéis como delitos cujo objeto sempre será ilícito, calcando

⁴⁵⁵ Tradução do autor para: “*Conduct falling within the four categories can take many forms. Price fixing is any agreement among competitors to raise, fix, or otherwise maintain the price for a product or service. Price fixing can include agreements to establish a minimum price, to eliminate discounts, or to adopt a standard formula for calculating prices, etc. Output restrictions can involve agreements on production volumes, sales volumes, or percentages of market growth. Market allocation or division schemes are agreements in which competitors divide markets among themselves – competing firms allocate specific customers or types of customers, products or territories. In a bid-rigging conspiracy, competitors may agree to rotate winning bids, may divide bids, or one bidder may agree to submit an artificially high or “comp” or “cover” bid in return for a subcontract or payoff. In other words, competitors agree to restrict or eliminate competition for some piece of defined business, whether it is a sale, a contract, or a project*”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties.** 2005. Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2023.

suas decisões na presunção dos efeitos nocivos a partir da prova da existência do acordo, o que torna desnecessária a comprovação e mensuração dos efeitos líquidos negativos da conduta. O Brasil é um desses países que considera suficiente a prova da existência do acordo para configurar sua ilicitude⁴⁵⁶.

A legislação concorrencial brasileira, a Lei Federal n.º 12.529, de 2011, possui uma estrutura normativa em relação à definição das condutas anticompetitivas que permite, ao mesmo tempo, a identificação de atos que sempre serão considerados como condutas anticompetitivas e, portanto, puníveis, como de atos que, ainda que lícitos a priori, possam gerar efeitos anticompetitivos, e, nessa hipótese, sejam passíveis de punição⁴⁵⁷.

A opção por uma estrutura que traz no art. 36, da Lei n.º 12.529/11, um tipo infracional genérico, traduz esta preocupação de tornar punível todo ato que, ou por seu objeto, ou por seus potenciais efeitos, seja anticompetitivo⁴⁵⁸, que assim dispõe:

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
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Dessa forma, uma conduta é anticompetitiva se: (i) tiver objeto lícito, mas possuir potencialidade lesiva; ou (ii) tiver objeto ilícito. A interpretação desta estrutura normativa permite, pois, que se possam classificar as condutas em dois tipos: condutas por objeto e condutas por efeitos⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 26/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Op.cit.

⁴⁵⁷ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 125/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE. **Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMWE_yvJ8_Xvyk3YCCYsY3DWgOmrLswnWH N-miq05rn_V6M_9pldFgjhUS1y8Bwgxk98I0HEyMxJJkg2n3by1rY>. Acesso em: 11 de jul. 2023.

⁴⁵⁸ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 125/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Op. cit.

⁴⁵⁹ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 125/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Op. cit.

O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreram efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*. Neste caso, repise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises posteriores sobre efeitos ou detalhadas sobre o mercado⁴⁶⁰.

Por outro lado, quando o que torna uma conduta anticompetitiva são seus potenciais efeitos, é necessário que a decisão sobre a existência ou não da conduta perpassa algumas etapas relacionadas a estes potenciais efeitos, considerando-se, por exemplo, variáveis como eficiências geradas, racionalidade econômica ou justificativa para a conduta, entre outras. Na doutrina tradicional, diz-se que as condutas cuja ilicitude se define pela potencialidade de efeitos devem ser analisadas sob o jugo da regra da razão⁴⁶¹.

No tocante às infrações por objeto, práticas tendentes à coordenação e uniformização entre concorrentes geralmente se enquadram neste tipo de conduta, dado que de seu objeto dificilmente poderia advir algum efeito positivo ou ausência de efeitos negativos a justificar sua existência⁴⁶². Os principais exemplos deste tipo de condutas são os cartéis clássicos (*hard-core*), os cartéis em licitação, e as condutas de influência de conduta uniforme traduzidas em tabelas de preços elaboradas por associações comerciais e destinadas ao consumidor final, mas é possível afirmar que uma grande parte das condutas anticompetitivas enquadradas como cartel ou tratadas como assemelhadas possui como característica a ilicitude por objeto⁴⁶³.

⁴⁶⁰ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 125/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Op. cit.

⁴⁶¹ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 125/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Op. cit.

⁴⁶² CADE. NOTA TÉCNICA Nº 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNMF0UY13XDxx-kEkPDtbUrdzRflmfu4H7lm3k ALo26SOEVVig7F9x24mh0ocIggzO3QBkGpYCiEZr9aWapJyvM>. Acesso em: 11 de jul. 2023.

⁴⁶³ CADE. NOTA TÉCNICA Nº 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW>

Conforme Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, no Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26⁴⁶⁴:

Nesse sentido, primeiramente lembre-se que infrações por objeto englobariam, a princípio, condutas tais como cartel e tentativa de influência de conduta uniforme por meio de tabelamento de preços⁴⁶⁵. Tratam-se de ilícitos cujos efeitos já se sabe de antemão que são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência, e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias. Em outras palavras, há uma presunção de ilegalidade, tendo em vista os seus efeitos sabidamente deletérios, de forma que basta a comprovação da sua ocorrência para o julgamento, liberando a autoridade concorrencial de fazer uma análise econômica mais aprofundada⁴⁶⁶.

Especificamente com relação aos cartéis, pode-se auferir que consistem em um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixar preços ou quotas de produção, dividir clientes e mercados de atuação, bem como combinar preços e ajustar vantagens em concorrências públicas e privadas.

Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, e comprometendo a inovação tecnológica. Da mesma forma, cartéis em concorrências públicas ou privadas geram prejuízos ao Erário, ou aos consumidores.

Vale dizer que a caracterização de condutas coordenadas como infração concorrencial, pela doutrina e jurisprudência antitruste, resulta, pois, de

eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNMF0UY13XDXx-kEkPDtbUrdzRflmfu4H7lm3kALo26SOEVVig7F9x24mh0oclgqzO3QBkGpYCiEzr9aWapJyvM>. Acesso em: 11 de jul. 2023.

⁴⁶⁴ CADE. **Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO60co2p8xTf7bu4VF73k7-EcksDwi_uGvzjQhOP A1e8Lc7aQmTycO-1MOojdqaNEptRj8UT6puPYE20VH3oB39>. Acesso em: 11 de jul. 2023.

⁴⁶⁵ A exemplo do constatado no Processo Administrativo nº 08012.002866/2011-99, cujos Representados são Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos, de relatoria do Conselheiro Márcio Oliveira.

⁴⁶⁶ CADE. Op. cit.

uma ampla gama de eventos relacionados direta ou indiretamente a acordos entre concorrentes sobre as mais diversas condições comerciais^{467 468}.

Também a legislação concorrencial e penal brasileira tipificam as condutas infracionais entre concorrentes de maneira aberta e abrangente, de forma a abarcar as mais diversas formas de ajuste entre concorrentes sobre as mais diversas variáveis concorrencialmente relevantes⁴⁶⁹.

Nesta tipificação, especificamente no artigo 36, § 3º, inciso I, alíneas “a” a “d”, da Lei nº 12.529/11⁴⁷⁰ e artigo 4º, incisos I e II, alíneas “a” a “c”, da Lei

⁴⁶⁷ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNMF0UY13XDXx-kEkPDtbUrdzRflmfu4H7lm3k ALo26SOEVVig7F9x24mh0oclgqzO3QBkGpYCiEzr9aWapJyvM>. Acesso em: 11 de jul. 2023.

⁴⁶⁸ [10] International Competition Network - ICN destaca um conceito básico unânime do que constitui cartel: “Em termos simples, cartel é um acordo entre empresas para não concorrerem entre si”. Esse acordo pode se manifestar, ainda de acordo com a ICN, em diferentes formas: (a) Fixação de Preços: um acordo de fixação de preços é um acordo entre concorrentes para aumentar, fixar ou de qualquer forma manter o preço para um produto ou serviço. Tal conduta pode incluir acordos para estabelecer um preço mínimo, para eliminar descontos ou adotar uma fórmula padrão para calcular preços etc.; (b) Restrição de oferta: um acordo de restrição de oferta pode envolver acordos sobre volumes de produção, volume de vendas, ou percentuais de crescimento de mercado; (c) Divisão de mercados: esquemas de alocação de mercado ou divisão de mercado são acordos nos quais os competidores dividem o mercado entre si – alocam clientes específicos ou tipos de consumidores, produtos ou territórios; (d) Cartéis em licitações: nesses casos, os competidores podem acordar em submeter uma proposta artificialmente alta, de cortesia ou de cobertura como retorno a uma subcontratação ou pagamento. Ou seja, os concorrentes acordam em restringir ou eliminar a concorrência em alguma variável comercial, seja ela vendas, um contrato ou um projeto. Tradução livre de ICN. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, vol. 1. Bonn, 2005, p.10. A Organização para o Comércio e Desenvolvimento Econômico - OCDE também define o cartel e suas diferentes formas de manifestação como acordos para restringir a concorrência: Um cartel “hard core” é um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou arranjo anticompetitivo entre competidores para fixar preços; para realizar cartel em licitações; para restringir a produção ou estabelecer cotas de produção; para compartilhar ou dividir mercados por meio da alocação de consumidores, fornecedores, territórios ou linhas de comércio. Tradução livre de Hard Core Cartels. Organization for Economic Cooperation and Development. 2000. p.58.

⁴⁶⁹ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNMF0UY13XDXx-kEkPDtbUrdzRflmfu4H7lm3k ALo26SOEVVig7F9x24mh0oclgqzO3QBkGpYCiEzr9aWapJyvM>. Acesso em: 11 de jul. 2023.

⁴⁷⁰ Corresponentes aos incisos, I, III e VIII do artigo 21 da Lei 8.884/94, revogada pela Lei 12.529/11. SUPERINTENDÊNCIA-GERAL Coordenação-Geral de Análise Antitruste 6 Versão Pública Processo Administrativo nº 08700.003451/2017-70 18 concorrentes cujo objeto seja, por exemplo, fixação de preços, divisão de mercados e clientes, volumes de oferta, qualidade de serviços, dominação de mercado e participação em processos licitatórios e concorrências públicas e privadas (v. artigo 36, §3º, inciso I, alíneas “a” a “d”, da Lei nº 12.529/11 e artigo 4º, incisos I e II, alíneas “a” a “c”, da Lei nº 8.137/90).

nº 8.137/90, são descritas condutas que correspondem à classificação doutrinária e jurisprudencial de cartel.

E, o que se depreende desta “classificação legal” de cartel é que o mesmo possui muitas formas de se caracterizar e, na maioria das vezes, a mera ocorrência da ação descrita na legislação basta para configurar o ilícito.

Em outras palavras, quando se está diante de uma coordenação entre concorrentes que se caracteriza da forma descrita nos dispositivos legais citados, está se diante de um cartel, cuja ilegalidade é presumida por seu próprio objeto. Nesse sentido, veja-se, inclusive, que os próprios dispositivos legais, tanto da lei penal como da lei concorrencial, se ocupam, ao definir o cerne da ilicitude tipificada, com o objeto do acordo, manipulação, ajuste e/ou combinação entre concorrentes, determinando expressamente, como ilícitos os acordos entre

No mesmo sentido, também outras condutas concertadas entre concorrentes (e.g. trocas de informações sensíveis, influência de conduta uniforme) que tenham por objeto aquilo que é presumido como ilícito pela legislação e que, portanto, traduzem-se apenas em outra maneira de se chegar ao mesmo resultado que se teria mediante um cartel do tipo tradicional, são consideradas condutas puníveis pela sua mera ocorrência, devendo ser analisadas segundo a chamada regra per se.

Não se quer dizer com isso que não seja possível existirem outras condutas concertadas, como, por exemplo, determinadas trocas de informações entre concorrentes ou tipos de influência de conduta uniforme, ou mesmo formas diversas de coordenação entre concorrentes para as quais a presunção de ilegalidade acima mencionada seja mitigada ou afastada, mas apenas que, a depender do objeto destas condutas, as mesmas devem receber o mesmo julgamento destinado aos cartéis tradicionais, segundo a regra per se⁴⁷¹.

⁴⁷¹ CADE. **Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA5bS3N_JYF7CVQx39ZfhiLWHohaMpL_VuB34ARc7kATB%22>. Acesso em: 11 de jul. 2023.

Conforme analisado, as condutas tendentes à coordenação, tais como cartéis e assemelhadas dificilmente poderiam advir qualquer efeito positivo. Neste sentido, salvo situações excepcionais, cartel é uma conduta definida pelo seu objeto ilícito bastando, para caracterizá-lo, a prova da sua existência. Também afirmamos acima que a conduta tipificada na lei penal e administrativa como cartel pode assumir diversas formas de ocorrência. Deste fato, entretanto, decorre que, a depender da forma assumida pelo cartel, o standard de prova de sua existência será diferente, o que não retira o caráter de ilicitude pelo objeto da conduta, mas sim o grau de elementos necessários para sua comprovação.

Neste sentido, ressalta-se que a prova da existência de um cartel pode resultar de meios diretos e indiretos, obtidos durante a investigação⁴⁷².

Além disso, deve-se ressaltar ainda que o grau probatório exigido para caracterização de um cartel pode também influenciar diretamente na análise da gravidade da conduta e, proporcionalmente, da punição correspondente⁴⁷³.

Neste sentido, no Brasil, a jurisprudência caminha no sentido de aplicar punições mais severas às hipóteses dos cartéis denominados “clássicos”, nos quais os acordos são perenes e têm características que demonstram sua institucionalização, em comparação aos cartéis “difusos”, que, além de nem sempre apresentarem tais elementos característicos, normalmente tratam de uma coordenação eventual (muitas vezes reativa) diante de uma oportunidade/necessidade surgida no mercado^{474 475}.

⁴⁷² CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 28/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo n.º 08012.000773/2011-20.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMQuO8G0s4bPQ-0nWXAIRMaALvt9erK6fzueW Nw3smniG4l0Us92eMu7SkBJuJaizakpZr0lbRhrGqgYoSDWE98>. Acesso em: 11 de jul. 2023.

⁴⁷³ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 28/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.** Op. cit.

⁴⁷⁴ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 28/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.** Op. cit.

⁴⁷⁵ A respeito do tema, conferir Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14, referente ao cartel no mercado de pedra britada da região metropolitana de São Paulo, no qual o Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado considerou que os cartéis clássicos são nocivos ao bem-estar dos consumidores e, consequentemente, são considerados um delito per se, sem possibilidade de qualquer mitigação por argumentos da regra da razão. Posteriormente, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77 – relativo a cartel atuante no mercado brasileiro de peróxido de hidrogênio – o então Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo afirmou que, verificadas as condições de existência de um cartel, alcançar-se-ia um quantum probatório em que uma decisão poderia ser exarada, sendo desnecessária a prova dos

Essa mesma jurisprudência conceituou o cartel clássico – hard core cartel – como aquele surgido a partir do acordo secreto entre competidores, com alguma forma de institucionalidade – não decorrente de uma estratégia de coordenação eventual – a partir da qual fossem construídos mecanismos perenes para alcançar seus objetivos (fixar preços e condições de venda, dividir mercado, acordar níveis de produção, impedir a entrada de novas empresas no mercado, definir os vencedores de licitações públicas) e que permitisse seu monitoramento e a punição de eventuais desviantes^{476 477}.

Assim, estando diante de um cartel, geralmente basta a comprovação da existência do acordo para sua punição, dispensando a prova acerca da existência de prejuízos efetivos para fins de sua repressão.

Dessa forma, nos casos de cartel clássico, a prova da existência do acordo já seria suficiente para sua condenação, entretanto, a comprovação da existência de outros elementos que caracterizem perenidade e institucionalidade torna a conduta mais grave ensejando punição proporcional a esta gravidade⁴⁷⁸.

Novamente, dispensa-se para a caracterização de um cartel como clássico, provas relativas a efeitos ou digressões sobre poder de mercado, bastando a comprovação da existência de elementos de perenidade e institucionalidade⁴⁷⁹.

efeitos do acordo colusivo, adotando, portanto, a regra per se. No mesmo sentido, no recente julgamento do Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12 – relativo ao cartel atuante nos postos de gasolina na cidade de Bauru/SP -, a Conselheira-Relatora Ana Frazão considerou que inexistindo quaisquer aspectos pró-competitivos possíveis de serem gerados por tal tipo de conduta, não há razão para se cogitar da realização de uma análise mais depurada dos efeitos agregados da prática sobre o bem-estar social, já que tal exercício invariavelmente indicará a lesividade de acordos entre concorrentes voltados unicamente à fixação de preço.

⁴⁷⁶ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 28/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE**. Op. cit.

⁴⁷⁷ No julgamento do denominado “Cartel de Britas”, o Relator afirmava que a prática de cartel é sempre prejudicial ao funcionamento de uma economia de mercado, por gerar unicamente efeitos negativos líquidos, sem qualquer ganho de eficiência associado. Vide Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14, Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, julgado em 13 de julho de 2005. Representante: SDE ex officio. Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (SINDIPEDRAS) e outros.

⁴⁷⁸ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYiebuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNMF0UY13XDxx-kEkPDtbUrdzRflmfu4H7lm3k ALo26SOEVVig7F9x24mh0ocIggzO3QBkGpYCiEZr9aWapJyvM>. Acesso em: 1 de jun. 2023.

⁴⁷⁹ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE**. Op. cit.

Dessa forma, a utilidade em estabelecer as condições de existência de um cartel clássico, em outras palavras, comprovar se o acordo possui características que demonstrem sua perenidade (caráter não episódico) e institucionalização (mecanismos de monitoramento do cumprimento dos objetivos acordados entre seus membros), não está em obter prova necessária para a condenação da conduta, para a qual basta a prova da existência de um acordo colusivo, como vimos, mas sim em determinar a gravidade da conduta e o quantum proporcional de punição⁴⁸⁰.

A jurisprudência do CADE é pacífica em considerar o cartel conduta punível segundo a técnica do ilícito “por objeto”, quando o efeito deletério sobre a concorrência ou o bem-estar do consumidor é presumido⁴⁸¹.

Quanto ao nível de institucionalidade da conduta anticompetitiva, a jurisprudência do Cade classifica cartéis em dois tipos: clássicos (*hard core*) e difusos (*soft core*).

Tal classificação pode influenciar, proporcionalmente, na punição aplicada. Importante observar que “a diferença entre um cartel clássico e difuso é uma construção doutrinária e jurisprudencial e está relacionada ao nível de institucionalização do acordo, e não à presunção de seus efeitos negativos”⁴⁸². Abaixo estão elencados alguns processos em que o Tribunal do Cade classificou situações em julgamento em uma destas categorias:

Clássico: o cartel clássico ou *hard core* se caracteriza por acordos entre competidores “com alguma forma de institucionalidade, com objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no

⁴⁸⁰ CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE**. Op. cit.

⁴⁸¹ Exemplificativamente, Voto do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18 e documentos SEI 0752279 (Voto do Cons. Mauricio Bandeira Maia no Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64), SEI 0793414 (Voto do Cons. Luiz Braido no Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97), SEI 0534141 (Voto do Cons. Paula Azevedo no Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71), SEI 0264382 (Voto do Cons. Alexandre Cordeiro no Processo Administrativo nº 08012.009645/2008-46) e SEI 0583001 (Voto Cons. João Paulo Resende no Processo Administrativo nº 08012.001377/2006-52).

⁴⁸² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o Cade. Set/ 2021**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf>>. Acesso em: 8 de set. 2022. P. 36.

mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos”⁴⁸³. É uma característica frequente, mas não necessária, do cartel institucionalizado a existência de mecanismos de monitoramento e retaliação. Por implicar ânimo de perpetuar manipulação no mercado, há tendência para alta gravidade, embora um juízo definitivo de efeitos dependa das circunstâncias da conduta e do caso concreto⁴⁸⁴. Considerou-se existir cartéis clássicos nos seguintes julgados:

Processos Administrativos n°s	08012.011980/2008-12,
08700.010769/2014-64,	08012.002812/2010-42,
08012.004674/2006-50,	08700.001859/2010-31,
08012.001376/2006-16,	08012.007011/2006-97,
08012.006130/2006-22,	08012.000820/2009-11,
08012.001600/2006-61,	08012.002568/2005-51,
08012.008847/2006-17,	08012.010932/2007-18,
08012.001273/2010-24,	08012.005004/2004-99,
08012.011668/2007-30,	08012.011142/2006-79,
08012.003745/2010-83,	08012.002959/1998-11,
08012.004702/2004-77,	08012.005495/2002-14,
08012.002127/2002-14	e
08012.002299/2000-18 ⁴⁸⁵ .	

Difuso: o cartel difuso ou soft core se caracteriza por ser “um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas”⁷⁸. Por ser episódico, tende a ser menos gravoso que o cartel clássico, mas não se exclui alta gravidade, a depender das circunstâncias. Consideraram-se provados cartéis difusos nos seguintes julgados: Processos Administrativos nos 08700.001422/2017-73, 08012.004280/2012-40, 08012.004422/2012-79, 08012.008215/2006-45 e 08012.006019/2002-11. cartel em licitação pode ser definido como o “conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública”⁴⁸⁶. Referida conduta altera a situação normal e esperada de efetiva concorrência do procedimento, imputando ao Estado condições menos favoráveis na contratação de bens e serviços, tais como preços mais elevados, produtos e serviços de qualidade inferior ou aquisição de quantidade menor do que a desejada⁴⁸⁷. Dessa forma, o cartel em licitação mina os esforços da Administração Pública em utilizar de forma eficiente e eficaz seus

⁴⁸³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Op. cit. p. 37.

⁴⁸⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Op. cit. p. 37.

⁴⁸⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Op. cit. p. 37.

⁴⁸⁶ CADE. **Guia Combate a Cartéis em Licitações**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 11.

⁴⁸⁷ CADE. Op. cit. p. 11.

recursos, com vistas a disponibilizar os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país, sendo, conseqüentemente, prejudicial a toda a sociedade⁴⁸⁸.

Anualmente, o Estado Brasileiro, em todas as suas esferas federativas destina um volume significativo de recursos para adquirir bens e serviços necessários para o desenvolvimento de suas atividades. Tais negócios jurídicos permitem ao Estado cumprir suas funções primordiais nas áreas de saúde, educação, segurança pública, infraestrutura e tantas outras⁴⁸⁹.

Para que o Estado empregue seus recursos de maneira apropriada, seus contratos precisam ser elaborados com base na melhor proposta para a Administração, considerando a qualidade e preço do bem ou serviço. O certame deve observar elevados padrões de isonomia, qualidade e eficiência, sem favorecer qualquer participante. Nesse sentido, é de fundamental importância que as licitações sejam transparentes e econômicas. Esses princípios estão intimamente relacionados à concorrência em uma licitação. Licitações com regras transparentes e amplamente conhecidas facilitam a participação do maior número de licitantes, aumentando a competitividade e, conseqüentemente, resultando em propostas mais vantajosas. Para o Estado, portanto, a efetiva competição entre as empresas nas licitações que promove é a verdadeira “alma do negócio”⁴⁹⁰.

Conforme a OCDE, esses conluíus retiram recursos dos adquirentes e contribuintes, diminuem a confiança do público no processo competitivo e enfraquecem os benefícios de um mercado competitivo. Especificamente quanto à gravidade dos cartéis em licitação, também de acordo com a OCDE, em seus países membros, os contratos públicos constituem aproximadamente 15% do PIB e, em países não-membros, os números podem ser ainda maiores⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ CADE. Op. cit. p. 11.

⁴⁸⁹ CADE. Op. cit. p. 11.

⁴⁹⁰ CADE. Op. cit. 11.

⁴⁹¹ OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas (2009)**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2023.p. 1.

No Brasil, em 2018, apenas o governo federal realizou mais de 100 mil processos de contratação, envolvendo aproximadamente 48 bilhões de reais, valor que demonstra o impacto que cartéis em licitação podem causar ao erário⁴⁹².

No ordenamento jurídico brasileiro, de forma similar ao que ocorre em outros países, temos diversos modelos de contratação, na tentativa de adequar a forma de contratação às diferentes situações enfrentadas, racionalizar as contratações e otimizar a alocação dos recursos públicos. Destaca-se que cada um modelo apresenta benefícios e dificuldades específicas, não havendo um modelo ideal que impeça ou solucione todos os problemas possíveis, seja do ponto de vista antitruste ou de outros diversos problemas que afetam as contratações públicas. Apesar de nenhuma modalidade de licitação ser imune à ocorrência de acordo entre concorrentes, cabe ao órgão licitante, com base nas melhores práticas, desenhar editais que, de um lado, estimulem a competitividade e a participação do maior número possível de empresas e, de outro lado, dificultem a atuação de cartéis.⁴⁹³

A tabela abaixo sintetiza a tipificação da conduta de cartel.

TABELA 5 TIPIIFICAÇÃO DA CONDUTA DE CARTEL

⁴⁹² CADE. Op. cit.

⁴⁹³ CADE. Op. cit.p. 12.

	CADE Lei de Defesa da Concorrência (cartel)		CGU Lei Anticorrupção (corrupção)	MPs e Polícias Crimes (ex. cartel, corrupção, lavagem de dinheiro, etc.)
Sanções	Administrativas (até 20% faturamento bruto) + proibição de contratar com a administração pública, se aplicável		Administrativas (até 20% faturamento bruto) + proibição de contratar com a administração pública, se aplicável	Prisão + Serviço Comunitário + Multas
Tipo de acordo	Acordo de Leniência (CADE) – Lei 12.529/2011 e RICADE	TCC (CADE) – Lei 12.529/2011 e RICADE	Acordo de Leniência – Lei 12.846/2013	Colaboração Premiada – Lei 12.850/2013 e outros
Beneficiário	Pessoas jurídicas e físicas (1ª apenas)	Pessoas jurídicas e físicas (2ª e seguintes)	Pessoas jurídicas (1ª? Possivelmente, 2ª e seguintes tb)	Pessoas físicas (1ª, 2ª e seguintes)
Competência	Celebrado pela SG, <u>com</u> intervenção do MP	Homologado pelo Tribunal do CADE, <u>sem</u> intervenção do MP	*Federal: CGU (Homologação MP? PLS 105/2015 Fiscalização TCU? IN 74/2015)	Homologado pelo juiz, a requerimento do Delegado, MP ou do colaborador
Benefícios	Imunidade total ou redução parcial (1 a 2/3) administrativa, criminal e permissão de contratar	Redução da multa (faixas de até 50% desconto, RICADE), e permissão de contratar	Redução da multa (1 a 2/3) e permissão de contratar	Perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade ou até mesmo deixar de oferecer denúncia
Danos cívicos?	Sim. Não exime da reparação civil de dano	Sim. Não exime da reparação civil de dano	Sim. Não exime da reparação integral de dano	Sim. Não exime da reparação integral de dano

FONTE: CADE. **Guia Combate a Cartéis em Licitações.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2023. p. 11.

É evidente que o cartel e as condutas colusivas podem trazer sanções na esfera civil, penal e administrativa. No entanto, o objeto desta tese é a Sanção Administrativa Concorrencial. Conforme aqui demonstrado, cartel é conduta tipificada pelo SBDC e a sanção administrativa que será examinada no próximo.

3.2 A Sanção Administrativa por cartel no âmbito do SBDC.

O capítulo III, da Lei Federal 12.529, de 2011, estabelece severas multas que podem chegar a até 20% do valor do faturamento bruto da empresa no mercado relevante em que ocorreu a infração, estabelecendo ainda que o valor da multa não possa ser inferior à vantagem auferida em decorrência da conduta.

Sendo a infração à Ordem Econômica ilícito de natureza administrativa, as sanções aplicadas pelo exercício de poder de polícia por parte do CADE caracterizam-se, precipuamente, pelo seu cunho pecuniário e restritivo de direitos⁴⁹⁴.

O artigo 37, da Lei 12.529 de 2011, apresenta o rol de sanções ordinárias que podem ser aplicadas pelo CADE na repressão de infrações à ordem econômica. Neste sentido, o supracitado destaca em seus incisos a possibilidade de multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa:

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.

20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, quando for possível sua estimação.

⁴⁹⁴ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 10.

Mais adiante, o referido dispositivo, através do inciso II, imputa a possibilidade de multa com valor que varie de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito.

Por fim, o inciso terceiro ainda estabelece que no caso de executivos, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, se comprovada a sua culpa ou dolo, este terá que arcar com uma multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) da reprimenda imposta à empresa.

Sobre a pena imposta aos executivos, lecionam Leonor Clodovil, Vinícius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders, que a Lei 12.529/2011 inova ao prever a penalidade do administrador de um classe, por exemplo, ou o administrador de qualquer outra entidade sem fins lucrativos⁴⁹⁵.

O artigo 38⁴⁹⁶ da referida Lei propõe uma reprimenda ainda maior para os casos em que sejam configuradas lesões ao interesse público.

O artigo 45 da Lei 12.529 salienta as considerações a serem estabelecidas quando da aplicação das penas previstas pela Lei 12.529, nos seguintes moldes:

I - a gravidade da infração;

⁴⁹⁵ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 121.

⁴⁹⁶ 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 em geral; 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.

- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV - a consumação ou não da infração;
- V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII - a situação econômica do infrator; e
- VIII - a reincidência.

Trata-se na realidade de uma possibilidade de atenuar ou agravar a pena do administrado em relação a conduta por ele perpetrada. Observa-se, portanto, que a Lei 12.529/2011, além das severas penas estabelecidas no Art. 37 e subsequentes, estabelece também uma série de **agravantes** ou **atenuantes** que poderão ser consideradas quando da aplicação da reprimenda por parte da autoridade antitruste.

Assim sendo, dado o valor pecuniário das sanções previstas na Lei de Defesa da Concorrência, verifica-se que estas são muito mais severas do que a multa estabelecida na Lei 14.133/2021⁴⁹⁷ que trata das multas aplicadas no cumprimento dos Contratos Administrativos e da própria Lei de Improbidade Administrativa⁴⁹⁸.

Destaca-se que o SBDC não tem competência legal para aplicar a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica. Quando confrontado com uma infração à ordem econômica, os órgãos do SBDC devem proceder à denúncia ao Ministério Público Federal junto ao CADE ou aos Ministérios Público Federal e Estadual das regiões geográficas afetadas pela conduta.⁴⁹⁹

A condução aprimorada e detalhada dos processos administrativos que tramitam no Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE e as vultosas multas aplicadas pelo Tribunal Administrativo de Defesa da Econômica-TARDE delineiam a complexidade do tema que envolve a aplicação Direito Antitruste,

⁴⁹⁷ Frustração do caráter competitivo de licitação- Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

⁴⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm>. Acesso em: 7 de jul. 2023.

⁴⁹⁹ OECD. **Competition Law and Policy in Brazil: a Peer Review 2010.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>>. Acesso em: 5 de maio de 2023. p. 18.

especialmente neste período de consolidação das instituições no Brasil e da própria forma como os agentes econômicos precisam atuar no mercado.

Além dos ilícitos concorrenciais dispostos na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), tem-se também a possibilidade em casos de cartéis envolvendo licitações, por exemplo, a possibilidade de aplicação da Lei “Anticorrupção”, Lei nº 12.846, de 2013,⁵⁰⁰ e, que trata da multa administrativa para pessoas jurídicas, exigindo-lhes maior observância da Lei, além de estimular a criação de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades.

Como explicitam os artigos 37 e 38 da LDC, as sanções a que se sujeitam os agentes privados por tais infrações são bastante graves. Além disso, empresas podem sofrer processos na esfera cível, e as pessoas físicas, na esfera criminal, por força da Lei 8.137, de 1990.

Assim, considerando-se a importante atuação 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. Destacam-se as possíveis sanções a serem impostas:

Empresa: multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto anual no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração;

Administrador (direta ou indiretamente) responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo: multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa;

Pessoas Físicas (funcionários, consultores, contadores etc.) ou **Jurídicas** (público ou privado/associações de entidades /pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica), que não exerçam atividade empresarial: multa de R\$ 50 mil a R\$ 2 bilhões;

Reincidência da prática:

- Empresa ou pessoa física: as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

- Continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação:

⁵⁰⁰ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2023.

multa diária fixada em valor de R\$ 5 mil podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração.

Processo Criminal: as pessoas físicas envolvidas em condutas anticoncorrenciais poderão ainda ter as suas práticas criminalmente investigadas e punidas, com pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa⁵⁰¹.

Registra-se que existem benefícios em respeitar o direito da concorrência que não apenas o de evitar penalidades, entre eles: a garantia de um ambiente concorrencialmente probo, a boa reputação no mercado e a boa aceitação por parte da opinião pública⁵⁰².

Considerando-se que a sociedade cada vez mais toma consciência da importância da concorrência saudável, e que as notícias sobre práticas anticompetitivas ganham espaço na mídia, o incentivo para cooperar com as autoridades e observar as leis de forma sistemática vai além da mera não sujeição às sanções aplicáveis e estende-se para a garantia da boa imagem⁵⁰³.

O desenvolvimento da Governança Corporativa e a adoção de Programas de Compliance Concorrencial por parte dos próprios agentes econômicos, ainda no ambiente interno da pessoa jurídica, podem ser ferramentas viáveis de prevenção a possíveis ilícitos concorrenciais que serão melhor abordados no capítulo a seguir.

Vale ressaltar que a Lei 12.529, de 2011, determina no art. 85, §2º a obrigatoriedade do recolhimento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) para os casos de TCCs firmados em investigações de cartel, valor este que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 da referida norma.

Para os casos de condenação de PJs, o mesmo art. 37 assinala que a multa será composta por uma base de cálculo (valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à

⁵⁰¹CADE. **Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos Programas de Compliance Concorrencial.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>> . Acesso em: 16 de fev. 2016. p. 8.

⁵⁰²CADE. Op. cit.. p. 8-9.

⁵⁰³CADE. Op. cit. p. 9.

instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração) e por uma alíquota (de 0,1% a 20%)⁵⁰⁴.

Na pesquisa intitulada “Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste” Luiza Kharmandayan verificou que a maioria das jurisdições analisadas conta com um guia de dosimetria para a aplicação de sanção pecuniária pelo cometimento de ilícitos concorrenciais.

Esses guias contêm orientações gerais da metodologia que deve ser utilizada pela autoridade competente, e não uma fórmula rígida, que permitiria a predeterminação precisa da sanção aplicável a cada tipo de conduta. Com exceção do Japão, cuja metodologia de aplicação de multa é extremamente rígida e retira da autoridade qualquer margem de discricionariedade, observa-se a adoção de uma orientação mais genérica, que permita à autoridade considerar as especificidades do caso concreto, é uma opção expressa, tendo em vista os objetivos de promover a dissuasão e garantir a proporcionalidade das penas⁵⁰⁵.

Em dissertação de mestrado defendida na Universidade Católica de Brasília intitulada Sanções por Formação de Cartel no Brasil, Daniel Boson aponta que o CADE deve ter por objetivo a dissuasão da conduta, mas considerando alguma proporcionalidade entre penalidade e duração da participação dos infratores. O autor conclui, considerando os limites legais, as multas não são suficientes para tornar a prática de cartel uma conduta não lucrativa. Dessa forma, o CADE deve utilizar complementarmente os outros instrumentos previstos pelo legislador⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴SAITO, Caroline. **TCC na Lei 11.529/11**. Fev/2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em: 4 de maio de 2023. p. 28.

⁵⁰⁵ CADE. **Documento de trabalho n. 004/2020. Benchmarking internacional sobre dosimetria das penalidades antitrustes**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n04-2020-benchmarking-internacional-sobre-dosimetria-d-e-penalidades-antitruste.pdf>>. Acesso em: 6 de jun. 2023.

⁵⁰⁶BOSSON, Daniel. **Sanções por formação de cartel no Brasil**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/284/1/Daniel%20Silva%20Boson.pdf>>. Acesso em: 3 de jul. 2023.

Segundo Gary Becker, políticas ideais para combater o comportamento desfavorável fazem parte de uma alocação ideal de recursos. Como a ciência econômica foi desenvolvida para lidar com alocação de recursos, uma estrutura econômica torna-se aplicável, ajuda e enriquece a análise de condutas ilícitas. Certos aspectos únicos desta última enriquecem a análise econômica, entre eles: algumas punições, como as prisões, são obrigatoriamente um custo não monetário para a sociedade e para os infratores; o grau de incerteza é uma variável de decisão que entra tanto nas funções de receita quanto de custo⁵⁰⁷.

Na pesquisa “O uso ideal de multas e prisão” publicada Revista de Economia Pública (Journal of Public Economics), Polinsky e Shavell, examinaram o uso de multas e prisão para dissuadir os indivíduos de se envolverem em atividades nocivas.

Tais sanções foram analisadas separadamente, e depois em conjunto, primeiro para indivíduos neutros ao risco idêntico e depois para dois grupos de indivíduos neutros ao risco que diferem pela riqueza. Polinsky e Shavel apontam que quando as multas são usadas sozinhas e os indivíduos são idênticos, o tempo ideal e a probabilidade de apreensão são tais que há alguma “subdissuasão”. Se os indivíduos diferem pela riqueza, então o tempo ótimo para o grupo de alta riqueza excede o tempo para o grupo de baixa riqueza. Quando a prisão é usada sozinha e os indivíduos são idênticos, o prazo e a probabilidade de prisão ideais podem ser tais que haja sub-dissuasão ou super dissuasão. Se os indivíduos diferem por riqueza, o prazo de prisão ideal para o grupo de alta riqueza pode ser maior ou menor do que o prazo para o grupo de baixa riqueza. Observou-se que quando multas e prisão são usadas juntas, é desejável usar a multa em sua extensão máxima possível antes de possivelmente complementá-la com uma pena de prisão⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968

⁵⁰⁸ POLISKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The optimal use of fines and imprisonment. **Journal of Public Economics** 24 (1984) 89-99. North Holland Disponível em: <http://harvardlawschool.com/faculty/shavell/pdf/24_J_Public_Econ_89.pdf>. Acesso em: 3 de jul. 2023.

Conforme abordado no capítulo 2.2., a Lei nº 12.529, de 2011 que instituiu o atual Programa de Leniência do Cade (Capítulo VII, Título VI), trouxe algumas mudanças em relação à Lei nº 8.884, de 1994, devendo-se destacar:

I. a alteração da autoridade competente: na Lei nº 8.884/1994, era a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico – SDE/MJ, que celebrava o acordo de leniência. Já na Lei nº 12.529/2011 passou a ser o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral;

II. o fim do impedimento para que o líder do cartel seja proponente do acordo; e

III. explicitação dos efeitos do acordo de leniência no âmbito penal: a Lei nº 12.529/2011 define que a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência no que tange aos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990) e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei nº 14.133/2021) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa). Cumprido o acordo de leniência, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes acima, nos termos do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011⁵⁰⁹.

Na esfera administrativa, a celebração do acordo de leniência candidata às empresas e/ou pessoas físicas signatárias à obtenção dos benefícios da extinção da ação punitiva da administração pública ou da redução da penalidade aplicável, benefícios estes concedidos definitivamente quando do julgamento do processo administrativo instaurado para apurar as condutas ilícitas denunciadas pelo Tribunal do Cade (art. 86, §4º da Lei nº 12.529.2011)⁵¹⁰.

Conforme estabelece o artigo 86, §4º, da Lei nº 12.529/2011 c/c artigo 208 do RiCade, uma vez declarado o cumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal do Cade, os signatários beneficiam-se:

I. da extinção da ação punitiva da Administração Pública em relação à Lei nº 12.529/2011, nas hipóteses em que a proposta do acordo de leniência for apresentada à Superintendência-Geral do Cade em momento em que essa autoridade ainda não tenha conhecimento prévio da infração noticiada; ou II. da redução de um a dois terços das penas aplicáveis no âmbito da Lei nº 12.529/2011, nas hipóteses em

⁵⁰⁹CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE.** Disponível em:<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cad-es-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023. p. 14-15.

⁵¹⁰CADE. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE.** Disponível em:<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines-cad-es-antitrust-leniency-program-2020.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023. p. 11.

que a proposta do acordo de leniência for apresentada à SG/Cade após o conhecimento desta autoridade sobre a infração noticiada⁵¹¹.

Na esfera criminal, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao indivíduo beneficiário da leniência no que tange aos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei nº 14.133/2021) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa). Cumprido o acordo de leniência, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes acima (art. 87 da Lei nº 12.529/2011).

É importante diferenciar quando os benefícios do Acordo de Leniência serão concedidos de forma total e quando serão concedidos de forma parcial. A extinção da ação punitiva da administração pública – leniência total – ou a redução de um a dois terços das penas aplicáveis – leniência parcial (art. 86, §4º da Lei nº 12.529/2011) –, depende do “conhecimento prévio” da Superintendência-Geral do Cade a respeito da conduta (art. 208, I e II do RiCade):

I. se a SG/Cade não tinha conhecimento prévio da infração, a empresa e/ou pessoa física receberá, com a declaração de cumprimento do acordo de leniência pelo Plenário do Tribunal do Cade, o benefício da extinção da ação punitiva da administração pública em relação à infração noticiada;

II. se a SG/Cade já tinha conhecimento prévio da conduta, mas não dispunha de provas para assegurar a condenação dos envolvidos, a empresa e/ou pessoa física poderá celebrar um acordo de leniência com benefícios parciais (Leniência Parcial, vide pergunta 38) e receberá, com a declaração de cumprimento do acordo de leniência pelo Plenário do Tribunal do Cade, o benefício da redução de um a dois terços da 22 penalidade aplicável, a depender da efetividade da colaboração prestada e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência⁵¹².

Apesar de não haver na legislação brasileira o conceito expresso de “conhecimento prévio” da conduta pela Superintendência-Geral do Cade, entende-se que o conhecimento prévio apenas ocorre na hipótese de haver, à época

⁵¹¹CADE. Op. cit. p. 18.

⁵¹²CADE. Op. cit. p. 21.

da apresentação da proposta de acordo de leniência, procedimento administrativo aberto (arts. 66 e 69 da Lei nº 12.529/2011) com indícios razoáveis de prática anticompetitivas para apurar a infração objeto da proposta de acordo de leniência. Representações feitas por meio do “Clique Denúncia”, notícias na mídia ou informação sobre a existência de investigação em outro órgão da Administração Pública ainda não apuradas pelo Cade, dentre outras situações, em regra, não configuraram “conhecimento prévio” por parte da Superintendência-Geral do Cade, exceto se trouxerem elementos probatórios suficientes para ensejar a abertura de procedimento administrativo⁵¹³.

Uma outra pergunta importante a ser respondida é a seguinte: Quando os benefícios do Acordo de Leniência serão efetivamente concedidos? No que se refere à esfera administrativa, os benefícios serão efetivamente concedidos com a declaração de cumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal do Cade, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo (art. 86, §4º, I e II da Lei nº 12.529/2011). A declaração de cumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal do Cade não precisa ser homologada em juízo. Já na esfera criminal, a celebração do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação aos signatários em relação, por exemplo, aos crimes elencados pelo artigo 87 da Lei nº 12.529/11. A extinção da punibilidade, por sua vez, ocorre automaticamente quando o acordo de leniência é declarado cumprido⁵¹⁴.

Destaca-se que os benefícios do acordo de leniência são estendidos aos crimes diretamente relacionados à prática de cartel. Na esfera criminal, a celebração do termo do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao indivíduo beneficiário da leniência no que tange aos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral 23 de Licitações (Lei nº 14.133/2021) e no artigo 288 do Código Penal

⁵¹³CADE. Op. cit. p. 22.

⁵¹⁴CADE. Op. cit. p. 22.

(associação criminosa), nos termos do art. 87, caput da Lei nº 12.529/2011. Trata-se de rol exemplificativo de crimes diretamente relacionados à prática de cartel. Por sua vez, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes acima quando declarado cumprido o acordo de leniência⁵¹⁵.

Ademais, não há previsão legal de que os benefícios concedidos no âmbito do acordo de leniência resultem em extinção da punibilidade ou redução das penas administrativas em outros ilícitos administrativos além daqueles previstos no artigo 87, caput da Lei nº 12.529/2011, embora este rol seja exemplificativo⁵¹⁶.

Mencione-se também que as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por prática anticoncorrencial entre concorrentes que não se qualificam para celebrar acordo de leniência podem, a princípio, propor a celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o Cade (art. 85 da Lei nº 12.529/2011 c/c arts. 183 a 188 do RiCade)⁵¹⁷.

Quanto à diferença entre o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), o acordo de leniência é instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial entre concorrentes ao Cade (art. 86, §1º, I da Lei nº 12.529/2011) (vide pergunta 12) e cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais (art. 86, §4º c/c art. 87 da Lei nº 12.529/2011). Já o TCC, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal. Especificamente para os casos de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, como é o caso de cartel⁵¹⁸.

Dessa forma, o TCC possui os seguintes requisitos:

I. pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos dos artigos 85, §1º, III da Lei nº

⁵¹⁵CADE. Op. cit. p. 22.

⁵¹⁶CADE. Op. cit. p. 23.

⁵¹⁷CADE. Op. cit. p. 23.

⁵¹⁸CADE. Op. cit. p. 23.

12.529/2011 e 183, caput, do RiCade, que é estabelecida com base no valor da multa esperada, sobre o qual incidirá uma redução percentual que varia conforme o momento da propositura do TCC e a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual, de acordo com o artigo 186, incisos I, II, III e artigo 187 do RiCade, nos seguintes termos:

a. logo após a instauração de procedimento administrativo e antes de o processo ser remetido ao Tribunal do Cade, a contribuição pecuniária será calculada com base na multa esperada, sobre a qual incidirá:

- i. uma redução de 30% a 50% para o primeiro proponente de TCC;
- ii. uma redução de 25% a 40% para o segundo proponente de TCC;
- iii. uma redução de até 25% para os demais proponentes de TCC; e

b. depois de os autos serem remetidos ao Tribunal do Cade: a contribuição pecuniária será calculada com base na multa esperada, sobre a qual incidirá uma redução de até 15% (esses parâmetros podem sofrer alteração se também houver Leniência Plu)

II. é necessário o reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do proponente, nos termos do artigo 184 do RiCade;

III. deve haver colaboração do proponente com a instrução processual, nos termos do artigo 185 do RiCade;

IV. o proponente obrigar-se-á a não praticar a conduta investigada, nos termos do §1º do artigo 85 da Lei nº 12.529/2011;

V. será fixada multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas⁵¹⁹.

Como o TCC não gera benefícios automáticos na seara criminal, o Ministério Público não é interveniente no acordo e pode propor ação penal contra os compromissários. Apesar disso, caso o interessado em celebrar TCC com o Cade queira também negociar, paralelamente, acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal, a Superintendência-Geral do Cade pode auxiliar a interlocução com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal, destacando-se que a negociação e a assinatura de eventuais acordos de colaboração premiada ocorrem a critério dessas autoridades⁵²⁰.

Com o intuito de facilitar a interlocução entre o compromissário e o Ministério Público, o Cade, em 16 de março de 2016, assinou Memorando de Entendimentos com o Grupo de Combate a Cartéis do Ministério Público Federal em São Paulo formalizando a possibilidade de coordenação institucional caso os

⁵¹⁹CADE. Op. cit. p. 24.

⁵²⁰CADE. Op. cit. p. 24.

proponentes tenham interesse em colaborar tanto no âmbito do TCC com o Cade quanto em acordo de colaboração com o MPF/SP⁵²¹.

Destaca-se que foram previstas duas possibilidades de acordos no âmbito criminal paralelamente à celebração de TCCs:(i) Acordo de Colaboração Premiada, nos termos da Lei 12.850, de 2013 (Art. 4º), e (ii) Confissão qualificada pela delação, nos termos da Lei 8.137/90 (Art. 16)⁵²².

Importante registrar que, ainda que não haja acordo de leniência celebrado com o Cade, é possível que apenas a negociação de um Termo de Compromisso de Cessação esteja disponível para a empresa e/ou indivíduos, a depender do preenchimento ou não dos requisitos para a negociação e celebração de cada um desses tipos de acordo⁵²³.

Conforme os arts. 186 e 187 do RiCADE, em decorrência da colaboração na investigação e/ou a depender do momento processual no qual o Requerimento é apresentado (lugar do Representado na fila de Requerimentos), poderá haver, dependendo do caso concreto em apreciação, o qual pode demandar flexibilizações desses parâmetros quando necessário e quando devidamente fundamentado, descontos de até 50% da multa esperada, na seguinte escala:

- Entre 30% e 50% para o primeiro Representado que requerer TCC quando o processo principal estiver em trâmite na SG/CADE;
- Entre 25% e 40% para o segundo Representado que requerer TCC quando o processo principal estiver em trâmite na SG/CADE;
 - Até 25% para os demais Representados que requererem TCC quando o processo principal estiver em trâmite na SG/CADE;
- Até 15% para os Representados que requererem TCC quando o processo principal estiver em trâmite no Tribunal/CADE⁵²⁴.

Assim, a contribuição pecuniária é composta pelo valor da multa que a PJ receberia em caso de condenação (multa esperada), diminuída por um

⁵²¹CADE. Op. cit. p. 24-25.

⁵²²CADE. Op. cit. p. 25.

⁵²³CADE. Op. cit. p. 25.

⁵²⁴ SAITO, Caroline. **TCC na Lei 11.529/11**. Fev/2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em: 4 de maio de 2023. p. 9-10.p. 28-29.

percentual de desconto (estabelecido conforme a escala acima), especificamente por três elementos, representados pela seguinte fórmula:

$$\{ [\text{BASE DE CÁLCULO X ALÍQUOTA}] - \text{DESCONTO TCC} \}^{525}.$$

Deve-se registrar que apesar de um Programa de Compliance não ser suficiente para afastar a possibilidade de imposição de penalidades pelo Cade, em determinadas situações ele pode impactar favoravelmente a determinação dessas penalidades, afastando, por exemplo, certas proibições ou até mesmo reduzindo o valor da multa aplicável. Isso ocorre pois, 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 reincidência⁵²⁶.

A adoção de um programa de compliance robusto, com medidas de controle de danos, que atenda aos requisitos expostos na seção III.2 acima, pode ser considerada evidência da boa-fé da organização infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Por conta disso, é possível que o Tribunal enquadre o programa de compliance como (i) uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a, ou como (ii) um critério a ser considerado quando do cálculo da contribuição pecuniária, em eventual TCC a ser assinado pela organização, que poderia levar o percentual de desconto ao máximo permitido⁵²⁷.

Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade.

Destaca-se que é ônus exclusivo do investigado demonstrar que possui um Programa de Compliance robusto, sob o qual práticas anticompetitivas são

⁵²⁵ SAITO, Caroline. Op. cit. p. 29.

⁵²⁶CADE. **Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos Programas de Compliance Concorrencial.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>> . Acesso em: 16 de fev. 2016. p. 42.

⁵²⁷CADE. Op. cit. p. 42.

claramente contrárias às políticas da organização e às orientações dos seus administradores.⁵²⁸

No próximo tópico, examinar-se-á a metodologia para cálculo estimado da multa.

3.3 A metodologia para cálculo estimado da multa.

Na Revisão por pares, elaborada em 2019, a OCDE apontou que o Cade deveria esclarecer a metodologia para o cálculo de multas. Por exemplo, estabelecendo uma abordagem que se baseie em dados prontamente identificáveis e que evite cálculos complexos em relação à vantagem auferida pela empresa como resultado da infração concorrencial⁵²⁹.

Em setembro de 2023, o CADE publicou o Guia: Dosimetria de Multas de Cartel.

O Guia está estruturado em cinco seções. Na primeira seção (Introdução), apresentam-se de maneira resumida os pontos que serão detalhados. Na segunda seção (Da sanção pecuniária - Multa), são desenvolvidas as etapas para o cálculo das multas aplicadas a Pessoas Jurídicas (PJs), com faturamento, essencialmente empresas, e sem faturamento, como associações e sindicatos, e Pessoas Físicas (PFs). Na terceira seção tem-se as sanções não pecuniárias seguidas pela seção que trata do momento de apresentação das informações de faturamento e pelas considerações finais do documento.

Vale ressaltar que o Guia não é vinculativo e que não possui caráter de norma (ou seja, não altera dispositivos do Regimento Interno do Cade, da Resolução nº 3/2012 ou da Lei 12.529/2011)

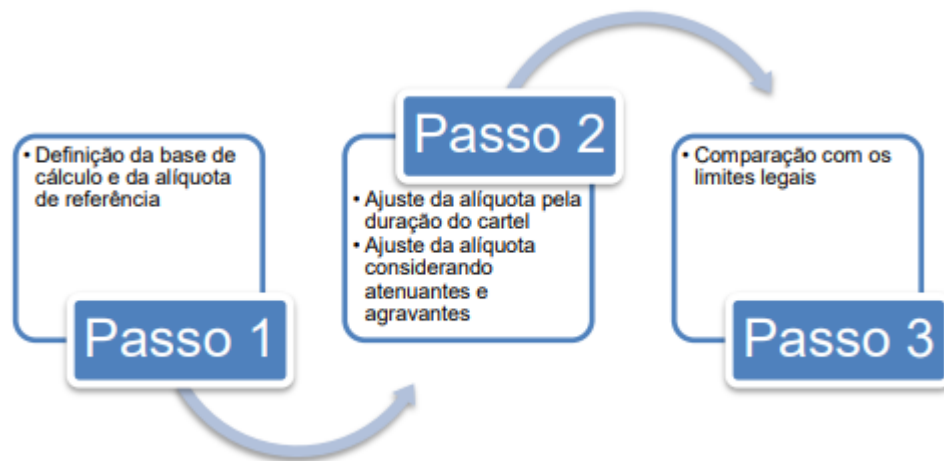
⁵²⁸ CADE. Op. cit. p 42

⁵²⁹ OCDE. **Revisão por pares da OCDE sobre legislação e política da concorrência no Brasil.** 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20lan%C3%A7a%20relat%C3%B3rio%20da%20OCDE%20com%20an%C3%A1lise%20sobre%20pol%C3%ADtica%20concorrencial%20brasileira__revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia_-brasil.pdf>.p. 4.

Nos últimos anos, o método aplicado pelo Cade aponta um claro padrão para as etapas de definição dos valores das multas a serem aplicadas pela autoridade antitruste. A fim de refletir a experiência internacional na matéria, o Cade resume seu procedimento de definição das penalidades em três etapas⁵³⁰.

A primeira etapa foca na definição do ramo de atividade ou do mercado afetado e da alíquota de referência a incidir sobre o valor do faturamento bruto no último período anterior à instauração do Processo Administrativo. Na segunda etapa, são analisadas as circunstâncias específicas do caso e de cada Representado, considerando o tempo de duração da conduta, bem como a presença de situações agravantes e atenuantes na penalidade. Na terceira e última etapa, verifica-se se o valor estipulado pela multa respeita os limites estabelecidos pela Lei nº 12.529, de 2011. Estas três etapas consistem em três e são melhor visualizadas no modelo exposto na figura abaixo:

FIGURA 8 - Etapas do procedimento de definição de multa



⁵³⁰ CADE. **Guia de Dosimetria de multas de cartel.** Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-dosimetria-de-multas-de-cartel.pdf> Acesso em: 11 de setembro de 2023. p.12

Fonte: CADE. **Guia de Dosimetria de multas de cartel**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-dosimetria-de-multas-de-cartel.pdf> Acesso em: 11 de setembro de 2023. p.12 .

A celeuma da dosimetria da pena de multa no Brasil não solucionou o ponto fulcral com a promulgação da nova legislação. Não há tipificação para penas-base específicas para cada tipo de conduta anticoncorrencial. A inexistência de parâmetros engendra a preocupação de uma discricionariedade excessiva⁵³¹. O presente capítulo tem como objetivo demonstrar que não existe método arraigado na jurisprudência do Cade de forma a garantir um mínimo de previsibilidade para os agentes econômicos e para o próprio Tribunal⁵³².

Dessa forma, serão estudados os métodos empregados nos EUA e na União Europeia, comparando-os àqueles utilizados no Brasil. Também será analisada a jurisprudência dos casos de cartéis sob a lei vigente. Faz-se também sugestão de uma metodologia de apoio à decisão, o MCDA, eis que encaixa perfeitamente na problemática in casu, que requer uma aplicação e mensuração objetivas, a partir de preferências e conceitos subjetivos⁵³³.

Existem 2 principais métodos extraídos da doutrina e jurisprudência do CADE que orientam a dosimetria das multas e a forma pela qual os critérios do art. 45 são analisados.

O primeiro método enxerga os critérios do art. 45 sob a ótica do direito penal econômico. A principal característica desse método consiste no cálculo da pena por fases, partindo de um mínimo legal para em seguida analisar as agravantes/atenuantes. Além disso, destaca-se que a interpretação penalista traz consigo a rigidez na interpretação do tipo e a rejeição da aplicação analógica. No âmbito do CADE, essa perspectiva se revela principalmente nos julgados que

⁵³¹ VALLADARES, H. E. D. G. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade: Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. p. 45-73, 2013. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/84>. Acesso em: 5 abr. 2023.

⁵³² VALLADARES, H. E. D. G. Op. cit.

⁵³³ VALLADARES, H. E. D. G. Op. cit.

calcularam a multa por fases (pena base seguida de aumento progressivo por agravante).

Já o método denominado “autônomo” envolve uma interpretação própria do direito concorrencial para fixação das multas. Busca-se levar em consideração as peculiaridades existentes no nosso diploma e a interpretação do CADE. Isso implica em uma interpretação mais flexível (embora mais técnica), tanto da forma como as penas são calculadas como das circunstâncias do art. 45⁵³⁴.

Ademais, em vez de partir de uma pena base vinculada ao mínimo legal e em seguida analisar as agravantes/atenuantes, a jurisprudência do CADE tem utilizado um método mais sincrético: os critérios são analisados concomitantemente à fixação da pena base. Destaca-se que o CADE e outros órgãos internacionais têm adotado uma concepção mais abrangente dos critérios para fixação das multas, rejeitando a concepção penalista que tende a fixá-los de forma prévia e taxativa como agravantes ou atenuantes⁵³⁵.

Mencione-se que a principal vantagem de um método próprio para cálculo das multas reside na sua adequação ao escopo específico das leis antitruste, que é ao mesmo tempo compensatório, punitivo e preventivo. Essa é a primeira peculiaridade que pode dificultar a aplicação do método penalista, já que a aplicação de uma pena base prejudica a percepção dos danos causados⁵³⁶.

Outrossim, a especificidade do art. 45 da lei se revela pela existência de parâmetros que são próprios da lei antitruste, como: (i) a boa-fé e (ii) o grau de lesão e efeitos negativos causados à economia, à livre concorrência, aos consumidores e às relações de mercado⁵³⁷.

⁵³⁴ WATANABE, Doshin. **Revisão judicial das multas aplicadas pelo CADE em cartéis**. Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná sob a orientação do professor Alexandre Ditzel Faraco, no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46313/97.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 de ago. 2023. p.18

⁵³⁵ WATANABE, Doshin. Op. cit. p. 19.

⁵³⁶ WATANABE, Doshin. Op. cit. p. 19.

⁵³⁷ WATANABE, Doshin. Op. cit. p. 19.

No artigo “Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas” publicado na Revista de Direito Administrativo, Boson aponta que do ponto de vista legal, não haveria óbice às sanções fixadas, restando questionamentos apenas de um ponto de vista econômico. Nesse sentido, para o autor seria necessário analisar a proporcionalidade das penalidades aplicadas, em especial se adequadas e necessárias, bem como se haveria convergência com os interesses da sociedade. Ainda que toda decisão implique valoração, a teoria e o instrumental econômicos mostram-se úteis para o balizamento e a justificativa das decisões em todos os ramos do direito. Especificamente no direito concorrencial, o Cade se utiliza desse conhecimento rotineiramente para a conclusão sobre condenar ou não. Há, entretanto, pouco uso do mesmo para a fixação das penas, o que é elemento fundamental para caracterizar o quanto uma conduta é de fato combatida. Afinal, a depender do quanto a pena é baixa, pode-se até questionar se a representada foi realmente condenada e, mais importante, se o cometimento da infração compensa. O autor conclui que existem teorias econômicas e pesquisas empíricas sobre penas ainda pouco utilizadas pelo Cade, mas que, no caso concreto, há justificativas para a aplicação de sanções outras além da multa. Algumas têm benefícios sociais claros, outras a princípio sequer deveriam ser aplicadas⁵³⁸.

Ao analisar a interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria da pena do art. 45 da lei nº 12.529/11, Boson destaca a dificuldade de se fazer um guia de sentença. O autor assinala que ainda assim é válido mostrar um exemplo de como esses elementos poderiam ser operacionalizados de forma coerente entre eles e em relação aos objetivos da lei concorrencial, observados os limites legais:

- 1) Tentativa, no sentido de não ter conseguido lucrar com a medida (inciso IV): aplicação de multa de 0,1% a 2% sobre as vendas no mercado relevante e/ou sanção correspondente, salvo justificativa

⁵³⁸ BOSON, Daniel da Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. Revista de Direito Administrativo, **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 272, maio/ago. 2016. Disponível em : <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/64300/62511>>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

tendo em vista especificidade no caso concreto. Se consumado, aplicam-se os demais incisos.

2) Cartel (inciso V): aplicação de multa de 5% sobre as vendas no mercado relevante e/ou outra sanção correspondente, independentemente de qualquer fator, salvo justificativa tendo em vista especificidade no caso concreto.

3) Efeitos econômicos negativos no mercado (inciso VI): valor estimado no caso concreto ou 10% sobre as vendas no mercado relevante ao longo da conduta.

4) Participação restrita, comum ou de liderança (inciso I): multiplicador sobre os efeitos econômicos negativos no mercado: a. participação restrita: efeitos econômicos negativos no mercado multiplicado por 0,5; b. participação comum: não se aplica multiplicador; c. liderança: valor dos efeitos econômicos negativos no mercado multiplicado por 2;

5) Vantagem auferida (inciso III): valor estimado no caso concreto ou 10% sobre as vendas no mercado relevante.

6) Boa-fé do infrator, relacionado à probabilidade de punição (inciso II): multiplicador aplicado sobre a vantagem auferida: a. praticado de forma secreta e sem colaboração com autoridade concorrencial: aplica-se um multiplicador entre 3 e 5 sobre o valor da vantagem auferida; b. praticado de forma secreta, mas trazendo elementos úteis à autoridade concorrencial: aplica-se um multiplicador entre 2 e 3 sobre o valor da vantagem auferida; c. praticado de forma pública, trazendo elementos úteis à autoridade concorrencial: não aplicação de multiplicador.

7) Reincidência (inciso VIII): multiplica o valor da multa por 2, após considerados os demais elementos de dosimetria.

8) Situação Econômica do Infrator (inciso VII): desconto variável sobre o valor calculado conforme julgado conveniente e oportuno pelo Tribunal em função de dificuldades econômicas⁵³⁹.

Natália de Lima Figueiredo⁵⁴⁰ assinala que a legislação antitruste brasileira adota dois pesos e duas medidas para a dosimetria das multas, a saber: a) a penalidade aplicável à empresa é baseada em seu faturamento e apresenta um teto de 20% que reflete uma baliza contra possível efeito confiscatório da multa; b) a multa aplicável ao indivíduo é dissociada dos seus rendimentos ou remuneração percebida enquanto administrador ou empregado da empresa no seio da qual houve a infração concorrencial. Ademais, para os administradores, a multa chega a ser variável do próprio faturamento da empresa; para não administradores,

⁵³⁹ BOSON, Daniel Silva. Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria da pena do art. 45 da lei nº 12.529/11. **RDC**, Vol. 8, nº 1. Junho 2020. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/506>>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

⁵⁴⁰ FIGUEIREDO, Natália de Lima. Dois pesos, duas medidas: A problemática da dosimetria da multa para pessoas físicas no âmbito do CADE. **Revista do IBRAC**. São Paulo. Número 1. 2021 Disponível: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153370/doi_pesos_duas_figueiredo.pdf>. Acesso em: 1 de ago. 2023.

há um enorme espaço de discricionariedade para sua fixação pela autoridade antitruste.

Assim, há um enorme risco de que a multa aplicável ao indivíduo seja extremamente desproporcional à gravidade da conduta, apresentando, ainda, um caráter confiscatório. A depender da situação, a multa pode resultar em valor superior a várias vezes a remuneração anual da pessoa física, a qual tem natureza alimentar, em especial, no caso do empregado celetista⁵⁴¹. Assim, Figueiredo assinala que é indispensável, como medida de justiça e de equidade, que os critérios para o cálculo da multa-base da pessoa física por ato anticoncorrencial levem em conta a remuneração percebida por ela durante o período da infração. Tal consideração revela-se adequada à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e vedação ao confisco, que são plenamente aplicáveis ao processo administrativo sancionatório e derivam de um juízo de proporcionalidade entre o ilícito e a penalidade⁵⁴².

A multa deve cumprir uma finalidade dissuasória, mas não pode exceder em qualquer medida àquela correspondente à ideal para preservar o interesse público tutelado no caso concreto, tampouco pode ser utilizada como instrumento de arbitrariedade do Estado para tolher o patrimônio do administrado⁵⁴³.

De acordo com Figueiredo, os parâmetros para o controle da aplicação das penalidades aplicáveis nos casos concretos, de sua proporcionalidade e razoabilidade em relação à conduta praticada, são absolutamente necessários no estado democrático de direito, como elemento de segurança jurídica, não podendo ser relegados na prática de dosimetria das multas adotadas pelo CADE⁵⁴⁴.

Enquanto o conceito de ramo de atividade pode indicar algo mais abrangente, o de mercado afetado (que não se confunde com o de mercado relevante) é mais específico, sob a perspectiva geográfica e de produto/serviço.

⁵⁴¹ FIGUEIREDO, Natália de Lima. Op. cit.

⁵⁴² FIGUEIREDO, Natália de Lima. Op. cit.

⁵⁴³ FIGUEIREDO, Natália de Lima. Op. cit.

⁵⁴⁴ FIGUEIREDO, Natália de Lima. Op.cit.

Por exemplo, segundo a Resolução nº 3/2012, o ramo 73 corresponde à “[fabricação de peças e acessórios para veículos automotores (autopeças)”. Supondo-se que seja identificada uma infração envolvendo a fabricação da autopeça X no Estado de São Paulo, embora o ramo de atividade continue sendo o 73, o mercado afetado passa a ser apenas o faturamento bruto obtido com a peça X no Estado de São Paulo. Em se tratando de condutas colusivas e, principalmente, das formas clássicas de cartel, a ideia de mercado afetado é quase que inerente, pois a conduta se perfaz por um acordo que tem um objeto, sendo este objeto o mercado afetado por ela⁵⁴⁵.

Recomenda-se que a multa tenha como base o valor do faturamento bruto no mercado afetado pela conduta, nos casos em que o ramo de atividade for claramente desproporcional e desarrazoado. Desta forma, entende-se por ramo de atividade um dos 144 ramos apresentados pela Resolução nº 3/2012 e mercado afetado uma adaptação dos ramos conforme o art. 2-A da mesma resolução⁵⁴⁶.

Esta metodologia que adota como base de cálculo o mercado afetado é comum em outras jurisdições internacionais. Por exemplo, a autoridade antitruste francesa, Autorité de la Concurrence (2011), informa em seu guia de dosimetria que a base de cálculo das penalidades a serem aplicadas é o valor das vendas das empresas relacionadas aos produtos/serviços envolvidos na infração e não o valor total do faturamento da empresa⁵⁴⁷.

O presente capítulo tem como objetivo apresentar metodologia geral para a definição dos valores das multas a serem aplicadas pelo Cade nas condenações de empresas e outras PJs que não exercem atividade empresarial, bem como de PFs, envolvidos em condutas anticompetitivas de cartel. Ademais, também serão apresentadas possíveis penas alternativas.

⁵⁴⁵ CADE. **Guia de Dosimetria de multas de cartel**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20estende%20prazo%20para%20contribui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf>.

Acesso em: 13 de julho de 2023. p. 6.

⁵⁴⁶ CADE. Op. cit.. p. 10

⁵⁴⁷ CADE. Op. cit. p. 10.

Destaca-se que as especificidades dos processos, desde que devidamente justificadas, possibilitam que o Tribunal se afaste da metodologia apresentada no Guia de Dosimetria de multas de cartel⁵⁴⁸.

É importante destacar que houve a sinalização de quatro conselheiros no sentido de que os 20% a que faz referência o inciso I do art. 37 da Lei Concorrencial não é um teto para as multas estipuladas com base na vantagem auferida, mas apenas para aquelas outras, aplicadas sobre o faturamento da empresa e apenas nas hipóteses de não ser possível estimar tal ganho⁵⁴⁹.

Ocorre que a multa imposta pelo CADE não possui natureza indenizatória, pois representa a punição por ofensa a um bem jurídico tutelado, sem se preocupar em indenizar propriamente o lesado direto, que pode e deve buscar indenização a que faz jus por meio de ação própria, nos termos do art. 47 da própria Lei Concorrencial⁵⁵⁰. Apenas em dois processos (cartel de sanguessugas e de uniformes escolares), a vantagem auferida constituiu um percentual arbitrado pela Relatora sobre todos os contratos vencidos e executados pelas empresas participantes do cartel e contratadas pela Administração Pública⁵⁵¹.

Alexandre Cordeiro Macedo e Eduardo Frade Rodrigues destacam que a “fórmula clássica de dimensionamento de penas, também corriqueiramente aplicável ao antitruste, determina que a punição deve ser superior aos ganhos obtidos pelo infrator, ajustada ainda para cima com base na probabilidade de detecção do ilícito”⁵⁵².

Desde pelo menos 2015, os membros do tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) travam um debate intercorrente sobre

⁵⁴⁸ CADE. p. 10

⁵⁴⁹ MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **O fetiche da vantagem auferida e a dosimetria das penas no Cade.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-23/defesa-concorrencia-fetiche-vantagem-auferida-dosimetria-penas-cade>>. Acesso em: 14 de julho de 2023.

⁵⁵⁰ MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Op. cit.

⁵⁵¹ MACEDO, Alexandre Cordeiro; RODRIGUES, Eduardo Frade. **Dimensionamento de Sanções Antitruste a Cartéis.** Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanc%CC%A7o%CC%83es-antitruste-a-carte%CC%81is-versa%CC%83o-definitiva.pdf>>. Acesso em: 30 de jun, 2023.

⁵⁵² CADE. p. 10

a forma mais efetiva, em termos dissuasórios, de se aplicar sanções pecuniárias a empresas condenadas por infrações concorrenciais⁵⁵³.

O tema andava adormecido mas voltou à tona após a decisão do Tribunal do CADE, que por maioria de 4 a 3, aplicou uma multa a empresas condenadas por cartel em licitações de ambulâncias (operação sanguessuga) baseada nos valores dos contratos fraudados com a Administração Pública⁵⁵⁴.

A decisão foi inovadora por ter considerado contratos ao longo de vários anos, quando, em situações análogas, a praxe do Cade era de se limitar aos contratos de apenas um dos anos da conduta, ora escolhendo o ano de maior valor dos contratos, ora calculando médias ao longo de todo o período⁵⁵⁵.

Discutiu-se intensamente se essa nova forma de multar empresas constituiria a tal "vantagem auferida" referida nos artigos 37 e 45 da Lei 12.529/2011 como base para a sanção pecuniária⁵⁵⁶.

A conselheira relatora, Paula Azevedo, entendeu que sim, e foi acompanhada pelo conselheiro Luís Braido, único economista na banca, que concordou ser esta uma forma válida de calcular multas. Em voto divergente, o conselheiro Maurício Maia afirmou não se tratar de vantagem auferida, que essa metodologia já havia sido utilizada pelo tribunal anteriormente, e adotou exatamente a mesma regra, discordando da relatora apenas quanto à alíquota aplicada, baixando-a de 20% para 19,5%⁵⁵⁷.

Por fim, o então presidente do Cade, Alexandre Barreto, destacou que essa era a primeira vez que tal método era utilizado pela maioria. Percebe-se, portanto, que não ficou claro se a multa foi ou não estimada com base na vantagem auferida⁵⁵⁸.

⁵⁵³ RESENDE, João Paulo. **A dosimetria de penas em infrações contra a ordem econômica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-11/defesa-concorrencia-dosimetria-penas-infracoes-ordem-economica>>. Acesso em: 14 de julho.

⁵⁵⁴ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁵⁵ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁵⁶ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁵⁷ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁵⁸ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

Afastar essa confusão requer, inicialmente, a compreensão de que há, na realidade, três métodos sendo discutidos simultaneamente, e não dois⁵⁵⁹.

O primeiro deles seria o método historicamente adotado pelo Cade. A maioria do tribunal sempre entendeu que o artigo 37 o comandava a multar as empresas condenadas em algum valor entre 0,1% e 20% do faturamento da empresa no ramo de atividade no ano anterior à instauração do processo administrativo (PA)⁵⁶⁰.

No entanto, como ramo de atividade é um conceito jurídico indeterminado, definido fracamente em uma resolução do próprio Cade e que, na maioria das vezes, implica valores superiores ao faturamento no mercado afetado [3], o Cade tem optado por se limitar a multas de até 20% do faturamento da condenada com os produtos alvo do cartel, no ano anterior à instauração do PA. Embora questionável juridicamente, a redução da base de ramo de atividade para produtos afetados faz sentido econômico⁵⁶¹.

No entanto, como a maioria dos cartéis e de outras condutas anticoncorrenciais têm duração superior a um ano, a limitação simultânea ao faturamento com o produto afetado e a apenas um ano da conduta implica, na maioria das vezes, multas inferiores aos ganhos com a conduta — o que, por racionalidade econômica, compromete seu poder dissuasório e, por racionalidade jurídica, contraria as orientações de dosimetria do artigo 45 da mesma lei⁵⁶².

Para João Paulo Resende, Uma alternativa seria ser fiel ao comando legal e tentar estimar a vantagem auferida, para, então, aplicar uma multa não inferior a esse valor. O Cade sempre afastou esse caminho por entender impossível o cálculo da vantagem auferida⁵⁶³.

De fato, esse cálculo, na caprichosa precisão que alguns entendem necessária para afastar riscos jurídicos, é impossível⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁶⁰ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁶¹ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁶² RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁶³ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁶⁴ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

Mas a Lei 12.529 não fala em cálculo e, sim, em estimativa. Seria possível estimar tal vantagem e usá-la como limite mínimo para aplicação da multa. Ainda assim, estimativas envolvem premissas, parâmetros e probabilidades, conceitos com os quais a comunidade jurídica no Brasil não está preparada para lidar.⁵⁶⁵

Por fim, existe uma terceira via⁵⁶⁶. Essa alternativa é adotada pelas mais importantes jurisdições antitruste do mundo e foi recomendada ao Cade pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em processo de peer review concluído em 2019, quando o Brasil foi admitido como membro permanente ao comitê de concorrência da organização. Ela seria uma "solução de compromisso" entre aplicar uma multa suficientemente dissuasória e proporcional, por um lado, e evitar a dificuldade de realizar cálculos complexos baseados em premissas e probabilidades, por outro⁵⁶⁷.

Consiste, resumidamente, em aplicar a alíquota (de até 20%) sobre o faturamento da empresa com os produtos afetados pelo cartel durante todo o período de sua duração. Note-se que a única diferença para a prática atual do Cade é a consideração de todo o período da conduta, e não de apenas um ano. Foi justamente isso que fez a maioria do Cade ao acompanhar o voto da conselheira relatora Paula Azevedo⁵⁶⁸.

Alguns alegarão que a lei não autoriza o Cade a aplicar multas usando essa metodologia, pois o artigo 37 exige que a multa se baseie no faturamento de apenas um ano, aquele anterior ao início da acusação formal. Esse raciocínio é equivocado, pois o artigo 37 não determina como a multa deve ser calculada, mas apenas seus limites superior e inferior. E o limite superior, como discutido, se baseia no faturamento no ramo de atividade, grandeza superior ao faturamento com o produto afetado. Assim, para a grande maioria dos casos é possível, respeitando o comando legal, ampliar a dimensão temporal do cálculo da multa sem atingir o teto legal. A multa levará em consideração um período superior a um

⁵⁶⁵ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁶⁶ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁶⁷ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁶⁸ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

ano, mas um faturamento inferior ao do ramo de atividade, limites legais da sanção pecuniária. Uma alteração legislativa para deixar isso mais claro seria bem-vinda, mas não é necessária⁵⁶⁹.

Curiosamente, no referido julgado o Cade entendeu que tal metodologia poderia ser aplicada nos casos em que não seja possível usar o tal método tradicional, por ausência de informação nos autos sobre o faturamento no ramo de atividade no ano anterior à instauração do processo. Ou seja, o Cade afirma (por ora) que a metodologia compatível com a teoria econômica e com os julgados antitruste ao redor do mundo são, no Brasil, uma incomum exceção⁵⁷⁰.

Mas a iniciativa não deve ser menosprezada. É um passo importante na direção de conferir maior racionalidade às sanções pecuniárias, atingir de forma eficiente os objetivos da defesa da concorrência e convergir com as melhores práticas internacionais. Por tudo isso, a decisão deve ser louvada⁵⁷¹.

Por fim, ainda que particular ao Cade no presente contexto, a dosimetria em julgados de infrações à ordem econômica é uma questão geralmente mal resolvida nos meios judiciais e regulatórios brasileiros⁵⁷².

Essas condutas envolvem, sempre, a busca e a potencial obtenção de alguma vantagem econômica pelo infrator. Ter alguma noção desse ganho, ainda que imprecisa, é fundamental para a aplicação de sanções ao mesmo tempo dissuasórias e proporcionais. Assim vem entendendo o Tribunal de Contas da União para casos de lesão à Administração Pública, e assim é a praxe no direito consumerista, que define a indenização a partir do dano sofrido pelo consumidor⁵⁷³.

As agências reguladoras (o Cade inclusive) e as instâncias judiciais que revisam suas decisões precisam acompanhar tais avanços institucionais. Com sua decisão no cartel das ambulâncias, o Cade mostrou que isso é possível⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁷⁰ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁷¹ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁷² RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁷³ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

⁵⁷⁴ RESENDE, João Paulo. Op. cit.

A Lei nº 12.529, de 2011, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), estabelecendo regras para a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Os artigos 31 a 33 da referida norma indicam que pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, bem como associações estão sujeitas a serem responsabilizadas por infrações desse tipo⁵⁷⁵.

Seguindo as recomendações da OCDE e com o objetivo de dar maior transparência às suas ações e decisões, nos últimos anos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem publicado diversos Guias, tais como o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, o Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel e o Guia de Remédios Antitruste⁵⁷⁶.

O Guia de Dosimetria de Multas de Cartel apresenta a metodologia que vem sendo utilizada nas condenações do Tribunal Administrativo do Cade, consolidada por meio de análise aprofundada da jurisprudência das multas aplicadas pelo órgão de janeiro de 2012 a julho de 2019⁵⁷⁷.

Nesse contexto, é importante lembrar que a autoridade de defesa da concorrência deve ter como princípios a transparência e a proporcionalidade na definição de suas multas, garantindo, dessa forma, a segurança jurídica em suas decisões⁵⁷⁸.

Para tanto, a autoridade deve ser clara no processo de análise das condutas anticompetitivas, viabilizando o acesso a documentos públicos, sempre que possível, para a sociedade. Além disso, a transparência também deve estar presente na determinação do tipo de penalidade a ser aplicada⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ CADE. **Guia de Dosimetria de multas de cartel.** Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20estende%20prazo%20para%20contribui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf>.

Acesso em: 13 de julho de 2023. p. 6.

⁵⁷⁶ CADE. Op. cit. p. 6.

⁵⁷⁷ CADE. Op. cit. p. 6.

⁵⁷⁸ CADE. Op. cit. p. 6.

⁵⁷⁹ CADE. Op. cit. p. 6.

No caso de aplicação de multas, é importante que se tenha clareza quanto aos critérios utilizados, destacando-se base de cálculo e alíquotas. Outrossim, as multas devem ser proporcionais no sentido de impor ações dissuasórias necessárias, adequadas e suficientes para retirar os incentivos aos agentes econômicos, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, de participarem da conduta anticompetitiva analisada⁵⁸⁰.

As autoridades devem sopesar também as circunstâncias agravantes e atenuantes no cálculo da penalidade a fim de alcançar os elementos de adequação da pena à conduta específica, respeitando o princípio da igualdade em sentido estrito. Outro quesito importante a ser considerado é a duração da conduta, a qual está diretamente relacionada com a gravidade da infração, visto que condutas com maior duração devem ser penalizadas de forma mais severa do que aquelas semelhantes, mas que tiveram menor duração⁵⁸¹.

O Guia de Dosimetria de multas de cartel contribui para os procedimentos de cálculo da contribuição pecuniária em casos de TCC, visto que nos termos dos artigos 85, §1º, III da Lei nº 12.529/2011 e 224, caput, do RICade, a contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos deve ser formulada com base no valor da multa esperada, sob o qual incide uma redução percentual que varia conforme a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento da propositura do TCC, de acordo com artigo 187, incisos I, II, III e artigo 188 do RICade⁵⁸².

Destaca-se que o referido Guia não é vinculativo e que não possui caráter de norma (ou seja, não altera dispositivos do Regimento Interno do Cade - RICade). As práticas e procedimentos descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto⁵⁸³.

⁵⁸⁰ CADE. Op. cit. p. 6.

⁵⁸¹ CADE. Op. cit. p. 6-7

⁵⁸² CADE. Op. cit. p. 7.

⁵⁸³ CADE. Op. cit. p. 7.

Registra-se que o Cade tem considerado como base de cálculo do valor da multa, primordialmente, o faturamento bruto no ramo de atividade ou uma adaptação desse ramo (também chamado de mercado afetado ou sub-ramo de atividade) em que ocorreu a infração, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo no Cade⁵⁸⁴.

Quando não é possível obter esse valor, a autoridade busca, através de critérios de proporcionalidade e adequação à conduta, estabelecer critérios alternativos de aferição de faturamento que correspondam mais proximamente ao mercado atingido pelo arranjo competitivo. O termo “mercado afetado” será utilizado neste guia como parâmetro para a base de cálculo, podendo corresponder ou não ao ramo de atividade, a depender das especificidades do caso concreto⁵⁸⁵.

O mercado afetado é aquele alvo da conduta, podendo ter havido impacto efetivo ou apenas potencial. O mercado afetado pode ser menor do que o ramo de atividade tanto na dimensão produto quanto na dimensão geográfica. Para exemplificar, uma empresa pode ter feito cartel em apenas um mercado incluído em determinado ramo de atividade, ou pode ter empreendido a conduta em apenas uma Unidade da Federação (UF), embora tenha atuação nacional. Assim, uma multa abarcando o faturamento em mercados não relacionados à conduta na dimensão produto, ou incluindo lugares onde a empresa atua, mas que não houve conduta, poderia gerar uma penalidade desproporcional⁵⁸⁶.

Ademais, é igualmente importante levar em consideração a duração da conduta do Representado na determinação da alíquota da multa, pois esse quesito impacta de forma direta a gravidade da infração, bem como os efeitos negativos produzidos no mercado. O tempo de duração da conduta pode servir de proxy para se incluir, no cálculo da multa, elementos relacionados diretamente a vantagem indevidamente auferida, uma vez que a lei somente considera um ano de faturamento para aferição da base de cálculo, mas, comumente, a conduta permanece por mais do que este período. Assim, a combinação do valor do

⁵⁸⁴ CADE. Op. cit. p. 8.

⁵⁸⁵ CADE. Op. cit. p. 8.

⁵⁸⁶ CADE. Op. cit. p. 8.

faturamento bruto no mercado afetado com a consideração do tempo de atuação na conduta resulta em um bom método de cálculo da multa a ser aplicada, o que está alinhado às melhores práticas internacionais⁵⁸⁷.

Após a Lei nº 12.529, de 2011, ter estipulado os limites das multas aplicadas com base no valor do faturamento bruto no ramo de atividade da infração, o Cade entendeu ser pertinente disciplinar a matéria. Isso foi feito por meio da Resolução nº 3/2012, na qual tem-se a definição de 144 ramos de atividade empresarial (CADE, 2012b). Vale ressaltar que, até a edição da Lei nº 12.529/2011, o conceito de ramo de atividade não era utilizado pela técnica mais consolidada da economia e do direito da concorrência⁵⁸⁸.

Assim, essa inovação legislativa pressupõe um conceito, a priori, indeterminado, que deve ser conceituado por meio de interpretação. Nessa linha é que, quando da entrada em vigência da Lei, o Cade procurou dar alguma concretude ao conceito, elaborando a Resolução nº 3/2012. Porém, o que se observa é que os ramos de atividade ali previstos são bastante amplos e exemplificativos, e utilizá-los como base de cálculo para multa, em alguns casos, pode resultar em penalidades desproporcionais à gravidade dos fatos e à abrangência da conduta. Não raro, ainda, determinadas condutas não se enquadrariam em nenhum dos 144 ramos ou se enquadrariam em mais de um deles⁵⁸⁹.

Por essa razão, como será discutido na próxima seção, a jurisprudência evoluiu para a inclusão do art. 2-A na referida resolução, que permite que o ramo de atividade seja adaptado, de modo a refletir um sub-ramo ou o mercado afetado pela conduta anticompetitiva e conferir maior proporcionalidade e precisão à multa aplicada⁵⁹⁰. No art. 2-A da Resolução nº 3/2012, tem-se que:

Art. 2-A. O Cade poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões

⁵⁸⁷ CADE. Op. cit. p. 8-9.

⁵⁸⁸ CADE. Op. cit. p. 9.

⁵⁸⁹ CADE. Op. cit. p. 9.

⁵⁹⁰ CADE. Op. cit. p. 9.

indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais. (Redação dada pela Resolução nº 18, de 23 de novembro de 2016)⁵⁹¹.

Enquanto o conceito de ramo de atividade pode indicar algo mais abrangente, o de mercado afetado (que não se confunde com o de mercado relevante) é mais específico, sob a perspectiva geográfica e de produto/serviço. Por exemplo, segundo a Resolução nº 3/2012, o ramo 73 corresponde à “[f]abricação de peças e acessórios para veículos automotores (autopeças)”⁵⁹².

Supondo-se que seja identificada uma infração envolvendo a fabricação da autopeça X no Estado de São Paulo, embora o ramo de atividade continue sendo o 73, o mercado afetado passa a ser apenas o faturamento bruto obtido com a peça X no Estado de São Paulo. Destaca-se que, em se tratando de condutas colusivas e, principalmente, das formas clássicas de cartel, a ideia de mercado afetado é quase que inerente, dado que a conduta se perfaz por um acordo que tem um objeto, sendo este objeto o mercado afetado por ela⁵⁹³.

Recomenda-se que a multa tenha como base o valor do faturamento bruto no mercado afetado pela conduta, nos casos em que o ramo de atividade for claramente desproporcional e desarrazoado. Assim, entende-se por ramo de atividade um dos 144 ramos apresentados pela Resolução nº 3/2012 e mercado afetado uma adaptação dos ramos conforme o art. 2-A da mesma resolução⁵⁹⁴.

Para tornar o entendimento claro, apresentam-se alguns exemplos de casos julgados pelo Cade nos quais se utilizou como base o faturamento no mercado afetado como uma adaptação do ramo de atividade. Esta metodologia que

⁵⁹¹ CADE. **Resolução no 3, de 29 de maio de 2012**. Expede a lista de ramos de atividades empresariais para fins de aplicação do artigo 37 da lei no 12.529, de 2011, e dá outras providências.

Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%203_2012%20-%20Ramos%20Atividade%20%28modificada%20pela%2018-2016%29.pdf. Acesso em: 4 de ago. 2023.

⁵⁹² CADE. **Guia de Dosimetria de multas de cartel**. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20estende%20prazo%20para%20contribuir%20%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf.

Acesso em: 13 de julho de 2023. p. 9..

⁵⁹³ CADE. Op. cit. p. 9.

⁵⁹⁴ CADE. Op. cit. p. 9.

adota como base de cálculo o mercado afetado é comum em outras jurisdições internacionais. Por exemplo, a autoridade antitruste francesa, Autorité de la Concurrence, informa em seu guia de dosimetria que a base de cálculo das penalidades a serem aplicadas é o valor das vendas das empresas relacionadas aos produtos/serviços envolvidos na infração e não o valor total do faturamento da empresa.⁵⁹⁵

Seguem os exemplos mencionados:

Exemplo A: Ramo de atividade de produção, transporte e distribuição de outros combustíveis, líquidos e gases

Uma distribuidora de combustíveis foi condenada pelo Cade por influência de conduta coordenada uniforme na revenda de combustíveis (gasolina e álcool) em dois municípios paulistas, Marília e Bauru (PA 08012.011042/2005-61). Assim, o ramo de atividade considerado foi o 89 da Resolução nº 3/2012; porém, como a distribuidora em questão atuava em nível nacional, ao considerar o faturamento bruto do ramo de atividade da conduta, a multa seria superestimada. Assim, a solução encontrada foi aplicar um percentual sobre o faturamento bruto no ramo de atividade com base na representatividade desses dois municípios em relação ao mercado nacional, para obter o faturamento bruto no mercado afetado.

Exemplo B: Ramo de atividade de revenda de combustíveis

No PA 08700.010769/2014-64, as investigações concluíram que houve uma infração de Cartel clássico no mercado de revenda e distribuição de combustíveis automotivos (gasolina C e etanol), em Belo Horizonte, Betim e Contagem no Estado de Minas Gerais.

Embora o ramo de atividade, no caso concreto, seja a revenda de combustíveis, a multa aplicada considerou apenas o mercado afetado, ou seja, o faturamento com gasolina do tipo C e etanol. Dessa forma, observa-se que foi aplicado o artigo 2-A da Resolução nº 3/2012. Caso empregado o ramo de atividade, o faturamento teria de englobar outros combustíveis, como gasolina aditivada e diesel.

No que se refere aos parâmetros legais estabelecidos para as penalidades às infrações contra a ordem econômica, o artigo 37 da Lei nº 12.529/2011 determina que:

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

⁵⁹⁵ CADE. Op. cit. p. 9.

ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa;

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 .

No que se refere à definição de ramo de atividade empresarial como descrito na Lei, a Resolução nº 3/2012 define 144 ramos de atividade e prevê, em seu art. 2º:

Art. 2º Quando o representado não apresentar o valor do faturamento no(s) ramo(s) de atividade empresarial em que ocorreu a infração de forma completa, inequívoca e idônea, será considerado o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

Art. 2-A. O Cade poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais. (Redação dada pela Resolução nº 18, de 23 de novembro de 2016).

A jurisprudência do Cade em relação às multas aplicadas de janeiro 2012 a julho de 2019 revela que é de praxe as decisões deste Tribunal utilizarem como base de cálculo da multa o valor do faturamento bruto no mercado afetado pela conduta. Trata-se de uma adaptação do ramo de atividade para fins de proporcionalidade, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo⁵⁹⁶. Considerando essa base de cálculo, o Cade fixa uma alíquota de referência e então analisa os agravantes e atenuantes. Com base na jurisprudência do CADE, a base

⁵⁹⁶ CADE. **Guia de Dosimetria de multas de cartel**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20estende%20prazo%20para%20contribui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2023. p. 13.

de cálculo para as multas impostas às condutas colusivas abordadas pelo Guia de Dosimetria de multas de cartel é o faturamento bruto do Representado no ramo de atividade, sendo que este muitas vezes necessita ser adaptado para o faturamento no mercado afetado pela conduta, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo⁵⁹⁷.

Destaca-se que, nos termos do art. 37, inciso I, da Lei 12.529/2011, a multa para a empresa será uma porcentagem sobre o “faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado”⁵⁹⁸.

A regra deve ser o uso do faturamento bruto da empresa, sendo que o faturamento do grupo ou conglomerado deve ser a exceção em casos, por exemplo, de utilização de uma empresa “laranja” com faturamento irrisório para praticar condutas que beneficie todo o grupo. Ademais, o uso do faturamento bruto do grupo já foi utilizado em casos concretos quando não se obteve o faturamento da empresa⁵⁹⁹.

Sobre o valor deste faturamento, deve incidir uma alíquota de referência que está relacionada ao tipo de prática colusiva, bem como aumentos e reduções nesta alíquota devido à presença de atenuantes e agravantes. Ressalta-se que a duração da conduta é um elemento essencial na definição da multa; por isto, este Guia apresenta uma metodologia específica para tratar desta agravante, a ser detalhada mais à frente⁶⁰⁰.

No que se refere à parametrização para fins de proporcionalidade, tem-se a parametrização com relação ao ano base de faturamento e a parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada⁶⁰¹.

Quanto à primeira, embora o faturamento no mercado afetado no ano anterior à instauração do PA seja, via de regra, o critério temporal utilizado

⁵⁹⁷ CADE. Op. cit. p. 13.

⁵⁹⁸ CADE. Op. cit. p. 13.

⁵⁹⁹ CADE. Op. cit. p. 13-14.

⁶⁰⁰ CADE. Op. cit. p. 14.

⁶⁰¹ CADE. Op. cit. p. 14.

para a definição da base de cálculo da sanção, ele poderá ser alterado nas hipóteses em que não for possível obter esse valor ou o valor informado não for considerado adequado para o cálculo da multa, visto que, por exemplo, a empresa já pode ter encerrado suas atividades no período anterior à instauração do processo ou pode ter passado por um crescimento/redução expressivo do mercado. Dessa forma, o Cade apresenta algumas possíveis soluções para esse problema já utilizadas pelo Conselho, de forma a permitir a utilização de uma proxy proporcional ao caso concreto, em lista não exaustiva, mas apenas sugestiva:

(i) o faturamento, no mercado afetado, nos 12 últimos meses da conduta;

2 Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66. Neste, caso as informações do grupo eram públicas. Nos termos do §2º do art. 37 da Lei 12.529, na ausência do faturamento por ramo de atividade, “o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas (...) ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea”.

(ii) o maior faturamento anual, no mercado afetado, obtido durante a conduta;

(iii) a média dos faturamentos, no mercado afetado, durante o período da conduta;

(iv) o faturamento anual, no mercado afetado, obtido no último ano da conduta;

(v) o faturamento anual, no mercado afetado, obtido no ano da licitação, em casos de cartel em licitações;

(vi) a média ponderada dos faturamentos, no mercado afetado, durante o período da conduta⁶⁰².

Traz-se o exemplo C do Guia Dosimetria de multas de cartel do CADE. Trata-se de cartel em licitação de serviço de manutenção corretiva e preventiva de frota automotiva do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

Ao definir a multa para empresas envolvidas na formação de cartel em licitação, na modalidade pregão eletrônico, segundo o critério menor preço, ocorrida em 2009, o Tribunal do Cade utilizou o faturamento das empresas no ano do pregão, pois acreditava ser esse o melhor valor para atingir os critérios de proporcionalidade, ao invés de utilizar o faturamento no ano anterior à instauração do PA (nº 08012.000030/2011-50), que seria 2011⁶⁰³.

⁶⁰² CADE. Op. cit. p. 14.

⁶⁰³ CADE. Op. cit. p. 15.

Ademais, tem-se ainda o exemplo D do mesmo Guia, envolvendo neste caso Cartel clássico no mercado de embalagens flexíveis, conforme descrito abaixo:

O PA nº 08012.004674/2006-50 foi instaurado em 2014 para tratar da ocorrência de cartel no mercado de embalagens flexíveis, com o fim de dividir o mercado e fixar preços, entre 2001 e 2006. Na definição das multas a serem aplicadas na condenação das empresas, o Conselho utilizou como base de incidência da alíquota o faturamento das empresas no último ano da conduta, isto é, no ano de 2006⁶⁰⁴.

Finalmente, há o exemplo E do mesmo Guia, em que houve Cartel em licitações no mercado de serviços de engenharia, construção e montagem industrial “onshore” no Brasil, em licitações da Petrobras, assim descrito:

Em 2018, o Tribunal aprovou dezesseis Termos de Compromisso de Cessação em conjunto (Requerimentos nº 08700.001880/2016-21, 08700.002014/2016-58, 08700.003677/2016-90, 08700.003679/2016-89, 08700.004337/2016-86, 08700.004341/2016-44, 08700.005045/2016-61, 08700.005078/2016-19, 08700.007077/2016-09, 08700.007078/2016-45, 08700.008066/2016-38, 08700.008074/2016-84, 08700.008158/2016-18, 08700.008159/2016-62, 08700.008223/2016-13, 08700.008245/2016-75) que tratavam de cartel em licitação.

Uma característica para esse tipo de cartel é a possibilidade de uma variação grande no faturamento anual dos projetos, tendo em vista as particularidades de cada edital, como os cronogramas de execução da obra/serviço e de pagamentos.

A solução proposta pela SG/Cade, após assessoramento do DEE/Cade, foi a utilização da média ponderada do faturamento obtido no período entre o início da conduta e o ano anterior à instauração do Processo Administrativo (2000 a 2014), pois a esta metodologia elimina distorções decorrentes da utilização de um único ano, bem como da utilização da média simples. A seguir apresenta-se a fórmula da média ponderada, que é obtida pela soma dos produtos do faturamento obtido em cada ano e da proporção deste faturamento em relação ao faturamento total no mercado afetado ao longo o período considerado:

$$\text{Média ponderada} = \frac{\sum [faturamento_i (faturamento_i / \sum faturamento_i)]}{n_i}$$

Em que $i=1,2,\dots,n$ corresponde aos anos compreendidos entre o início da conduta e o ano anterior à instauração do PA⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ CADE. Op. cit. p. 15.

⁶⁰⁵ CADE. Op. cit. p. 16.

Quanto à parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada, deve-se registrar que existem casos de cartel internacional em que a empresa não possui valores discriminados para seu faturamento no território nacional. Outrossim, há a possibilidade de a empresa não fornecer especificamente seu faturamento no mercado afetado pela conduta – caso, por exemplo, a empresa forneça seu faturamento nacional, mas a conduta tenha ocorrido, na realidade, apenas em dois municípios⁶⁰⁶. Nesses casos, é possível levar em consideração os seguintes aspectos, dentre outros, para fins de proporcionalidade e de razoabilidade:

- (i) “faturamento virtual” no mercado brasileiro, isto é, a projeção do faturamento com base no percentual de participação do mercado brasileiro no volume total do mercado mundial do Representado; o mesmo pode ser feito quando se tem uma dimensão geográfica menor do que a nacional – como, por exemplo, municípios específicos –, utilizando como base o percentual de participação do mercado local em relação ao volume total no mercado nacional;
- (ii) outros fatores como, por exemplo, estimativas de vendas indiretas do Representado no mercado nacional ou no mercado afetado, com base em dados de volume, preço médio ou até mesmo dados de importação/exportação disponibilizados por órgãos governamentais ou por bases de dados de confiança no mercado⁶⁰⁷.

A respeito dessa parametrização, o Guia de Dosimetria de multas de cartel cita o exemplo F, em que houve Cartel clássico no mercado de comercialização e manutenção de equipamentos contra incêndio no Distrito Federal, descrevendo nos seguintes termos:

No PA nº 08012.001794/2004-33, instaurado em 2004, os representados eram empresas locais do DF, e, como não foram apresentados os respectivos faturamentos dessas empresas mesmo após a requisição dessas informações pelo Cade, o Conselheiro Relator baseou o cálculo das penalidades em um valor médio de faturamento anual para empresas no mercado de extintores de incêndio, estimativa feita por estudo elaborado pelo Sebrae-SC em 2002⁶⁰⁸.

Há também o exemplo G do mesmo Guia, acerca de Cartel internacional no mercado de unidades de discos ópticos em que na dosimetria da

⁶⁰⁶ CADE. Op. cit. p. 16.

⁶⁰⁷ CADE. Op. cit. p. 16.

⁶⁰⁸ CADE. Op. cit. p. 16.

multa aplicada a um Representado que não apresentou seu faturamento no Brasil durante o PA nº 08012.001395/2011-00, utilizou-se como base de cálculo o valor das exportações do Representado com destino ao Brasil, no ramo de atividade, em 2009 – último ano da conduta investigada e para o qual havia dados disponíveis nos autos⁶⁰⁹.

Quanto à atualização da base de cálculo, o Tribunal se vale de dados de faturamento de períodos anteriores à condenação. Assim, quando do estabelecimento da multa é necessário realizar a atualização monetária do referido valor, o que, pela jurisprudência do Cade, é feito aplicando-se a taxa Selic (taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais)⁶¹⁰. O período de abrangência da atualização monetária corresponde ao intervalo de meses entre o faturamento utilizado (segundo a regra geral, o faturamento no ano anterior ao da instauração do PA) e o mês anterior à decisão de condenação com a imposição de multa⁶¹¹.

Esse procedimento de correção monetária é empregado no Cade nos cálculos de Contribuição Pecuniária em acordos de Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Segundo o Cade, é possível fazer a atualização do valor de duas formas:

- 1) Somando-se as taxas mensais do período de atualização – nesse método, considera-se como marco inicial o primeiro mês do exercício posterior ao do faturamento utilizado e como marco final o mês anterior à condenação do Representado;
- 2) Subtraindo-se da taxa acumulada no marco final a taxa acumulada no marco inicial – nesse método, a atualização terá como marco inicial o último mês do exercício do faturamento utilizado e como marco final o mês anterior a condenação do Representado⁶¹².

⁶⁰⁹ CADE. Op. cit. p. 16.

⁶¹⁰ CADE. Op. cit. p. 18.

⁶¹¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Definição.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fhtmls%2Fselic%2Fconceito_taxaselic.asp%3Fidpai%3DSELICTAXA>. Acesso em: 14 de ju. 2023.

⁶¹² CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em: 13 de jul. 2023.

Com relação à alíquota de referência, recomenda-se a adoção das seguintes alíquotas de referência conforme o tipo de conduta:

I) Cartéis em licitações (art. 36, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011): alíquota de referência de 17%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 14%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;

II) Cartéis da forma clássica *hardcore* (art. 36, §3º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei 12.529/2011), isto é, aqueles acordos ou trocas de informação relacionados a preços, divisão geográfica, de share ou de clientes, que tenham mecanismos de monitoramento/punição de desvio (institucionalidade) e (intenção de) perenidade: alíquota de referência de 15%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 12%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;

III) Outras formas de condutas concertadas incluindo os cartéis difusos (ex: trocas de informações esporádicas ou não sistemáticas, revelação unilateral de informações, tabelamento de preços etc.): alíquota de referência de 8%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 5%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade⁶¹³.

Destaca-se que essas alíquotas podem ser alteradas para patamares superiores ou inferiores, conforme a presença de atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios de razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e os critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011⁶¹⁴.

Especial atenção deve-se ser conferida à recomendação de alíquota de referência mais elevada para condutas de cartel em licitações devido à elevada lesividade dessa prática, visto que “cartéis em licitações são ainda mais nefastos, na medida em que prejudicam a prestação de serviço público e representam desvios de dinheiro público, lesando todos os contribuintes”⁶¹⁵.

Mencione-se ainda que **a duração da conduta corresponde a outro** quesito que deve afetar diretamente a dosimetria da alíquota a ser aplicada. Assim,

⁶¹³ CADE. **Guia de Dosimetria de multas de cartel**. Op. cit. p. 20.

⁶¹⁴ CADE. Op. cit. p. 21..

⁶¹⁵ CADE. Voto do Gab. 4. **Processo Administrativo n.08012.003321/2004-71**. Versão Pública. p. 1-23.

o Cade recomenda que sejam levadas em consideração diferenças existentes no tempo de participação do Representado na conduta⁶¹⁶.

O Guia Dosimetria de multas de cartel propõe que sejam adicionados 0,5 pontos percentuais (p.p.) à alíquota por ano adicional da conduta. É importante notar que na alíquota de referência já está computado um ano de conduta. Para a soma dos anos adicionais, período inferior a um semestre será considerado como ½ ano e período superior a seis meses, mas inferior a um ano, será contado como um ano completo. Dessa forma, caso a conduta tenha como tempo de duração 9 anos e 4 meses, serão computados 8 anos e 4 meses (visto que, o primeiro ano já foi computado na alíquota de referência) e, portanto, serão adicionados 4,25 p.p. ($0,5 \times 8,5=4,25$) à sua alíquota⁶¹⁷.

Destaca-se ainda o ajuste da alíquota a ser feito com base em atenuantes e agravantes, os quais estão diretamente relacionados com os elementos de dosimetria expressos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011. Tais elementos devem ser considerados em todos os casos, sempre que possível, de forma individualizada, visto que em uma mesma conduta os níveis de culpabilidade dos condenados não necessariamente serão os mesmos⁶¹⁸.

Alguns desses elementos legais apresentam algum grau de abstração, o que implica uma delegação do Legislador para que o Tribunal, de modo justificado, interprete e pese a importância de cada um dos elementos tendo em vista as particularidades do caso concreto. Para aumentar a uniformidade na interpretação desses elementos legais, bem como buscar uma coerência entre eles, o Guia Dosimetria de Multas de Cartel traz sugestões de interpretação, de modo que as principais variáveis que importam para a dosimetria da pena estejam relacionadas aos elementos legais⁶¹⁹.

As sugestões de interpretação dos elementos legais não prejudicam uma interpretação alternativa que seja mais adequada tendo em vista as

⁶¹⁶ CADE. Op. cit. p. 21.

⁶¹⁷ CADE. Op. cit. p. 21.

⁶¹⁸ CADE. Op. cit. p. 21-22.

⁶¹⁹ CADE. Op. cit. p. 22.

particularidades do caso concreto⁶²⁰. Apresenta-se uma análise de cada elemento de dosimetria listados no art. 45 da Lei nº 12.529/2011:

(i) Gravidade da Infração: a gravidade da infração pode estar relacionada, de forma individualizada, à participação do condenado na infração, como, por exemplo, se ele teve papel de liderança e se atuou com coação, ou se teve uma participação ordinária, ou ainda uma pequena participação, correspondendo respectivamente, então, a uma agravante, a uma situação neutra, ou a uma atenuante.

(ii) Boa-fé do infrator: esse elemento está relacionado à intenção do agente. Se ele comete uma conduta sabendo que se trata de um ilícito, o que pode ser averiguado, por exemplo, se a conduta ocorreu de forma secreta, há um agravante em relação a condutas praticadas com desconhecimento da ilicitude. Outra variável que pode ser considerada é a essencialidade do mercado afetado, como, por exemplo, infrações no setor de saúde podem explicitar uma má-fé do agente. Por fim, a colaboração no processo e a lealdade processual pode ser considerado para fins de caracterização da boa-fé. Esse elemento é relevante porque a boa-fé do infrator aumenta muito a probabilidade de punição, de forma que a severidade da pena pode ser diminuída a fim de se alcançar o grau de dissuasão pretendido.

(iii) Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: trata-se do ganho efetivo ou potencial do condenado. Contudo, frequentemente esse cálculo não é possível ou é sujeito a elevado grau de imprecisão, de modo que não necessariamente esse elemento é possível de ser efetivamente aplicado para a dosimetria no caso concreto.

É importante ressaltar que o art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11 determina que a multa não será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Trata-se de uma regra não relacionada ao art. 45, embora regule a mesma variável. De todo modo, em cada caso concreto o Tribunal deverá julgar se essa estimação é razoavelmente precisa ou não.

(iv) Consumação ou não da infração: esse elemento não se confunde com a consumação para fins de condenação. No caso de conduta coordenada, a mera coordenação já configura um ilícito, contudo, pode ocorrer de os concorrentes não terem conseguido implementar o acordo, o que configuraria uma tentativa, para fins de dosimetria. Trata-se, então, da ocorrência da infração, mas cuja implementação foi apenas tentada, sem gerar efeitos no mercado. Em caso de os efeitos não terem se concretizado, isso pode ser interpretado como uma atenuante.

(v) Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros: esse elemento apresenta diferentes variáveis, mas pode ser interpretado a partir do tipo de conduta, com destaque para uma pena mais severa para cartel hardcore, que é reconhecidamente a conduta concorrencial que gera

⁶²⁰ CADE. Op. cit. p. 22.

mais impactos negativos para a sociedade. Já cartel em licitação ou cartel em áreas sensíveis podem também ser considerados ainda mais graves. Já outras condutas coordenadas são consideradas menos graves do que as primeiras na jurisprudência do Cade.

(vi) Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado: esse inciso refere-se aos efeitos mais diretos das condutas, mas trata-se de um cálculo geralmente difícil de ser realizado. Contudo, medidas tomadas para a redução dos danos, como o ressarcimento das vítimas antes do julgamento, podem ser consideradas como fator para a redução do valor da multa.

(vii) Situação econômica do infrator: esse elemento pode servir principalmente como atenuante nas situações em que o condenado se encontra, comprovadamente, em situação de dificuldade econômica.

(viii) Reincidência: esse elemento refere-se ao cometimento de nova infração após condenação anterior por qualquer infração contra a ordem econômica, e é o único elemento cujo impacto na pena é fixado pelo Legislador, qual seja, aplicação de multa em dobro⁶²¹.

Como exemplos de agravantes da conduta tem-se:

Gravidade da infração

- Liderança sem coação
- Liderança com coação

Boa-fé do infrator

- Presença de má-fé

Grau de lesão, ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros

- Essencialidade e relevância do produto/serviço objeto do cartel
- Impactos diretos negativos em políticas públicas estratégicas do país

Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado

- Impactos econômicos elevados e negativos⁶²².

Já como exemplos de atenuantes da conduta tem-se:

Gravidade da infração

- Participação lateral ou esporádica
- Ter sido coagido a participar da conduta

Situação econômica do infrator

- Capacidade financeira comprometida e comprovada do Representado⁶²³.

⁶²¹ CADE. Op. cit. p. 22.

⁶²² CADE. Op. cit. p. 24.

⁶²³ CADE. Op. cit. p. 24.

Quanto à gravidade da infração, é comum que o Cade considere agravante da penalidade o fato de o Representado ter sido líder na conduta, mesmo que essa liderança não tenha sido exercida com coação. Pessoas Jurídicas são consideradas como líderes quando exercem papel significativo na organização da infração, por exemplo, agendando encontros, sendo responsáveis por emitir documentos orientadores sobre a conduta para os outros envolvidos, a exemplo de tabelas de preços. Já Pessoas Físicas, normalmente são consideradas como líderes quando são sócios, administradores ou pessoas com cargo de relevância nas empresas. Da mesma forma, quando se têm indícios de que o Representado foi forçado a participar da conduta, pode-se aplicar um atenuante na pena⁶²⁴..

Quando se observa boa-fé do infrator, a penalidade pode ser atenuada e o inverso ocorre quando se tem presença de má-fé. Um fator comum na análise da jurisprudência é a consideração da essencialidade do produto/serviço a título de agravante da pena a ser aplicada; por exemplo, segundo Cade (2014), condutas anticompetitivas no mercado de saúde suplementar devem ser agravadas, já que serviços de saúde constituem “direito fundamental, expressamente assegurado na Constituição, em que a vulnerabilidade dos consumidores é evidente”⁶²⁵.

Sobre os impactos econômicos elevados e negativos no mercado, podem-se citar casos de cartel em licitações, visto que “com a menor disponibilidade de recursos do Estado em razão dos ganhos do cartel, menor a possibilidade financeira de implementar políticas públicas que proporcionem melhorias à vida do cidadão. Logo, o cartel em licitação afronta diretamente o interesse público e prejudica a efetividade e a eficiência na prestação de serviços públicos” (CADE, 2015)⁶²⁶..

No tocante à capacidade de pagamento do Representado, tem-se a aplicação de atenuantes na pena ao ser constatado o efetivo comprometimento da capacidade financeira, podendo esta ser comprovada por pedidos de falência ou de recuperação judicial da empresa⁶²⁷..

⁶²⁴ CADE. Op. cit. p. 25.

⁶²⁵ CADE. Op. cit. p. 25.

⁶²⁶ CADE. Op. cit. p. 25.

⁶²⁷ CADE. Op. cit. p. 25.

Após os ajustes da alíquota de referência pela presença de atenuantes e agravantes, inclusive da agravante relacionada à duração da conduta, deve-se verificar se a multa está dentro dos limites estipulados pela Lei nº 12.529/2011, os quais, para PJs, correspondem ao mínimo de 0,1% (um décimo por cento) e máximo de 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 infração⁶²⁸.

No que se refere à reincidência, considerando o art. 37, § 1º, da Lei nº 12.529/2011, em caso de reincidência, deve-se aplicar em dobro a multa, quando o Representado foi condenado anteriormente por práticas anticompetitivas pelo Tribunal Administrativo do Cade.

No que se refere ao cálculo da multa para Pessoas Jurídicas que não exercem Atividade Empresarial, em especial associações e sindicatos, tem-se como limites legais, conforme jurisprudência do Cade, aqueles previstos no inciso II do art. 37 da lei concorrencial⁶²⁹.

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) (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Assim como ocorre com as sanções aplicadas às empresas, o Tribunal busca uma proporcionalidade na fixação das penas, podendo considerar diferentes variáveis. Importante ressaltar que em alguns casos é possível que a renda eventualmente apresentada especialmente pelas entidades de classe pode ser muito baixa, apesar de estas instituições possuírem grande relevância, seja no mercado, seja na participação na conduta. Assim, é necessário avaliar, por meio de diferentes variáveis, a penalidade a ser aplicada⁶³⁰.

⁶²⁸ CADE. Op. cit. p. 25-26.

⁶²⁹ CADE. Op. cit. p. 26.

⁶³⁰ CADE. Op. cit. p. 26.

Quanto ao cálculo da multa para Pessoas Físicas (PFs), a jurisprudência indica que as multas imputadas a PFs pelo Cade possuem como base de cálculo a multa imposta à empresa a que essa pessoa esteve vinculada durante a conduta⁶³¹..

Os critérios de atualização de cálculo e reincidência explicados anteriormente também se aplicam a essa classe de Representados, conforme tipo de PF⁶³².

Ademais, vale ressaltar que, em regra, a multa para pessoas físicas deve ser maior do que a contribuição pecuniária aplicada às pessoas físicas que fizeram TCC e que possuem grau de participação semelhante na conduta⁶³³.

No que se refere às alíquotas, muitas vezes, durante a análise do PA, é possível identificar pessoas que tiveram participação relevante no cartel. O Cade orienta que a atuação destas pessoas, bem como dos administradores das empresas envolvidas na conduta anticompetitiva deve ser tratada como um agravante, visto que estas pessoas possuem poder de liderança e funções estratégicas dentro das empresas e consequente, no cartel⁶³⁴.

Assim, utilizando a metodologia de aplicação de alíquota sobre a multa das empresas às quais estas PFs estejam ou tenham sido vinculadas à época da conduta, as alíquotas aplicadas devem respeitar o grau de participação no cartel. Quanto mais relevante for a participação da PF, maior deve ser a alíquota aplicada⁶³⁵.. O grau de participação deve ser considerado caso a caso, porém, pode-se citar, em lista não exaustiva, mas apenas sugestiva, algumas atitudes já utilizadas para caracterizar a liderança na conduta pelo Tribunal, como:

- (i) Presidente, sócios, administradores de direito ou de fato e ou diretores no rol de Representados; e
- (ii) Protagonismo nas tratativas envolvendo as reuniões/encontros⁶³⁶.

⁶³¹ CADE. Op. cit. p. 26.

⁶³² CADE. Op. cit. p. 26

⁶³³ CADE. Op. cit. p. 26

⁶³⁴ CADE. Op. cit. p. 26

⁶³⁵ CADE. Op. cit. p. 26

⁶³⁶ CADE. Op. cit. p. 26.

A jurisprudência do Cade os considera com agravante de liderança em relação aos demais Representados com cargos de menor relevância na decisão da empresa, por exemplo, funcionários. Ressalta-se que a alíquota definida deve respeitar o limite dado pela Lei nº 12.529/2011, de 1% a 20% sobre a multa aplicada à empresa vinculada⁶³⁷.

Exemplo H: Cartel no mercado de concorrências privadas destinadas à contratação de serviços de operação e exploração comercial de estacionamentos na cidade de São Paulo/SP. Na definição da dosimetria da multa do PA nº 08012.004422/2012-79 foi considerado como agravante de liderança de PF o fato de um Representado ter compartilhado “informações sensíveis e a tentativa de balizamento de proposta a ser apresentada na licitação”⁶³⁸..

Quanto à verificação dos limites legais, conforme a Lei nº 12.529/2011, esses limites indicam valores percentuais de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) sobre a multa imposta à empresa para os administradores e para as demais pessoas físicas, não sendo possível a utilização 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)⁶³⁹.

No que se refere à **verificação de limites legais**, esses limites estabelecidos para multas cujas infrações à ordem econômica tenham sido cometidas durante a vigência da Lei nº 8.884/94 são: mínimo de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente⁶⁴⁰.

Quanto às penas alternativas, destaca-se que, embora a principal penalidade aplicada pelo Cade seja a multa, o art. 38 da Lei nº 12.529, de 2011, estabelece diversas outras punições, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente à multa, a saber:

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:

⁶³⁷ CADE. Op. cit. p. 27.

⁶³⁸ CADE. Op. cit. p. 28.

⁶³⁹ CADE. Op. cit. p. 28

⁶⁴⁰ CADE. Op. cit. p. 29.

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.

Ressalta-se que o inciso VII deste artigo estabelece ainda que poderá ser adotado qualquer outro ato ou providência necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica⁶⁴¹.

Com isso, feita a dosimetria da pena que será aplicada ao condenado, o Tribunal deve aplicar a sanção ou conjunto de sanções que atendam de forma mais eficiente aos objetivos das punições, em especial a criação de efeito dissuasório contra o cometimento de novas infrações⁶⁴².

Em que pese o forte poder dissuasório da multa, considerando o caso concreto, o Tribunal pode considerar adicionalmente medidas ou restrições relacionadas à conduta⁶⁴³.

Importante ressaltar que a sanção aplicada não deve gerar mais efeitos negativos do que positivos⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ CADE. Op. cit. p. 30.

⁶⁴² CADE. Op. cit. p. 30.

⁶⁴³ CADE. Op. cit. p. 30.

⁶⁴⁴ CADE. Op. cit. p. 30.

Nessa linha, deve-se evitar que as punições restrinjam de forma significativa a concorrência, em especial no tocante a licitações públicas. Quando um grupo com elevado percentual de participação de mercado é condenado por cartel, pode ser mais adequada a restrição de não contratação com o Estado apenas aos que tiveram um maior nível de responsabilidade pela conduta, por exemplo, os líderes⁶⁴⁵.

Exemplo I: Cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares.

O voto vencedor da dosimetria do PA nº 08700.004617/2013-41 determinou que fossem aplicadas duas sanções acessórias a empresa considerada líder do cartel, sendo elas:

- i. pena de proibição de participar, direta ou indiretamente, de licitações tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, envolvendo a aquisição e manutenção de material rodante, sistemas auxiliares e suas partes integrantes, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades de administração indireta, por cinco anos, a contar da publicação da decisão do Tribunal do Cade, nos termos do inciso II do art. 38 da lei 12529/11; e
- ii. a recomendação aos órgãos públicos competentes para que 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 nos termos da alínea b do inciso IV do artigo 38 da Lei 12.529/11, por cinco anos.

Já para as empresas que tiveram participação representativa, chamadas de núcleo duro do cartel, foram aplicadas apenas a sanção ii.

Este tópico apresentou a metodologia geral para a definição dos valores das multas a serem aplicadas pelo Cade nas condenações de empresas e outras PJs que não exercem atividade empresarial, bem como de PFs, envolvidos em condutas anticompetitivas de cartel. Além disso, foram apresentadas possíveis penas alternativas. Ressalta-se que as especificidades dos processos, desde que devidamente justificadas, possibilitam que o Tribunal se afaste da metodologia aqui apresentada.⁶⁴⁶

No que se refere à Dosimetria da pena, apesar de um programa de compliance não ser suficiente para afastar a possibilidade de imposição de

⁶⁴⁵ CADE. Op. cit. p. 30-31.

⁶⁴⁶ CADE. Op. cit. p. 32.

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 aplicável⁶⁴⁷. 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 necessários, pode ser considerada evidência da boa-fé da organização infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Por conta disso, é possível que o Tribunal enquadre o programa de compliance como (i) uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a, ou como (ii) um critério a ser considerado quando do cálculo da contribuição pecuniária, em eventual TCC a ser assinado pela organização, que poderia levar o percentual de desconto ao máximo permitido. Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade⁶⁴⁸. 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 organização e às orientações dos seus administradores⁶⁴⁹.

Neste item, analisou-se a metodologia para o cálculo da sanção administrativa. Assim sendo, ao perceber que a sua atividade econômica está sendo investigada pelo CADE ou observando a sensibilidade de sua atuação e a possibilidade de uma multa no faturamento da empresa, é importante que a mesma tome as devidas medidas cabíveis.

No próximo item, analisar-se-á os precedentes do CADE que envolvem os Programas de Compliance e Sanções Administrativas (multa).

⁶⁴⁷ CADE. **Guia Programa de Compliance**. Op. cit. p. 42.

⁶⁴⁸ CADE. **Guia Programa de Compliance**. Op. cit. p. 42.

⁶⁴⁹ CADE. **Guia Programa de Compliance**. Op. cit. p. 42.

3.4 Sanções Administrativas e Programas de Compliance Análise dos precedentes do CADE.

Neste subcapítulo, apresentam-se os precedentes do CADE envolvendo Sanções Administrativas em Processo Administrativo em que houve análise de Programas de Compliance concorrencial por parte do CADE.

Abaixo segue tabela com julgados do CADE que culminaram em contribuição pecuniária no período de 2015 a 2022.

TABELA 6 - JULGADOS DO CADE E CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA

ANO	Nº de TCC's Julgados	Contribuição Pecuniária
2023	Sem dados	
2022	38	R\$ 724.168.386,75
2021	9	R\$ 58.778.997,10
2020	18	R\$ 140.906.041,96
2019	21	R\$ 167.596.654,08
2018	60	R\$ 537.735.276,69
2017	75	R\$ 845.772.485,87
2016	61	R\$ 798.943.416,92
2015	62	R\$ 464.955.618,41
TOTAL	332	R\$ 3.738.856.877,78
Sem dados para 2012,2013.2014		

FONTE: CADE EM NÚMEROS

Na tabela acima, observa-se que foram julgados 332 TCCs em um período de 9 anos com um valor robusto de contribuição pecuniária. Subdividiu-se a análise conforme a vigência da Lei 8894/94 (um precedente) e da Lei 12.529/2011 (cinco precedentes).

Quanto à aplicação da Lei 8.884, de 1994, vale ressaltar que o CADE tem apenas uma decisão condenatória, isto é, um precedente⁶⁵⁰ envolvendo como representante o Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal e como representados Abbott Laboratórios do Brasil Ltda. e outras.

No caso, constatou-se a fixação em acordo com laboratórios concorrentes de condição de venda aos distribuidores de medicamentos com a exigência de que estes não trabalhassem com genéricos, limitação ao acesso de novas empresas ao mercado; criação de dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento dos distribuidores de medicamentos; recusa de venda de bens dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais. O processo administrativo foi autuado sob n. 08012.009088/1999-48⁶⁵¹.

O julgamento final ocorreu em 13 de outubro de 2005, tendo sido estipulado entre as penalidades e sugestões, a sugestão de por unanimidade de as representadas aderirem a um Programa de Compliance Antitruste.

Da análise do caso é possível verificar que o Programa de Compliance não foi considerado como medida impositiva, mas sim de recomendação pelo CADE. Além disso, não houve uma discussão sobre o Programa de Compliance quando da dosimetria da pena.

Deve-se destacar que no momento do julgamento do caso, ano de 2005, o CADE ainda não havia redigido o Guia de Compliance e foi justamente com a edição do Guia que a temática ganhou evidência, com condenações que passaram a considerar esses Programas.

No que se refere à aplicação da Lei 12.529, de 2011, o CADE conta com pelo menos cinco precedentes em decisões condenatórias.

No primeiro caso, envolvendo SDE versus Associação Brasileira de Serviços de Concretagem e outras, o processo administrativo foi autuado sob n. 08012.011142/2006-79. Verificou-se conduta colusiva no mercado de cimento e de

⁶⁵⁰ Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48. Representante: Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal - CRF/DF e representadas Abbott Laboratórios Ltda e outras.

⁶⁵¹ CADE. **Guia Programa de Compliance**. Op. cit. p. 42.

concreto no Brasil. O conselheiro relator explicou que o cartel atuou no mercado brasileiro de cimento e concreto por meio da fixação de preços e de quantidades de venda de produtos, divisão regional do mercado e alocação de clientes entre as empresas cartelizadas. As empresas, executivos e entidades de classe condenados também atuavam para inviabilizar a entrada de novos concorrentes nesses segmentos.

O julgamento final ocorreu em 28 de maio de 2014 e o Programa de Compliance constou de um pacote de obrigações relacionado à futura aquisição de ativos que foram alienados. Assim, os programas de compliance deveriam ser implementados a partir de uma política de portas abertas para possibilitar a fiscalização pelo CADE e para mostrar que a empresa não voltará a delinquir. Esses programas permitem que a autoridade realize inspeções e que as empresas adequem suas ações e estratégias à promoção de um ambiente competitivo, além de disseminar a cultura da defesa da concorrência entre seus funcionários.

No segundo caso, trata-se do processo que foi autuado sob o n. 08012.002568/2005- 51, tendo como representante SEAE e representadas Liquigás Distribuidora S/A (ex-Tropigas), Supergasbras (ex-Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda) e Paragás Distribuidora de Gás Combustível Ltda, fixação de preços de revenda e recusa de contratar. O caso foi julgado em 15 de dezembro de 2016, tendo sido apresentada sugestão não-pecuniária de implementação de Programa de Compliance, para além da condenação também da Paragás ao pagamento de sanção pecuniária no valor de: R\$ 67.461.758. No voto vogal do Conselheiro Alexandre Macedo Cordeiro consignou-se que não há fundamento legal para imposição de penalidade acessória consistente em Programa de Compliance, uma vez que não consta prevista no art. 38 e seguintes.

No anexo VII, ficou consignado que o objetivo principal do programa é garantir que em menos de 360 dias (a contar a partir do julgamento no Cade) todos os membros da instituição estejam devidamente informados, treinados e educados

no tocante a toda legislação e regulamentação de defesa da concorrência e condutas anticompetitivas no Brasil. Ademais, consignou-se ainda que os requisitos mínimos do Programa de Compliance são:

a. Disponibilizar síntese desta decisão na página principal de seu sítio eletrônico por 90 (trinta) dias corridos, de forma visível e legível, a contar da data da publicação da decisão;

b. Comunicar a todos os seus filiados o teor da presente decisão, assim como todas as sanções previstas a todos os membros da instituição, por meio de qualquer meio interno de divulgação;

c. Distribuir trimestralmente folhetos informativos específicos sobre defesa da concorrência a todos os membros da instituição, a começar no 30º dia útil.

d. Promover eventos semestrais, com a participação de advogados, e/ou economistas, e demais representantes do setor antitruste, a todos os membros da instituição para apresentação detalhada da legislação antitruste e de defesa da concorrência, sendo o primeiro realizado em até 60 dias úteis;

e. Promover testes trimestrais de 15 minutos com perguntas específicas sobre a aplicação da legislação antitruste no setor em questão, conduzidos por profissionais no assunto, a todos os membros da instituição, a começar no 180º dia útil;

f. Incluir no site da instituição e entregar fisicamente um manual básico, simples e objetivo (de no mínimo 15 e máximo 30 páginas) acerca do que “se pode e do que não se pode fazer” com relação à legislação antitruste no setor em que a instituição atua, a todos os membros da instituição, em até 180 dias úteis;

g. Criação de uma “**hotline**”, um mailing específico para os líderes do compliance receberem toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência⁶⁵².

O terceiro caso, cujo processo administrativo foi autuado sob o n. 08012.000504/2005-15, teve como representante SDE e representados a Associação Comercial dos Transportadores Autônomos (ACTA) e Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas a Granel (SINDGRAN). O julgamento do caso ocorreu em 18 de janeiro de 2017. Constatou-se a influência de adoção de conduta comercial uniforme e discriminação de concorrentes. Também neste caso

⁶⁵²CADE. PA 08012.002568/2005- 51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPTql_IL61mh04cEyFSz3RZAPACG9AO22MAxT nFK3XJE3b09F1oj9EEemTEpTzV6jLQRW755zE6_Pa1Ie-6n3zrS>. Acesso em: 25 de ago. 2023.

foi mencionado como sanção não-pecuniária a necessidade de se estabelecer um Programa de Compliance, com requisitos mínimos similares ao do caso anterior, tendo sido destacado que a exigência desse Programa se torna inócua diante da inexigibilidade por parte do CADE em âmbito de PA. Assim, a medida foi imposta apenas como sugestão. Ficou consignado a possibilidade de se impor medidas comportamentais com base no inciso VII do artigo 37 da Lei 12.529, de 2011.

No quarto caso, cujo processo administrativo foi autuado sob o n. 08012.010744/2008- 71, tem-se como representante o Departamento de Polícia Federal de Pelotas/RS e representadas a Elegê Alimentos S.A. (atual BRF Brasil Foods S.A.), a Cooperativa Sul Rio-Grandense de Laticínios Ltda e a Cooperativa de Pequenos Agricultores. O processo foi julgado em 18 de janeiro de 2017, tendo sido constatado no referido caso: influência à conduta comercial uniforme, cartel no mercado de leite pasteurizado Tipo C e preço predatório na região sul do Estado do Rio Grande do Sul, especificamente na microrregião de Pelotas. Também no referido caso houve sugestão para a implementação de Programa de Compliance, com recomendações de diretrizes mínimas.

No quinto caso, cujo processo administrativo foi autuado sob o n. 08012.006130/2006- 22 e que teve como requerente SDE e requeridas Álamo Engenharia S.A. e outras, verificou-se prática de cartel em licitações públicas e privadas no mercado nacional de serviços de manutenção predial. O referido caso foi julgado em 16 de agosto de 2017 e destaca-se que não houve sugestão de implementação do Programa de Compliance. Apenas foi mencionado no voto -vogal do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia que o grande esforço das empresas pela implementação de programas de integridade (compliance) específicos para a área concorrencial demonstra que tais preocupações foram

compreendidas pelas empresas como também vêm sendo por elas internalizadas (enforcement privado)⁶⁵³.

A Tabela abaixo sintetiza a os julgados do CADE em caso de condenações, sob a égide da Lei 12.529/2011:

TABELA 7 Aplicação de Programas de Compliance em Condenações sob a vigência da Lei 12.529/11

	Processo Administrativo	PARTES	Conduta	MERCADO
1	08012.011142/2006- 79	<ul style="list-style-type: none"> •Representante: SDE •Representadas: Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem e outras 	preço cartelizado do cimento em diversas obras públicas	Mercado brasileiro de cimento e concreto
2	08012.002568/2005- 51.	<ul style="list-style-type: none"> •Representante: SEAE. •Representadas: Liquigás Distribuidora S.A. e outras. 	Cartel <i>hard core</i> , fixação de preços de revenda e recusa de contratar.	Mercado de distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP) no Estado do Pará.
3	08012.000504/2005- 15.	<ul style="list-style-type: none"> •Representante: SDE ex officio. •Representadas: ACTA – Associação Comercial dos Transportadores Autônomos e SINDIGRAN – Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas a Granel. 	Influência de adoção de conduta comercial uniforme; Discriminação de concorrentes.	Mercado de transportadores rodoviários.
4	08012.010744/2008- 71.	<ul style="list-style-type: none"> •Representante: Departamento de Polícia Federal de Pelotas/RS •Representadas: Elegê Alimentos S.A. (atual BRF Brasil Foods S.A.); 	Influência à conduta comercial uniforme, cartel no mercado de	Mercado de leite de Pelotas.

⁶⁵³CADE. **Processo Administrativo 08012.006130/2006-22.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNe4yEJvxA-nowlLrStToxZQIRA78ttPhV18V-hui BeUNu6U_SB80gig1vr0728D-6PEzFfRrHe-sARj9hb2IDb>. Acesso em: 28 de ago. 2023.

		Cooperativa SulRio Grandense de Laticínios Ltda.; Cooperativa dos Pequenos Agricultores	leite pasteurizado Tipo C e preço predatório na região sul do Estado do Rio Grande do Sul, especificamente na microrregião de Pelotas.	
5	08012.006130/2006- 22	<ul style="list-style-type: none"> •Representante: SDE ex officio. •Representadas: Álamo Engenharia S.A., Araújo Abreu Engenharia S.A., Conbrás Engenharia Ltda., Eletrodata Instalações e Serviços Ltda., Projetos Engenharia, Comércio e Montagens Ltda. e outras. 	cartel em licitações públicas e privadas no mercado nacional de serviços de manutenção predial.	mercado nacional de serviços de manutenção predial.

Conforme observado, no âmbito da vigência da Lei 8.884, de 1994, foi identificado um precedente envolvendo condenação e Programa de Compliance. Fez-se claro o entendimento de que o Programa de Compliance não seria medida impositiva, mas sim uma possível recomendação para os condenados no ilícito. Além disso, não houve uma discussão sobre o Programa de Compliance quando da dosimetria da pena.

Já com relação às condenações que ocorreram após a vigência da Lei 12.529, dos cinco precedentes que fizeram menção ao Programa de Compliance, quatro deles o impuseram como medida de recomendação. No caso envolvendo as empresas de concretagem fez-se referência à importância de uma política de portas abertas. Já no caso envolvendo o mercado de gás, leite e transportadores rodoviários foram mencionados quais seriam os requisitos mínimos para o Programa de Compliance.

Um ponto importante a ser destacado do voto vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no caso envolvendo o mercado de gás do Pará é o destaque da

necessidade de ponderação na dosimetria das sanções quando a multa é aplicada em conjunto com medidas acessórias.

Alguns dos argumentos que foram mencionados: a) o art. 38, inciso VII, da Lei 12.529/2011 não confere amparo legal para justificar a imposição do programa de compliance; b) O enforcement do programa de compliance é inexecutável pelo Estado.

A crítica que se faz nesse ponto é que apesar da recomendação para a Programa de Compliance ter sido realizada, não houve a devida discussão sobre o Programa de Compliance na dosimetria da pena, que é o que se propõe justamente na presente tese.

3.5 Termos de Compromisso de Cessação de Conduta e Compliance e Análise dos Precedentes do CADE.

Neste subcapítulo, apresenta-se os precedentes do CADE envolvendo análise de programas de compliance concorrencial para Termos de Compromisso de Cessação de Conduta, o qual é o ponto defendido nesta tese.

No que se refere aos programas de Programas de Compliance em TCC, sob a égide da Lei 8.884/94, a autoridade Concorrencial brasileira analisou pelo menos seis casos.

O primeiro desses casos refere-se ao Requerimento nº 08700.002906/2007-68, cuja compromissária foi a JBS S/A (antiga Friboi Ltda.). Trata-se então do TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16, que apurava suposto acordo entre empresas frigoríficas com a finalidade de restringir e prejudicar a livre concorrência no setor de abate de gado bovino em várias regiões do país.

O TCC foi homologado pelo Plenário, por maioria, em 28 de novembro de 2007, trazendo entre outras as cláusulas a Cláusula Terceira que institui como obrigação a adoção de Programa de Compliance, de forma que a

compromissária compromete-se a implementar regras internas de prevenção a infrações concorrenciais e em adotar programa de Compliance concorrencial, o qual deve *"nortear e restringir todo e qualquer ato, externo ou interno, da Companhia e seus empregados e prepostos perante quaisquer terceiros, mas em especial perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e associações de classe"*. Ficou consignado ainda que a compromissária deverá apresentar o referido Programa de Compliance concorrencial ao CADE *"no prazo de 30 dias após a assinatura do presente termo"*.

Cumprir destacar como ponto relevante do referido TCC a obrigação prevista no item 3.1.2. De que a compromissária se obrigue a EFETUAR A DIVULGAÇÃO DO PROGRAMA DE COMPLIANCE CONCORRENCIAL e executar o treinamento efetivo de todos os funcionários direta ou indiretamente ligados à atividade operacional e comercial, os quais restam obrigados às regras estabelecidas no referido programa, sob pena de sanções disciplinares por violação.

Finalmente, a Cláusula Sexta do referido TCC, traz as consequências do descumprimento do referido TCC nos seguintes termos, destacando as seguintes consequências: a) o Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16 contra a COMPROMISSÁRIA para apuração de infração da ordem econômica, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 voltará ao seu curso investigativo regular, sendo-lhe garantido o mais amplo e irrestrito direito de defesa; b) multa diária, enquanto perdurar descumprimento, no valor de 5.000 (cinco mil) UFIR, nos termos do artigo 53, §1º, II, c/c artigo 25, ambos da Lei 8.884/94; c) O atraso, injustificado ou sem consentimento prévio, na entrega dos relatórios e informações ao CADE, será apurado pelo CADE, respeitado o direito de defesa. Constatado pelo Plenário do CADE o descumprimento do presente Termo de Compromisso, o COMPROMISSÁRIO estará sujeito à multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIR, equivalente a R\$ 5.320,50 (cinco mil e trezentos e vinte reais e cinqüenta centavos). Importa destacar que o monitoramento do das obrigações foi realizado pelo ProCADE que atestou o cumprimento integral do TCC, recomendando o arquivamento do feito em 10 de setembro de 2009. No mesmo sentido foi o despacho do Conselheiro-Relator Paulo Furquim Azevedo em 15 de setembro de 2009, tendo sido homologado pelo plenário.

O segundo caso decorreu do Requerimento nº 08700.004221/2007-56. Trata-se do TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, cuja Compromissária foi a Lafarge Brasil S/A. O referido acordo foi homologado em 28 de novembro de 2007. Consta da cláusula terceira entre as obrigações da Compromissária a de adotar Programa de Compliance. Ademais, a Compromissária também foi obrigada a efetuar a divulgação do Programa, bem como a executar o treinamento efetivo de todos os funcionários direta ou indiretamente ligados à atividade operacional e comercial, os quais igualmente restam obrigados às regras estabelecidas no referido programa, sob pena de sanções disciplinares por violação. Consta também como obrigação o Livre Acesso e Cooperação, bem como obrigação de Informação e Relatório ao CADE. Assim, a COMPROMISSÁRIA se obriga a enviar ao CADE, a cada 6 (seis) meses e até o final do Termo de Compromisso, contados da assinatura do presente instrumento, relatório informando o desenvolvimento e o acompanhamento de todas as obrigações assumidas neste Termo de Compromisso, em particular a obrigação de Adoção de Compliance e regular recolhimento da Contribuição Pecuniária assumida. No que se refere ao descumprimento do referido TCC e das multas, constaram as seguintes consequências: a) processo administrativo nº 08012.011142/2006-79 voltará a prosseguir; b) Em caso de constatação pelo Plenário do CADE do descumprimento das obrigações principais assumidas neste Compromisso, a COMPROMISSÁRIA ficará ainda sujeita à multa diária, enquanto perdurar eventual descumprimento, no valor de 25.000 (vinte e cinco mil) UFIR; c). O atraso, injustificado ou sem consentimento prévio, na entrega dos relatórios e informações ao CADE, será apurado pelo CADE. Constatado pelo Plenário do CADE o descumprimento do presente Termo de Compromisso, a COMPROMISSÁRIA estará sujeita à multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIR.

Ademais, para fins de monitoramento, cumpre destacar que o ProCADE que atestou o cumprimento integral do TCC, recomendando o arquivamento do feito em 9 de março de 2009. No mesmo sentido foi o despacho

do Conselheiro-Relator Paulo Furquim Azevedo em 15 de abril de 2009, tendo sido homologado pelo plenário.

O terceiro caso decorreu do Requerimento nº 08700.005281/2007-96, cuja compromissária foi a Alcan Embalagens do Brasil Ltda e Marco Antonio Ferraroli dos Santos. O TCC foi celebrado no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.004674/2006-50, que apurava suposto cartel no mercado de embalagens flexíveis, com o fim de dividir o mercado e fixar preços, tendo sido homologado em 23 de julho de 2008. Registra-se como cláusulas relevantes do TCC a cláusula 3, na qual consta a obrigação da Compromissária de implementar um Programa de Conformidade. Também ficou consignado que a Alcan Embalagens deverá ostensivamente informar seus funcionários sobre o programa de conformidade treinar todos os seus empregados direta ou indiretamente envolvidos nas suas atividades comerciais de acordo com tal programa. Constatou-se também que os funcionários da Alcan deverão estar vinculados a tais regras e deverão estar sujeitos a penalidades disciplinares no caso de infração ao programa de conformidade. Ademais, foi imposta a obrigação de apresentar ao CADE, a cada 4 meses, um relatório circunstanciado atestando o cumprimento das obrigações relacionadas ao Programa de Compliance. Foi também destacado no item 3.3. Uma política de open door para os servidores do CADE, garantindo-se acesso pleno às instalações da empresa.

Para o caso de descumprimento do acordo e das multas, foram estabelecidas as seguintes sanções na cláusula 7:

7. DO DESCUMPRIMENTO E DAS MULTAS

7.1 A Alcan Embalagens e o Executivo estarão sujeitos a multa diária de no máximo R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) no caso de descumprimento das obrigações expressas na Cláusula 3 acima, caso o descumprimento tenha continuado após a Alcan Embalagens ou o Executivo terem sido devidamente notificados por escrito sobre a ocorrência, garantindo-se que a verificação do descumprimento obedecerá o procedimento previsto no art. 162 do Regimento Interno do CADE, resguardado o direito de ampla defesa da Alcan Embalagens e do Executivo.

7.1.1 A Alcan Embalagens estará sujeita à multa diária de no máximo R\$5.320,00 (cinco mil, trezentos e vinte reais) no caso de atraso, injustificado ou sem consentimento prévio, na entrega dos relatórios a que se refere a Cláusula 3.2 acima.

7.1.2 O descumprimento de quaisquer das obrigações expressas na Cláusula 3 acima poderá ser unicamente considerado descumprimento parcial deste Compromisso. Ainda que referido descumprimento parcial resulte na aplicação da multa prevista na Cláusula 7. 1, o CADE poderá confirmar o cumprimento integral do Compromisso, arquivando o Processo Administrativo nos termos da Cláusula 8 abaixo, caso a Alcan Embalagens ou o Executivo corrija o vício identificado e cumpra adequadamente a obrigação objeto de controvérsia em 30 (trinta) dias a contar da decisão do CADE que verificou o descumprimento parcial.

Ademais, **cumpre destacar para fins de monitoramento que o ProCADE atestou o cumprimento integral do TCC, recomendando o arquivamento do feito em 4 de agosto de 2009.** No mesmo sentido foi o despacho do Conselheiro-Relator Olavo Zago em 26 de agosto de 2009, tendo sido homologado pelo plenário.

O quarto caso decorreu dos Requerimentos nºs 08700.003240/2009-27 e 08700.003900/2009-70, tendo como compromissárias: Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., Visa International Service Association (“Visa”) e Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos (“CIELO”). Os TCCs foram celebrados no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.00528/2009-31, que apurava suposta prática de ilícito concorrencial, tendo sido homologados pelo Plenário, por maioria, em 16 de dezembro de 2009. Na cláusula segunda, consignou-se que o objeto do Compromisso é estabelecer medidas que para cessar a relação de adquirência única na afiliação de estabelecimentos para aceitação de cartões com a bandeira Visa e credenciamento de transações Visa originárias destes estabelecimentos, incluindo os serviços de captura, transmissão, processamento e liquidação das transações, mantida entre as Compromissárias e a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (“Cielo”). Entre as medidas encontram-se: a) a implantação de um programa de educação aos funcionários das Compromissárias, visando à prevenção de infrações à ordem econômica (compliance); e b) a ampla divulgação de requisitos éticos, operacionais e condições comerciais a fim de viabilizar a contratação, por parte das Compromissárias, de novo(s) credenciador(es) da bandeira Visa, para operar no território brasileiro.

Na cláusula quinta do referido acordo, ficou consignado que o Programa deverá contar com palestras, treinamentos e elaboração de manual.

Ademais, a Visa do Brasil deverá informar tempestivamente seus funcionários acerca do programa e deverá treinar funcionários direta ou indiretamente envolvidos em suas atividades comerciais. O programa incluirá penalidades disciplinares aos funcionários que não se enquadrarem ao programa. O monitoramento foi determinado a partir da possibilidade de, mediante aviso prévio de 5 dias à Visa do Brasil, o CADE pode indicar representantes para acompanhar pessoalmente o desenvolvimento de um treinamento incluído no cronograma que será entregue ao CADE. Foi também estabelecida obrigação de informar o CADE relatório acerca do cumprimento do Programa de Compliance. Na cláusula sétima, ficou consignado o estabelecimento de multa no caso de não cumprimento da obrigação de estabelecer multa e também no caso de envio não justificado do relatório.

Também foi imposta a Cielo a obrigação de implantar um programa de educação aos funcionários da Compromissária, visando à prevenção de infrações à ordem econômica (Programa de Compliance). O programa deverá contar com palestras, treinamentos, elaboração de manual e incluirá penalidades disciplinares aos funcionários que não se enquadrarem em suas regras. Foi também prevista a possibilidade de o CADE indicar representantes para acompanhar pessoalmente o desenvolvimento de um treinamento, bem como a obrigação de a compromissária fornecer ao CADE e ao representante do MPF que oficia perante o CADE, durante a vigência deste Compromisso, relatórios confidenciais, com periodicidade mensal, relatórios esses que indicarão a implementação do Programa de Compliance. Na cláusula sétima foram previstas: a) à multa diária de R\$20.000,00, pela inobservância das obrigações relacionadas ao Compliance; limitada esta multa diária a 90 dias; e b) à multa diária de R\$10.000,00, pelo atraso injustificado no envio dos relatórios ao CADE, limitada esta multa diária a 90 (noventa) dias. Ficou ainda estabelecido que o não cumprimento dessas obrigações não ensejará, por si só, a resolução deste Compromisso, nem a reabertura do Processo Administrativo em face da Compromissária.

Destaca-se também que o ProCADE que atestou o cumprimento integral do TCC, recomendando o arquivamento do feito em 29 de julho de 2010. No mesmo sentido

foi o despacho do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia de Azevedo em 3 de agosto de 2010, tendo sido homologado pelo plenário.

O quinto caso foi decorrente do Requerimento nº 08700.001913/2009-12 e teve como Compromissários: Associação das Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas e Região e Oswaldo Redaelli Filho. Trata-se de TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007238/2006-32, que apurava suposta imposição de preços aos Centros Formadores de Condutores de Campinas pelo tabelamento de preços mínimos. O TCC homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 07 de outubro de 2009, tendo sido elencada em sua cláusula terceira a obrigação de os Compromissários assumir compromisso de elaborar um Plano Educativo com palestras e qualquer outra modalidade de evento, junto às Associações e Sindicatos de Auto-Escolas e de Centros de Formação de Condutores e demais entidades públicas ou privadas, dentro e fora da cidade de Campinas e do Estado de São Paulo, devendo convidar o DETRAN/SP e entidades representativas de classes e empresárias para participar, para envolvê-lo no plano educativo, com o objetivo de promover os princípios da livre concorrência, conforme cláusula terceira. Também ficou prevista obrigação de Informação e Relatório ao CADE, informando o desenvolvimento e o acompanhamento das obrigações assumidas neste Termo de Compromisso, bem como o regular recolhimento da Contribuição Pecuniária assumida. Também foram estipuladas multas para caso de não cumprimento das obrigações e para o caso de não entrega do relatório, além de ter sido destacado que o descumprimento integral do presente Termo de Compromisso fará com que o Processo Administrativo nº 08012.007238/2006-32 contra os COMPROMISSÁRIOS volte ao seu curso investigativo regular, conforme cláusula oitava.

Importa destacar do Despacho do Conselheiro-Relator César Costa Alves de Mattos que os representados apresentaram minuta de TCC, propondo (i) a cessação da prática, (ii) medidas de compliance com acentuado teor de advocacia da concorrência. Ademais, alegou-se que as associações são infratoras contumazes da legislação antitruste em função da falta de atenção e/ou conhecimento em

relação às normas concorrenciais. Frequentemente, o problema se deriva até mesmo da falta de conhecimento técnico sobre o que constitui uma conduta ilegal. O relator destacou também que as negociações foram ajustando a proposta inicial aos critérios de adequação da Comissão, ampliando-se o programa de compliance paralelamente à adequação da contribuição pecuniária a alguns critérios, entre eles as obrigações assumidas no plano educativo proposto.

Destaca-se que o ProCADE atestou o cumprimento integral do TCC, recomendando o arquivamento do feito em 24 de junho de 2014, tendo sido homologado pelo plenário.

O sexto caso decorreu do Requerimento nº 08700.002933/2009-01, cujas compromissárias foram: União Brasileira de Avicultores - UBA e Anel Antônio Mendes. Trata-se de TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.003623/2009-53, que apurava suposta infração à ordem econômica diante de manifestações da UBA e de seu Presidente, que sugeriam aos produtores de aves a redução das quantidades produzidas como forma de evitar eventual queda de preços. O TCC foi homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 09 de junho de 2010. Abaixo segue a cláusula terceira que traz a obrigação com caráter pedagógico imposta no âmbito do TCC, bem como a cláusula sexta com as sanções no caso de descumprimento da obrigação:

Cláusula Terceira - Das Obrigações do Compromissário [...]3.4. Divulgação - A Compromissária Pessoa Jurídica **obriga-se individualmente a disponibilizar em seu sítio eletrônico acesso, a um clique de distância, a versão eletrônica da Cartilha da SDE “Combate a cartéis em sindicatos e associações” (Coleção SDE [DPDE nº 03/2009) pelo prazo de 3 (três) anos a contar da homologação do presente termo.** A Compromissária obriga-se, também, a apresentar relatório anual em que ateste a disponibilização do documento, com a apresentação do primeiro prevista para 12 (doze) meses após a homologação do presente termo.

[...]

Cláusula Sexta - Do Descumprimento do Termo de Compromisso

[...]

6.4. Uma vez constatado, pelo Plenário do CADE, o descumprimento do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo n. 08012.003623/2009-53 voltará a tramitar em face do Compromissário faltoso, sendo-lhe garantido direito de defesa nos termos da extinção da obrigação de recolhimento das parcelas de contribuição pecuniária restantes.

6.5. Em caso de descumprimento da obrigação prevista na cláusula 3.4., a Compromissária Pessoa Jurídica estará sujeita unicamente à

multa no valor de 50 mil UFIR, sem aplicação de nenhum dos efeitos previstos na Cláusula.

No voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo ficou consignado que no parecer da SDE comentou-se a proposta de programa de compliance sugerida pelos proponentes quando do início do período de negociação, opinando pela sua reformulação, a partir da qual dele deveriam constar um cronograma e diretrizes, além da indicação de um responsável pela sua execução e da extensão do prazo de vigência. O Conselheiro destacou que vê com ressalvas o estímulo, por parte da Administração Pública, desses programas, o que ocorreria caso este TCC previsse essa obrigação. Ainda mais, caso os programas de compliance importem contrapartida (pecuniária ou não) por parte da Administração Pública no âmbito de uma negociação de termo de compromisso de cessação no CADE. Justificou seu posicionamento com as seguintes considerações:

Isso porque, por um lado, os programas de compliance impõem um custo alto de monitoramento ao CADE, que ficará responsável por verificar a adesão dos proponentes aos termos negociados, sem necessariamente implicar (até porque isso seria ainda mais difícil) uma obrigação de resultado (i.e., a de evitar condutas anticompetitivas por meio de uma maior conscientização da legislação e jurisprudência antitruste). 31. Por outro, acredito que o foco desse estímulo está equivocado, ao menos no que se refere à grande maioria dos setores econômicos frequentemente analisados pelo CADE. A meu ver, as empresas que sugerem a formalização de programas de compliance já são aquelas que, cientes de uma possível e iminente responsabilização no âmbito antitruste, fariam compliance de qualquer forma (ou pelo menos já estão, em algum grau, conscientes da legislação de defesa da concorrência), não havendo razão para que a Administração Pública ofereça uma contrapartida para algo que o administrado tem incentivo para fazer independentemente de um TCC. Não excluiria per se programas de compliance no âmbito de TCCs (até porque há previsão regimental prevendo a adoção de programas dessa ordem), mas entendo que essa é uma possibilidade que deve ser encarada pela Administração Pública como medida de exceção e que, portanto, deve ser extensamente justificada e motivada pelo Conselheiro responsável pelo caso no CADE.

Destaca-se que o ProCADE atestou o cumprimento integral do TCC, recomendando o arquivamento do feito em 10 de julho de 2014, tendo sido homologado pelo plenário.

A tabela abaixo sintetiza os casos analisados pelo CADE no que se refere à Compliance e TCC ainda sob a égide da Lei 8.884/94:

TABELA 8 - Análise de Programas de Compliance em TCC's sob a égide da Lei 8.884/94

	Requerimento	Partes	Conduta	Mercado
1	08700.002906/2007-68	JBS S/A (antiga Friboi Ltda.)	acordo entre empresas frigoríficas com a finalidade de restringir e prejudicar a livre concorrência no setor de abate de gado bovino em várias regiões do país.	Carne Bovina
2	08700.004221/2007-56	Lafarge Brasil S/A.	Prática de cartel entre empresas atuantes no mercado de cimento e concreto.	Cimento e concreto
3	08700.005281/2007-96	Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Antonio Ferraroli dos Santos.	Cartel no mercado de embalagens flexíveis, com o fim de dividir o mercado e fixar preços.	Embalagens
4	08700.003240/2009-27 e 08700.003900/2009-70	Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., Visa International Service Association (“Visa”) e Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos (“CIELO”).	relação de adquirência única na afiliação de estabelecimentos para aceitação de cartões com a bandeira Visa e credenciamento de transações Visa originárias destes estabelecimentos, incluindo os serviços de captura, transmissão, processamento e liquidação das transações, mantida entre as Compromissárias e a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (“Cielo”).	Pagamento
5	08700.001913/2009-12 e 08012.007238/2006-32	Associação das Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas e Região e Oswaldo Redaelli Filho.	imposição de preços aos Centros Formadores de Condutores de Campinas pelo tabelamento de preços mínimos.	Auto escola

6	08700.002933/2009-01	União Brasileira de Avicultores - UBA e Anel Antônio Mend es.	infração à ordem econômica diante de manifestações da UBA e de seu Presidente, que sugeriam aos produtores de aves a redução das quantidades produzidas como forma de evitar eventual queda de preços.	Carne de Aves.
---	----------------------	---	--	----------------

Já em relação à vigência da **Lei 12.529, de 2011**, foram identificados 24 casos no âmbito de TCCs que incluíram Programas de Compliance nos seus acordos.

O primeiro deles é oriundo do requerimento nº 08700.002028/2013-29, cuja Compromissária foi a Liquegás Distribuidora S.A.. O TCC foi celebrado no âmbito do processo administrativo n. 08012.002568/2005-51⁶⁵⁴, que apurou Cartel *hard core*, fixação de preços de revenda e recusa de contratar no mercado de distribuição de GLP no Estado do Pará, tendo sido homologado em 28 de agosto de 2013. Na cláusula 3.2 do referido acordo ficou consignado que além de se abster de praticar a conduta colusiva a Compromissária obriga-se a manter seu Programa de Compliance de acordo com as normas concorrenciais e com requisitos mínimos similares ao já mencionado em outros casos. Houve parecer do ProCADE com sugestão de ateste de cumprimento integral e arquivamento do feito em 28 de outubro de 2015.

O segundo caso decorreu do Requerimento nº 08700.004780/2015- 76, tendo como Compromissária: Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. O TCC foi celebrado no âmbito do processo administrativo n. 08012.009690/2006-39, que apurava suposta conduta anticompetitiva unilateral no mercado de armazenagem alfandegada na área de influência no Porto de Santos/ SP. A cláusula 3.4 obriga a Compromissária a adotar uma política e programa de Compliance nos seguintes termos:

⁶⁵⁴CADE. **PA 08012.002568/2005-51.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPTqI_IL61mh04cEyFSz3RZAPACG9AO22MAxT nfK3XJE3b09F1oj9EEemTEpTzV6jLQRW755zE6_Pa1Ie-6n3zrS>. Acesso em: 25 de ago. 2023

3.4. A Compromissária adotará uma política e programa na empresa de *compliance* para cumprimento das normas antitruste e de defesa da concorrência e será implementada conforme as seguintes bases:

(i) Em até 03 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: promover evento em sua sede ou principal filial em Santos/SP com dois advogados palestrantes para apresentação de palestras sobre a legislação antitruste e de defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa;

(ii) Em até 12 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: apresentação de manual de *compliance* para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa;

(iii) Em até 12 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: inserção de manual de *compliance* para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência no site da empresa;

(iv) Em até 03 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: criação de *mailing* específico para a diretoria executiva receber toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência;

(v) Em até 12 meses da publicação da decisão homologatória do TCC: implementação de treinamento para atendimento do manual de *compliance*, legislação antitruste e defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa;

(vi) Nos anos de 2016 e 2017, realização anual de palestra com advogado em sua sede ou principal filial em Santos/SP para tratar de temas ligados à legislação antitruste e defesa da concorrência para a presidência, diretoria e gestores da empresa;

(vii) Manutenção do Manual de Compliance por prazo indeterminado, nunca inferior a 5 anos.

3.4.1. A Compromissária deverá enviar ao CADE, a cada 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da decisão Plenária homologatória do acordo, declaração e documentos comprovando o cumprimento das obrigações de *compliance* assumidas no presente Termo.

O terceiro caso é oriundo do Requerimento nº 08700.007166/2015-66, tendo como Compromissária: Federação Brasileira das Cooperativas de Anestesiologistas – FEBRACAN. O TCC foi celebrado no âmbito do processo administrativo n. 08012.001830/2014-82, que apurava suposta conduta anticompetitiva unilateral (influência de prática concertada entre anestesistas) nos mercados locais para os serviços de anestesiologia. O TCC foi homologado em 25 de novembro de 2015. Também neste caso a Compromissária foi obrigada a adotar uma política e programa na empresa de *compliance* para cumprimento das normas antitruste e de defesa da concorrência, com bases bastante similares ao

TCC firmado pela Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. O Parecer ProCADE apresentou sugestão de ateste de cumprimento integral, bem como de arquivamento do feito em 06 de fevereiro de 2018.

O quarto caso originou-se do Requerimento nº 08700.003050/2016-39, tendo como Compromissárias: Nachi Brasil Ltda. e Nachi-Fujikoshi Corporation. O TCC foi celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59, que apurou suposto cartel no mercado nacional e internacional de rolamentos, tendo sido homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 17 de agosto de 2016. Na cláusula 3 do TCC as Compromissárias obrigam-se a. Estruturar e implementar um Programa de Conformidade na Nachi Brasil, em até 6 (seis) meses contados da homologação do presente Termo de Compromisso no Diário Oficial da União. Comprometeu-se a realizar avaliações anuais dos resultados alcançados, sempre visando aprimorar as melhores práticas concorrenciais nos mercados em que atua, demonstrando e comprovando ao CADE a sua implementação e aplicação nos 5 anos subsequentes à homologação do Termo de Compromisso.

A SG emitiu uma Nota Técnica destacando que estabeleceu uma alíquota, que se justifica, no caso específico do Grupo NACHI, pelo fato de que este era um player secundário no mercado nacional de rolamentos, Ademais, destacou que as Requerentes demonstraram boa-fé ao proporem a estruturação de um programa de conformidade (compliance). Quanto ao monitoramento do cumprimento do TCC, o Parecer ProCADE destacou que é possível inferir a aprovação quanto à análise de cumprimento do TCC em 20 de março de 2017.

O quinto caso decorreu do Requerimento nº 08700.001429/2015-23, tendo como Compromissária: Conbras Serviços Técnicos de Suporte S/A e pessoas físicas. O TCC foi celebrado no âmbito dos Processos Administrativos nº 08012.006130/2006-22 e nº 08012.005024/2011-99, que apurava suposta prática de cartel no mercado de contratações públicas e privadas no serviços de

manutenção predial. Ademais, o TCC foi homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 18 de outubro de 2016.

Na CLÁUSULA QUARTA, a COMPROMISSÁRIA PESSOA JURÍDICA compromete-se, a OBRIGAÇÃO DE LIVRE ACESSO (“POLÍTICA DE PORTAS ABERTAS”), com o livre acesso de autoridades concorrenciais (SG/CADE) e técnicos de informática do Ministério da Justiça convidados a participar da diligência, para entrada e vistoria em qualquer de suas dependências, bem como a possibilidade de participar. Juntamente com representantes da COMPROMISSÁRIA 393 de contratações - públicas e privadas - de serviços de manutenção predial. Na mesma cláusula quarta ficou ainda estabelecida no item 4.4.2. A obrigação de adoção de de PROGRAMA DE COMPLIANCE com destaque para a inclusão no Programa da aplicação de penalidades disciplinares aos administradores e empregados que não observarem suas regras. Obrigou-se ainda o TREINAMENTO DE ADMINISTRADORES E EMPREGADOS para concretização e máxima efetividade do Programa de Compliance. O referido treinamento foi considerado obrigatório e deverá conter palestras e entrega de material (manual e recomendações impressas). Obrigou-se ainda a Compromissária a apresentar relatório com demonstração do cumprimento das obrigações assumidas, o qual deverá ser em até 120 (cento e vinte) dias a contar da data de assinatura do compromisso.

No caso de descumprimento das obrigações, previu-se a retomada dos processos administrativos e a imposição de multa.

Em nota Técnica a SG destacou que se fossem adotados apenas os parâmetros do Guia, sem qualquer adaptação às circunstâncias do caso concreto, dever-se-ia aplicar uma redução percentual de 35% sobre o valor da multa esperada de cada Proponente, já que a apresentação do TCC se deu antes da convocação da Averiguação Preliminar nº 08012.005024/2011-99 em Inquérito Administrativo. Apesar disso, a SG entende que os Proponentes fazem jus a uma redução percentual de 40%, em vista da previsão de uma “política de portas abertas”, que autoriza o livre acesso às instalações da empresa pelo Cade, bem como da adoção de uma política de compliance e de treinamento de funcionários.

Quanto ao monitoramento do cumprimento do TCC, o parecer do ProCADE destacou que é possível inferir a aprovação quanto à análise de cumprimento do TCC em 20 de março de 2017.

O sexto caso é decorrente do Requerimento nº 08700.004602/2016-26, cuja Compromissária é a Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. O TCC foi celebrado no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86, que apurava suposto cartel nos mercados de distribuição e revenda de combustíveis líquidos do Distrito Federal, tendo sido homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 05 de abril de 2017.

Em sua cláusula terceira ficou consignada a obrigação de adoção de Programa de Compliance para assegurar que a sua atividade ocorra em perfeita obediência às normas legais e regulamentares. Também se destacou que a Compromissária deverá apresentar ao CADE, em até 30 (trinta) dias após a implementação do programa de compliance, o Código de Ética da empresa, assim como a comprovação de que todos os funcionários receberam o documento e foram devidamente orientados quanto ao programa. Em caso de descumprimento ficou estipulado na cláusula quinta que o Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86 ou Processo Administrativo que venha a sucedê-lo voltará a tramitar em face do Compromissário inadimplente. Ficou também estipulado em caso de atraso injustificado e sem consentimento prévio da implementação do programa de compliance ou da apresentação do Código de Ética da empresa por prazo inferior a 30 (trinta) dias a contar do vencimento, o Compromissário inadimplente estará sujeito, exclusivamente, a uma multa diária fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o Compromissário Pessoa Jurídica.

Em sua Nota Técnica, a SG destacou que:

40. É importante enfatizar, neste caso, que os elementos de colaboração descritos abaixo – desinvestimentos, alterações societárias, programa de compliance, acordo com o MPDFT abrangendo o pagamento de multa de natureza reparatória e colaboração no cumprimento de medida preventiva – não são corriqueiros nos acordos em investigações de cartéis firmados com o Cade. Na verdade, este é o primeiro TCC firmado com o Cade que conta com esse nível de colaboração. O Guia de TCC, por sua vez, é formatado de modo tal a

contabilizar descontos na contribuição pecuniária a partir de uma cooperação meramente processual. Dessa forma, os descontos concedidos à Compromissária devem, de alguma forma, incorporar essa colaboração extra prestada no presente caso. [...]

41. Essa colaboração envolve: [...]

c. Compliance: em 12 meses, a empresa se compromete a implementar programa de compliance, com os seguintes requisitos:

i. Implementação do Código de Ética da empresa, com a enunciação clara e didática dos princípios diretrizes que nortearão a administração dos negócios, seguindo a orientação dos Guias do CADE e da CGU; ii. identificação das áreas de risco e da extensão do risco envolvido nas diversas atividades da empresa; iii. criação de comitê de compliance ou órgão equivalente para o monitoramento constante do risco, bem como para o acompanhamento e a execução do programa de compliance, a quem caberá o recebimento e a apuração de denúncias, assim como o treinamento dos funcionários; iv. comprometimento da alta administração, especialmente do Conselho de Administração, a quem caberá a supervisão do cumprimento do programa de compliance, inclusive as providências cabíveis em caso de não observância do Código de Ética da empresa, bem como a comprovação de que todos os funcionários receberam o documento e foram devidamente orientados quanto ao programa; [...]

52. É certo que medidas como o desinvestimento de ativos, alterações societárias e compliance, além de representarem custos adicionais aos Compromissários (com perdas não desprezíveis de receitas) – possuem um valor concorrencial significativo, que de alguma forma deve ser mensurado e contabilizado. Trata-se de medidas que, para além de resultarem em um mero pagamento de uma quantia ao Cade, implicam efeitos pró-competitivos de grande valia. Permite-se a desconcentração do mercado, incentiva-se a entrada e o desenvolvimento de concorrentes e dilui-se, de alguma forma, os incentivos à cartelização do mercado.(grifo nosso).

O sétimo caso teve como origem o Requerimento nº 08700.001200/2016-70, cujos Compromissários foram: Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito (SINDHES), Arlindo Borges Pereira e outras. O TCC foi celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71, que apurava suposta conduta anticompetitiva envolvendo negociação coletiva de preços e condições contratuais e alegadas práticas de boicotes por hospitais a operadoras de autogestão no estado do Espírito Santo, tendo sido homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 07 de junho de 2017. Na cláusula segunda, o Compromissário SINDHES assume a obrigação de implementar e disponibilizar aos Hospitais Associados um amplo e eficaz programa de compliance

concorrencial, que contará com a realização de palestras e orientação sobre legislação de defesa da concorrência e condutas anticompetitivas. Ficou ainda estabelecido que em até 30 (trinta) dias da assinatura do presente Termo de Compromisso será criado um Comitê de compliance, responsável pela gestão e implementação do programa de compliance concorrencial, constando ser de responsabilidade do SINDHES assegurar sua autonomia e independência necessária para atuação, com o respectivo aporte de recursos adequados e suficientes a este destinados. Ademais, o SINDHES promoverá evento anual em sua sede, com advogados ou economistas e, a critério do CADE, de representantes desta autarquia, para apresentação de palestras sobre a legislação antitruste e de defesa da concorrência para a presidência, diretoria, colaboradores e Hospitais Associados ao SINDHES. Ficou também consignada a obrigação de nomeação de um compliance officer, encarregado da criação de mailing específico para receber toda e qualquer comunicação sobre eventual descumprimento, sugestões, melhorias e afins, para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência no âmbito do SINDHES e seus Hospitais Associados. Adicione-se ainda a obrigação de apresentação de manual de compliance para atendimento da legislação antitruste e de defesa da concorrência – submetido previamente à aprovação do CADE – destinado à presidência, diretoria e aos colaboradores do SINDHES e seus Hospitais Associados, bem como a aprovação de um cronograma de atividades de treinamento para atendimento do manual de compliance, legislação antitruste e defesa da concorrência para os dirigentes dos Compromissários.

No caso de descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Segunda do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71 voltará a tramitar em face do Compromissário Inadimplente. Também é importante destacar que a cláusula 2.3.9. Possibilitou que o CADE requisite informações sobre o cumprimento das obrigações assumidas, possibilitando o devido monitoramento do Programa.

O Parecer do ProCADE sugeriu o ateste do cumprimento das obrigações relacionadas ao programa de compliance e compromissos correlatos em 06 de fevereiro de 2018 e 26 de junho de 2018.

O oitavo caso decorreu do requerimento nº 08700.003071/2017-35, cujo Compromissário foi o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados do Petróleo do Estado de Minas Gerais (MINASPETRO). O TCC foi celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64, que apura suposta cartelização nos mercados de distribuição e revenda de combustíveis líquidos em diversos municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte/MG, tendo sido homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 06 de setembro de 2017. Neste caso, também ficou consignada, na cláusula terceira, a obrigação de Estruturar e implementar um Programa de Conformidade (Compliance) no Sindicato, em até 12 (doze) meses, contados da homologação do Termo de Compromisso no Diário Oficial da União. A cláusula quinta, por sua vez, determinou que se constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08012.002867/2007-57 voltará a tramitar em face do Compromissário.

A SG expediu nota técnica destacando que foi considerado como fator atenuante o dever de estruturação e implementação de Programa de Conformidade (Compliance) assumido pelo Requerente na cláusula 3.3.3 da proposta final de TCC.

O nono caso teve como origem o requerimento nº 08700.005133/2017-43, cujas Compromissárias foram Conselho Federal de Corretores de Imóveis (Cofeci) e Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis). TCC celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71, que apura suposta influência de conduta comercial uniforme no mercado de serviços de corretores de imóveis no Brasil, mediante a prática de influência de conduta uniforme e pela adoção de tabelas de honorários e condições comerciais, tendo sido homologado pelo Plenário, por unanimidade, em 14 de março de 2018. Na cláusula terceira,

constatou-se a obrigação de implementação de Programa de Compliance Concorrencial no item 3.6., nos seguintes termos:

- (a) Análise da legislação do Sistema COFECI-CRECI com averiguação da sua adequação ao Sistema de Defesa da Concorrência;
- b) Confecção de Manual de Compliance Concorrencial para Conselhos de Corretores de Imóveis, com o escopo de criar uma cultura concorrencial positiva na organização;
- c) Serão etapas do Programa, a serem reportadas progressivamente ao CADE, consoante o explicitado no Anexo I - Cronograma Completo da

Implementação do Programa de Compliance Concorrencial:

- c.1. Realização de diligência interna e de terceiros, para constatar eventuais práticas potencialmente lesivas à livre concorrência;
- c.2. Confecção de relatório de risco das atividades do Sistema COFECICRECI;
- c.3. Confecção de Manual de Compliance Concorrencial voltado para órgãos da Classe de Corretores de Imóveis;
- c.4. Treinamentos para introjeção das diretrizes do Manual;
- c.5. Coleta de material e medição de resultados;
- c.6. Apresentação de relatórios periódicos de atividades, nos termos da cláusula 3.6, ou sempre que solicitado.(grifo nosso).

Aqui é importante observar o item c.5. do item 3.6., que traz a preocupação do CADE com os resultados e o item c.6., que traz a necessidade de apresentação de relatórios periódicos de atividades, pois não basta implementar o Programa, é necessário que haja um constante monitoramento dos resultados.

Assim como em outros TCCs, também ficou consignado que uma vez constatado, pelo Tribunal Administrativo do CADE, o descumprimento de quaisquer obrigações previstas na Cláusula Terceira do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71 voltará a tramitar em face do(s) Compromissário(s)

Ademais, registre-se que houve Parecer do ProCADE como Sugestão de ateste de cumprimento do TCC até o momento (15 de outubro de 2018).

Quanto ao décimo caso, este decorreu do Requerimento nº 08700.005349/2017-17, cujos Compromissários foram: Jorge Zandoná, Elias Antônio Piva, AM Combustíveis Ltda., Posto JA Ltda., Posto LC Ltda. Posto Zandoná Ltda. e Posto Z10 Ltda. O TCC foi celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64, que apurou a ocorrência de suposta influência de conduta comercial uniforme, formação de cartel, fixação de preços de revenda, criação de dificuldades a concorrentes e adquirentes e discriminação

de adquirentes, nos mercados de distribuição e de revenda de combustíveis automotivos na cidade de Joinville/SC, tendo sido homologado pelo Plenário, por maioria, em 25 de abril de 2018. A cláusula terceira obrigou os Compromissários obrigam-se a Comprovar a implementação de Programa de Compliance sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e infrações à ordem econômica que inclua: (i) Análise de riscos concorrenciais aos quais estão expostas as Compromissária; .(ii) Cartilha explicativa que forneça aos funcionários das Compromissárias informações sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A cartilha deverá apresentar aos funcionários de forma clara as penalidades impostas pelas Compromissárias e as sanções estabelecidas pela legislação decorrentes de tais práticas; (iii) Treinamento anual conduzido com os funcionários das Compromissárias e ministrado por administrador sobre as normas do SBDC. Após esses treinamentos, as Compromissárias deverão fornecer certificações, em que os funcionários atestam sua participação nos treinamentos e declaram que estão cientes das regras e penalidades relacionadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e comprometem-se a segui-las; (iv) Treinamento anual ministrado por administrador voltado à diretoria e aos administradores sobre as normas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, também com fornecimento de certificações; (v) Instituição de meio de comunicação disponível aos funcionários para esclarecimentos e envio de denúncias. (vii) O Diretor de compliance a que faz menção o item (viii) deverá fornecer informações acerca do andamento dos procedimentos conduzidos em decorrência da denúncia, caso o denunciante assim solicite; (viii) Criação de cargo de Diretor de Compliance, a ser ocupado por pessoa não representada no Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64.

Com relação ao Parecer do ProCADE, este encontra-se ausente até a data de corte desta análise.

O décimo primeiro caso decorreu do Requerimento nº 08700.005312/2017-81 e teve como Compromissária a Sofape Fabricantes de Filtros Ltda. O TCC foi celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63, que apura suposto cartel no mercado nacional de filtro

automotivo para reposição, tendo sido homologado pelo Plenário, por maioria, em 08 de agosto de 2018. Na cláusula terceira, ficou consignada a obrigação de atualizar seu programa de compliance para assegurar que sua atividade se desenvolva em estrita observância às normas antitruste e de defesa da concorrência, o qual deverá incluir (i) manual informativo voltado aos funcionários da Compromissária Pessoa Jurídica, contendo informações sobre as normas do SBDC e (ii) a previsão de realização de treinamentos com periodicidade anual aos funcionários da Compromissária Pessoa Jurídica sobre as normas do SBDC. Ademais, ficou determinado que a Compromissária deverá manter meio de comunicação disponível aos funcionários para envio de denúncias e manter a estrutura interna de compliance já existente, por meio do funcionamento de órgão voltado para a difusão de cultura de compliance e mitigação de riscos e conformidade com a legislação, políticas e normas (Comitê de Controles Internos e Compliance), o qual não poderá ser composto por pessoas físicas representadas no Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63.

No caso de descumprimento das cláusulas relacionadas ao Compliance, ficou estabelecido que o Processo Administrativo volta a tramitar e no caso de atraso injustificado e sem consentimento prévio da obrigação de atualização do programa de compliance prevista na Cláusula 3.4.4, por prazo inferior a 30 (trinta) dias a contar do vencimento, a Compromissária Pessoa Jurídica estará sujeita a uma multa diária fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Neste ponto, mencione-se os seis requerimentos celebrados pela Odebrecht na Operação Lava Jato: 08700.004337/2016-86; 08700.004341/2016-44, 08700.008159/2016-62, 08700.007077/2016-09, 08700.008158/2016-18, 08700.005078/2016-19. Aqui então são contabilizados 6 (do décimo segundo ao décimo sétimo caso). Todos os TCCs foram homologados por maioria em 21 de novembro de 2018. Diante da similaridade dos acordos firmados, apresenta-se o oriundo do Requerimento 08700.004341/2016-44, que foi celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51, que apura cartel no mercado de obras de montagem eletrônica da Usina Angra 3 em licitação da Eletrobras. Neste caso, ficou consignada na cláusula terceira a obrigação de a

Compromissária implementar um Programa de Integridade Concorrencial, que observe às diretrizes estabelecidos no Guia de Programas de Compliance do CADE e suas atualizações, em especial quanto:

- a) ao comprometimento da alta administração;
- b) à adoção de um código de conduta que abranja orientações específicas de integridade concorrencial;
- c) à autonomia e independência da equipe de compliance;
- d) aos critérios, metodologias e responsáveis pela análise de riscos concorrenciais;
- e) a atividades e a canais de comunicação e denúncia internos, com ampla publicidade junto aos funcionários, fornecedores, prestadores de serviços e garantia de anonimato daqueles que oferecerem denúncias;
- f) à realização de cursos e treinamentos periódicos;
- g) a orientações e diretrizes formais de integridade concorrencial;
- h) à revisão, adaptação ou modificação do Programa;
- i) à adoção de procedimentos específicos para prevenir a troca de informações concorrencialmente sensíveis ou acordos entre concorrentes, especialmente no contexto de participação em licitações e em reuniões de sindicatos e entidades representativas do setor.

O décimo oitavo caso decorreu do Requerimento nº 08700.001097/2022-14 (Apartado Restrito nº 08700.001098/2022-51), relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.005126/2021-28 (Apartado Restrito 08700.005061/2021-11), em que foi Compromissário o Sindicato Nacional da Indústria de Componentes para Veículos Automotores - Sindipeças. De acordo com o TCC⁶⁵⁵, o objeto do acordo é preservar e proteger as condições concorrenciais nos mercados nacionais de peças de reposição automotiva, bem como suspender e, caso cumpridas integralmente as obrigações nele previstas, arquivar em relação à Parte Compromissária o Processo Administrativo nº 08700.005126/2021-28 (Apartado de Acesso Restrito nº 08700.005061/2021-11). Com relação ao Programa de Compliance, foi estipulada a seguinte cláusula:

- 3.2. Governança e Compliance – A Parte Compromissária obriga-se a:
 - 3.2.1. Em até 6 (seis) meses da data de publicação da homologação do presente Termo de Compromisso, nomear um funcionário responsável por sua área de Compliance (“Coordenador de Compliance”), o qual deverá estar vinculado ao Diretor Executivo do

⁶⁵⁵ CADE. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA. CADE e Sindipeças. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddZRR5GNKKMNfey7eRNqmui2IHYT467Sg-Uy_21YSQbKIAkHN809pCQw2w3IEzkFA1ik6C5B3YvVZPQTcO8KjnDQ>. Acesso em: 1 de set. 2023.

Sindipeças, e será responsável pela gestão e implementação de um programa de compliance concorrencial, sendo obrigação da Parte Compromissária assegurar que o Coordenador de Compliance tenha autonomia suficiente para atingir seus objetivos.

3.2.2. Manter e aperfeiçoar o programa de compliance concorrencial, destinado a identificar, mitigar e remediar riscos de violações à Lei nº 12.529/2011, notadamente para prevenir a troca de informações concorrencialmente sensíveis ou acordos entre concorrentes, especialmente no contexto de reuniões representativas do setor, atendendo às diretrizes estabelecidas no Guia de Programas de Compliance do Cade e suas atualizações, em especial quanto:

- a) ao comprometimento da alta administração do Sindipeças;
- b) ao aprimoramento do código de conduta do Sindipeças, abrangendo orientações específicas de integridade concorrencial ("Código de Conduta");
- c) à autonomia suficiente para que o Coordenador de Compliance desempenhe suas funções, em especial a análise dos riscos concorrenciais;
- d) aos critérios e metodologias de análise de riscos concorrenciais;
- e) a atividades e a canais de comunicação e denúncia internos, com ampla publicidade junto aos associados e funcionários do Sindipeças;
- f) à realização de cursos e de treinamentos periódicos a respeito da legislação de defesa da concorrência para todos os seus funcionários, incluindo os de mais alto escalão;
- g) a orientações e diretrizes formais de integridade concorrencial, e
- h) ao monitoramento, revisão, adaptação ou modificação do programa de compliance concorrencial.

3.2.2.1. Do Código de Conduta ou de eventual política específica de cuidados concorrenciais deverão constar disposições especificamente voltadas para grupos setoriais de trabalho e para reuniões no âmbito do Sindipeças, necessariamente contendo previsões sobre:

- a) a obrigatoriedade de os grupos de trabalho terem metas determinadas, que devem estar disponibilizadas para consulta pública no sítio eletrônico da entidade;
- b) a designação de pessoas dos quadros do Sindipeças responsáveis por assegurar a observância ao programa de compliance concorrencial em todas as reuniões em suas instalações e em comunicações do Sindipeças; e
- c) a obrigatoriedade de elaboração de pautas com antecedência ao início das reuniões e de atas de reuniões com revisão e aprovação do responsável por assegurar a conformidade dos temas à legislação concorrencial, que deverão estar disponíveis aos associados do Sindipeças e, ser disponibilizadas ao Cade, sempre que solicitado, aos quais será dado o devido acesso restrito apenas ao Cade e ao Sindipeças.

3.2.3. Apresentar ao Cade relatórios semestrais, por um período de 4 (quatro) anos, contendo descrição das atividades do Sindipeças relacionadas à implementação e manutenção de seu programa de compliance concorrencial, a fim de demonstrar o cumprimento das obrigações de compliance assumidas no presente Termo de Compromisso.

(...)

3.2.4. Disponibilizar, em até 6 (seis) meses da data de publicação da homologação do presente Termo de Compromisso, no sítio eletrônico da Parte Compromissária, o Código de Conduta.

3.2.5. Manter o Código de Conduta disponível e atualizado no sítio eletrônico da Parte Compromissária.

3.2.6. Promover alterações nas regras de governança do Sindipeças, a fim de estabelecer regras proibindo a participação por um período de 02 mandatos sucessivos, nos quadros do Conselho Superior, do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e das Diretorias Regionais do Sindipeças, de pessoas físicas que venham a ser condenadas pelo Cade.

3.2.6.1. No relatório a que faz referência a cláusula 3.2.3., o Sindipeças apresentará informações a respeito das medidas adotadas a fim de buscar promover as alterações nas regras de governança referidas na cláusula 3.2.6. acima.

3.2.7. O Cade poderá, a qualquer momento, requisitar informações sobre o cumprimento das obrigações assumidas nesta Cláusula 3.2., relativas à implementação do programa de compliance concorrencial, sendo certo que o Cade concederá ao Sindipeças pelo menos 15 (quinze) dias para responder a qualquer pedido de informações dessa natureza.

Com relação ao décimo nono caso, trata-se de TCC oriundo de Requerimento nº 08700.001552/2021-92 (Autos Restritos nº 08700.001553/2021-37), relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61 (ref. Autos Restritos nº 08700.004537/2019-81), em que os Compromissários são: Baxter Hospitalar Ltda., Denise Damasceno, e outros, cuja Conduta anticompetitiva ocorreu no mercado brasileiro de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (healthcare) em nível nacional.

Com relação ao vigésimo caso, trata-se de TCC oriundo de Requerimento nº 08700.001742/2021-18 (ref. Apartado Restrito nº 08700.001456/2021-44), relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61 (ref. Autos Restritos nº 08700.004537/2019-81), em que são requerentes: Siemens Healthcare Diagnósticos Ltda e outros e cuja conduta anticompetitiva ocorreu no mercado brasileiro de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (healthcare).

O vigésimo primeiro caso decorreu do requerimento 08700.000763/2021-16, cuja conduta anticompetitiva (não especificada) se deu no mercado de cirurgia de quadril no Estado da Bahia.

O vigésimo segundo caso decorreu do requerimento administrativo n. 08700.004419/2017-10 e se refere a Cartel em licitações conduzidas pela Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro ("SEA/RJ").

O vigésimo terceiro caso decorreu do requerimento administrativo 08700.004408/2017-21 e se refere a cartel em licitações conduzidas pela Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro ("SEA/RJ").

O último caso (vigésimo quarto) decorreu do requerimento administrativo 08700.008088/2017-89 e se refere a conduta anticompetitiva no mercado de licitações promovidas pela Empresa Desenvolvimento Rodoviário S.A. ("DERSA") e pela Empresa Municipal De Urbanização ("EMURB") no mercado de obras civis de infraestrutura e transporte rodoviário para a implementação do Programa de Desenvolvimento do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo.

Esses casos estão sistematizados na planilha anexa a este trabalho. Primeiramente, cumpre ressaltar que a presente pesquisa foi realizada em âmbito de processo administrativo junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), mais precisamente, tendo sido analisado o total de 36 (trinta e seis) autos que foram processados e julgados por tal Autarquia tanto na vigência da Lei 8.884/1994 como da Lei 12.529/2011, sendo 30 destes autos referente a processos de adesão ao Termo de Cessação de Conduta ("TCC") em que houve a imposição de prestação pecuniária e deliberação acerca de criação ou complementação de um Programa de Compliance Concorrencial pelo compromissário, assim como 6 (seis) destes autos sendo referente a processos de julgamento em que houve a imposição ao pagamento de multa e a implementação de um Programa de Compliance Concorrencial. A análise de tais documentos visava, genericamente, verificar a aplicação de descontos na prestação pecuniária ou multa devido a complementação ou implementação de um Programa de Compliance Concorrencial perante a empresa Representada.

Feita estas considerações, apresentar-se-á os resultados gerais de forma individualizada dos dois principais grupos do objeto da pesquisa: o

programa de compliance junto a TCC e programas de compliance aplicados em sede de voto juntamente com multa

Destaque-se, *a priori*, que o cerne da presente pesquisa se refere à análise dos autos em que ocorreu a adesão ao TCC por parte do Representado, tendo em vista que a implementação de um Programa de Compliance Concorrencial é muito mais recorrente neste tipo de contexto processual do que em sede de voto de análise acerca de infração à ordem econômica com imposição de multa – o segundo grupo de objeto da presente pesquisa.

Vale iniciar a presente exposição apontando que em todos os casos de adesão a TCC durante a vigência da Lei 8.884/1994 restou-se verificado que não houve a concessão de descontos perante a prestação pecuniária inerente a tal acordo devido a implementação de um Programa de Compliance Concorrencial. Tal conclusão foi possível tendo em vista que em 5 (cinco) dos 6 (seis) casos observados os memoriais de cálculo de tal pecúnia estavam publicados nos autos públicos, o que possibilitou verificar de forma objetiva a inexistência de tal benefício perante o Compromissário, sendo válido também deduzir que no auto em que não se encontrou o memorial igualmente não houve a concessão de algum tipo de desconto.

Ademais, em 5 (cinco) casos da referida Lei também foi possível observar, por meio da leitura das cláusulas do TCC, que houve detalhamento e definição de parâmetros para a efetivação da implementação do programa de compliance concorrencial, principalmente por meio de menção a Portaria de nº 14 da SDE.

No tocante aos 30 casos referentes a Lei 12.529/2011, cumpre ressaltar que houve sim caso de concessão de desconto na prestação pecuniária por implementação ou continuação de programa de compliance concorrencial, todavia tais cenários só começaram a surgir a partir do ano de 2017, com os casos anteriores a esta data e entre a entrada da vigência da referida norma em 2012 não tendo sido observado nenhuma espécie de concessão. Todavia, não foram nas totalidades dos casos de TCC pós o ano de 2017 que se observou a imposição de

descontos, com diversos destes estando com os seus memoriais de cálculo de prestação pecuniárias colocados como de acesso restrito em sua integralidade, o que não possibilitou a sua verificação.

Porém, nos casos em que o memorial da prestação pecuniária foi deixado só parcialmente restrito, observou-se que o desconto transitava entre 2% e 4% do valor total da referida prestação, tendo sido observado 2 (dois) casos em que o desconto concedido ficou no montante de 2% do valor total, 1 (um) caso em que o desconto concedido foi de 3%, 1 (um) caso em que o desconto concedido foi de 5% e 6 (seis) casos em que o desconto foi no montante de 4%. Nota-se que em um caso foi concedido um desconto no montante de 5%, todavia acredita-se que este tenha sido um caso isolado, tendo em vista que o próprio CADE demonstra em suas manifestações que a jurisprudência de tal desconto é conceder um que perpassa entre o escopo de 2% a 4%, com este valor a maior não representando a regra pelos indícios do presente estudo.

Ademais, em 26 (vinte e seis) casos foi observado que o programa de compliance concorrencial se tratou de uma imposição por parte da Administração pública, com apenas 4 (quatro) casos tendo tipo a sua implementação por sugestão do compromissário. Do mesmo modo, observou-se que 28 (vinte e outro) casos o programa de compliance foi integralmente implementado, com apenas 2 (dois) casos tendo sido determinado apenas a complementação de um programa de compliance concorrencial já existente perante a pessoa jurídica compromissária.

Com estas conclusões, nota-se que a concessão de desconto só passou a vigorar perante o CADE, em âmbito de sua adoção perante um TCC, a partir do ano de 2017, conforme pode se observar nos memoriais de cálculos dos autos que não se encontravam integralmente restritos, com o desconto ofertado tendo se consolidado entre o escopo de 2% e 4% perante o valor total da prestação pecuniária a ser paga perante o compromissário.

Feitas estas considerações, passaremos a análise da questão da pesquisa no âmbito de voto e imposição de multa perante a identificação de uma infração contra à ordem econômica.

Quanto aos resultados gerais obtidos na análise dos autos com voto e imposição de multa, primeiramente, cumpre expor que este se trata do menor escopo de dados desta pesquisa, principalmente por somente ter se identificado apenas 6 (seis) casos em que houve a determinação de uma multa a uma infração contra à ordem econômica e a determinação de implementação de um programa de compliance concorrência, dos quais apenas 1 (um) se deu em sede da vigência da Lei 8.884/1994 e 5 (cinco) na vigência da Lei 12.529/2011.

Cumprido logo adiantar que em nenhum dos casos foi observado a concessão de desconto devido a imposição do programa de compliance por parte do CADE ao Representado, com a análise dos memoriais de cálculo da multa, podendo-se concluir que tal desconto não tem aplicabilidade em tal âmbito processual, o qual se trata apenas de mais uma espécie de sanção não pecuniária imposta pela Autoridade Concorrencial com o intuito de fazer reprimir futuras práticas anticompetitivas pelo investigado.

Ademais, restou observado que a imposição de tal programa de compliance se deu de forma detalhada pelos votos dos conselheiros, os quais descreviam com detalhes prazos e atos a serem praticados por parte do Representado para que fosse considerado implementado o programa e não viesse a responder por uma segunda multa por descumprimento da determinação da Autoridade Concorrencial.

A respeito do tema, convém destacar que o Guia de Compliance não indica especificamente como as empresas podem ter redução de penas.

Apesar disso, Misale identificou algumas sinalizações úteis para a reflexão e organização de ideias. Em suas pesquisas, no que se refere às decisões condenatórias, não se identificou discussão sobre eventual recomposição direta por força do Programa de Compliance. Esta possibilidade está prevista de forma genérica no Guia de Compliance ao referenciar à evidência da boa-fé daquele que adota um programa de compliance (critério para dosimetria)⁶⁵⁶. O objetivo de sua pesquisa foi averiguar o tratamento dispensado pelo CADE ao programa de

⁶⁵⁶ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 187.

compliance concorrencial, em específico no que diz respeito à vertente da recompensa direta, leia-se, eventual desconto pecuniário atribuído pelo CADE como contrapartida à empresa que dispunha ou se comprometeu a adotar/aperfeiçoar instrumentos de conformidade na esteira de uma infração concorrencial. A intenção da pesquisa consiste em responder à seguinte macro questão-problema: É possível observar um padrão jurisprudencial sobre programa de compliance concorrencial no ordenamento antitruste brasileiro?⁶⁵⁷

A resposta encontrada é de que não foi possível observar um padrão jurisprudencial sobre programa de compliance concorrencial no ordenamento antitruste brasileiro, notadamente sob o ângulo da recompensa direta a esse instrumento⁶⁵⁸. No que se refere aos TCCs, recentemente anteviu-se mais desenvolvimento da discussão, porém não de maneira sólida e efetiva. Restou corroborada a possibilidade de recompensa direta prevista nos Guias de Compliance e de TCC, mas ainda faltam balizas mais seguras a respeito, principalmente, (i) do quantum do desconto (ii) das hipóteses de não desconto (ou de sua limitação); (iii) de eventuais consequências concretas do programa de fachada em termos de dosimetria; e (iv) do momento considerado para o desconto vis-à-vis a adoção do programa. Alguns casos expressamente aludiram ao programa de compliance concorrencial como fator levado em consideração no cálculo da contribuição pecuniária, sendo possível argumentar, com base apenas nesses precedentes, que o desconto poderia ser de até 4%. Para tanto, ficou clara a necessidade de uma análise caso a caso, sem garantia de que o programa de compliance, per se, motivaria o potencial desconto⁶⁵⁹.

Ademais, em termos de marco temporal para efeitos do desconto, o CADE considerou compromissos futuros de implementação do programa de compliance, exigindo cronograma detalhado, relatórios e monitoramento a ser apresentado pelo compromissário e atestado pela ProCADE, para além de estabelecer multas pecuniárias em caso do não cumprimento das obrigações de

⁶⁵⁷ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 186.

⁶⁵⁸ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 186.

⁶⁵⁹ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 188.

compliance, sendo algumas bastante graves e que podem, inclusive, no agregado, ensejar o fim do TCC, retomando o trâmite do processo em face do infrator⁶⁶⁰.

Segundo Misale, a apreensão da cultura da concorrência no Brasil ainda é baixa e possivelmente errática. O autor explica que, no meio empresarial, especificamente, talvez seja possível afirmar, com algumas doses de ressalva, que essa cultura é mais consistente e possivelmente estaria se adensando, porém ainda não parece consolidada. Se analisada sob uma perspectiva mais ampla, considerando a sociedade civil, a cultura da concorrência está longe de ser tida como consolidada⁶⁶¹.

É que não se pode esquecer que o desenvolvimento efetivo do direito concorrencial no Brasil é recente, e assim também o é uma “cultura da concorrência”⁶⁶². Nesse ponto, convém destacar que o histórico de intervenção estatal em uma economia fechada demanda esforço permanente na agenda de advocacia da concorrência, incluindo investimento em Programas de Compliance em países emergentes como o Brasil⁶⁶³.

Destaca-se que mais recentemente, em parte como consequência da operação Lava Jato e do ambiente institucional brasileiro, a cultura da concorrência parece que vem se fortalecendo, porém ainda de maneira limitada e direcionada para práticas horizontais, mormente cartéis. Registra-se que a formação de uma “cultura” transcende o mero direito posto, extrapolando as regras jurídicas. Uma série de variáveis influencia a sua internalização e, nesse aspecto, por exemplo, histórico institucional, normas sociais e valores morais exercem influência na formação e apreensão cultural. Tal premissa nos parece verdadeira para a cultura da concorrência, notadamente tendo em conta o contexto histórico de desenvolvimento e a recente liberalização da economia brasileira⁶⁶⁴.

Ademais, Misale ensina que a baixa incidência dos programas de compliance no ordenamento concorrencial pode decorrer da imprecisão de seu

⁶⁶⁰ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 188.

⁶⁶¹ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 189.

⁶⁶² MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 189-190.

⁶⁶³ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 189-190.

⁶⁶⁴ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 189-190.

tratamento e de incentivos na esfera normativa, trazendo insegurança jurídica junto aos agentes econômicos⁶⁶⁵. Sobre o tema, Frazão e Medeiros destacam que a falta de clareza sobre o impacto do programa de compliance no que se refere à sanção aplicada pelo CADE não favorece a estruturação de bons programas de compliance⁶⁶⁶.

Segundo Misale, a tendência é de que os estudos acerca das repercussões práticas do programa de compliance antitruste no Brasil se intensifiquem em virtude de uma série de fatores, a saber: (i) precedentes recentes na seara concorrencial que devotam atenção para o programa de compliance, começando a explorar a vertente da dosimetria; (ii) recrudescimento do enforcement anticartel no Brasil, acompanhado de uma vertiginosa política de acordos na esteira da operação Lava Jato, junto com sanções mais severas; (iii) influência de outros normativos inter-relacionados ao direito concorrencial (e.g., Lei Anticorrupção), que amplificam as formas de responsabilização e potencializam novas e severas sanções, mas que, ao mesmo tempo, trabalham na dimensão dos incentivos, reconhecendo e estimulando diretamente o programa de compliance; (iv) debates internacionais frequentes sobre o assunto, com maior sensibilização à promoção do compliance como estratégia para disseminar a cultura da concorrência e robustecer o enforcement; v) reflexos de discussões na seara do criminal compliance envolvendo os Programas de Compliance⁶⁶⁷.

Um Programa de Compliance pode 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

⁶⁶⁵ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p. 189-190.

⁶⁶⁶ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para efetividade de Programas de Compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord). **Compliance: perspectivas e desafios dos Programas de Conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 81.

⁶⁶⁷ MISALE, Guilherme Teno Castilho. **Programas de Compliance à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: Instrumentos de Conformidade para a Política Anticartel**. Dissertação de mestrado. USP. 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20082020-160807/publico/5954719_Dissertacao_Corrigida.pdf>. Acesso em: 4 de maio de 2023. P. 189.

levar em consideração, segundo o art. 45, fatores como a boa-fé do infrator; o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; e a reincidência.

A adoção de um programa de compliance robusto, com medidas de controle de danos, que atenda aos requisitos expostos na seção III.2 acima, pode ser considerada evidência da boa-fé da organização infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado.

Por conta disso, é possível que o Tribunal enquadre o programa de compliance como (i) uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a, ou como (ii) um critério a ser considerado quando do cálculo da contribuição pecuniária, em eventual TCC a ser assinado pela organização, que poderia levar o percentual de desconto ao máximo permitido. Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade. 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 organização e às orientações dos seus administradores.

Conclusão Capítulo 3

Este terceiro capítulo expôs a metodologia geral para a definição dos valores das multas a serem aplicadas pelo Cade nas condenações de empresas e outras PJs que não exercem atividade empresarial, bem como de PFs, envolvidos em condutas colusivas.

Para tanto, apresentou-se a tipificação das Condutas Coordenadas no Direito Administrativo Sancionador, com fundamento na Lei 8.137, no art. 45 e em Estudo da OCDE.

Ao final, apresentou-se o tratamento que a autoridade concorrencial brasileira tem dado nos casos de cartel, tendo sido constatado que a concessão de

desconto só passa a vigorar perante o CADE, em âmbito de sua adoção perante um TCC, a partir do ano de 2017, conforme pode se observar nos memoriais de cálculos dos autos que não se encontravam integralmente restritos, com o desconto ofertado tendo se consolidado entre o escopo de 2% e 4% perante o valor total da prestação pecuniária a ser paga perante o compromissário.

Vale ressaltar, contudo, que as especificidades dos processos, desde que devidamente justificadas, possibilitam que o Tribunal se afaste da metodologia, em especial para casos de negociação de TCC's e análise de Programas de Compliance.

4. COMPLIANCE EFETIVO COMO CRITÉRIO PARA DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA EM TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTAS COLUSIVAS

Neste quarto capítulo, retoma-se o estado da arte dos Programas de Compliance, sua situação no ordenamento jurídico do Brasil. Para tanto destaca-se a importância que o tema recebeu das autoridades Concorrenciais pelo mundo (CADE, DoJ, FTC, italiana, Australiana) e da literatura /Internacional (Global Competition Review, Concurrences) nos últimos anos.

No segundo tópico, apresenta-se a tese aqui defendida, qual seja o conceito doutrinário do Programa Efetivo de Compliance Concorrencial, com base em critérios estudados pela ciência jurídica internacional.

O terceiro tópico categoriza e pontua os parâmetros para determinação de um programa de Compliance efetivo no Brasil, nos termos das melhores práticas apontadas pelos aplicadores do direito que defendem a possibilidade de desconto

O quarto tópico propõe uma aplicação do direito concorrencial para o futuro adequando o quantum do desconto na negociação dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta.

Por fim, defende-se a tese jurídica que aponta o Compliance como alicerce para sociedade e o bom funcionamento das forças de mercado, em harmonia, consonância e conformidade com os objetivos da Lei e da Ordem Econômica Constitucional.

Considerando-se que um bom Programa de Compliance promove a rápida detecção do ilícito concorrencial, por parte do próprio agente econômico, e, conseqüentemente, a remediação do dano (interrompe a conduta anticompetitiva), aumentando as chances de negociação/celebração do Acordo de Leniência, Negociação do TCC com a autoridade concorrencial.

4.1 A importância do Compliance Concorrencial.

Neste subtópico, apresenta-se a importância do tema Compliance para a doutrina especializada no Direito Antitruste. Nesse sentido, vale destacar que tanto a doutrina quanto à jurisprudência tem destacado importantes recursos para as pesquisas referenciando o tema defesa da concorrência e compliance.

O tema Compliance ou Conformidade concorrencial está na pauta das discussões mundiais em virtude da sua importância. Atualmente, mais de 140 jurisdições possuem leis antitruste, significando que as empresas que não adotam medidas robustas de conformidade enfrentam um risco real de infringir essas leis e, conseqüentemente, de ser sancionada com multas consideráveis, além de outras graves conseqüências. Destaca-se ainda que o aumento da prevalência de litígios de danos subsequentes amplifica ainda mais esse risco⁶⁶⁸.

De acordo a Pesquisa Maturidade de Compliance no Brasil elaborada em 2021 pela KPMG apesar de 85% dos respondentes afirmarem que um dos maiores desafios é identificar, avaliar e monitorar os aspectos de compliance e regulatório, apenas 60% afirmaram ter um inventário regulatório estabelecido e monitorado. Um percentual de 49% afirmou não ter um processo eficiente de due diligence para terceiros.⁶⁶⁹

Deve-se lembrar que os Programas de Compliance Antitruste não são obrigatórios no Brasil. Apesar disso, a autoridade antitruste brasileira, o CADE, presta atenção especial a eles. Assim, deve-se lembrar de que o CADE promove institucionalmente a agenda de compliance e, ao examinar condutas anticompetitivas ou atos de concentração, está receptivo às cláusulas dos programas de compliance. Isso porque os Programas de Compliance são ferramentas valiosas para multiplicar os efeitos da aplicação da lei da

⁶⁶⁸ NORTON ROSE ROSE FULLBRIGHT. **Credit for Compliance. Achieving the benefits of a robust antitrust program.** Disponível em: <<https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/knowledge-pdfs/credit-for-compliance-report.pdf?revision=d0cf2712-1b52-4e22-acf5-a8628bd6cf34>>. Acesso em: 4 de ago. 2023.

⁶⁶⁹ KPMG. **Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil.** 5 ed. Disponível em: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2021/07/KPMG-pesquisa-maturidade-compliance-2021.pdf>>. Acesso em: 7 de ago. 2023.

concorrência, uma vez que descentralizam a fiscalização e detectam e dissuadem irregularidades de maneira rápida e documentada. Deve-se destacar ainda que 73% dos pedidos de imunidade antitruste são rejeitados por intempestividade ou falta de documentação, sendo que a autoridade lançou recentemente diretrizes probatórias, que podem ser um recurso útil para melhorar as rotinas de conformidade⁶⁷⁰

O Guia do CADE de Compliance de 2016 ressalta que o objetivo último do compliance é criar uma cultura de respeito à legislação e a publicação da ICC destaca que a motivação de cumprimento da lei antitruste seria o desejo de conduzir os negócios com ética e ser reconhecido como fazendo isso. A partir da criação dessa cultura ética para a prática de negócios uma série de benefícios apareceria para as empresas, entre eles os elencados em tabela elaborada por Ragazzo:⁶⁷¹

Tabela 1: Benefícios atrelados à adoção de programas de compliance concorrencial¹³

Autoridade	Identificação antecipada/prevenção do cometimento de práticas ilícitas	Melhora da reputação da empresa perante funcionários e clientes/fornecedores	Redução de custos e contingências	Possível causa de redução de pena	Conscientização dos funcionários	Conscientização dos concorrentes, fornecedores e clientes	Reconhecimento de ilicitudes cometidas por terceiros	Fator de crescimento da empresa
Brasileira	X	X	X	X	X		X	
Europeia	X	X	X		X		X	
Canadense	X	X	X	X		X		
R. Unido	X	X		X		X		X
Francesa	X	X	X					X
Turca	X	X			X			

Fonte: elaboração própria.

FONTE: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato. Revista Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 1142-1171, maio 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33094/24051>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

Conforme exposto, Ragazzo observa que a operação "Lava Jato" transformou o Brasil de diversas maneiras. Uma delas foi o aumento do interesse das empresas no desenvolvimento de Programas de Conformidade capazes de

⁶⁷⁰ Antitrust Compliance in Brazil By Alexandre Cordeiro Macedo & Aldén Caribé de Sousa

⁶⁷¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato. Revista Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 1142-1171, maio 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33094/24051>>. Acesso em: 09 jun. 2023. p. 1148.

prevenir e de detectar práticas ilícitas, principalmente aquelas relacionadas a cartéis (parte significativa dos esquemas investigados). Ragazzo aponta que, embora se observe uma atual tendência à adoção desse tipo de programa, tal movimento ainda precisa passar (no Brasil e no resto do mundo) por um processo de aperfeiçoamento e maturação de estruturas de compliance pouco efetivas, razão pela qual se argumenta que as autoridades públicas ainda não conseguiram calibrar os incentivos corretos para adoção de programas de compliance efetivos.⁶⁷²

No artigo intitulado *Detection and Compliance in Cartel Policy*, Daniel Sokol⁶⁷³, destaca que as empresas têm investido uma quantidade crescente de recursos para questões relacionadas à conformidade. Na área de suborno, houve aplicação significativa com fortes penalidades financeiras e comportamentais sob a Lei de Práticas de Corrupção no Exterior dos EUA ("FCPA"). Ademais, o Reino Unido introduziu em 2011 um regime antissuborno, aumentando a conscientização das empresas sobre o possível impacto negativo da violação da lei. Citem-se também iniciativas legislativas de governança corporativa, como Sarbanes-Oxley e Dodd-Frank, que transformaram o cenário de conformidade para muitas empresas. Além disso, houve a produção de contribuições teóricas e empíricas sobre os efeitos sobre o desempenho de uma empresa de várias medidas de governança corporativa destinadas a reduzir o comportamento criminoso por parte de empresas e gerentes individuais. Apesar dessas mudanças, é surpreendente que o antitruste dos EUA não esteja na vanguarda da conformidade e detecção. A principal contribuição do Antitruste foi a introdução de programas de leniência em todo o mundo. De muitas maneiras, a clemência é eficaz para desestabilizar os cartéis existentes. Entretanto, pode ser que, em alguns casos, a clemência realmente fortaleça certos cartéis. Além disso, a clemência pode não estar indo atrás dos tipos certos de cartéis - os piores criminosos em termos de cobranças

⁶⁷² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato. **Revista Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 1142-1171, maio 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33094/24051>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

⁶⁷³ SOKOL, Daniel. Detection and Compliance in Cartel Policy. Sokol, Daniel. Detection and Compliance in Cartel Policy. **CPI Antitrust Chronicle**, Vol. 2, September 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1935907>>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

excessivas - e pode estar indo atrás dos cartéis que são fáceis de encontrar. Some-se a isso que trabalhos recentes sugerem que o programa de leniência dos EUA não levou a uma dissuasão ideal. Essas críticas sugerem que o antitruste precisa encontrar maneiras adicionais de promover a detecção de cartel⁶⁷⁴.

No artigo intitulado *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior*, Joseph Murphy e William Kolasky destacam 20 pontos fundamentais Para um Programa de Compliance destinado a prevenir possível comportamento colusivo, que são destacados abaixo:

1. **Avaliação de risco.** Os riscos de conduta de cartel devem ser avaliados periodicamente, incluindo a identificação de pessoal "em risco" e focando o programa e alocando recursos com base nessa avaliação.
2. **Abordagem integrada.** O Programa de Compliance Anticartel deve ser integrado à infra-estrutura de conformidade e ética para que não fique isolado;
3. **Padrões.** Os padrões e a política devem ser articulados de forma clara e projetados para prevenir e detectar cartéis. Os padrões incluem códigos de conduta e políticas organizacionais que incorporam valores, como o compromisso com a livre concorrência no mercado.
4. **Controles.** Esses devem ser projetados para levantar barreiras de cartel e dificultar violações, exigindo-se aprovação prévia para participar de funções da associação comercial.
5. **CEO empoderado.** Designar um chefe sênior de ética e responsável pela conformidade responsável pela conformidade e programa de ética que é um profissional independente e empoderado profissional que participa da alta administração tomada de decisão
6. **Recursos e infra-estrutura.** Alocar fontes e infra-estrutura para o programa para que o CEO opere de forma eficaz e o programa tem um efeito presença (por exemplo, contatos de conformidade) em todas as partes do empresa em risco.
7. **Supervisão do conselho.** Faça com que o conselho da empresa ou um representante apropriado subgrupo nomear o CEO e supervisionar o cumprimento programa, e exigir que o CEO se reporte diretamente ao conselho ou a esse subgrupo.
8. **Apoio da alta administração.** Exigir gerenciamento sênior participar ativamente e apoiar a conformidade programa.
9. **Práticas de pessoal.** Implementar práticas de pessoal diligentes, incluindo medidas para prevenir a delegação de autoridade àqueles que possam se envolver em cartéis com base e conduta anticompetitiva ou conduta inconsistente com o código de conduta da empresa.
10. **Treinamento e comunicação.** Promover resultados contínuos comunicações, incluindo treinamento prático para a mais alta autoridade governamental, alta administração, e demais dirigentes e

⁶⁷⁴ SOKOL, Daniel. Detection and Compliance in Cartel Policy. Sokol, Daniel. Detection and Compliance in Cartel Policy. *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 2, September 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1935907>>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

empregados que, por seu cargo, podem participar de cartéis ou tomar conhecimento deles.

11. Terceiros. Implementar sistemas para lidar com riscos de cartel de terceiros, como associações comerciais e aquelas atuar em nome da empresa, inclusive monitorando tais partes. Exigir que tais terceiros instituem programas de conformidade e ética anticartel.

12. Auditoria e monitoramento. Auditoria e monitoramento do Instituto processos para detectar cartéis e violações de direitos da empresa programa de conformidade.

13. Medir a eficácia. Implementar sistemas para regular medir o desempenho do programa de compliance e eficácia.

14. Sistemas de relatórios. Instituir sistemas para funcionários e agentes para obter aconselhamento e relatar suspeitas de cartel comportamento sem medo de retaliação e sem inicialmente ter que levantar essas questões com seus supervisores. Assegure-se de que tais relatórios sejam tratados de forma rápida e eficaz.

15. Proteção contra retaliação. Incorpore proteções fortes contra retaliação por aqueles que levantam preocupações ou cooperar nas investigações.

16. Disciplina. Garanta uma disciplina apropriada e consistente por violações do programa de conformidade em todos os níveis da empresa, incluindo a disciplina dos gerentes por falha em tomar medidas razoáveis para prevenir e detectar violações.

17. Incentivos. Forneça incentivos para promover a conformidade programa, incluindo recompensas e avaliação de funcionários e sistemas de promoção.

18. Resposta a violações. Responder a violações e alegações de violações conduzindo investigações profissionalmente e aprimorar o programa para prevenir Violações.

19. Diligência e prática da indústria. Implementar em andamento esforços para manter o programa diligente e pelo menos tão bom como prática da indústria.

20. Documentação. Documentar suficientemente o programa para demonstrar a diligência da empresa⁶⁷⁵.

De acordo com o robusto estudo realizado pelos autores, o reconhecimento governamental de Programas de Conformidade eficazes é um grande motivador, não apenas para a instituição de programas, mas pelos esforços para torná-los verdadeiramente diligentes e eficazes e devem ser reconhecidos em estágios iniciais de uma investigação. Ponto que este é sustentado na presente tese.

Nesse sentido, a Autoridade concorrencial deve coletar informações sobre o programa de uma empresa a partir de testemunhas entrevistadas antes mesmo que a empresa saiba que está sendo investigado. Isso cria uma base importante para determinar se algum programa é genuíno. Mais tarde, quando a

⁶⁷⁵ MURPHY, Joseph; KOLASKY, William. The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior. *Antitrust*, Vol. 26, No. 2, Spring 2012. Disponível em: <http://summerconvention.utahbar.org/2014/materials/H2_Cartel%20Compliance%20Programs.pdf>. Acesso em: 11 de ago. 2023. p. 62.

empresa sabe que está sendo investigada, ela pode ser autorizada a apresentar mais informações sobre o seu programa. Com base nessas informações, os aplicadores da lei podem então considerar o programa conforme apropriado para decisões de execução, incluindo se proceder, seja para processar criminalmente e civilmente, quais acusações a apresentar, se deve cobrar indivíduos em vez de a empresa, se deve buscar uma subsidiária em vez de uma controladora, e se e em que medida buscar alívio adicional, como um monitoramento e uma obrigação de impor um Programa de Conformidade. Este é o modelo estabelecido pelo U.S. Attorneys' Manual e seguido por outros oficiais de fiscalização no Departamento de Justiça. A Divisão também pode usar o alcance afirmativo para promover programas mais eficazes⁶⁷⁶.

Atualmente, quando representantes da Divisão participam em apresentações do setor e de compliance, a maior parte do tempo é gasto falando sobre clemência(Leniência).

Entretanto, o foco precisa ser dado à prevenção. A Divisão pode seguir o exemplo de outras agências como o Canadian Competition Bureau e emitir um documento de orientação em Programas de Compliance. A Divisão também pode funcionar através do Comitê de Concorrência da OCDE para emitir um modelo de documento de orientação sobre programas. O Grupo de Trabalho da OCDE sobre Suborno seguiu esta abordagem em sua emissão da Orientação de Boas Práticas, abordando Programas de Compliance Anticorrupção⁶⁷⁷.

De acordo com estudo realizado por Anne Riley e Margaret Bloom sobre Programas de Compliance Concorrencial, um programa de conformidade genuíno é um compromisso substancial e contínuo, exigindo tempo e recursos significativos de indivíduos em todos os níveis do negócio para ser bem-sucedido. Tratam-se de um investimento na gestão de riscos. Para elas, Programas de conformidade eficazes devem conter os seguintes elementos: Compromisso,

⁶⁷⁶ MURPHY, Joseph; KOLASKY, William. Op. cit. .p. 63.

⁶⁷⁷ MURPHY, Joseph; KOLASKY, William. Op. cit. p. 63.

Cultura; Know-how e organização de conformidade, Controles e Monitoramento/melhoria constante⁶⁷⁸.

As autoras apontam possíveis medidas que as agências antitruste poderiam tomar para promover mais investimentos em Programas de Compliance confiáveis:

- 1) Considerar programas de conformidade antitruste confiáveis como um fator atenuante ao avaliar o nível de qualquer penalidade;
- 2) Considerar a ausência de esforços genuínos de compliance antitruste como um fator agravante na avaliação do nível de qualquer penalidade;
- 3) Impor um requisito para que as empresas adotem um programa de conformidade antitruste confiável como parte de uma decisão de infração, acordo ou decisão de compromisso;
- 4) Fornecer orientação clara sobre os elementos necessários de um programa de compliance confiável;
- 5) Expressar opiniões sobre a adequação (ou não) de programas de conformidade em decisões de infração para fornecer orientação sobre os elementos necessários de um programa de conformidade antitruste confiável;
- 6) Discutir programas de compliance antitruste na European Competition Network e na International Competition Network para chegar a um consenso sobre os elementos necessários de um programa de compliance confiável. É especialmente valiosa qualquer experiência das agências em suas investigações sobre quais aspectos dos programas funcionam bem na prática e quais precisam ser fortalecidos;
- 7) Expressar opiniões em comunicados à imprensa e outras publicações sobre os elementos necessários para um programa de compliance antitruste confiável.
- 8) Melhorando e aumentando consideravelmente a defesa antitruste, em particular na comunidade empresarial. Algumas agências assumem que, se as declarações de orientação ou conformidade forem feitas no site da agência, os empresários lerão as declarações e corrigirão seu comportamento de acordo. Infelizmente, este é o caso mais improvável. Destaca-se que os sites das agências não fazem parte da leitura diária da maioria dos empresários. As agências, portanto, precisam ser muito mais ativas em alcançar a comunidade empresarial⁶⁷⁹.

Nesse sentido, a ação de advocacy pode incluir:

- Aumentar e melhorar amplamente a qualidade do diálogo com empresas e na mídia em geral para aumentar a conscientização sobre a

⁶⁷⁸ RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Antitrust Compliance Programmes – Can Companies and Antitrust Agencies do More? **Competition Law Journal**, Volume 10, Issue 1 of the 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 14 de ago.2023.

⁶⁷⁹ RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Op. cit.

importância da conformidade antitruste, incluindo campanhas de informação direcionadas. Um exemplo foi uma campanha no Brasil para alertar os jovens sobre os perigos sociais da fixação de preços e outros cartéis, para melhorar os padrões normativos.

- Realização de 'dias antitruste' nacionais ou 'dias anticartel' envolvendo não apenas agências, acadêmicos e profissionais, mas também membros da empresa e da comunidade em geral.

- Visando organizações ou associações específicas (por exemplo, associações comerciais) como parte de uma campanha educacional ativa⁶⁸⁰.

Ao tratar sobre infrações concorrenciais, Sokol demonstra os motivos que levam os empreendedores a manter acordos para a fixação e manutenção de preços que podem ser financeiros, éticos ou contábeis. Nesse sentido, Sokol trabalha temas como teoria organizacional, ética e literatura da contabilidade sobre Compliance. Aborda também temas próximos como os crimes de colarinho branco e incentivos dentro da própria empresa, que podem ser aplicados para cumprimento e execução da legislação antitruste nos EUA (Sherman Act)⁶⁸¹.

De acordo com Sokol, nos Estados Unidos nem todos os cartéis ou conluios são efetivamente investigados pelo Departamento de Justiça Norte-americano.⁶⁸² Assim, para o autor a política de propositura de acordos de leniência, muito explorada no começo dos anos 1990 pelo DoJ e instituída no Brasil, pelo CADE⁶⁸³, pode não necessariamente ser a melhor forma de solução para os problemas originários da má aplicação da Legislação da Defesa da Concorrência.

Sokol aponta que os conluios para fraudar mercados, quando bem formados, são difíceis de serem caracterizados pelas autoridades públicas, que

⁶⁸⁰ RILEY, Anne; BLOOM, Margaret. Op. cit.

⁶⁸¹ SOKOL, D. Daniel, Policing the Firm (March 7, 2013). In: **Notre Dame Law Review**, 82(2):785-848; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-13. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2230121>>. Acesso em: 11 de ago. 2023.

⁶⁸² SOKOL, Daniel. Op. cit.

⁶⁸³ O primeiro Acordo de Leniência da história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pactuado entre uma das empresas participantes do cartel dos Serviços de Vigilância do Rio Grande do Sul, duas pessoas físicas e a União, por intermédio da então Secretaria de Direito Econômico. Como se observou, os métodos de apuração, de investigação e de condenação utilizados pelo CADE no Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10, envolvendo empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul, apontaram a atuação de um cartel que atuou por mais de uma década naquele Estado. CADE. **P.A. 08012.001826/2003-10**. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/1/17/2003-10_-_voto_Sics%C3%BA.pdf>. Acesso em 11 de ago. 2023.

atuam sempre em áreas específicas. Em seus estudos Sokol sustenta que, ainda que apareça como uma solução viável e muito eficiente para otimização do tempo e dos recursos das Autoridades Antitruste, a propositura constante de Acordos de Leniência aos agentes infratores talvez não seja a melhor solução para o mercado⁶⁸⁴.

Para corroborar sua hipótese Sokol sustenta a primeira empresa a solicitar o Acordo de Leniência pode utilizar as cláusulas de imposição de penas aos concorrentes como forma de punir seus próprios concorrentes e assim sendo, as empresas e o Departamento de Justiça têm fortes incentivos para assinar o acordo de leniência em vez de litigar nos casos em que a legalidade da conduta de cartel poderia ser questionada na justiça.⁶⁸⁵

Daí então a importância da mudança do paradigma do foco estabelecido pela corrida pela Leniência para a dissuasão dos Programas de Compliance com ênfase na defesa da Concorrência, que compreende que as investigações sobre delitos corporativos devam ocorrer também através de maior atenção aos incentivos que venham de dentro da própria pessoa jurídica, no sentido de minimizar os efeitos dos danos concorrenciais⁶⁸⁶.

Arnold Schilder⁶⁸⁷ Ao analisar o custo-benefício de implantação de Programas de Compliance em organizações, chegou à conclusão de que para cada US\$1,00 gastos são economizados US\$5,00 com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade.

Nesse sentido, reforça-se a necessidade de compreensão da Defesa da Concorrência a partir da aplicação difusa, nos termos do que dispõe o parágrafo

⁶⁸⁴ SOKOL, D. Daniel, Cartels. Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement (June 6, 2012). In: **Antitrust Law Journal**. Vol. 78, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2079336>>. Acesso em 11 de ago. 2023.p. 4.

⁶⁸⁵ Op. cit. p. 30.

⁶⁸⁶ Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance (April 8, 2013). Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2246564>>. Acesso em 11 de ago. 2023. p. 44.

⁶⁸⁷ SCHILDER, Arnold. Apud COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

único⁶⁸⁸ do artigo 1º da Lei de Defesa da Concorrência, isto é, que venha por parte da própria empresa, através da mudança de seus procedimentos internos, com fito de mudança no comportamento empresarial. Adota-se, portanto, o entendimento de que o estabelecimento de políticas de Compliance direcionadas ao antitruste seria a melhor solução para sanar algum dos problemas no cumprimento da legislação concorrencial.

No artigo *Policing the Firm*, Daniel Sokol aborda o controle dos atos corporativos por parte da própria empresa, analisando questões de economia, de finanças e da contabilidade para oferecer uma nova proposta empresarial que vise diminuir o efeito da atuação dos cartéis⁶⁸⁹. Sokol formula duas propostas que estabelecem incentivos para as empresas adequarem suas atividades econômicas à legislação vigente:

- 1) fornecer maiores benefícios para as empresas requerentes no âmbito do Programa de Leniência, isto é, eximir o empresário das penalidades impostas pelas Autoridades Antitruste;
- 2) imposição automática de ferramentas de monitoramento corporativo para todas as empresas que, por ventura, venham a participar de um cartel⁶⁹⁰.

De acordo com Sokol, a proposta teria como objetivo mudar a detecção de delito de aplicadores do governo para as empresas e incentivar as empresas a gastar mais de seus recursos internos, através da Política de Compliance.⁶⁹¹

Nos casos dos cartéis, a proposta ajudaria a reduzir a cultura de aceitação da corrupção, que poderia dar origem a futuros cartéis e violações. O artigo inicia oferecendo uma visão geral da política de cartel e os limites da aplicação do atual sistema. Na segunda parte, o texto discute uma super-clemência

⁶⁸⁸Art. 1o Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. (grifou-se)

⁶⁸⁹ SOKOL, Daniel, *Policing the Firm* (March 7, 2013). In: *Notre Dame Law Review*, 82(2):785-848; **Minnesota Legal Studies** Research Paper No. 13- 13. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2230121>>. Acesso em: 11 de ago. 2023.. p. 22.

⁶⁹⁰ SOKOL, Daniel. Op. cit. p. 23.

⁶⁹¹SOKOL, Daniel, Op. cit. p. 24.

como uma alternativa à tradicional clemência, explorando também a falta de ferramentas corporativas em antitruste. Questiona o porquê dos remédios de defesa da concorrência não se parecerem com os remédios em outras áreas de crime corporativos, com a imposição de rotina de monitoramento, como no caso da Foreign Corrupt Practices Act - FCPA⁶⁹². Na terceira parte do artigo, o autor demonstra que a super clemência(leniência) e a utilização de monitores, de forma conjunta, melhorariam a dissuasão e aumentariam o incentivo para o rompimento dos cartéis existentes⁶⁹³.

O artigo conclui que a utilização da clemência(Leniência) e dos mecanismos de monitoramento podem aproximar as autoridades antitruste ao tratamento ideal que deva ser conferido a empresas que integrem um cartel. Nesse sentido, sua aplicação e seu cumprimento seriam considerados uma variável estratégica para as empresas tanto para empresas quanto para o Governo⁶⁹⁴.

No artigo intitulado “Antitruste, Governança Corporativa e Compliance”, Daniel Sokol e Rosa Abrantes-Metz apontam estudos sobre o fortalecimento de cartéis, em razão das fracas políticas de Compliance adotadas por algumas empresas, ou até mesmo da ausência da política de Compliance corporativo. Sokol demonstra que muitas vezes não há restrições explícitas (como através dos termos de acordo de confissão de uma empresa) para recontratar diretores que já tenham sido condenados por atuação em cartéis. Assim, em muitos casos, o custo de informar supera o benefício de calar, que gera o desalinhamento de incentivos entre empregados e entre a empresa se replique no contexto cartel. Em ambientes corporativos onde a cultura de Compliance é fraca, há pouco incentivo para os funcionários apresentarem um relatório sobre os outros dentro da organização⁶⁹⁵.

⁶⁹² SOKOL, Daniel, Op. cit. p. 24.

⁶⁹³ SOKOL, Daniel, Op. cit. p. 24.

⁶⁹⁴ SOKOL, Daniel, Op. cit. p. 24.

⁶⁹⁵ Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance (April 8, 2013). **Oxford Handbook of International Antitrust Economics**, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=2246564>>. Acesso em: 11 de ago. 2023.. p. 44

Sokol e Abrantes-Metz destacam que geralmente o Compliance é introduzido apenas para um seleto grupo de gestores (como a alta administração e o nível de conselho geral), para que estes possam compreender a importância do cumprimento das leis antitruste, enquanto grande parte da gestão de nível médio e funcionários não parecem sensíveis à importância de tal cumprimento em geral, parecem esquecer a sua formação; ou parecem insensíveis às nuances particulares de que tipo de colaboração entre concorrentes é ilegal.⁶⁹⁶

No artigo *Repensando Compliance (Rethinking Compliance)*, Anne Riley e Daniel Sokol abordam a dissuasão ótima e seus limites no contexto da criação de um mecanismo eficaz de conformidade antitruste para empresas. Estabelece a importância das normas antitruste trabalharem com a comunidade empresarial para criar um esquema regulatório que premie o bom comportamento enquanto coíba o mau. Para isso, as autoridades antitruste precisam entender como criar e manter esforços de conformidade dentro de uma empresa no sentido de garantir o cumprimento da lei e promover o comportamento ético entre empresas como parte de uma boa governança corporativa. Os autores destacam a importância da Autoridade Antitruste desempenhar um papel de incentivo e de apoio, tal como as outras autoridades responsáveis pela aplicação da legislação (por exemplo, no que se refere à aplicação da Lei Anticorrupção/FCPA). O autor sustenta que o antitruste não deve ser apenas sobre a punição, mas sobre a mudança de valores normativos dentro das organizações.⁶⁹⁷

No Brasil, conforme já mencionado, muito embora a Lei 12.529 de 2011 não tenha estabelecido expressamente os Programas de Compliance em defesa da concorrência, tem-se observado significativos esforços da Autoridade Antitruste Brasileira para difundir a importância do tema.

Nesse sentido, em 2016 o corpo técnico do CADE elaborou o Guia para Programas de Compliance, com orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de Compliance concorrencial.

⁶⁹⁶ Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. Op. cit. P. 44.

⁶⁹⁷ Riley, Anne and Sokol, D. Daniel, *Rethinking Compliance* (August 25, 2014). 3 J. of **Antitrust Enforcement** 31 (2015); University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2475959>>. Acesso em: 11 de ago. 2023.

Nesse ponto, é crucial assinalar que o Guia do CADE não é uma Lei ou Resolução e nem se propôs a estabelecer critérios objetivos de análise de Programas de Compliance Concorrencial, conforme sua própria redação:

Não é objetivo desse Guia estabelecer critérios objetivos de análise, mas tão somente ressaltar que as políticas comerciais de empresas com posição dominante são tanto menos preocupantes quanto:

- a. Menor for sua duração;
- b. Menor for o percentual de vendas do mercado afetadas;
- c. Mais simples for a replicação de tal política por concorrentes igualmente eficientes;
- d. Menor for o potencial efeito anticompetitivo.⁶⁹⁸

Desta forma, por mais que o CADE tenha observado os Programas de Compliance em Defesa da Concorrência em seus Termos de Cessação de Conduta, tendo inclusive lançado guias e estabelecido os mecanismos de prevenção como objetivos de sua atuação, o Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência necessita criar novas de formas de implementar e normatizar análise de Programas de Compliance focados na defesa da Concorrência, tese aqui defendida.

Destaca-se que os debates sobre programas de compliance tendem a se concentrar em torno da verificabilidade da qualidade dos programas de compliance.

Alguns argumentam que a dificuldade inerente de avaliar um esforço de compliance pode criar incentivos antagônico: as empresas então adotaram programas de compliance “cosméticos” para garantir uma redução no nível de multa. Dessa forma, infringir a lei da concorrência se tornaria menos oneroso. Tal argumento pode ser rejeitado por motivos semelhantes aos que defendem o uso de Programas de Clemência. A multa eventualmente aplicada deixa de corresponder à gravidade da infração, de forma a estimular o nível de detecção. Assim, a autoridade de concorrência opera um trade-off entre a redução do potencial efeito dissuasivo das multas e o benefício de um maior nível de detecção. Premiar os

⁶⁹⁸ Guia do CADE pg. 38

esforços de compliance implica um nível reduzido de coima, em benefício de um aumento do nível de prevenção e detecção interna⁶⁹⁹.

Interessante registrar que em fevereiro de 2020, a Autoridade da Concorrência e dos Mercados do Reino Unido lançou uma nova campanha de sensibilização para os cartéis, «Cheating or Competing?»⁷⁰⁰, com o intuito de criar uma maior compreensão entre as empresas para que cumpram as suas obrigações em matéria de Direito da Concorrência e apreciem a importância do cumprimento da concorrência⁷⁰¹.

O foco da referida campanha é conscientizar e aumentar os pedidos de leniência, para que mais cartéis sejam levados ao conhecimento da CMA. A Campanha surgiu em decorrência de uma pesquisa realizada em 2018 sobre a indústria da construção, que mostrou uma falta geral de conscientização e compreensão entre as empresas do Reino Unido sobre o que constitui conduta anticompetitiva⁷⁰².

Esta pesquisa da CMA estabeleceu que:

- 22% das empresas acreditam que não é contra a lei que os concorrentes acertam preços para não perder dinheiro.
- 6% dos altos representantes estavam familiarizados com o direito da concorrência.
- 29% dos representantes seniores consideraram aceitável participar numa reunião em que os concorrentes fixam os preços.
- 32% acharam legal concordar em não fornecer os clientes uns dos outros.
- 25% não veem problema em discutir propostas e acertar quem receberia quais propostas⁷⁰³.

⁶⁹⁹ GOV.UK. **Cheating ou Competing?** Disponível em: <https://cheatingorcompeting.campaign.gov.uk/?gclid=EAJaIQobChMIRPzx_dfl6glVEu7tCh0QnQLzEAAYASAAEgJaCfD_Bw>. Acesso em: 11 de ago. 2023.

⁷⁰⁰ REED SMITH. **The effectiveness of fostering a competition compliance culture – a practical perspective.** Disponível em: <<https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2020/07/the-effectiveness-of-fostering-a-competition-compliance-culture#:~:text=This%20CMA%20survey%20established%20that%3A%2022%25%20of%20companies,attend%20a%20meeting%20at%20which%20competitors%20fix%20prices>>. Acesso em: 11 de ago. 2023.

⁷⁰¹ REED SMITH. Op. cit.

⁷⁰² REED SMITH. Op. cit.

⁷⁰³ REED SMITH. Op. cit.

Norton Rose Abaixo seguem também imagens que apresentam os países em que os Tribunais oferecem créditos para as Empresas que têm Programas de Compliance:

Figura 9 - Tribunais oferecem créditos para Programas de Compliance

Q1: Do authorities/courts offer credit for companies with compliance programs?

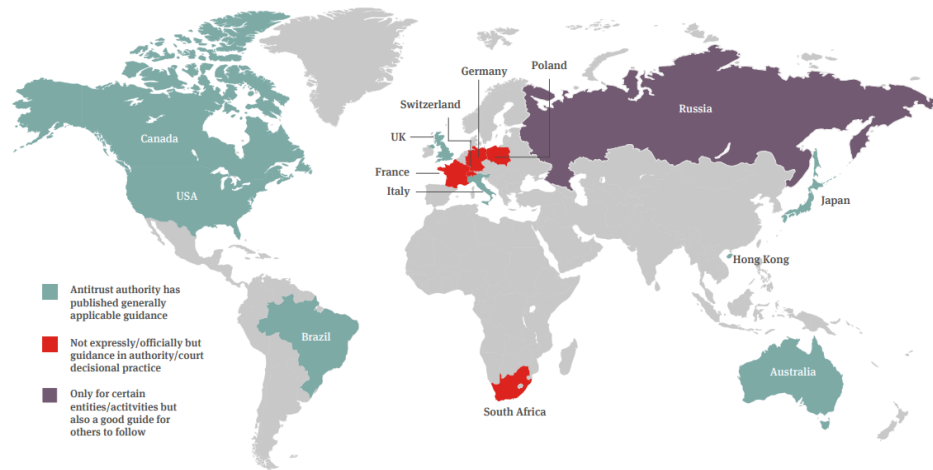


FONTE: NORTON ROSE ROSE FULLBRIGHT. Op. cit.

Na imagem abaixo, por sua vez, apresentam-se os países em que: a) as autoridades antitruste publicaram guias sobre Compliance; b) não publicaram expressamente Guias, mas na prática das autoridades e das decisões e c) publicaram guias somente para algumas atividades.

Figura 9 - Compliance nas Jurisdições Internacionais.

Q2: Is there official guidance on how to achieve an effective antitrust compliance program?



FONTE: NORTON ROSE FULLBRIGHT. Op. cit.

Na Itália, em casos em que a infração se estende por vários anos, a multa de base pode atingir um valor múltiplo do máximo legal, correspondendo a 10% do volume de negócios total realizado no exercício anterior (que na hipótese de um único empresa do produto coincide com o realizado no mercado relevante). Assim, mesmo aplicando uma atenuante igual à redução máxima prevista nas Diretrizes (15% da sanção básica), a redução não afeta a multa eventualmente aplicada, a qual permanece ancorada no máximo legal. Assim, para essas empresas, o incentivo previsto nas Diretrizes ficaria apenas no papel e não alteraria a multa efetivamente aplicada. Nesse sentido, se o objetivo primordial das Diretrizes é favorecer a máxima difusão da cultura da concorrência, esse objetivo deveria interessar prioritariamente às pequenas e médias empresas, já que são a parte preponderante da indústria italiana⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ GHEZZI, Federico Cesare Guido. The Italian Guidelines on Antitrust Compliance Programs and the Difficult Goal of Matching Deterrence, Education, and Business Ethics (May 2, 2019). **Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3381638**, May 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3381638> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3381638>>. Acesso em: 7 de ago. 2023.

No Brasil, o artigo 23 do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022 que Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, trouxe em seu art. 23. a seguinte regra:

Art. 23- Do resultado da soma dos fatores previstos no art. 22 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais da base de cálculo:

(...)

V - até cinco por cento no caso de comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo V.

O Capítulo V, por sua vez, assim estabelece:

Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;

II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;

III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV – treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;

V – gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;

VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciante de boa-fé;

XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII – diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;

b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e

c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e

XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata o *caput*, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, por meio de aspectos como:

I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II – o faturamento, levando ainda em consideração o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte;

III – a estrutura de governança corporativa e a complexidade de unidades internas, tais como departamentos, diretorias ou setores, ou da estruturação de grupo econômico;

IV – a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais;

V – o setor do mercado em que atua;

VI – os países em que atua, direta ou indiretamente;

VII – o grau de interação com o setor público e a importância de contratações, investimentos e subsídios públicos, autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e

VIII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o *caput*.

Alexandre Cordeiro aponta que a utilização de institutos do direito penal, especialmente o da inexigibilidade de conduta diversa, na persecução administrativa, não reduz a capacidade do enforcement administrativo, pois em nada se identifica com análise de elemento subjetivo.

Para Cordeiro, a culpabilidade aqui referida é elemento normativo e não psicológico, a análise é objetiva do fato em relação a sociedade. Sendo assim, a utilização da tese de inexigibilidade de conduta diversa não só pode como deve ser utilizada no direito administrativo sancionador, visto que aparentemente

apresenta um custo marginal inferior ao benefício marginal dela decorrente, qual seja a eliminação Erros de Tipo I (falsos positivos) e um maior sentimento de justiça decorrente da eficiência do poder punitivo do Estado⁷⁰⁵.

Nesse contexto, é importante a análise da implementação de um programa de compliance, a fim de contribuir para a prevenção de riscos de violação da Lei de Direito da Concorrência (LDC), identificando, prevenindo e remediando as consequências adversas de sua violação. Além disso, a efetivação do programa possibilita a identificação antecipada de problemas, o reconhecimento de ilicitude em outras organizações, proporciona um benefício reputacional, conscientiza os funcionários e reduz os custos e contingências resultantes de ações incoerentes com os princípios de defesa da concorrência⁷⁰⁶.

Assim, os programas de compliance contribuem para a preservação da integridade civil e criminal da empresa; reduzem o grau de exposição e responsabilização da Alta Administração da Organização em relação à conduta de seus colaboradores; aumentam a eficiência ao reduzem a incidência de fraudes e desconformidades que geram desvios de recursos; evitam riscos de sanções legais, de perdas financeiras e de perda da reputação; aumentam a qualidade das decisões; e reduzem o custo operacional da organização. Todos estes fatores repercutem diretamente no aumento de eficiência na gestão e no desempenho da Organização, criando vantagens competitivas e significativos ganhos de produtividade na empresa⁷⁰⁷.

Considerando assim o compliance um excelente mecanismo de prevenção de condutas ilícitas, tanto nos casos anticorrupção quanto anticoncorrenciais, ainda há necessidade de maiores reflexões a respeito da aplicação do instituto como isenção, não somente da responsabilidade penal (que já está superada), mas também no âmbito administrativo, até mesmo porque a

⁷⁰⁵ MACEDO, Alexandre Cordero. compliance: inaplicabilidade da responsabilidade objetiva ou exculpação por inexigibilidade de conduta diversa? (December 12, 2018).Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299718> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3299718>>. Acesso em: 12 de ago. 2023

⁷⁰⁶ MACEDO, Alexandre Cordero. Op. cit.

⁷⁰⁷ MACEDO, Alexandre Cordero. Op. cit.

diferença de aplicação das penas nas referidas instâncias muitas vezes é injustificável, quando se tem por exemplo um crime de cartel com uma pena criminal mais branda que a multa administrativa⁷⁰⁸. Assim, tendo em vista a possibilidade da aplicação dos elementos do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, pertinente examinar o caso de uma empresa que tenha uma estrutura eficaz de compliance, sob a ótica dogmática da teoria normativa da culpabilidade. Para Macedo, a conclusão que se chega é que, não há razão de se utilizar a teoria na esfera criminal e afastá-la no direito administrativo sancionador, especialmente quando a própria sociedade não reprovava a conduta⁷⁰⁹.

Em relação ao Compliance Concorrencial, no ano de 2002 o Departamento de Justiça dos Estados Unidos elaborou um relevante relatório intitulado Programas de Compliance Antitruste – A perspectiva do Governo. De acordo com ele, um bom programa de conformidade antitruste deve ter dois objetivos principais: prevenção de danos à concorrência e a detecção de infrações ao Antitruste⁷¹⁰.

No caso americano, a detecção precoce de violações ao antitruste possibilita à empresa um bom começo na corrida pela anistia (amnesty program), que seria a possibilidade do Acordo de Leniência no Brasil. Nesse sentido, o estudo destaca que um programa de conformidade bem projetado também pode, em algumas circunstâncias, ajudar sua empresa a se qualificar para a mitigação da condenação. Nesse sentido, destaca-se que os Estados Unidos adotaram um "programa de anistia", que visa auxiliar as empresas que estão em possibilidade de acusação criminal, devido à participação de cartel.

Nos EUA, a primeira empresa a informar a Autoridade Antitruste americana a participação em cartel tem a oportunidade de solicitar a clemência,

⁷⁰⁸ MACEDO, Alexandre Cordero. Op. cit.

⁷⁰⁹ MACEDO, Alexandre Cordero. Op. cit.

⁷¹⁰ USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective**. 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>> Acesso em 13 de ago. 2023.

isto é, a sua confissão por e denuncia a participação em um cartel, no sentido de desestabilizar a infração. Busca-se, no caso americano, evitar o litígio criminal com o DoJ, porquanto porque uma vez que a violação ocorre, um programa de conformidade pouco pode fazer, a não ser persuadir a Divisão Antitruste a não processar a empresa.

A experiência norte-americana demonstra que a maioria das violações ao Antitruste é cometida por altos funcionários, fato este que desqualifica a empresa de receber qualquer redução de pena, não importa quão bom o seu programa de conformidade corporativa. Nesse sentido, o DoJ de forma rígida tem salientado a importância da própria empresa tomar medidas agressiva contra agressores no ambiente corporativo. Daí a importância da empresa relatar a violação ao Antitruste logo que descoberta a violação.

De acordo com relatório do DoJ, um forte programa de conformidade pode ajudar sua empresa a evitar a suspensão e exclusão, desde que a empresa tome medidas agressivas para disciplinar os transgressores da Lei Antitruste e garantir que futuras violações não ocorram. O DoJ estabelece sete requisitos mínimos para um programa de conformidade eficaz e para se qualificarem para a mitigação de sentenças, sendo eles:

- 1) Padrões de conformidade claramente estabelecidos;
- 2) Atribuição de responsabilidade geral para supervisionar o cumprimento de altos executivos dentro da empresa;
- 3) Exercer o devido cuidado para não delegar responsabilidade aos funcionários que têm propensão a se envolver em conduta ilegal;
- 4) Tomar medidas razoáveis para comunicar normas e procedimentos eficazmente a todos os funcionários;
- 5) Tomar medidas razoáveis para cumprir as normas;
- 6) Aplicação coerente das normas através de mecanismos disciplinares apropriados;
- 7) Tomar medidas razoáveis quando ocorrer uma ofensa para responder e apresentar violações futuras⁷¹¹.

O próprio estudo salienta que trata-se de requisitos mínimos e que, para ser eficaz, um programa de conformidade deve ser personalizado para atender os negócios da empresa, organização, pessoal e cultura.

⁷¹¹ USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective**. 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programsgovernment-perspective>> Acesso em: 19 de ago. 2023..

Em relação à comunicação efetiva, o estudo ressalta a necessidade de treinamento ativo e da instrução por Conselheiros experientes, ao recomendar que a empresa mostre aos funcionários da empresa que, nos últimos anos, a Divisão Antitruste condenou mais de 20 altos executivos a um ano ou mais de reclusão por violações à defesa da concorrência, e que ainda que algum desses executivos, tiveram suas penas aumentadas pelo fato de que suas violações ao Antitruste estarem relacionados também com suborno e lavagem de dinheiro, sendo que um deles está cumprindo uma sentença de dez anos⁷¹². O DoJ ressalta a importância que todo programa de conformidade deve incluir uma declaração clara do compromisso da empresa em cumprir as leis antitruste, acompanhado de um conjunto de práticas e não fazer escritas em inglês simples para que cada funcionário possa entendê-las⁷¹³.

Em relação às medidas necessárias para atingir as normas, o estudo aponta a necessidade da criação de canais de denúncias e sistemas de relatórios, como linhas de apoio ao denunciante e a necessidade de auditorias em Antitruste.

Sobre o tema, Misale afirma que, tradicionalmente, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (DoJ) adota uma postura contrária à atribuição de descontos ao programa de compliance concorrencial. Apesar disso, é entusiasta de ações de compliance, adotando uma política de indução indireta ao compliance, que mescla uma regulação pública aliada a um enforcement concorrencial severo, incluindo promoção de medidas complementares como a concessão de benefícios em processos condenatórios, bem como fomento à cultura da concorrência ao se pronunciar oficial e publicamente, publicar guias etc.⁷¹⁴.

De acordo com o referido autor, a estratégia de enforcement baseia-se na permanente ameaça de punição, incluindo medidas que viabilizem a

⁷¹² USA. Department of Justice. Op. cit.

⁷¹³ USA. Department of Justice. Op. cit.

⁷¹⁴ MISALE, Guilherme Teno Castilho. **Programas de Compliance à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: Instrumentos de Conformidade para a Política Anticartel.** Dissertação de mestrado. USP. 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20082020-160807/publico/5954719_Dissertacao_Corrigida.pdf>. Acesso em: 4 de maio de 2023. p. 213.

adoção de mecanismos de prevenção e detecção célere do ilícito por parte das empresas. Assim, a política norte-americana de acordos para resolução de investigações é consolidada vai além da reparação de danos, o que, em princípio, fortifica o eixo dissuasório. O DoJ se ancora na premissa de que um enforcement severo é o melhor incentivo para o compliance, sendo que as sanções aplicadas pelo DoJ são rigorosas, com uma política assentada em três pilares:

- (i) demonstrar a severidade da punição, que engloba tanto elevadas multas às empresas até a prisão de executivos e funcionários envolvidos;
- (ii) inculcar o receio do potencial cartelista em ser pego, que se funda na efetiva punição dos infratores descobertos; e
- (iii) promover transparência às decisões da autoridade no ato de estabelecer parâmetros definidores da habilitação para o benefício da leniência e fixá-los no caso concreto⁷¹⁵.

Com relação às especificidades da política adotada pelo DoJ em relação ao compliance, é imperativo ter em mente os U.S. Federal Sentencing Guidelines e o U.S. Justice Manual. Tais documentos demonstram a postura favorável do DoJ ao programa de ética e compliance efetivo. Via de regra, um programa dessa natureza pode ser considerado como possível fator redutor da penalidade⁷¹⁶.

No Sentencing Guidelines, prevê-se a possibilidade de redução da multa se a infratora possuir um programa de ética e compliance efetivo à época da infração. Contudo, há uma presunção refutável de que o programa não foi efetivo se a infração envolve indivíduos do alto escalão ou indivíduos com autoridade substancial. A dificuldade aqui é que, geralmente, afirma-se que a infração antitruste, envolve pessoas do alto escalão ou com autoridade substancial significativo), com poderes e delegação para ajustar e fixar preços, negociar e aprovar contratos comerciais etc⁷¹⁷.

Ademais, destaca-se que na esfera antitruste norte-americana vigora o regime de responsabilidade objetiva, de modo que o mero fato de a empresa

⁷¹⁵ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p 212.

⁷¹⁶ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p . 212.

⁷¹⁷ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p 213.

procurar a autoridade para reportar um cartel no qual esteve envolvida evidenciaria, *prima facie*, um programa de compliance falho⁷¹⁸. Riley e Sokol criticam o regime da responsabilidade objetiva na esfera antitruste, pois não seria socialmente ideal em relação à responsabilidade da empresa e à punição, para além de colocar o antitruste fora de sincronia com o enforcement de outras áreas, a exemplo da seara anticorrupção, de tal sorte a gerar desincentivos e acarretar investimentos insuficientes no compliance concorrencial⁷¹⁹

Sob a égide da legislação anticorrupção norte-americana, por exemplo, o DoJ tende a considerar um programa de ética e compliance efetivo como potencial fator para mitigação da pena, ou, a depender das circunstâncias concretas, como possibilidade de isenção da responsabilidade corporativa, na linha de uma imunização em sede de defesa⁷²⁰.

Destaca-se um caso paradigmático de isenção da responsabilidade corporativa no contexto do FCPA envolveu o banco Morgan Stanley, no qual apenas o diretor foi responsabilizado ao se constatar que o banco havia envidado esforços adequados em seus sistemas de compliance, tendo treinado referido diretor por diversas vezes, para além de adotar uma série de procedimentos robustos de prevenção⁷²¹. Segundo Snyder, observou-se que a Divisão estava considerando formas de recompensar empresas que proativamente tivessem adotado ou aperfeiçoado seus programas após serem investigadas. Para isso, qualquer recompensa para o programa de compliance exigiria da empresa a demonstração de que o programa ou as melhorias implementadas eram mais do que fachada, sublinhando que a verdadeira conformidade se inicia no topo e não é opcional, fazendo parte da cultura da empresa⁷²².

⁷¹⁸ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p 213.

⁷¹⁹ RILEY; SOKOL. Op. cit. p. 15.

⁷²⁰ MISALE, Guilherme Teno Castilho. Op. cit. p . 214-215.

⁷²¹ ESTADOS UNIDOS. DEPARTAMENT OF JUSTICE. Office of Public Affairs. Justice News. Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA, 25 abr. 2012.

⁷²² U.S. DEPARTAMENT OF JUSTICE. SNYDER, Brent. Compliance is a culture, not just a police. Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/ United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop. New York, NY September 9, 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/517796/download>>. Acesso em: 21 de ago. 2023.

Em 2015, por sua vez, Snyder deixou expresso que o DoJ estaria disposto a considerar o programa de compliance no contexto do cálculo da multa em casos nos quais a empresa empreendesse esforços extraordinários para não apenas implementar o programa de compliance, como também para alterar a cultura empresarial que teria permitido a ocorrência da infração, observando que, para tanto, programas preexistentes que não evitaram ou detectaram o cartel (backward-looking) não seriam considerados. Assim, apenas esforços extraordinários e prospectivos, que genuinamente alterem a cultura corporativa que permitiu a ocorrência do cartel para fins de redução da multa⁷²³.

Um precedente que sinalizou o começo de um repensar no entendimento da Divisão Antitruste deriva de investigação no âmbito de suposta prática anticompetitiva envolvendo fixação de preço e manipulação no mercado de câmbio de moeda estrangeira (FX). Assim, em 2015, no âmbito de acordo, a Divisão Antitruste concedeu desconto pecuniário a uma instituição financeira - Barclays PLC - em virtude dos esforços extraordinários relacionados ao aprimoramento do programa de compliance após o início das investigações. Destaca-se que não houve detalhamento qualitativo acerca das características ou dos elementos aperfeiçoados no programa de compliance da Barclays. No acordo (plea agreement), foi determinado um período de supervisão por três anos, no qual o banco ficaria sob vigilância, comprometendo-se a não praticar ilícitos e a fornecer relatórios de suas atividades⁷²⁴. Em outro precedente, a Divisão recomendou a redução da multa em sede de acordo (plea agreement) para a empresa Kayaba Industry Co. Ltd d/b/a KYB Corporation (KYB) no âmbito de um suposto cartel no mercado de amortecedores para fabricantes automotivos. A premissa do desconto também decorreu da implementação ou o refinamento do

⁷²³ ESTADOS UNIDOS. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. SNYDER, Brent. Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust. Chicago, 08 jun. 2015.

⁷²⁴ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Division. U.S. v. Kayaba Industry Co., Ltd, d/b/a KYB Corporation. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-kayaba-industry-co-ltd-dba-kyb-corporation>>. Acesso em: 16 de ago. 2023.

programa de compliance que se deu após o início das investigações e teria acarretado uma mudança na cultura empresarial⁷²⁵.

No que se refere à Comissão Europeia, a posição a respeito da recompensa ao programa de compliance na forma de desconto pecuniário é convergente com o tradicional entendimento adotado pela Divisão Antitruste do DoJ⁷²⁶. Entretanto, isso não significa que a Comissão Europeia seja indiferente à importância do programa de compliance e outras iniciativas desse tipo. Para a Comissão Europeia, um programa de compliance concorrencial exitoso já se auto recompensaria, posto que o grande benefício do programa efetivo é justamente o não envolvimento da empresa em práticas anticompetitivas.

No passado, a Comissão Europeia considerou a adoção do programa de compliance, implementado após o início das investigações, para fins de desconto da multa.

Atualmente, a Comissão não mais considera o programa de compliance para fins de dosimetria.

Conforme Wils, os Tribunais da União Europeia têm consistentemente apoiado a política de não desconto, sustentando que a implementação do programa de compliance “não altera a realidade da infração e não obriga a Comissão a conceder redução da multa”⁷²⁷. Não obstante, a Comissão Europeia julga de modo positivo os esforços empresariais relacionados ao compliance, estimulando a cultura do compliance mediante uma atuação nos moldes da advocacia da concorrência por meio da publicação de materiais institucionais, pronunciamentos, eventos etc⁷²⁸.

Entre os materiais institucionais que estimulam o desenvolvimento de estratégias proativas de compliance, vale destacar publicação da Comissão Europeia de 2013 que aponta as seguintes medidas para assegurar o cumprimento

⁷²⁵ ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Public Affairs. Justice News. KYB Agrees to Plead Guilty and Pay \$62 Million Criminal Fine for Fixing Price of Shock Absorbers.

⁷²⁶ MISALE. Op. cit. p. 227

⁷²⁷ WILS. p. 5.

⁷²⁸ MISALE. Op. cit. p. 228-229.

da legislação: (1) Identificar o risco global e exposição individual; (2) Tornar a estratégia explícita; (3) Os dirigentes da empresa devem assumir um compromisso visível e duradouro relativamente à estratégia de conformidade; (4) Mecanismos de comunicação interna adequados; (5) Atualização constante, pessoas a contactar para aconselhamento e formação; e (6) Controle e Auditoria⁷²⁹.

Destaca-se que entre as autoridades antitruste locais na Europa, há posicionamentos filiados ao racional da Comissão Europeia no que se refere à visão contrária ao desconto e também há posicionamentos favoráveis ao racional da recompensa⁷³⁰.

Na França, até há pouco, se as empresas renunciassem ao direito de contestar as denúncias/alegações no âmbito de acordo (settlement procedures) e se comprometessem a implementar ou aprimorar um programa de compliance, em determinadas circunstâncias a multa poderia ser reduzida em até 20%⁷³¹.

A autoridade de concorrência francesa publicou materiais institucionais para disseminar as linhas mestras a respeito do assunto, explicitando os elementos centrais do programa de compliance e outros aspectos correlatos⁷³². A autoridade considera que cinco pilares devem orientar as empresas no desenvolvimento do seu programa de compliance concorrencial, a saber:

- 1) um compromisso público da empresa;
- 2), retransmissores internos e especialistas;
- 3) informação, formação e sensibilização ,
- 4) mecanismos de controle e alerta
- 5) um sistema de monitorização⁷³³.

Contudo, válido ressaltar, conforme informações recentemente noticiadas, que a então política de descontos adotada no antitruste francês foi

⁷²⁹ UNIÃO EUROPEIA. EUROPEAN COMMISSION. **Compliance matters: what companies can do better to respect EU rules.** Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en>>. Acesso em: 17 de ago. 2023.

⁷³⁰ MISALE. Op. cit. p. 230.

⁷³¹ MISALE. Op. cit. p. 230

⁷³² MISALE. Op. cit. p. 230.

⁷³³ AUTORITE DE LA CONCURRENCE. **Framework document of 23 May 2022 on competition compliance programmes.** Disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2022-06/Conformite_nouveau%20doc-cadre_VEN.pdf>. Acesso em: 17 de ago. 2023.

relativizada, ou melhor, foi afastada, pois o programa de compliance passou a ser considerado parte do dia a dia dos negócios da empresa e, como regra geral, não é mais interpretado como possível atenuante, sobretudo nos casos de infrações mais graves⁷³⁴.

Na Itália, o guia sobre a estruturação de programa de compliance e o seu tratamento no contexto da investigação antitruste estabelece a possibilidade de mitigação em virtude do programa de compliance e leva em conta um critério escalonado para tanto, que considera o momento de implementação do programa e a qualidade do programa⁷³⁵. Misale ensina que caso o programa de compliance tenha sido adotado antes da abertura do processo investigativo pela autoridade, e uma vez demonstrado que o programa funcionou de modo efetivo para prontamente detectar e interromper a infração, o desconto pode ser de até 15% sobre a multa imposta (cenário mais favorável). Já para programas adotados após a abertura do processo, o desconto não será maior que 5%.⁷³⁶

No Reino Unido, a autoridade concorrencial pode atribuir, sob certas condições, desconto de até 10% sobre a penalidade caso medidas adequadas tenham sido tomadas para assegurar o cumprimento da legislação, considerando um programa de compliance preexistente à infração ou implementado após o ilícito⁷³⁷. Destaca-se também que a autoridade tem se dedicado a publicações institucionais para difundir a cultura do compliance⁷³⁸.

É importante registrar o modelo de análise de riscos elaborado pela OFT (CMA) que se baseia na abordagem de quatro passos para o cumprimento da legislação concorrencial (risk-based, four step approach). O núcleo do modelo é o comprometimento da alta direção (from the top down), com quatro eixos

⁷³⁴ MISALE. Op. cit. p. 231.

⁷³⁵ ITÁLIA. Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato. **Guidelines on Antitrust Compliance.** Disponível em: <https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf>. Acesso em: 17 de ago. 2023.

⁷³⁶ MISALE. p. 232.

⁷³⁷ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty. 18. abr. 2018.

⁷³⁸ MISALE. p. 233.

dinâmicos, a saber: (1) Identificação de riscos; (2) Análise e avaliação de riscos; (3) Administração de riscos; e (4) Monitoramento e Revisão⁷³⁹.

Na Alemanha, por sua vez, o compliance é tratado como uma obrigação corporativa. Assim, em princípio, não se considera nem a existência nem a qualidade do programa de compliance como fator atenuante. Isso não significa que o Bundeskartellamt é indiferente à agenda do compliance, pois a autoridade alemã consignou que um programa de compliance efetivo pode auxiliar a detecção da violação e, assim, contribuir para a celebração da leniência⁷⁴⁰.

Deixando a Europa, deve-se mencionar o Canadá que através do Competition Bureau fomenta o compliance por meio de um enforcement efetivo, assegurando que quem violou a lei seja responsabilizado. Assim, com enforcement efetivo e transparência, objetiva-se gerar dissuasão e incentivar a cultura do compliance⁷⁴¹. De acordo com o Programa de Conformidade Corporativa do Canadá publicado em 2015, um programa confiável e eficaz é aquele que, considerando recursos da empresa e à luz de suas atividades, aborda o perfil de risco do negócio. Ademais, em todas as instâncias, um programa de conformidade confiável e eficaz precisa conter sete elementos básicos:

1. Compromisso e suporte da administração
2. Avaliação de conformidade corporativa baseada em risco
3. Políticas e Procedimentos Corporativos de Conformidade
4. Treinamento de Conformidade e Comunicação
5. Mecanismos de Monitoramento, Verificação e Reporte
6. Procedimentos Disciplinares Consistentes e Incentivos para Conformidade
7. Avaliação do Programa de Conformidade⁷⁴².

Nesse sentido, o guia da autoridade canadense esclarece que o programa de compliance poderá ser considerado pela autoridade quando do momento de recomendar/determinar as multas, sendo benefícios serão maiores

⁷³⁹ REINO UNIDO. Op. cit.

⁷⁴⁰ MISALE, p. 234-235.

⁷⁴¹ MISALE, p. 235.

⁷⁴² BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA. **Bulletin Corporate Compliance Programs**. 2015. Disponível em: <https://compliance.concurrences.com/en/page/pdfjs/?id_document=64510>. Acesso em: 11 de ago. 2023.

para empresas com programas preexistentes do que para empresas que aguardam o início das investigações para estruturar ou revisar seus programas⁷⁴³.

De forma sistematizada, Guilherme Misale apresenta uma tabela em sua pesquisa em que elenca as jurisdições que (impossibilita o desconto para Programa de Compliance e em caso afirmativo em que momento isso pode ocorrer, se antes ou após a infração:

Tabela 3⁷³²

Jurisdições	Possibilidade de desconto para programa de <i>compliance</i> concorrencial?	Momento de implementação do programa para fins do desconto
EUA	Não	N/A
Europa ⁷³³	Não	N/A
França	Não	N/A
Reino Unido	Sim	Antes ou após a ocorrência da infração
Itália	Sim	Antes ou após a ocorrência da infração ⁷³⁴
Alemanha	Não	N/A
Canadá	Sim	Antes ou após a ocorrência da infração

FONTE: MISALE. Op. cit. p. 238.

Ainda é possível citar algumas jurisdições alinhadas à perspectiva da atenuante ao programa de compliance, bem como algumas que não aderem a esse racional.

Do lado das jurisdições que preveem o desconto para programa de compliance, tem-se: Austrália, Chile, Paquistão e Singapura. Já do lado das jurisdições que, via de regra, não preveem o desconto, tem-se, como exemplo, Coreia do Sul, Holanda, Japão e México⁷⁴⁴.

Verificou-se que, a despeito de peculiaridades locais no atinente à política antitruste de recompensa ao programa de compliance efetivo (possibilidade de desconto nas multas no contexto da investigação concorrencial),

⁷⁴³ BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA. Op. cit.

⁷⁴⁴ MISALE. Op. cit. p. 237.

há consenso entre os reguladores acerca da importância do programa de compliance para estimular o cumprimento das leis e fortalecer a cultura da concorrência, catalisando efeitos benéficos para o ambiente concorrencial. Isso ocorre, porque o programa de compliance, ao assegurar maior conscientização e, desejavelmente, conformidade com as leis, acaba tanto por auxiliar a prevenção de práticas anticompetitivas, quanto por contribuir para que a detecção do eventual ilícito seja ágil e seu tratamento seja efetivo, assegurando um ecossistema concorrencial saudável⁷⁴⁵.

Dessa forma, o programa de compliance se revela um instrumento complementar ao enforcement antitruste. Entretanto, verificou-se o dissenso entre os reguladores quanto à possibilidade de atribuir desconto pecuniário em função do programa de compliance. As autoridades antitruste mais “tradicionais” não concordam com a possibilidade de desconto, porém há sinalizações recentes, em específico da Divisão Antitruste, que sugerem certa flexibilização de entendimento. Quanto às autoridades que concordam com a possibilidade de recompensa ao programa, observou-se que isso depende, necessariamente, do exame qualitativo desse instrumento: o programa de compliance deve preencher determinados critérios para ser considerado crível e genuíno, digno de ser reconhecido e recompensado⁷⁴⁶.

Assim, é fundamental que o programa de compliance internalize na empresa uma autêntica cultura da concorrência e dissemine valores éticos e de pleno respeito às regras concorrenciais. Para tanto, dentre um conjunto de parâmetros mínimos (pilares estruturais), foi realçada a importância desempenhada pela alta administração, com suporte permanente e compromisso inequívoco às políticas de conformidade da empresa, liderando pelo exemplo e ditando o tom de uma edificante e íntegra cultura corporativa, sob o risco de, não sendo assim, provavelmente o que se terá é um programa desprovido de qualquer força, logo,

⁷⁴⁵ MISALE, p. 241.

⁷⁴⁶ MISALE, p. 242.

inócuo e sem valor aos olhos das autoridades, podendo, ao revés, significar aumento de custos (e riscos) para as empresas⁷⁴⁷.

Em termos amplos, pode-se dizer que os guias apresentam um efeito positivo geral para incentivar a adoção do programa de compliance.⁷⁴⁸ Ademais, o sucesso de qualquer enforcement anticartel está substancialmente relacionado com a criação e a efetiva implantação de uma cultura de compliance⁷⁴⁹.

Quanto ao potencial desconto ao programa de compliance no contexto da investigação antitruste (fator compliance), as autoridades que seguem essa trilha (favorável) dispõem de discricionariedade para estabelecê-lo, comumente fixando uma faixa com limites que variam conforme o caso concreto e, em princípio, dentro de uma margem modesta para não desvirtuar a lógica de outros incentivos.

Misale constatou também que todas as autoridades analisadas que se mostram diferentes à hipótese do desconto também contemplam o seu inverso, isto é, a possibilidade de agravar a multa da empresa que implementa um programa de fachada, conforme determinadas circunstâncias⁷⁵⁰. O autor constatou também uma discussão que traz a importância da função promocional do Direito⁷⁵¹ e à respectiva sanção premial, considerando o papel das autoridades concorrenciais no sentido de estabelecer incentivos aos agentes econômicos voltados à mudança da cultura corporativa em prol da prevenção de ilícitos⁷⁵².

Trata-se de discussão que é parte de um contexto mais amplo, que congrega estratégias alinhavadas ao advocacy para complementar instrumentos tradicionais de enforcement. Sob a perspectiva promocional do Direito, os guias e o programa de compliance podem ser lidos como instrumentos de educação social, direcionando a atuação dos agentes econômicos para um modelo desejado, de maneira a potencialmente alterar os costumes e a cultura da sociedade. As sanções

⁷⁴⁷ MISALE, p. 242.

⁷⁴⁸ SOKOL. Cartel, corporate compliance.... p. 228.

⁷⁴⁹ SOKOL. Cartel, corporate compliance.... p. 203.

⁷⁵⁰ SOKOL. Cartel, corporate compliance.... p. 203.

⁷⁵¹ BOBIO, Norberto. Da estrutura à função. Tradução de Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2007.

⁷⁵² SOKOL. Cartel, corporate compliance.... p. 203.

premiais atuam na esfera privada, provocando estímulos para a realização das condutas prescritas, em contrapartida à obtenção de recompensas previstas. Essas sanções acoplam-se ao paradigma de um Direito ativo, em contraposição a um Direito passivo/repressivo controlador, exercendo funções afirmativas, garantistas e que buscam impulsionar mudanças sociais, no caso, a mudança da cultura corporativa voltada à lógica preventiva e anticartel⁷⁵³. Nesse sentido, é preciso superar a tradição reativa da Ciência do Direito⁷⁵⁴.

Assim, amplia-se a participação dos agentes econômicos na condução das políticas públicas ao praticarem atos socialmente desejados e incentivados pelo Estado em troca de um prêmio, ampliando-se a interação entre a regulação pública e a autorregulação privada, em um modelo alternativo de controle. Destaca-se que em novo ambiente social, os tradicionais instrumentos de comando e controle não são suficientes para, sozinhos, atingirem as suas finalidades e efetivamente promover a alteração de comportamentos para o caminho desejado⁷⁵⁵.

Na realidade, o momento atual requer uma reflexão sobre as estratégias de antitrust policy, em um quadro social dinâmico, complexo e resiliente, de intensificação de riscos, em que são grandes as expectativas éticas na sociedade e no mercado, que se somam à consciência coletiva relacionada aos anseios por integridade e responsabilidade social. Urge nesse contexto a promoção de mudanças sociais como uma das funções do Direito contemporâneo, que se orienta basicamente pelos critérios ou conteúdos de justiça e pelos sistemas de valores da sociedade. Busca-se, assim, estimular condutas desejáveis na promoção de valores aceitos por uma sociedade plural. Na órbita antitruste, busca-se estimular comportamentos que contribuam para a manutenção de um ambiente concorrencial saudável, socialmente justo e livre de distorções. Do ponto de vista da mudança cultural que se busca incutir mediante o estímulo às sanções premiais,

⁷⁵³ MISALE, p. 244.

⁷⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo novas considerações. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**. Número 2. junho/julho/agosto de 2005. Salvador- Bahia- Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=46>>. Acesso em: 31 de out. 2023.

⁷⁵⁵ MISALE, p. 242.

para que essa medida seja corretamente viabilizada, apreendida e surta seus desejados efeitos, auxiliando no fomento da “cultura da conformidade concorrencial”, é importante que sensibilize a organização de maneira genuína, caso contrário a chance de que as sanções premiaias não passem de medidas efêmeras e inócuas tende a ser grande. Por conseguinte, para que os efeitos das sanções premiaias sejam efetivos e perenes, faz-se mister que referidas sanções sejam fortalecidas por medidas de cunho educacional, incentivando a compreensão da conduta fomentada (desejada) sob um senso de comprometimento que atinja espraadamente a organização, de maneira a transladar as bases da matriz ativadora da conformidade, leia-se, o cumprimento normativo se expresse em função de um imperativo ético - e não mais exclusivamente econômico⁷⁵⁶.

Realizadas essas considerações acerca da importância do Compliance, passa-se ao próximo item que examinará a diferença entre Programas de Fachada e Programas Efetivos de Compliance.

⁷⁵⁶ MISALE. p. 245.

4.2 Programa Efetivo de Compliance Concorrencial.

Conforme analisado, existem Jurisdições que aprovam o desconto e incentivam Programas de Compliance e Jurisdições que não consideram o Compliance para aplicação da penalidade concorrencial.

Imperioso, portanto, que a autoridade concorrencial brasileira e o Estado se posicionem no sentido de determinar ou não a possibilidade de desconto por Programas de Compliance em condutas colusivas.

A tese aqui defendida é que a autoridade Concorrencial, por meio de seu corpo técnico, deve promover a análise de Programas de Compliance robustos e efetivos quando da análise de casos em Acordos de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta e até mesmo em condenação em Processo Administrativos.

Nesse sentido, o próprio Guia Programas de Compliance do CADE aponta características comuns de Programas de Compliance Robustos:

Comprometimento
Análise de Riscos
Mitigação de Risco
Revisão do Programa⁷⁵⁷.

Destaca-se ainda que o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017⁷⁵⁸, dispôs sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e determinou em seu art. 3º que entre os princípios da governança pública encontra-se o da integridade, nos termos de seu artigo 2º. Ademais, em seu artigo 19 estabeleceu que o programa de integridade deverá ser estruturado nos seguintes eixos:

⁷⁵⁷ CADE. **Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos Programas de Compliance Concorrencial.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>> . Acesso em: 16 de fev. 2016. p. 15-19.

⁷⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm> . Acesso em: 23 de outubro de 2023.

- I - comprometimento e apoio da alta administração;
- II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade;
- III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e
- IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

O Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR⁷⁵⁹ apresentou em seu anexo IV uma planilha de avaliação, cujos blocos de avaliação são:

- Especificidades da pessoa jurídica e do ato lesivo
- Cultura organizacional de integridade
- Mecanismos, Políticas e Procedimentos de Integridade (MPI)
- Atuação da pessoa jurídica em relação ao ato lesivo

Também é válido lembrar que o Decreto n. 11.129, de 2022, que regulamentou a Lei 12.846⁷⁶⁰ estabeleceu os parâmetros a serem avaliados quanto à existência e aplicação dos Programas de Integridade para fins de aplicação de sanções:

Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como

⁷⁵⁹ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR**. Brasília, set/2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>>. Acesso em: 23 de out. 2023.

⁷⁶⁰ BRASIL. **Decreto n. 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm#art70>. Acesso em: 23 de out. 2023.

fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;

V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;

b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e

c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

Cumpra ainda lembrar do documento denominado Prática recomendada: ABNT 2030: Ambiental, social e governança (ESG) - Conceitos, diretrizes e modelo de avaliação e direcionamento para organizações⁷⁶¹, que traz exemplos de práticas não exaustivo para Programas de Integridade:

- Assegurar a cultura de integridade pelo comprometimento da liderança.
- Desenvolver, manter e promover a cultura de integridade em todos os níveis da organização.
- Estabelecer política e objetivos de compliance compatíveis com a direção estratégica da organização.
- Implementar um código de conduta, que demonstre a cultura de integridade da organização e quais são as condutas inaceitáveis, que seja de conhecimento inclusive de terceiros envolvidos na operação como clientes, prestadores de serviços e fornecedores dentre outros.
- Assegurar a disponibilidade de recursos necessários para implementação do programa de integridade ou programa de compliance.
- Estabelecer o responsável pelo programa de integridade ou programa de compliance, ou estabelecer um Comitê de compliance.
- Assegurar a independência do responsável e/ou do Comitê de compliance, com acesso a todos os níveis da organização.
- Estabelecer cronograma de treinamento e conscientização, contemplando o comportamento ético e moral esperado dos trabalhadores, enfatizando que a organização não compactua com comportamentos ilícitos de atos de corrupção, como suborno e fraude, entre outros.
- Comunicar e disseminar em todos os níveis da organização a cultura de integridade e o compliance.
- Identificar sistematicamente as obrigações de compliance resultantes de suas atividades, produtos e serviços, e avaliar os impactos nas suas operações de acordo com a materialidade do negócio.

⁷⁶¹ ABNT. **Prática recomendada: ABNT 2030: Ambiental, social e governança (ESG) - Conceitos, diretrizes e modelo de avaliação e direcionamento para organizações.** Rio de Janeiro: ABNT, 2022.

- Estabelecer processo de gestão de riscos para identificar, analisar, avaliar, classificar e gerenciar os riscos de compliance, sendo recomendável que o estudo de risco de suborno e risco de fraude seja realizado por profissional com experiência em gerenciamento de riscos corporativos, controles internos ou auditorias internas e externas, relacionando suas obrigações de compliance com suas atividades, produtos, serviços e aspectos pertinentes das suas operações.
- Avaliar e melhorar os controles internos de compliance.
- Implementar um sistema de gestão de denúncias, com linha direta e sistemas de comunicação para trabalhadores e terceiros, considerando recepção, tratamento, conclusão e reporte, bem como a análise crítica das ações tomadas.
- Contratar e promover pessoas de reputação ilibada, efetuar o due diligence na contratação, implementar avaliações contínuas de desempenho e procedimentos para promoções.
- Assegurar a proteção dos sistemas de tecnologia de informação por meio da implementação de controles de segurança e acesso de trabalhadores, bem como do monitoramento proativo de dados.
- Controlar a delegação de autoridade, conforme aplicável (como procurações para instituições financeiras, autorização de aquisição e contratação, venda de ativos etc.).
- Integrar a gestão de compliance com os demais sistemas de gestão da organização (se houver).
- Implementar indicadores que reflitam o nível de alcance dos objetivos de compliance, de maneira a proporcionar um ambiente de governança adequado à tomada de decisão.
- Documentar e reportar os resultados da área de compliance para a maior instância da organização (órgão diretivo, se houver) e/ou alta direção), a fim de permitir a melhoria contínua do ambiente de compliance.

Além das características previstas para Programas de Compliance Robustos pelo Guia de Compliance do CADE, destaca-se os sete requisitos mínimos para um programa de conformidade eficaz, em termos similares ao proposto pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos:

- 1) Padrões de conformidade claramente estabelecidos;
- 2) Atribuição de responsabilidade geral para supervisionar o cumprimento de altos executivos dentro da empresa;
- 3) Exercer o devido cuidado para não delegar responsabilidade aos funcionários que têm propensão a se envolver em conduta ilegal;
- 4) Tomar medidas razoáveis para comunicar normas e procedimentos eficazmente a todos os funcionários;
- 5) Tomar medidas razoáveis para cumprir as normas;
- 6) Aplicação coerente das normas através de mecanismos disciplinares apropriados;
- 7) Tomar medidas razoáveis quando ocorrer uma ofensa para responder e apresentar violações futuras⁷⁶².

Misale aponta que o valor do programa de compliance concorrencial não deriva da possibilidade de que haja eventual redução da penalidade no contexto da condenação e/ou negociação de acordos. O autor parte de leitura mais ampla em que a possibilidade de desconto seria residual e não deve se constituir no foco do programa, muito embora possa ser positiva para incentivar boas práticas e encorajar as empresas a investirem seriamente seus recursos na implementação e administração do programa ou mesmo em seu aperfeiçoamento, já que se trata de sinalizador de que a Administração pública valoriza o comportamento que leva a sério a livre concorrência⁷⁶³.

Destaca-se que o desconto pode ser considerado pela alta administração quando da alocação de recursos. Isso porque se o antitruste é encarado pela organização como uma área meramente repressiva-punitiva, sem encorajar e recompensar atividades de compliance, é possível que o investimento nessa área reste prejudicado, principalmente considerando a disputa interna pelos recursos empresariais. Nesse ponto, a comparação doutrinária identifica as diferentes abordagens entre as autoridades anticorrupção e antitruste, vez que aquela, em geral, especialmente nos EUA e na Europa (e.g., Reino Unido), recompensam com vigor iniciativas genuínas de compliance, diferentemente do que, em regra, ocorre na seara antitruste. Assim, a recompensa para o programa de compliance concorrencial levaria a um maior nivelamento no que se refere à

⁷⁶² USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective**. 2002. Op. cit.

⁷⁶³ MISALE. Op. cit. p. 166.

distribuição dos recursos na organização, com estímulos para investir na área antitruste.⁷⁶⁴

Tanto a situação extrema de um cartel, como a intermediária, de um consórcio potencialmente abusivo, aponta para a relevância de um programa de compliance. No caso do cartel, o risco de condenação é alto, e as consequências para a companhia podem ser altamente prejudiciais, tais como: multas elevadas e até a proibição de contratar com o poder público. Já no caso da situação intermediária, o consórcio com risco de abuso de posição dominante, a identificação prévia da decisão corporativa pode permitir uma análise de um expert em antitruste, evitando assim problemas condenatórios e impasses na execução do plano corporativo⁷⁶⁵. No quadro abaixo, pode-se visualizar melhor:

Quadro 3. Análise de Risco Concorrencial Adaptado de ICC

	Impacto Esperado	
Possibilidade da conduta		Risco Alto Ex. Realização de acordos com concorrentes em licitações
		Risco Médio Ex. Realização de consórcios que levem a um fechamento do mercado.
	Risco Baixo Ex. Estabelecimento de consórcio em licitação	

FONTE: ICC, 2013.

O propósito da identificação dos riscos é orientar os esforços da companhia para não incorrer nas práticas anticompetitivas que são mais prováveis e mais impactantes, considerando seu ramo de atividade⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ RILEY; SOKOL. Op. cit., p. 9

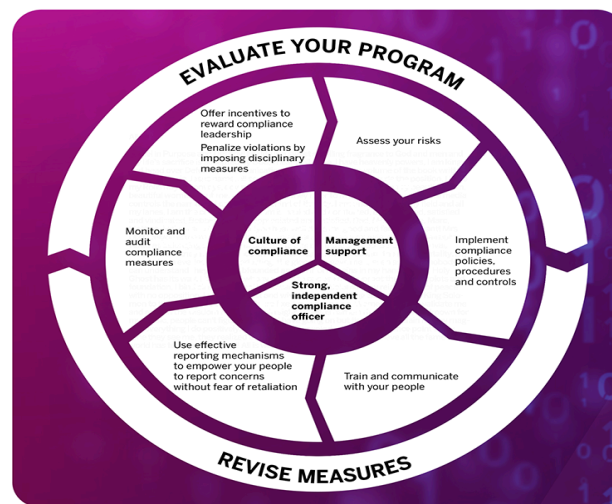
⁷⁶⁵ SHAPIRO, Mario G.; MARINHO, Sarah Morganna Matos. **Compliance Concorrencial**. Disponível em: <https://www.cedes.org.br/_files/ugd/e2107f_69a92e617984442a9e9dd78d87b687fb.pdf>. Acesso em: 23 de ago. 2023.

⁷⁶⁶ SHAPIRO, Mario G.; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Op. cit.

No Canadá, um Programa de Compliance confiável e eficaz deve abranger as seguintes ações:

- Construir uma cultura de conformidade com apoio da gestão
- Avaliar seus riscos
- Implementar políticas, procedimentos e controles de conformidade para mitigar seus riscos
- Treinar e comunicar
- Utilizar mecanismos de denúncia eficazes
- Monitorar e auditar medidas de conformidade
- Oferecer incentivos e impor medidas disciplinares
- Avaliar seu programa e revisar suas medidas de conformidade⁷⁶⁷.

A imagem, colhida do sítio da Autoridade Concorrencial Canadense abaixo sintetiza os princípios que devem embasar um Programa confiável e eficaz, destacando-se que no centro do programa está uma cultura de conformidade e de apoio à gestão e ter um responsável pela conformidade forte e independente, conforme se verifica abaixo:



Fonte: GOVERNMENT OF CANADA. Op. cit .

⁷⁶⁷ GOVERNMENT OF CANADA. **Build a credible and effective compliance program for your business.** Disponível em: <<https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/how-we-foster-competition/compliance-and-enforcement/corporate-compliance/build-credible-effective-compliance-program-business#sec04>>. Acesso em: 23 de ago. 2023.

Para a Autoridade Concorrencial Canadense a melhor maneira de alcançar a conformidade é torná-la parte da cultura da sua organização, sendo que a cultura refere-se aos valores fundamentais que definem sua organização. Assim, ter uma forte cultura de compliance significa ter um ambiente onde todos possam dizer e fazer a coisa certa e esse compromisso esteja alinhado com os objetivos e a visão do negócio⁷⁶⁸. Para construir e promover uma cultura de conformidade, a sua organização precisa do apoio de:

1. Um conselho de administração engajado e comprometido;
2. Uma equipe de gestão visivelmente comprometida em todos os níveis;
3. Um responsável pela conformidade forte e eficaz⁷⁶⁹.

Ademais, para promover uma cultura de conformidade, todos os membros de uma organização devem estar envolvidos. O conselho de administração deve adotar uma cultura de compliance. A alta administração e o responsável pela conformidade devem implementar esta cultura. Uma vez estabelecida essa cultura no topo, ela proporcionará um ambiente propício em que os funcionários serão incentivados a adotá-la. A imagem abaixo demonstra que a cultura do compliance deve atingir a todos em uma organização:

IMAGEM X - Compliance Concorrencial no Canadá.



Fonte: GOVERNMENT OF CANADA. Op. cit.

⁷⁶⁸ GOVERNMENT OF CANADA. **Build a credible and effective compliance program for your business.** Disponível em: <<https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/how-we-foster-competition/compliance-and-enforcement/corporate-compliance/build-credible-effective-compliance-program-business#sec04>>. Acesso em: 23 de ago. 2023.

⁷⁶⁹ GOVERNMENT OF CANADA. Op. cit.

Outrossim, o Governo do Canadá traz dicas para ajudar sua organização a construir uma forte cultura de conformidade e de apoio à gestão, que incluem:

Para construir uma cultura de conformidade:
Envolva toda a organização
Torne o responsável pela conformidade visível
Proteja os funcionários de retaliações
Pratique a diversidade e a inclusão
Capacite unidades de negócios e escritórios de campo
Para construir uma cultura de apoio à gestão:
Pratique o que você prega
Incentive a liderança em conformidade
Escolha o responsável pela conformidade com sabedoria
Manter a supervisão ao mais alto nível
Comunique-se frequentemente⁷⁷⁰

Nesse sentido, é importante diferenciar os Programas Efetivos dos Programas de Fachada. Segundo o Guia do CADE, Programas de Fachada são aqueles criados com o objetivo de simular o interesse no comprometimento e destaca que a mera adoção formal do programa não se traduz na preocupação efetiva da organização no cumprimento da legislação concorrencial, nem que o programa é efetivo.

Assim, as empresas podem adotar programas superficiais e/ou sem preocupação com a manutenção do ambiente competitivo, com o intuito exclusivo de que eles sirvam como circunstância atenuante em casos de condenação, bem como alerta para o fato de que, por outro lado, empresas podem adotar programas extremamente complexos e, em teoria, bem estruturados, elaborados por especialista e que são custoso, mas que não reverberam na cultura da organização, sendo sistematicamente ignorados pelos colaboradores⁷⁷¹.

Segundo Vinicius Carvalho e Francisco Mendes, caso se constate a criação de um programa de compliance de fachada pela empresa a Autoridade COncorrencial deve aumentar a pena pois a presença ou não de boa-fé é um fator

⁷⁷⁰ GOVERNMENT OF CANADA. **Build a credible and effective compliance program for your business.** Disponível em: <<https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/how-we-foster-competition/compliance-and-enforcement/corporate-compliance/build-credible-effective-compliance-program-business#sec04>>. Acesso em: 23 de ago. 2023.

⁷⁷¹CADE. Op. cit. 15.

avaliado na dosimetria da pena, tanto na defesa da concorrência quanto na Lei Anticorrupção⁷⁷².

Ao examinar o tema, o Professor Calixto Salomão Filho afirma que não se pode transformar a empresa ou melhorar suas práticas éticas sem o tratamento do poder de controle. De acordo com o autor, se existir casos de graves ilicitudes praticadas, pode ser necessário garantir o afastamento total do controlador por meio da alienação de controle. Em outros casos, em que não há práticas ilícitas da pessoa jurídica graves a modificar, mas é necessário transformar a cultura empresarial, é suficiente criar sistemas internos de freios e contrapesos e incluir o controlador nas regras de compliance, garantido o seu cumprimento por meio de sanções a ele impostas. P autor adverte que, no afã de agradar aos ‘donos do poder’, o mundo jurídico tem ajudado a elaborar e se contentado com compliances de fachada, os quais não atingem a esfera de controle e são de utilidade quase nula para mudar efetivamente e em longo prazo comportamentos e práticas empresariais⁷⁷³.

Já os Programas Robustos, nos termos do Guia de Compliance do CADE, possuem 4 características em comum: Comprometimento, Análise de Riscos, Mitigação de Risco e Revisão do Programa. De acordo o referido guia, a base de sustentação de qualquer programa bem sucedido é o comprometimento genuíno da entidade, o qual se concretiza por meio dos seguintes atributos: envolvimento da alta direção, recursos adequados e autonomia e independência do gestor do programa⁷⁷⁴.

Quanto ao envolvimento da alta direção, requer-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

⁷⁷² MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. Compliance: Concorrência e Combate à corrupção. São Paulo: Trevisan, 2017. p. 160.

⁷⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Controle e corrupção. **Capital Aberto**. Governança Corporativa. Opinião. Mar. 4, 2018. Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/temas/governanca-corporativa/controle-e-corrupcao/>>. Acesso em: 22 de ago. 2023.

⁷⁷⁴CADE. Op. cit. 15.

suas demonstrações financeiras⁷⁷⁵. O compliance deve encontrar-se entre as prioridades estratégicas da alta administração que deve: a) transmitir sua relevância para todos os colaboradores; b) assegurar sua inclusão no orçamento, oportunidade em que quaisquer recursos adicionais necessários ao programa deverão ser discutidos; c) monitorar sua evolução, mediante atualização periódica por parte do(s) responsável(is) pela gestão do programa; d) atribuir metas, objetivos e itens de controle do programa de compliance concorrencial, que devem ser observados na prática⁷⁷⁶.

Ademais, para que o compliance seja de fato parte da cultura corporativa, é essencial que os funcionários não sejam cobrados por “resultados acima de tudo” e que não exista incentivo ou tolerância a práticas que, não obstante ilícitas, trazem resultados positivos para a organização no curto prazo. Para atingir tal objetivo, considerando também as empresas multinacionais em que a descentralização é acentuada, as empresas podem adotar Códigos de Conduta, que pretendem exatamente oferecer parâmetros gerais de atuação dos colaboradores em todo o mundo, abordando temas do compliance.⁷⁷⁷

No que se refere aos recursos destinados a um programa de compliance concorrencial, estes devem sempre ter como parâmetro: a) as particularidades da organização (mercado de atuação, porte etc.) e b) o que ele proporciona como custo evitado de uma investigação e potencial condenação advinda de violação de normas concorrenciais, evitando prejuízos reputacionais. Deve-se ressaltar que um programa terá tanto menos credibilidade quanto mais destoante for sua relação entre recursos e riscos⁷⁷⁸.

Assim, recomenda-se que as entidades que pretendem construir ou reforçar seu programa de compliance concorrencial tenham em consideração:

- (a) a suficiência do orçamento destinado para a estruturação e a manutenção do programa;

⁷⁷⁵CADE. Op. cit. 15.

⁷⁷⁶CADE. Op. cit. p.16.

⁷⁷⁷CADE. Op. cit. p. 17.

⁷⁷⁸CADE. Op. cit. p. 17.

- (b) a relação entre o número de colaboradores total ou parcialmente dedicados ao compliance, o porte da organização e os riscos concorrenciais a ela associados;
- (c) a alocação dos colaboradores envolvidos no compliance de forma que eles possam atuar de forma independente, causando impacto nas decisões estratégicas; e
- (d) se há investimentos razoáveis para a contratação e formação dos colaboradores responsáveis pelo programa⁷⁷⁹.

O Guia destaca que o que deve sempre ser observado é a suficiência dos recursos destinados ao programa, lembrando que recursos adequados não se confundem com recursos elevados⁷⁸⁰.

No que se refere à autonomia e à independência do gestor do programa, para liderar as atividades de compliance, é fundamental nomear uma pessoa ou equipe de pessoas que detenha competência e ocupe posição compatível com suas responsabilidades, para influenciar as pessoas⁷⁸¹. Diante das peculiaridades de cada organização, cabe exclusivamente a cada uma delas definir a posição do compliance concorrencial em seu organograma. Apesar disso, é responsabilidade da organização atribuir ao líder do compliance autonomia e independência suficientes para que de maneira fundamentada, ele possa adotar medidas contrárias à convicção até mesmo da alta direção. Para isso, recomenda-se o estabelecimento de rotina de eventos e reuniões entre a liderança do compliance e a Administração para discutir e deliberar temas de relevância para a mitigação de riscos concorrenciais⁷⁸².

Quanto à característica consistente na análise de risco, programas bem estruturados são geralmente precedidos e acompanhados da realização de uma análise aprofundada dos riscos aos quais a entidade está exposta em suas atividades⁷⁸³, destacando-se que os riscos podem variar de acordo com o tamanho do negócio da organização, os setores em que ela atua, sua posição nos mercados de atuação, a capilaridade de suas atividades, a quantidade de colaboradores empregados e o grau de instrução desses colaboradores. A análise individualizada

⁷⁷⁹CADE. Op. cit. p. 17.

⁷⁸⁰CADE. Op. cit. p. 17.

⁷⁸¹CADE. Op. cit. p. 18.

⁷⁸²CADE. Op. cit. p. 19.

⁷⁸³CADE. Op. cit. p. 19.

dos riscos com a classificação dos níveis de risco a que está exposta em diversas áreas deve ser feita para que se priorize as atividades de compliance sobre aquelas que apresentam maior risco associado⁷⁸⁴.

Analisar riscos implica em analisar: as possíveis atividades/comportamentos que podem acarretar um risco de infringir as leis antitruste; a probabilidade de tal atividade ou comportamento ocorrer e o impacto estimado sobre tal ocorrência⁷⁸⁵. Existem diversas metodologias para tanto. Um padrão de análise extremamente reconhecido é o estabelecido pelo Comitê COSO do Reino Unido, criado em 1992, devendo-se mencionar também o Guia de Análise de Riscos do Pacto Global da Organização das Nações Unidas. Registra-se que, independentemente do método adotado, os critérios devem ser claros⁷⁸⁶.

Recomenda-se, ainda, que a análise de riscos não se baseie apenas na percepção da área de compliance ou em documentos escritos, devendo-se destacar algumas ferramentas para tanto :

- (i) entrevistas com funcionários de diversas áreas e níveis hierárquicos,
- (ii) visitas às unidades de negócio da empresa e ao mercado, (iii) abertura constante à revisão das estratégias adotadas e dos riscos já identificados, (iv) canal de comunicação aberto com os colaboradores mais expostos aos riscos concorrenciais, etc⁷⁸⁷.

Quanto à característica consistente na Mitigação de Risco, destaca-se que tendo sido identificadas as áreas potencialmente problemáticas nos casos concretos, existem algumas alternativas para mitigação dos riscos associados a condutas anticoncorrenciais. Entre elas mencione-se os Treinamentos e Comunicação Interna. Os treinamentos oferecidos aos colaboradores são uma forma bastante adequada para se transmitir cada um dos objetivos e regras do programa, sensibilizando sobre a importância do compliance⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴CADE. Op. cit. p. 20.

⁷⁸⁵ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). Op. cit. p. 16.

⁷⁸⁶CADE. Op. cit. p. 20.

⁷⁸⁷CADE. Op. cit. p. 20.

⁷⁸⁸CADE. Op. cit. p. 20.

O treinamento mais efetivo geralmente adota diferentes enfoques de conteúdo, a depender da posição hierárquica e do nível de exposição a riscos concorrenciais dos colaboradores treinados, e ocorre de forma periódica. Recomenda-se que os colaboradores treinados sejam submetidos a uma breve avaliação de retenção dos principais conceitos transmitidos, para assegurar a efetividade mínima do mecanismo⁷⁸⁹. Sugere-se adicionalmente ao treinamento que se invista em retransmissão das regras de compliance concorrencial por meio das diversas formas de comunicação (palestras, guias de bolso, etc) entre a organização e seus colaboradores, para que de fato passem a fazer parte da cultura corporativa⁷⁹⁰. Mostra-se também adequada a inclusão dos principais conceitos do Programa de Compliance Concorrencial no Código de Conduta, bem como nas comunicações internas⁷⁹¹.

É relevante também o tratamento dado ao compliance em termos procedimentais. Os colaboradores devem ter acesso à equipe implementadora no caso de dúvidas e a equipe deve acessar a todos os colaboradores na medida de sua necessidade, para orientá-los adequadamente. A comunicação deve ser de mão-dupla e para isso devem existir procedimentos conhecidos pelos colaboradores para intervenção, ainda que tais procedimentos sejam bastante simples⁷⁹².

Destaca-se ainda que o sucesso de um programa de compliance depende igualmente da capacidade de a organização monitorar sua efetiva implementação. As atividades de monitoramento podem ser divididas em duas categorias: a) a análise do funcionamento adequado dos processos e controles desenvolvidos; e b) a verificação da efetividade prática desses processos e controles⁷⁹³. O monitoramento pode ser reforçado através da certificação de que os colaboradores foram submetidos ao programa de compliance. Consiste na garantia, por parte destes colaboradores, de que eles participaram do treinamento,

⁷⁸⁹CADE. Op. cit. p. 20.

⁷⁹⁰CADE. Op. cit. p. 20.

⁷⁹¹CADE. Op. cit. p. 23.

⁷⁹²CADE. Op. cit. p. 24.

⁷⁹³CADE. Op. cit. p. 24.

estão cientes das regras e comprometem-se a segui-las no futuro. Essa garantia costuma ser fornecida na forma escrita, por uma declaração por parte do colaborador em questão⁷⁹⁴. No que se refere ao monitoramento da efetividade e da eficiência do programa, a empresa pode: a) utilizar os serviços de auditoria interna para verificar determinados indicadores (ex: número de colaboradores treinados que realmente compreenderam os conceitos apresentados); b) contratar pesquisas periódicas de mercado para identificar por meio de entrevistas com terceiros se seus funcionários têm agido de acordo com as regras de compliance; c) utilizar-se de canais de relacionamento entre a organização e colaboradores, bem como entre organização e terceiros; d) utilizar-se de canal de reclamações e denúncias internas e de terceiros, garantindo-se o anonimato e a confidencialidade sejam preservados. O guia destaca que é extremamente relevante que a organização tenha condições de processar todas as denúncias feitas e de fornecer respostas às preocupações dos colaboradores⁷⁹⁵.

Cite-se ainda que cada uma das iniciativas relacionadas ao compliance concorrencial deve ser devidamente documentada pela organização. Ademais, a correta documentação das atividades de compliance concorrencial poderá ser de valiosa caso a entidade seja chamada a prestar informações a respeito de suas condutas perante a autoridade concorrencial. Assim, caso a organização mantenha os devidos registros de que orientações sólidas e específicas foram prestadas a determinado colaborador a respeito da proibição da coordenação de preços com concorrentes, poder-se-ia concluir que eventual envolvimento daquele colaborador em uma conduta de coordenação de preços representaria um desvio individual de conduta distanciado da política corporativa, com o conseqüente reconhecimento de boa-fé que deve implicar diminuição da gravidade do ilícito e redução da penalidade a ser imposta⁷⁹⁶.

Destaca-se também que parte do monitoramento do programa consiste na aplicação de punições àqueles que venham a descumprir as regras do

⁷⁹⁴CADE. Op. cit. p. 24.

⁷⁹⁵CADE. Op. cit. p. 25.

⁷⁹⁶CADE. Op. cit. p. 24.

compliance concorrencial⁷⁹⁷. Um mecanismo interno de penalidades é um passo importante para fortalecer o programa perante os colaboradores e transmitir uma posição consolidada de cultura corporativa que incorpora o respeito à legislação⁷⁹⁸. O Guia do CADE recomenda uma 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. Considerando que violações concorrenciais podem implicar na possibilidade de assinatura de acordos de leniência e TCCs, é preciso não divulgar precocemente os dados, em um momento em que a organização sabe que houve violação, mas não tem provas suficientes para sustentar essa acusação, mas também não é adequado postergar demais o procedimento, uma vez que: (a) outros podem entrar em contato com a autoridade, e assim assegurar o primeiro lugar na fila, e (b) a demora excessiva indica à autoridade que na verdade nunca houve intenção de divulgar as informações, o que é danoso para a credibilidade do programa de compliance.

Finalmente, tem-se a característica consistente na Revisão do Programa, pois os riscos sofrem constantes alterações por conta da dinamicidade do mercado, exigindo que o programa seja atualizado periodicamente. O Cade acredita que não existe uma periodicidade ideal para a revisão das regras, embora recomende o estabelecimento de uma agenda recorrente para avaliar a necessidade de adaptação das mesmas, de acordo com as características dos casos particulares⁷⁹⁹.

Os tradicionais instrumentos de repressão de cartel, na linha do direito tradicional sancionador, não têm sido capazes de reverter o quadro mundial de práticas anticompetitivas. Isso é o que constatou o relatório da OCDE de 2011 intitulado *Promoting Compliance with Competition Law*. Assim, ao apresentar um panorama retratando vinte anos das autoridades concorrenciais marcado pelo aumento no rigor das multas, bem como pela imposição de prisões em crescente severidade em certas jurisdições, o documento sugere uma aparente falta de

⁷⁹⁷CADE. Op. cit. p. 27.

⁷⁹⁸CADE. Op. cit. p. 27.

⁷⁹⁹CADE. Op. cit. p. 27.

evidência no tocante à diminuição de práticas anticompetitivas, com destaque para o cartel ⁸⁰⁰. O relatório demonstra que o número de casos de cartel aumentou, assim como a reincidência em certos setores, sugerindo que o atual nível de sanção talvez não seja ainda suficiente⁸⁰¹.

Nesse cenário, Misale ensina que um programa de compliance efetivo pode colaborar com o enforcement anticartel, na medida em que dissemina conhecimento sobre as melhores práticas concorrenciais e fortalece a governança das empresas, através de ferramentas para prevenção, detecção e remediação de práticas anticompetitivas⁸⁰².

A implementação de mecanismos preventivos é também importante considerando que o ambiente antitruste global tem sido marcado pela melhoria na detecção de ilícitos, aumento de multas, maior importância de ações privadas de reparação e maior tempo de prisão⁸⁰³. Nesse cenário, Misale destaca que há no mundo uma visão convergente entre as autoridades concorrenciais quanto à importância do Programa de Compliance Concorrencial. Assim, muitas autoridades dedicam esforços de advocacy para promoção de programas de compliance, conforme se infere da publicação da ICC⁸⁰⁴.

O debate que persiste refere-se à possibilidade de recompensar esses instrumentos, leia-se, em específico, atribuir descontos pecuniários para o infrator que dispunha ou se comprometeu a estruturar um programa de compliance. As autoridades favoráveis ao desconto entendem que se os programas forem genuínos, a violação de poucos empregados não deve comprometer o potencial do programa, pois não representa a postura da maioria. Ademais, o fato de uma violação eventualmente não ser detectada não quer dizer que o programa não

⁸⁰⁰ OCDE. **Promoting Compliance with Competition Law 2011**. Op. cit. P.

⁸⁰¹ OCDE. **Promoting Compliance with Competition Law 2011**. Op. cit. P.

⁸⁰² MISALE. Op. cit. p. 207.

⁸⁰³ PAHA, Johannes. Introduction. In: PAHA, Johannes (ed.). **Competition Law Compliance Programmes: an interdisciplinary approach**. Suíça: Springer, 2016 (e-book), p. 3.

⁸⁰⁴ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Promoting antitrust compliance: the various approaches of national antitrust authorities. Policy and Business Practices**. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf. Acesso em: 23 de ago. 2023.

conseguiu prevenir e/ou detectar outras infrações, defendendo-se que a concessão de incentivos para empresas implementarem programas de compliance pode, por via de consequência, evitar a formação de novos cartéis⁸⁰⁵. Para as autoridades que defendem esse posicionamento, são as empresas que devem arcar com o ônus de comprovar que o programa de compliance é genuíno, para que minimize a preocupação com programas de fachada⁸⁰⁶.

Já as autoridades que são contrárias ao desconto entendem que um programa de compliance realmente efetivo não apenas previne a ocorrência de infrações, como também economiza recursos da empresa que seriam destinados a multas, ação de reparação de danos, além da perda de reputação em caso de violação. Há, portanto, questionamento acerca da razão de recompensar programas que falharam em prevenir o ilícito (e que também não detectaram a infração antes da autoridade tomar ciência da ilicitude, em alguns casos). Defende-se que a redução pecuniária não é necessária para manter os incentivos de implementação do programa de compliance, destacando que as políticas de acordo, particularmente a leniência, justifica e recompensa sobremaneira a implementação de um programa de compliance robusto⁸⁰⁷.

Algumas autoridades também acreditam que o desconto pecuniário poderia encorajar a prática de cartéis, pois o ilícito se tornaria mais barato, bem como argumentam que a redução da multa pela existência do programa poderia estimular programas de fachada⁸⁰⁸.

Misale apresenta os principais argumentos na doutrina favoráveis ao desconto pecuniário ao programa de compliance: (i) um programa de compliance efetivo internaliza na empresa os valores de uma autêntica cultura de conformidade com as leis, promovendo um ambiente mais competitivo; assim, ao gerar externalidades positivas, os esforços extraordinários dedicados à genuína transformação cultural deveriam ser reconhecidos e incentivados via atribuição de

⁸⁰⁵ MISALE. Op. cit. p. 208.

⁸⁰⁶ MISALE. Op. cit. p. 208.

⁸⁰⁷ MISALE. Op. cit. p. 209.

⁸⁰⁸ MISALE. Op. cit. p. 209.

desconto, que funciona como um estímulo positivo adicional para a empresa) e demais agentes de mercado; (ii) seria justo tratar de modo diferente empresas que se empenham na estruturação de programas de compliance robustos, empregando os melhores esforços para reduzir os riscos de violação; (iii) programas de compliance robustos e efetivos são complexos, custosos e trabalhosos, sendo razoável a recompensa na medida em que a empresa está contribuindo com a Administração pública no papel de fiscalização, em um cenário onde a regulação estatal não é mais suficiente para garantir a eficácia dos comandos legais;; (iv) o modelo de enforcement calcado unicamente em severas multas e prisão pode não ser suficientemente dissuasório para inibir a prática de cartel, sugerindo instrumentos adicionais e mais criativos para complementar as ferramentas tradicionais, a serem promovidos por diferentes tipos de incentivo, dentre eles o desconto pecuniário; e (v) outras legislações conferem recompensas a programas de compliance (e.g., anticorrupção), algumas até bastante generosas em determinados casos (e.g., isenção da responsabilidade criminal da empresa, a depender da jurisdição), não existindo grandes diferenças entre o cartel e a corrupção que não justifique a concessão dessas mesmas recompensas também ao programa de compliance concorrencial⁸⁰⁹.

Já no que se refere aos argumentos da doutrina contrários ao desconto pecuniário ao programa de compliance, pode-se citar os seguintes a: (i) um programa de compliance que não preveniu a ocorrência do ilícito é intrinsecamente falho, não fazendo jus a qualquer recompensa, já que o benefício não mudaria a realidade da infração; (ii) o Estado não deve custear a implementação de programa de compliance por meio de descontos, pois é dever da empresa cumprir as leis; (iii) o maior benefício do programa de compliance seria a ausência de violações, o que já implica uma série de recompensas de ordem financeira e moral para o agente que segue as leis; (iv) ainda que o programa não previna a violação, há benefícios previstos em lei decorrentes da possibilidade de acordos, o que já recompensa a existência do programa que detecta e oportuniza a denúncia; (v) há riscos decorrentes de programas de fachada e os contraincentivos

⁸⁰⁹ MISALE. Op. cit. p. 210.

para o cumprimento da lei; (vi) considerando que tanto a natureza das infrações, quanto o regime de responsabilização são diferentes, não haveria razão para que programas de compliance de diferentes esferas (e.g., anticorrupção e antitruste) recebessem o mesmo tratamento⁸¹⁰.

Em conclusão, um Programa Efetivo de Compliance Concorrencial necessita conter necessariamente os seguintes elementos:

Comprometimento
Análise de Riscos
Mitigação de Risco
Revisão do Programa ⁸¹¹.

Em 2013, o ICC lançou o documento intitulado ICC Antitrust Compliance Toolkit. Practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies, no qual apresentou os elementos fundamentais do Programa, nos seguintes termos:

1. Incorporação de uma cultura e política de conformidade antitruste

- . Reconhecer que sua empresa enfrenta riscos antitruste associados às suas atividades e objetivos;
- . Considere como sua empresa pode estabelecer padrões antitruste que todos os funcionários devem cumprir ao fazer negócios;
- . Fazer com que os líderes empresariais demonstrem apoio pessoal ativamente às práticas comerciais éticas.

2. Organização e recursos de conformidade

- . Nomear um indivíduo sênior adequado para supervisionar a implementação da conformidade antitruste programa;
- . Certifique-se de que eles podem e irão reportar aos mais altos níveis de gestão;
- . Decidir como envolver especialistas no assunto (incluindo advogados antitruste) para desenvolver políticas e/ou orientação.

3. Identificação e avaliação de riscos

- . Decidir como identificar riscos e tendências antitruste, de preferência como parte de sua gestão geral de riscos processo;
- . Considerar quais controles são necessários para gerenciar, minimizar ou eliminar os riscos identificados;
- . Compartilhar insights sobre o processo de garantia e o escopo de melhorias com a alta administração.

4. Know-how de conformidade antitruste

⁸¹⁰ MISALE. Op. cit. p. 211.

⁸¹¹ CADE. **Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos Programas de Compliance Concorrencial.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 16 de fev. 2016. p. 15-19.

- . Adaptar a orientação do know-how antitruste ao perfil de risco e às necessidades da empresa;
- . Decida a melhor maneira de implantar treinamentos e atualizações interativos⁸¹².

O mesmo documento apresentou os elementos para o Reforço de um Programa Existente:

5. Sistemas e investigações antitruste para tratamento de preocupações

- . Incorporar uma cultura de relatórios bem-sucedida que apoie reações oportunas e resultados justos;
- . Considerar os méritos de nomear um fornecedor externo para atuar como uma “linha direta”.

6. Investigações internas/devida diligência e ação disciplinar

- . Considerar a forma mais eficiente de investigar possíveis preocupações (o tempo pode ser essencial);
- . Elabore uma maneira simples, mas eficaz, de lidar com indivíduos que violam a política da empresa.

7. Certificação ou incentivos antitruste

- . Pense em pedir aos funcionários que certifiquem sua compreensão e comprometimento com a conformidade requisitos;
- . Considerar incentivos de conformidade (em estruturas de recompensa ou processos de promoção) para reforçar o compromisso.

8. Monitoramento e melhoria contínua

- . Decida como você monitorará a eficácia de seus controles (por exemplo, executar periodicamente avaliações);
- . Introduzir um plano de melhoria de conformidade, se necessário (por exemplo, se surgirem preocupações ou o risco da empresa alterações de perfil).

Em 2015 também o ICC apresentou um kit mais simplificado destinado para pequenas e médias empresas em que elenca cinco elementos a serem observados para lidar com a conformidade concorrencial em qualquer negócio: (1) Comprometimento - o fator de sucesso mais crítico no estabelecimento de uma cultura de compliance é o “tone from the top”; (2) Identificação do perfil de riscos, trazendo um checklist prático e exemplificativo para auxiliar a empresa; (3) Mitigação de riscos, sublinhando a importância de desenvolver um sistema de controle apropriado, considerando que não existe um cenário de ausência de risco; (4) Revisão das atividades, refinando as políticas e controles quando preocupações aparecerem; e (5) Atualização e constante

⁸¹² INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC Antitrust Compliance Toolkit. Practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies.** p. 3. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf>>. Acesso em: 5 de set. 2022..

renovação de compromissos para assegurar que está fazendo o correto, de modo que o compliance se torne parte da forma de fazer negócios da empresa⁸¹³.

Ademais, de acordo com a ICN , o Programa de Compliance genuíno deve ser elaborado com base nas particularidades da empresa (risk-based approach) e todos os níveis da organização precisam se envolver internamente com as normas concorrenciais, destacando-se que esse comprometimento deve começar pelos cargos mais altos para que cultura de compliance seja efetiva. Ademais, é importante que as autoridades concorrenciais incentivem o comprometimento com o compliance concorrencial, levando em conta a disponibilidade de recursos e informações⁸¹⁴.

Um ponto importante destacado pela ICN é que uma cultura de compliance efetiva pode exigir investimentos, mas os benefícios gerais dos investimentos ultrapassam significativamente os custos da falta de conformidade. Dessa forma, incentivar a adoção de uma cultura de conformidade para as empresas pode auxiliar as autoridades antitruste na prevenção de cartéis, ou na detecção rápida dos mesmos⁸¹⁵.

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos também já elencou os elementos necessários para :

- 1) Padrões de conformidade claramente estabelecidos;
- 2) Atribuição de responsabilidade geral para supervisionar o cumprimento de altos executivos dentro da empresa;
- 3) Exercer o devido cuidado para não delegar responsabilidade aos funcionários que têm propensão a se envolver em conduta ilegal;
- 4) Tomar medidas razoáveis para comunicar normas e procedimentos eficazmente a todos os funcionários;
- 5) Tomar medidas razoáveis para cumprir as normas;
- 6) Aplicação coerente das normas através de mecanismos disciplinares apropriados;

⁸¹³ ICC. **Toolkit for SMEs, Why complying with competition law is good for your business.** 2015. Disponível em: <>. Acesso em: 31 de ago. 2023.

⁸¹⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Anti-cartel Enforcement Manual: Chapter on Cartel Awareness, Outreach and Compliance.** 2012. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMAwarenessOutreachCompliance.pdf. Acesso em: 31 de ago. de 2023.

⁸¹⁵ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Op. cit.

7) Tomar medidas razoáveis quando ocorrer uma ofensa para responder e apresentar violações futuras ⁸¹⁶.

Ademais, a OCDE em 2021 apresentou os elementos comuns que caracterizam um programa bem concebido:

. **Avaliação, priorização e redução de riscos** – Uma empresa deve identificar e avaliar regularmente os seus riscos de conformidade, especialmente ao entrar em novos mercados ou contratar pessoal-chave. As empresas devem identificar as operações, unidades e pessoal em maior risco.

. **Forte liderança e comprometimento da gestão** – Os programas de compliance devem ter o apoio total e visível da liderança da empresa – Presidente, Conselho, CEO. Os recursos comprometidos com o programa, incluindo (em empresas maiores) um responsável pela conformidade dedicado e capacitado, demonstram o compromisso da gestão superior com a conformidade.

. **Transparência, comunicações e documentação** – inclusive da liderança da empresa na forma de, por exemplo, diretrizes e declarações públicas, para aumentar a responsabilização e contribuir para a conscientização e educação. Mensagens coerentes e regulares da administração devem deixar claro que as violações da concorrência não serão toleradas e que eles enfrentarão consequências. A implementação de um programa de conformidade deve ser bem documentada para auxiliar na melhoria contínua e atestar os esforços de conformidade.

. **Auditoria, monitoramento, avaliação** – O programa de conformidade deve ser caracterizado por uma busca pela melhoria contínua. Por conseguinte, deve ser sujeito a monitorização regular para garantir que se mantém atualizado, eficaz e continua a cumprir os objetivos principais, que também devem ser continuamente avaliados. A eficácia pode ser testada, por exemplo, através de inquéritos, avaliações de formação, entrevistas com indivíduos-chave para verificar o conhecimento e as atitudes em relação ao cumprimento e às condutas ilegais.

. **Treinamento** – Um programa de conformidade deve incluir treinamento obrigatório de conformidade para todos os funcionários em cargos com riscos identificados, bem como parte da integração de novos funcionários. A formação deve ser adaptada aos riscos e ao perfil da empresa.

. **Denúncia** – Um sistema que garante que a equipe possa denunciar infrações ao programa de conformidade ou infrações de concorrência de forma confidencial e sem ameaça de retaliação.

. **Revisão ex-post** para verificar se ocorreram infrações, por que ocorreram, se a administração as tratou adequadamente e identificar

⁸¹⁶ USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective**. 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programsgovernment-perspective>> Acesso em: 19 de ago. 2023..

medidas que podem ser tomadas para fortalecer o programa de conformidade⁸¹⁷.

Ficou bastante evidente ao longo dos Guias estudados e da doutrina especializada que a efetividade de um Programa de Compliance requer a sua real incorporação nas práticas corporativas de todos os colaboradores da Organização, devendo-se lembrar da importância do exemplo dos mais altos gestores para que a cultura do Compliance se fortaleça.

De acordo com Shapiro e Marinho, o sucesso do compliance depende de dois atributos, que consistem na (o): a) formação de um arranjo regulatório cooperativo e não predatório, em que exista uma relação entre a disciplina pública da concorrência e a auto-regulação privada e de mútuo reforço. Assim, o compliance concorrencial é tanto mais efetivo, quanto mais crível for o enforcement regulatório e este, por sua vez, é tanto mais eficaz, quanto mais empresas internalizarem a cultura competitiva. Destacando-se que em um arranjo predatório dá-se o inverso: a auto-regulação é estabelecida em detrimento da regulação pública e o resultado é uma potencial redução do enforcement concorrencial⁸¹⁸; b) consistência interna que abarca a identificação dos riscos, os objetivos, a governança e as ferramentas precisam estar alinhados para que o programa de prevenção seja efetivo⁸¹⁹.

Consignado a importância do compliance efetivo concorrencial e a análise dos organismos internacionais que permearam estudos doutrinários e da literatura do direito concorrencial, verifica-se, portanto, que já existem possibilidades de se definir pela autoridade concorrencial brasileira um caso que contenha os elementos essenciais ao Programa de Compliance Concorrencial Efetivo, seguido os critérios mínimos apontados acima, que podem ser

⁸¹⁷ OECD. **Competition Compliance Programmes. 2021.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>>. Acesso em: 7 de set. 2023.

⁸¹⁸ SHAPIRO, Mario G.; MARINHO, Sarah Morganna Matos. **Compliance Concorrencial.** Disponível em: <https://www.cedes.org.br/_files/ugd/e2107f_69a92e617984442a9e9dd78d87b687fb.pdf>. Acesso em: 23 de ago. 2023.

⁸¹⁹ SHAPIRO, Mario G.; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Op. cit.

sintetizados nos 4 elementos previstos no Guia do CADE: Comprometimento, Análise de Riscos, Mitigação de Risco e Revisão do Programa.

No próximo tópico, estudar-se-á os Parâmetros Legais para o Compliance Efetivo (Balanceamento/Parametrização).

4.3 Equação Compliance e Termo de Ajustamento de Conduta.

Conforme analisado no item 3.4 e 3.5, O CADE já sinalizou em seu Guia de Compliance que a adoção de um programa de compliance robusto, com medidas de controle de danos, que atenda aos seus elementos indispensáveis (comprometimento, análise de risco, mitigação do risco e revisão), pode ser considerada evidência da boa-fé da organização infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado.

Por conta disso, é possível que o Tribunal enquadre o programa de compliance como:

- (i) uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a, ou como
- (ii) um critério a ser considerado quando do cálculo da contribuição pecuniária, em eventual TCC a ser assinado pela organização, que poderia levar o percentual de desconto ao máximo permitido. Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade⁸²⁰.

Resta, portanto, saber quais as métricas de análise de um Programa Robusto de Compliance Concorrencial no Brasil.

Nesse sentido, confirma-se a necessidade de que sejam estabelecidas métricas claras.

⁸²⁰ CADE. Guia de Compliance. Op. cit.

As agências concorrenciais ao redor do mundo têm indicado posicionamento favorável para concessão de crédito para compliance/conformidade e apresentam variações consideráveis no tratamento de programas de conformidade pré-existent, recentemente introduzidos ou alterados.

No Reino Unido, as atividades de compliance de uma empresa podem levar a um desconto de até 10% da multa se ficar demonstrado que foram tomadas medidas adequadas com vista a garantir o compliance.

O CMA têm concentrado esforços em mudanças prospectivas e não em programas existentes, sendo que o Brasil adota uma abordagem similar⁸²¹.

Da análise dos dados obtidos pelo OCDE, pode-se aferir que o número de jurisdições que concedem crédito ao Programa de Compliance aumentou consideravelmente desde 2011.

A partir da tabela elaborada pela OECD que constatou uma grande evolução de 2011 a 2021⁸²²:

TABELA 9 - CRÉDITO POR PROGRAMA DE COMPLIANCE

Table 2.1. Credit for compliance

	2011	2021
Jurisdictions that grant credit	Australia, Denmark, Korea, Mexico, New Zealand, Norway, United Kingdom, United States	Australia, Brazil, Canada , Chile , Germany , Hong Kong; China, Hungary, India, Italy, Japan, Malaysia, Netherlands, Peru, Romania , Singapore, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States
Jurisdictions that do not grant credit	Canada, France, Germany, European Union, Bulgaria, Romania, Russia	Bulgaria, European Commission, Finland, France , Greece, Korea , Mexico , Netherlands, Sweden, Turkey

FONTE: OECD, 2021.

No Brasil especificamente, apesar de 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

⁸²¹OECD. **Competition Compliance Programmes**. 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>>. Acesso em: 5 de set. 2023.

⁸²²OECD. op. Cit. p. 12.

penalidades, afastando certas proibições ou até mesmo reduzindo o valor da multa aplicável.

Isso ocorre pois, ao aplicar as penalidades previstas na LDC, o Tribunal do Cade deve levar em consideração, nos termos do art. 45, fatores como:

- (i) a boa-fé do infrator;
- (ii) o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros;
- (iii) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; e
- (iv) a reincidência⁸²³.

Destaca-se que é ônus exclusivo do investigado demonstrar que possui um programa de compliance robusto, sob o qual práticas anticompetitivas são claramente contrárias às políticas da organização e às orientações dos seus administradores⁸²⁴.

Ademais, entende-se que a utilização do compliance como elemento para concessão de descontos a título de demonstração de boa-fé e colaboração, no que se refere aos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta encontra desafios e requer reflexões e diretrizes que tragam maior previsibilidade quanto à sua pertinência, muito embora a experiência do CADE aponta que a estruturação e a implementação de Programas de Conformidade (Compliance) Concorrencial já tenha sido prevista em diversas oportunidades, conforme analisado no capítulo 3 deste estudo.

Em geral, estabelece-se um período para a implementação do programa, a criação de comitê responsável por sua gestão e a realização de treinamentos, para além de um período para a manutenção do programa e apresentação de relatórios periódicos.

⁸²³ CADE. Guia de Compliance. Op. cit.

⁸²⁴ CADE. Guia de Compliance. Op. cit.

No Brasil, a existência de um Programa de Compliance concorrencial efetivo pode ser considerada como uma evidência de boa-fé a ensejar a atenuação de pena (multa) aplicável, pelo CADE, no curso de um processo administrativo.

A mitigação é possível, pois o Conselho, ao realizar o escrutínio da aplicação de penas sobre agentes que cometeram infrações econômicas, leva em consideração determinados fatores constantes no art. 45 da Lei 12.529, de 2011, estando entre eles a boa-fé do infrator⁸²⁵.

Quanto aos requisitos legais obrigatórios para a celebração de TCCs, o artigo 85 da Lei 12.529/2011 estabelece que necessariamente devem existir:

- a) obrigação dos Representados signatários de cessar a prática;
- b) valor da contribuição pecuniária ao multa ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (“FDD”); e
- c) multa pelo descumprimento total ou parcial das obrigações compromissadas.

Além desses requisitos formais, outros elementos, que efetivamente enderecem as variáveis relevantes para a política antitruste, são necessários para viabilizar a implementação de um TCC:

- (i) a obrigação de não adotar a prática novamente; e
- (ii) a obrigação de comunicação do acordo ao público.

Nos 6 precedentes analisados que ocorreram na vigência da Lei 8.884, de 1994, verificou-se que na maioria dos casos não se questionou acerca da conveniência e oportunidade para adoção do Programa de Compliance.

Acrescenta-se que não houve discussão sobre o desconto pecuniário. Destaca-se também que não foi aceito o Compliance em apenas um caso. Os principais argumentos contrários foram:

- a) altos custos relacionados a monitoramento para a Administração Pública;

⁸²⁵ RAGAZO. Op. cit. p. 1151.

b) foco do estímulo equivocado, pois empresas que sugerem a formalização do compliance já estariam cientes da possível e iminente responsabilização, implementando o compliance de qualquer maneira; e

c) incentivo para a adoção do compliance existe independente do TCC e de eventual desconto⁸²⁶.

O compliance não é bom porque blindou a empresa de uma infração, mas porque foi pedagógico aos líderes.

De forma categórica, Misale destacam os argumentos Contrários e a Favor ao desconto por o Compliance:

ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

- A empresa que estrutura um programa de compliance nada faz de extraordinário. Trata-se de medida de governança interna do agente que se preocupa com a exposição de riscos financeiros e reputacionais em mercado. Ela já faria isso de qualquer forma.
- O maior benefício do programa de compliance se traduz no não envolvimento da empresa em ilícitos.
- Caso haja alguma ilicitude, a conclusão é que o programa foi falho por definição.
- Não há que se recompensar um programa que não modifica o status quo da infração ocorrida.
- O acordo de leniência sintetiza um enorme incentivo adicional para a empresa estruturar um programa de compliance.
- O desconto poderia incentivar programas cosméticos.
- O desconto poderia transmitir a mensagem de que o ilícito compensa e é parte dos negócios, minorando esforços preventivos.
- Quanto maior o desconto, mais se teria a sensação de que o programa é uma espécie de “seguro barato” contra a responsabilização (i.e., ver-se-ia o cartel como um ilícito rentável).

Destacam-se também os argumentos favoráveis ao desconto:

ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

- A empresa que estrutura um programa de compliance robusto não se limita ao padrão legal de conformidade. Elaborar e manter um programa desse tipo não é tarefa trivial e implica custos. É um compromisso perene e orgânico. A empresa investe recursos consideráveis para assegurar o cumprimento normativo, introduzindo valores morais para modificar a cultura organizacional em prol do comportamento ético e

⁸²⁶ MISALE. Op. cit. p. 193.

pró-competitivo, prevenindo a ocorrência de ilícitos em primeiro lugar.

- O programa de compliance também beneficia a Administração pública, seja minorando a ocorrência de ilícitos, seja porque diminui a assimetria informacional, tendo em vista que o programa potencializa a detecção de ilícitos pela empresa, favorecendo a denúncia caso haja incentivos suficientes e adequados para tanto.

- É razoável e proporcional tratar de forma diferente quem colabora e zela pelo ambiente pró-competitivo, dedicando e investindo uma série de recursos para tanto.

- Conquanto o objetivo central do programa de compliance não seja a recompensa financeira, tal incentivo, como um complemento, é benéfico, posto que encoraja e reconhece os esforços da empresa, e transmite um sinal positivo para a alta direção, colaborando para manter os investimentos no compliance concorrencial.

- Pode servir de estímulo para iniciativas de outros agentes de mercado, contribuindo para a criação de uma “rede de conformidade”.

- Verifica-se preocupação com o programa de fachada, logo não se assume o desconto pelo simples desconto (ver Tabela 5 para algumas questões exemplificativas no contexto do desconto).

Como se pode observar há um interessante debate na concessão de desconto e em Termos de Compromisso de Cessação de Conduta e a valoração do programa de Compliance que serão analisados no próximo tópico.

4.4 Parâmetros Legais para o Compliance Efetivo.

Tal qual proposto pela alteração legislativa frente aos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007) e do Acordo de Leniência (Lei Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000) propõe-se nesta Tese que seja inserido no ordenamento jurídico também a exigência de programas de compliance/mecanismos de integridade ao arcabouço jurídico Concorrencial nacional, no corpo da Lei 12.529/11, mais especificamente no artigo 45, inciso um parágrafo único, para que a partir de então a Autoridade Concorrencial brasileira promova as especificidades mediante resolução.

Parte-se da premissa já observada na *praxis* da Autoridade Concorrencial brasileira que tem admitido, sim, a hipótese do desconto.

Sobre o tema, em sua dissertação de mestrado, Guilherme Misale sugere as questões exemplificativas para o delineamento da atuação da Autoridade Concorrencial quando da aplicação do desconto em contribuição pecuniária:

- (i) cautela na dosagem para não desvirtuar incentivos de enforcement.
- (ii) desconto pode variar a depender do momento de estruturação do programa de compliance.
- (iii) discricionariedade da autoridade para arbitrar o desconto, com sinalização para o agente econômico.
- (iii.1) sinalização equilibrada, em um híbrido de generalidade com algum nível de clareza.
- (iv) análise caso a caso.
- (v) agente econômico deve comprovar os esforços corporativos e a robustez do programa de compliance.
- (vi) não envolvimento da alta cúpula no ilícito.
- (vii) empresa não reincidente.

Considerando-se, portanto, a doutrina especializada no Direito Concorrencial Nacional e Internacional tem-se como plausível que a autoridade concorrencial estimule a implementação de programas de compliance.

O CADE já trouxe os principais elementos que compõe um Programa de Compliance Efetivo, sendo que ao se examinar o ciclo de análise da Superintendência-Geral, Tribunal Administrativo e Procuradoria Federal

Especializada, que é possível traçar um parâmetro que possibilite a adequação dos programas de compliance efetivo para negociação de tcc.

Apresentado o Compliance Efetivo, deve-se inserir ele na aplicação prática do SBDC através de um balanceamento/parametrização da multa, fundamentando-se no bojo do art. 45, sendo esta a tese ora defendida, qual seja a necessidade de determinação da autoridade concorrencial de uma base legal para aplicação do programa de compliance, mediante resolução.

Conforme exposto no capítulo 2, o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta é um importante mecanismo para dissuasão de condutas anticompetitivas.

A presente tese se justifica diante da necessidade de demonstrar a ausência de parâmetros legais e da insegurança da soft law. Estes parâmetros são:

- (i) do quantum do desconto;
- (ii) das hipóteses de não desconto ou de sua limitação
- (iii) de eventuais consequências concretas do Programa de Fachada em termos de dosimetria; e
- (iv) do momento considerado para o desconto vis-à-vis a adoção do programa.

Com base nas análises promovidas no item 3.4 e 3.5 desta pesquisa, além dos Votos dos Conselheiros na homologação de TCC's que obtiveram negociação da Cláusula de Compliance e Parâmetros Legais para o Compliance Efetivo, nos atestos da PROCADE.

Dos 36 (trinta e seis) autos que foram processados e julgados pelo CADE tanto na vigência da Lei 8.884/1994 como da Lei 12.529/2011, sendo 30 destes autos referente a processos de adesão ao Termo de Cessação de Conduta ("TCC") em que houve a imposição de prestação pecuniária e deliberação acerca de criação ou complementação de um Programa de Compliance Concorrencial pelo compromissário, assim como 6 (seis) destes autos sendo referente a processos de julgamento em que houve a imposição ao pagamento de multa e a

implementação de um Programa de Compliance Concorrencial pode se afirmar que a Autoridade Concorrencial brasileira tem adotado uma postura de vanguarda na concessão de descontos.

A análise documental visou corroborar a aplicação de descontos na prestação pecuniária ou multa devido a complementação ou implementação de um Programa de Compliance Concorrencial perante a empresa Representada.

Os resultados analisados de forma individualizada dos dois principais grupos do objeto da pesquisa foram segmentados em programa de compliance junto a TCC e programas de compliance aplicados em sede de voto juntamente com multa, apontam a possibilidade de concessão de desconto.

A adesão ao TCC por parte do Representado e a consequente implementação de um Programa de Compliance Concorrencial é muito mais recorrente neste tipo de contexto processual do que em sede de voto de análise acerca de infração à ordem econômica com imposição de multa – o segundo grupo de objeto da presente pesquisa.

Vale concluir que em todos os casos de adesão a TCC durante a vigência da Lei 8.884/1994 restou-se verificado que não houve a concessão de descontos perante a prestação pecuniária inerente a tal acordo devido a implementação de um Programa de Compliance Concorrencial.

Tal conclusão foi possível tendo em vista que em 5 (cinco) dos 6 (seis) casos observados os memoriais de cálculo de tal pecúnia estavam publicados nos autos públicos, o que possibilitou verificar de forma objetiva a inexistência de tal benefício perante o Compromissário, sendo válido também deduzir que no auto em que não se encontrou o memorial igualmente não houve a concessão de algum tipo de desconto.

Ademais, em 5 (cinco) casos da referida Lei também foi possível observar, por meio da leitura das cláusulas do TCC, que houve detalhamento e definição de parâmetros para a efetivação da implementação do programa de compliance concorrencial, principalmente por meio de menção a Portaria de nº 14

da SDE. A tabela abaixo apresenta consolidação dos descontos conferidos em Termos de Compromisso de Cessação de Conduta aplicados pelo CADE na vigência da Lei 8.884/94:

Tabela 10 - Consolidação dos descontos em TCC na Lei 8.884/94

CONSOLIDAÇÃO DADOS TCC NA LEI 8.884/94		
Imposição ou sugestão a adesão do programa de compliance		
Imposição	04/06	66,67%
Sugestão	02/06	33,33%
Certeza de concessão de desconto ou incerteza?		
Certeza de Concessão	00/06	0%
Incerteza de Concessão	06/06	100%
Em quantos casos houve o detalhamento de implementação do programa de compliance?		
Houve Detalhamento	05/06	83,33%
Não houve detalhamento	01/06	16,67%
Implementação ou continuação do programa de Compliance		
Implementação	06/06	100%
Continuação	00/006	0%
Nos que se tem certeza da concessão, em quantos casos se sabe quanto de desconto foi ofertado?		
Não se aplica aos dados apurados		
Qual a média de desconto ofertado		
Não foi visualizado concessão de desconto pela implantação do programa de compliance		

Fonte: Anexo I

No tocante aos 30 casos referentes a Lei 12.529/2011, cumpre ressaltar que houve sim caso de concessão de desconto na prestação pecuniária por

implementação ou continuação de programa de compliance concorrencial, todavia tais cenários só começaram a surgir a partir do ano de 2017, com os casos anteriores a esta data e entre a entrada da vigência da referida norma em 2012 não tendo sido observado nenhuma espécie de concessão. Todavia, não foram nas totalidades dos casos de TCC após o ano de 2017 que se observou a imposição de descontos, com diversos destes estando com os seus memoriais de cálculo de prestação pecuniárias colocados como de acesso restrito em sua integralidade, o que não possibilitou a sua verificação.

Porém, nos casos em que o memorial da prestação pecuniária foi deixado só parcialmente restrito, observou-se que o desconto transitava entre 2% e 4% do valor total da referida prestação, tendo sido observado 2 (dois) casos em que o desconto concedido ficou no montante de 2% do valor total, 1 (um) caso em que o desconto concedido foi de 3%, 1 (um) caso em que o desconto concedido foi de 5% e 6 (seis) casos em que o desconto foi no montante de 4%.

A Tabela abaixo apresenta a consolidação dos descontos concedidos pelo CADE em Termos de Compromisso de Cessação de Conduta negociados e assinados na vigência da Lei 12.529/11.

Tabela 11 - Consolidação dos descontos em TCC na Lei 12.529/11.

CONSOLIDAÇÃO DADOS TCC NA LEI 12.529/2011		
Imposição ou sugestão a adesão do programa de compliance		
Imposição	22/44	91,67%
Sugestão	02/24	8,33%
Certeza de concessão de desconto ou incerteza?		
Certeza de Concessão	13/24	54,17%
Incerteza de Concessão	11/24	45,83%
Em quantos casos houve o detalhamento de implementação do programa de compliance?		
Houve Detalhamento	20/23	86,96%

Não houve detalhamento	03/23	13,04%
Implementação ou continuação do programa de Compliance		
Implementação	22/24	91,67%
Continuação	02/24	8,33%
Nos que se tem certeza da concessão, em quantos casos se sabe quanto de desconto foi ofertado?		
Se sabe	10/13	76,92%
Incerteza da Concessão	03/13	23,08%
Qual a média de desconto ofertado		
A jurisprudência aponta que o desconto pode variar entre 2% a 4%		
Em 2% dos casos foram concedidos 2% de desconto	Em 1 caso foi concedido desconto de 3% e e em outro caso 5 % de desconto	Em 6 casos foram concedidos 4% de desconto.

Fonte: Anexo I

Nota-se que em um caso foi concedido um desconto no montante de 5%, todavia acredita-se que este tenha sido um caso isolado, tendo em vista que o próprio CADE demonstra em suas manifestações que a jurisprudência de tal desconto é conceder um que perpassa entre o escopo de 2% a 4%, com este valor a maior não representando a regra pelos indícios do presente estudo.

Ademais, em 26 (vinte e seis) casos foi observado que o programa de compliance concorrencial se tratou de uma imposição por parte da Administração pública, com apenas 4 (quatro) casos tendo tipo a sua implementação por sugestão do compromissário.

Do mesmo modo, observou-se que 28 (vinte e outro) casos o programa de compliance foi integralmente implementado, com apenas 2 (dois) casos tendo sido determinado apenas a complementação de um programa de compliance concorrencial já existente perante a pessoa jurídica compromissária.

Com estas conclusões, nota-se que a concessão de desconto só passou a vigorar perante o CADE, em âmbito de sua adoção perante um TCC, a partir do ano de 2017, conforme pode se observar nos memoriais de cálculos dos autos que não se encontravam integralmente restritos, com o desconto ofertado tendo se consolidado entre o escopo de 2% e 4% perante o valor total da prestação pecuniária a ser paga perante o compromissário.

Feita estas considerações, passa-se a análise da questão da pesquisa no âmbito de voto e imposição de multa perante a identificação de uma infração contra à ordem econômica.

Quanto aos resultados gerais obtidos na análise dos autos com voto e imposição de multa, primeiramente, cumpre expor que este se trata do menor escopo de dados desta pesquisa, principalmente por somente ter se identificado apenas 6 (seis) casos em que houve a determinação de uma multa a uma infração contra à ordem econômica e a determinação de implementação de um programa de compliance concorrência, dos quais apenas 1 (um) se deu em sede da vigência da Lei 8.884/1994 e 5 (cinco) na vigência da Lei 12.529/2011.

No caso referente ao Processo Administrativo 08012.009088/199-48 em que se apurou conduta anticompetitiva no mercado nacional de produção farmacêutica, houve determinação de adesão ao programa de compliance e não desconto pelo programa de compliance. Assim sendo, não há o que se falar no desconto nem análise do programa para concessão de desconto.

A tabela abaixo consolida os dados obtidos nos processo em que houve aplicação de multa na vigência da Lei 12.529/11.

Tabela 12: - Consolidação dos dados referentes a aplicação de multas na Lei 12.529/2011

CONSOLIDAÇÃO DADOS MULTA NA LEI 12.529/11		
Houve determinação para adesão ao programa de compliance		
Determinação	04/05	80%

Não houve	01/05	20%
Houve Concessão de Desconto pela adesão ao compliance		
Houve Concessão	00/04	0%
Não houve	04/04	100%
Nos casos observados em que houve determinação a adesão a um programa de compliance, não foi observado perante o cálculo da multa no voto e no memorial de cálculo de nenhum tipo de indicativo de que foi concedido desconto pela adesão.		

Fonte: Anexo I

Em nenhum dos casos foi observado a concessão de desconto devido a imposição do programa de compliance por parte do CADE ao Representado, com a análise dos memoriais de cálculo da multa, podendo-se concluir que tal desconto não tem aplicabilidade em tal âmbito processual, o qual se trata apenas de mais uma espécie de sanção não pecuniária imposta pela Autoridade Concorrencial com o intuito de fazer reprimir futuras práticas anticompetitivas pelo investigado.

Ademais, restou observado que a imposição de tal programa de compliance se deu de forma detalhada pelos votos dos conselheiros, os quais descreviam com detalhes prazos e atos a serem praticados por parte do Representado para que fosse considerado implementado o programa e não viesse a responder por uma segunda multa por descumprimento da determinação da Autoridade Concorrencial.

Diante do exposto, verifica-se necessário que a Autoridade Concorrencial estabeleça de forma clara os critérios e métricas que para que sejam conferidos e argumentados nos julgamentos e análises de casos que envolvam a apreciação de programas de Compliance.

4.5 Proposição de Alteração Regimental ou Legislativa (Tese).

Conforme pontuado, restou claro que um bom programa de compliance promove a possibilidade de um acordo de leniência - imunidade total (facilita a busca pelo marker) 2º facilita a negociação de um termo de compromisso de cessação de prática- desconto gradual da multa esperada.

Da análise do estudo aqui empreendido, os elementos que comprovam um Programa de Compliance Robusto as melhores práticas do cade monitoramento dos programas pela Procuradoria Federal especializada do CADE proposição de alteração elevados números de tcc's elevados números de leniências.

Tem-se, portanto, que o mercado respondeu positivamente à lógica estabelecida no Guia de Compliance do CADE.

No entanto, é necessário que a autoridade concorrencial vá mais além e demonstre objetivamente o que é um bom Programa de Compliance Efetivo com as devidas métricas de análises para oferecer maior segurança jurídica ao próprio mercado brasileiro;.

Nesse sentido, retoma-se a lógica da Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007 que alterou Termos de Compromisso de Cessação de Conduta, a Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007 e do Acordo de Leniência (Lei Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000).

Propõe-se nesta Tese que seja inserido no ordenamento jurídico também a exigência de programas de compliance/mecanismos de integridade ao arcabouço jurídico Concorrencial nacional, no corpo da Lei 12.529/11, mais especificamente no artigo 45, inciso um parágrafo único, para que a partir de então a Autoridade Concorrencial brasileira promova as especificidades mediante resolução.

É exatamente este o racional jurídico aqui apresentado.

A mesma lógica aqui defendida serve para análise de Programas de Compliance Efetivos, tais quais propostos nos moldes do item 4.3 que foram apresentados neste capítulo.

De acordo com dados da Agência de classificação de risco Austin Rating, o Brasil é o 12º País mais rico do mundo⁸²⁷.

É imperioso que as empresas e os agentes econômicos que atuem no mercado brasileiro respeitem e se adaptem às leis do competitivo mercado brasileiro.

Nesse sentido, a própria OCDE aponta a carência da Lei Concorrencial Brasileira não mencionar os programas de compliance ou (conformidade) tal qual proposto pela Lei 12.846:

A Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) não menciona os programas de compliance como um elemento que pode ser levado em consideração no cálculo de multas por conduta anticoncorrencial, mas eles são geralmente considerados como um fator atenuante pelo Cade. De acordo com a Lei de Defesa da Concorrência, ao calcular as multas, o Cade deve levar em consideração variáveis como a boa-fé do infrator, a extensão dos danos causados pelas infrações, os efeitos no mercado, e qualquer reincidência. A existência de um programa de compliance robusto pode ser considerada prova de boa-fé por parte da empresa infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos derivados da prática ilegal. Além disso, os programas de compliance são discutidos com frequência durante as negociações de acordos. Caso a empresa infratora concorde em desenvolver um programa de compliance ou possua um programa em vigor, o Cade pode considerar a concessão de um desconto maior na multa. O Cade, entretanto, somente levará em consideração programas de compliance sérios e sólidos que estejam de acordo com o Guia de programas de compliance concorrencial desenvolvido pela autarquia. A política de sanções do Cade, que atribui um valor positivo aos programas de compliance, as investigações da Operação Lava Jato e o sucesso do programa de leniência têm incentivado a adoção de programas de compliance e cultura pró-concorrência por um número crescente de empresas. Entretanto, o desenvolvimento de programas de compliance concorrencial difere entre os setores e varia de acordo com o tamanho da empresa. Alguns estados, notadamente Rio de Janeiro e Distrito Federal exigem que as empresas possuam um programa de compliance e integridade como condição para participar de processos licitatórios de alto valor. No caso do Rio de Janeiro, o valor do contrato deve ser

⁸²⁷ CNN BRASIL. **Brasil sobe uma posição e volta a ser 12ª maior economia do mundo em 2022.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/brasil-sobe-uma-posicao-e-volta-a-ser-12a-maior-economia-do-mundo-em-2022/>>. Acesso em: 8 de set. 2023.

acima de R\$ 1,5 milhão para obras públicas e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 para bens e serviços, em contratos de duração superior a 180 dias. No Distrito Federal, o valor do contrato deve ser superior a R\$ 5 milhões. Não existe menção explícita, no entanto, à observação da lei de concorrência como elemento que deve ser abrangido por estes programas. Outros países também possuem regras que obrigam as empresas a adotar programas de compliance (às vezes concorrencial) e de integridade⁸²⁸.

Assim, é necessário que as próprias empresas sejam agentes de fiscalização interna dado o princípio constitucional da livre concorrência, tal qual proposto pela Lei 12.846, de 2013, que assim dispõe no inc. VII de seu art. 7º:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

De acordo com a OCDE, além do guia de compliance concorrencial, o CADE poderia considerar a realização de treinamento para empresas privadas sobre os requisitos que um programa de conformidade deve cumprir para ser considerado robusto e eficaz.⁸²⁹

⁸²⁸ OCDE. **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais.** 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em-Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf>>. Acesso em: 8 de set. 2023.

⁸²⁹ OCDE. **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais.** 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em-Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf>>. Acesso em: 8 de set. 2023.

A Lei 12.529 de 2011 não estabeleceu expressamente a figura dos Mecanismos de Conformidade:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator; e

VIII - a reincidência.

Nesse sentido, através da análise pormenorizada dos 36 casos de TCC em que o CADE considerou e analisou a existência de mecanismos de compliance para concessão de desconto em da contribuição pecuniária em condutas anticompetitivas e da pacífica jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica é que se propõe como tese a inserção de parágrafo único no Art. 45 da Lei 12.529/2011 para que seja determinado:

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Posteriormente a alteração legislativa que o CADE edite Resolução do CADE que discipline a análise da efetividade de um programa de compliance concorrencial.

Conclusão capítulo quatro

Neste quarto capítulo, retomou-se o estado da arte dos Programas de Compliance e a sua situação no ordenamento jurídico do Brasil. Para tanto destacou-se a importância recebida pelo tema pelas autoridades Concorrenciais (CADE, DoJ, FTC, italiana, Australiana) e da literatura /Internacional (Global Competition Review, Concurrences) nos últimos anos.

O segundo tópico apresentou a tese aqui defendida, o conceito doutrinário do Programa Efetivo de Compliance Concorrencial, com base em critérios estudados pela ciência jurídica internacional.

O terceiro tópico foram categorizados e pontuados os parâmetros para determinação de um Programa de Compliance Efetivo no Brasil, nos termos das melhores práticas apontadas pelos aplicadores do direito que defendem a possibilidade de desconto com compliance.

O quarto tópico propõe uma aplicação do direito concorrencial para o futuro, adequando-se o quantum do desconto na negociação dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta por determinação legal, mediante alteração legislativa ou por Resolução do CADE.

O quinto e último tópico deste estudo defendeu a tese jurídica para que o Programa Efetivo de Compliance Concorrencial seja analisado como atenuante para concessão do desconto da contribuição pecuniária na negociação de termos de cessação de conduta como alicerce para sociedade e o bom funcionamento das forças de mercado, em harmonia, consonância e conformidade com os objetivos da Lei e da Ordem Econômica Constitucional.

Verificou-se que um bom Programa de Compliance promove a rápida detecção do ilícito concorrencial por parte do agente econômico, e, conseqüentemente, a remediação do dano (interrompe a conduta anticompetitiva), aumentando as chances de celebração do Acordo de Leniência, Negociação do TCC com a autoridade concorrencial, concluindo-se pela necessidade de alteração legislativa.

CONCLUSÃO

Conforme analisado no estudo aqui apresentado, a partir da Constituição de 1988 e dos objetivos do Direito Concorrencial no Brasil, foi examinada a ordem econômica brasileira com a sua respectiva legislação infraconstitucional e apresentada também a origem e importância do Compliance.

Assim, o primeiro capítulo apresentou a evolução do Direito Concorrencial no Brasil à luz dos principais artigos publicados pela doutrina, para se compreender suas implicações no atual estado da arte dos Programas de Compliance no Ordenamento Jurídico vigente. A partir da Constituição Federal, examinaram-se os objetivos de uma legislação concorrencial traduzidos, num primeiro momento, na repressão ao abuso de poder econômico e no combate às condutas anticompetitivas, tanto às condutas colusivas quanto às condutas unilaterais. Verificou-se que com a promulgação da Lei 8.894, de 1994, houve a gênese e o fortalecimento do SBDC, período que compreende de 1988 a 2000.

Superada a fase principiológica da instituição, criação e manutenção de uma Autoridade Concorrencial em uma República Democrática e Liberal, que estabelece a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios constitucionais estruturantes de sua Ordem Econômica, foram constatados três períodos de aplicação do Direito Concorrencial Sancionador experimentados pela Autoridade Concorrencial Brasileira, em especial pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), analisando-se na linha temporal os três principais instrumentos aplicados pelo referido órgão: (i) termos de Compromisso de Cessação de Conduta; (ii) Programa de Leniência e (iii) Programas de Prevenção aos Ilícitos Concorrenciais (P.P.I.).

Em seguida, analisou-se a Promulgação da Lei 12.529, de 2011, com a repressão a cartéis e os impactos no Direito concorrencial (Período de 2010-2020) para em seguida também constar a mudança de paradigma na sanção concorrencial e a necessidade do Compliance Concorrencial Efetivo para

Dissuasão Ótima. Foram ultrapassadas as duas principais divisões históricas do Direito concorrencial brasileiro estabelecidas, a primeira elaborada pelos Professores Gesner de Oliveira, e João Grandino Rodas e a segunda desenvolvida pelo professor Francisco Ribeiro Todorov, adentrando-se diretamente no período recente de aplicação do Direito Concorrencial no Brasil, em que foi estabelecido e destinado um significativo espaço para análise dos Programas de Compliance Concorrencial.

O segundo capítulo analisou a inserção dos Programas de Compliance no ordenamento jurídico concorrencial brasileiro, especialmente sob o prisma processual sancionador e as modernas ferramentas. Para tanto, apresentou-se o processo administrativo concorrencial sancionador, com base na lei 12.529, de 2011 e do Regimento Interno do CADE. Nesse sentido, destacou-se a perda do *marker* para o Acordos de Leniência e da Leniência Plus, com base na Portaria CADE nº 416 Marker cade. Apresentou-se o termo de compromisso de cessação de conduta e a sua atual aplicação no direito administrativo concorrencial sancionador, elucidando suas etapas para proposição do TCC, através do Guia de TCC e doutrina pertinente.

Ainda no Segundo Capítulo, apresentou-se o Programa de Compliance como forma de redução da contribuição pecuniária diante do desconto da multa esperada em casos de TCC. Quanto à adoção de Programas de Compliance concluiu-se que o Guia do CADE de 2016 é menos específico. Afirma que Programas de Compliance devem ser estruturados de forma a permitir a rápida identificação de qualquer infração, sendo a celeridade chave para que uma empresa possa se beneficiar da imunidade administrativa e criminal decorrente de um acordo de leniência ou de descontos substanciais no valor da multa (até 50%) imposta ao ser a primeira a celebrar um TCC com o Cade. Quanto à atenuação do valor da multa imposta, o Guia fala genericamente que “é possível que o Tribunal enquadre o Programa de Compliance como (i) uma evidência de boa-fé e o configure como atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a, ou como (ii) um critério a ser considerado quando do cálculo da contribuição pecuniária, em

eventual TCC a ser celebrado pela organização, que poderia levar o percentual de desconto ao máximo permitido.”

O terceiro capítulo teve como principal objetivo estudar as penas previstas na Lei de Defesa da Concorrência e a aplicação da dosimetria do Direito Antitruste, para ao final examinar como a existência de um Programa de Compliance focado na defesa da concorrência tem sido analisado pela autoridade concorrencial. O primeiro tópico examinou a tipificação das Condutas Coordenadas no Direito Administrativo Sancionador. O segundo tópico estudou a função da multa por cartel estabelecida no art. 45 da Lei de Defesa da Concorrência e a metodologia para cálculo estimado da multa administrativa, conforme a análise dos precedentes do CADE envolvendo sanções administrativas. O terceiro tópico apresentou a metodologia para cálculo estimado da multa administrativa julgados do CADE, tangenciando a questão da multa pelo faturamento da atividade econômica e a problemática da vantagem auferida.

O quarto tópico apresentou os principais precedentes do CADE em relação às sanções administrativas e Programas de Compliance e o quinto tópico, apresentou os principais precedentes do CADE em relação aos Programas de Compliance e os Termos de Compromisso de Cessação de Conduta.

Nesse sentido, a pesquisa realizou um levantamento de processos administrativos junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), mais precisamente, o total de 36 (trinta e seis) autos que foram processados e julgados pela Autarquia tanto na vigência da Lei 8.884/1994 como da Lei 12.529/2011, sendo 30 destes autos referente a processos de adesão ao Termo de Cessação de Conduta (“TCC”) em que houve a imposição de prestação pecuniária e deliberação acerca de criação ou complementação de um Programa de Compliance Concorrencial pelo compromissário, assim como 6 (seis) destes autos sendo referente a processos de julgamento em que houve a imposição ao pagamento de multa e a implementação de um Programa de Compliance Concorrencial.

A análise de tais documentos buscou verificar a aplicação de descontos na prestação pecuniária ou multa devido a complementação ou implementação de um Programa de Compliance Concorrencial perante a empresa Representada.

Os resultados gerais de forma individualizada dos dois principais grupos do objeto da pesquisa: o programa de compliance junto a TCC e programas de compliance aplicados em sede de voto juntamente com multa.

Em relação à análise dos autos em que ocorreu a adesão ao TCC por parte do Representado, tendo em vista que a implementação de um Programa de Compliance Concorrencial é muito mais recorrente neste tipo de contexto processual do que em sede de voto de análise acerca de infração à ordem econômica com imposição de multa – o segundo grupo de objeto da presente pesquisa.

Em todos os casos de adesão ao TCC durante a vigência da Lei 8.884/1994 restou verificado que não houve a concessão de descontos perante a prestação pecuniária inerente a tal acordo devido a implementação de um Programa de Compliance Concorrencial.

Tal conclusão foi possível tendo em vista que em 5 (cinco) dos 6 (seis) casos observados os memoriais de cálculo de tal pecúnia estavam publicados nos autos públicos, o que possibilitou verificar de forma objetiva a inexistência de tal benefício perante o Compromissário, sendo válido também deduzir que nos autos em que não se encontrou o memorial igualmente não houve a concessão de algum tipo de desconto.

Ademais, em 5 (cinco) casos da referida Lei também foi possível observar, por meio da leitura das cláusulas do TCC, que houve detalhamento e definição de parâmetros para a efetivação da implementação do programa de compliance concorrencial, principalmente por meio de menção a Portaria de nº 14 da SDE.

No tocante aos 30 casos referentes a Lei 12.529/2011, cumpre ressaltar que houve sim casos de concessão de desconto na prestação pecuniária por implementação ou continuação de programa de compliance concorrencial, todavia tais cenários só começaram a surgir a partir do ano de 2017, com os casos anteriores a esta data e entre a entrada da vigência da referida norma em 2012 não tendo sido observado nenhuma espécie de concessão.

Todavia, não foram nas totalidades dos casos de TCC pós o ano de 2017 que se observou a imposição de descontos, com diversos destes estando com os seus memoriais de cálculo de prestação pecuniárias colocados como de acesso restrito em sua integralidade, o que não possibilitou a sua verificação.

Porém, nos casos em que o memorial da prestação pecuniária foi deixado só parcialmente restrito, observou-se que o desconto transitava entre 2% e 4% do valor total da referida prestação, tendo sido observado 2 (dois) casos em que o desconto concedido ficou no montante de 2% do valor total, 1 (um) caso em que o desconto concedido foi de 3%, 1 (um) caso em que o desconto concedido foi de 5% e 6 (seis) casos em que o desconto foi no montante de 4%.

Nota-se que em um caso foi concedido um desconto no montante de 5%, todavia acredita-se que este tenha sido um caso isolado, tendo em vista que o próprio CADE demonstra em suas manifestações que a jurisprudência de tal desconto é conceder um que perpassa entre o escopo de 2% a 4%, com este valor a maior não representando a regra pelos indícios do presente estudo.

Ademais, em 26 (vinte e seis) casos foi observado que o programa de compliance concorrencial se tratou de uma imposição por parte da Administração pública, com apenas 4 (quatro) casos tendo tipo a sua implementação por sugestão do Compromissário.

Do mesmo modo, observou-se que 28 (vinte e outro) casos o programa de compliance foi integralmente implementado, com apenas 2 (dois) casos tendo sido determinado apenas a complementação de um programa de compliance concorrencial já existente perante a pessoa jurídica compromissária.

Com estas conclusões, nota-se que a concessão de desconto só passou a vigorar perante o CADE, em âmbito de sua adoção perante um TCC, a partir do ano de 2017, conforme pode se observar nos memoriais de cálculos dos autos que não se encontravam integralmente restritos, com o desconto ofertado tendo se consolidado entre o escopo de 2% e 4% perante o valor total da prestação pecuniária a ser paga perante o compromissário.

Feita estas considerações, passa-se a análise da questão da pesquisa no âmbito de voto e imposição de multa perante a identificação de uma infração contra à ordem econômica.

Quanto aos resultados gerais obtidos na análise dos autos com voto e imposição de multa, primeiramente, cumpre expor que este se trata do menor escopo de dados desta pesquisa, principalmente por somente ter se identificado apenas 6 (seis) casos em que houve a determinação de uma multa a uma infração contra à ordem econômica e a determinação de implementação de um programa de compliance concorrência, dos quais apenas 1 (um) se deu em sede da vigência da Lei 8.884/1994 e 5 (cinco) na vigência da Lei 12.529/2011.

Cumpre logo adiantar que em nenhum dos casos foi observado a concessão de desconto devido a imposição do programa de compliance por parte do CADE ao Representado, com a análise dos memoriais de cálculo da multa, podendo-se concluir que tal desconto não tem aplicabilidade em tal âmbito processual, o qual se trata apenas de mais uma espécie de sanção não pecuniária imposta pela Autoridade Concorrencial com o intuito de fazer reprimir futuras práticas anticompetitivas pelo investigado.

Ademais, restou observado que a imposição de tal programa de compliance se deu de forma detalhada pelos votos dos conselheiros, os quais descreviam com detalhes prazos e atos a serem praticados por parte do Representado para que fosse considerado implementado o programa e não viesse a responder por uma segunda multa por descumprimento da determinação da Autoridade Concorrencial.

O quarto capítulo apresentou a tese aqui defendida, qual a seja, a de que mais que um mecanismo de softlaw os Programas de Compliance focados em Defesa da Concorrência necessitam de respaldo e força legislativa para sua aplicação pelos Órgãos de Defesa da Concorrência, tal qual os programas de Compliance focados na prevenção de Corrupção, que possuem previsão expressa no inciso 6º do artigo sétimo da Lei de 12.846/16. O quarto capítulo retomou o estado da arte dos Programas de Compliance, sua situação no ordenamento jurídico e a importância que o tema recebeu das autoridades Concorrenciais (CADE, DoJ, FTC, italiana, Australiana) e da literatura /Internacional (Global Competition Review, Concurrences) nos últimos anos.

No segundo tópico, apresenta-se a tese aqui defendida, qual seja o conceito doutrinário do Programa de Compliance efetivo, com base em critérios da ciência jurídica internacional.

O terceiro tópico categoriza e pontua os parâmetros para determinação de um programa de Compliance efetivo no Brasil, nos termos das melhores práticas apontadas pelos aplicadores do direito que defendem a possibilidade de desconto

Foram apresentados os elementos que comprovam a Robustez do Programa de Compliance Concorrencial Efetivo e as Melhores Práticas do SBDC (Atual Estado), tendo sido destacada a ausência de um parâmetro legal e insegurança da softlaw (Justificativa Da Tese).

Foram examinados votos dos Conselheiros na homologação de TCC's que obtiveram negociação da Cláusula de Compliance, tendo sido constatado que a Autoridade Concorrencial brasileira já deu o alarme de que as atividades de negócio devem cumprir as regras de concorrência. As empresas devem compartilhar os mesmos elevados padrões de valores éticos, uma vez que conformidade com a concorrência já não é mais uma opção para Empresas que pretendem concorrer no mercado brasileiro. Um Programa Efetivo promove a possibilidade de um Acordo de Leniência - Imunidade Total (Facilita a busca pelo

Marker) 2º Facilita a Negociação de um Termo de Compromisso de Cessação de Prática - Desconto Gradual da Multa Esperada.

A Concessão de desconto para um Programa de Compliance Efetivo é uma ferramenta importante para o órgão de defesa da concorrência, pois promove a cultura da defesa da concorrência no Brasil.

Ademais, um Programa de Compliance Efetivo promove a rápida detecção do ilícito concorrencial por parte do agente econômico e, conseqüentemente, a remediação do dano (interrompe a conduta anticompetitiva), aumentando as chances de celebração do Acordo de Leniência, Negociação do TCC com a autoridade concorrencial.

Por fim, defende-se a tese jurídica para estudar como alicerce para sociedade e o bom funcionamento das forças de mercado, em harmonia, consonância e conformidade com os objetivos da Lei e da Ordem Econômica Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABA. **Antitrust Compliance Handbook: A Practitioner's Guide**. 2019.

ABNT. **Prática recomendada: ABNT 2030: Ambiental, social e governança (ESG) - Conceitos, diretrizes e modelo de avaliação e direcionamento para organizações**. Rio de Janeiro: ABNT, 2022.

Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance A*(Abril 2013).

A Berle and GC Means. **The Modern Corporation and Private Property**. 2nd edn Harcourt, Brace and World, New York 1967.

ANTITRUST COMPLIANCE AWARDS 2021. Disponível em: <<https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2020/presentation>>. Acesso em: 19 de set. 2022.

AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo R. **A evolução da legislação antitruste no Brasil**. Disponível em:<https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR07-08_-_Fernando_Herren_Aguillar-Diogo_R.Coutinho.pdf>. Acesso em: 24 de ago. 2023.

Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

AUBERT, C.; REY, P.; KOVACIC, W. E. *The Impact of Leniency and Whistle Blowing Programs on Cartels*.

AREEDA, Phillip **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law na Business, 1997.

ATAIDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. *Discovery, leniência, tcc e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?* **REVISTA DO IBRAC** Volume 22 - Número 2 - 2016 108. Disponível em: <<https://ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista22n2.pdf>>. Acesso em:29/08/2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Definição**. Disponível em:<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fhtms%2Fselic%2Fconceito_taxaselic.asp%3Fidpai%3DSELICTAXA>. Acesso em: 14 de jul. 2023

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

BASILE, Juliano. Confissão de culpa pela formação de cartel elevada número de acordos no CADE. **Valor Econômico**, São Paulo, nº 3.636, 17 nov. 2014

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. **The Journal of Political Economy**, Vol. 76, No. 2. (Mar. - Apr., 1968), pp. 169-217.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. **The Journal of Political Economy**, Vol. 76, No. 2. (Mar. - Apr., 1968), pp. 169-217. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808%28196803%2F04%2976%3A2%3C169%3ACAPAEA%3E2.0.CO%3B2>>. Disponível em: 3 de abr. 2023.

BEZERRA, Amanda Silva. **Da diferenciação entre Acordo de Leniência Antitruste e Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, no âmbito do CADE**. Disponível em: <<https://apps.fiesp.net/fiesp/newsletter/2016/dejur/conexao-juridica/abril/artigo.pdf>>. Acesso em: 15 de jun. 2023

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, 2011, p. 214-215. A NOVA DINÂMICA DOS ACORDOS DE CESSAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICORRENCIAIS NO BRASIL

BMA ADVOGADOS. **Novo estudo do CADE sobre compromisso de cessação de conduta**. Disponível em: <<https://www.bmalaw.com.br/conteudo/concorrencial/estudo-CADE-compromisso-cessacao-de-conduta>>. Acesso em: 14 de jun. 2023.

BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Editora The Free Press, 1993.

BOSON, Daniel Silva; SILVA, Gilson Geraldino. **Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogos**. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 4. N. 2. 2016. Novembro

BOSON, Daniel da Silva. **Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas**. Revista de Direito Administrativo, **Revista de**

Direito Administrativo, Belo Horizonte, n. 272, maio/ago. 2016. Disponível em : <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/64300/62511>>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

BOSON, Daniel Silva. **Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria da pena do art. 45 da lei nº 12.529/11. RDC**, Vol. 8, nº 1. Junho 2020. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/506>>. Acesso em: 10 de ago. 2023.

BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglês de; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas. **Revista do IBRAC : direito da concorrência, consumo e comércio internacional**. Volume/Número/Paginação/Ano: v. 20, n. 23, p. 117-139, jan./jun. 2013 Disponível em: <https://repositorio.usp.br/> acesso em 05 de julho de 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em 20 de fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm>. Acesso em: 23 de outubro de 2023.

BRASIL. **Decreto n. 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm#art70>. Acesso em: 23 de out. 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **MEMORANDO DE ENTENDIMENTO No 1/2016**. Memorando de Entendimento relativo à Coordenação Institucional envolvendo termos de Compromisso de Cessação e Acordos de Colaboração em Investigações de Infrações contra a Ordem Econômica. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacio>

nadas-a-acordo-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acord
dos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

CADE. **Anuário Cade 2021**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa
Econômica – Cade. Disponível em:
<<https://indd.adobe.com/view/adfd8e43-0a8b-4b2d-be7c-75bf058a4239>>. Acesso
em: 16 de maio de 2023.

CADE. **Defesa da Concorrência no Brasil 50 anos**. Disponível em:
<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/livro-50-anos/livro-defesa-da-concorrenca-no-brasil-50-anos.pdf>>. Acesso em: 5 de jun. 2023.p.

CADE. **Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre
operacionalização**. Disponível em:
<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf>
>. Acesso em 31 de ago. 2022.

CADE em **Números**. Disponível em:
<<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 13 de jun. 2023.

CADE. **Guia de Dosimetria de multas de cartel**. Disponível em:
<https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20estende%20prazo%20para%20contribui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel_Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2023 .

CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Disponível em:
< <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes> >. Acesso em:
13 de jul. 2023

CADE. **Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e
benefícios da adoção dos Programas de Compliance Concorrencial**.
Disponível em:<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 16 de fev. 2016.

CADE. **Resolução no 3, de 29 de maio de 2012. Expede a lista de ramos de atividades empresariais para fins de aplicação do artigo 37 da lei no 12.529, de 2011, e dá outras providências.**

Disponível em:
<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%203_2012%20-%20Ramos%20Atividade%20%28modificada%20pela%2018-2016%29.pdf>. Acesso em: 4 de ago. 2023

CADE. **Prêmios 2018-2019.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/premiacoes/2018-2011>>. Acesso em: 31 de ago. 2022.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H., Cartel. Overcharges and Optimal Cartel Fines (October 16, 2008). **3 Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law 2008).** Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1285455> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1285455>>. Acesso em: 30 de jun. 2023.

CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. **Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-Covid-19.** Disponível em: <[CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de Combate aos Cartéis: Os acordos de leniência, o Termo de Compromisso de Cessaçã e a Lei 11. 482/2007. **Revista de Direito da Concorrência.** v. 18. n. 3. 2008. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrencia/article/view/862/474>>. Acesso em: 5 de maio de 2023.](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-objetivos-do-direito-antitruste-evolucao-e-perspectivas-para-o-pos-covid-19-01082020#:~:text=Isto%20porque%2C%20mesmo%20sendo%20uma%20jurisdição%20civilista%2C%20os,necessárias%20para%20o%20acompanhamento%20do%20dinamismo%20do%20mercado.>. Acesso em: 7 de set. 2022.</p></div><div data-bbox=)

CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA JR., Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA JR.; A CONFISSÃO DE CULPA NOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO: REQUISITO ESSENCIAL OU PRESCINDÍVEL, FACE AO PROGRAMA DE LENIÊNCIA?

COUTINHO HERREN, Fernando Aguillar & COUTINHO Diogo R A **EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NO BRASIL** . p.143-145 (2012) Revista da Concorrência e Regulação **Rev C&R**.

CRAVEIRO, Priscilla. **Uma régua na leniência antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do programa de leniência do CADE**. Revista do IBRAC. Número 1 - 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153373/regua_leniencia_antitruste_craveiro.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

DE AZEVEDO, Paulo Furquim; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. **Cartel Deterrence And Settlements: The Brazilian Experience. Texto para Discussão 265**. Julho/2010. FGV-EESP. p. 5-6. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/fgv/eesptd/265.html>>. Acesso em: 6 de jun. 2023

DELRAHIM, Makam. “Blind[ing] Me With Science”*: Antitrust, Data, and Digital Markets. **Challenges to Antitrust in a Changing Economy**. Harvard Law School Cambridge, MA. November 8, 2019. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1217071/download> >. Acesso em: 30 de mar. 2023.

Dorsey, Elyse and Rybnicek, Jan and Wright, Joshua D., Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking (April 18, 2018). Competition Policy International Antitrust Chronicle (April 2018), **George Mason Law & Economics Research Paper No. 18-20**. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=3165192>>. Acesso em: 15 de abr. 2023.

DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987

DUTZ, M. A. & HAYRI, A. Does more intense competition lead to higher growth?. **CEPR Press Discussion Paper No. 2249**. Disponível em: <<https://cepr.org/publications/dp2249>>. Acesso em: 23 de set. 2022.

EASTERBROOK em “Limits of Antitrust” The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources HERBERT HOVENKAMP, THE ANTITRUST

ENAP. **Programa de Leniência Antitruste do CADE. Módulo 5. Acordo de Leniência Antitruste e demais instrumentos no CADE e em outras legislações.** Brasília, 2019.

EPSTEIN, Richard A. **Consent Decrees in Theory and Practice** **ntitrust Consent Decrees in Theory and Practice Why Less Is More.** Washington: AEI Press, 2007. Disponível em: <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2014/07/-antitrust-consent-decrees_112236997186.pdf>. Acesso em: 12 de jun. 2023.

FERNANDES, Victor Oliveira. Brazil: Compliance programs and abuse of dominance practices under Brazilian competition law – A roadmap for compliance monitors, , September 2019, Art. N° 90987.

FERRAZ, André Santos. **Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica.** Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Todos ganham com o compliance. CNEP em Revista - Conselho Executivo das Normas-Padrão.** Ano 10, no. 39, Junho 2014, p. 26-27. Disponível em: <http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf>. Acesso em: 01 de jan de 2023.

FIGUEIREDO, Natália de Lima. Dois pesos, duas medidas: A problemática da dosimetria da multa para pessoas físicas no âmbito do CADE. **Revista do IBRAC.** São Paulo. Número 1. 2021 Disponível: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153370/doi_pesos_duas_figueiredo.pdf>. Acesso em: 1 de ago. 2023.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para efetividade de Programas de Compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord). **Compliance: perspectivas e desafios dos Programas de Conformidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAMA, Marina Moreira da; RUIZ, Ricardo Machado. A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. **Economia e Sociedade,** Campinas, v. 16, n. 2 (30), p. 233-258, ago. 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-06182007000200005>>. Acesso em: 27 de abr. 2023.

GHEVENTER, Alexandre. **Política Antitruste e Credibilidade Regulatória na América Latina.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/dados/a/R6gHrgFmYDkhjkJLpFMrhL/?lang=pt>>.

ANTITRUST COMPLIANCE AWARDS 2021. Disponível em: <<https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2020/presentation>>. Acesso em: 19 de set. 2022.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/publico/Versao_Completa_Andre_Marques_Gilberto#page=9&zoom=100,0,0>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

GINSBURG, Douglas H; WRIGHT, Joshua D. The Goals of Antitrust: Welfare trumps choice. **Fordham Law Review**, 2014, Vol. 81

HAMMOND, Scott D. Cornerstones Of An effective Cartel Leniency Programme, ICN Workshop on Leniency Programs. **Justice News**, Washington, D.C., Nov. 22, 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>. Acesso em: 4 abr. 2023.

HARRINGTON, J. E.; CHANG, M. Modeling the Birth and Death of Cartels with An Application to Evaluating Competition Policy. **Journal of European Economic Association**, V. 7, N° 6, p. 1400-1435. 2009.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust policy after Chicago. **Michigan Law Review**. n. 84. 1985.

ICN. International Competition Network. **Good practices for incentivising leniency applications.** Subgroup 1 of the Cartel Working Group, 30 April 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/ICN_CWG-Good-practices-for-incentivising-leniency.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2022.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC Antitrust Compliance Toolkit. Practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies.**

<<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkkit-ENGLISH.pdf>>. Acesso em: 5 de set. 2022.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Good practices for incentivising leniency applications Subgroup 1 of the Cartel Working Group.** Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/CWG-Good-practices-for-incentivising-lenieny.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Checklist for efficient and effective leniency programmes.** Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/CWG_LeniencyChecklist.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

JASPER, E. H. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 171-189, 2019. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/424>>. Acesso em: 31 mar. 2023.

J. of Antitrust Enforcement 31 (2015); University of Florida Levin College of Law

KIRKWOOD, John B. & LANDE. The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency, 84 **Notre Dame L. Rev.** 191 (2008). Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol84/iss1/4>>. Acesso em: 27 de abr. 2023.

KOVACIC, William, E.; SHAPIRO, Carl. 2000. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **GW Law Faculty Publications & Other Works.** 633. p. 3. 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/633/>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

KOVACIC, Willia; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **GW Law Faculty Publications & Other Works.** 633. p. 3. 2000.

Lande, Robert H. and Connor, John M. and Connor, John M., **Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines (November 12, 2007)**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1029755>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1029755>>. Acesso em: 4 de abr. de 2023.

LESLIE, C. R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. **Journal of Corporation Law**, vol. 31, p. 453-488, 2006.

LINHARES, Athayde Amanda; ROS, Luiz Guilherme. The midlife crisis of the antitrust goals: where does the Brazilian Competition Authority stand among Harvard, Chicago and Neo-Brandesians? **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 7-23, 2022.

MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **O fetiche da vantagem auferida e a dosimetria das penas no Cade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-23/defesa-concorrenca-fetiche-vantagem-a-uferrida-dosimetria-penas-cade>>. Acesso em: 14 de julho de 2023

MACEDO, Alexandre Cordeiro; FRADE, Eduardo. **Dimensionamento de Sanções Antitruste a Cartéis**. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanc%CC%A7o%CC%83es-antitruste-a-carte%CC%81is-versa%CC%83o-de-finitiva.pdf>>. Acesso em: 30 de jun, 2023.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: a interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. Editora Singular. 2013

MARTINEZ, A. P. **Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience**. **Journal of European Law and Practice**. V. 6, N° 4. 2015

MISALE, Guilherme Teno Castilho. **Programas de Compliance à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: Instrumentos de Conformidade para a Política Anticartel**. Dissertação de mestrado. USP. 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20082020-160807/publico/5954719_Dissertacao_Corrigida.pdf>. Acesso em: 4 de maio de 2023.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria no 14, de 09 de março de 2004.** Define diretrizes gerais para elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI) e estabelece requisitos e condições para a emissão, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), de seu Certificado de Depósito. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/portaria-14-2004-sde.pdf>>. Acesso em: 9 de maio de 2023.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o Cade.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf>>. Acesso em: 8 de set. 2022.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR.** Brasília, set/2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>>. Acesso em: 23 de out. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novas tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século - o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público.** Belo Horizonte: Fórum, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo novas considerações. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado.** Número 2. junho/julho/agosto de 2005. Salvador- Bahia- Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=46>>. Acesso em: 31 de outr. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 114.

OECD. **Plea bargaining: settlement of cartel cases.** Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/plea-bargaining_clp-11-5kg9qgf2cp9s#page45>. Acesso em: 15 de jun. 2023. p 149

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Use of markers in leniency programs. United States.** 16 December 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/04/03/311232.pdf>>. Acesso em 12. abr. 2022.

OCDE. **Promoting Compliance with Competition Law 2011**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 5 de set. 2022.

OECD. **Competition Law and Policy in Brazil: a Peer Review 2010**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>>. Acesso em: 5 de maio de 2023.

OCDE. Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. **Revisões por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência: Brasil. OCDE, 2019. p. 23** Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>>. Acesso em: 15.07.2020.

OCDE. **Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2023

OECD Competition Trends 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>>. Acesso em: 16 de maio de 2023.

OCDE. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. **Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Brazil**. 5 June 2018 Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)13/en/pdf)>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Competition Law and Policy in Brazil**. 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/39553616.pdf>>. Acesso em: 6 de abr. de 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. **Atuação administrativa consensual. Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf>. Acesso em: 24 de out. 2023.

PEREIRA, Guilherme Teixeira. **Política de Combate a Cartel no Brasil. Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática.** Dissertação de Mestrado Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8518/disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20-%20vers%C3%A3o%20final%20banca%20examinadora.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 de jun. 2023.

PINHA, Lucas Campio; BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **RDC**, Vol. 4, no 1, Maio 2016, pp. 133-152. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/leniency%20program/Publications%20/Revista%20da%20Concorr%C3%Aancia_Texto%20do%20artigo-972-1-10-20160519.pdf>. Acesso em: 7 de jun. de 2023

PINHA, Lucas Campio. Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro Lucas Campio. **RDC**, Vol. 6, nº 1. Maio 2018. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/leniency%20program/Publications%20/Revista%20da%20Concorr%C3%Aancia-Texto%20do%20artigo-1612-1-10-20180523.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIRAINO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. **Indiana Law Journal**, v. 82, n. 2. 2007.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law: An Economic Perspective.** Chicago: University of Chicago Press, 1976.

POSNER, Richard. A *International Journal of Industrial Organization*. V. 24, Nº 6. p. 1241- 1266. 2006.

POSSAMAI, Raquel. **Standards de convencimento para Acordos de Leniência no CADE: Análise a partir dos acordos firmados para investigação de cartéis em licitações públicas.** Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/244461>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

RAMOS, André Santa Cruz. **Os fundamentos contra o Antitruste.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A Regulação da Concorrência.** Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/174307/mod_resource/content/1/fulltext-2.pdf>. Acesso em: 17 de abr. 2023.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato / Concorrencial completion: cost and benefit relations after Lava-Jato. **Revista Quaestio Juris**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 1142-1171, maio 2018. ISSN 1516-0351. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33094/24051>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

RAMOS, André Santa Cruz. **Os fundamentos contra o Antitruste.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

RESENDE, Guilherme Mendes. **Atuação do Cade e tendências antitruste ao redor do mundo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-21/defesa-concorrencia-atuacao-cade-tendencias-antitruste-redor-mundo>>. Acesso em: 15 de set. 2022.

RESENDE, João Paulo. **A dosimetria de penas em infrações contra a ordem econômica.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-11/defesa-concorrencia-dosimetria-penas-infracoes-ordem-economica>>. Acesso em: 14 de julho 2022

RILEY E SOKOL. Riley, Anne and Sokol, D. Daniel, **Rethinking Compliance (August 25, 2014).** 3 **J. of Antitrust Enforcement** 31 (2015); **University of Florida** Levin College of Law Research Paper No. 16-3.

ROE, Mark J. From Antitrust to Corporation Governance? The Corporation and the Law: 1959-1994 (August 5, 2011). *The American Corporation Today*, pp.

102-127, Carl Kaysen, ed., 1996 . Disponível em: <SSRN:http://ssrn.com/abstract=10032>. Acesso em: 19 de abril de 2022.

ROS, Luiz Guilherme. **Criando incentivos, a partir da Teoria dos Jogos, para celebração de Termos de Compromisso de Cessação por Pessoas Físicas: Uma análise das Ações Penais da Lava Jato.** Dissertação de Mestrado. Instituto de Direito Público. Brasília, 2020. Disponível em:<https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2977/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_%20%20LUIZ%20GUILHERME%20ROS_MESTRADO%20EM%20DIREITO_2020.pdf>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 2, p. 7-23, 2022. PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RUFINO, V. S. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 1, n. 1. 2015

RUFINO, Victor Santos. **Os fundamentos da delação: Análise do Programa de Leniência do CADE à luz da Teoria dos Jogos.** Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22288/1/2016_VictorSantosRufino.pdf>. Acesso em: 6 de jun. 2023.

Ruiz, Ricardo Machado e GAMA, Marina Moreira da. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004**

SAITO, Caroline. **TCC na Lei 11.529/11.** Fev/2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em: 4 de maio de 2023.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SEGALOVICH, Daniel Marques. **Leniência antitruste para cartéis internacionais: o desempenho do programa brasileiro em regulamentação, cooperação e persecução.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2022. Disponível

em<https://bdm.unb.br/bitstream/10483/31574/1/2022_DanielMarquesSegalovich_tcc.pdf>.
Acesso em: 18 de maio de 2023.

SANT'ANA, R. M.; SOUZA, Alexandre Barreto de .; ALVES, Waldir. . A possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta no Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, 2022. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/996>>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

SHAPIRO, Carl. **Antitrust in a Time of Populism** (October 24, 2017). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3058345>>. Acesso em: 5 de abr. 2023.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOKOL, D. Daniel, Cartels. **Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement (June 6, 2012)**. In: *Antitrust Law Journal*. Vol. 78, 2012.

SOKOL, D. Daniel, **Policing the Firm (March 7, 2013)**. In: *Notre Dame Law Review*, 82(2):785-848; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-13.

TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 364

TAVARES, Carolina de Castro; GIACAGLIA, Alessandro Pezzolo. **Efeitos do cumprimento do acordo de leniência. Análise do inc. I do § 4.º do art. 35-B e do art. 35-C, ambos da Lei 8.884, de 11.06.1994**. Revista do IBRAC. vol. 18. p. 75. São Paulo: Ed. RT, 2010.

The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency, 84 *Notre Dame L. Rev.* 191 (2008)

TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. **Os termos compromisso de cessação e responsabilidade civil por infrações à ordem econômica**. Revista do IBRAC. vol. 21. P. 95. São Paulo: Ed. RT, 2012.

TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202> >. Acesso em: 16 de jun. 2022.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Frequently asked questions regarding the antitrust Division's Leniency Program and model leniency letters** (November

19, 2008)”. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>>. Acesso em: 6 de jun. 2023.

U.S. Department of Justice Criminal Division. **Evaluation of Corporate Compliance Programs.** Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>> Acesso em: 6 de set. 2022.

U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890).** Disponível em: <<https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act>>. Acesso em: 5 de jan. 2023.

US DEPARTMENT OF JUSTICE. **Measuring The Value Of Second-In Cooperation In Corporate Plea Negotiations.** Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/measuring-value-second-cooperation-corporate-plea-negotiations>>. Acesso em: 13 de jun. 2023

U.S. CONGRESS. **Clayton Antitrust Act (1994).** Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/clayton-antitrust-act/>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

U.S. CONGRESS. **Federal Trade Commission Act, 1914.** Disponível em: <<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/federal-trade-commission-act>>. Acesso em: 6 de abr. 2023.

USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective.** 2002.

VALLADARES, H. E. D. G. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade: Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. p. 45-73, 2013. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/84>>. Acesso em: 5 abr. 2023.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

WAKED, Dina. **Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices.** Seattle University Law Review, 2015, Vol. 38.

WALLER, Spencer Weber. **Corporate Governance and Competition Policy.** **George Mason Law Review**, Vol. 18, No. 4, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1681673>. Acesso em: 22 de set. 2022.

WATANABE, Doshin. **Revisão judicial das multas aplicadas pelo CADE em cartéis.** Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná sob a

orientação do professor Alexandre Ditzel Faraco, no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46313/97.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 de ago. 2023.

WILS, Wouter P. J.. Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement. **Journal of Antitrust Enforcement**. Vol. 1, No. 1 (2013). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2176309>> . Acesso em: 18 de maio de 2023

Wils, Wouter P. J.. The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles. **World Competition: Law and Economics Review**, Vol. 31, No. 3, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1135627>>. Acesso em: 15 de jun. 2023.

ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. A evolução da Legislação Antitruste Brasileira: uma análise dos critérios de notificação. v. 12 n. 2 (2018): **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. Disponível em: <<https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/29/A5%20V.12%20-%20N.2>> . Acesso em: 13 de jun. 2023.

ANEXO I

- **RELATÓRIO GERAL DOS DADOS APURADOS**
- **PLANILHA COM ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM TCC's FIRMADOS NA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011**
- **PLANILHA COM ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM MULTAS APLICADA PERANTE A LEI 12.529/2011**
- **PLANILHA COM ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM MULTAS APLICADAS NA VIGÊNCIA DA LEI LEI 12.529/2011**
- **PLANILHA COM ANÁLISE DE CASO ENVOLVENDO PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM MULTA APLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.884/94**

RELATÓRIO GERAL DOS DADOS APURADOS

CONSIDERAÇÕES GERAIS - TCC

CONSIDERAÇÕES GERAIS - MULTAS

Imposição ou sugestão a adoção do programa de compliance			Certeza de concessão de desconto ou incerteza?			Em quantos casos houve o detalhamento de implementação do programa de compliance? *			Houve determinação para adesão ao programa de compliance			Houve concessão de desconto pela adesão ao programa de compliance?			Qual a média de desconto ofertado?
Imposição	26/30	86,67%	Certeza de concessão	13/30	43,33%	Houve detalhamento	25/29	86,21%	Determinação	05/06	83,33%	Houve concessão	00/05	0,00%	Nos casos observados em que houve a real determinação a adesão a um programa de compliance, não foi observado perante o cálculo da multa no voto e no memorial de cálculo anexo nenhum tipo de indicativo de que foi concedido desconto por tal adesão.
Sugestão	04/30	13,33%	Incerteza ou certeza de não concessão	17/30	56,67%	Não houve	04/29	13,79%	Não houve	01/06	16,66%	Não houve	05/05	100,00%	
Implementação ou continuação do programa de compliance			Nos que se tem certeza da concessão, em quantos casos se sabe quanto de desconto foi ofertado?			Qual a média de desconto ofertado?									
Implementação	28/30	93,33%	Se sabe	10/13	76,92%	A jurisprudência, a partir de 2018, aponta que o desconto pode variar entre 2% a 4%									
Continuação	02/30	6,67%	Incerteza da concessão	03/13	23,08%	Em 2 casos foram concedidos 2% de desconto.	Em 1 caso foi concedido 3% e 5% de desconto	Em 6 casos foram concedidos 4% de desconto							

ANÁLISE - PROGRAMA DE COMPLIANCE EM TCC'S FIRMADOS NA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

Nº	Nº do Processo Administrativo	Conduta apurada	Data de assinatura do Termo	Adesão ao programa de compliance?	Foi imposto ou sugerido pelo signatário?	Implementação ou continuação do programa?	Concessão de desconto devido ao programa de compliance ?	Quantidade do desconto ofertado	Houve análise objetiva para tal concessão? Se sim, quais foram os parâmetros definidos?	Demais observações	Acesso ao documento
1	08700.002028/2013-29	Conduta anticompetitiva (não especificada) realizada no âmbito do mercado de distribuição de GLP no Estado do Pará.	28/07/2013	Sim	Imposto	Continuação	Incerteza	Incerteza	Não	Trata-se de TCC antigo. Não há memorial de cálculo a respeito da prestação pecuniária de forma que possibilite a concessão de desconto pela manutenção de programa de compliance por parte do signatário.	VOTO
2	08700.004780/2015-76	Conduta anticompetitiva unilateral no mercado de recintos alfandegados	19/08/2015	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE impôs uma série de critérios objetivos para que a cláusula de implementação programa de compliance fosse considerada cumprida. Tais como a emissão de manual interno de compliance concorrencial para seus funcionários e abertura de um canal para denúncia anônima.	Trata-se de um TCC antigo em que há o apontamento objetivo de critérios para o cumprimento do programa de compliance. Nele não há memorial de cálculo da prestação pecuniária para se visualizar a concessão ou não de descontos.	ICC VOTO
3	08700.007166/2015-66	Conduta colusiva no mercado nacional de anestesiologia	25/11/2015	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE impôs uma série de critérios objetivos para que a cláusula de implementação programa de compliance fosse considerada cumprida, tais como a emissão de manual interno de compliance concorrencial para seus funcionários e abertura de um canal para denúncia anônima.	Trata-se de um TCC antigo em que há o apontamento objetivo de critérios para o cumprimento do programa de compliance. Nele não há memorial de cálculo da prestação pecuniária para se visualizar a concessão ou não de descontos.	ICC VOTO
4	08700.003050/2016-39	Conduta colusiva (cartel) no mercado nacional de produção de rolamentos	17/08/2016	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Não	Trata-se de TCC relativamente antigo. O memorial de cálculo da prestação pecuniária está em anexo restrito ao Cade e ao compromissário (cláusula 3.1).	ICC
5	08700.001429/2015-23	Conduta colusiva (cartel) no mercado nacional de serviços de manutenção predial	18/10/2016	Sim	Imposto	Implementação	Sim	5%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de TCC nos moldes mais atuais. Há provável concessão de 5% de desconto devido a adesão ao programa de compliance conforme NT de sugestão de homologação (§55).	ICC NT VOTO
6	08700.004602/2016-26	Conduta colusiva (cartel) no mercado de combustíveis do Distrito Federal	05/04/2017	Sim	Imposto	Implementação	Sim	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de TCC nos moldes mais atuais. Há clara referência na NT acerca da concessão de desconto devido implementação de compliance, porém não se tem como especificar tal valor (§§ 38 ao 40).	ICC NT VOTO
7	08700.001200/2016-70	Conduta colusiva (cartel) no mercado de prestação de serviços hospitalares no Estado do Espírito Santo	07/06/2017	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de TCC em que não há NT de promulgação. Não há nenhuma menção de desconto devido a adesão ao programa de compliance.	ICC VOTO
8	08700.003071/2017-35	Conduta colusiva (cartel) no revenda de combustíveis da região metropolitana de Belo Horizonte	06/09/2017	Sim	Imposto	Implementação	Sim	Incerteza	Não	Trata-se de NT em que há previsão de desconto pelo compliance porém a abrangência de tal não foi relatada ou ficou em memorial de cálculo restrito (§45 - NT)	ICC NT VOTO
9	08700.005133/2017-43	Influência de conduta comercial uniforme no mercado de serviços de corretores de imóveis no Brasil	14/03/2018	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que não houve referência em nenhuma documentação acerca da concessão de desconto devido o programa de compliance	ICC NT VOTO
10	08700.005349/2017-17	Conduta colusiva (cartel) no mercado de distribuição e de revenda de combustíveis automotivos na cidade de Joinville/SC	25/04/2018	Sim	Imposto	Implementação	Sim	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que há previsão de desconto pelo compliance porém a abrangência de tal não foi relatada ou ficou em memorial de cálculo restrito (§44 - NT)	ICC NT VOTO
11	08700.005312/2017-81	Conduta colusiva (cartel) no mercado nacional de filtro automotivo para reposição ("aftermarket" ou "IAM")	08/08/2018	Sim	Imposto	Continuação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que não houve referência em nenhuma documentação acerca da concessão de desconto devido o programa de compliance	ICC NT VOTO
12	08700.004337/2016-86	Conduta colusiva (cartel) no mercado de serviços de engenharia, construção e montagem industrial "onshore" em licitações realizadas pela Petrobras	21/11/2018	Sim	Sugerido	Implementação	Sim	2%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se da primeira NT em que houve clara exposição do desconto dado pela adesão ao programa de compliance (§45 - NT). No voto deste processo há uma tabela que relaciona descontos ofertados devido a implementação de programas de compliance.	ICC NT VOTO
13	08700.004341/2016-44	Conduta colusiva (cartel) no mercado de obras de montagem eletro nuclear da Usina Angra 3 em licitação da Eletrobrás	21/11/2018	Sim	Imposto	Implementação	Sim	3%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de	Trata-se de NT em que há previsão expressa acerca do desconto ofertado (§39 - NT)	ICC NT

		Termonuclear S.A							compliance fosse considerado implementado.		VOTO
14	08700.008159/2016-62	Conduta anticompetitiva (não especificada) no mercado nacional de obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Mangueiras e da Comunidade da Rocinha, no Rio de Janeiro ("PAC – Favelas")	26/11/2018	Sim	Imposto	Implementação	Sim	4%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que há previsão expressa acerca do desconto ofertado (\$39 - NT)	ICC
											NT
											VOTO
15	08700.007077/2016-09	Condutas anticompetitivas (não especificadas) no mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas ("estádios de futebol") destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014	26/11/2018	Sim	Sugerido	Implementação	Sim	2%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que há previsão expressa acerca do desconto ofertado (\$39 - NT)	ICC
											NT
											VOTO
16	08700.008158/2016-18	Cartel em licitações da empresa Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, no Brasil, para a contratação de serviços de engenharia e construção civil predial de "Edificações de Grande Porte com Características Especiais"	21/11/2018	Sim	Imposto	Implementação	Sim	4%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que há previsão expressa acerca do desconto ofertado (\$40 - NT)	ICC
											NT
											VOTO
17	08700.005078/2016-19	Cartel no mercado de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para a implantação da Ferrovia Norte e Sul - "FNS - EF-151" e da Ferrovia de Integração Oeste e Leste - "FIOL - EF-334", no Brasil, em licitações da Valec	23/11/2018	Sim	Imposto	Implementação	Sim	4%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que há previsão expressa acerca do desconto ofertado (\$54 - NT)	ICC
											NT
											VOTO
18	08700.001097/2022-14	Conduta anticompetitiva (não especificada) no mercados nacionais de peças de reposição automotiva	17/11/2022	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de PA público em que não há nenhum documento público que afirme a concessão de desconto devido a adesão a programa de compliance	ICC
											NT
											VOTO
19	8700.001552/2021-92	Conduta anticompetitiva no mercado brasileiro de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (healthcare) em nível nacional	12/09/2022	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de um PA Interessante tendo em vista que no memorial de cálculo (NT 528) que é completamente público não resta demonstrado nenhum desconto dado pela implementação do programa de compliance. Há grandes chance deste TCC não ter gerado desconto.	ICC
											NT
											VOTO
20	08700.001742/2021-18	Condutas anticompetitivas no mercado brasileiro de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (healthcare)	27/09/2022	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de um PA Interessante tendo em vista que no memorial de cálculo (NT 528) que é completamente público não resta demonstrado nenhum desconto dado pela implementação do programa de compliance. Há grandes chance deste TCC não ter gerado desconto.	ICC
											NT
											VOTO
21	08700.000763/2021-16	Conduta anticompetitiva (não especificada) no mercado de cirurgia de quadril no Estado da Bahia	23/08/2022	Sim	Imposto	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de um PA Interessante tendo em vista que não há memorial de cálculo descritivo do desconto dado de modo a identificar oferta de desconto pela implementação do programa de compliance.	ICC
											NT
											VOTO
22	08700.004419/2017-10	Cartel em licitações conduzidas pela Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro ("SEA/RJ")	09/12/2020	Sim	Imposto	Implementação	Sim	4%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que há previsão expressa acerca do desconto ofertado (\$43 - NT)	ICC
											NT
											VOTO
23	08700.004408/2017-21	cartel em licitações conduzidas pela Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro ("SEA/RJ")	09/12/2020	Sim	Imposto	Implementação	Sim	4%	Sim. Neste TCC o CADE apontou critérios específicos de treinamento de pessoal e de divulgação de manuais, entre outras condutas, para que o programa de compliance fosse considerado implementado.	Trata-se de NT em que há previsão expressa acerca do desconto ofertado (\$45 - NT)	ICC
											NT
											VOTO
		Conduta anticompetitiva no mercado de licitações promovidas pela Empresa Desenvolvimento Rodoviário S.A.								Trata-se de caso único até o momento em que não há previsão expressa acerca do desconto ofertado	NT

24	08700.008088/2017-89	("DERSA") e pela Empresa Municipal De Urbanização ("EMURB") no mercado de obras civis de infraestrutura e transporte rodoviário para a implementação do Programa de Desenvolvimento do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo.	Não se aplica	Não	Imposto	Implementação	Sim	4%	Impossibilidade de se verificar as cláusulas. Termos dos TCC nunca foram divulgados devido a rejeição da proposta	que na verdade houve uma rejeição por parte da SG e Tribunal da proposta feita pelos Requerentes. Porém, durante a NT (S 41) é declarado pela SG que esta aplica um desconto de 4% pela implementação de programas de compliance.	VOTO
----	----------------------	---	---------------	-----	---------	---------------	-----	----	---	---	----------------------

CONSOLIDAÇÃO DOS DADOS

Imposição ou sugestão a adosão do programa de compliance			Certeza de concessão de desconto ou incerteza?			Em quantos casos houve o detalhamento de implementação do programa de compliance? *		
Imposição	22/24	91,67%	Certeza de concessão	13/24	54,17%	Houve detalhamento	20/23	86,96%
Sugestão	2/24	8,33%	Incerteza	11/24	45,83%	Não houve	03/23	13,04%
Implementação ou continuação do programa de compliance			Nos que se tem certeza da concessão, em quantos casos se sabe quanto de desconto foi ofertado?			Qual a média de desconto ofertado?		
Implementação	22/24	91,67%	Se sabe	10/13	76,92%	A jurisprudência aponta que o desconto pode variar entre 2% a 4%		
Continuação	2/24	8,33%	Incerteza da concessão	3/13	23,08%	Em 2 casos foram concedidos 2% de desconto.	Em 1 caso foi concedido 3% e 5% de desconto	Em 6 casos foram concedidos 4% de desconto

* A quantidade total é 23 devido a impossibilidade de se verificar os termos do 24º Processo uma vez que este teve seu TCC rejeitado pelo Tribunal

ANÁLISE - PROGRAMA DE COMPLIANCE EM MULTAS APLICADAS NA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

Nº	Nº do Processo Administrativo	Conduta apurada	Data da decisão	Determinação de adesão ao programa de compliance?	Concessão de desconto devido ao programa de compliance ?	Quantidade do desconto ofertado	Houve análise objetiva para tal concessão? Se sim, quais foram os parâmetros definidos?	Demais observações	Acesso ao documento
1º	08012.011142/2006-79	Cartel no mercado nacional de cimento e concreto	22/01/2014	Sim	Não	Não se aplica	Não. Apenas uma determinação genérica	Trata-se de PA antigo que teve voto proferido durante a vigência da Lei 12.529/2011, assim como a determinação de adoção de compliance. Todavia, perante os votos realizados não foi possível identificar nenhum tipo de desconto dado a multa aplicada pela leitura do voto. O memorial de cálculo da multa é confidencial. Acredita-se que não foi concedido nenhum tipo de desconto.	VOTO (p. 142)
2º	08012.002568/2005-51	Cartel no mercado de revenda de GLP	15/12/2016	Sim	Não	Não se aplica	Sim. Há um documento anexo ao voto o qual delimita requisitos mínimos para que o programa de Compliance se considere aplicado como treinamento de pessoal, emissão de guia sobre defesa da concorrência, abertura de canal anônimo para denúncia, entre outros.	Trata-se de PA antigo que teve voto proferido durante a vigência da Lei 12.529/2011, assim como a determinação de adoção de compliance. Todavia, perante os votos realizados não foi possível identificar nenhum tipo de desconto dado a multa aplicada pela leitura do voto. O memorial de cálculo da multa é confidencial. Acredita-se que não foi concedido nenhum tipo de desconto.	VOTO
3º	08012.000504/2005-15	Influência à adoção de conduta uniforme nas adjacências de terminais marítimos e armazéns de granéis sólidos em Santos e no Guarujá	23/01/2017	Sim	Não se aplica (voto vencido)	Não se aplica	Sim. Há um documento anexo ao voto o qual delimita requisitos mínimos para que o programa de Compliance se considere aplicado como treinamento de pessoal, emissão de guia sobre defesa da concorrência, abertura de canal anônimo para denúncia, entre outros.	Trata-se de PA em que houve o voto do Relator determinação de implementação de compliance porém tal determinação foi vencida por voto-vista de outro Conselheiro o qual discordava de tal determinação unilateral contra a empresa (§ 65 - Voto). Na ocasião do voto-relator, provavelmente a determinação de voto-vista não gerou desconto na multa.	VOTO
4º	08012.010744/2008-71	Suposta influência de conduta uniforme, prática de preço predatório e cartel no mercado de leite pasteurizado tipo C	20/01/2017	Sim	Não se aplica (Voto vencido)	Não se aplica	Sim. Há um documento anexo ao voto do relator o qual delimita requisitos mínimos para que o programa de Compliance se considere aplicado como treinamento de pessoal, emissão de guia sobre defesa da concorrência, abertura de canal anônimo para denúncia, entre outros.	Trata-se de PA em que houve o voto do Relator determinação de implementação de compliance porém tal determinação foi vencida por voto-vista de outro Conselheiro o qual discordava de tal determinação tendo em vista que os Representados não possuíam um grande escopo de funcionários (§ 69 - Voto). Na ocasião do voto-relator, provavelmente a determinação de voto-vista não gerou desconto na multa.	VOTO
5º	08012.006130/2006-22	Cartel para combinação de preços e divisão de mercados em concorrências privadas para contratação de serviços de manutenção predial	17/08/2017	Não	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Trata-se de PA em que não houve nenhuma recomendação de implementação de compliance, apenas uma menção no voto do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia	VOTO

CONSOLIDAÇÃO DOS DADOS

Houve determinação para adesão ao programa de compliance			Houve concessão de desconto pela adesão ao programa de compliance?			Qual a média de desconto ofertado?
Determinação			Houve concessão			
	04/05	80,00%		00/04	0,00%	Nos casos observados em que houve a real determinação a adesão a um programa de compliance, não foi observado perante o cálculo da multa no voto e no memorial de cálculo anexo nenhum tipo de indicativo de que foi concedido desconto por tal adesão.
	01/05	20,00%		04/04	100,00%	

ANÁLISE - PROGRAMA DE COMPLIANCE EM TCC's FIRMADOS NA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

Nº	Nº do Processo Administrativo	Conduta apurada	Data de assinatura do Termo	Adesão ao programa de compliance?	Foi imposto ou sugerido pelo signatário?	Houve implementação ou continuação do programa?	Concessão de desconto devido ao programa de compliance ?	Quantidade do desconto ofertado	Houve análise objetiva para tal concessão? Se sim, quais foram os parâmetros definidos?	Demais observações	Acesso ao documento
1º	08700.002906/2007-68	Acordo entre empresas frigoríficas com a finalidade de restringir e prejudicar a livre concorrência no setor de abate de gado bovino em várias regiões do país.	28/11/2007	Sim	Imposto	Implementação	Não	Não se aplica	Não. Apenas uma breve referência à implementação de um programa de treinamento	Pela análise do Voto e do TCC, não há o que se falar em concessão de desconto pela implementação de compliance, tendo em vista que as tabelas e memoriais de cálculo da prestação pecuniárias presentes na p. 15 não demonstram tal desconto.	TCC VOTO
2º	08700.004221/2007-56	Prática de cartel no mercado nacional de produção de cimento e concreto	28/11/2007	Sim	Imposto	Implementação	Não	Não se aplica	Sim. Há um anexo ao TCC que discorre detalhadamente sobre a implementação do programa de compliance imposto por meio de referência a portaria SDE nº 14	Pela análise do Voto e do TCC, não há o que se falar em concessão de desconto pela implementação de compliance, tendo em vista que as tabelas e memoriais de cálculo da prestação pecuniárias presentes na p. 160 não demonstram tal desconto.	VOTO (p.149)
3º	08700.005281/2007-96	Prática de cartel em mercado regional de produção e venda de embalagens	23/07/2008	Sim	Imposto	Implementação	Não	Não se aplica	Sim. Há um anexo ao TCC que discorre detalhadamente sobre a implementação do programa de compliance imposto por meio de referência a portaria SDE nº 14	Pela análise do Voto e do TCC, não há o que se falar em concessão de desconto pela implementação de compliance, tendo em vista que as tabelas e memoriais de cálculo da prestação pecuniárias presentes não demonstram tal desconto.	VOTO (p.14)
4º	08700.003240/2009-27 08700.003900/2009-70	Condutas anticompetitivas no mercado nacional de pagamentos por meio de cartão de crédito	16/12/2009	Sim	Imposto	Implementação	Não	Não se aplica	Sim. Há um anexo ao TCC que discorre detalhadamente sobre a implementação do programa de compliance imposto por meio de referência a portaria SDE nº 14	Pela análise do Voto e do TCC, não há o que se falar em concessão de desconto principalmente porque no presente TCC não houve a imposição de pagamento de prestação pecuniária	VOTO (p.6)
5º	08700.001913/2009-12 08012.007238/2006-32	Cartel em Centro de Formação de Condutores no mercado do município de Campinas	07/10/2009	Sim	Sugerido	Implementação	Não	Não se aplica	Sim. Há um anexo ao TCC que discorre detalhadamente sobre a implementação do programa de compliance imposto por meio de referência a portaria SDE nº 14	Pela análise do Voto e do TCC, não há o que se falar em concessão de desconto pela implementação de compliance, tendo em vista que as tabelas e memoriais de cálculo da prestação pecuniárias presentes na p. 160 não demonstram tal desconto.	TCC (p. 56)
6º	08700.002933/2009-01	Infração contra a ordem econômica no mercado nacional de produtos de aves	09/06/2010	Sim	Sugerido	Implementação	Incerteza	Incerteza	Sim. Há um anexo ao TCC que discorre detalhadamente sobre a implementação do programa de compliance imposto por meio de referência a portaria SDE nº 14	Pela análise do TCC não há como se identificar que houve a concessão de desconto tendo em vista a confidencialidade da proposta de TCC e dos anexos de memoriais de cálculo da prestação pecuniária	TCC (p. 6)

CONSOLIDAÇÃO DOS DADOS

Imposição ou sugestão a adesão do programa de compliance			Certeza de concessão de desconto ou incerteza?			Em quantos casos houve o detalhamento de implementação do programa de compliance?		
Imposição	04/06	66,67%	Certeza de concessão	00/06	0,00%	Houve detalhamento	05/06	83,33%
Sugestão	02/06	33,33%	Incerteza ou certeza de não concessão	06/06	100,00%	Não houve	01/06	16,67%
Implementação ou continuação do programa de compliance			Nos que se tem certeza da concessão, em quantos casos se sabe quanto de desconto foi ofertado?			Qual a média de desconto ofertado?		
Implementação	06/06	100,00%	Não se aplica aos dados apurados			Não foi visualizado a concessão de desconto pela implementação de programa de compliance em nenhum caso		
Continuação	00/06	0,00%						

ANÁLISE - PROGRAMA DE COMPLIANCE EM MULTAS APLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

Nº	Nº do Processo Administrativo	Conduta apurada	Data da decisão	Determinação de adesão ao programa de compliance?	Concessão de desconto devido ao programa de compliance ?	Quantidade do desconto ofertado	Houve análise objetiva para tal concessão? Se sim, quais foram os parâmetros definidos?	Demais observações	Acesso ao documento
1º	08012.009088/1999-48	Conduta anticompetitiva no mercado nacional de produção farmacêutica	13/10/2005	Sim	Não	Não se aplica	Não	Trata-se de processo antigo em que houve recomendação à adoção a programa de integridade em sede de voto-vista de embargos de declaração	VOTO (p.62)