

O Programa de *Compliance* Concorrencial

Yuri Caxias Felisberto

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Especialização em Direito do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor Ruben Bahamonde Delgado

Professor Auxiliar Convidado

Outubro, 2020



Departamento de Economia Política – Área de Ciências Jurídicas

O Programa de *Compliance* Concorrencial

Yuri Caxias Felisberto

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas e do Trabalho

Especialização em Direito do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor Ruben Bahamonde Delgado

Professor Auxiliar Convidado

Outubro, 2020

A minha esposa e minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa, quem plantou, cultivou e fez nascer a ideia de me tornar mestre em terras estrangeiras. Muito além disto, me acompanhou e ajudou, de todas as formas, na árdua caminhada que ora dá este estudo como fruto. Tão importante quanto, agradeço meus pais, que com lucidez apoiaram todos meus devaneios, mesmo pagando o preço de minha ausência, que a deles muito mais caro me custou. Agradeço ainda meus irmãos, cujo melhor exemplo sempre quis ser e, por fim, mas não menos importante, agradeço aos meus amigos, novos e antigos, que sempre estiveram a postos para uma fuga momentânea dos compromissos de um mestrando.

RESUMO

O presente estudo tem como objeto o *compliance* concorrencial nos ordenamentos jurídicos do Brasil, Portugal e da União Europeia. Não pretende fazer uma análise de legislação comparada sobre o tema em apreço, mas sim identificar a existência suficiente de pontos comuns que permitam e justifiquem a elaboração de um programa de *compliance* transversal a todos estes ordenamentos jurídicos, especificadamente no que se refere ao controle de condutas. Intenta demonstrar que esta prática gera benefícios elevados aos seus realizadores e à defesa do direito da concorrência, sobretudo, por meio da facilitação dos trabalhos das autoridades que executam a fiscalização, mas que, ainda assim, não é devidamente valorizado, ou ao menos vem sendo subutilizado, na medida em que não ostenta incentivos e parametrizações legais bastantes à sua difusão prática.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Controle de Condutas; Controle de Condutas anticoncorrenciais; *Compliance*; Pilares do *Compliance*; *Compliance* Efetivo; Regulação.

ABSTRACT

This study has as its object the competitive *compliance* in the legal systems of Brazil, Portugal and the European Union. It doesn't intend to carry out an analysis of comparative legislation on the subject at hand, but identify the existence of common points that happen and justify the preparation of a *compliance* program transversal to all these legal systems, specifically with regard to the control of conducts. It tries to demonstrate that this practice generates high benefits to who use them and to the defense of competition law, above all, by facilitating the work of the authorities that perform the inspection, but that, even so, it is not properly valued, or at least has been underutilized, insofar as it doesn't have sufficient incentives and legal parameters for its practical dissemination.

Keywords: Competition Law; Conduct Control; Control of anti-competitive conduct; *Compliance*; *Compliance Pillars*; *Effective Compliance*; Regulation.

Índice

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – A CONCORRÊNCIA.....	5
1.1 Síntese Histórica.....	5
1.2 Da livre iniciativa à livre concorrência	11
1.3 O que é livre concorrência e qual a sua importância?.....	17
1.4 Campo de atuação do direito da concorrência.....	20
1.5 Formas de Atuação das Autoridades de Concorrência	29
1.6 Sanções.....	31
1.7 Considerações finais sobre a concorrência	35
CAPÍTULO II – PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i>	39
2.1 <i>Compliance</i> , programa de <i>compliance</i> e <i>compliance</i> concorrencial.....	39
2.2 Os benefícios do programa de <i>Compliance</i>	41
2.3 Quem pode se beneficiar do <i>Compliance</i> ?	43
2.4 <i>Compliance</i> efetivo.....	45
2.4.1 Envolvimento ou comprometimento da Alta Direção (“ <i>Tone from the top</i> ”) 50	
2.4.2 Mapeamento dos riscos e análise periódica	52
2.4.3 Código de Ética, Conduta e Procedimentos.	53
2.4.4 Treinamento e formação	54
2.4.5 Monitoramento, Auditorias, Canal de Denúncia e Investigação.....	55

2.4.6	Aprimoramento, Procedimentos disciplinares e corretivos.....	56
2.4.7	Comunicação e documentação.....	57
2.5	Considerações finais sobre o programa de <i>compliance</i> efetivo.	58
CAPÍTULO III – DIREITO DA CONCORRÊNCIA E <i>COMPLIANCE</i>		61
3.1	O contributo do <i>compliance</i> ao direito da concorrência	61
3.2	A conveniência da Regulação do <i>Compliance</i>	64
CONCLUSÕES		69
FONTES		72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		73

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AdC – Autoridade da Concorrência de Portugal

Cade – Conselho Administrativo de Defesa Económica

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Constituição Económica

CRFB – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição República Portuguesa

OECD – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

TJC – Tribunal de Justiça das Comunidades

LDC – Lei de Defesa da Concorrência (brasileira)

ICC – Câmara Internacional do Comércio

INTRODUÇÃO

A livre concorrência é hoje consagrada como necessária ao funcionamento saudável dos mercados e o meio mais adequado para subtrair, destes, os seus melhores benefícios. Tem assim um papel reconhecidamente relevante ao bom andamento da sociedade.

Todavia, este importante direito vem enfrentando cada vez mais dificuldades de se impor diante dos diversos fatores que obstaculizam a identificação e comprovação das práticas que o golpeia. Cartéis, práticas concertadas, abuso de posição dominante, dentre outras, já são condutas de difícil detecção, somadas às novas tecnologias, mormente aquelas que ora criam um “cibermundo” e transformam economias reais em “economias virtuais”, então temos à frente desafios antes inimagináveis.

Neste contexto muitos aspetos da vida clamam por proteção, mas, é o direito da concorrência, como poucos outros, que tem a capacidade de impedir grandes corporações de ocuparem lugares pertencentes aos Estados, sítios de onde decisões importantes à sociedade são tomadas. Em outras palavras: frequentemente é o direito da concorrência que inibi empresas de capturem o controle do rumo da sociedade, logo, desta ser orientada por interesses particulares.

Contudo, ainda que munidas de muitas ferramentas, as autoridades da concorrência possuem capacidade limitada de fiscalização, por vezes, ínfima frente ao poder de algumas empresas. É preciso notar que vivemos em tempos onde existem companhias com habilidade para melindrar democracias. O alcance de tamanha força vem na esteira do poder econômico, sobre o qual o controle passa ao largo de diversos outros ramos do direito, quando não, por alguns é acompanhado. Resta ao direito da concorrência, o cavalheiro solitário em muitas ocasiões, lutar contra o exercício abusivo de poder econômico, ou sua obtenção através de caminhos ilícitos, ou seja, que não sejam obtidos a partir da própria eficiência da empresa.

Neste campo as agências de defesa da concorrência, para além de fazer a advocacia deste direito, adotam duas táticas na sua proteção: a ação preventiva, objetivando evitar a formação de poder econômico por meio de alterações nas estruturas das empresas, sobretudo em fusões e aquisições; e a ação repressiva, buscando descobrir práticas anticoncorrenciais, eliminá-las e punir seus promotores. Os métodos utilizados no controle de estruturas, a primeira forma de atuação citada, desde já, adverte-se, não serão objeto deste estudo. Somente a atividade

repressiva, a qual se faz principalmente através das investigações, processos administrativos e aplicação de sanções, será abordada.

Mas, como dito, há limitações. Investigações geram custos para as autoridades antitruste e, ao mesmo tempo, oneram a parte investigada, que invariavelmente precisa arcar com advogados especializados. Com efeito, dar-se preferência aquelas suspeitas seguidas de um conjunto de evidências com capacidade mínima para lastrearem condenações. Logo, muitas práticas anticoncorrenciais sequer chegam ao conhecimento das autoridades, e outras, quando chegam, quiçá são punidas.

Diante deste problema, o presente estudo tem como objeto a análise do *compliance* concorrencial nos ordenamentos jurídicos do Brasil, Portugal e União Europeia, a fim de demonstrar que esta prática tem a aptidão para gerar benefícios elevados à defesa do direito da concorrência, especialmente por meio da facilitação dos trabalhos das autoridades que executam a fiscalização. Todavia, ainda assim, o *compliance* não é devidamente valorizado ou ao menos, como se pretende demonstrar, é subutilizado, na medida em que não há incentivos legais suficientes à sua disseminação.

Para tanto se iniciará com a exposição das raízes do direito da concorrência, evidenciando que sua defesa não é mero acaso, mas fruto de uma evolução histórica que, depois de muitos problemas enfrentar, percebeu que economias sadias fundam-se na defesa da livre concorrência.

Ato contínuo, buscou-se analisar a matéria nos aludidos ordenamentos jurídicos, não com a intenção de mapear todos os seus pontos de encontros e desencontros, mas com o intuito de traçar uma linha reta capaz de cruzar todos os sistemas. Dito de outra forma, verificar a existência de um tronco central comum. A razão de se optar por uma abordagem de direito comparado entre Brasil e Portugal – para além do intercâmbio de conhecimento que já é razão suficiente para qualquer investigação – vem do crescimento da comunidade brasileira em terras lusitanas. Portugal regista recordes de imigrantes brasileiros, conseqüentemente crescerá a integração e interação dos mercados das duas nações. Soma-se o Tratado de Livre Comércio entre o Mercosul e União Europeia que, embora suspenso, nunca esteve tão avançado. Tudo isto, é claro, fará com que, paulatinamente, mais empresas tenham a necessidade de compreender os ordenamentos jurídicos de ambos os espaços econômicos a fim de neles atuarem regularmente, sendo certo que uma das vertentes mais importantes a ser compreendida é aquela relacionada com a regulação da concorrência.

Posto isto, gradativamente torna-se mais importante identificar como uma empresa pode implementar um programa de *compliance* que seja considerado válido e eficaz em todos os ordenamentos jurídicos pelos quais caminhará. Mais ainda, é preciso investigar quais são as iniciativas das nações com a finalidade de fomentar práticas que colaborem com o cumprimento de suas regras, neste caso, as regras relativas à concorrência do Brasil, Portugal e União Europeia.

CAPÍTULO I – A CONCORRÊNCIA

1.1 Síntese Histórica

Regras versando sobre concorrência existem muito antes daquelas que são as bases da normatização ocidental atual. Durante toda a idade média, antes do surgimento dos Estados nacionais, corporações de ofício chanceladas pelos governos locais promoviam práticas anticoncorrenciais dos mais variados tipos. Cidades – muitas vezes comandadas e administradas pelos próprios membros das corporações –, promulgavam leis legitimando monopólios, barreiras de entradas, controle de preços e toda sorte de regras que interferiam nos mercados¹. Na idade moderna, durante a “Revolução Comercial”, sem que houvesse significativa alteração na relação entre governo e mercado, surgiram diversas companhias de mercadores criadas com a finalidade de explorar os novos caminhos pelos mares abertos pelas grandes navegações e que proporcionavam lucros extraordinários com a comercialização das valiosas especiarias. Diversas companhias foram criadas, e com seus enormes rendimentos não demorou a terem o monopólio garantido pelos Estados².

Muitos outros exemplos poderiam ser citados. Nestas épocas a economia ainda não era uma ciência – sequer havia ciência segmentada em especialidades – talvez pelo fato de o próprio comércio estar limitado às suas localidades. Em verdade, não havia o consumo que hoje para nós é muito natural. Durante o período medieval consumia-se o necessário à sobrevivência, e, praticamente tudo que se tornava essencial, era produzido nos próprios feudos na medida da demanda deste. O que dali não se extraía, seria obtido em pequenos mercados semanais localizados perto de mosteiros, castelos ou pequenas cidades, geralmente sob o domínio de bispos ou senhor feudais. Produções que excediam o limite do necessário ocorriam somente quando havia “procura firme”³.

¹ Humberman, L. (1936). *História da Riqueza do homem* (16ª ed.). (W. Dutra, Trad.) Zamar, pp. 66-77.

² No dizer de Leo Humberman “Havia muito dinheiro — enorme quantidade — numa rota para o Oriente. Na primeira viagem de Vasco da Gama à Índia, os lucros atingiram a 6.000%! [...] Fácil é adivinhar que qualquer companhia criada com o objetivo de levar a cabo essas aventuras dispendiosas e arriscadas estava certa de receber, de seu governo, todas as vantagens comerciais possíveis. Uma das mais importantes, sem dúvida, era o direito a um monopólio do comércio. *Ibidem*, pp. 97-101.

³ *Ibidem*, p. 26.

Somente com o surgimento das cidades e do dinheiro, artesões viram a possibilidade de sobreviverem a partir de seus ofícios, abandonando uma vida agrícola⁴, o que logo fez surgir as corporações de ofício. E só na idade moderna as grandes navegações de fato revolucionaram o comércio, mas, ainda assim, pelo menos até 1789, o mundo era agrícola⁵. Assim, regras que versavam sobre concorrência existiam, mas, criadas sob medida, com a finalidade de atenderem interesses locais, corporativos e, quando muito, com a finalidade de favorecer o enriquecimento de um Estado.

O ângulo a partir do qual atualmente vemos a concorrência, pode-se dizer, começa a se desenhar no século XVIII, sobretudo com a Revolução Industrial e a Revolução Francesa. Vivia-se uma época de intensas reflexões sobre as práticas comerciais, sobretudo em razão da severa interferência do Estado nas atividades econômicas – que não haviam mudado muito desde o surgimento das corporações de ofício. Sobre a égide do mercantilismo os Estados faziam de tudo para mitigar as importações e elevar as exportações, pois assim conseguiam ouro e prata, cujo acúmulo, acreditavam, permitir-lhes-ia prosperar. Isto implicava numa forte intervenção Estatal no sentido de fomentar a indústria nacional por meio de medidas que, às vezes ajudavam os industriais, mas, noutras ocasiões, muito lhes atrapalhavam. Assim, por exemplo, existiam barreiras alfandegárias que protegiam os produtos nacionais, por outro lado, quantidades, matérias e até o método de produção eram determinadas pelo Estado.

Foi na França, onde as regulações das atividades mercantis atingiram seu apogeu, que começaram a ganhar força ideias pregando a não interferência do Estado. Em contrapartida à pesada intervenção, surgiu a defesa da total liberdade. Neste sentido, um dos primeiros a falar com proeminência foi um comerciante francês chamado o marquês de Gournay, Jacques Claude Marie Vincent, que para alguns foi o autor da máxima “*Laissez-faire*”⁶, todavia, aquele que

⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁵ Assim afirma Eric J. Hobsbawn “O mundo em 1789 era essencialmente rural [...] A cidade provinciana ainda pertencia essencialmente à sociedade e à economia do campo” Hobsbawn, E. J. (2019). *A Era das Revoluções 1789 - 1848* (43ª ed.). (M. T. Teixeira, & M. Penchek, Trads.) Rio de Janeiro, Brasil: Paz & Terra, pp. 33-35.

⁶ Nas palavras de Leo Humberman: “A questão do comércio livre, particularmente, foi defendida pelos fisiocratas na França. pois foi nesse país que o controle estatal da indústria atingiu o máximo. A indústria estava ali cerceada por tal rede de “pode” e “não pode” e por um exército de inspetores abelhudos que impunham os regulamentos prejudiciais, que é difícil compreender como se conseguia fazer qualquer coisa. [...] O resultado natural desse avanço excessivo numa direção seria um movimento igualmente profundo na outra. O controle demasiado da indústria estimulou a luta pela ausência total de controle. Um dos pioneiros dessa luta foi um

viria a imortalizar as ideias liberais económicas seria o inglês Adam Smith, o fundador da Escola Clássica.

Em meio à Revolução Industrial o filósofo inglês era uma voz agradável à classe que surgia com a disseminação da máquina a vapor, a burguesia. Adam Smith propagava o livre-mercado não somente dentro dos Estados, mas, também, entre as nações, e sendo a Inglaterra lar das mais avançadas indústrias da época, nada melhor do que um mundo com portas abertas para a entrada de suas mercadorias⁷.

Assim ganhavam força formas de pensar que depois viria a se chamar liberalismo. As convicções liberais traziam consigo novas formas de encarar a relação entre o Estado e o indivíduo, reverberando em vários aspetos da vida em sociedade⁸. Singelamente falando, premissas aceitas pelos pensadores liberais, como, direitos naturais⁹ e igualdade formal (igualdade dos indivíduos perante as leis), fizeram surgir o entendimento de que certos lugares

comerciante francês chamado Gournay. [...] Gournay estava mais do que surpreendido com essa regulamentação excessiva. Queria que a França se livrasse dela. Imaginou a frase que se tornaria o grito de batalha de todos os que se opunham às restrições de toda sorte: “Laissez-faire”. Uma tradução livre dessa frase famosa seria: “Deixem-nos em paz!” Laissez-faire tornou o lema dos fisiocratas franceses que viveram na época de Gournay. Eles são importantes porque constituem a primeira “escola” de economistas. [...] Os membros da escola escreveram livros e artigos pedindo a eliminação das restrições, defendendo o comércio livre, o laissez faire.” Humberman, L. (1936), op. cit. p. 148.

⁷ Leo Humberman ressalta: “A Revolução Industrial ocorreu ali primeiro [Inglaterra]; os industriais ingleses começaram antes dos industriais do resto do mundo, estando à frente deles em métodos, em máquinas, em facilidades de transporte. Os ingleses podiam e estavam prontos a cobrir a terra com os produtos de suas fábricas. Portanto, o comércio internacional livre lhes servia.” op. cit., p. 225.

⁸ Nas palavras de Norberto Bobbio “Por liberalismo entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social;” Bobbio, N. (2017). *Liberalismo e Democracia*. (M. A. Nogueira, Trad.) São Paulo: Edipro, p. 39.

⁹ É o que afirma o autor Norberto Bobbio nos seguintes termos: “O pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jus naturalista): a doutrina segundo a qual o homem [...] têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra possível invasão por parte dos outros.” *Ibidem*, pp. 41-42.

não poderiam ser invadidos pelos Estados, pois neles devem imperar as liberdades dos indivíduos dadas pela natureza. Um destes lugares era a atividade mercantil.

Conforme ensina Moncada:

Para o pensamento liberal, que lançou as bases da ciência econômica, a actividade económica é um dado natural, prolongamento das liberdades individuais e geradora de riqueza. Rege-se por uma lógica própria, totalmente racional e desenvolve-se num meio institucional próprio, o mercado. (Moncada, 2018, p. 7)¹⁰

Se a actividade económica é um dado natural, o direito de exercê-la é um direito natural, logo, mais uma liberdade individual. Ao Estado, neste campo, cumpriria tão somente garantir sua independência. O ordenamento jurídico, portanto, deviria dar suporte aos contratos, instrumentos de manifestação das vontades privadas¹¹.

Não demoraria a eclodir a Revolução Francesa, promovida pela burguesia e suas convicções liberais, filosóficas e econômicas, e, com ela veio A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹², proclamando os direitos individuais liberais. Os direitos ali postos eram os direitos individuais do homem, direitos naturais, agora, amparadas por leis, as quais deviam valer para todos, segundo o conceito de igualdade formal. A declaração tinha como um dos principais bastiões o direito à propriedade privada, que reza a inviolabilidade e liberdade do uso ou destino da propriedade por parte do proprietário, limitada tão somente pelas liberdades individuais de outros indivíduos.

O liberalismo então floresceu, com muito mais força na concepção econômica, pois os conceitos desta vertente se compatibilizavam com os interesses da classe que cada vez mais tinha poder. Mas a igualdade do cidadão perante a lei não era tão agradável assim para aquela mesma classe, a democracia e o liberalismo, por exemplo, não se compatibilizavam no primeiro momento, e não à toa o voto permaneceu censitário em todos os países ocidentais, por muito tempo com as mulheres participando da política, somente no séc. XX. Desta forma, de início,

¹⁰ Moncada, Luís S. Cabral de. 2018. *Direito Económico*. 7ª. Coimbra: Almedina, 2018, p. 07.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Hobsbawn, E. J. (2019), op. cit., pp.105-106.

a primazia era da economia sobre o direito¹³, e a concorrência era a ordem do dia, matinha os preços baixos e eliminava as ineficiências, contê-la era uma violação da lei natural¹⁴.

Os Estados Unidos da América, nascidos dos ideias liberais, levaram a cabo suas práticas, mas, é bom dizer, não tanto ao pé da letra. Contrariando o mercado livre internacional que Adam Smith idealizou¹⁵, fez suas indústrias prosperarem à custa de muitas políticas protecionistas. E não foi o único, tarifas protetoras se disseminaram a fim de proteger as indústrias internas de vários países. Com a tecnologia nas mãos dos ingleses, não fossem as barreiras, dificilmente um artesão poderia competir com as máquinas e, assim, tampouco teria a possibilidade de investirem, eles próprios, em tecnologia.

Seja como for a concorrência derivada da livre iniciativa cumpriu sua promessa por muito tempo. Manteve o mercado eficiente, afinal, com a diminuição da intervenção dos Estados e das barreiras – ao menos nos mercados internos –, quem produzisse mais rápido e melhor, venderia e lucraria mais. No entanto, quando a produção atingiu certos patamares e os preços já não poderiam ser reduzidos, as atenções antes voltadas para “como produzir”, passaram para: “onde vender”, e com aquelas internacionais tarifas protetoras isto se tornou um problema¹⁶. Logo as companhias passaram a eliminar sua concorrência a fim de se apropriarem de mais

¹³ Moncada, L. S. (2018). op. cit., p. 07.

¹⁴ Humberman, L. (1936), op. cit., p. 212.

¹⁵ Neste sentido, Leo Humberman “Tomemos, por exemplo, o comércio livre. Adam Smith o defendera, e Ricardo e outros que o seguiram, também. Eram partidários de um comércio mundial livre; não só as barreiras internas deviam ser eliminadas, mas também as barreiras entre países.” *Ibidem*. p. 225.

¹⁶ Leo Humberman assim coloca a questão: “Os industriais da Inglaterra se aproveitaram de seu avanço na Revolução Industrial. Na primeira metade do século XIX o problema na Inglaterra não era onde vender os artigos manufaturados, mas como produzi-los com suficiente rapidez para atender aos pedidos que vinham de todo o mundo conhecido. Mas durante o último quartel do século XIX ocorreu uma modificação importante. A política do comércio. A política do comércio livre, defendida pela Inglaterra, não “pegou” nos Estados Unidos, onde, como o leitor estará lembrado, uma tarifa protetora foi posta em prática quase que imediatamente após a independência do país. As tarifas protetoras elevaram-se nos Estados Unidos, após a Guerra Civil. Na Rússia, uma tarifa protetora geral foi adotada em 1877; na Alemanha, em 1879; na França, em 1881. Os industriais ingleses já não tinham um campo aberto — suas mercadorias experimentavam dificuldades em pular essas barreiras tarifárias. Os melhores fregueses da Inglaterra já não precisavam comprar-lhe os produtos — podiam fabricá-los, podiam atender às próprias necessidades. Atrás dos muros tarifários, indústrias incipientes transformavam-se em indústrias “gigantescas”.” *Ibidem*.

consumidores. Em algumas ocasiões, porém, as empresas perceberam que, muito melhor do que brigar pela clientela seria confeccionar um acordo para reduzir a produção (elevando os preços) ou dividir os mercados. Desta forma evitava-se uma guerra de preços que poderia se estender por muito tempo trazendo prejuízos para todos os envolvidos, sobretudo quando já não havia muitos concorrentes e todos que restavam eram fortes. Neste cenário uma disputa poderia ser muito difícil, mas, um acordo, muito fácil. Na segunda metade do sec. XIX, a o mundo ocidental percebe uma guinada de rumo: a livre concorrência seguira seu curso e seu destino natural era sua substituição pelos monopólios e cartéis¹⁷.

Ora, não se pode esperar que de uma disputa não saia um vencedor, por mais difícil que seja. Os monopólios e os cartéis são desdobramentos normais da concorrência são conclusões lógicas da livre iniciativa ilimitada.

Com o passar do tempo verificou-se que um mercado totalmente livre nem sempre era capaz de gerar riquezas¹⁸ e daí em diante as regras da livre concorrência entram em cena¹⁹.

¹⁷ Leo Humberman “A partir de 1870 entramos num período de trustes e cartéis, com destaque para os Estados Unidos e a Alemanha. A concorrência foi substituída pelo monopólio. (...) A substituição gradual da concorrência pelo monopólio não foi uma imposição externa, mas uma evolução da própria concorrência, O monopólio surgiu de dentro da concorrência — uma ilustração da verdade de que cada sistema, ou acontecimento, traz em si as sementes da transformação. O monopólio não foi um invasor estranho que atacasse e conquistasse a concorrência. Foi um crescimento natural da própria concorrência. O leitor conhece a história da revolução nos meios de comunicação (...). Depois de 1870, o capitalismo à antiga passou a ser o capitalismo moderno, O capitalismo da livre concorrência tornou-se o capitalismo dos monopólios.”, *Ibidem*. pp. 225-261.

¹⁸ Nas palavras do Autor Luís S. Cabral Moncada: “Mas as coisas começaram a modificar-se ainda durante o período liberal. A pouco e pouco, a confiança cega no mercado como instrumento de riqueza geral desapareceu. E é precisamente no país, os EUA, em que o liberalismo econômico parecia invencível, que as primeiras restrições àquela confiança aparecem sob a forma da disciplina da concorrência.” Moncada, L. S. (2018). op. cit., p. 08.

¹⁹ Como ensina Eduardo Paz Ferreira “A profunda evolução que se registos na forma do Estado encarar a economia veio trazer a matéria do direito da concorrência para um plano central, tornando-se a defesa da concorrência nos mercados um valor fundamental da política e um dos princípios inspiradores da Comunidade Europeia (artigo 4º do Tratado CEE).”, Ferreira, E. P. (2001). *Direito da Economia*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa, p. 457.

1.2 Da livre iniciativa à livre concorrência

A livre iniciativa é um princípio que concede aos indivíduos o direito de iniciar e exercer – gerir – uma atividade econômica sem ser constrangido ou sofrer intervenções. Deriva da liberdade econômica que, por sua vez, advém do princípio ainda mais precípuo, a liberdade individual, logo, o desrespeito à livre iniciativa é, em última análise, o desrespeito à liberdade individual. Para alcançar seus objetivos este cânone projeta-se em dois sentidos: primeiramente em direção ao próprio Estado, que somente fica autorizado a intervir na atividade privada dentro dos limites estipulados pela própria constituição – o que significa, quando estiver apoiado em outros princípios de igual hierarquia – em segundo lugar, vai de encontro aos próprios particulares, impedindo-os de embaraçarem a exploração da atividade empresária alheia²⁰.

Desde 1989 Portugal faz parte da União Europeia (UE), o que significa que o ordenamento jurídico comunitário se sobrepõe ao ordenamento jurídico português, conforme determina a própria constituição portuguesa²¹. Assim, o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – as principais fontes normativas da União Europeia –, em conjunto com outros diplomas, tais como os Regulamentos, as Diretivas, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a Carta Social Europeia e a Convenção dos Direitos do Homem²², passaram a ser fontes para o direito interno lusitano.

Antes da adesão à União Europeia, a República Portuguesa já trazia como um de seus princípios fundamentais a liberdade de iniciativa²³. Com a imersão do seu ordenamento jurídico no ordenamento da UE, o princípio e suas projeções se viram reforçadas, pois, a Comunidade,

²⁰ Coelho, F. U. (2015). *Curso de Direito Comercial* (Vol. Direito das Empresas). São Paulo: 19ª, p. 259.

²¹ Consta no Constituição da República Portuguesa (CRP): Artigo 8º (Direito Internacional) [...] 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis no ordenamento jurídico interno, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

²² Cf. Moncada, L. S. (2018), op. cit. pp. 125-126 e p. 447.

²³ Consta do Artigo. 80º, alínea “c”, CRP: “A organização económico-social assenta nos seguintes princípios: c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista;” O direito da livre iniciativa passa ser encarado de modo autónomo e fundamental na CRP, porém, somente após a revisão de 1982, posto que, antes, era um princípio de organização, um instrumento para se alcançar o “progresso coletivo”, *Ibidem*. 137.

mormente em defesa do mercado livre comum entre os Estados Membros, também vela pelo bom funcionamento da economia, lastreada na livre iniciativa²⁴.

Deve-se notar, porém, que tanto Portugal quanto a UE possuem outros objetivos que vão muito além do âmbito econômico. O Estado português define seus propósitos fundamentais no art.º 9.º da CRP²⁵, e, com relação à organização econômica, reforça-os no art.º 81.²⁶, por seu

²⁴No artigo 6.º o Tratado de Lisboa reconhece os direitos consagrados na CDFUE, o qual, por sua vez, nos artigos 15.º e 16.º garante a liberdade de profissão e a liberdade de empresa. Consta no Tratado de Lisboa, artigo 6.º: “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.” Assim são: Artigo 15.º “Liberdade profissional e direito de trabalhar - 1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite. 2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.”; artigo 16.º “Liberdade de empresa - É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais.”

²⁵É o texto: “Artigo 9.º Tarefas fundamentais do Estado - São tarefas fundamentais do Estado: a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam; b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático; c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais; d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território; f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa; g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira; h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

²⁶Versa o dispositivo: “Artigo 81.º Incumbências prioritárias do Estado - Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal; c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público; d) Promover a coesão económica e social de todo o território nacional, orientando o desenvolvimento no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e eliminando progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e entre o litoral e o interior; e) Promover a correção das desigualdades derivadas da insularidade das regiões autónomas e incentivar a sua progressiva integração em espaços económicos mais vastos, no âmbito nacional ou internacional; f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de

turno, a UE o faz através, sobretudo, dos artigos 2.º e 3.º do TUE, de sorte que, uma análise superficial dos escopos expostos por estes dispositivos é suficiente para perceber que ambos os entes miram em alvos bem diversificados. É o que ressalta autores a ensinar que a criação de um mercado comum não é um fim em si mesmo, “antes visa criar uma economia social de mercado em que o crescimento econômico é conseguido de acordo com os valores e princípios da cidadania Europeia e dos direitos fundamentais”²⁷. Portanto, o Estado português e a Comunidade têm outras incumbências igualmente prioritárias que, muitas vezes, lhes impelem a executar ou autorizar medidas que perturbam a livre iniciativa ou seus corolários.

A mesma questão pode ser vista no ordenamento jurídico brasileiro por meio da leitura do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), primeiro dispositivo do Título VII²⁸ que versa sobre “Ordem Econômica e Financeira”, o qual é claro ao dizer que a

organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; g) Desenvolver as relações econômicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses dos portugueses e da economia do país; h) Eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio; i) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores; j) Criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento econômico e social; l) Assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país; m) Adotar uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional; n) Adotar uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos.

²⁷ Machado, J. E., & Costa, P. N. (2018). *Manual de Direito Fiscal perspectivas multinível* (2ª ed.). Coimbra: Almedina. p. 125.

²⁸ Assim consta na Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro: TÍTULO VII - DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA - CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

ordem econômica brasileira funda-se “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo como finalidade assegurar uma “existência digna” a todos, que, segundo a própria Constituição, deve ser realizada com a observância de outros princípios²⁹.

Natural que assim o seja, haja vista que a livre iniciativa é um princípio, logo, apenas capaz de apontar para o caminho pelo qual o utilizador do direito deve seguir, sem, todavia, especificar o comportamento a ser adotado. Esta função é atribuída às regras³⁰. Como todo princípio, a livre iniciativa não é absoluta. Como ensinado por Luís S. Cabral Moncada, os princípios da Constituição Económica (CE) portuguesa não se apresentam ao intérprete de forma hierarquizada, muito pelo contrário, são eles o ápice de diferentes valores igualmente protegidos pelo texto constitucional³¹, assim, problemas de interpretação das normas contidas na Carta Magna portuguesa somente poderão ser resolvidos admitindo-se a extração da essência de cada um daqueles fundamentos, de modo que, “o conteúdo destes princípios só deve ceder na medida absolutamente indispensável aos direitos de cidadania dos restantes”³².

É exatamente por esta razão que Fábio Ulhoa Coelho caracteriza a CRFB como neoliberal o que conceitua como “o modelo económico definido na Constituição que se funda na livre iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar”³³.

²⁹ Segundo o Autor “(...) a livre iniciativa não é mais que um dos elementos estruturais da economia. Ao delinear o perfil da ordem económica com o traço neoliberal, a Constituição, enquanto assegura aos particulares a primazia da produção e circulação dos bens e serviços, baliza a exploração dessa atividade com a afirmação de valores que o interesse egoístico do empresariado comumente desrespeita, Coelho, F. U. (2015), op. cit. pp. 256-257.

³⁰ Segundo os autores Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, “Entende-se, por regra, o conjunto de enunciados cuja estrutura e conteúdo resultam numa prescrição de um padrão de conduta traçado por hipótese e apto à concretização imediata junto à realidade dos fatos sociais. (...) São regras constitucionais comandos normativos ficados na Constituição dirigidos especificamente a determinados comportamentos presentes na comunidade, baseadas, por sua vez, nos princípios constitucionais, que são seus mandamentos nucleares (...)”, Gaban, E. M., & Domingues, J. O. (2016). *Direito Antitruste* (4ª ed.). São Paulo: Saraiva. p. 51.

³¹ Nas considerações de Luís S. Cabral “(...) ao longo do texto constitucional, se manifesta um trabalho de difícil harmonização e síntese, de compromisso ou ligação entre opções diversas. No domínio económico, face às totalidades e tentativas de compatibilização de ideias diversas, a cada passo os princípios são afirmados e depois atenuados e adjetivados de várias formas. A CE [Constituição Económica] portuguesa pode, pois, considerar-se como um compromisso de vários modelos político-económicos de difícil convivência.” Cf. Moncada, L. S. (2018), op. cit. p. 120.

³² *Ibidem*, p. 123.

³³ Cf. Coelho, F. U. (2015), op. cit. p. 259.

Com base neste conceito, pode-se dizer que os ordenamentos jurídicos da União Europeia e, por conseguinte, de Portugal, também são neoliberais, pois todos exigem a compatibilidade da livre iniciativa com outros valores igualmente relevantes. Bem observa Luis Moncada, “ficamos nos antípodas da noção liberal clássica de concorrência. Agora transige-se com fenómenos e situações que seriam outrora considerados anticoncorrenciais”, finalizando com uma bela síntese “Aceita-se o mercado tal como ele é, pretendendo tão só torná-lo mais fluido, mas sem querer modificá-lo radicalmente”³⁴.

Neste cenário a livre concorrência se põe ao lado dos demais princípios fundamentais, na posição de mais um limitador à livre iniciativa, mas, como uma característica especial, a de também ser fundamental para a existência deste. Ainda que este dogma da liberdade individual não fosse restringido por outros preceitos, para manter-se saudável, teria de ser moderado, ao menos, pela livre concorrência. Sem a defesa da concorrência estaríamos diante de um paradoxo, na medida em que, a liberdade econômica concedida pelo Estado a uns poderia resultar em restrição da liberdade econômica de outros³⁵. Ou seja, o princípio corolário da liberdade individual, quando exercido sem balizas, tende a se autodestruir porquanto as empresas, na busca pela lucratividade, encaminham-se para a constituição de monopólios ou oligopólios, os quais eliminam a própria livre iniciativa. É neste contexto que a livre concorrência se apresenta como um princípio antagônico, mas, complementar, sem o qual o a livre iniciativa não poderia se sustentar por muito tempo³⁶. Como bem ensinam Eduardo Molan e Juliana Oliveira, um princípio instrumental, pois instrumento através do qual se deve orientar o exercício da livre-iniciativa³⁷. Simultaneamente a livre concorrência é consectário da livre

³⁴ Moncada, L. S. (2018), op. cit. pp. 440-441.

³⁵ Cf. Gaban, E. M., & Domingues, J. O. (2016), op. cit. p. 55.

³⁶ Neste sentido, Eduardo Molan e Juliana Oliveira: “Assim, chega-se ao limite do exercício do princípio da livre-iniciativa, o qual preconizando uma liberdade de escolha e/ou ação econômica, pode resultar em óbices ou impedimentos ao bem-estar econômico e social e, diga-se de passagem, à própria livre-iniciativa num escopo universalizado. Tal ocorre, a título de exemplo, com os fenómenos da concentração de poder de mercado e de seu exercício abusivo, ambos decorrentes a priori do exercício da liberdade decorrente, à sua vez do princípio da livre-iniciativa.”, *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 56,

iniciativa, afinal, se não houver iniciativa livre, menos ainda haverá livre concorrência³⁸. Trata-se, então, de um dualismo.

Em consonância com este fato a CRP aponta como uma das incumbências prioritárias do Estado Português: a proteção do funcionamento eficiente dos mercados por meio do fomento da concorrência equilibrada e do combate à formação de monopólios³⁹. No mesmo sentido, o próprio Tratado de Lisboa, no Título VII, dedica todo um capítulo (Capítulo 1) às regras de concorrência. E, por fim, a CRFB já no próprio artigo 170, inciso IV, determina a observância da livre concorrência e, ao lado deste, no artigo 173, §4⁴⁰, prescreve a repreensão ao domínio de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros, obtidos por meio de abuso do poder econômico, ou seja, o combate ao abuso do poder econômico.

Conclui-se assim que todos os ordenamentos jurídicos sob análise prestigiam a livre iniciativa, mas, compreendem que esta pode e deve encontrar limites, inclusive para que se mantenha⁴¹. O princípio que limitará e preservará a livre iniciativa é a livre concorrência. Até este ponto podemos dizer que a constituição econômica do Brasil, Portugal e União Europeia compartilham mais encontros do que desencontros. Propriedade privada, livre iniciativa e livre

³⁸ Cf. Figueiredo, L. V. (2019). *Direito Econômico* (10ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, p. 52.

³⁹ *Vide* Artigo 81, alínea “f”, CRP: “Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;” Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>.

⁴⁰ Assim versa o dispositivo 173, §4º: “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.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁴¹ Assim podemos nos reforçar com as palavras do Dr. Ruben, Bahamonde “Quer no Brasil quer em Portugal, a iniciativa privada compreende a liberdade de acesso a uma atividade económica, incluindo-se aqui a liberdade de investimento, assim como a liberdade de empresa propriamente dita, i.e., a liberdade de gestão e de contratação no âmbito da atividade económica cujo desenvolvimento se escolheu. Porém, esta liberdade não é absoluta, verificando-se diversas limitações à mesma, como possam ser as decorrentes da livre concorrência.” Bahamonde, R. (2020). *Livre iniciativa privada e direito da concorrência: um olhar Luso-Brasileiro*. Em P. T. do Rosário, L. Dal Ri, & D. Hammerschmidt, *Direito Constitucional Luso e Brasileiro no Âmbito da Pacificação Social*. Curitiba, Brasil: Jururá, p. 19.

concorrência são valores que devem ser concomitantemente observados em todos estes ordenamentos.

1.3 O que é livre concorrência e qual a sua importância?

Outrora a doutrina elaborou um conceito de concorrência perfeita. Um tipo ideal do qual quanto mais próximo se estivesse, maior seria a competitividade de um mercado⁴². Assim, teríamos uma concorrência perfeita quando se verificasse, ao menos, as seguintes características: 1) Número suficiente de produtores e consumidores, e nenhum deles detenha o poder, por conta própria, de modificar a situação do mercado. Aspeto que se chama de *atomicidade*; 2) Perfeita substituibilidade das mercadorias e serviços produzidos e oferecidos, ou seja, o poder de o consumidor utilizar outro produto ou serviço para as mesmas necessidades. Característica denominada como *homogeneidade*; 3) Vendedores e compradores perfeitamente informados sobre o mercado de modo suficiente a poderem vender e comprar produtos e serviços a preços razoavelmente correspondentes às qualidades que desejarem. Em uma palavra: *transparência*; 4) Ausência de entraves à liberdade de entrada ou saída do mercado de novos produtores ou adquirentes. Nomeadamente *fluidez*, ou não viscosidade⁴³.

Hoje há consenso no sentido de que a concorrência perfeita é uma utopia, e embora seus elementos ainda sejam indicadores úteis, a presença de concorrência agarra-se à liberdade de escolha por parte dos consumidores⁴⁴. Como princípio, a livre concorrência preconiza um mercado funcionando sobre um processo de rivalidade real ou potencial entre seus agentes

⁴² Todavia, não se pode olvidar a existência de entendimento contrário. Conforme leciona “Para estes autores uma situação de concorrência perfeita acabaria, aliás, por evitar qualquer actuação concorrencial, na medida em que nenhum agente actuando no mercado estaria em posição de influenciar os preços, o que excluiria qualquer situação de competição.”, Ferreira, E. P. (2001), op. cit. p. 463.

⁴³ Patrício, J. S. (1982). Direito da Concorrência Aspectos Gerais. Lisboa: Gradiva, p. 9 a 10.

⁴⁴ Cf. Moncada, L. S. (2018), op. cit. pp. 439-440.

econômicos⁴⁵. Onde esteja em curso, ou a qualquer momento possa se iniciar uma competição pelo domínio do mercado⁴⁶.

Quanto maior a variedade de escolhas do consumidor, quando maior a rivalidade, ou seja, quando maior a concorrência, menor será a diferença entre os preços praticados pelo produtor e seus custos marginais, até o limite onde os valores cobrados dos consumidores são aqueles necessários à remuneração do capital empregado na produção⁴⁷. Os fornecedores, em primeiro lugar, tenderão a reduzir os preços de seus produtos e serviços até o máximo possível, a fim de angariarem maior parcela de consumidores, portanto, a concorrência garante preços mais baixos. Concomitantemente, fomenta a inovação e o aprimoramento dos meios de produção, haja vista que as empresas buscarão se destacar por outros meios que não sejam somente a redução de preços, buscarão desenvolver técnicas que lhes permitam produzir mais e/ou mais barato e novos produtos e serviços.

Não é preciso refletir profundamente para concluir que inovações fazem bem à economia, sem nos estendermos, basta observar que não fosse o invento da máquina a vapor a produção em massa jamais seria possível e muitas pessoas deixariam de ter acesso a bens que lhe são úteis. Novas tecnologias modernizam os meios de produção, tornam mais fácil o transporte, a locomoção, levam produtos e os serviços a novos lugares, criam mercados, dentre outra infinidade de fatores. É bem verdade, nem sempre com consequências exclusivamente positivas, mas, no geral, fomentando a economia⁴⁸.

⁴⁵ Segundo a Enap “Agente econômico é qualquer pessoa física ou jurídica (empresa privada ou pública, com fins lucrativos ou não, indústria, comércio, profissional liberal, etc.) que participe como sujeito da atividade econômica, atuando isolada ou coletivamente, podendo ser organizado formalmente ou não”. Prevenção e Detecção de Cartéis em Licitações - MÓDULO 1 - Defesa da Concorrência. Escola Virtual. Gov. (EV. G). [Online] Escola Nacional de Administração Pública - Enap. [Citado em: 26 de 06 de 2020.] <https://www.escolavirtual.gov.br/>.

⁴⁶ De acordo com o CADE: “A concorrência é um processo empreendido por determinados agentes econômicos que se caracteriza pela busca de vantagens (diferenciação) obtidas por meio de estratégias deliberadas com o objetivo de gerar ganhos excepcionais (lucros de monopólio), ainda que temporários.” (Cade, 2016, p. 6). Na síntese do Enap “(...) Concorrência pode ser definida como o processo de rivalidade entre os agentes de mercado.” *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Sobre o tema ver Banco Central europeu. (27 de junho de 2017). *Como contribui a inovação para o crescimento?* Obtido em 03 de outubro de 2020, de Banco Central Europeu: <https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me->

Tal como explana o economista Luigi Zingale, as vantagens do mercado competitivo são diversas:

A concorrência limita a possibilidade de obter lucros extraordinários, e assim limita também a desigualdade de renda. A concorrência garante que os consumidores desfrutem dos benefícios da inovação. A concorrência cria pressão no sentido da eficácia e, portanto, da meritocracia, sistema no qual as responsabilidades são designadas às pessoas mais capazes de produzir resultados e no qual as recompensas são vistas então como prêmio justo.

A concorrência traz ainda mais do que isso: proporciona aos consumidores a liberdade de escolher. O fato de os consumidores poderem passar de um fornecedor para o outro os protege das empresas que tentam explorá-los com preços altos e também garante que seu bem-estar seja aumentado. Para se manter em atividade, as empresas oferecerão aos consumidores os termos mais favoráveis.⁴⁹

O autor italiano assevera que “mercados competitivos levam a uma alocação eficiente dos recursos (aquilo que os economistas chamam de *primeiro teorema do bem-estar*)” e continua: “A concorrência também gera benefícios sociais, ao punir a discriminação. Num mercado competitivo, os indivíduos que desejam discriminar outros, recusando-se a negociar com eles, acabarão eles mesmos em situação pior. Por este motivo, quando a intensidade da concorrência aumenta, a discriminação diminui”⁵⁰. Neste sentido, mantém saudável o mercado e gera benefícios aos consumidores, às empresas e aos Estados, auxiliando este último, como visto, na persecução de muitas outras finalidades para além da manutenção da livre iniciativa.

Por esta razão, hoje em dia, a legislação de defesa da concorrência supera o desiderato de manutenção dos comércios. Sim, ela visa “assegurar uma estrutura e comportamento concorrencial dos vários mercados”, mas, com a confiança de que, assim, se obterá seleção dos mais capazes, melhor satisfação das necessidades dos consumidores, maior eficiência produtiva

more/html/growth.pt.html#:~:text=Um%20dos%20benef%C3%ADcios%20mais%20importantes,contributo%20para%20o%20crescimento%20econ%C3%B3mico.&text=Com%20o%20aumento%20da%20produtividade,a%20um%20crescimento%20da%20eco

⁴⁹ Zingales, L. (2012). *Um Capitalismo Para o Povo*. São Paulo: Bei. p. 24.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 26-27.

e melhor utilização dos recursos econômicos disponíveis, dentre outras utilidades⁵¹. Mais que isso, quer impedir ou obstaculizar a concentração excessiva de poder econômico, posto que esta culmina em dirigismo econômico, o qual, por sua vez, põe em causa todos os propósitos da defesa da concorrência.

É importante entender, porém, que nem sempre a ausência de concorrência representa uma ilegalidade. Em primeiro lugar porque há hipótese em que o monopólio será natural (pela impossibilidade física da exploração da atividade econômica por mais de um agente) ou legal (quando decorrente do direito de exploração de patente ou por exclusividade de exploração de atividade econômica estabelecida pelo Estado)⁵². Em segundo lugar, porque seria um contrassenso estimular uma disputa cuja recompensa ao final será censurada. Empresas só concorrerão caso possam usufruir dos benefícios da vitória. Por esta razão, se a concorrência for eliminada de forma legítima, não haverá intervenção por parte do Estado. Se um ente privado anular licitamente seus rivais, o que Estado poderá fazer é impedir eventual abuso de direito, pois, como dito, as regras de livre concorrência também visam impedir o dirigismo econômico.

Mas, sim, a concorrência é preferida, por esta razão as autoridades estatais atuam de modo a prevenir o domínio e o controle dos mercados e também a reprimir aqueles que não são obtidos por meio da concorrência.

1.4 Campo de atuação do direito da concorrência

De largada deve-se compreender quem está sujeito às regras do direito da concorrência. Sobre o tema, tanto a legislação brasileira quanto a portuguesa, em que pese divergirem a respeito do conceito de empresa em termos de direito comercial⁵³, no ambiente do direito da concorrência têm noções virtualmente idênticas.

⁵¹ Moncada, L. S. (2018), op. cit. p. 437.

⁵² Cf. Figueiredo, L. V. (2019), op. cit. p.75.

⁵³ A doutrina do direito comercial brasileira e portuguesa têm entendimentos distintos sobre o conceito de empresa. Para a primeira, empresa significa a atividade comercial desempenhada por uma pessoa singular (pessoa física) ou coletiva (pessoa jurídica), a qual, por seu turno, é o empresário, por meio do estabelecimento, que é o conjunto de bens (materiais e imateriais) afetados para o exercício da atividade (empresa). O empresário é a sociedade que explora a atividade, a empresa é a própria atividade desenvolvida e estabelecimento é o conjunto

No ordenamento jurídico brasileiro a abrangência da legislação concorrencial fica posta nos artigos 31 a 35 da Lei de Defesa da Concorrência (LDC). No primeiro dispositivo (artigo 31) fala-se que qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, com ou sem personalidade jurídica, de fato ou de direito, está sujeição aquela lei. Nos artigos seguintes, usa-se o termo empresa, mas, fica claro, referindo-se a qualquer um que se enquadre nos limites do anterior⁵⁴. Já a legislação portuguesa se vale mesmo da palavra empresa, mas, dando-lhe o significado no artigo 3.º como sendo “qualquer entidade que exerça uma atividade econômica”⁵⁵. Tão abrangente quanto é a compreensão da União Europeia, onde exige-se apenas o exercício continuado de uma atividade económica e a existência de relativa “autonomia real” nas “decisões e comportamentos”⁵⁶.

Estamos diante de conceitos bem alargados que abrangem, na prática, qualquer pessoa que tenha capacidade de interferir no comércio, em outros termos, estão sujeitos às regras da livre concorrência qualquer agente econômico. Não há neste campo do direito espaço para estratégias relacionados com o tipo de pessoa (singular ou coletiva), a finalidade (com ou sem fins econômicos), composição ou forma de organização jurídica, o que se quer é saber se o agente está inserido no contexto mercadológico e se tem capacidade para interferir nele.

dos bens utilizados para realizar a atividade (diferindo, assim, do patrimônio que englobará bens da pessoa coletiva que não essenciais ao desempenho da atividade). No ordenamento jurídico português podemos mencionar, de forma sintética, o entendimento de Paulo Olava Cunha, que entende “empresa como uma organização dinâmica que não se diferencia do empresaria, seu titular, nem do estabelecimento que dela faz parte integrante (e que se pode considerar como o seu aspecto estático.”, Cunha, P. O. (2015). *Direito das Sociedades Comercial* (5ª ed.). Coimbra: Almedina, p. 6.

⁵⁴ Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. “Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”; “Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.”

⁵⁵ Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio “Artigo 3.º Noção de empresa 1 - Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.”

⁵⁶ Santos, A. C., Gonçalves, M. E., & Marques, M. M. (2014). *Direito da Económico* (7ª Edição ed.). Coimbra: Almedina, pp. 328-329; Moncada, L. S. (2018), op. cit. p. 449.

Neste contexto é natural ao direito da concorrência uma seleção das práticas que lhe importam. Se sua preocupação é com o bom funcionamento do mercado, atos irrelevantes e agentes insignificantes, via de regra, não serão por si abrangidos⁵⁷. É com a ordem econômica, o arranjo legal que a Constituição ou os tratados determinam para a vida econômica das Nações⁵⁸ ou da Comunidade, que o direito da concorrência está interessado. Assim sendo, para a União Europeia a depuração será ainda maior, pois a atenção é com a ordem econômica da comunidade, logo, somente condutas que afetem mais de um Estado-Membro serão de interesse dos órgãos que cuidam das regras da concorrência neste espaço⁵⁹.

Na esteira desta lógica, um agente que atua num mercado competitivo, na grande maioria das vezes, sozinho, não tem potencial para abalar a ordem econômica. Poderá, é claro, descumprir outros mandamentos fundamentais – e por tais descumprimentos responderá na medida da legislação sobre o tema –, porém, para ser capaz de infringir a ordem econômica, para que sua prática seja capaz de restringir a concorrência⁶⁰, tem de possuir poder econômico dentro de um mercado relevante, ou participar de acordo que o abale de forma sensível.

Mercado relevante, ou simplesmente mercado, é o campo de atuação onde estão inseridos agentes econômicos e consumidores, numa relação em que os primeiros disputam a atenção dos segundos, ou seja, onde as empresas competem pelo maior número de clientes. Delimita-se, de forma muito simplória, pelo leque de fornecedores à disposição dos consumidores e que estejam aptos a atenderem determinadas necessidades destes. Quer isso dizer, enquanto for viável à maior parte da clientela substituir o fornecedor ou o produto em resposta a um aumento de preços, pequeno, porém, significativo e não transitório⁶¹, estaremos

⁵⁷ Neste sentido, bem atenta Moncada, que órgãos europeus competentes entendem que empresas que têm fracas posição no mercado não têm a capacidade de infringir os artigos 101º e 102º da TFUP com suas atividades, posto que não causam “restrição sensível” da concorrência. Moncada, L. S. (2018). op. cit. p. 449.

⁵⁸ Figueiredo, L. V. (2019) op. cit. p. 23.

⁵⁹ Moncada, L. S. (2018). op. cit. p. 449.

⁶⁰ Infrações à ordem econômica é o nome dado às condutas que desrespeitam as normas que protegem a livre concorrência no Brasil. Práticas restritivas da concorrência é o nome dado às condutas que desrespeitam as normas que protegem a livre concorrência em Portugal.

⁶¹ O aumento aqui referido será entre 5 a 15%, a juízo do técnico, num espaço de tempo não inferior a um ano. Gaban, E. M., & Domingues, J. O. (2016), op. cit. p. 107.

dentro de um mesmo mercado relevante⁶². A substituição que não for viável ao consumidor, seja porque está fora de seu alcance geográfico, seja por se tratar de um produto diferente, que não satisfaz suas necessidades, pertencerá a outros mercados⁶³.

⁶² A determinação do mercado relevante é tarefa bem complexa e que pode ser realizada através de vários métodos. Por esta razão, em 2010 o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), publicou um estudo sobre a Delimitação de Mercado Relevante, Crf. Departamento de Estudos e Grupo de Trabalho de Métodos em Economia (GTME - GT n.º 3). (novembro de 2010). *Delimitação de Mercado*. Obtido em julho de 2020, de CADE: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf. No mesmo sentido, para dar norte à questão, veio a Comunicação da Comissão europeia, n. 97/C372/03 dando a definição de mercado relevante. Pela mesma razão Ana Frazão defende que a apuração da participação de mercado de uma empresa é apenas uma das formas de se verificar a posição dominante. Mais um método, dentre outros, de se aferir a “capacidade dos agentes econômicos de causar impacto no funcionamento do mercado por meio de uma prática ou concentração empresarial investigada”, o que se quer é que sejam analisados os “efeitos concorrências das operações”. Frazão, A. (2017). *Direito da Concorrência Pressupostos e perspectivas* (1ª ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva, p. 140-297. Em sentido oposto estão Eduardo M. Gaban e Juliana O. Domingues, para os quais a investigação da existência de um conduta anticoncorrência ou uma operação de concentração, passa, antes de tudo, pela averiguação da dimensão do mercado afetado. Gaban, E. M., & Domingues, J. O. (2016), op. cit. p. 106-17.

⁶³ Regista-se a definição adotada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em seu glossário: “The starting point in any type of competition analysis is the definition of the "relevant" market. There are two fundamental dimensions of market definition: (i) the product market, that is, which products to group together and (ii) the geographic market, that is, which geographic areas to group together. Market definition takes into account both the demand and supply considerations. On the demand side, products must be substitutable from the buyer’s point of view. On the supply side, sellers must be included who produce or could easily switch production to the relevant product or close substitutes. Market definition generally includes actual and potential sellers, that is, firms that can rapidly alter their production processes to supply substitute products if the price so warrants. The rationale for this is that these firms will tend to dampen or curb the ability of existing firms in the market to raise price above the competitive level. The location of buyers and sellers will determine whether the geographic market is local, regional, national or international. If markets are defined too narrowly in either product or geographic terms, meaningful competition may be excluded from the analysis. On the other hand, if the product and geographic markets are too broadly defined, the degree of competition may be overstated. Too broad or too narrow market definitions lead to understating or overstating market share and concentration measures.” *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*. (16 de 07 de 1993). Obtido em 18 de 05 de 2020, de www.oecd.org: <https://www.oecd.org/competition/abuse/2376087.pdf>

Com a mensuração do mercado passa a ser possível dimensionar o agente econômico, bem como o impacto de sua conduta. Somente quando o mercado relevante está dominado⁶⁴, ou quando for abalado de forma sensível, haverá afronta à concorrência no sentido de que os consumidores terão pouca ou nenhuma escolha a não ser se submeterem às práticas executadas. Quando há concorrência ou, em outras palavras, quando não há mercado relevante dominado ou abalado sensível, a ação anticoncorrencial praticada por um comerciante culminará na migração de seus clientes para os seus rivais⁶⁵, ou não terá efeito no mercado, portanto, não há que se falar em restrição à concorrência. A posição de domínio⁶⁶ somada à determinadas práticas anticoncorrenciais faz surgir o abuso do poder econômico ou abuso de posição dominante⁶⁷. Acordos que provoquem abalo sensível ao mercado relevante, são os mal-afamados cartéis⁶⁸.

⁶⁴ E só pode ser dominado por aquele que tenha poder econômico ou poder de mercado,

⁶⁵ É o que se entende por rivalidade, quando outras empresas possuem a capacidade de absorver a clientela vinda de uma empresa – ou grupo de empresas – que promova um aumento significativo e não transitório de preços. Não haverá rivalidade, porém, se os concorrentes não tiverem a capacidade de absorver a maior parte da clientela que deseja migrar, Gaban, E. M., & Domingues, J. O. (2016), op. cit. p. 119.

⁶⁶ Para alguns, a expressão posição dominante aqui posta deveria ser substituída pela expressão poder de mercado ou até poder econômico. A Escola Nacional de Administração Pública – Enap, entende, por exemplo, que posição dominante é o controle de parcela substancial de mercado relevante, ao passo que poder de mercado é a capacidade de manter preços “sistematicamente acima do nível competitivo de mercado, sem com isso perder todos os seus clientes”, deste modo, todo aquele que tem poder de mercado, tem posição dominante, mas, nem todos que têm posição dominante têm poder de mercado (Prevenção e Detecção de Cartéis em Licitações - MÓDULO 1 - Defesa da Concorrência). Ana Frazão utiliza as expressões como sinônimas. Seja como for deve-se ter em mente que o desiderato é impedir o mal uso de poder, seja este poder representado pela expressão “poder de mercado”, “posição dominante” ou “poder econômico. Frazão, A. (2017), op. cit. p. 31.

⁶⁷ A legislação do Brasil ora fala em abuso de poder econômico (art. 172, §4º da CRFB), ora em abuso de posição dominante (art. 36, incisos II e IV, §2º da Lei 12.529/2011). Na legislação europeia, Portugal e União Europeia utilizam apenas a expressão abuso de posição dominante (Lei 19/2012, art.º 11.º e TFUE art.º 102.º), conceito que, para a doutrina, aproxima-se do que se entende poder econômico, que é a “capacidade da empresa de alterar as condições ou os resultados dos mercados de bens ou serviços de tal forma que daí para ele resulte vantagens acentuadas”, Moncada, L. S. (2018). op. cit. p. 466.

⁶⁸ Aqui, dito, no seu sentido mais amplo, como qualquer acordo, decisões de associação ou práticas concertadas. Mas é bom dizer, basta que haja suscetibilidade deste abalo. *Ibidem*, p. 449.

Não se pode olvidar, contudo, o fato de que, no Brasil, presumivelmente se alcança a posição de domínio com o controle de apenas 20% do mercado relevante⁶⁹. Muito embora este marco não seja o único fator determinante – há de se avaliar ainda a existência de barreiras a entrada naquele mercado, possibilidade de substituição por meio de importações, rivalidade, dentre outros fatores – é o mais relevante na avaliação de poder de mercado⁷⁰, suficiente para gerar uma presunção. Ademais, a legislação do país não prevê um limite objetivo no traçado do mercado relevante, destarte, ao menos em tese, podemos ter situações onde uma microempresa exerce domínio, porque diminuto também é o mercado. Suponhamos, por exemplo, uma pequena localidade afastada de todas as suas vizinhas e com um irrelevante comércio local onde existe tão somente um estabelecimento a comercializar determinado produto. Muito provavelmente este estabelecimento seria considerado como detentor de poder de mercado⁷¹. Este fenômeno não se dará em âmbito europeu, dado a necessidade de se abrangerem mercados de mais de um Estado-Membro e o conceito de afetação sensível.

A noção de “afetação sensível do mercado” reforça a vocação seletiva do direito da concorrência. Segundo a Comissão, via de regra, não existirá capacidade de afetar o comércio intra UE, acordos cuja “quota de mercado agregada” – ou seja, a soma das quotas de mercados dos integrantes do acordo –, não ultrapasse 5% do mercado relevante na UE e, concomitantemente, em se tratando de acordos horizontais⁷², o “volume de negócios anual

⁶⁹ Lei 12.529/2011, art. 36, §2º “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo empresas for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo cade para setores específicos da economia.” O que quer a lei é que aquele que tem parcela substancial do mercado (20%), bem como aquele que tenha poder de variar preços sem temer a concorrência, sejam visto com mais cautela, pois muito provavelmente ostentam poder de mercado, do qual não podem abusar.

⁷⁰ Gaban, E. M., & Domingues, J. O. (2016). op. cit. p. 114.

⁷¹ A propósito a cartilha do CADE cita explica: “De maneira geral, padarias são empresas pequenas, o que leva a maioria das pessoas a pensar que não poderiam adotar condutas anticompetitivas. No entanto, se o mercado relevante dos produtos vendidos em padarias for geograficamente limitado a um bairro e todas as padarias do bairro entrarem em acordo para definir preços uniformes, então estarão formando um cartel, passível de punição.”, Cade. (Maio de 2016). *Cartilha do Cade*. Obtido em 12 de 01 de 2020, de Conselho Administrativo de Defesa Econômica: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.png/view>, p. 15.

⁷² Caracterizado como o acordo entre agentes que atual no mesmo mercado relevante.

agregado das empresas” – que isso dizer, o facturamento em conjunto –, relativo aos produtos e serviços abarcados pelo acordo, não seja superior a 40 milhões de euros, ou, na hipótese de acordos verticais⁷³, o “volume de negócios anual agregado do fornecedor”, relacionado com os produtos e serviços inseridos no acordo, não seja superior a 40 milhões de euros⁷⁴.

Para além, a legislação europeia e portuguesa não predeterminam uma parcela de mercado que leve à presunção de domínio. Todavia a Comissão já se manifestou no sentido de que um percentual inferior a 40% de quota de mercado denota inexistência de poder econômico⁷⁵. Por outro lado, já decidiu o Tribunal de Justiça das Comunidades (TJC) que uma quota de 70% ou mais pressupõe o domínio⁷⁶. Ressalta-se, porém, que tais margens são indicadoras e não regras.

Portugal ainda ostenta uma peculiaridade, prevê outra figura que anda ao lado do abuso de posição dominante, o abuso de dependência econômica⁷⁷. Nesta um agente econômico está proibido de explorar outros que, de si, dependam demasiadamente. Trata-se de figura muito relacionada com relações contratuais. É de se notar, entretanto, que quando uma empresa está em estado de dependência para com outra, quase sempre haverá um poder de mercado que implicará abuso de posição dominante.

No que se refere aos acordos, é pacífico na União Europeia que certas convenções não abalam a concorrência. Conforme já mencionado qualquer acordo têm de ser suscetíveis de

⁷³ Relativo ao acordo celebrado entre agentes inseridos em mercados diversos, porém em cadeia comum.

⁷⁴ Comissão Europeia. (2004). Comunicado da Comissão - Orientação sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. *Jornal Oficial da União Europeia*.

⁷⁵ *Vide* Comunicações Oriundas Das Instituições E Dos Órgãos Da União Europeia “A Comissão considera que as quotas de mercado pequenas dão geralmente uma boa indicação da ausência de poder de mercado significativo. A experiência da Comissão sugere que, quando a quota da empresa é inferior a 40 % no mercado relevante, é pouco provável que exista posição dominante. No entanto, poderão existir casos específicos de empresas abaixo deste limiar em que os concorrentes não tenham capacidade de pressionar de forma eficaz a conduta da empresa dominante, nomeadamente quando têm graves limitações de capacidade. A Comissão poderá interessar-se também por casos deste tipo.” Comissão Europeia. (2009). Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamento de exclusão abusivo por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02). *Jornal Oficial da União Europeia*, p. 3.

⁷⁶ Segundo Moncada, o Acórdão de 13-02-79, Moncada, L. S. (2018), op. cit. p. 466.

⁷⁷ *Vide* artigo 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

afetar sensivelmente o comércio entre dois países membros da UE⁷⁸. Mas o ordenamento jurídico europeu vai além, há casos em que a comissão europeia pode deixar de aplicar a proibição prevista no art.º 101º do TFUE, o que fará amparada no n.º 3 do próprio dispositivo. Para tanto, o acordo deve preencher certas condições positivas e negativas. A coligação deverá gerar benefícios no sentido de melhorar a produção ou distribuição dos produtos e serviços ou gerar progresso técnico ou econômico. Concomitantemente, não pode impor aquilo que não for necessário à geração daquelas benesses, bem como não pode ser meio ou causa de eliminação de parte substancial da concorrência.

Na legislação e doutrina brasileira não se trata de um tema pacífico. Ana Frazão, por exemplo, defende que qualquer acordo entre concorrentes que possa afetar a concorrência, é potencialmente lesivo e, portanto, configura infração à ordem econômica, sendo dispensável, inclusive, a aferição de “mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado”. Noutro sentido, Eduardo Molan Gaban e Julia Oliveira Domingues escrevem que os efeitos dos acordos só podem ser avaliados corretamente com a identificação da posição dos agentes nos mercados e que deveriam ser avaliados sob o crivo da regra *per se*. Todavia, não há na legislação tupiniquim regras que concedam legalidades a acordos que mesmo só potencialmente afetem a livre concorrência, tal como há na legislação europeia. Inclusive estes últimos autores admitem a tendência do Cade para condenarem tais práticas em quaisquer circunstâncias.

Por fim, a concorrência ainda pode ser abalada por meio de intervenções estatais que outorgam benefícios a determinadas empresas em detrimento de outras. Tais práticas causam distorção do mercado porquanto colocam as empresas favorecidas em uma posição de vantagem perante as outras, sem que esta posição provenha de sua própria capacidade. Isto, é claro, põe em xeque todos os proveitos advindos da concorrência⁷⁹. A proscrição aos auxílios estatais, porém, é natural à União Europeia e Portugal, não havendo igual vedação com os

⁷⁸ Moncada, L. S. (2018), op. cit. p. 450.

⁷⁹ Como bem ensina Eduardo Lopes Rodrigues: “De facto, as Ajudas de Estado podem falsear a concorrência de várias maneiras, desde os clássicos entraves à optimização da alocação dos recursos, até à produção de efeitos proteccionistas equivalentes a barreiras tarifárias, restrições quantitativas ou medidas de efeito equivalente.”, Rodrigues, E. L. (1990). *O Acto Único Europeu e a Política de Concorrência*. Lisboa: Banco de Fomento e Exterior, p. 488.

mesmos fins no ordenamento jurídico do Brasil, ainda que este, na qualidade de uma federação, ostente Estados com enorme autonomia.

Temos assim três grandes formas de abalar a concorrência em todos os ordenamentos jurídicos analisados. Por meio de um abuso de poder (Abuso de posição dominante, abuso de poder econômico ou abuso de dependência econômica), através de convenções (cartéis, práticas concertadas e decisões de associação) e auxílios estatais. Todas elas passíveis de serem perpetradas através de um número sem limite de condutas. Por ser voltado para práticas dos Estados e não das empresas e por não ser uma proscricção comum aos ordenamentos jurídicos sob análise, este trabalho não se ocupará desta última forma de interferência na livre concorrência. Fica assim apenas seu registro.

Conclui-se dizendo que os ordenamentos jurídicos ostentam mais pontos de encontro do que de desencontro. Seja o Brasil, Portugal ou a União Europeia, deixam em aberto quais condutas são passíveis de afetar a livre concorrência, se limitando a apresentarem um rol exemplificativo das condutas que podem culminar em ilícitos concorrenciais⁸⁰. No Brasil este rol se encontra no artigo 36, §3º da Lei 12.529/2011, em Portugal na Lei n.º 19/2012, artigos 9.º a 12.º e, para UE, nas alíneas dos artigos 101.º e 102.º da TFUE. O foco de todos os ordenamentos é mesmo nos efeitos negativos, seja qual for a conduta, na livre concorrência⁸¹.

⁸⁰ Cf. Pires, A. S., Rosário, P. T., & Bahamonde, R. (2020). *Compliance - Perspetivas e novas dinâmicas*. Coimbra: Almedina, p 48.

⁸¹ É importante notar que a legislação brasileira traça caminho cronologicamente contrário na constatação de uma infração à ordem econômica. Quer dizer, primeiro a Lei 12.529/2011 aponta certos efeitos, bem abertos, com os quais se preocupa, tais como a limitação e o falseamento da livre concorrência, o domínio do mercado, a elevação de preços e o exercício abusivo de posição dominante (art. 36, *caput* e incisos). Depois, o mesmo dispositivo elenca formas ilícitas de se alcançar estes efeitos acautelados (art. 36, §3º, incisos a XIX). Mas, como dito, este rol de meios não é taxativo, daí a insistência de alguns autores – já exposta neste trabalho –, no sentido de que as análises de fatores, como o mercado relevante e a fatia de mercado, serem apenas métodos para se averiguar a lisura do caminho percorrido até os efeitos vigiados, uma vez que, estes, podem ser alcançados por métodos que escapam aos filtros daquelas técnicas. Esta subjetividade da legislação brasileira é perigosa, pois, quando a tipicidade (conduta proscrito) o resultado e “nexo de causalidade” (para nos valermos de palavras comuns ao direito criminal) são abertos, não há balizas rígidas para a atuação do poder público. Neste sentido, Ana Frazão reconhece “a infração antitruste apresenta três características que, quando reunidas, atribuem ao Estado uma enorme discricionariedade para sua identificação: tipicidade aberta, inexigibilidade de produção de efeitos negativos concretos (...) e prescindibilidade de culpa, pelo menos no sentido tradicional. Cada uma destas características já é bastante complicada do ponto de vista da segurança jurídica do

1.5 Formas de Atuação das Autoridades de Concorrência

Conforme mencionado, para além de promover a advocacia do direito da concorrência, no geral, as autoridades da concorrência atuam de duas maneiras: Preventiva e Repressivamente, assim comunica sua atuação a Autoridade da Concorrência de Portugal (AdC)⁸², assim o faz o Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil (Cade)⁸³, e não é diferente para os

administrado, mas, ao serem somadas, resultam em combinação verdadeiramente explosiva, que se não for muito bem controlada pela autoridade antitruste, pode tornar-se fonte de punições arbitrárias e destituídas de razoabilidade” (Frazão, Direito da Concorrência Pressupostos e perspectivas, 2017, p. 246). O que se verifica na prática é que esta discricionariedade está mais limitada pela capacidade funcional do Cade, do que por outras fronteiras legais, fato este gerador de instabilidade jurídica, e preocupações. Um verdadeiro problema latente.

⁸² Segundo a Autoridade da Concorrência: “Para o desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação que são, de forma sintética, os seguintes: No exercício dos seus poderes sancionatórios: Identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos; Aplicar as coimas e demais sanções e medidas previstas na lei; e Adotar medidas cautelares, nos termos do regime jurídico da concorrência e de outras disposições legais aplicáveis. No exercício dos seus poderes de supervisão: Instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia; proceder à realização de estudos, inspeções e auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários; e praticar os demais atos previstos na lei. No exercício dos seus poderes de regulamentação: Elaborar e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular, nos termos legalmente previstos; Emitir recomendações e diretivas genéricas; Pronunciar-se, a pedido da Assembleia da República ou do Governo, sobre iniciativas legislativas ou outras relativas à promoção e defesa da concorrência; e Formular sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório.” Acessível em http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/Missao_e_atribuicoes/Paginas/missao-e-atribuicoes.aspx.

⁸³ Consta das competências do CADE, segundo o site do próprio órgão: “As atribuições do Cade são definidas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e complementadas pelo Regimento Interno do Cade (RiCade). A autarquia exerce três funções: Preventiva: analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência. Repressiva: investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência. Educativa: instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas.” Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna.

órgão responsáveis pelo direito da concorrência na União Europeia, a Comissão Europeia⁸⁴, tendo em vista sua sistemática normativa.

A atuação preventiva consiste na diminuição do terreno fértil às condutas anticoncorrenciais com o “controle sobre as estruturas do mercado”⁸⁵, a fim de evitar a formação do poder de mercado. Por seu turno, a atuação repressiva visa dissuadir comportamentos proveitosos às empresas, mas, perniciosos à livre concorrência ou aos valores que ela procura proteger. Para tanto, as autoridades se valem de punições que tornem aqueles comportamentos indesejados ou arriscados. Neste ponto o intuito não é evitar a formação do poder de mercado, mas sim seu exercício nocivo.

Porque a atuação preventiva foca nas estruturas do mercado e a repressiva nas condutas, a primeira recebe, também, o nome de controle de estrutura ao passo que a segunda, controle de condutas. Em verdade o ordenamento jurídico de cada país determinará o que está sujeito ao controle de conduta e o que está sujeito ao controle de estruturas, pois nem sempre existe uma caracterização precisa sobre o enquadramento mais adequado da prática⁸⁶.

Como se verá, programas de *compliance* servem mais à prevenção do que à repressão e, além disso, quando implementados, estarão mesmo inseridos nas estruturas das empresas representado um de seus setores que afeta recursos, espaços e pessoal. Todavia, por se destinarem mais à prevenção de condutas anticoncorrenciais do que de operações que geram a formação de poder de mercado através de alteração das estruturas dos agentes económicos, serão aqui inseridas na atuação repressiva das autoridades de concorrência, no controle de condutas⁸⁷. Destarte, este trabalho, conforme já mencionado, se ocupará tão somente das condutas que interessam a esta forma de atuação.

⁸⁴ De acordo com António Carlos dos Santos, a aplicação do direito europeu da concorrência compete à Comissão Europeia (DG-COP e serviços especializado «*Merger Task Force*»), ao Tribunal de Primeira Instância (TPI) e ao Tribunal de Justiça (TJUE), mas, cabe à Comissão “velar pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 101.º e 102.º”, Santos, A. C., Gonçalves, M. E., & Marques, M. M. (2014), op. cit., pp. 313 e 365.

⁸⁵ Azevedo, P. F. (2019). *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. Em L. B. Timm, *Direito Econômico no Brasil*. São Paulo: Foco, p. 287.

⁸⁶ Frazão, A. (2017), op. cit. p. 113.

⁸⁷ Assim justifica o CADE, sem seu Guia – Programas de *Compliance*, a inserção do *compliance* no controle de condutas: “O principal foco desse guia são as práticas sujeitas à função repressiva do Cade. Isso porque os

1.6 Sanções

Por fim, deve-se tecer aqui breves comentários a respeito das sanções aplicáveis em cada ordenamento, afinal, são elas a principal razão de se querer um programa de *compliance*, principalmente por serem bastante graves.

No Brasil, os artigos 37, 38 e 39 da LDC prometem Sanções aqueles que forem responsáveis pela prática de infrações à ordem econômica, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem fins econômicos, no seguimento do conceito de empresa já aqui exposto. Assim, o artigo 37 prevê multas às empresas ou conglomerado, que vão de 0,1 a 20% do valor do faturamento bruto anual no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração – ou do faturamento bruto, caso este não seja passível cálculo ou não for inequívoco –, nunca sendo inferior à vantagem auferido. Imensurável a punição nos termos deste critério, e, tratando-se de pessoas que não exercem atividade empresarial, física ou jurídica, então a multa será de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Administradores responsáveis pela infração, ainda que de forma culposa, podem ser condenados em valores que variam entre 1 a 20% daqueles aplicadas. As multas serão em dobro no caso de reincidência⁸⁸.

Há ainda penas não pecuniárias, como: 1) Publicação da condenação em veículo de comunicação indicado na decisão, à custa do condenado; 2) Proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação de qualquer ente da Federação, seja da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; 3) Inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; 4) Recomendação a outros órgãos públicos para que seja concedida licença

programas de *compliance* visam primordialmente impedir que empresas, organizações e pessoas físicas violem a LDC, ou seja, adotem práticas que configurem infrações à ordem econômica, tornando-se sujeitas a severas penalidades aplicáveis pelo Cade. Tais práticas podem ser (i) horizontais, praticadas por agentes que concorrem entre si; (ii) verticais, praticadas por agentes que atuam em níveis diferentes de uma mesma cadeia de produção; ou (iii) unilaterais, praticadas por agentes com posição dominante, Cade. (janeiro de 2016). *Guia Programas de Compliance*. Obtido em 12 de janeiro de 2020, de Conselho Administrativo de Defesa Econômica: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf, p. 7.

⁸⁸ Vide art. 37 da Lei 12.529/2011.

compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do condenado, na hipótese da infração estar relacionada com o uso desse direito, ou para que não lhe seja concedido, ou sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios público e parcelamento de tributos federais e 5) Proibição de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, durante 5 (cinco) anos. Para além, a condenação pode até mesmo impor a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade⁸⁹.

Vale destacar a possibilidade de a condenação impor qualquer medida necessária a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, porque aqui se verifica a possibilidade do Cade exigir a implantação de um programa de *compliance*.

Qualquer descumprimento das obrigações impostas na condenação, ou a continuidade das práticas anticoncorrenciais, poderá gerar multa entre R\$ 5.000,00 a R\$ 250.000,00 por dia⁹⁰.

Na União Europeia as multas são mais brandas, mas, ainda substancialmente elevadas. Assim, o descumprimento das regras da concorrência pode gerar sanções na monta de até 10% do volume de negócios anual, a nível mundial, do agente econômico⁹¹. O descumprimento de uma decisão, ou de qualquer outra obrigação imposta expõe a empresa a uma sanção no valor de 5 % do volume de negócios diário médio realizado durante o exercício precedente⁹². Mesma lógica para a AdC, observando que há aplicação simultânea do direito interno e do direito europeu, mas, aquele deve se conformar com este⁹³, não podendo adotar medidas contrárias e contraditórias⁹⁴.

Destarte, no ordenamento jurídico de Portugal, também às pessoas físicas e jurídicas aplicam-se punições pela prática de infrações às normas de defesa da concorrência⁹⁵, sendo

⁸⁹ Vide art. 38 da Lei 12.529/2011.

⁹⁰ Vide art. 39 da Lei 12.529/2011.

⁹¹ Vide Art.º 23.º, n. 2. do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002

⁹² Vide Art.º 24.º, n. 2. do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002

⁹³ Crf. Santos, A. C., Gonçalves, M. E., & Marques, M. M. (2014), op. cit. p. 321.

⁹⁴ Vide Art.º 16.º, n. 2. do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, disponível

⁹⁵ Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio e Linhas de orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas, no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, onde determina “A Autoridade da Concorrência determina a coima aplicável por infração dolosa aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 e aos artigos 101.º e 102.º do

certo que o limite das coimas para as primeiras é aquele acima referido (de 10% do volume de negócios do exercício anterior à prática), e, para as segundas, 10% da remuneração anual auferida na empresa infratora. No ordenamento do País estes limites podem ser alargados caso o proveito econômico tenha sido superior ao valor máximo daqueles limites, mas, ainda assim, não poderá excedê-los em um terço, ou seja, a pena pode alcançar 13,33% do proveito econômico obtido⁹⁶.

O ordenamento lusitano conta ainda com sanções acessórias, a serem aplicadas nos casos em que a gravidade da infração e a culpa do infrator as legitimar. São duas providências muito semelhantes às penas não pecuniárias brasileiras: 1) Publicação no Diário da República e em veículo de comunicação de grande circulação nacional, regional ou local, considerando o mercado geográfico relevante afetado, do teor da condenação, também a ser custeado pelo infrator e 2) Proibição de realizar diversos tipos de contratos com a administração pública, “desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante”. Difere, todavia, na duração máxima que, neste caso será de dois anos⁹⁷.

Mais que isto, seja em terras lusitanas seja em terras tupiniquins, empresas estão ainda à mercê de processos cíveis onde poderão ser condenadas a compensarem os danos que suas condutas tenham provocada e, no Brasil, as pessoas físicas são passíveis de condenações criminais, nos termos do artigo 4º da Lei 8.137/1990. Muitas das condutas que perfazem ilícitos concorrenciais são também crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo⁹⁸.

TFUE nos termos das disposições pertinentes da Lei n.º 19/2012 e, subsidiariamente, das disposições do regime geral do ilícito de mera ordenação social (adiante, RGIMOS).”

⁹⁶ Crf. Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS).

⁹⁷ Vide art.º 71.º Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, Regime Jurídico da Concorrência.

⁹⁸ Na Lei 8.137/1990, em seu Capítulo II, Dos crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo, está inserido o art. 4º que versa: “Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.”

Consoante noção cedida, como exemplos de aplicação destas sanções, de modo a ver o quão pesadas podem ser, não se poderia deixar de falar sobre o Google, que em decorrência de abuso de posição dominante, atualmente, soma € 8,16 bilhões em coimas⁹⁹. Oportuno é notar que a Empresa é uma multinacional que comercializando bens imateriais, com o uso de novas tecnologias, fazendo a utilização massiva de dados, quer dizer, reunia características que tornam de difícil fiscalização.

Noutro giro, mas ainda relacionado com posição dominante podemos citar o caso da AB InBev, a maior fabricante de cerveja do mundo. A companhia atua em vários países da UE e, na Bélgica, tem o domínio de 40% do mercado em termos de volume de vendas. Sucede que a empresa praticava preços mais elevados naquele país, valendo-se de sua posição para restringir supermercados e grossistas de comprarem sua cerveja Jupiler, a preços mais baixos nos Países Baixos, onde lá tinha valores reduzidos em razão da maior concorrência. Por meio de investigação iniciada em junho de 2016, a Comissão verificou que tal fato perdurou de 9 de fevereiro de 2009 a 31 de outubro de 2016, razão pela qual aplicou uma coima à AB InBev em € 200,4 milhões, posteriormente reduzida em 15 % dado o reconhecimento da infração e aplicação de medidas corretivas por parte da empresa¹⁰⁰.

No que se refere a casos de cartéis, também muitos exemplos poderiam ser mencionados, nos restringiremos a mencionar apenas um para fins ilustrativos. Assim, serve o caso de fixação dos preços entre as companhias aéreas no qual a empresa Lufthansa se livrou de pesadas sanções da Comissão em razão de delação e colaboração com as investigações. A autoridade concedeu imunidade total da coima à Deutsche Lufthansa AG e às suas filiais Lufthansa Cargo e SWISS, mas condenou outras 11 empresa numa coima total de € 776 milhões¹⁰¹.

Interessante é que os mesmos fatos reverberarão no Brasil. Segundo o Cade, “A investigação do cartel de carga aérea teve início em 2006 a partir de assinatura de acordo de

⁹⁹ Pires, A. S., Rosário, P. T., & Bahamonde, R. (2020), p. 50. Ver: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770.

¹⁰⁰ Comissão Europeia. (09 de julho de 2020). *Relatório sobre a Política de Concorrência 2019*. Obtido de Comissão Europeia: https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2019/part1_pt.pdf.

¹⁰¹ Ver Comissão Europeia. (2017). *Resumo da Decisão da Comissão - Processo AT.39258 – Frete aéreo*. Jornal Oficial da União Europeia. Obtido de [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017XC0614\(07\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017XC0614(07)).

leniência entre o Cade e as companhias aéreas Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG e Swiss International Airlines e cinco pessoas físicas, que denunciaram o ilícito”, culminando numa investigação, processo e posterior condenação das companhias aéreas “ABSA Aerolíneas Brasileiras S.A., Varig Logística S.A., American Airlines Inc. e Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A, bem como sete pessoas físicas por formação de cartel internacional em transporte aéreo de cargas”. As multas aplicadas somaram mais de R\$ 293 milhões em agosto de 2013¹⁰².

1.7 Considerações finais sobre a concorrência

Como verificado, a defesa da livre concorrência é algo relativamente novo. Em verdade, antes de o mundo atingir certos níveis de globalização, os debates que atravessavam seu terreno tinham outros objetivos, como a proteção de mercados regionais ou a defesa da livre iniciativa. Hoje, a livre concorrência encontra-se consagrada e com lugar cativo no ordenamento jurídico da maioria dos países e, nos sistemas estudados, apesar de existirem peculiaridades, é perfeitamente possível identificar um eixo comum a todos eles, pois, União Europeia, Portugal e Brasil defendem este direito a partir do combate às condutas colusivas e aos abusos de poder econômico.

Vimos então o quão importante é a manutenção de níveis saldáveis de concorrência. Práticas anticoncorrenciais prejudicam os consumidores e comprometem a eficiência econômica, fazem subir os preços e baixarem as produções. Com a elevação dos preços haverá quem deixe de comprar e girar a economia e quem transferirá, involuntariamente, suas riquezas aos manipuladores da concorrência. Sem as pressões das forças dos mercados, não existirá, também, incentivos à inovação, dentre outros efeitos perniciosos. Mas que isto, não se pode perder de vista, os benefícios da livre concorrência transcendem o bom funcionamento do mercado e sua verificação é mesmo necessária para a manutenção da própria livre iniciativa.

Todavia, como mencionado no início deste trabalho, há uma dificuldade crescente de defender este caro direito, sobretudo quando se tratando de atuação repressiva. Detetar cartéis

¹⁰² Disponível em Cade. (28 de agosto de 2013). *Cade multa em R\$ 300 milhões cartel internacional de cargas aéreas*. Obtido de Cade: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-multa-em-r-300-milhoes-cartel-internacional-de-cargas-aereas>.

e, mais ainda, outras condutas menos vestigiais, como as práticas concertadas¹⁰³ é tarefa cada vez mais desafiadora, máxime diante das novas tecnologias¹⁰⁴. Para alguns autores, há um processo em curso provocado pela “terceira revolução industrial (telecomunicações, informática, biotecnologia, etc)”, onde as empresas estão a substituir os “típicos comportamentos concorrenciais”, por “comportamentos de cooperação ou coordenação interempresarial”, os quais descambam em práticas e arranjos anticoncorrenciais, alguns dos quais “menos visíveis”¹⁰⁵.

Para além da dificuldade intrínseca à deteção, as investigações promovidas geram custos para as autoridades antitruste, (que não ostentam recursos ilimitados) e, concomitantemente, oneram a parte investigada, (porquanto, na grande maioria das vezes, precisam arcar com profissionais especializados para se defender e, não raras vezes, sofrem perdas relacionadas com a mácula de sua imagem). Neste cenário dar-se preferência aquelas suspeitas seguidas de um conjunto de evidências com capacidade mínima de lastrearem uma condenação¹⁰⁶. Como consequência, muitas práticas anticoncorrenciais sequer chegam ao conhecimento das autoridades, e outras, quando chegam, quiçá são punidas.

Outrossim, mesmo quando se verificam condenações pode a sociedade não se ver reparada pelos danos causados pelas práticas anticoncorrenciais., isto porque não é fácil quantificar os efeitos nocivos da falta de concorrência, haja vista ser necessário mensurar a diferença entre

¹⁰³ Neste sentido, em sua Cartilha o CADE revelou: “Conscientes da ilicitude da conduta que estão cometendo e temendo que sejam descobertos, em especial considerando o aumento significativo de persecução e punição de cartéis nos últimos anos, os membros de um cartel são, com frequência, extremamente cuidadosos e discretos com as informações compartilhadas, com as reuniões e com a realização e implementação dos seus acordos, tornando-se a cada dia mais difícil detetar uma nova conduta. Não por outra razão, são exigidas das autoridades técnicas de deteção e apuração cada vez mais sofisticadas como ferramentas fundamentais para o sucesso de uma investigação de cartel.”, Cade. (Dezembro de 2019). *Guia Combate a cartéis em licitação*. Obtido em 12 de 01 de 2020, de Conselho Administrativo de Defesa Econômica, p. 15.

¹⁰⁴ É de se reproduzir as palavras de Anabela Rodrigues “(...) o capitalismo financeiro, aliado à aceleração da revolução tecnológica e à proliferação dos cibermundos, converteu a economia real em algo quase obsoleto e fez surgir uma economia virtual e imaterial, um capitalismo de acionistas e especuladores. Desregulação ou financialização da economia são sinais de ameaça e geram desigualdade, assimetria e enfraquecimento dos Estados.”, Rodrigues, A. M. (2020). *Direito Penal Económico - Uma política criminal na era compliance* (2ª ed.). Coimbra, Portugal: Almedina, p.31.

¹⁰⁵ Santos, A. C., Gonçalves, M. E., & Marques, M. M. (2014), op. cit. p. 266.

¹⁰⁶ Cf. Azevedo, P. F. (2019), op. cit. p. 289.

um mercado sob seus efeitos e o mesmo mercado sem tais forças. Diante deste desafio e sem uma exigência legal, agências de competição simplesmente não fazem tal cálculo, portanto, mesmo quando há condenações, não se pode dizer que todas as perdas foram reparadas ou compensadas.

Dada as circunstâncias, num binômio de punibilidade e severidade das sanções, quando falta o primeiro, há de se compensar com o segundo. Então, na tentativa proteger a concorrência, sabendo que sua detecção e comprovação são missões complexas, os ordenamentos jurídicos preveem pesadas sanções de cunho pecuniário e outras medidas acessórias, apelando, inclusive, ao direito criminal, como no caso do Brasil. Não obstante, se as condutas anticoncorrenciais continuam quando as sanções já se encontram em níveis elevados, recrudescê-las na esperança de constranger com a punição de uns, a atuação semelhante de outros, pode culminar em efeitos colaterais, como o fechamento de empresas. Esta não é a intenção das autoridades – eliminar ou lesar aqueles que erram, mas, sim, pô-los de volta nos trilhos de onde movimentam a economia dos países. Neste cenário já não há espaço nem razão para se lutar com as mesmas armas, ou melhor, há de existir outros meios para não surgir à necessidade de lutar. Deve haver cooperação.

CAPÍTULO II – PROGRAMA DE *COMPLIANCE*

2.1 *Compliance*, programa de *compliance* e *compliance* concorrencial

Comum a muitos trabalhos que se dedicam ao tema, a pergunta “o que é *compliance*?” talvez seja tão repetido quanto simples é sua resposta. Possivelmente a indagação persiste porque sua resposta é descomplicada a ponto de parecer estar errada ou pelo menos incompleta. No entanto, de facto, não há complexidade, *compliance* é, em última análise, simplesmente, estar em cumprimento, estar regular, em conformidade. Estar *compliant*, ou ser *compliant*, como alguns autores afirmam¹⁰⁷, nada mais é do que estar ciente e satisfazendo as diversas exigências emanadas de regras internas e externas e que afetam uma empresa. Este é o âmago da ideia por de trás deste termo.

Programa de *compliance*, por seu turno, é o plano que as empresas elaboram e o projeto que se comprometem a implementar e seguir – geralmente por meio de setor destinado para tanto, apoiado por normas internas da empresa – com a finalidade de que todo o seu corpo esteja em sintonia com as regras importantes à corporação, ou seja, para que toda a empresa esteja *compliance*. Em concreto, são ações programadas, práticas, métodos pensados e voltados para acautelar a empresa de responsabilizações provenientes do descumprimento de obrigações legais. Persegue, ao fim e ao cabo, a incorporação de comportamentos e rotinas tidos como os mais seguros e adequados ao funcionamento da empresa, e, depois, seu monitoramento¹⁰⁸.

Sendo algo tão simples, pode-se considerar estranha tamanha importância que a palavra de origem no idioma inglês vem recebendo nos últimos anos, afinal, em países de língua portuguesa, não passa de um nome requintado para algo que já existe, respeito às leis. Ou, visto de outro ângulo, estranho é que há muito não se falem em *compliance*, afinal, antes dele as empresas não observavam as normas?

É óbvio que empresas respeitavam normas antes de o termo *compliance* se apresentar em terras lusófonas e, sim, a noção de *compliance* pode ser transmitida perfeitamente por meio de

¹⁰⁷ Giovanini, W. (2014). *Compliance A excelência na prática*. São Paulo, p. 20.

¹⁰⁸ Muito usual é falar em *compliance*, quando se está a fazer referência, na verdade, ao programa de *compliance*. Este texto se valerá desta prática.

outras palavras – tais como “programa de integridade”, “programa de cumprimento”, dentre outras. Porém, embora seja crível questionar a utilidade do termo, não se pode negar que neste momento a palavra carrega consigo uma ideia que é entendida por todo o mundo relevante jurídico e corporativo¹⁰⁹, qual seja, a de vigilância, esforço e cuidado com o funcionamento escorreito da entidade no que tange às regras com as quais se compromete e aquelas que lhe são impostas. Por conseguinte, *compliance* transmite a noção de mitigação de riscos. Estas percepções, difundidas mundialmente pela palavra, talvez não fosse tão bem propagadas caso cada empresa ou ordenamento jurídico desse nome próprio às práticas que concretizam uma maior preocupação com o respeito às regras.

No que diz respeito ao programa de *compliance*, a incredulidade sobre sua utilidade se alimenta em questões como: para que uma empresa precisa ter um programa destinado a fazê-la cumprir as regras? Porque uma empresa deixaria, deliberadamente, de respeitar regras? Se o fizer, necessitaria implementar um programa para retornar à legalidade? Ou ainda e muito mais relevante, o que nos leva a crer que uma empresa, estando a realizar práticas ilegais, deixará de fazê-lo em razão de um programa que a ela própria pertence? Quer isto dizer, afinal, que garantia dá um programa de *compliance*?

Tais questões não são absurdas. É que, embora “estar *compliant*” seja uma obrigação de toda empresa – posto que nenhuma pessoa tem direito de desrespeitar leis –, de facto, um programa de *compliance*, ou seja, o destacamento de recursos e pessoas a uma função, cargo ou departamento, exclusivamente com este fim, não é viável a qualquer uma. A conveniência de se ter um programa deste tipo variará de empresa para empresa, levando-se em consideração diversos fatores. Elementos como a quantidade de funcionários, o número de contratos, a competitividade, regulamentação do setor, tudo isto poderá causar tensão nas bases que suportam o regular funcionamento de uma empresa, em cada uma, de um modo particular.

A esta altura é fácil identificar o que é o *compliance* concorrencial. Trata-se daquele programa que visam evitar a violação de regras do direito da concorrência. Nas palavras de Schapiro:

¹⁰⁹ Afirma o autor Giovanini; “No mundo corporativo, *Compliance* está ligado a estar em conformidade com as leis e regulamentos internos e externos à organização.” Giovanini, W. (2014), p. 20.

(...) o *compliance* concorrencial pode ser entendido como um dispositivo capaz de permitir uma regulação cooperativa entre autoridades públicas e agentes privados. Em complementação a uma disciplina antitruste assentada na detecção dos desvios e na provisão das respostas punitivas, a disseminação de códigos corporativos pode permitir a adoção de procedimentos de autocontrole adotado pelas empresas.¹¹⁰

O direito da concorrência, portanto, se encontra com o *compliance* quando estes programas se dedicam ou também se ocupam de prevenir práticas lesivas à concorrência¹¹¹.

Antes de delimitarmos o conjunto de características com as quais os programas de *compliance* concorrenciais possuem maior identidade, ou seja, a quais tipos de empresas tais programas são mais adequados, vejamos o que eles trazem de benefícios – o que, diga-se de passagem, já é o começo do traçado.

2.2 Os benefícios do programa de *Compliance*

O Guia Programa de *Compliance* confeccionado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade¹¹², órgão brasileiro responsável, dentre outros assuntos, pelo combate às condutas anticoncorrenciais no país, elenca os seguintes benefícios de um programa de *compliance*: 1) Prevenção de Riscos; 2) Identificação antecipada de problemas; 3)

¹¹⁰ Schapiro, M. G., & Matos Marinho, S. M. (2019). *Compliance Concorrencial*. São Paulo: Almedina, p. 26.

¹¹¹ No Brasil programas de *compliance* ganharam fama após a “Operação Lava Jato”, iniciada em março de 2014 e que até hoje é a maior iniciativa de combate à corrupção e ao branqueamento de capitais (lavagem de dinheiro) no País. Uma pesquisa da Ancham (Câmara Americana de Comércio), divulgada pela Agência Brasil, que entrevistou 130 executivos de empresas de tamanhos e segmentos variados, apontou que para 59% daqueles profissionais, a Lava Jato fez crescer o investimento em *compliance*. Por conseguinte, o *compliance* foi estreitamente relacionado com o direito criminal. Apesar desta correlação, o fato é que os crimes desembarçados pela Operação tiveram como base um cartel organizado pelas grandes empreiteiras do País, portanto, ilícitos concorrenciais, mesmo assim, apenas 11% dos entrevistados demonstraram preocupação com “aspectos concorrenciais”. *Vide* Ministério Público Federal do Brasil, por meio do site: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso> (Consulta. 11. jun. 2020) e pesquisa da Ancham (Câmara Americana de Comércio), divulgada pela Agência Brasil em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-10/empresas-investem-mais-em-programas-anticorrupcao-apos-lava-jato-diz>. (Consulta. 11. jun. 2020).

¹¹² Cade. (janeiro de 2016).

Reconhecimento de ilicitudes em outras organizações; 4) Benefícios reputacional; 5) Conscientização dos funcionários e 6) Redução de custos e contingências¹¹³.

Conforme se verá, um programa bem implementado começa por mapear os riscos aos quais a empresa está suscetível. Com a identificação dos espaços onde as falhas poderão se manifestar, medidas poderão ser adotadas a fim de evitar o surgimento de irregularidades (Prevenção de Riscos e Identificação antecipada de problemas). O mesmo ocorre com relação às práticas ilícitas potencialmente cometidas por outras organizações com as quais a empresa se relaciona, capazes de reverberar na reputação, ou até mesmo responsabilização dela (Reconhecimento de ilicitudes em outras organizações). Por sua vez, a conscientização de todos os funcionários, do mais elevado nível hierárquico ao mais baixo, acerca das regras internas e externas que regem a empresa, que já é um benefício em si, se desdobra em muitas outras vantagens. Desde o aumento da confiança e aptidão dos próprios colaboradores¹¹⁴, passando pelo aumento da autofiscalização da empresa através de uma autovigilância¹¹⁵, até a facilitação da identificação dos funcionários mais desajustados e sua eventual substituição¹¹⁶. Mais que isto, uma postura mais ativa, que incentive não somente o cumprimento da lei, mas também a ética comercial, torna a empresa “mais atraente para efeitos promocionais e de recrutamento” contribuindo para o aumento da “satisfação profissional do pessoal e para um sentimento de pertença à empresa e mesmo de orgulho de dela fazer parte”¹¹⁷.

¹¹³ *Ibidem*, p. 11.

¹¹⁴ Pois os colaboradores treinados estarão sempre orientados sobre a maneira correta de agir, evitando serem penalizados pela empresa ou pelas leis

¹¹⁵ É elemento comum de um programa de compliance os canais de denúncia interna, onde funcionários podem denunciar práticas ilícitas ou irregulares. Aqueles que desconhecem as práticas corretas não saberão denunciar as práticas incorretas.

¹¹⁶ Dar treinamento de modo a colocar todos igualmente informados permitirá à empresa realizar avaliações mais objetivas a respeito da capacidade, diligência e assiduidade de seus funcionários. O monitoramento das condutas permitirá, por sua vez, localizar colaboradores com comportamentos mais relapsos.

¹¹⁷ Comissão Europeia. (2012). *É importante cumprir - o que as empresas podem fazer para melhorar o cumprimento das regras de concorrência da UE*. Obtido de Comissão Europeia: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html, p. 7.

Com tudo isto funcionando em harmonia os contingentes destinados à absorção de falhas poderão ser reduzidos pois sanções serão evitadas. Ao fim e ao cabo a empresa será contemplada com o aumento da boa reputação e com todos os benefícios que dela decorrem, quer no sentido de ser uma empresa benquista – porque tida como comprometida com valores admirados –, quer no sentido de ser um local seguro para se investir – já que apresentará riscos reduzidos (Benefícios reputacional e Redução de custos e contingências). Portanto, programas de *compliance* têm tanto a possibilidade de evitar custos como de elevar rendimento, e não se pode perder de vista que, independentemente dos objetivos perseguidos, toda empresa precisa lucrar, afinal, esta é uma das finalidades que lhe justifica e caracteriza.

Mas estes programas geram vantagens para muito mais pessoas do que aquelas ligadas às organizações que os implementam, tal como a livre concorrência, geram afeitos positivos que extravasam os seus objetivos.

2.3 Quem pode se beneficiar do *Compliance*?

Pois bem, os benefícios são grandes, mas, ainda assim, empresas guiam-se pela lucratividade. Como observado acima lucrar pode não ser seu único fim, mas, se não o fizerem, não possuem razão de ser e por muito tempo não se manterão¹¹⁸. Por seu turno, é verdade, desenvolver e manter programas de integridade implica despesas associadas. Somando-se a este aspeto temos o facto de que nos ordenamentos jurídicos sob análise, inexistente uma obrigatoriedade legal de tais medidas. Consequentemente, a implementação e manutenção de programas de *compliance* provavelmente ocorrerão somente quando seus benefícios ultrapassarem seus custos, ou, em outras palavras, quando os custos de não os ter, superarem os custos de mantê-los.

Por estes motivos não há uma resposta objetiva para a questão posta neste tópico, assim como não há meios de se apontar quais tipos de empresas são mais adequados a estas iniciativas. Pode-se dizer que, qualquer entidade tem a possibilidade de se beneficiar com um programa de

¹¹⁸ O mesmo pode ser dito sobre outras entidades sem fins lucrativos, se não perceberem rendimentos suficiente para arcar com suas despesas, tendem a se extinguir. Como já foi dito programas de *compliance*, principalmente no âmbito do direito da concorrência, não servem apenas às empresas, mas a todo agente econômico que se enquadre no conceito e esteja sujeito às regras de concorrência. Todavia não se pode ignorar que são as empresas aquelas mais adequadas a estas práticas.

compliance, uma vez que toda atividade econômica, empresária ou não, está envolta em enorme quantidade de temas regularizados, tais como, legislação ambiental, concorrencial, contábil, trabalhista, tributária, dentre outros. A sujeição de uma companhia a um grande número de normas ou a normas complexas tende a elevar suscetibilidade de desvios, daí pode advir a conveniência de se ter um programa de cumprimento. Pensemos, por exemplo, numa sociedade empresária que atua no setor alimentício; um programa de *compliance* com foco em regras sanitárias e ambientais pode ter um excelente custo benefício, por outro lado, regras tributárias talvez não seja um problema.

Mas não só isto, existe uma gama quase infinita de elementos e circunstâncias que também podem impelir uma empresa à implementação de programas de integridade, particularmente, um grande quadro de funcionários, a quantidade de contratos com entes públicos e fornecedores de matérias primas sensíveis (como produtos que passam por controle ambiental), regulamentação do campo de atuação da empresa, atuação internacional, dentre outros¹¹⁹. Recentemente as novas leis de proteção de dados, acrescentaram mais uma “bandeira vermelha” aos agentes que lidam com informações alheias.

De todo modo há de se concordar que, por certo, os riscos aos quais um agente econômico está exposto se elevam na medida em que aumenta o seu tamanho. Por esta razão a conveniência ou necessidade de se implementar programas de *compliance* em grandes corporações é maior, mormente em termos concorrências, haja vista que nesta seara o poder econômico, característico de grandes companhias, é, muitas vezes, fator determinante. Isto não quer dizer, porém, que pequenas e médias empresas não possam ou não devam ter seus programas, apenas que é inegável uma maior adaptabilidade destes projetos às grandes corporações, quanto mais em se tratando de direito da concorrência. Para além de mais expostas aos riscos, estas empresas, geralmente, também ostentam maior capacidade econômica e melhor assessoriamente jurídico.

¹¹⁹ O Guia de compliance do Cade releva o seguinte: “Programas bem estruturados são normalmente precedidos e acompanhados da realização de uma análise aprofundada dos riscos aos quais, a entidade está exposta em suas atividades. Entre outros fatores, tais riscos costumam variar de acordo com o tamanho do negócio da organização, os setores em que ela atua, sua posição nos mercados de atuação, a capilaridade de suas atividades, a quantidade de colaboradores empregados e o grau de instrução desses colaboradores.”, Cade. (janeiro de 2016), op. cit., p. 19.

Ao ensejo da conclusão deste tópico sintetiza-se nos seguintes termos: toda corporação poderá se beneficiar de um programa de *compliance* a sua maneira, sendo certo que as grandes corporações tendem a colherem mais frutos porque a mais riscos estão submetidas. Seja como for, se não houver imposição legal, um programa de *compliance* somente será concretizado quando seus benefícios ultrapassarem seus custos.

2.4 *Compliance* efetivo

Embora não seja possível delinear um programa de *compliance* compatível com a infinidade de modelos de negócios cujas peculiaridades implicarão na adequação do projeto à realidade de cada empresa, tem de ser possível identificar elementos que sejam comuns a todos os programas, caso contrário, não poderíamos estar agora a falar em *compliance* como conceito de algo e tudo o que até agora foi dito seria em vão não fosse possível avaliar a eficiência e a robustez de um programa de *compliance*. Sem parâmetros, qualquer iniciativa que se disser com o objetivo de mitigar a inobservância das regras, poderia ser chamada de programa de *compliance*. Isto poria em causa todos os benefícios que vêm na esteira da reputação da prática já que qualquer empresa poderia criar o que se passou a identificar como “programa de fachada”¹²⁰, cobiçando os bônus sem se comprometer com os ônus do *compliance*.

Deste modo, é perfeitamente plausível que métodos de avaliação por parte das autoridades da concorrência sejam criados com a finalidade de averiguar a efetividade dos projetos. Métodos estes que necessariamente se virarão para o que estudiosos do tema denominam como os “pilares do *compliance*”, bases sobre as quais um programa deve se sustentar e que são passíveis de uma análise objetivas¹²¹.

¹²⁰ Programas “criados apenas para simular um interesse em comprometimento, também conhecidos como sham programs”, *Ibidem*, p. 15.

¹²¹ Neste sentido Ana Frazão: “Por mais que os programas de *compliance* possam ser um recurso igualmente relevante no objetivo de alteração do ambiente negocial, a mera adesão a um programa desse tipo não pode ser considerada u remédio, pois o que verdadeiramente importa é a comprovação de sua efetividade e eficácia ao longo do tempo.” Na continuação: “Enquanto não se puder avaliar e comprovar a eficácia prática da autorregulação das empresas para a mudança da ética empresarial e os seus impactos no ambiente dos negócios, um programa de *compliance*, por melhor que seja, não deixa de ser um protocolo de boas intenções, que apenas se tornará realidade mediante a ocorrência de diversos fatores, dentre os quais o comprometimento da alta

Levando tais aspetos em consideração, pode-se reputar avançado o ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a este assunto, porquanto, na responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira¹²², considerou a existência programas de integridade na dosimetria das sanções¹²³. Para tanto, por intermédio do Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de Agosto de 2013, trouxe critérios para a análise dos sistemas de cumprimento, especificadamente no artigo 42¹²⁴.

administração, a implementação de efetivos sistemas de educação e formação de empregos e colaboradores, bem como de controle e monitoramento, dentre outros.”, Frazão, A. (2017), op. cit., p. 64-65.

¹²² Ver Lei n. 12.846, de 1º de Agosto de 2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”, pois introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de responsabilizar pessoas jurídicas, de forma objetiva, por atos de corrupção praticados por seus integrantes. Tal lei é um marco, pois assinalou posição, em um tema sensível, no sentido de não se imputar crimes às pessoas coletivas, mas sim infrações administrativas sancionadas, portanto, pelo denominado Direito Administrativo Sancionador, e não pelo Direito Penal, no País, ainda restrito a condutas de pessoas físicas, Filho, A. P. (2017). *Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção*. Em J. Mulhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm, p. 56.

¹²³ Cr. art. 5º § 4º do Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir § 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

¹²⁴ Cr. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015, “Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, 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; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; 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 periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros 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, tal 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 fiscalização de seu cumprimento; X

Os parâmetros do dispositivo assim pode ser resumidor: 1) Comprometimento da alta direção (inciso I); 2) Estabelecimento de código de ética e de padrões de conduta aplicáveis a todos os membros da empresas e, quando necessário, a terceiros (incisos II e III); 3) Treinamento periódico (inciso IV); 4) Análise periódica de riscos (inciso V); 5) Registros contábeis de todas as transações e controle interno capazes de assegurar a pronta elaboração e fiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras (incisos VI e VII); 6) Procedimentos específicos para prevenir fraudes e outros ilícitos relacionados com a Lei Anticorrupção, bem como para assegurar a pronta interrupção das irregularidades e remediação dos danos (inciso VIII e XII); 7) Independência da estrutura de *compliance* e fiscalização desta (inciso IX); 8) Canais de denuncia (inciso X); 9) Medidas disciplinares a serem adotadas em casos de

- canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados 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 detetadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; 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; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV - o setor do mercado em que atua; V - os países em que atua, direta ou indiretamente; VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 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.

§ 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo.

§ 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.”

descumprimento das regras de *compliance* (inciso XI); 10) Diligências apropriadas para contratação, bem como, se necessário, supervisão de terceiros (inciso XII); 11) Verificação em processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias de irregularidades e vulnerabilidade das pessoas envolvidas; 12) Monitoramento constante do programa de *compliance* com o fito de aperfeiçoá-lo; e 13) Transparência da pessoa jurídica quanto à doação para candidatos e partidos políticos¹²⁵.

Mas o ordenamento do Brasil encontra suas limitações. Embora muito úteis ao direito da concorrência, legalmente, os pressupostos do citado artigo 42, aplicam-se tão somente às práticas proscritas na Lei n. 12.846¹²⁶, elencadas em seu artigo 5º, e que só eventualmente relacionam-se com as infrações à ordem econômica conditas na LDC. Por conseguinte, o Cade não é obrigado a considerar aqueles parâmetros para avaliar um programa de *compliance*. Tanto é assim que o já citado Guia Programa de *Compliance*, confeccionado pouco depois pelo Conselho Administrativo, ainda que tenha se aproximado daquelas diretrizes do Decreto, não as reproduziu. Diferentemente da Lei Anticorrupção¹²⁷ e de seu regulamento¹²⁸, a LDC¹²⁹, quando estabelece os elementos a ser considerado na aplicação da pena, não assinala programa de integridade ou coisa congênere, logo, a observação e a avaliação destes programas na seara do direito concorrencial, não partem de norma cogente, por conseguinte, perde-se em segurança jurídica¹³⁰.

¹²⁵ Este último, sem efeito em razão de decisão do STF que proibiu a doação feita por pessoas jurídicas a candidatos e partidos políticos (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650).

¹²⁶ Gaban, E. M., & Domingues, J. O. (2016), op. cit., p. 345.

¹²⁷ Vide Lei n. 12.846, “Art. 7º, inciso XIII: Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;”

¹²⁸ Vide art. 5º § 4º do Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015.

¹²⁹ Vide Lei n. 12.529/2011, “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.”

¹³⁰ A propósito, vale ressaltar que umas das forças que impulsionaram a criação do Guia Programa de *Compliance* do CADE, foram as reivindicações das comunidades empresarial e jurídica, por maior segurança jurídica. Nas palavras de Vinícius Marques de Carvalho, Presidente do CADE entre de 2005 a 2016, período em que o Guia para Programas de Compliance Concorrencial foi elaborado: “De forma a concretizar essa agenda [agenda de

Veja, nada impede que o Cade imponha um programa de cumprimento à luz do artigo 42 do Decreto, pois, como já mencionado, o artigo 38, inciso VII, da LDC, faculta a prescrição de “qualquer medida necessária à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”, todavia, repita-se, não se trata de uma regra.

Ainda assim, quando comparado ao ordenamento jurídico europeu e português, a legislação brasileira, neste aspeto, toma à dianteira. Isto porque naqueles sistemas não há nenhuma fonte legal que indique parâmetros para se aferir a efetividade ou robustez dos programas de integridade. Todas as orientações, ainda que muito bem elaboradas e lastreadas, partem de agentes ou documentos sem força normativa direta, e muitos voltam-se para o combate à corrupção¹³¹, a exemplo das citadas leis brasileiras. Diante desta realidade, as vantagens legais de se ter programas de *compliance* ficam vinculadas à capacidade de alavancarem as empresas

compliance stricto sensu], o Cade organizou em agosto de 2014 um seminário sobre o tema, buscando ouvir ideias sobre o que constituiria um programa de *compliance* robusto no contexto brasileiro e como o Cade poderia colaborar na promoção dessa agenda. Percebemos, ao analisar os frutos desse seminário, uma demanda por maior segurança jurídica por parte da comunidade empresarial e jurídica. Essa segurança só se apresenta quando há clareza sobre o que a autoridade pensa, como ela interpreta determinadas condutas e institutos legais e o que entende por um programa de *compliance* robusto.”, Carvalho, V. M. (01 de outubro de 2015). *Compliance – concorrência, efetividade e transparência - A importância do compliance no Brasil para a promoção de boas práticas concorrenciais*. Obtido em 2020 de setembro de 12, de Jota: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/fronteiras-concorrencia-regulacao/compliance-concorrencia-efetividade-e-transparencia-01102015>, p. 4..

¹³¹ Muitos documentos neste sentido poderiam ser citados, como a brochura da Comissão Europeia, “É importante cumprir – o que as empresas podem fazer para melhorar o cumprimento das regras de concorrência da EU” (Comissão Europeia, 2012) ou as normas da Organização Internacional de Normalização ISO 19600:2014 - *Compliance management systems — Guidelines* disponível em <https://www.iso.org/standard/62342.html>. Schapiro destaca o Guia da Câmara Internacional do Comércio (ICC) *The ICC Antitrust Compliance*, d 2013, disponível em <https://iccwbo.org/publication/icc-antitrust-compliance-toolkit/>, bem como o documento da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), intitulado *Promoting compliance with competition Law*, de 2011, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/>, o Schapiro, M. G., & Matos Marinho, S. M. (2019), op. cit., p. 11. Para além, mas voltados para o *compliance* criminal, especificadamente anticorrupção, é de se indicar Guia Prático de Programa de Normas Anticorrupção e de Compliance para negócios e atividades empresarias (An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide), da ONU, concretizado pelo órgão Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime - UNODC (“United Nations Office on Drug and Crime”), disponível em https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf.

em direção aos programas de clemência da Comissão Europeia e da Autoridade da Concorrência portuguesa¹³².

Seja como for, na persecução dos objetivos legítimos (promoção de boas práticas e conformidade legal) distingue-se grupos de medidas comuns à generalidade dos programas de *compliance* efetivos: medidas de caráter regulatório, preventivo, investigativo e sancionatório (ou simplesmente prevenção, deteção e correção¹³³), são estes seus pilares, construídos e reforçados em três fases do programa – formulação, implementação e consolidação e aperfeiçoamento –¹³⁴, donde se destacam os seguintes elementos¹³⁵.

2.4.1 Envolvimento ou comprometimento da Alta Direção (“*Tone from the top*”)

Este é o primeiro passo necessário à implementação de um programa de *compliance*¹³⁶. Significa que o projeto de integridade deve estar apoiado e ser promovido por aqueles que detêm o controle e/ou a propriedade da empresa, sejam os CEOs, conselhos, presidente, donos ou congêneres. O alto escalão tem de querer que a empresa esteja em conformidade, seus integrantes devem ser exemplos a ser seguido¹³⁷, e o envolvimento precisa fazer-se ininterrupto, jamais, esporádico¹³⁸. Qualquer conivência ou tolerância com atos contrários, mesmo aos regulamentos internos da organização, será um sinal de não alinhamento da Alta Direção, por isso é importante que os programas sejam tanto completos e eficientes quanto palpáveis, para não se tornarem um projeto de metas inalcançáveis.

¹³² O acordo de clemência pode gerar redução de 100% da sanção para a 1.ª empresa que denunciar uma prática ilícita anticoncorrencial da qual faça parte, até 50 % para a seguinte, 20 a 30 % para a terceira e até 20 % para as demais

¹³³ Giovanini, W. (2014), op. cit., p. 51.

¹³⁴ Rodrigues, A. M. (2020), op. cit., p. 102.

¹³⁵ É importante ressaltar de antemão: cada componente que será exposto é passível de enormes divagações que não são compatíveis com este trabalho. A abordagem, então, será no sentido de se fazer entender suas funções e indispensabilidade no contexto dos programa de integridade.

¹³⁶ Neves, E. C. (2017). *Compliance Anticorrupção: Como implementar um programa*. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, Lei Anticorrupção e Temas de Compliance (2ª ed.). Salvador: JusPodivm., p. 478.

¹³⁷ Giovanini, W. (2017). *Programa de Compliance e Anticorrupção: Importância e Elementos Essenciais*. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, Lei Anticorrupção e Temas de Compliance (2ª ed.). Salvador: JusPodivm, p. 460.

¹³⁸ Oliveira, T. (2019). Compliance Anticorrupção: Arcabouço Normativo Brasileiro e Internacional. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, p. 29.

Objetivamente se verifica com a inclusão do *compliance* na agenda fixa dos órgãos da administração ou do administrador, de modo a se realizar: 1) a elaboração de um Código de Conduta – ou coisa que o valha – e outros documentos onde os valores e o comprometimento da empresa estarão evidenciados, bem como onde se encontre padrões de atuação; 2) divulgação da importância do programa para a empresa a todos os colaboradores da mesma, quiçá, a todos os parceiros e toda à sociedade; 3) Monitoramento da evolução, atribuindo metas e objetivos, 4) intransigência com condutas desviantes dentre outras.

Iniciativa que aponta para o nível de engajamento da cúpula da corporação é a concessão de níveis elevados de autonomia e independência aos responsáveis e à equipe de *compliance*¹³⁹. Tais repartições necessitam de acessos e poderes específicos para realizarem seu trabalho, especialmente no que diz respeito à aplicação de medidas disciplinares. O *compliance* não pode depender, por exemplo, de autorização do chefe de outro departamento para averiguar a conduta de um dos integrantes deste. É possível até mesmo que a averiguação necessite de discricão.

Inevitavelmente os administradores também terão de, como já foi mencionado, destinar recursos aos programas de cumprimento. Nesta toada destaca o Guia Programa de *Compliance* do Cade “recursos adequados não se confundem com recursos elevados. Eles devem ser suficientes”¹⁴⁰ e, na medida do possível, proporcionais aos riscos da empresa. A própria destinação de aporte é um dado objetivo que pode ser constatado ou não, mas, sua simples disposição não diz muito. Assim, uma empresa que destina pouca verba ao seu departamento de cumprimento, mas, antes de fazê-lo, pondera as necessidades do setor, mostra-se mais afinada do que aqueles que fazem a distribuição de vultosas quantias sem compreenderem suas demandas.

Convém ressaltar que o *compliance* trará uma série de benefícios para a empresa, mas, não se pode olvidar que eles não podem ser implementados precipuamente com a finalidade de colher tais frutos – como projetar uma boa imagem da companhia, fazê-la “fugir à

¹³⁹ É neste contexto que se insere a figura do compliance officer, pessoa com autonomia e independência para adotar medidas que poderão ir de encontro com os demais membros da empresa, inclusive os da alta direção, sempre que estes estiverem em desacordo com os regulamentos da empresa, sobretudo os regulamentos legais.

¹⁴⁰ Cade. (janeiro de 2016), op. cit., p.18.

responsabilidade penal”¹⁴¹, ou para conter sanções que sabidamente virão. Deve ser criado com o objetivo de “delimitar o perímetro dos comportamentos proibidos, de forma que possam ser prevenidas e reprimidas práticas contrárias às normas de comportamento definidas”¹⁴² (da própria empresa onde esta caiba, ou de seus representantes e administradores), todo o resto vem à reboque. Sendo outra sua finalidade, haverá de existir fragilidades nas suas bases. Em suma, a alta direção deve demonstrar que a regularidade do funcionamento da empresa divide espaço com a persecução de resultados financeiros positivos. Se assim não o fizer, se o segundo estiver acima do primeiro, os programas de *compliance* logo se tornaram adereço.

Por fim, deve-se dizer o comprometimento da alta direção não é só transversal a todas as fases do programa, é mesmo condicional para sua admissão e, ao final se confundirá com o comprometimento da própria empresa.

2.4.2 Mapeamento dos riscos e análise periódica

Benquisto pela alta direção, o programa ganha sinal verde para se concretizar e o primeiro passo, que já começa a lhe dar forma, é a análise dos riscos. Considerando a atividade que exerce, o mercado em que está inserido, sua composição societária e organizacional, enfim, toda e qualquer prática ou característica minimamente relevante diante da legislação e filosofia que tocam a empresa, ponderando-os com a probabilidade e gravidade dos possíveis desvios. Risco no contexto empresarial, pode então ser definido como “qualquer potencial acontecimento, negativo ou positivo, que provoque efeitos não desejados na empresa ou afete os seus resultados”¹⁴³. Em suma, identificar em quais pontos há vulnerabilidades¹⁴⁴.

É já neste momento em que o programa de *compliance* revela suas primeiras individualidades as quais farão parte da sua originalidade. No horizonte do direito da concorrência, as avaliações de mercado relevante e poder de mercado, por exemplo, tornam-se

¹⁴¹ Rodrigues, A. M. (2020), op. cit., p. 85.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 95.

¹⁴⁴ Sobre o tema vale reproduzir o seguinte comentário do Guia Programas de Compliance do Cade: “Quando é evidente que os riscos são muito elevados e a entidade conta com uma organização interna bastante capitalizada, uma opção é que a análise seja feita com o apoio de especialistas externos, os quais podem contribuir não apenas com conhecimentos técnicos e experiência prática na área de defesa da concorrência, mas também com uma visão distanciada do cotidiano e das pressões internas da companhia.”, Cade. (janeiro de 2016), op. cit., p. 20.

pertinentes àquelas empresas que mais se afastam dos pressupostos da concorrência ideal e atuam em setores com pouca competição.

Esta análise, somada às intenções da alta direção, preparam a empresa para a elaboração de seu código de conduto, políticas e procedimentos. Por seu turno sua reavaliação periódica e ocasional dá azo ao aprimoramento do programa. Tudo produzirá relatórios passíveis de apreciação.

2.4.3 Código de Ética, Conduta e Procedimentos.

Definido o comprometimento da alta direção e mapeado seus riscos, a etapa seguinte é compilar os códigos que darão a todos os integrantes e parceiros da empresa o conhecimento a respeito dos princípios e valores importantes à empresa, projetando, a partir de então, a postura que se espera daqueles quando frente às questões que ponham em causa tais fundamentos.

A depender do tamanho e da complexidade organizacional da corporação, este compêndio pode e deve se subdividido, dando a normativa de acordo com as especificidades de cada departamento que demande atenção. E se os riscos identificados assim o exigir, deve-se mesmo elaborar códigos de procedimentos versando sobre *modus operandi* muito específicos. Congregando estes aspetos com o direito da concorrência, podemos imaginar a necessidade de se determinar com exatidão formatos de reunião e certos tipos de falas que devem ser evitadas em encontros com concorrentes, a fim de se evitar, por exemplo, a conotação de uma prática concertada.

Em assonância com as lições sempre precisas de Anabela Miranda Rodrigues, são estes documentos responsáveis por reunir as medidas que definem os limites dos riscos permitidos na atuação das entidades¹⁴⁵ e também os que darão o tom do programa de *compliance*, se voltados para “promoção de cultura ética de legalidade empresarial” ou afeiçoados à “mecanismos de vigilância e controlo”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Rodrigues, A. M. (2020), op. cit., p. 104.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

Como se depreende, nestes documentos também convém estarem estabelecidos os procedimentos disciplinares e sanções por descumprimentos dos seus preceitos os quais poderão ser inúmeros, desde uma rutura comercial entre a empresa e um prestador de serviços, até a demissão de funcionários, sempre, é claro, de acordo com as regras legais estabelecidas, nestes casos, para as relações contratuais empresariais e trabalhistas.

Ao ensejo da conclusão deste item, cumpre ponderar que de nada serve a elaboração de códigos de ética e conduta com procedimentos pormenorizados quando estes não forem difundidos. Com efeito, as vontades firmadas nestes documentos serão mais consolidadas quanto maior for a obstinação da empresa em transmiti-los de forma ampla e clara. Nesta altura já bate à porta o próximo tópico.

2.4.4 Treinamento e formação

A par de todos os princípios e intenções da corporação, métodos e procedimentos, chega-se a hora de pô-los em prática e consolidá-los através do treinamento e/ou formação. A exemplo dos documentos que ditam procedimentos, a capacitação dos funcionários – e, quando necessário, terceiros (fornecedores de serviços, parceiros comerciais e, até mesmo, clientes) – pode ser dos mais variados tipos possíveis, posto que, pensada na medida da imprescindibilidade ao afastamento dos riscos. É de ser relevado então que parte da preparação se adequará ao setor para o qual foi pensada, havendo ainda a possibilidade de treinamentos pontuais abordando temas específicos, mas, a formação sobre o código de ética, código de conduta e outros instrumentos afins, abrangentes, são obrigatórios para todos.

Para além de capacitar o funcionário para agir dentro dos limites legais e institucionais, o treinamento deve ainda prepará-lo para reparar e minimizar os impactos de práticas desajustadas.

Há formações que não exigem mais do que poucos slides apresentados em um tele de computados, outras podem demandar dias inteiros e atividades de campo¹⁴⁷, frisa-se, na medida

¹⁴⁷ Cr. Neves, E. C. (2017), op. cit., p. 488.

adequada à prevenção do risco. Todavia é bom observar, toda capacitação deve ser documentada a fim de ser posteriormente verificada¹⁴⁸.

2.4.5 Monitoramento, Auditorias, Canal de Denúncia e Investigação

Até este momento viu-se medidas de cariz maioritariamente regulatório e preventivo, o monitoramento, dito de forma abrangente, tem outra essência, representando o fundamento da detecção. Como é óbvio, trata de fiscalizar, inspecionar, supervisionar, vigiar, é o ato de verificar o correto funcionamento do programa de *compliance*, quer de forma pontual, pairando sobre os processos e procedimentos determinados nos códigos, quer de forma geral, verificando a efetividade dos procedimentos instaurados. Deste modo, o monitoramento serve tanto à fiscalização do respeito ao programa quanto à aferição de sua eficácia.

Na seara concorrencial, assim expõe a questão o Guia do Cade¹⁴⁹:

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

Referindo-se ao segundo modo de atuação do monitoramento¹⁵⁰:

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

¹⁴⁸ Gonçalves, A., & Eslar, K. D. (2017). *Como Avaliar a Efetividade de um Programa de Compliance*. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm., p. 502.

¹⁴⁹ CADE. (janeiro de 2016), op. cit., 24.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

Mais uma vez estamos diante de uma infinidade de possibilidades que passa desde aplicação de testes para aferir a capacitação dos funcionários treinados, até o controle por videovigilância de instalações onde certos procedimentos são concretizados.

Auditorias de diferentes assuntos são importantes ferramentas neste ponto. Podem ser executadas com a finalidade de averiguar: se os procedimentos criados são suficientes para mitigar os riscos (auditoria de adequação); se os colaboradores estão cientes dos procedimentos (auditoria de maturidade); se a atuação está conforme os procedimentos (auditoria de processos e controle) e se todas as evidências foram produzidas de acordo com as especificações dos procedimentos¹⁵¹.

Outra ferramenta muito valorizada nos programas de *compliance*, com a finalidade de identificar condutas desviadas, são os Canais de Denúncia, onde internos e externos poderão, de forma anônima, indicar os desvios que têm conhecimento.

Por fim, havendo suspeita de condutas em desacordo com o programa – que poderão surgir por meio das auditorias e dos canais de denúncia, principalmente –, tem a corporação a possibilidade de se valer de investigações internas, instrumento semelhante às auditorias, mas que delas se diferenciam por ser pontual e profundo, ou seja, averigua um desvio específico, exaurindo todas as formas legítimas e possíveis de se fazê-lo.

2.4.6 Aprimoramento, Procedimentos disciplinares e corretivos.

É aqui a última etapa antes de o ciclo do programa de *compliance* se reiniciar. Munido do suporte da alta direção, conhecidos os riscos, os procedimentos e padrões desejados, conscientizados os envolvidos, se ainda assim existirem práticas desviantes ou surgimento de novos riscos, é chegada a hora de corrigir e readaptar. Nesta fase deve-se sanar o problema quer através de sanção ou correção, quer pela eliminando o mal, de uma forma ou de outra, o que se quer é aprimorar o programa de *compliance*.

Eventualmente haverá a necessidade de serem instaurados procedimentos disciplinares que poderão culminar em sanções como advertências e demissões, sempre em consonância com a

¹⁵¹ Giovanini, W. (2014), op. cit., pp. 94ss.

legislação trabalhista pertinente¹⁵². Traduz maior comprometimento com boas práticas a comunicação e o pedido de investigação por parte das autoridades competentes, toda vez que a empresa se deparar com condutas delituosas, inclusive as praticadas por seus colaboradores¹⁵³.

Importante notar que todos devem estar sujeitos às penalidades previstas e, por outro lado, procedimentos disciplinares não podem se arrastar no tempo, tampouco se tornarem instrumento de assédio moral.

2.4.7 Comunicação e documentação

Por fim deve-se destacar dois elementos independentes e transversais a todos os demais, (assim como o envolvimento da alta direção), a comunicação e a documentação.

Com exceção de alguns meios de monitoramento, como a investigação, todos os elementos do programa de *compliance* devem ser divulgados amplamente, alcançando, de forma clara, qualquer um que possa ser tocado pelo programa, sobretudo os colaboradores internos. Neste sentido, variados meios podem e devem ser utilizados.

Por seu turno a documentação, a elaboração de relatórios e o registo de todos os elementos do *compliance* é prática importante na medida em que contribui para a revisão do programa, bem como poderá servir à defesa da companhia em eventuais investigações realizadas pelas autoridades. Neste sentido é bastante pertinente o exemplo no Guia de *Compliance* do Cade, senão vejamos¹⁵⁴:

A título de exemplo, caso a organização mantenha os devidos registros de que orientações sólidas e específicas foram prestadas a determinado colaborador a respeito da proibição da coordenação de preços com concorrentes, poder-se-ia concluir, a depender das evidências coletadas, que eventual envolvimento daquele colaborador em uma conduta de coordenação de preços

¹⁵² Sobre o tema aconselha o Guia do Cade: “Propriamente sobre quais as penalidades a serem atribuídas, o ideal é que a entidade leve em consideração o nível de envolvimento do colaborador, a gravidade da prática, sua participação anterior em treinamentos de compliance, sua cooperação com os procedimentos investigatórios e também sua boa-fé. Dessa forma, ela pode estipular fatores que mitigam ou que agravam a punição.” CADE. (janeiro de 2016), po. Cit., p. 28.

¹⁵³ Neves, E. C. (2017), op. cit., p. 489.

¹⁵⁴ CADE. (janeiro de 2016), op. cit., p. 27.

representaria um desvio individual de conduta distanciado da política corporativa, com o conseqüente reconhecimento de boa-fé que deve implicar diminuição da gravidade do ilícito e redução da penalidade a ser imposta.

Assim, por exemplo, se for verificado que a empresa não pactuava com a atuação desviada de um de seus funcionários e que, inclusive, a proscovia claramente, poderá haver a responsabilização somente deste, desvinculada da empresa.

2.5 Considerações finais sobre o programa de *compliance* efetivo.

Depois de tudo presente, instala-se um ciclo que vai se aperfeiçoado quando se verificam falhas, desvios e novas circunstâncias¹⁵⁵. Um processo contínuo, onde a empresa segue rodando balizada e orientada pelo seu programa de *compliance*, sem se afastar de seu percurso, mesmo quando no caminho se apresentam atalhos irregulares. Assim funciona um programa de *compliance*, com a coexistência harmônica de todos estes elementos funcionando de modo a criar uma cultura de cumprimento e/ou vigília, buscando a promoção de boas práticas e a conformidade legal.

Programas focados em promover bons hábitos e bons valores têm o código de ética seu bastião. Possuem medidas de controle “usuais ao funcionamento de uma companhia voltada para a ética negocial, designadamente, de *due diligence*”, mas são concebidos para livrar o ambiente empresarial de ilícitos, através da disseminação de boas práticas e da ideia de “mais-valia reputacional”. Aqui, denúncias ganham a roupagem de “atos cívico” e não delações. Noutro giro, modelos de vigilância ou controle têm na essência medidas como videovigilância, acesso à correio eletrônicos, chamadas telefônicas, enfim, técnicas de monitoramento e fiscalização no prevalecem no lugar de orientação e educação¹⁵⁶.

Focado na “promoção de cultura ética de legalidade empresarial” ou afeiçoados aos “mecanismos de vigilância e controle”, um programa efetivo deve ostentar regidas fundações construídas com, pelo menos, os elementos supracitados. Não será um pilar bem-feita substituto

¹⁵⁵ Fala-se em ciclo PDCA (Plan, Do, Check e Act) onde no “planejamento” (Plan) se verificam os riscos e elaboram os códigos de ética, conduta e procedimentos; na “execução” (Do) fazem-se as comunicações e os treinamentos; em “controle” (Check) aplicam-se as ferramentas do monitoramento e, por fim, em “aprender” (Act) adotam as medidas de aprimoramento. Cr. Giovanini, W. (2014), op. cit., p. 52.

¹⁵⁶ Rodrigues, A. M. (2020), op. cit., pp. 106 e ss.

de outro, não será a excelência de um base suficiente para projetar efetividade de todo programa. É obrigatória a confluência de todos os elementos.

Portanto, como se percebe, embora à primeira vista o *compliance* possa parecer algo subjetivo, na prática, sua existência é bem palpável. Há diversas formas de se avaliar sua presença e efetividade, tal como aqui ficou demonstrado. Os componentes expostos permitem uma aferição gradativa em escala onde, num extremo se encontram programas efetivos, no meio, programas inócuos e, noutra horizonte, programas de fachada, de modo que, a avaliação pode ser realizada pelas autoridades e refletida no tratamento empregado.

CAPÍTULO III – DIREITO DA CONCORRÊNCIA E *COMPLIANCE*

3.1 O contributo do *compliance* ao direito da concorrência

O monopólio é a posição mais vantajosa que uma empresa consegue alcançar para obter lucratividade, no entanto, pode não ser a mais favorável ao resto da sociedade. Sem concorrentes não há preocupação com a migração de clientes para outras empresas, porventura, sequer para outros produtos. Investimentos em novas tecnologias tendem a diminuir, haja vista que a empresa não precisa se destacar em meio aos seus rivais, o que também pode levar à deterioração da qualidade dos produtos e do atendimento aos clientes. Eventualmente o monopolista tem poder de exercer pressão sobre os fornecedores e a elevação dos preços logra ser mais facilmente praticada. Enfim, há uma forte tendência de se reduzir o bem-estar social, tal como já amplamente demonstrado. Quanto maior o número de concorrentes, mais difícil será alcançar esta posição, uma vez que mais difícil será eliminar todos os rivais. O poder de mercado estará pulverizado.

Depois do monopólio, a posição mais vantajosa é a dos oligopolistas, pois, para estes, a concorrência será reduzida. Caso haja sincronia entre as empresas que formam o oligopólio, haverá para elas majoração dos lucros, posto que o grupo funcionará como um monopólio, sendo capaz de controlar preços e quantidade dos produtos colocados a venda, entrada de concorrentes no mercado, dentre outros. Ou seja, para a sociedade – sobretudo os consumidores – os efeitos serão os mesmo de um monopólio.

Sucedem que este sincronismo dificilmente será alcançado sem um acordo entre as principais empresas que ocupam determinado mercado. Quando estes acordos não existirem, prevalecerá entre os concorrentes o Dilema do Prisioneiro¹⁵⁷.

Para melhor compreensão imaginemos um mercado onde duas empresas (empresa “A” e empresa “B”) concorrem, mas partilham o mesmo número de clientes e mesmos montantes de lucro. Imaginemos agora que, repentinamente, os gastos necessários à produção das suas mercadorias sejam reduzidos. O que cada empresa pode e deve fazer?

¹⁵⁷ Cf. Azevedo, P. F. (2019), op. cit., p. 290.

Encaremos a situação do ponto de vista da empresa “A”. Terá ela a seguinte questão: manter os preços ou reduzi-los? A princípio, não alterar os valores cobrados dos consumidores lhe proporcionará maiores rendimentos. Mas, será que representaria, em qualquer hipótese? A resposta deverá levar em consideração as possíveis atitudes da empresa rival, que terá as mesmas opções diante de si. Nesta circunstância, se a empresa “B” decidir manter seus preços e a empresa “A”, fizer o mesmo, ambas alargaram suas margens de lucro em razão da redução do valor dos insumos. Todavia, se “B” mantiver os preços e “A” diminuí-los, então esta poderá dobrar sua lucratividade por meio da captação dos clientes que pertencem à outra empresa. Com efeito, num cenário onde a empresa “B” não faz alteração, a melhor opção para a empresa “A” será reduzir seus preços.

Noutro giro, na hipótese da empresa “B” decidir moderar a importância exigida por suas mercadorias, caso a empresa “A” faça o mesmo e na mesma proporção, então não haverá alteração nas margens de lucro de ambas as companhias. Esta e aquela continuarão repartindo o mercado e desfrutando das mesmas rendas que antes. A redução dos custos de produção será repassada para os consumidores. No entanto, decidindo a empresa “A” manter seus preços, poderá ela perder todos seus clientes para a empresa “B”, ocasionado não apenas uma redução a zero de seus lucros, também um déficit, dado os montantes despendidos com a produção. Neste quadro a melhor opção para a empresa “A” também é reduzir os preços¹⁵⁸.

Este cenário hipotético se reproduz de forma inconsciente no nosso cotidiano. Evidentemente que na realidade haverá muito mais complexidade, porquanto muitas outras variantes somar-se-ão aqueles apresentados, mas, mesmo assim, este exercício mental é suficiente para nos levar à seguinte conclusão: o melhor resultado para as empresas ocorrerá quanto colaborem umas com as outras e, noutro extremo, o melhor resultado para os consumidores ocorre quando não houver colaboração hostil à concorrência. É exatamente por esta razão que o direito da concorrência proíbe acordos entre empresas que ponham em causa a concorrência, daí a importância de se ter um mercado pulverizado. Nesta toada, pode-se dizer que a imprevisibilidade da conduta rival é um combustível à concorrência. Todavia, reforça-se, claro que não se está a falar de qualquer tipo de acordo, tão somente aqueles que sejam

¹⁵⁸ Conforme ensina Paulo Furquim de Azevedo: Em uma linguagem técnica, a estratégia de reduzir os preços é uma estratégia dominante, uma vez que é sempre superior às demais estratégias.”, Azevedo, P. F. (2019), op. cit., p. 291.

prejudiciais ao bem-estar do consumidor e a eficiência alocativa em determinado mercado, ou seja, aqueles que falseiam ou afastam a concorrência.

É neste contexto que os programas de *compliance* têm enorme aptidão para proteger e estimular mercados competitivos e probos, pois eles elevam a incerteza sobre a conduta alheia. No âmbito do direito da concorrência, programas efetivos devem ter mecanismos de detecção, bem como autonomia para denunciar qualquer conduta anticoncorrencial que chegue ao seu conhecimento, seja da própria empresa ou de seus colaboradores. Corroborando o exposto, depois de trazer a baila diversas casuísticas de conluio, conclui o Dr. Ruben Bahamonde:

Após uma breve análise dos casos mencionados conseguimos verificar que para as empresas infratoras, o receio de serem apanhadas pela autoridade da concorrência é residual, pois o principal risco consiste em que algum parceiro do ilícito, provavelmente com um programa de *compliance* efetivamente implementado, entregue a estas autoridades todos os elementos necessários para dar cumprimento ao seu registo de padrões éticos e de conformidade, aproveitando assim uma muito provável exclusão da sanção decorrente de um acordo de leniência.¹⁵⁹

Sucedede que, como se viu até este momento, nenhum dos ordenamentos estudados possui regras específicas relativamente aos programas de *compliance* no direito da concorrência. Por ora, entre Brasil, Portugal e União Europeia, apenas o primeiro determina a ponderação compulsória destes arranjos, mas quando da condenação de empresas envolvidas em casos de corrupção¹⁶⁰. Por conseguinte, o intermediário entre os programas de integridade e seus efeitos legais, como bem colocado acima, tem sido Programas de Leniência, Termos de Compromisso

¹⁵⁹ No trecho em destaque o Autor se refere aos casos de conluio, todavia, conforme se verá, há de se esperar igual efeito em mercados dominados. Pires, A. S., Rosário, P. T., & Bahamonde, R. (2020), op. cit., 50.

¹⁶⁰ Fala-se aqui em corrupção de forma genérica, abarcando todas as práticas proscritas na Lei n. 12.846, elencadas em seu art. 5º.

de Cessação de prática (TCC)¹⁶¹ e Programa de Clemência¹⁶² (os dois primeiros, no Brasil e, o último, em Portugal e na União Europeia), de forma genérica, as delações.

Estes institutos não são objetos deste trabalho, mas inadequado seria não mencionar seus papéis nesta querela, porque eles potencializam o monitoramento dos *compliances*, na medida em que constroem pontes por onde as informações recolhidas no exercício daquela atividade encontram caminho para serem utilizadas em prol das empresas que estão se envolver em condutas anticoncorrenciais. Ou seja, sem tais institutos a detecção de ilicitude por parte da empresa não teria como por ela ser utilizada, a não ser internamente, logo, muito provavelmente as irregularidades encontradas seriam ocultadas.

Mister se faz ressaltar, porém, que se uma empresa não tiver sido a primeira a delatar às autoridades, prática anticoncorrencial com as quais eventualmente tenha se envolvido, não poderá reclamar qualquer benefício legal, ainda que tenha um programa de *compliance* efetivo, pontualmente falho. Como dito anteriormente, diante desta realidade, as vantagens legais de se ter programas de *compliance* ficam adstrita à capacidade de eles proporcionarem informações para as empresas utilizarem em programas de clemência ou leniência. Na prática a legislação pode estar a privilegiar os oportunistas e detrimento dos bem-intencionados.

3.2 A conveniência da Regulação do *Compliance*

Haverá quem diga que se uma ilicitude ocorreu quer dizer que o programa de integridade não funciona, mas este fato nem sempre é verdade. Se o programa de *compliance* detetou uma falha e não a removeu e/ou delatou, por certo, ou não estamos diante de um verdadeiro programa de *compliance*, ou pelo menos não diante de um programa efetivo. Mas é possível que programas efetivos também apresentem erros, de modo a não perceber certos desvios, sobretudo em

¹⁶¹ Vide Lei 12.529/2011, Capítulo VI c/c Regimento Interno do Cade (RI-CADE). Sobre o tema: Júnio, F. A. (2017). *Os (indispensáveis) instrumentos consensuais no controle de condutas do direito antitruste brasileiro - A experiência do Cade com o termo de compromisso de cessação e o acordo de leniência*. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm. E idalgo, C. B., & Canetti, R. C. (2017). *Os Acordos de Leniência na Lei de Combata à Corrupção*. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm.

¹⁶² Vide Lei 19/2012, capítulo VIII, artigos 75.º a 82.º.

tempos onde existem empresas cuja complexidade organizacional supera a de Estados¹⁶³. Daí a importância de se decantar os arranjos existentes, separando os efetivos dos de fachada. Pode-se inclusive dizer: os verdadeiros, dos falsos.

Aponta-se ainda outra questão: com os programas de *compliance*, é a própria empresa quem descobre suas violações, então, será ela quem decide quando e o que delatar¹⁶⁴. É sim, não neguemos, uma possibilidade, todavia temos aqui um problema mais relacionado com os programas de leniência/clemência. Estes estão inexoravelmente sujeitos a estas estratégias, os programas de integridade não, pois, agora sim, se tal fato ocorreu sobre o teto de uma companhia que diz ser *compliance*, estaremos diante de um sistema de cumprimento que não funciona, não efetivo, porventura, um programa de fachada. Destarte, mais uma vez, nos deparamos com a necessidade de identificar programas inócuos e efetivos.

Ou seja, não é ausência de falhas que faz um programa efetivo, é a observância de certos padrões de desenvolvimento. Aliás, foi dito que um dos pilares dos programas de integridade é a capacidade de aprimoramento. Neste sentido, a fim de evitar que seja “o lobo a cuidar do gado”¹⁶⁵ – valendo-nos das palavras de Paulo César Busato –, há de se regular a autorregulação, fato que já se observa por parte do mundo jurídico e corporativo¹⁶⁶.

¹⁶³ Caso que serve como exemplo emblemático a respeito é o da empresa Siemens, gigante que atua em vários mercados e vários países, como foco soluções tecnológicas e serviços de engenharia. Em 1991 a empresa começou a trilhar caminho das boas práticas com elaboração do seu código de ética corporativa, vindo a contar, desde 2001, com um programa de *compliance*. Ainda assim, já esteve envolvida em casos de infrações relacionadas com formação de cartéis. Todavia a empresa sempre auxiliou as autoridades nas investigações e promoveu medidas internas a fim de sanar os problemas e aprimorar seu programa. Sobre o tema ver Schapiro, M. G., & Matos Marinho, S. M. (2019), op. cit., pp. 49 - 59.

¹⁶⁴ Nas palavras de “Afinal, se a descoberta das violações das regras de cumprimento ocorre internamente, é a própria empresa quem decide quando houve ou não um evento digno de se noticiar às autoridades públicas, para promover sua persecução. Desse modo, não somente se seleciona se o delito chega ou não a ser conhecido pelas autoridades, como também, inclusive em tais casos, estabelece-se como chegará, ao selecionar entre os dados que serão encaminhados ao Ministério Público.”, Busato, P. C. (2018). O que não se diz sobre o criminal compliance. Em M. F. Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes, Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal (2ª ed.). Lisboa, p. 3.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ A respeito, Carlos Gomez-Jara Díez: “A tenor de lo expuesto, pudiera parecer que cualquier tipo de autorregulación es válida y que, en consecuencia, cualquier tipo de Compliance Program pudiera eximir de

É preciso tornar universal a percepção de que não importa o quão lucrativa é a parceria comercial entre as companhias, se houver desvios o departamento de integridade denunciará. Para tanto é fundamental que os programas ostentem autonomia, apoio da alta direção, canais de denúncia, enfim, todos aqueles pilares, já citados, funcionando em plena forma. Pilares rígidos serão muito mais comuns quando as companhias compreenderem que programas de *compliance* sem bases sólidas não são considerados pelas autoridades. Por sua vez, as autoridades só poderão avaliar a rigidez destas bases, ou seja, dos programas, se houver regulamentação que dite seus componentes fundamentais.

Após tornar-se mensurável a efetividade de um programa de integridade, com a regularização de seus elementos essenciais, deve-se conformar as sanções no sentido de que empresas comprometidas com as boas práticas sejam tratadas de forma mais branda¹⁶⁷, ao passo que aquelas que promovem programas como engodo, tratadas de forma mais severa¹⁶⁸. Somente assim se criará uma rede de fiscalização mútua entre as empresas que funcione ao lado das autoridades¹⁶⁹. Sem a regulamentação o que se verá, é a proliferação de programas de fachada que, no lugar de apoiar, tornar-se-ão mais um fardo para o trabalho de investigação.

responsabilidad penal a La persona jurídica. Sin embargo, precisamente en este punto entra en juego la vertiente de la regulación de la autorregulación. Así, la existencia de diversidad de modelos regulatorios de los sistemas de Compliance en el ámbito internacional ha llevado a la Organización para La Estandarización Internacional [ISO] a promulgar una serie de directrices para dotar de un contenido estandarizado a los elementos fundamentales de un sistema de Compliance, Díez, C. G.-J. (2015). *Autorregulación y Responsabilidad Penal*. Lima: ARA Editores, p. 77.

¹⁶⁷ Em sentido diametralmente oposto, conforme anota Schapiro, vai o entendimento da autoridade norte-americana (Departamento de Justiça Concorrencial dos Estados Unidos – DOJ), nas palavras do Autor “(...) o programa de *compliance* deve ajudar as empresas a atender os requisitos exigidos pela legislação concorrencial, mas considerar sua exigência em si como um critério para obtenção de benefícios em um eventual processo condenatório seria premiar uma política interna que falhou, incentivando a sua adoção meramente formal como medida para mitigar as futuras sanções.” Schapiro, M. G., & Matos Marinho, S. M. (2019), op. cit., p. 65. Percebe-se, porém, que este entendimento não vai de todo contrário ao que se defende neste trabalho, que é a observação de critérios com a finalidade de afastar programas de fachada.

¹⁶⁸ Alcançado este estado, o ideal, a nosso ver, é que a efetividade caiba à empresa o ônus de provar e sobre a simulação, às autoridades da concorrência. A questão já é debatida em âmbito penal senão vejamos (Busato, 2018).

¹⁶⁹ Schapiro, M. G., & Matos Marinho, S. M. (2019), op. cit., p. 26.

Sequer temos aqui custos associados a regulamentação, porque não há que se criar novas ferramentas, instruturas ou qualquer outro elemento diferentes daqueles que já estão associados às autoridades de concorrência, tampouco há restrições à liberdade económica e a concorrência¹⁷⁰. Fala-se apenas em padronização para nortear comportamentos, quer das empresas ao se comprometeram com o programas de *compliance*, quer das autoridades ao se deparar com estes sistemas.

Perceba ainda que caso programas de integridades se transforme em regra, o dilema do prisioneiro não incidirá apenas entre rivais, como dito, espera-se que o surgimento de terreno fértil para a fiscalização mútua paire sobre mercados variados, logo, ainda que uma empresa atue totalmente alheia aos seus concorrentes, não tendo o interesse de se cartelizar, por exemplo, suas práticas estarão suscetíveis de ponderação por parte dos seus parceiros comerciais que com ela interajam. Note, não se está a falar de inspeção de uma companhia noutra, mas sim de um meio de repelir a proliferação de maus práticas, sobretudo daquelas que dependem da participação de dois ou mais agentes económicos¹⁷¹.

Obviamente que programas de integridade não eliminarão práticas ilícitas, quer-se apenas que eles proporcionem sua diminuição, e, espera-se, de forma considerável. Mas, ainda que sua teia não retenha condutas proscritas, há de se dizer que ela proporcionará ainda mais efetiva repressão. Ao ensejo da conclusão deste item, explica-se esta última afirmação:

A todo processo decisório que envolve uma condenação são naturais dois problemas: o falso positivo (condenação de inocentes) e o falso negativo (absolvição de culpados). Esta questão pode ser contornada com o aprofundamento das investigações, mas, como mencionado no início deste trabalho, há uma dificuldade crescente em se detetar cartéis e, mais ainda, outras

¹⁷⁰ Cf. Azevedo, M. E. (2017). *Direito da Regulação da Economia*. Lisboa: Quid Juris, p. 71.

¹⁷¹ Neste ponto vale fazer menção ao trabalho de José Marcelo Martins Proença, intitulado “O Uso Disfuncional Do Compliance – Efeitos danosos a *Due Diligence* de terceiros aos fins do antitruste”, onde o Autor alerta para a possibilidade do *compliance* tornar-se um mitigador da concorrência, no lugar de um entusiasta. Em apertada síntese, através da proliferação de exigências, por parte de grandes empresas na contratação de parceiros, que dificilmente seriam cumpridas por pequenas e médias empresas, logo, contribuindo para que apenas companhias já com poder de mercado captem tais contratos. Para mais detalhes sobre o tema, Proença, J. M. (2020). *O Uso Disfuncional do Compliance - Efeitos Danosos da Due Diligence de Terceiros aos Fins do Antitruste*. Revista Jurídica Luso-brasileira, Ano 6, Nº 1.

condutas menos vestigiais, como as práticas concertadas e de empresas que dominam mercados. Além disso, é preciso insistir, as investigações geram custos para as autoridades antitruste – as quais não ostentam recursos ilimitados – e, concomitantemente, oneram a parte investigada, porquanto, na grande maioria das vezes precisam arcar com profissionais especializados para se defender e, porventura, sofrem perdas relacionadas com a mácula de sua imagem. Neste cenário dar-se preferência aquelas suspeitas seguidas de um conjunto mínimo de evidências com capacidade para lastrearem uma condenação¹⁷². Como consequência, muitas práticas anticoncorrenciais sequer chegam ao conhecimento das autoridades, e outras, quando chegam, quiçá são punidas.

Disse-se e ficou demonstrado que os programas de *compliance* servem melhor à prevenção, todavia, ultrapassada esta fase, temos que mais fácil será a investigação onde mais universalizado estiver o *compliance*. Isto porque tais programas favorecem o registo de atos a fim de monitorá-los, consequentemente, cria-se um ambiente mais documentado. Portanto, ainda que a rede de programas de *compliance* não seja capaz de evitar desvios, dará ela melhor suporte ao seu rastreamento.

Destarte, sintetizando, a difusão dos programas de *compliance* tende a reduzir os níveis de práticas prejudiciais aos mercados – como a cartelização e a corrupção – porquanto cria uma rede de fiscalização mútua entre as empresas que passa a agir ao lado das autoridades¹⁷³. Estas, com a ajuda, tornam-se mais eficientes, capazes de agir mais profundamente ou mais amplamente, pois até suas investigações poderão ser realizadas de forma mais fluída, uma vez que cercadas de mais documentados. Neste ambiente o mercado se vê mais seguro e probo, provocando o aumento dos investimentos que, por sua vez, tende a fomentar a concorrência desaguando nos proveitos já massivamente abordados neste trabalho. Enfim, forma-se um círculo virtuoso no qual todos são beneficiados. Tudo dependerá, porém, da seriedade com que estes programas serão encarados. Havendo possibilidade de autoridades fiscalizarem os programas de integridade quanto aos seus requisitos mínimos necessários à efetividade, então é possível que tal círculo se forme.

¹⁷² Azevedo, P. F. (2019), op. cit., p. 289.

¹⁷³ Schapiro, M. G., & Matos Marinho, S. M. (2019), op. cit., p. 15.

CONCLUSÕES

Como verificado, a defesa da livre concorrência é relativamente nova. Em verdade, antes de o mundo atingir certos níveis de globalização, os debates que atravessavam seu terreno tinham outros objetivos, como a proteção de mercados regionais ou a defesa da livre iniciativa. Hoje, entretanto, encontra-se legitimada e com lugar cativo no ordenamento jurídico da maioria dos países, sendo certo que nos sistemas estudados, apesar de existirem peculiaridades, é perfeitamente possível identificar um eixo comum transversal a todos, pois, no que se refere ao controle de condutas corporativas, União Europeia, Portugal e Brasil partilham o combate ao abuso de poder econômico e às práticas colusivas.

Vimos então o quão importante é a manutenção de níveis saudáveis de concorrência. Ações que lhe são contrárias prejudicam os consumidores e comprometem a eficiência econômica, fazem subir os preços e baixarem as produções. Com a elevação dos valores haverá quem deixe de comprar e quem transferirá involuntariamente suas riquezas aos manipuladores do mercado. Decorre disto a diminuição das escolhas e do vigor da economia. Sem as pressões das forças da concorrência não existirá, também, incentivos à inovação, dentre diversos outros efeitos perniciosos. Acima de tudo, deve-se salientar, a livre concorrência é mesmo necessária para a manutenção da própria livre iniciativa.

A defesa deste caro direito, no entanto, tem enfrentado dificuldades crescentes, mormente no campo da atuação repressiva. Detetar cartéis e, mais ainda, outras condutas menos vestigiais, como as práticas concertadas, é tarefa cada vez mais desafiadora, quanto mais em um mundo virtual. Para além da dificuldade intrínseca desta atividade, as investigações promovidas com estes objetivos geram custos para autoridades e investigados. Neste cenário, dar-se preferência aquelas suspeitas seguidas de um conjunto de evidências com capacidade mínima para lastrearem condenações. Consequentemente, muitas práticas anticoncorrenciais sequer chegam ao conhecimento das autoridades e outras, quando chegam, quiçá são punidas.

Isso não quer dizer, ainda, que nos casos onde haja condenações ocorra o restabelecimento da normalidade. Os resultados nocivos da supressão da concorrência não são fáceis de quantificar, pois seria necessário mensurar a diferença do mercado funcionado com, e sem a presença da rivalidade. Diante deste desafio e sem uma exigência legal, agências de competição

simplesmente não fazem tal cálculo, portanto, mesmo quando há condenações, não se pode dizer que todas as perdas foram compensadas e todos os danos reparados.

Em virtude da dificuldade de detecção, do custo da investigação e de exposição a insatisfatórias condenações, as autoridades da concorrência buscam dissuadir práticas anticoncorrenciais com a ameaça de pesadas multas. No entanto, o recrudescimento é em vão quando não acompanhado por razoável probabilidade de punição. Mais que ineficaz, poderá culminar em efeitos colaterais, como o fechamento e afastamento de empresas.

Como se pode notar, já não há espaço nem razão para se lutar com as mesmas armas, deve-se buscar outros meios para contornar esta questão. Neste contexto o *compliance* se apresenta como um forte candidato, pois têm enorme aptidão para proteger e estimular mercados competitivos, criando uma cultura de comprometimento com boas práticas, bem como uma rede de fiscalização mútua que mina a proliferação de acordos anticoncorrenciais e outras práticas do gênero. Mas não será a disseminação de qualquer ação que se diz *compliance* capaz de gerar tais frutos. Somente aqueles programas efetivos, isto é, calcados em regidos pilares, têm a capacidade de proporcionarem mencionados benefícios.

Colaboradores internos e terceiros devem ter a percepção de que não importa o quão lucrativa é a parceria comercial entre as companhias ou a prática comercial individual da empresa, se houver desvios, o departamento de integridade denunciará. Para tanto é fundamental que os programas disponham de apoio da alta direção, autonomia, canais de denuncia, enfim, todos aqueles mecanismos de prevenção, detecção e correção expostos, funcionando em plena forma. Pilares rígidos serão mais comuns quando as companhias compreenderem que sistemas de *compliance* sem bases sólidas não são considerados pelas autoridades. Por sua vez, as autoridades só poderão avaliar a rigidez destas bases, ou seja, dos programas, se houver regulamentação que dite seus componentes fundamentais.

É bem verdade que agências nacionais e internacionais têm se preocupado em elaborar manuais e outros documentos de boas práticas, objetivando fomentar a proliferação de programas de *compliance*, mas não se pode olvidar que a segurança jurídica necessária a este propósito, sobretudo em sistemas jurídicos de *common law*, só existirá quando as agências governamentais competentes identificarem uma fonte normativa onde possam se escorar.

Portanto, frisa-se, programas de *compliance* devem, primeiramente, ser legalmente parametrizado de modo que as autoridades possam avaliar com margem de segurança a existência ou não de um programa efetivo. Após tornar-se mensurável a efetividade de um programa de integridade, com a regularização de seus elementos essenciais, deve-se conformar as sanções no sentido de que empresas comprometidas com as boas práticas sejam tratadas de forma mais branda, ao passo que aquelas que promovem programas como engodo, tratadas de forma mais severa. Somente assim se criará uma rede de fiscalização mútua entre as empresas que funcione ao lado das autoridades. Sem a regulamentação, o que se verá é a proliferação de programas de fachada que, no lugar de apoiar, tornar-se-ão mais um fardo para o trabalho das autoridades.

FONTES

- Banco Central europeu. (27 de junho de 2017). *Como contribui a inovação para o crescimento?* Obtido em 03 de outubro de 2020, de Banco Central Europeu: <https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/growth.pt.html#:~:text=Um%20dos%20benef%C3%ADcios%20mais%20importantes,contributo%20para%20o%20crescimento%20econ%C3%B3mico.&text=Com%20o%20aumento%20da%20produtividade,a%20um%20crescimento%20da%20eco>
- Cade. (Maio de 2016). *Cartilha do Cade*. Obtido em 12 de 01 de 2020, de Conselho Administrativo de Defesa Econômica: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.png/view>
- Cade. (janeiro de 2016). *Guia Programas de Compliance*. Obtido em 12 de janeiro de 2020, de Conselho Administrativo de Defesa Econômica: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf
- Cade. (28 de agosto de 2013). *Cade multa em R\$ 300 milhões cartel internacional de cargas aéreas*. Obtido de Cade: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-multa-em-r-300-milhoes-cartel-internacional-de-cargas-aereas>
- Cade. (Dezembro de 2019). *Guia Combate a certéis em licitação*. Obtido em 12 de 01 de 2020, de Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
- Comissão Europeia. (1997). Comunicação da Comissão - Relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03). *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Comissão Europeia. (2004). Comunicação da Comissão - Orientação sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (2004/C 101/07). *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Comissão Europeia. (2009). Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamento de exclusão abusivo por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02). *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Comissão Europeia. (novembro de 2011). *Coimas por infração ao direito da concorrência*. Obtido em 25 de outubro de 2020, de Comissão Europeia: https://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_pt.pdf
- Comissão Europeia. (2012). *É importante cumprir - o que as empresas podem fazer para melhorar o cumprimento das regras de concorrência da UE*. Obtido de Comissão Europeia: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html
- Comissão Europeia. (2017). *Resumo da Decisão da Comissão - Processo AT.39258 – Frete aéreo*. *Jornal Oficial da União Europeia*. Obtido de [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017XC0614\(07\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017XC0614(07))
- Comissão Europeia. (09 de julho de 2020). *Relatório sobre a Política de Concorrência 2019*. Obtido de Comissão Europeia: https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2019/part1_pt.pdf

- Departamento de Estudos e Grupo de Trabalho de Métodos em Economia (GTME - GT n.º 3). (novembro de 2010). *Delimitação de Mercado*. Obtido em julho de 2020, de CADE: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf
- Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*. (16 de 07 de 1993). Obtido em 18 de 05 de 2020, de www.oecd.org: <https://www.oecd.org/competition/abuse/2376087.pdf>
- OECD. (14 de abril de 2014). *Regulatory Compliance Cost - Assessment Guidance*. Obtido em 29 de junho de 2020, de Organisation for Economic Co-operation and Development: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/compliance-costs.htm>
- OECD. (2019). *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil*. Obtido em 2020, de Organisation for Economic Co-operation and Development: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-
- OECD. (2011). *Promoting Compliance with Competition Law*. Obtido em 20 de setembro de 2020, de Organisation for Economic Co-operation and Development: <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anders, E. C., & Misale, G. T. (22 de fevereiro de 2017). *Programa de Compliance Concorrencial - Quando compliance e enforcement se encontram*. Obtido em 12 de setembro de 2020, de Jota: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/programa-de-compliance-concorrencial-22022017>
- Azevedo, M. E. (2017). *Direito da Regulação da Economia*. Lisboa: Quid Juris.
- Azevedo, P. F. (2019). Análise Econômica da Defesa da Concorrência. Em L. B. Timm, *Direito Econômico no Brasil*. São Paulo: Foco.
- Bahamonde, R. (2020). Livre iniciativa privada e direito da concorrência: um olhar Luso-Brasileiro. Em P. T. do Rosário, L. Dal Ri, & D. Hammerschmidt, *Direito Constitucional Luso e Brasileiro no Âmbito da Pacificação Social*. Curitiba, Brasil: Jururá.
- Bobbio, N. (2017). *Liberalismo e Democracia*. (M. A. Nogueira, Trad.) São Paulo: Edipro.
- Britto, C. A. (01 de fevereiro de 2016). *Análise prática de programas de compliance*. Obtido em 2020 de setembro de 12, de Jota: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coluna-do-trench-rossi-analise-pratica-de-programas-de-compliance-01022016>
- Busato, P. C. (2018). O que não se diz sobre o criminal compliance. Em M. F. Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal* (2ª ed.). Lisboa.
- Carvalho, V. M. (01 de outubro de 2015). *Compliance – concorrência, efetividade e transparência - A importância do compliance no Brasil para a promoção de boas práticas concorrenciais*. Obtido em 2020 de setembro de 12, de Jota: <https://www.jota.info/opiniao->

e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/compliance-concorrenca-efetividade-e-transparencia-01102015

- Coelho, F. U. (2015). *Curso de Direito Comercial* (Vol. Direito das Empresas). São Paulo: 19ª.
- Cunha, P. O. (2015). *Direito das Sociedades Comercial* (5ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Díez, C. G.-J. (2015). *Autorregulación y Responsabilidad Penal*. Lima: ARA Editores.
- Ferreira, E. P. (2001). *Direito da Economia*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa.
- Fidalgo, C. B., & Canetti, R. C. (2017). Os Acordos de Leniência na Lei de Combata à Corrupção. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm.
- Figueiredo, L. V. (2019). *Direito Econômico* (10ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Filho, A. P. (2017). Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. Em J. Mulhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm.
- Frazão, A. (2017). *Direito da Concorrência Pressupostos e perspectivas* (1ª ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Frazão, A. (29 de julho de 2020). *Impactos do compliance sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas*. Obtido em 12 de setembro de 2020, de Jota: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-do-compliance-sobre-a-responsabilidade-administrativa-de-pessoas-juridicas-29072020>
- Gaban, E. M., & Domingues, J. O. (2016). *Direito Antitruste* (4ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Giovanini, W. (2014). *Compliance A excelência na prática*. São Paulo.
- Giovanini, W. (2017). Programa de Compliance e Anticorrupção: Importância e Elementos Essenciais. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm.
- Gonçales, A., & Eslar, K. D. (2017). Como Avaliar a Efetividade de um Programa de Compliance. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm.
- Hobsbawn, E. J. (2019). *A Era das Revoluções 1789 - 1848* (43ª ed.). (M. T. Teixeira, & M. Penchek, Trads.) Rio de Janeiro, Brasil: Paz & Terra.
- Humberman, L. (s.d.). *História da Riqueza do homem* (16ª ed.). (W. Dutra, Trad.) Zamar.
- Júnio, F. A. (2017). Os (indispensáveis) instrumentos consensuais no controle de condutas do direito antitruste brasileiro - A experiência do Cade com o termo de compromisso de cessação e o acordo de leniência. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm.
- Machado, J. E., & Costa, P. N. (2018). *Manual de Direito Fiscal perspectivas multinível* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Moncada, L. S. (2018). *Direito Econômico* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Neves, E. C. (2017). Compliance Anticorrupção: Como implementar um programa. Em J. Munhós, & R. P. Queiroz, *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2ª ed.). Salvador: JusPodivm.
- Oliveira, T. (2019). Compliance Anticorrupção: Arcabouço Normativo Brasileiro e Internacional. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*.

- Patrício, J. S. (1982). *Direito da Concorrência Aspectos Gerais*. Lisboa: Gradiva.
- Pérez-Bustamante, Rogelio e Juan Manuel Uruburu Colsa. (2004). *História da União Européia*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pires, A. S., Rosário, P. T., & Bahamonde, R. (2020). *Compliance- Perspectivas e novas dinâmicas*. Coimbra: Almedina.
- Prevenção e Detecção de Cartéis em Licitações - MÓDULO 1 - Defesa da Concorrência*. (s.d.). (Escola Nacional de Administração Pública - Enap) Obtido em 26 de 06 de 2020, de Escola Virtual.Gov (EV.G): <https://www.escolavirtual.gov.br/>
- Proença, J. M. (2020). O Uso Disfuncional do Compliance - Efeitos Danosos da Due Diligence de Terceiros aos Fins do Antitruste. *Revista Jurídica Luso-brasileira, Ano 6, N° 1*.
- Rodrigues, A. M. (2020). As agências anticorrupção e a prevenção da corrupção na administração pública - da ética pública ao public compliance.
- Rodrigues, A. M. (2020). *Direito Penal Económico - Uma política criminal na era compliance* (2ª ed.). Coimbra, Portugal: Almedina.
- Rodrigues, E. L. (1990). *O Acto Único Europeu e a Política de Concorrência*. Lisboa: Banco de Fomento e Exterior.
- Santos, A. C., Gonçalves, M. E., & Marques, M. M. (2014). *Direito da Económico* (7ª Edição ed.). Coimbra: Almedina.
- Schapiro, M. G., & Matos Marinho, S. M. (2019). *Compliance Concorrencial*. São Paulo: Almedina.
- Souza, A. F. (1987). *Comunidades Europeias*. Lisboa: Editora Danubio.
- Zingales, L. (2012). *Um Capitalismo Para o Povo*. São Paulo: Bei.