

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

João Pedro Ortiz de Camargo Novazzi

O Cade e a desproporcionalidade na aplicação da pena de proibição de participar de
licitações públicas

SÃO PAULO
2022

João Pedro Ortiz de Camargo Novazzi

O Cade e a desproporcionalidade na aplicação da pena de proibição de participar de licitações públicas

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Antônio Márcio da Cunha Guimarães.

SÃO PAULO

2022

Ficha catalográfica ABNT 14724 p.11

Deve conter a autorização do autor para a reprodução do trabalho, localizada na parte superior da folha, e, a ficha catalográfica, localizada na parte inferior da folha.

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial deste Trabalho de Conclusão de Curso por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura:

Data:

e-mail:

A PUC tem esse site para gerar a ficha catalográfica: <http://biblio2.pucsp.br/ficha/>

“A história é um labirinto. Acreditamos saber que existe uma saída, mas não sabemos onde está. Não havendo ninguém do lado de fora que nos possa indicá-la, devemos procurá-la por nós mesmos. O que o labirinto ensina não é onde está a saída, mas quais são os caminhos que não levam a lugar algum.” – Norberto Bobbio.

AGRADECIMENTOS

Este Trabalho de Conclusão de Curso é resultado das diversas reflexões que me acompanharam durante a minha trajetória acadêmica e profissional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Agradeço aos meus pais, à minha madrasta, aos meus avós e demais familiares por todo o amor, valores e princípios que me foram transmitidos ao longo dos anos, e que certamente me acompanharão durante toda a vida. Agradeço também por todas as conversas, alegrias, ensinamentos, paciência e pelo apoio incondicional à minha busca incessante pelo conhecimento e pelo meu desenvolvimento.

Aos meus amigos do Colégio Santa Maria e da Pontifícia Universidade Católica – muitos dos quais considero verdadeiros irmãos – que estiveram ao meu lado nos momentos bons e difíceis e que seguirão ao meu lado ao longo dos anos.

Aos meus professores – do Colégio Santa Maria e da Pontifícia Universidade Católica – que sempre me incentivaram a perseguir os meus sonhos, a aprimorar as minhas habilidades e que me auxiliaram a optar pela faculdade de Direito.

Aos meus amigos do escritório Grinberg Cordovil Advogados, que me ensinaram a amar o Direito Concorrencial e a aprimorar na prática os meus conhecimentos jurídicos.

À Procuradoria da Fazenda Nacional, em que tive minha primeira experiência profissional e em que descobri a real importância da administração pública.

Ao meu orientador, o Professor Antônio Márcio da Cunha Guimarães, pela orientação, apoio, confiança e por ajudar a todos da turma com o seu zelo, solicitude e atenção antes, durante e após os difíceis e infelizes meses da pandemia de Covid-19.

Por fim, ao Colégio Santa Maria e à *alma mater*, a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por terem me dado base e motivação para almejar grandes sonhos e perspectivas no futuro, e por terem me inspirado a sempre manter o olhar crítico, humanizado e aprofundado sobre o Direito, a sociedade e a vida como um todo.

Meus mais sinceros agradecimentos a todos.

RESUMO

A presente monografia consiste no estudo da sanção acessória de proibição de participar de licitações públicas, imposta de forma complementar à pena de multa em certos casos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), com fulcro no art. 38, inciso II, da Lei nº. 12.529/2011. O estudo revela a sua relevância na medida em que a pena pode se demonstrar mais gravosa do que deveria na prática, causando, possivelmente, efeitos econômicos e sociais negativos ao condenado, aos seus funcionários, ao seu mercado de atuação e à sociedade como um todo. Por conseguinte, deve-se analisar a aplicação da proibição de participar de licitações públicas à luz das decisões do Cade pela imposição da sanção, a previsão da sanção em outras leis brasileiras, a forma como o Poder Judiciário a aplica, a sanção e a sua forma de aplicação em outras jurisdições. Para que a aferição de proporcionalidade seja feita, serão considerados como norte os princípios da preservação da empresa, da função social da propriedade, da busca do pleno emprego e da proporcionalidade das penas. A partir da análise supramencionada, busca-se verificar se a pena é, de fato, da forma como é aplicada histórica e atualmente pelo Cade, desproporcional e contrária aos princípios e valores relevantes à sociedade brasileira. Uma vez confirmada a desproporcionalidade, soluções jurídicas serão pensadas para o problema.

Palavras-chave: proibição de participar de licitações públicas. Cade. desproporcionalidade. estabelecimento comercial. função social da propriedade. cartel. sanção. sistema brasileiro de defesa da concorrência. licitação pública. preservação da empresa. Lei nº. 12.529/2011

ABSTRACT

This research paper consists of the study of the accessory penalty of prohibition to participate in public procurements (debarment), imposed in addition to the fine penalty in certain cases by the Administrative Council for Economic Defense (CADE), pursuant art. 38, item II, of Law No. 12.529/2011. The study reveals its relevance to the extent that the penalty may prove to be more severe than it should be in practice, possibly causing negative economic and social effects to the convicted company, its employees, its market of operation and society as a whole. Therefore, the application of the debarment to participate in public procurements must be analyzed in light of CADE's decisions for imposing the sanction, the provision of the sanction in other Brazilian laws, the way in which the Judiciary applies it, the sanction and its form of application in other jurisdictions. In order to evaluate proportionality, the principles for preserving a company, the social function of property, the search for full employment and the proportionality of penalties will be considered as a guidance. Based on the aforementioned analysis, it is intended to verify whether the penalty is disproportionate and contrary to the principles and values relevant to the Brazilian society in the way it is historically and currently applied by CADE. Once the disproportionality is confirmed, legal solutions should be thought out for the problem.

Keywords: debarment. CADE. disproportionality. commercial establishment. social function of property. cartel. sanction. Brazilian Competition Policy System. public procurement. principle for preserving a company. Law No. 12.529/2011.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
Ed.	Edição
Inc.	Inciso
Nº.	Número
Vol.	Volume

LISTA DE SIGLAS

Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CFR	Code of Federal Regulations
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PA	Processo Administrativo
PinCade	Programa de Intercâmbio do Cade
ProCade	Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa Econômica
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SG	Superintendência-Geral
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Tade	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
UE	União Europeia

SUMÁRIO

Introdução	9
1. A importância da proteção do estabelecimento comercial	12
1.1. Conceito de estabelecimento comercial	12
1.2. Importância do estabelecimento comercial na prática	14
1.3. A proteção do estabelecimento comercial no Brasil	14
2. O Cade como a autoridade de defesa da concorrência no Brasil	17
2.1. Perspectiva histórica	17
2.2. O Cade e as suas funções preventiva, repressiva e educativa	21
2.3. As condutas anticompetitivas segundo a Lei nº. 12.529/2011	22
2.3.1. Da conduta objeto do presente trabalho: o cartel	23
2.3.2. Cartel Clássico	26
2.3.3. Cartel Difuso	27
2.3.4. Cartel <i>Hub and Spoke</i>	27
2.3.5. Cartéis internacionais	27
2.3.6. Cartéis em licitação e suas consequências negativas à coletividade	29
3. A sanção de proibição de participação em licitações públicas	31
3.1. A proibição de licitar à luz da análise econômica, jurídica e social das penas	32
3.2. A imposição da proibição de licitar no âmbito do Cade	37
3.3. Análise da pena de proibição de participação em licitações em outras leis brasileiras	43
3.4. A proibição de licitar em outras jurisdições	45
3.5. Precedentes judiciais: confirmam ou rechaçam as penas do Cade?	48
4. Conclusão	52
Referências bibliográficas	56

Introdução

Este trabalho de conclusão de curso versa sobre a pena de proibição da participação de licitações tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 anos.

A referida pena encontra previsão legal no art. 38, inc. II, da Lei nº 12.529/2011¹ ou Lei de Defesa da Concorrência, que tem sido constantemente aplicada pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica ou “Tade”, “Tribunal do Cade” ou, simplesmente, “Tribunal” em casos de condutas anticompetitivas de grande repercussão, especialmente naqueles envolvendo cartéis em licitações.

Segundo a Lei de Defesa da Concorrência, a critério do Tribunal, pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em condutas anticompetitivas podem ser condenadas ao pagamento de multa e, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas outras penas adicionais, isolada ou cumulativamente, dentre elas a proibição na participação de certames públicos.

Deste modo, o legislador concedeu ao Tribunal do Cade a possibilidade de ajustar o poder sancionador administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica², doravante, “Cade”, “autarquia” ou “autoridade antitruste brasileira”, de modo a reprimir com maior ênfase os ilícitos anticoncorrenciais previstos em lei e considerados mais danosos à livre concorrência, assegurando maior poderio dissuasório à autoridade antitruste brasileira.

No campo da lógica apofântica e do “dever-ser”, essa possibilidade encontra amparo nos anseios constitucionais consagrados no art. 170, inc. IV, de Proteção da Livre Concorrência e da Ordem Econômica. Porém, na prática, a referida pena de proibição pode ser extremamente gravosa ao apenado, visto que, na maioria dos

¹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Dispõe sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica;

² Autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública responsável pela defesa e promoção da livre concorrência no Brasil.

casos, as penas pecuniárias já são bastante elevadas e, por diversas vezes, essa proibição foi imposta em mercados com características bastante peculiares e que mereceriam maior atenção por parte do Cade, como é o caso de empresas que prestam serviços ou ofertam produtos exclusivamente para a administração pública. Nessas situações, uma pena de proibição irrestrita de participar de licitações, como tem sido a aplicação da pena pelo Cade, pode significar verdadeira “morte” do estabelecimento comercial condenado.

Isso posto, buscar-se-á analisar a referida pena sob a ótica da proteção do estabelecimento comercial, a busca do pleno emprego e a proporcionalidade das penas, de modo a concluir se a pena é realmente efetiva ou acaba sendo, ao fim e ao cabo, prejudicial às práticas comerciais e à livre concorrência objetivada pela Constituição Federal de 1988.

A atuação do Cade é, inegavelmente, crucial para a defesa da concorrência no Brasil, investigando e punindo pessoas físicas e/ou jurídicas pela prática de condutas lesivas à concorrência, tais como cartéis, trocas de informações sensíveis, exercício abusivo de posição dominante e recusa de contratar.

A jurisdição administrativa do Cade, porém, deve estar devidamente limitada pelo princípio da legalidade, da proporcionalidade e não deve implicar o encerramento de atividades de pessoas jurídicas que, por mais que tenham cometido uma infração, não devem ser condenadas por penas que, em última instância, ocasionem um processo de recuperação judicial, demissão em massa e/ou, até mesmo, a sua falência.

Deste modo, uma estudo a respeito da aplicação da pena adicional de proibição de participação em licitações públicas (art. 38, inc. II da Lei nº 12.529/2011) é imperiosa para atuação sancionatória do Cade, especialmente levando em consideração que a autoridade antitruste brasileira tem um dever constitucional de, ao mesmo tempo, punir o abuso do poder econômico e garantir valores como a livre iniciativa e a busca do pleno emprego.

Objetivando atingir as metas traçadas para o presente trabalho, será realizada uma análise histórica, doutrinária e jurisprudencial, do Cade e do Judiciário, da aplicação das penas previstas na Lei de Defesa da Concorrência no Brasil pelo Cade.

Inicialmente, o foco será analisar a proteção constitucional e legal ao estabelecimento comercial, à livre iniciativa, à busca do pleno emprego e a outros valores relevantes para o Direito Comercial.

Posteriormente, buscar-se-á realizar uma contextualização a respeito da atuação do Cade na proteção da livre concorrência, passando pelas principais formas de ação da autarquia preventiva, repressiva e educativa, observando em que sentido a jurisprudência administrativa da autoridade antitruste brasileira tem evoluído no tocante à aplicação de sanções.

Far-se-á uma análise de como a atuação do Cade e a proteção do estabelecimento comercial dialogam na prática, averiguando pontos de atrito e desproporção por parte das decisões da autarquia.

Caso a conclusão seja por uma atuação desproporcional do Cade, será averiguado se a questão pode ser contornada por uma aplicação alternativa do art. 38, inc. II, da lei, por uma uniformização da jurisprudência da autarquia ou, até mesmo, uma alteração legislativa.

1. A importância da proteção do estabelecimento comercial

1.1. Conceito de estabelecimento comercial

Inicialmente, é importante esclarecer que o conceito de estabelecimento comercial está definido no *caput* do art. 1142 do Código Civil³ (doravante, “CC”) como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

O parágrafo 1º do artigo mencionado complementa que o “estabelecimento não se confunde com o local onde se exerce a atividade empresarial, que poderá ser físico ou virtual”.

De acordo com a melhor doutrina⁴ a respeito do artigo transcrito acima:

Estabelecimento, também chamado de fundo de comércio (do *francês fonds de commerce*; *azienda commerciale*, na Itália; ou *goodwill of trade*, na Inglaterra) é o complexo unitário de bens por meio do qual o empresário, de forma individual ou coletiva, exerce a empresa. O art. 1.142 define o estabelecimento como um complexo ou conjunto de bens, corpóreos e incorpóreos, organizados para o exercício da empresa. Ou, ainda, o conjunto patrimonial organicamente agrupado para oferecer bens e serviços aos mercados. Compõem o estabelecimento bens corpóreos, que formam a estrutura patrimonial externa da empresa, tais como o estoque de mercadorias, os móveis e utensílios, as instalações, máquinas e, no tocante aos bens incorpóreos, o nome empresarial, patentes, marcas, contratos, licenças, sistemas de franquia, a localização da atividade (ponto comercial), os processos de gestão, os programas de software, créditos, débitos etc.

Quando da promulgação do CC, o legislador civilista brasileiro foi norteado pelas práticas legislativas estrangeiras, especialmente pelo art. 2.555 do Código Civil Italiano, que dispõe que o estabelecimento comercial (“*L’azienda*”) é *il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*, ou seja, *azienda* seria o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa⁵. Não à toa, Negrão esclarece que há um “uso corrente, em economia e mesmo entre os juristas brasileiros, da palavra “*azienda*” ou “*patrimônio azienda*” para indicar estabelecimento empresarial”.

Assim, o conceito de estabelecimento, previsto no art. 1.142 do Código Civilista brasileiro e, conforme visto, inspirado por ordenamentos jurídicos de países europeus,

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil;

⁴ SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 899;

⁵ ITALIA. Código Civil Italiano, de 16 de março de 1942. Codice Civile, 16 marzo 1942.

não se confunde com o espaço físico em que as atividades do empresário são realizadas. O estabelecimento abarca tudo aquilo que é utilizado pelo empresário para oferecer suas atividades no mercado, sejam elas a criação de produtos ou prestação de serviços.

Deste entendimento decorrem os ensinamentos de Ricardo Negrão, que definem o estabelecimento como sendo “uma unidade destinada ao exercício da empresa” ⁶. Negrão, ao citar o Conceito do Professor Oscar Barreto Filho, resume o conceito de estabelecimento como “complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil”.

Conforme se depreende, o estabelecimento também não pode ser entendido como sinônimo de empresário ou de uma sociedade, que são sujeitos de direito, tampouco pode ser confundido com o patrimônio destes. Sobre o tema, Fábio Ulhôa Coelho ensina⁷:

Por vezes, o patrimônio do empresário — principalmente se se trata de sociedade empresária — resume-se no estabelecimento empresarial. Trata-se, no entanto, de institutos jurídicos distintos. Todo estabelecimento empresarial integra o patrimônio de seu titular, mas este não se reduz àquele necessariamente. Os bens de propriedade do empresário, cuja exploração não se relaciona com o desenvolvimento da atividade econômica, integram o seu patrimônio, mas não o estabelecimento empresarial. Além disso, também as obrigações passivas fazem parte do patrimônio do empresário.

Feitas essas considerações sobre o conceito de estabelecimento e sobre o que o estabelecimento não é, oportuno esclarecer que, quanto à sua natureza jurídica, essa figura é compreendida como sendo um objeto de direito.

Isso porque o art. 1.143 do CC dispõe que “pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”, ou seja, a transferência do estabelecimento como um todo é possível, como também é possível, especificamente, a sua alienação, usufruto ou arrendamento, nos termos do art. 1.144 do CC.

⁶ NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. P. 37;

⁷ COELHO, Fabio Ulhôa. Manual de direito comercial. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

1.2. Importância do estabelecimento comercial na prática

Do ponto de vista histórico e prático, o comerciante/ empresário precisava reunir bens para o pleno exercício de suas atividades, os quais o diferenciariam de concorrentes e permitiriam a concepção de produtos e a realização de serviços à coletividade.

Por meio do estabelecimento, então, o comerciante poderia realizar atividades que envolveriam a transmissão de riqueza, o que, por conseguinte, asseguraria o sistema capitalista de produção.

Nesse sentido, devido à grande importância do estabelecimento para a manutenção do sistema econômico, as legislações passaram a se preocupar com a proteção do estabelecimento comercial (*azienda*), inclusive, por exemplo, com a forma de sua alienação no todo ou em parte.

Daí, de acordo com os ensinamentos de Marcelo Andrade Féres, “Giuseppe Castelli-Avolio, citando Alberto Marghieri, assinala que o estabelecimento foi o primeiro marco miliário do caminho que as energias capitalísticas e do trabalho estavam destinadas a percorrer”⁸.

1.3. A proteção do estabelecimento comercial no Brasil

No caso brasileiro, a Constituição Federal⁹ dispõe, em seu art. 5º, inc. XXIX:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Consequentemente, o legislador constituinte ordenou que o legislador ordinário protegesse o conjunto de bens materiais e imateriais da empresa, dentre eles, a propriedade imaterial, “em especial o nome empresarial, as marcas e outros signos

⁸ FÉRES, Marcelo Andrade. Estabelecimento empresarial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhôa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1ª. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017;

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República.

distintivos — por exemplo, o título do estabelecimento”¹⁰, sendo que desrespeitos ou violações a esse mandamento constitucional podem ser punidos de diversas formas. A esse respeito, oportuno reiterar os seguintes ensinamentos¹¹:

A proteção do título de estabelecimento se faz, atualmente, por regras de responsabilidade civil e penal, na medida em que caracteriza concorrência desleal (LPI, arts. 195, V, e 209). O empresário que imitar ou utilizar o título de estabelecimento que outro havia adotado anteriormente deve indenizar este último pelo desvio eficaz de clientela.

Em resumo, uma vez reconhecida a relevância do estabelecimento comercial para, na prática, garantir a transmissão de bens e serviços – e consequentemente, de capital – no seio da sociedade, gerando riqueza, empregos e prosperidade, o ordenamento jurídico pátrio tratou de protegê-lo.

Essa proteção – que vai da Constituição às demais leis – do estabelecimento considerando suas funções sociais e coletivas benéficas à economia encontra guarida, por exemplo, no art. 170 da Carta Magna, que determina que 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”, tendo como base, por exemplo, os princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego.

Para que o estabelecimento comercial atenda aos anseios dos constituintes, é crucial que todos os entes – públicos ou privados – atuem, na melhor medida possível, assegurando liberdade, autonomia e possibilidade de crescimento das atividades empresariais, visto que a preservação da empresa protege o núcleo da atividade econômica e, “portanto, da fonte produtora de serviços ou mercadorias, da sociedade empresária, refletindo diretamente em seu objeto social e direcionando-a, sempre, na busca do lucro”¹².

Acerca do princípio da preservação da empresa, Fábio Ulhôa Coelho ensina que se trata, no fim, de “proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja

¹⁰ PEREIRA, Simone de Oliveira Lara Marcondes Pereira. A proteção constitucional do estabelecimento empresarial. Revista da Faculdade de Direito. Número 1. Primeiro semestre de 2014.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de direito comercial. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp 91 – 92;

¹² BUSHATSKY, Daniel Bushatsky. Princípio da preservação da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1ª. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos”¹³.

Decorrente das atividades empresariais – em um contexto de uma economia competitiva e saudável – empregos são gerados, salários são pagos, novas tecnologias surgem, novos produtos e serviços são ofertados aos consumidores, mais tributos são recolhidos e, por fim, toda a sociedade se desenvolve.

Por essas razões, o ordenamento jurídico tem o poder-dever de normatizar e regular a proteção do estabelecimento e das atividades empresariais com atenção e zelo, sendo que a proteção precisa ser realizada e observada também pelas diversas legislações infraconstitucionais, dentre elas, a Lei de Defesa da Concorrência do Brasil (Lei nº. 12.529/2011).

¹³ COELHO, Fabio Ulhôa. Curso de direito empresarial: direito de empresa. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79.

2. O Cade como a autoridade de defesa da concorrência no Brasil

2.1. Perspectiva histórica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade – é a autoridade de Defesa da Concorrência brasileira com jurisdição em todo o território nacional. O órgão foi criado pela Lei nº. 4.137/62¹⁴, durante o governo do Presidente João Goulart.

Interessante pontuar que a Lei de 1962 foi fortemente influenciada pelas legislações de defesa da concorrência canadenses e estadunidenses, vigentes desde o século XIX. Nas palavras de Paulo Burnier¹⁵:

Historicamente, o Direito da Concorrência já tem mais de 100 anos: encontra suas origens no Canadá e nos EUA, com a promulgação das suas leis de defesa da concorrência nos anos de 1889 e 1890, respectivamente. A eles, deve-se igualmente a expressão antitruste, pois sua concepção inicial visava a proibição dos chamados *trusts*, acordos entre grandes empresas para a fixação de preços, controle de produção, bem como divisão de mercado. Esses acordos eram comuns em certas indústrias dos EUA, como de aço, de transporte ferroviário e de petróleo. Em 1914, a legislação norte-americana foi complementada por uma lei específica destinada ao controle de atos de concentração empresarial. A história do Direito antitruste nos EUA revela que algumas empresas, cientes da proibição de fixar preços e dividir mercados, passaram a contornar a nova regra por meio de fusões e aquisições de concorrentes. A legislação norte-americana, até hoje em vigor, segue como referência para muitos países. Enquanto a primeira lei de 1890 foi batizada de Sherman Act, em homenagem ao senador John Sherman, que apresentou o projeto de lei original, a segunda lei, de 1914, é conhecida como Clayton Act, em referência à autoria do senador Henry de Lamar Clayton Jr.

De acordo com Alexandre Barreto, em seus primeiros anos de existência, o Cade “teve um papel limitado, tendo em vista principalmente que o modelo econômico do país não era voltado para a busca da concorrência, mas, sim, para a intervenção estatal”¹⁶.

Somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, criada no contexto de redemocratização e de fortalecimento de direitos individuais, coletivos e difusos que o ordenamento jurídico brasileiro passou a dar efetiva atenção para a defesa da concorrência. O legislador constituinte tratou de considerar a defesa da ordem econômica como direito fundamental nos artigos 170 e 173 da *Carta Magna, in verbis*:

¹⁴ BRASIL. Lei de nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico;

¹⁵ SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da concorrência. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1;

¹⁶ BARRETO, Alexandre. O caminhar do Cade e da defesa da concorrência no Brasil. Conjur, 2020.

“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; (...).”

“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.”

Ainda de acordo com Burnier¹⁷:

A partir dos anos 1990, a defesa da concorrência passou a ser um componente de política pública no Brasil. No plano normativo, a Constituição Federal de 1988 optou por um modelo de economia de mercado, em que a livre-iniciativa, a defesa da concorrência e a proteção dos consumidores aparecem como elementos-chave para seu sucesso. Diante desse contexto histórico, o Direito da Concorrência emerge no Brasil, com guarida constitucional por meio dos princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico.

Com a edição da Lei nº. 8.884/1994¹⁸, o Cade se tornou uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Com referida lei, o SBDC era composto pela SDE, órgão investigativo e que cuidava de uma primeira análise dos atos de concentração econômica, a SEAE, responsável pela advocacia da concorrência, e o Cade, responsável pela análise final. Referida organização era conhecida como os “*três guichês*”¹⁹, e era bastante criticada pela elevada burocracia.

A título de exemplo, não poucas vezes, os processos – à época, inteiramente públicos – precisavam ser remetidos de um órgão para o outro para elaboração de pareceres em todos eles, os quais, por sua vez, tratavam do mesmo tema. Isso fazia com que os processos no SBDC demorassem muito tempo, causando insegurança jurídica e afastando o sistema do princípio da duração razoável do processo.

¹⁷ SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da concorrência. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1;

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências;

¹⁹ Mencionado, por exemplo, por Igor Voronkoff. VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 2, nº. 2, 2014, pp. 144-179.

Com a Lei nº. 12.529/2011, atualmente em vigor, o SBDC foi reestruturado e a política de defesa da concorrência no Brasil teve significativas mudanças. Com a nova norma, o Cade sofreu um processo de reestruturação, passando a ser composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tade), pela Superintendência-Geral (SG), pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

A SDE foi extinta e a Seae foi sucedida em matéria de advocacia da concorrência pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac)²⁰.

Sobre a advocacia da concorrência, Ana Frazão, ex-conselheira do Cade, citando o ex-conselheiro Carlos Raggazzo, conceitua como sendo “qualquer ação de promoção de concorrência que não esteja relacionada as ações de *enforcement* típicas das autoridades antitruste, ou seja, ao controle de estruturas e ao controle de condutas”²¹.

A atual SG herdou a maior parte das atribuições da antiga SDE, investigando e instruindo processos de supostas condutas anticompetitivas e de análise de atos de concentração.

A ProCade é órgão da Advocacia Geral da União responsável pela consultoria, assessoramento jurídico e representação judicial e extrajudicial do Cade.

Enquanto isso, o DEE, é o órgão responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação da SG e/ou de membros do Tribunal do Cade ou de seu Plenário, “zelando pelo rigor e pela atualização técnica e científica das decisões do Cade”²².

Por fim, o Tade, composto por um presidente e seis conselheiros, é o órgão decisório dentro da autarquia, e tem como principais funções (I) julgar processos administrativos que investigam pessoas físicas e jurídicas por infrações à ordem

²⁰ “Entre as atribuições legais da secretaria está a elaboração de estudos que analisam, do ponto de vista concorrencial, políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários de serviços”;

²¹ FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência. 1ª. ed. São Paulo Saraiva 2017. p. 68;

²² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento de Estudos Econômicos, por meio da Resolução Cade nº 53/2009.

econômica impondo multas e, se for o caso, outras sanções aos infratores, (II) decidir pela aprovação ou reprovação de certos atos de concentração mais complexos, e (III) responder a consultas formuladas por agentes econômicos, dentre outras.

Em outras palavras, o Tade é o responsável por exercer a jurisdição administrativa dentro do SBDC, decidindo, em última instância, em matéria concorrencial no Brasil.

Em seus primeiros anos, a lei atual sofreu algumas críticas, visto que o SBDC passaria a englobar em um único órgão (i. e., o Cade) as funções inquisitivas e judicantes, respectivamente da SG e do Tade, o que violaria o devido processo legal, o juiz natural e a ampla defesa.

Referidas críticas, contudo, demonstraram-se desprovidas de embasamento na prática, visto que, conforme aclarado por Leonor Cordovil, Vinicius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders²³, há divisões internas bastante delimitadas entre os entes da autarquia:

[O] exercício das funções de investigação e de decisão já foi desenhado de forma claramente separada pelo legislador brasileiro, ainda que tais funções sejam atribuídas a um só ente da administração pública.

Com a configuração exposta acima, o SBDC atualmente se encarrega de promover a livre concorrência em todo o território nacional, objetivando garantir na prática os anseios e princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988. Nas palavras de Carlos Jacques Vieira Gomes²⁴:

A proteção da livre concorrência, como abordado no item anterior, decorre da compreensão de que a livre iniciativa, na acepção de liberdade de iniciativa empresarial, pressupõe não apenas a ideia de liberdade para acessar o mercado, mas também a ideia de liberdade para permanecer no mercado, isto é, a livre concorrência, entendida esta como liberdade para exercer a luta econômica sem (a) a interferência do Estado e (b) os obstáculos impostos pelos outros agentes econômicos (privados). (grifo nosso).

Assim, é possível perceber que a existência do SBDC salienta a importância – de ordem constitucional – da livre iniciativa dentro da ordem econômica, e que referida

²³ CORDOVIL, Leonor *et al.* Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 34;

²⁴ GOMES, Carlos Jacques Vieira. O princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica?. Cap. da Obra: Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008. pp.331 – 334.

liberdade abarca tanto o direito de acesso a um dado mercado (i. e., sem que outros *players* criem barreiras artificiais à entrada de novas empresas) quanto o direito de permanecer no mercado (e. g., sem que um concorrente com elevado poder de mercado atue de modo a prejudicar *players* menores até que estes deixem a concorrência).

Para que isso ocorra, consoante os ensinamentos de Paula Forgioni²⁵, relembrando as lições de San Tiago Dantas e citados por Carlos Jacques Vieira Gomes, a atuação do SBDC visa impor limites à liberdade econômica àqueles que no comércio atuam:

As leis *antitrust* exprimem a concepção de que a liberdade econômica não é um princípio absoluto, em nome do qual se possa admitir os próprios pactos que excluem tal liberdade, mas é um regime social e econômico a se defender mesmo contra a liberdade individual, se esta o ameaçar.

Nesta esteira, também são as lições de Benjamin Schieber²⁶:

O poder econômico, o poder financeiro não podem continuar a ser poderes arbitrários. Cumpre que eles se exerçam no sentido do interesse geral. Ao governo dos particulares se substituirá o governo do público. Postular a liberdade simples é postular a força. (...) Não mais a corrida sem fim para objetivos puramente individuais, mas a liberdade de iniciativa de uns nos limites em que não prejudica igual liberdade de iniciativa de outros e, sobretudo, nos limites em que a liberdade individual não constitua um atentado contra o bem comum de todos.

Sendo assim, a atuação de um agente econômico – ou de alguns – não pode, em nenhuma medida, cercear a participação dos demais, sob o risco de causar danos a todos os concorrentes, a outros elos da cadeia produtiva e aos consumidores finais. Assim, a Defesa da Concorrência é um direito difuso e coletivo, devendo ser buscado em prol de toda a sociedade.

2.2. O Cade e as suas funções preventiva, repressiva e educativa

Para que o SBDC atue de forma plena, existem as funções (I) preventiva, (II) repressiva e (III) educativa.

A função preventiva se dá no controle de estruturas e, na prática, ocorre quando

²⁵ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²⁶ SHIEBER, Benjamin M.. Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

da análise de atos de concentração econômica. A depender da natureza da operação e do faturamento das partes envolvidas, a notificação ao Cade - para sua análise prévia - é obrigatória, podendo a autarquia aprovar sem restrições, com restrições, mediante acordo em controle de concentrações, “ACC”, ou reprovar a operação.

A função repressiva compõe, “ao lado do controle das estruturas, o sistema de proteção concorrencial. É através da aplicação simultânea e conjunta de ambos os subsistemas (controle estrutural e comportamental) que a proteção da concorrência ganha eficácia” ²⁷. De acordo com o próprio site do Cade, trata-se do papel de “investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência” ²⁸.

A função educativa²⁹, por fim, se refere à obrigação de:

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. (grifo nosso).

Alguns exemplos dessa função são a realização do PinCade (Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e os diversos Cadernos do Cade³⁰, que apresentam à comunidade antitruste estudos e precedentes da autoridade sobre mercados específicos.

2.3. As condutas anticompetitivas segundo a Lei nº. 12.529/2011

Inicialmente, é importante esclarecer que a Lei de Defesa da Concorrência brasileira – a Lei nº. 12.529/2011, em seu art. 36, apresenta algumas condutas passíveis de sanção por infração à ordem econômica, uma vez que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticompetitivos (parágrafo 3º).

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 384.

²⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica/ Competências.

³⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica/ Cadernos do Cade.

Esse dispositivo estabelece uma lista exemplificativa de condutas que têm a possibilidade de causar danos à concorrência. Se tais condutas realmente terão esse efeito quando adotadas, trata-se de uma análise realizada em cada caso concreto.

Entre as condutas exemplificativas do art. 36, pode-se mencionar: (I) cartel (privados, em licitações, internacional, etc.); (II) influência de conduta uniforme; (III) preços predatórios; (IV) fixação de preços de revenda; (V) venda casada; (VI) abuso de posição dominante; (VII) recusa de contratar; e (VIII) *sham Litigation* (abuso do direito de petição).

2.3.1. Da conduta objeto do presente trabalho: o cartel

No presente trabalho, o foco será a conduta de cartel, infração tipificada na lei de defesa da concorrência brasileira e que, segundo Cartilha do Cade³¹, pode ser conceituada da seguinte forma:

Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível. Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. É importante ressaltar que a mera constatação de preços idênticos não é, isoladamente, indício suficiente que aponte a existência de um cartel. São necessários, além de dados econômicos, indícios factuais de que há ou houve algum tipo de acordo ou coordenação entre os empresários do setor para aumentar ou combinar o preço dos produtos ou serviços ofertados. Alguns exemplos de provas já utilizadas para se caracterizar e punir cartéis foram atas de reuniões, escutas telefônicas, mensagens trocadas entre concorrentes etc.

Em razão dos motivos expostos acima, a literatura antitruste no Brasil e no mundo costuma classificar a conduta de cartel como sendo a mais danosa ao ambiente concorrencial.

Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo. A OCDE³² também retrata os

³¹ Cade. Cartilha do Cade. 2016;

³² Tradução livre de *Hard Core Cartels*, preparado pelo Fórum Conjunto de Comércio e Concorrência

efeitos danosos dos cartéis ao ambiente concorrencial da seguinte forma:

(...) causam danos a consumidores e negócios que adquirem seus produtos, por meio do aumento de preço ou da restrição da oferta. Como resultado, alguns adquirentes decidem não comprar o produto ao preço determinado pelo cartel ou compram-no em menor quantidade. Assim, os adquirentes pagam mais por aquela quantidade que realmente compram, o que possibilita, mesmo sem que saibam, a transferência de riquezas aos operadores do cartel. Além disso, os cartéis geram desperdício e ineficiência. Eles protegem seus membros da completa exposição às forças de mercado, reduzindo a pressão pelo controle de gastos e para inovação, o que acarreta a perda de competitividade de uma economia nacional.

Em alguns estudos do próprio Cade³³, por sua vez, foi possível verificar um sobrepreço da ordem de 25% do valor contratado. Por esses motivos, a SG³⁴, em diversos casos, escreve algo similar com o trecho abaixo:

Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. O objetivo é, por meio da ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o consequente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor. **Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, e comprometendo a inovação tecnológica. Dentre as condutas anticompetitivas, o cartel é a mais grave lesão à concorrência.** (grifo nosso).

À luz do exposto acima, o Brasil – bem como ocorre em muitas outras jurisdições – considera que os cartéis possuirão efeitos líquidos sempre negativos à sociedade. Assim, o Brasil e muitos outros consideram que os cartéis são delitos cujo objeto será sempre ilícito, não sendo necessária uma análise mais aprofundada a respeito do mercado ou a comprovação/ mensuração dos efeitos para configurar a ilicitude da prática³⁵ e, posteriormente, subsidiar a condenação dos agentes.

A essa forma de análise de cartéis, convencionou-se chamar de regra *per se*, ou seja, cartéis são ilícitos pelo simples fato de existirem, havendo uma presunção de ilegalidade. Nesse sentido, tem-se o seguinte trecho do voto do Conselheiro do Cade, Alexandre Cordeiro Macedo (atual Presidente do Cade) no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18:

da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 2003, p. 2.

³³ PEDUZZI, Pedro. Cartéis causam sobrepreço de até 25% do valor contratado em licitações. Agência Brasil, 2021;

³⁴ Procedimento Administrativo Nº 08700.009167/2015-45;

³⁵ Vide, por exemplo, a decisão da autoridade europeia de defesa da concorrência – em caso que condenou cartel que atuou em licitações para fornecimento de tubulação para sistemas de calefação residencial – na qual a comprovação da existência de acordo entre os concorrentes, bem como de práticas comerciais concertadas entre eles, serviu como fundamento para se determinar a existência do cartel (Case Nº IV/35.691/E-4: — Pre-Insulated Pipe Cartel).

Primeiramente lembre-se que infrações por objeto englobariam, a princípio, condutas tais como cartel e tentativa de influência de conduta uniforme por meio de tabelamento de preços. Trata-se de ilícitos cujos efeitos já se sabe de antemão que são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência, e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias. Em outras palavras, há uma presunção de ilegalidade, tendo em vista os seus efeitos sabidamente deletérios, de forma que basta a comprovação da sua ocorrência para o julgamento, liberando a autoridade concorrencial de fazer uma análise econômica mais aprofundada.

Os membros de um cartel, cientes da ilicitude da prática e de que podem ser punidos nas esferas cível e criminal, costumam operar mediante reuniões entre concorrentes e outros contatos via telefone, e-mail, redes sociais, cartas entre concorrentes, nos quais ocorrem trocas de informações sobre clientes, preços e outras informações comercial e concorrencialmente sensíveis.

Esses contatos, na maioria das vezes, são realizados com extrema discrição e sigilo, mediante a utilização de códigos e siglas, objetivando garantir que o conluio não seja descoberto pelas autoridades.

Vale destacar que o crime de cartel, apurado judicialmente a partir de investigações das autoridades policiais e do Ministério Público, sujeita os indivíduos envolvidos na conduta a penas de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Consoante a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, essa sanção pode ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde.

No âmbito do Cade, a Lei nº. 12.529/2011 esclarece que os cartelistas podem ser punidos com multas entre 0,1 a 20% do valor do faturamento no ramo de atividade em que ocorreu a infração, além de outras penas acessórias. Pessoas físicas condenadas por cartel também podem ser multadas pelo Tribunal do Cade, e essas multas podem variar entre R\$ 50.000,00 e R\$ 2.000.000.000,00. No caso de administradores direta ou indiretamente responsáveis pelo cartel, a multa em caso de condenação pode ser de 1 a 20% do valor da multa aplicada à empresa.

Nem todos os cartéis são iguais e, por conseguinte, as formas de identificação e os valores das multas podem variar, conforme será demonstrado a seguir.

2.3.2. Cartel Clássico

Os cartéis clássicos são compreendidos como as mais graves infrações à ordem econômica. Nesse sentido, de acordo com a SG³⁶, caracterizam-se, notadamente:

Por tratar-se de um acordo entre concorrentes que possuem uma estruturação institucionalizada e perene, ou seja, possuem uma intenção de durabilidade e manutenção do acordo e possuem algum grau de organização interna que permite uma sofisticada coordenação entre os agentes, como um monitoramento interno do cumprimento do acordo ou, até mesmo, compensações e punições entre seus membros. Por sua nocividade, aliás, **a maioria dos países que adota uma política de defesa da concorrência dá tratamento per se ao cartel clássico, dispensando a prova acerca dos prejuízos do cartel para reprimi-lo e presumindo seus efeitos nocivos a partir da comprovação da sua existência.** (grifo nosso).

Dessa forma, observa-se que os cartéis clássicos são tidos como ilícitos por sua simples existência, sendo desnecessária a comprovação, por parte da autoridade, de prejuízos decorrentes da prática. Em cartéis clássicos, costuma-se verificar reuniões constantes e periódicas entre os agentes e mecanismos que demonstrem certo grau de institucionalidade entre os seus membros, o que reforçaria a lesividade da conduta que, assim, teria nítido objetivo anticompetitivo.

É, por exemplo, o caso do chamado Cartel dos Filtros Automotivos – PA n°. 08700.006005/2019-89. Em seu voto, a Conselheira Relatora, Paula Azevedo³⁷, afirmou o seguinte:

Neste sentido, comprovou-se a formação de um cartel clássico entre os fabricantes de filtros automotivos, considerando a existência de fatores que evidenciam um grau de institucionalização na estrutura e na organização do acordo que teve duração de pelo menos uma década, reforçando o caráter duradouro e estável da organização.

Nesses casos, o percentual sobre o faturamento das empresas condenadas costuma se aproximar de 20%.

³⁶ Nota Técnica Final da SG/Cade no PA n°. 08700.005636/2020-14 – suposto cartel nos mercados de distribuição e revenda de combustíveis automotivos na cidade de Dois Vizinhos/PR;

³⁷ Voto da Conselheira Paula Azevedo.

2.3.3. Cartel Difuso

Cartéis difusos são, nas palavras de Diogo Thomson, aqueles em que há uma coordenação com objetivo similar ao cartel clássico, mas realizada de forma eventual e/ou reativa a um acontecimento externo ou oportunidade que afeta os membros do cartel³⁸.

Em processos de apuração de carteis difusos, o Guia do Cade de Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel³⁹ sugere a aplicação de uma alíquota de condenação entre 5% a 12% do faturamento auferido no ramo de atividade no ano anterior à prática da conduta, nos termos do artigo 37 da Lei nº. 12.529/2011.

2.3.4. Cartel *Hub and Spoke*

Ainda segundo Thomson, o cartel *Hub and Spoke* é uma espécie de cartel em que "uma determinada empresa funciona como ponto focal (*"hub"*) organizador da colusão (*"rim"* ou aro) entre empresas, à jusante ou à montante (*"spokes"*), através de relações verticais"⁴⁰. Para caracterização, seria necessária a verificação de características que ultrapassem a mera relação vertical, trazendo contornos de colusão horizontal entre os membros (e. g., empresas concorrentes no mercado de vendas *online* de passagens rodoviárias).

Um exemplo recente dessa modalidade é o cartel entre revendedores *Smart Board* para fraudar o caráter competitivo de contratações públicas e privadas para aquisição de lousas interativas digitais em todo o país, analisado no âmbito do PA nº. 08012.007043/2010-79.

2.3.5. Cartéis internacionais

Em primeiro lugar, vale destacar que, para a incidência da Lei nº. 12.529/2011,

³⁸ Vide apresentação realizada por Diogo Thomson em 2022;

³⁹ Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel;

⁴⁰ THOMSON, Diogo. Infrações à ordem econômica. 2022. Vide apresentação realizada por Diogo Thomson em 2022.

interessa, segundo o *caput* do art. 2º, o local da produção efetiva ou potencial de efeitos anticompetitivos e não necessariamente o local da realização dos atos ou domicílio dos possíveis infratores:

Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que neles produzam ou possam produzir efeitos.

Assim, nos casos de cartéis internacionais, se o acordo objeto de investigação produziu ou poderia ter produzido efeitos no mercado nacional, é competente a jurisdição brasileira, seja para investigá-lo, seja para puni-lo. Explicando de outro modo, o simples fato de as unidades fornecedoras do produto atingido pelo conluio estarem no exterior não impede a persecução dessas entidades pelos efeitos reais ou potenciais da conduta no Brasil. O fato de os contatos entre concorrentes terem ocorrido em território estrangeiro também não representa entrave para aplicação da lei concorrencial brasileira.

Essas conclusões estão presentes há muitos anos no Cade e uma das principais discussões sobre cartéis internacionais se deu no âmbito do chamado Cartel das Vitaminas. Neste cartel, concorrentes estabeleceram arranjos de burla das normas de concorrência como forma de aumentar artificialmente os lucros de suas empresas, utilizando-se dos seus demandantes localizados nos mais diversos países, como o Brasil.

O Cade impôs sanção pela lesão aos consumidores brasileiros, e o Conselheiro Relator Ricardo Cuêva⁴¹ destacou, referenciando a antiga Lei 8.884/1994 que, para a incidência da Lei, não é necessário que os atos tenham ocorrido em território nacional, e nem mesmo que os efeitos tenham se verificado, bastando a potencialidade:

Arguiu-se logo no início do processo e como fundamento para o pedido de exclusão das co-representadas estrangeiras do polo passivo, a incompetência das autoridades brasileiras para conhecer e decidir sobre atos praticados fora do país, a menos que o alcance dos seus efeitos possa ter afetado o mercado nacional, hipótese esta negada pelas co-representadas. Tal argumento não resiste, contudo, à leitura do art. 2º da Lei nº 8.884/94, que define o âmbito de aplicação das normas contidas neste mesmo diploma (...). Induvidosa, portanto, a aplicabilidade das normas brasileiras de defesa da concorrência, ainda que nenhum ato tenha sido praticado em território nacional, e mesmo que nenhum efeito tenha de fato se produzido, bastando que se prove a potencialidade dos danos internamente, dos atos praticados fora do Brasil.

⁴¹ Voto do Conselheiro Ricardo Cuêva nos autos do PA n. 08012.004599/1999-18, pp. 3220 – 3221.

No mesmo caso, o Conselheiro Paulo Furquim complementou o colega, afirmando que os critérios probatórios necessários para a condenação de um cartel internacional dependeriam de uma prova de que o Brasil faz parte do objeto do acordo de cartel. Assim, dois critérios seriam necessários: (I) comprovação da formação do cartel em território estrangeiro; e (II) comprovação de que o Brasil foi afetado pelo cartel. Irrelevante, portanto, o local onde o acordo foi celebrado.

2.3.6. Cartéis em licitação e suas consequências negativas à coletividade

Segundo o Guia do Cade de Combate a Cartéis em Licitação, o cartel em licitação consiste “no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública” ⁴².

O principal impacto negativo dos cartéis em licitações públicas é o fato de que a situação normal e esperada de efetiva concorrência dos certames é violada, “imputando ao Estado condições menos favoráveis na contratação de bens e serviços, tais como preços mais elevados, produtos e serviços de qualidade inferior ou aquisição de quantidade menor do que a desejada”.

Explicando de outra maneira, essa modalidade de cartel prejudica a busca da Administração Pública em empregar de forma eficiente e eficaz seus recursos, objetivando prover os bens e serviços necessários ao povo brasileiro e promover o desenvolvimento do país. Por conseguinte, cartéis em licitações são considerados lesivos a toda a sociedade.

De acordo com a OCDE⁴³, cartéis em licitações públicas retiram recursos dos adquirentes e contribuintes, diminuem a confiança do público no processo competitivo e enfraquecem os benefícios de um mercado competitivo.

Um caso recente de cartel em licitações públicas julgado pelo Tribunal do Cade foi o cartel das merendas – PA nº. 08012.010022/2008-16 – no qual diversas

⁴² Ministério da Justiça e Segurança Pública e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de combate a cartéis em licitação. Dezembro de 2019;

⁴³ Vide OCDE. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas. 2009.

empresas teriam praticado propostas de cobertura, propostas fictícias, supressão de propostas, propostas rotativas (*bid rotation*), divisão de mercado geográfico ou de clientes e subcontratação.

No caso mencionado, além de cartel, teria, supostamente, havido a articulação junto a órgãos públicos com o objetivo de incluir cláusulas restritivas à concorrência em editais, como, por exemplo, mediante aquelas atinentes à necessidade de comprovação de capacidade técnica e financeira elevada.

Por essas razões, em muitos casos de cartéis em licitações, algumas sanções adicionais (i. e., além de multa) são impostas pelo Tribunal do Cade aos investigados, como a proibição de participar de licitações.

3. A sanção de proibição de participação em licitações públicas

A sanção de proibição de participação em licitações públicas encontra previsão no art. 38, inc. II, da Lei nº. 12.529/2011, e se apresenta como uma das possibilidades de sanções acessórias à pena de multa descrita no *caput* do artigo citado.

De acordo com o aludido dispositivo legal, a proibição de participação em licitações públicas pode ser determinada pelo Tribunal do Cade “quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”.

Consequentemente, é possível perceber que a sanção foi concebida para ser imposta especialmente em casos de condutas graves ou de impacto amplo à coletividade, como é o caso dos cartéis em licitações públicas.

Conforme explicado anteriormente, esses cartéis são entendidos como extremamente prejudiciais à economia e danosos para a toda a sociedade, considerando que a tentativa da Administração Pública em conseguir produtos e serviços – de interesse da coletividade – com os melhores preços e condições é frustrada e prejudicada pela conduta.

Assim, é inegável que se trata de tentativa válida e legítima do legislador em possibilitar ao Cade a imposição de uma sanção adicional para empresas que participem de cartéis em licitações, com nítido caráter dissuasório. Sobre o tema, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior⁴⁴ no julgamento do Processo Administrativo nº. 08012.001273/2010-24 (cartel dos aquecedores) afirmou:

Entendo que deve haver, ainda, uma medida acessória para que o infrator não utilize recursos públicos para a atividade delitiva da qual participava. Isso porque a proteção ao interesse público impõe ao CADE o dever de evitar que recursos públicos continuem a serem utilizados como financiamento de um cartel de tamanha proporção, especialmente quando o infrator se aproveitou de condições estruturais facilitadoras da colusão para implementar uma estratégia anticompetitiva coordenada.

Por outro lado, o termo “quando assim exigir (...) o interesse público geral” também pode representar o intuito do legislador de assegurar que o interesse público também seja considerado para a não imposição da medida, visto que, por vezes, a medida se opõe ao interesse público. Nestes casos, então, a imposição da sanção

⁴⁴ Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior citado em voto do Conselheiro Paulo Burnier.

seria despropositada do ponto de vista econômico e social.

Na prática, o Cade já impôs a proibição de participar de licitações em diversos casos, mas em diferentes medidas, conforme se verá adiante, como (I) o cartel no mercado nacional de portas de segurança detectoras de metais⁴⁵; (II) o cartel das merendas escolares de São Paulo⁴⁶; (III) o cartel dos materiais escolares e de escritório de Pernambuco⁴⁷; (IV) o cartel dos trens e metrô⁴⁸; (V) o cartel no mercado de lavagem e higienização terceirizada de enxovais de hospitais no Rio de Janeiro⁴⁹; (VI) o cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul⁵⁰; (VII) o cartel no mercado de construção em geral em Lages⁵¹; (VIII) o cartel em licitações do INSS para contratação de empresas especializadas na confecção e fornecimento de órteses e próteses⁵²; (IX) o cartel no mercado nacional de serviços de manutenção predial⁵³; (X) cartel dos Antirretrovirais⁵⁴; (XI) cartel no mercado nacional de defensas marítimas⁵⁵; e (XII) cartel no mercado de sal marinho⁵⁶.

Ao impor a proibição de participar de licitações públicas, os Conselheiros do Cade trouxeram algumas considerações relevantes que, em conjunto com a análise jurisprudencial, das práticas de outras jurisdições e da imposição dessa sanção com base em outras leis, poderão esclarecer se há, de fato, uma desproporção na aplicação da sanção no âmbito do Cade e, se houver, qual a solução possível.

3.1. A proibição de licitar à luz da análise econômica, jurídica e social das penas

Em primeiro lugar, esclarece-se que é indiscutível a importância da atuação do Cade e de seu *enforcement* na busca da promoção da livre concorrência no Brasil.

⁴⁵ Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51.

⁴⁶ Processo Administrativo nº 08012.010022/2008-16.

⁴⁷ Processo Administrativo nº 08700.004455/2016-94.

⁴⁸ Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41.

⁴⁹ Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94.

⁵⁰ Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10.

⁵¹ Processo Administrativo nº 08012.006199/2009-07.

⁵² Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16.

⁵³ Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22.

⁵⁴ Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22.

⁵⁵ Processo Administrativo nº 08700.011474/2014-05.

⁵⁶ Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38.

Conforme já visto anteriormente, não basta que o agente econômico consiga ingressar no mercado: deve ser assegurado que ele possa permanecer no mercado sem que os demais agentes atuem – unilateral ou coordenadamente – com deslealdade e de forma anticompetitiva para prejudicá-lo. No Brasil, é o Cade o órgão com o poder-dever de promover a liberdade econômica entre os agentes e, para que a liberdade se efetive, por vezes, é necessária a imposição de sanções aos infratores.

As sanções aplicáveis às condutas anticompetitivas estão previstas na Lei nº. 12.529/2011, tais como a multa, a proibição de participar de licitações, de cisão da sociedade e a proibição de exercer o comércio em nome próprio. Para a aplicação dessas sanções, porém, há que se observar a racionalidade econômica e social dos seus efeitos.

Nesse diapasão, oportuno trazer a lume as lições de Gary S. Becker⁵⁷ que, ao escrever sobre uma abordagem econômica dos crimes, sustentou:

Some persons become "criminals," therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ. I cannot pause to discuss the many general implications of this approach, except to remark that criminal behavior becomes part of a much more general theory and does not require ad hoc concepts of differential association, anomie, and the like, nor does it assume perfect knowledge, lightning-fast calculation, or any of the other caricatures of economic theory.

Logo, do estudo de Becker, depreende-se que algumas pessoas se tornam "criminosas", não porque sua motivação básica seja diferente da de outras pessoas, mas porque seus benefícios e custos são diferentes. No caso dos cartéis, por exemplo, seus participantes ingressariam na conduta – sem entrar na discussão moral – caso os ganhos com a conduta fossem maiores do que seus custos. Tomando como exemplo o caso do Direito Antitruste estadunidense, Becker afirma:

As a practical example of the fundamental changes that would be wrought, consider the antitrust field. Inspired in part by the economist's classic demonstration that monopolies distort the allocation of resources and reduce economic welfare, the United States has outlawed conspiracies and other constraints of trade. In practice, defendants are often simply required to cease the objectionable activity, although sometimes they are also fined, become subject to damage suits, or are jailed. If compensation were stressed, the main purpose of legal proceedings would be to levy fines equal to the harm inflicted on society by constraints of trade. There would be no point to cease and desist orders, imprisonment, ridicule, or dissolution of companies. If the economist's theory about monopoly is correct, and if optimal fines

⁵⁷ BECKER, G. Crime e punição: uma abordagem econômica. *Journal of Political Economy*, v. 76, nº. 2, 1968. Título original: *Crime and punishment: an economic approach*.

were levied, firms would automatically cease any constraints of trade, because the gain to them would be less than the harm they cause and thus less than the fines expected.

Resumidamente, o que Becker destaca acima é que, nos Estados Unidos – assim como ocorre no Brasil – os agentes condenados por práticas anticompetitivas/ antitruste acabam sendo muitas vezes obrigados não só a pagar a multa à autoridade, mas a arcar com indenizações em ações de reparação de danos, no Brasil, são as chamadas ações de reparação por danos concorrenciais, e a sofrer com outras restrições de direitos.

Caso fossem aplicadas o que Becker conceitua como sanções ótimas, isto é, multas iguais aos danos infligidos à sociedade pelas práticas anticompetitivas, as empresas automaticamente cessariam as condutas, haja vista que o ganho para elas seria menor do que o dano que causam e, portanto, menor do que as multas esperadas.

Pontua-se apenas que o Cade, pressionado pela OCDE, tem retornado nos últimos anos uma antiga discussão sobre o conceito de vantagem auferida e a forma de sua aferição em cada caso de conduta, e a discussão pode aproximar a atuação da autarquia do conceito de sanção ótima em um futuro próximo. Assim, as sugestões de Becker podem ser atendidas no Brasil. Contudo, considerando que a análise sobre a vantagem auferida envolve diversos conceitos e que o presente trabalho tem como foco a proibição de contratar com a administração pública mediante licitações, o tema da vantagem auferida poderá ser analisado em um estudo posterior.

De todo modo, Becker conclui:

Optimal policies to combat illegal behavior are part of an optimal allocation of resources. Since economics has been developed to handle resource allocation, an "economic" framework becomes applicable to, and helps enrich, the analysis of illegal behavior.

Sendo assim, considerando que as políticas ótimas de combate a condutas anticompetitivas estão abarcadas pela alocação ótima de recursos escassos – o que é objeto de estudo da economia –, a estrutura econômica de análise se mostra devidamente aplicável e enriquecedora para a análise jurídica de condutas

anticompetitivas. De acordo com Daniel Silva Boson⁵⁸:

O papel do direito é relevante ao alterar essa estrutura de incentivos [para a prática de infrações], aumentando os custos privados das atividades ilícitas por meio de sanção. Com isso, o potencial infrator pode concluir que determinada atividade já não compensa em virtude da lei e de seu *enforcement*.

Na perspectiva da relação entre empresa, seus administradores e funcionários, é relevante reiterar que o objetivo de praticar uma conduta anticompetitiva nem sempre está alinhado entre essas três figuras e, portanto, penalidades que impactam severamente uma(s) figura(s) alheia(s) à conduta devem ser aplicadas com cautela. Ainda de acordo com Boson:

A diferença entre a análise econômica da pena de pessoas físicas e a de organizações é baseada no problema da agência, em que os interesses dos administradores e funcionários (agentes) podem não estar completamente alinhados aos da organização (principal).

Voltando os olhares ao que diz o art. 38 da Lei nº. 12.529/2011, percebe-se que as penas acessórias – dentre as quais, a proibição de contratar com o poder público – só podem ser impostas “*quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral*”.

Dessa forma, conforme Boson, “*especialmente considerando a teoria econômica, as sanções aplicadas são passíveis de questionamento quanto à legalidade em função dos seus efeitos sociais*” caso ausentes a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. Para que se possa afirmar que estes requisitos estão configurados na prática, autorizando, por conseguinte, a imposição da proibição de contratar e as demais sanções acessórias, porém, há que se realizar uma análise econômica dos efeitos.

Caso contrário, para Boson, “é inviável alcançar esses princípios, quaisquer que sejam as interpretações dos mesmos”, referindo-se aos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, esculpidos no art. 1º da Lei de Defesa da Concorrência.

A ausência de análise econômica dos efeitos pode ser bastante prejudicial ao

⁵⁸ BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 272, p. 119-144, maio/ago. 2016.

mercado em que se quer impor a sanção de proibição de contratar e, consoante a obra de Emmanuelle Auriol e Tina Søreide⁵⁹, conduzida especialmente considerando a experiência europeia na imposição da proibição de contratar (*debarment*):

Debarment is found to make little difference in markets with high competition, while in markets with low competition it may deter corruption as long as firms value public procurement contracts in the future and there is a certain risk of being detected in corruption. On the other hand, debarment – when it works – has an anti-competitive effect, and this contributes to facilitate collusion between suppliers.

Como conclusão de seus estudos, Auriol e Søreide observaram o seguinte⁶⁰:

[T]he literature focuses primarily on the act of debarring, on due process, and on the legal status of those debarred. While debarment is expected to lead to greater integrity in markets, this instrument has been enacted in many countries around the globe without the support of economic analysis. No systematic attempts have been made to explore the impact of debarment in markets. (...) In practice, however, the debarment instrument implies challenging trade-offs. Excluding a competitor leads to reduced competition, and this in turn may result in higher prices or lower quality, quite the opposite of what procurement rules are supposed to deliver. Oligopolistic markets are particularly exposed to these risks, and this typically characterizes markets where large government contracts are awarded. Shifting to an alternative supplier may be costly and cumbersome, in some cases because of unique technical solutions with horizontal and/or vertical spillover effects on other acquisitions.

Em resumo, uma análise da aplicação da pena de proibição de licitar/*debarment* demonstrou que, embora se espere que a proibição conduza a uma maior integridade nos mercados, muitas jurisdições ao redor do mundo têm utilizado a pena sem se basear em análises econômicas, sendo que, segundo os autores, nenhuma tentativa sistemática havia sido feita para explorar o impacto da sanção nos mercados.

Do ponto de vista econômico, o que se verificou é que proibir um concorrente de licitar leva a uma concorrência reduzida, o que, por conseguinte pode resultar em preços mais altos e/ou qualidade mais baixa de produtos e serviços, ao contrário do que as normas atinentes às compras públicas esperam. Ademais, mercados oligopolistas seriam particularmente expostos a estes riscos, e são eles em que, normalmente, são celebrados os grandes contratos decorrentes de licitações públicas.

⁵⁹ AURIOL, Emmanuelle; SØREIDE, Tina. Uma análise econômica de exclusão. *International Review of Law and Economics*. vol. 50, 2017, pp. 36 – 49. Título original: *An Economic Analysis of Debarment*.

⁶⁰ Idem.

Ante o exposto, forçoso concluir que, à luz da teoria econômica das penas, a aplicação da proibição de contratar pode ter efeitos economicamente reprováveis, desproporcionais e, portanto, deve ser vista *a priori* com cautela.

Feita essa introdução geral e teórica – que deverá acompanhar a continuação do estudo – passa-se a analisar a forma como o Cade tem aplicado a sanção.

3.2. A imposição da proibição de licitar no âmbito do Cade

No Cade, a aplicação da sanção de proibição de participar de licitações públicas já gerou debates em diferentes épocas e composições do Tribunal.

Considerando que o Cade é um órgão de defesa da concorrência e, consequentemente, é composto por servidores com elevado grau de especialização e conhecimento nos ramos do direito antitruste, direito administrativo, economia, regulação e áreas correlatas, é esperado que suas decisões sejam bem fundamentadas.

Sobretudo, é esperado que, além do caráter dissuasório da medida – desmotivando o infrator a repetir a conduta social, econômica e concorrencialmente reprovável – sejam considerados os impactos de suas decisões nos mercados vitimados por condutas anticompetitivas, de modo que soluções da autarquia sejam benéficas aos concorrentes dos infratores, aos consumidores e aos outros elos da cadeia produtiva.

No caso do processo administrativo nº. 08012.009611/2008-51, julgado em 2014, ao analisar os embargos opostos por alguns dos Representados, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos⁶¹ afirmou:

Antes de determinar uma medida dessa magnitude, o CADE se certificou de que, no mercado em tela, existem diversas outras empresas (que não as ora Representadas) atuantes, de modo que os consumidores não sofreriam com falta de oferta de PSDMs.

Ou seja, *in casu*, teria havido uma análise prévia por parte do tribunal para identificar os *players* do mercado, observando, pois, se a punição seria danosa ao

⁶¹ Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos;

ambiente concorrencial.

Na prática, o Conselheiro e seu gabinete realizaram uma pesquisa na *internet* pelas empresas que ofertavam os mesmos produtos que as Representadas condenadas, e concluiu que os consumidores não seriam impactados pela sanção. Ademais, o voto do Conselheiro Gilvandro afirmou que a sanção também havia sido aplicada em razão de o cartel ter atingido “diversas licitações, em patente prejuízo aos cofres públicos”.

No caso do PA n°. 08012.008821/2008-22, também julgado em 2016, a proibição de participar de licitações também foi imposta nos termos do voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, mas somente a duas pessoas físicas Representadas. A justificativa, porém, não foi apresentada sobre a imposição mitigada da medida. O indivíduo sobre o qual recaiu a medida opôs embargos de declaração para questionar a proporcionalidade da sanção e requerer a revogação da medida, mas o recurso não foi provido quanto a esse ponto.

No caso do PA n°. 08012.006130/2006-22, julgado em 2017, a proibição de participar de licitações foi imposta apenas a uma das Representadas, em razão de sua posição de liderança no cartel. De acordo com o Conselheiro Paulo Burnier⁶²:

Essa medida tem o condão não apenas de aumentar o grau de dissuasão da sanção imposta pela autoridade antitruste, mas também de prevenir que novas licitações públicas sejam objeto de fraude.

Em outras palavras, no momento de individualização das condutas de cada empresa investigada no processo, o Tribunal optou por impor a proibição apenas à empresa considerada líder no cartel, considerando seu papel mais significativo para a execução da conduta.

No PA n°. 08012.008850/2008-94, julgado em 2016, considerações igualmente relevantes foram feitas pelos Conselheiros. Em seu voto, a Conselheira Ana Frazão afirmou que não aplicaria a proibição de participar de licitações, pois esse tipo de medida exigiria um exame de mercado prévio cuidadoso, que não foi realizado durante a instrução⁶³. Assim, a aplicação da restrição “poderia ter efeitos bastante gravosos

⁶² Voto do Conselheiro Paulo Burnier.

⁶³ Voto da Conselheira Ana Frazão;

sobre o mercado, caso, posteriormente, se verificasse que não havia outros agentes capazes de concorrer”. No mesmo caso, o Conselheiro Alexandre Cordeiro destacou⁶⁴:

A despeito desta gravidade [da prática de cartel], não se deve ignorar que uma medida como a proibição de contratar com a administração pública, a priori, reduz oferta e isto é contraproducente com o objetivo público maior desta autarquia, que é maximizar a eficiência econômica nos mercados. Não foi por outra razão que o CADE no passado já recomendou explicitamente que não se retirasse autorização de funcionamento de postos de combustíveis no Município de Guaporé, a despeito de comprovado cartel naquela localidade. O remédio aplicado poderia piorar o funcionamento do mercado no qual se buscava punir a colusão.

Com essas considerações, o Conselheiro Alexandre Cordeiro votou pela proibição de participar de licitações apenas para as empresas consideradas líderes do cartel.

Ainda em seu voto, porém, Cordeiro lembrou o voto do Conselheiro Carlos Ragazzo no PA n°. 08012.005495/2002-14, em que o Conselheiro destacou as consequências negativas de sanções como a proibição de participar de licitações, “(...), aliás, bem semelhantes aos de um cartel, com aumento de preços e redução de oferta, que seriam exatamente aqueles que se busca evitar com o combate a cartéis”⁶⁵.

Embora a última citação não trate de um dos casos em que a proibição de licitar tenha sido imposta, o Conselho havia cogitado sugerir a revogação do exercício da atividade dos Representados, mas a proposta não se concretizou considerando os efeitos deletérios que a medida teria ao mercado, uma vez que o cartel condenado era formado por todos os postos de combustíveis do município de Guaporé. Caso todos os registros tivessem sido revogados, gerar-se-ia um “provável risco ao abastecimento de combustíveis na cidade”.

No PA n°. 08700.004617/2013-41, julgado em 2019, apenas uma Representada foi punida com a proibição. De acordo com o Conselheiro João Paulo de Resende, a proibição seria cabível tendo em vista que, “a gravidade do cartel e os consideráveis danos diretos à Administração Pública e indiretamente à coletividade

⁶⁴ Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro;

⁶⁵ Voto do Conselheiro Carlos Ragazzo no PA n°. 08012.005495/2002-14.

que utiliza o transporte público” ⁶⁶.

Além disso, a empresa seria reincidente na prática de cartel em outros mercados.

Contudo, ressalvas relevantes foram feitas pelo Conselheiro, que pontuou:

Entendo que **sua aplicação disseminada a todas ou mais empresas geraria o efeito contrário do pretendido**. Isso porque, embora ela tenha a função de proteger as finanças do Estado e conferir legitimidade aos processos de contratação levados adiante pelos governos, **sua aplicação de forma imprudente pode entrar em conflito com o objetivo do ente público contratante de conseguir o melhor fornecedor ao melhor preço**, especialmente em economias menores e dependendo do mercado em questão, considerada a já alta concentração nestes mercados, **isso porque poderá acarretar uma diminuição do número de empresas qualificadas para participar como licitantes a um nível anticompetitivo**. (grifo nosso).

Assim, nota-se que as peculiaridades do mercado analisado naquela ocasião pelo Cade fariam da proibição algo ainda mais gravoso, tendo, inclusive, efeitos anticompetitivos.

Outro caso digno de nota foi o PA nº. 08700.008612/2012-15, que investigava um cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de uniformes e kits de materiais escolares para alunos da rede pública de ensino, em diversas localidades do país, em que o voto do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia foi vencedor pela não imposição da proibição. Nele, o Conselheiro afirmou:

A respeito das penas acessórias definidas às pessoas físicas e jurídicas condenadas no Voto da Conselheira-Relatora, previstas no art. 38, incisos VI e VII da Lei nº 12.529/11, quanto ao cartel em licitações hardcore apurado neste PA (p. 207, §497), entendo, como afirmei em outras oportunidades, que i) não há, ainda, parâmetros, limites e requisitos claros sobre sua adequada aplicação na jurisprudência do Cade, tendo sido adotada em circunstâncias extremamente graves e distintas das apresentadas neste caso, como foi feito no Cartel do Metrô/SP e apenas para a líder incontestada do conluio, que durou mais de uma década e foi considerado bastante lesivo aos cofres públicos, de modo que **não vislumbro razoabilidade e proporcionalidade em sua aplicação neste feito a todas as PJs com proposta de condenação**. Outrossim, considerando que no caso em tela as licitações ainda preservaram algum caráter de competitividade, ante a presença em muitas delas de empresas não aderentes ao cartel, **parece-me**

⁶⁶ Voto do Conselheiro João Paulo de Resende.

demasiado grave impor a pena de proibição de participar de licitações com a Administração Pública e, também, de exercer atos de comércio por parte das pessoas físicas envolvidas. **Na prática, seria uma decretação de fechamento dessas empresas ou o encerramento de suas carreiras no setor, o que não me parece condizente com a gravidade do cartel em apreço.** Portanto, como estamos diante de cartel em licitações públicas e o bem jurídico tutelado pela Lei nº 12.529/11 é a concorrência, **parece-me que a retirada por longos períodos de possíveis concorrentes nesses certames pode vir a ser mais prejudicial à competitividade, criando-se com a imposição da pena um efeito contrário àquele esperado pela lei. Desse modo, entendo não ser condizente com a gravidade dos fatos a imposição de penas acessórias,** conforme previsto no art. 38, incisos VI e VII da Lei nº 12.529/11, aos Representados pessoas físicas e jurídicas que considere passíveis de condenação. (grifo nosso).

Assim, o Conselheiro reforçou o entendimento de que a pena teria, ao contrário do pretendido, efeitos deletérios ao mercado, ocasionando o fechamento das empresas ou a sua saída do mercado e, nesse processo, o Tribunal seguiu o seu entendimento.

Por fim, igualmente interessante foi o PA nº. 08700.000430/2010-26, que consistiu em um procedimento instaurado no âmbito do Cade para analisar uma proposta de acordo com a Representada EMPRESA PORTOALEGRENSE DE VIGILÂNCIA LTDA, condenada no caso do cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul. No caso, a decisão do Cade havia sido suspensa no Judiciário por decisão liminar (apresentada mais adiante), e a Representada propôs a quitação de suas obrigações por meio do pagamento de 100% do valor da multa imposta para quitação do débito em 45 meses. Em contrapartida, pugnou pelo afastamento definitivo da proibição de contratar e licitar, visto que a suspensão judicial era em caráter precário (i. e., por conta da natureza liminar da decisão). Inclusive, em sua proposta de acordo, a Representada asseverou que “o afastamento da penalidade de Contratar e Licitar é requisito para que a empresa siga operando em busca de seu objeto social”⁶⁷.

No Parecer da ProCade sobre o acordo, foi afirmado que a proposta estaria diretamente relacionada à “morosidade judicial e as dificuldades enfrentadas pela Procuradoria do CADE em efetivar as decisões do plenário, merecendo ser levadas

⁶⁷ Proposta de acordo nº. 08700.000430/2010-26.

em consideração a conveniência e oportunidade de sua celebração”⁶⁸. Igualmente, foi salientado pela ProCade que o pagamento do valor total da multa e o cumprimento de outras penas impostas na decisão “demonstra boa-fé das partes no sentido de não voltar a praticar a conduta punida e adimplir à decisão administrativa, demonstrando respeito institucional às decisões do CADE”. Por fim, foi afirmado⁶⁹ o seguinte:

[N]ão é objetivo do CADE sobrepunir empresas que demonstrem uma vontade de aderir à decisão do CADE mantendo uma determinada pena que prejudique a própria continuidade da atividade empresarial da empresa desde que esta empresa procure cumprir o restante da decisão administrativa.

Em outras palavras, a ProCade reconheceu que a proibição de licitar puniria duas vezes a Representada pela mesma conduta, que este cenário prejudicaria a própria continuidade da atividade empresarial e que tal fato seria ainda mais grave no caso concreto, uma vez que a empresa demonstrou boa-fé ao propor o pagamento integral dos valores devidos a título de multa. Nesses termos, o acordo foi homologado.

Nos demais casos em que a proibição de participação de licitações públicas foi imposta, não foram feitas maiores exposições sobre o tema, tampouco ocorreram análises aprofundadas sobre os mercados impactados pela conduta e as possíveis consequências negativas da sanção. A proibição somente apareceu ao final dos votos dos Conselheiros, sem uma argumentação justificativa.

A falta de fundamentação efetiva – e, em muitos casos, inexistente qualquer fundamentação – parece estar em dissonância com as melhores decisões do Cade, visto que ex-conselheiros já aclararam sobre diversas consequências bastante negativas da imposição da proibição.

De todo modo, conclui-se que, há anos, o Tribunal – mediante diversos de seus Conselheiros – já havia identificado os riscos de uma aplicação irrestrita e injustificada da proibição e, desse modo, houve, em mais de um caso, a limitação da sanção às empresas líderes dos cartéis.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Parecer da ProCade na proposta de acordo nº. 08700.000430/2010-26.

3.3. Análise da pena de proibição de participação em licitações em outras leis brasileiras

A proibição de participação em licitações também encontra previsão normativa em outras leis.

No ordenamento jurídico pátrio, a proibição do direito de licitar e contratar encontra previsão na Lei nº. 8.666/1993 (art. 87, inc. III), na Lei nº. 12.462/2011 (art. 47), na Lei nº. 13.303/2016⁷⁰ (art. 84, inc. II), e na Lei nº. 14.230/2021 (art. 12)⁷¹.

Na Lei nº. 8.666/1993 (Lei Geral das Licitações), há previsão de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos.

Na Lei nº. 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações), há previsão de proibição de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 anos àquele que (I) convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato; (II) deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso; (III) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; (IV) não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; (V) fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; (VI) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou (VII) der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

Na Lei nº. 13.303/2016 (Lei das Estatais), há previsão de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 anos, para o contratado responsável pela inexecução total ou parcial do contrato, bem como para aqueles que tenham (I) sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

⁷¹ BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

quaisquer tributos; (II) praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; e (III) demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.

No caso da Lei nº. 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa), a previsão é de (I) proibição de contratar com o poder público pelo prazo não superior a 14 anos no caso de improbidade importando em enriquecimento ilícito ou de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida; (II) proibição de contratar com o poder público pelo prazo não superior a 12 anos no caso de lesão ao erário mediante qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens de entidades públicas; e (III) proibição de contratar com o poder público pelo prazo não superior a 4 anos àquele que atente contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade.

Analisando a Lei de Improbidade Administrativa com destaque, é possível verificar que o legislador dispôs, nos parágrafos 3º e 4º do art. 12, que deverão “ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções” às pessoas jurídicas, “de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades”. Por essas razões, a lei dispõe que⁷²:

Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica.

Assim, nota-se uma preocupação do legislador em assegurar, no âmbito da Lei de Improbidade, que a sanção não ocasione prejuízos tamanhos à empresa que inviabilizem a manutenção de suas atividades. Além disso, o legislador previu que, em regra, a sanção se aplica ao ente público lesado com o ato de improbidade, sendo que a ampliação dos efeitos da proibição somente pode ocorrer de forma excepcional e devidamente justificada.

Sobre o tema, Dal Pozzo e Mário Dorna⁷³ afirmaram:

[A Lei] previu expressa e inequivocamente que a proibição de contratar com o Poder

⁷² Parágrafo 4º do art. 12 da Lei nº. 14.230/2021.

⁷³ DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DORNA, Mário. A proibição de contratar com o Poder Público no PL 10.887/18, que altera a lei da improbidade administrativa, Migalhas, 2021.

Público, por regra, produz efeitos no âmbito do ente público lesado pelo ato de improbidade administrativa e, "em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados", tais efeitos poderiam ser ampliados, sendo imprescindível considerar os impactos econômicos e sociais da pena imposta, de modo a não comprometer injustamente a função social da pessoa jurídica (art. 12, §§ 3º e 4º). Registre-se, nesse particular, que a utilização das **expressões "excepcional" e "motivos relevantes"**, naquele preceptivo, **exigem postura argumentativa exauriente do Judiciário, que deve demonstrar, de forma inequívoca, as razões pelas quais se justificam o agravamento da sanção imposta. Tal circunstância evita decisões arbitrárias e que possam, de alguma maneira, ofender direito público subjetivo do envolvido, em franca consagração ao princípio fundamental do in dubio pro reo, amplamente utilizado na esfera penal e que deve ter aplicação também na seara do direito administrativo sancionador.** Há, portanto, com a nova redação do PL, um aprimoramento sensível do ordenamento jurídico: a limitação territorial da pena, que atualmente é exceção e depende de justificativa, no PL passa a ser a regra e poderá ser mitigada apenas em casos excepcionais, de acordo com a situação concreta e mediante fundamentação adequada. (grifo nosso).

Em suma, há outras legislações mais recentes no Brasil (no caso, a Lei de Improbidade) que consideram aspectos econômicos, jurídicos e sociais relevantes para a Constituição Federal (e. g., princípio da função social da pessoa jurídica e proporcionalidade das penas) para, em seus textos normativos, limitar a sanção de proibição de contratar com o poder público, trazendo, em tese, consequências menos gravosas às empresas apenadas.

3.4. A proibição de licitar em outras jurisdições

Penas similares também têm previsão em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

No caso do Chile, a lei antitruste de 2016, inspirada pela legislação brasileira de 2011, trouxe a possibilidade de o tribunal chileno de defesa da concorrência modificar ou terminar atos, contratos, acordos, arranjos, sistemas ou arranjos que são contrários às disposições da lei. Adicionalmente, a alínea "d" do art. 26 do Decreto Lei n. 211/2016⁷⁴ dispõe o seguinte:

Podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

⁷⁴CHILE. Decreto Lei n° 211/2016. Dispõe regulação para a defesa de livre concorrência. Título original: Decreto Ley n° 21/2016. *Que fija normas para la defensa dela libre competencia.*;

Dessa forma, é possível concluir que o Chile, inspirando-se na legislação vizinha – adotou entendimento similar ao Brasil no tocante à proibição de contratar com o poder público, tanto em extensão, menção a todas as esferas da administração pública, quanto em duração, 5 anos, assim como na Lei de Defesa da Concorrência do Brasil.

É interessante pontuar que há registros alternativos da imposição da proibição de contratar com o poder público. Em dezembro de 2020, a *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (“CNMC”), autoridade de defesa da concorrência espanhola, impôs, além de 3,5 milhões de euros em multas, a proibição de contratar com a administração pública para empresas e dirigentes que teriam participado de três cartéis que duraram quase 20 anos no mercado de venda de combustíveis sólidos. Contudo, diferentemente do que se observa no Brasil e em outras jurisdições, as empresas na Espanha haviam sido condenadas pela prática de cartéis em licitações privadas⁷⁵.

Já nos Estados Unidos, de acordo com Stiven Bizar e Julia Chapman⁷⁶, a sanção conhecida como *debarment* (“exclusão” ou “proibição”) é prevista como uma sanção acessória para casos de cartéis. A exclusão de contratantes federais dos procedimentos de compras governamentais está disponível como uma sanção discricionária em resposta a violações de cartel. O *Federal Acquisition Regulation System* (“Sistema Federal de Regulamentação de Aquisição”) rege o processo através do qual os órgãos governamentais adquirem bens e serviços.

O chefe da agência ou seu designado podem determinar se deve excluir um contratante condenado por violação das leis federais ou estaduais antitruste relacionadas à apresentação de ofertas⁷⁷. Os empreiteiros que forem considerados culpados em um processo de execução civil também podem ser impedidos de apresentar propostas.

Fatores agravantes e atenuantes devem ser considerados para a fixação da

⁷⁵ MARTÍNEZ, Yolanda. Proibição de contratar a Administração Pública quando a prática anticompetitiva afetar o setor privado. *Economist & Jurist*, 2021. Título original: *Prohibición de contratar con la Administración Pública cuando la práctica anticompetitiva afecta al sector privado*.

⁷⁶ BIZAR, Stiven E.; CHAPMAN, Julia. Em resumo: sanções por atividade de cartel nos EUA. Lexology, 2021. Título original: *At a glance: sanctions for cartel activity in USA*.

⁷⁷ 48 CFR section 9.406-1, -2;

proibição, mas a duração da exclusão geralmente não deve exceder três anos⁷⁸. A proibição de participação em licitações também está disponível como uma sanção antes da condenação ou julgamento civil. Uma empresa pode ser suspensa durante a duração de uma investigação e qualquer processo legal associado por suspeita ou acusação de violação antitruste, a menos que o processo não tenha sido iniciado após 18 meses.

A menos que tenham sido condenados previamente, os empresários devem receber um aviso e uma oportunidade de serem ouvidos antes de terem o seu direito de licitar suspenso. A suspensão requer notificação, mas pode ser imposta antes de haver uma manifestação do apenado⁷⁹. O funcionário responsável pela proibição pode imputar a conduta dos diretores, conselheiros, acionistas, sócios, funcionários, outros indivíduos associados ou sócios da *joint venture* ao contratante, e sua conduta também pode ser imputada a eles⁸⁰.

Na União Europeia (EU), por sua vez, a *Directive N.º. 2014/24 sobre Public Procurement* ("contratações públicas") da UE⁸¹ prevê uma combinação de *debarment* obrigatória e facultativa quando as autoridades públicas tiverem indícios suficientes para concluir que a empresa celebrou acordos com outras empresas com o objetivo de distorcer a concorrência, o que pode ser qualificado como *grave professional misconduct* ("falta profissional grave") nos termos do art. 57 da referida Diretiva nº 2014/24.

O período de *debarment* devido à conduta anticompetitiva está sujeito à legislação nacional de cada país da UE fixado em um máximo de três anos pela *Directive N.º. 2014/24*. Ademais, a proibição pode ser encerrada antes do prazo previamente estabelecido se as medidas tomadas pela empresa demonstrarem suficientemente sua confiabilidade. A esse respeito, segundo Inma Valeije Álvarez⁸²:

[E]l apartado 6 del art. 57 de la Directiva 2014/24/UE de Contratación pública

⁷⁸ 48 CFR section 9.406-4;

⁷⁹ 48 CFR section 9.406-3, 9.407-3;

⁸⁰ 48 CFR section 9.406-5, 9.407-5.

⁸¹ UE. Diretiva nº 2014/24. Dispõe sobre contratações públicas. Título original: *Directive nº 2014/24. Public Procurement*.

⁸² ÁLVAREZ, Inma Valeije. A proibição de contratar com o poder público e outras considerações acessórias. Título original: La prohibición de contratar en el sector público y otras consideraciones accesorias. Estudios penales y criminológicos Núm. 38 Pág. 479-545.

establece un incentivo para que los licitadores que se encuentren en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 (exclusiones obligatorias) y 4 (exclusiones opcionales) del referido art. 57 adopten medidas auto correctoras o de self-cleaning o programas de cumplimiento penales que le permitan demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente.

De todo modo, de acordo com Marion Provost and Mélanie Thill-Tayara⁸³, a regra de exclusão é raramente aplicada em toda a UE.

Assim, mediante a análise de outras jurisdições, constata-se que outros países da América do Sul (e. g., o Chile) com leis de defesa da concorrência mais recentes que a brasileira se inspiraram no modelo pátrio e, assim, apresentam formas semelhantes de aplicar a proibição. Ao mesmo tempo, é possível verificar que há imposições distintas da sanção em países como a Espanha, em que cartéis em licitações privadas foram condenados e punidos com a proibição.

Ademais, pela análise das experiências estadunidense e europeia, comumente inspiradoras do Direito da Concorrência brasileiro, notou-se que a proibição de participar de licitações existe e também é aplicável em casos de cartéis, mas o prazo da proibição é menor em relação à Lei de Defesa da Concorrência brasileira (3 anos nos Estados Unidos e na EU contra 5 anos no Brasil) e há procedimentos mais benéficos àquele que é apenado pela proibição (e. g., na EU, caso a empresa condenada comprove que cessou a conduta e aprimorou seus comportamentos empresariais, adotando boas práticas e, por exemplo, mecanismos de *compliance* e/ou *self-cleaning*, pode ter a sanção retirada antes do prazo previsto *a priori*).

3.5. Precedentes judiciais: confirmam ou rechaçam as penas do Cade?

No Poder Judiciário do Brasil, tanto em casos provenientes do Cade quanto em processos envolvendo improbidade administrativa, tem havido uma modulação da proibição de contratar com o poder público.

Nesse sentido, colacionam-se, inicialmente, os precedentes abaixo, referentes

⁸³ PROVOST, Marion; THILL-TAYARA, Mélanie. Em resumo: Sanções por atividade de cartel na União Europeia. Lexology, 2021. Título original: *At a glance: sanctions for cartel activity in European Union*.

a casos de improbidade administrativa:

(...) No caso, a imposição à construtora da pena de proibição de contratar com a Administração Pública em todas as suas esferas pelo prazo de 5 (cinco) anos **afigura-se extremamente gravosa, de modo a autorizar a modulação da sanção, restringindo-a à esfera municipal** do local do dano. Precedentes⁸⁴. (grifo nosso)

(...) No que se refere à proibição de contratar com o Poder Público, a pena, no caso, deve ficar restrita aos limites do Estado de Rondônia, lesado com o ato de improbidade. Impedir que os demandados, especialmente a empresa de ônibus, possam contratar com outros órgãos da Administração Pública (da União, de outros Estados ou de Municípios), **representaria pena desproporcional, incompatível com o princípio da com o qual deve ser ajustada**⁸⁵. (grifo nosso).

Em igual sentido, punições dessa espécie aplicadas pelo Cade já vêm sendo suspensas pelo Poder Judiciário, como foi o caso da Representada MPCÍ⁸⁶, que tinha, segundo informações disponibilizadas publicamente pela empresa no caso judicial, 85% do seu faturamento proveniente de contratos com a Administração Pública. Nesse caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) afirmou que a “aplicação imediata de tal penalidade (...) prejudica, sobremaneira e de modo irreversível (...), o desempenho de sua atividade empresarial pela agravante, uma vez que se dedica à prestação de serviços para a Administração Pública”⁸⁷. Nesse caso, inclusive, a MPCÍ apresentou Laudo Técnico de Viabilidade Econômico Financeira, que comprovou que a punição ocasionaria a inviabilidade da continuação de suas atividades que é, justamente, o que os antigos precedentes do próprio Cade consideravam como pontos de alerta decorrentes da proibição.

Com base nas conclusões do magistrado no caso supracitado, a decisão que havia sido proferida no âmbito do Cade é rigorosamente o oposto dos anseios do constituinte ao consagrar na *Carta Magna* os princípios da livre iniciativa, da função social da propriedade e da busca do pleno emprego. Apenas a título hipotético, uma vez encerradas as atividades de uma empresa em condições similares às da MPCÍ, funcionários que sequer tiveram ciência da conduta poderiam ser demitidos,

⁸⁴ STJ. AgInt no REsp 1.589.661/SP, 1ª Turma Rel. Ministro GURGEL FARIA. Data de Julgamento: 21/02/2017, DJe 24/03/2017;

⁸⁵ STJ, REsp 1.003.179/RO, 1ª Turma, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. DJe 18/8/2008;

⁸⁶ Condenada no PA n. 08012.009611/2008-51, referente ao o cartel no mercado nacional de portas de segurança detectoras de metal;

⁸⁷ Processo Judicial n. 5017131-55.2017.404.0000, em trâmite no TRF4. Decisão judicial favorável foi igualmente proferida no âmbito do Processo Judicial n. 5026854-64.2018.4.04.0000 (referente ao PA/CADE n. 08012.009382/2010-90, Cartel em licitações de obras públicas em vias urbanas da Região Metropolitana de Curitiba e serviços relacionados).

deixando de construir patrimônio decorrente dos seus antigos salários e, por fim, perdendo poder de compra e de manutenção de suas vidas de forma digna.

Em outro caso oriundo do Cade, referente ao cartel de vigilantes do Rio Grande do Sul⁸⁸, a Representada Empresa Porto-alegrense de Vigilância questionou a proibição de participar de licitações.

Em sede de tutela de urgência, o TRF4 deferiu a antecipação da tutela para permitir que a empresa participasse de uma licitação que ocorreria no dia seguinte da decisão, bem como assinasse o contrato decorrente de uma licitação da qual havia se sagrado vencedora anteriormente. Na decisão, foi asseverado que não é “aconselhável que se dê curso às sanções previstas como se irrecorríveis fossem, pois são evidentes os prejuízos para as partes envolvidas”⁸⁹. De todo modo, conforme visto anteriormente, a empresa acabou sendo liberada para participar de licitações públicas após a homologação de acordo com o Cade.

Por fim, em caso judicial decorrente do cartel em licitações de obras públicas em vias urbanas na Região Metropolitana de Curitiba e serviços relacionados⁹⁰, o TRF4 deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para determinar⁹¹ que:

[O] CADE abstenha-se de aplicar as demais penalidades (impedimento de licitar e contratar com as instituições financeiras oficiais por 5 anos), até contra ordem (...) entendo que a aplicação imediata da suspensão temporária de participação em licitação, antes do devido processo legal judicial, prejudica, sobremaneira e de modo irreversível (produzindo resultado que a futura tutela jurisdicional não terá o condão de remediar), o desempenho da atividade empresarial da agravante, uma vez que se dedica à prestação de serviços para a Administração Pública.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁹², o entendimento pacificado é no sentido de que a proibição deve ser limitada territorialmente ao ente tido como lesado pela conduta:

A proibição encontra limite na exasperação a qual, a pretexto de interditar participação em licitações, impõe um espectro tão extenso à punição, que inviabiliza as atividades empresariais, resultando na morte civil da empresa, fato

⁸⁸ Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10;

⁸⁹ TRF-4, AG 2007.04.00.031248-0, 3ª Turma, Rel. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, DJe. 07/11/2007;

⁹⁰ Processo Administrativo n. 08012.009382/2010-90;

⁹¹ TRF-4 – AG nº: 50268546420184040000 5026854-64.2018.4.04.0000, 4ª Turma Rel.: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 24/07/2018.

⁹² STJ, REsp 827.445/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/02/2010, DJe 08/03/2010.

que implica a redução da parte inoficiosa da sanção.

Em outras palavras, o STJ aclarou que a proibição ilimitada de contratação com o poder público é notadamente desproporcional gravosa. De acordo com Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega⁹³:

O princípio da preservação da empresa, que encontra reflexos também no instituto da leniência, deve influenciar a gradação da pena em análise, preponderando quando a punição chegar a ponto tal de rigidez que sanciona toda a sociedade, produzindo graves impactos socioeconômicos. Daí o amadurecimento do que, hoje, é o entendimento predominante no âmbito do STJ: a bem da proporcionalidade, a proibição de contratação tem sido relacionada à delimitação territorial do ente tido como lesado.

Em suma, é digno de nota que, nos casos provenientes do Cade que discutiram judicialmente a proibição no âmbito de tribunais regionais federais, a decisão foi pela suspensão da proibição.

Nos casos de improbidade administrativa, por sua vez, o Judiciário optou por limitar a proibição do ponto de vista territorial, salientando que a proibição irrestrita configuraria medida desproporcional.

No âmbito do STJ, destacou-se que a proibição irrestrita de participar de licitações violaria o princípio da proporcionalidade e da preservação da empresa.

⁹³ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; Nóbrega, Guilherme Pupe da. Os limites da sanção de proibição de contratação com o poder público. Consultor Jurídico, 19 jul. 2019;

4. Conclusão

A partir da análise realizada a respeito dos princípios atinentes ao estabelecimento empresarial e à empresa, da atuação do Cade enquanto órgão de defesa da concorrência no Brasil e das experiências em outros tribunais e jurisdições, constata-se que a proibição de contratar com o poder público é uma sanção acessória prevista de diversas formas em contextos distintos.

A sanção tem como objetivo firmar o caráter dissuasório das penas aplicáveis àqueles responsáveis por práticas danosas à administração pública, seja por meio de falta de moralidade, por atuação inidônea, improbidade administrativa em geral, fraude, cartéis ou outros atos atentatórios às atividades públicas relevantes à sociedade (e.g., licitações públicas).

Na prática, o que se vê é que o Cade, enquanto principal órgão dentro do SBDC, já se manifestou algumas vezes sobre a necessidade de uma análise mais detida, acurada e técnica para aplicar a proibição de contratar com o poder público, destacando, em mais de uma ocasião, que uma aplicação irrestrita, a todos os Representados investigados e carente de escrutínio aprofundado anterior poderia ter efeitos consideravelmente deletérios aos mercados.

Em certo caso, inclusive, foi dito que os referidos efeitos seriam “bem semelhantes aos de um cartel, com aumento de preços e redução de oferta, que seriam exatamente aqueles que se busca evitar com o combate a cartéis”⁹⁴.

Não seria à toa, em certas situações, os Conselheiros ressaltarem que a proibição deveria ser limitada às empresas tidas como líderes da conduta, de modo a servir de punição exemplar aos demais agentes atuantes no mercado, mas sem impactá-lo de forma ainda mais gravosa.

De todo modo, não se observa uma modulação do aspecto territorial, ou seja, todos os casos foram impostos em forma ampla para licitações de todas as esferas da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, diferentemente do que ocorre em casos judiciais envolvendo a Lei de Improbidade

⁹⁴ Voto do Conselheiro Carlos Ragazzo no Processo Administrativo nº 08012.005495/2002-14.

Administrativa.

Ressalta-se, que o próprio Poder Judiciário tanto no âmbito dos Tribunais Regionais Federais quanto no STJ já reconheceu e sedimentou o entendimento de que a imposição irrestrita é extremamente desproporcional e pode causar prejuízos incontornáveis às empresas apenadas, sendo, diametralmente contrária aos anseios do legislador ao estabelecer na *Carta Magna* a livre iniciativa, a função social da propriedade e, de forma decorrente, a preservação da empresa e a proporcionalidade das penas.

A sanção de proibição de contratar com o poder público imposta pelo Cade, sem considerar as especificidades de cada empresa apenada e sem a realização de uma análise aprofundada de cada mercado objeto de investigação, vai de encontro com todos os valores mencionados e se revela ainda mais problemática na medida em que, conforme explicado ao longo do presente trabalho, o Cade é uma autarquia composta por diversos órgãos técnicos em que atuam servidores com conhecimentos técnicos sobre direito, economia, regulação, políticas públicas e administração. Por conseguinte, a autoridade teria condições de realizar uma análise detida caso a caso antes de impor a proibição.

Assim, a imposição da sanção como ocorre atualmente não encontra consonância nas práticas judiciais, em outras leis, na Constituição e nos próprios valores e princípios que são caros e imprescindíveis à sociedade brasileira. Nessa esteira, o Conselheiro Sérgio Ravagnani⁹⁵ recentemente destacou:

Embora não tenha havido alteração na Lei nº 12.529/11, é inegável a recente e importante mudança na compreensão das penalidades de proibição de participar de licitação e de contratar com o Poder Público na sociedade brasileira, que agora devem ser aplicadas de maneira mais criteriosa. Retomando o exercício de interpretar a Lei nº 12.529/11 à luz do método teleológico-axiológico, concluo que a interpretação extensiva do seu art. 38, inc. II, para nele incorporar a pena de proibição de contratar em nas esferas de todos os entes políticos, por período não inferior a 5 anos, vai de encontro com as mais recentes expressões dos valores da sociedade brasileira sobre o tema.

Isso posto, para solucionar o problema da desproporcionalidade, o Tribunal do Cade, órgão dotado de jurisdição administrativa, poderia realizar uma interpretação de acordo com o método teleológico-axiológico, considerando assim, a finalidade da

⁹⁵ Voto do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani no PA nº 08012.009611/2008-51.

lei, a função do Cade – enquanto autoridade de defesa da concorrência e dos mercados – a aplicação mitigada da sanção por outros julgadores e os valores sociais atinentes às empresas e à propriedade privada. Conforme os ensinamentos do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr⁹⁶:

A interpretação teleológica-axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das consequências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias previsões, pois, as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências. **Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermeneuta, sempre um objetivo que tem para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre visa os fins sociais do direito às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que elas não estejam sendo atendidos).** (grifo nosso).

Não é demais lembrar que a doutrina, representada por juristas como a Prof.^a Maria Helena Diniz, reconhece a importância das fontes materiais do Direito, que conferem importância aos fatores sociais, históricos, econômicos, bem como aos “valores de cada época (ordem, segurança, paz social, justiça), dos quais fluem as normas jurídico-positivas. São elementos que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento”⁹⁷. Em outras palavras, a interpretação social e econômica da norma antitruste também é ancorada pelos ensinamentos doutrinários.

Trata-se, pois, de interpretação válida e que considera especialmente a finalidade da lei, o fim a que a norma se dirige e os valores sociais por detrás da produção legislativa antitruste. No caso da Lei de Defesa da Concorrência brasileira⁹⁸, a finalidade é, rigorosamente:

A prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Por conseguinte, poder-se-ia cogitar a delimitação territorial da sanção considerando a análise específica de cada caso julgado pelo Tribunal do Cade e as

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 6^a ed. - São Paulo: Atlas, 2008. pp. 266 – 267;

⁹⁷ DINIZ, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 20^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 287;

⁹⁸ Art. 1º da Lei nº. 12.529/2011.

especificidades do mercado impactado.

Assim, por exemplo, uma empresa com um percentual significativo de serviços prestados à administração pública do Município de São Paulo que foi condenada por um cartel em uma licitação específica desta cidade ainda assim poderia participar de licitações para os Municípios de Campinas e Ribeirão Preto, onde a sua atuação pode ter sido extremamente competitiva e legítima.

Subsidiariamente, caso a corrente prevalecente no Tribunal do Cade seja pela impossibilidade de uma interpretação teleológica-axiológica da Lei de Defesa da Concorrência em benefício dos Representados (pessoas físicas e jurídicas investigadas), outra possível solução para a desproporcionalidade seria através de uma alteração legislativa da norma, fazendo constar, no inc. II do art. 38, algo como: a aplicação da pena prevista no inciso II pode ser mitigada e limitada ao ente público lesado pela infração, em atenção aos efeitos econômicos e sociais das sanções, também garantindo a viabilidade da manutenção das atividades da pessoa jurídica.

Em suma, há soluções possíveis para a desproporcionalidade da proibição de contratar com o poder público, seja por uma interpretação aprofundada da norma, seja por uma alteração legislativa.

O que a análise feita na presente pesquisa científica demonstra é que a aplicação da sanção pelo Cade da forma atual é jurídica, social e economicamente inapropriada (I) pela falta de análise aprofundada prévia do mercado; e (II) pela desproporção dos efeitos no cotidiano da empresa apenada, que pode se ver obrigada a encerrar as suas atividades, culminando na demissão de diversos trabalhadores, cerceando a oferta de produtos e serviços de um dado mercado aos consumidores e, por fim, ocasionando verdadeira morte da empresa, em desatenção aos princípios e valores constitucionais.

Há, porém, estratégias jurídicas plausíveis que podem solucionar o problema, aproximando a atuação do Cade cada vez mais do olhar abrangente, social e econômico do constituinte quando da promulgação da *Carta Magna* brasileira de 1988.

Referências bibliográficas

ÁLVAREZ, Inma Valeije. A proibição de contratar com o poder público e outras considerações acessórias. Título original: *La prohibición de contratar en el sector público y otras consideraciones accesorias*. Estudios penales y criminológicos Núm. 38 Pág. 479-545.

AURIOL, Emmanuelle; SØREIDE, Tina. Uma análise econômica de exclusão. *International Review of Law and Economics*. vol. 50, 2017, pp. 36 – 49. Título original: *An Economic Analysis of Debarment*.

BARRETO, Alexandre. O caminhar do Cade e da defesa da concorrência no Brasil. *Conjur*, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/defesa-concorrenca-caminhar-cade-defesa-concorrenca-brasil>>. Último acesso em 17/10/2022.

BECKER, G. Crime e punição: uma abordagem econômica. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, 1968. Título original: *Crime and punishment: an economic approach*.

BIZAR, Stiven E.; CHAPMAN, Julia. Em resumo: sanções por atividade de cartel nos EUA. *Lexology*, 2021. Título original: *At a glance: sanctions for cartel activity in USA*. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=940cbe44-7989-44a5-8e74-e67c081da49e>>. Último acesso em 18/10/2022.

BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 272, maio/ago, 2016, p. 119-144.

BRASIL. Ministério da Justiça – CADE. Processo Administrativo nº. 08012.008821/2008-22. Rel. Cons. GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAUJO. Brasília/DF. Última atualização em 27/08/2015.

BRASIL. Ministério Público Federal – CADE. Processo Administrativo nº. 08012.010022/2008-16. Rel. Cons. PAULA AZEVEDO. Brasília/DF. Última atualização em 14/10/2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública – CADE. Processo Administrativo nº. 08700.004455/2016-94. Rel. Cons. PAURA FARANI DE AZEVEDO SILVEIRA. Brasília/DF. Data do julgamento: 09/02/2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública – CADE. Processo Administrativo nº. 08700.004617/2013-41. Rel. Cons. JOÃO PAULO RESENDE. Brasília/DF. Data do julgamento: 08/07/2019.

BRASIL. Ministério da Justiça – CADE. Processo Administrativo nº. 08012.008850/2008-94. Rel. Cons. ANA FRAZÃO. Brasília/DF. Data do julgamento: 03/02/2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento de Estudos Econômicos, por meio da Resolução Cade nº 53/2009. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias/departamento-de-estudos-economicos>>. Último acesso em 17/10/2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias>>. Último acesso em 17/10/2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica/ Competências. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias>>. Último acesso em 12/09/2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica/ Cadernos do Cade. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/estudos-economicos/cadernos-do-cade>>. Último acesso em 17/10/2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 18/10/2022.

BRASIL. Lei de nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4137.htm>. Acesso em: 16/10/2022.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 16/10/2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.HTM>>. Acesso em: 17/10/2022.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Dispõe sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em 16/10/2022.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 18/10/2022.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm>. Acesso em: 18/10/2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10. Rel. Cons. Abraham Benzaquen Sicsú. Brasília/DF. Data do julgamento: 21/09/2007.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Processo Administrativo nº 08012.006199/2009-07. Rel. Cons. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Data do julgamento: 10/12/2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16. Rel. Cons. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo Data do julgamento: 10/12/2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90. Rel. Cons. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Data do julgamento: 07/06/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Processo Administrativo nº. 08012.009611/2008-51. Rel. Cons. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Data do julgamento: 10/12/2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Procedimento Administrativo Nº 08700.009167/2015-45. Data do julgamento: 18/12/2015.

BUSHATSKY, Daniel Bushatsky. Princípio da preservação da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1ª. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/220/edicao-1/principio-da-preservacao-da-empresa>>. Último acesso em 18/10/2022.

CADE. Cartilha do Cade. 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>>. Último acesso em 24/03/2022.

CADE. NOTA TÉCNICA Nº 26/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, 2015. Disponível em: <<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa>>. Último acesso em 24/03/2022.

CHILE. Decreto Lei nº 211/2016. Dispõe regulação para a defesa de livre concorrência. Título original: *Decreto Ley nº 21/2016. Que fija normas para la defensa dela libre competencia*. Disponível em: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf>. Último acesso em 18/10/2022.

COELHO, Fabio Ulhôa. Curso de direito empresarial: direito de empresa. 18ª. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 79.

COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1745047/mod_resource/content/1/Manual%20de%20Direito%20Comercial%20-%20Fabio%20Ulhoa%20Coelho.pdf>. Último acesso em 17/10/2022.

CORDOVIL, Leonor *et. al*. Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011. p. 34.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DORNA, Mário. A proibição de contratar com o Poder Público no PL 10.887/18, que altera a lei da improbidade administrativa. Migalhas, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/351301/a-proibicao-de-contratar-com-o-poder-publico-no-pl-10-887-18>>. Último acesso em 18/10/2022.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 20^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 287.

FÉRES, Marcelo Andrade. Estabelecimento empresarial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1^a. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/236/edicao-1/estabelecimento-empresarial>>. Último acesso em 17/10/2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 266 – 267;

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 1^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência. 1^a. ed. São Paulo Saraiva 2017. p. 68;
GOMES, Carlos Jacques Vieira. O princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica?. Cap.da Obra: Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008. pp. 331 – 346.

ITALIA. Código Civil Italiano, de 16 de março de 1942. Título original: Codice Civile, 16 marzo 1942. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso 16/10/2022.

MARTÍNEZ, Yolanda. Proibição de contratar a Administração Pública quando a prática anticompetitiva afetar o setor privado. Economist & Jurist, 2021. Título original: *Prohibición de contratar con la Administración Pública cuando la práctica anticompetitiva afecta al sector privado*. Disponível em: <<https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/prohibicion-de-contratar-con-la-administracion-publica-cuando-la-practica-anticompetitiva-afecta-al-sector-privado/>>. Acesso em 18/10/2022.

Ministério da Justiça e Segurança Pública e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de combate a cartéis em licitação. Dezembro de 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em 24/03/2022.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; Nóbrega, Guilherme Pupe da. Os limites da sanção de proibição de contratação com o poder público. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-19/opinioao-limites-proibicao-contratacao-poder-publico>>. Acesso em 18/10/2022.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2022. P. 37.

OCDE. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, 2009. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>.

PEDUZZI, Pedro. Cartéis causam sobrepreço de até 25% do valor contratado em licitações. Agência Brasil, 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-10/carteis-causam-sobrepreco-de-ate-25-do-valor-contratado-em-licitacoes>>. Acesso em 24/03/2022.

PEREIRA, Simone de Oliveira Lara Marcondes Pereira. A proteção constitucional do estabelecimento empresarial. Revista da Faculdade de Direito. Número 1. Primeiro semestre de 2014. Disponível em: <<https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/12/11>>. Acesso em 17/10/2022.

PROVOST, Marion; THILL-TAYARA, Mélanie. Em resumo: Sanções por atividade de cartel na União Europeia. Lexology, 2021. Título original: *At a glance: sanctions for cartel activity in European Union*. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3c895cdc-a217-48d2-99cc-4669cfad34f3>>. Último acesso em 18/10/2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 384.

SCHREIBER, Anderson et al. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 899.

SHIEBER, Benjamin M.. Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA). 1ª. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1966.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da concorrência. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1.

STJ. AgInt no REsp 1.589.661/SP, 1ª Turma Rel. Ministro GURGEL FARIA. Data de Julgamento: 21/02/2017, DJe 24/03/2017.

STJ, REsp 827.445/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/02/2010, DJe 08/03/2010.

STJ, REsp 1.003.179/RO, 1ª Turma, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. DJe 18/8/2008.

THOMSON, Diogo. Infrações à ordem econômica, 2022. Cade: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa>>. Acesso em 24/03/2022.

TRF-4, AG 2007.04.00.031248-0, 3ª Turma, Rel. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, DJe. 07/11/2007.

TRF-4 – AG nº: 50268546420184040000 5026854-64.2018.4.04.0000, 4ª Turma Rel.: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 24/07/2018.

TRF-4 - Acórdão nº. 5017131-55.2017.404.0000., Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, Data do Julgamento: 24/05/2017, TRF4ª Região.

UE. Diretiva nº 2014/24. Dispõe sobre contratações públicas. Título original: Directive nº 2014/24. *Public Procurement*.

VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 2, nº. 2, 2014, pp. 144-179.