



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GIOVANA BARROS DE OLIVEIRA**

**O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI 12.529/11 NO  
COMBATE À PRÁTICA DOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES  
PÚBLICAS**

Salvador  
2018

**GIOVANA BARROS DE OLIVEIRA**

**O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI 12.529/11 NO  
COMBATE À PRÁTICA DOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES  
PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Geovane de Mori Peixoto

Salvador  
2018

## TERMO DE APROVAÇÃO

**GIOVANA BARROS DE OLIVEIRA**

### **O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI 12.529/11 NO COMBATE À PRÁTICA DOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO PÚBLICAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018

Aos meus pais, Carla e Emanuel, pelo incessante incentivo durante esta caminhada, e por serem meus maiores exemplos de vida, perseverança e caráter.

À minha irmã, Isabele, pela dose diária de alegria.

A Rodrigo, por toda paciência e carinho.

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Carla e Emanuel, por nunca faltarem com apoio, atenção e incentivo desde os meus primeiros anos, até a presente data, em que concretizo, em parte, a realização de um sonho, que tenho o prazer de dividir com eles. Qualquer palavra escrita se torna muito pequena perto de tudo que representam para mim.

À minha irmã, Isabele, que compartilha diariamente comigo as minhas angustias e alegrias. Às minhas avós e minha madrinha, bem como aos demais membros da minha família, por torcerem por mim ao longo desta jornada, que somente se inicia.

Ao meu namorado, Rodrigo, por compreender a minha ausência em algumas ocasiões, por sempre dizer as coisas certas quando preciso ouvir, e tornar tantos momentos da minha vida mais leves.

Aos meus amigos pessoais e da faculdade, por todo zelo, paciência e carinho.

Ao meu orientador, Professor Geovane Peixoto, por toda atenção depreendida, ensinamentos compartilhados e, sobretudo, pela dedicação inigualável em me direcionar neste trabalho.

Ao Professor Eduardo Jordão, pelo material de estudo disponibilizado, imprescindível para a realização desta pesquisa.

Aos mestres da Faculdade Baiana de Direito, por despertarem em mim a paixão pelo Direito Público.

Ao núcleo tributário do escritório Brito, Campo, Cruz e Torres Advogados Associados, por serem exemplos de profissionais e possibilitarem o meu desenvolvimento profissional e pessoal na advocacia.

Por fim, a todos aqueles que, de alguma forma, se fizeram presentes e contribuíram para o meu crescimento e amadurecimento durante essa etapa.

If you assume that there is no hope, you guarantee that there will be no hope. If you assume that there is an instinct for freedom, that there are opportunities to change things, then there is a possibility that you can contribute to making a better world.

Noam Chomsky

## RESUMO

Os cartéis representam uma das maiores formas de “monopolização” artificial do mercado, que através de condutas ilícitas e evasivas de um controle preventivo eficaz, ocasionam ao erário um dano inestimável às custas dos procedimentos licitatórios formulados pela Administração, infringindo tanto preceitos constitucionais, como também normas infralegais, sobretudo aquelas tipificadas na Lei Geral de Licitações e na Lei de Defesa da Concorrência. Nesse diapasão, o Acordo de Leniência demonstra-se como um instrumento eficiente de repressão aos conluios, provocando desde a desestabilização da formação dos cartéis até a efetiva cessação da conduta lesiva. Ao conceder imunidades, tanto no âmbito criminal quanto administrativo, a apenas o primeiro delator que colaborar com as autoridades, o programa estimula verdadeira corrida pela celebração do acordo, corroborando com os incentivos à desestrutura dos esquemas fraudulentos ao introduzirem um importante elemento subjetivo de desestruturação na manutenção dos pactos restritivos de competitividade. Atualmente é a Lei 12.529/11 que delimita os campos de atuação e limites necessários ao Acordo, cumprindo observar que as recentes inovações que dão enfoque ao combate aos cartéis em licitação vêm ganhando cada vez mais destaque no contexto antitruste, levando principalmente a uma maior respeitabilidade no cenário internacional. Com efeito, a presente monografia analisa a importância, justificativas e desenvolvimento da política de repressão aos cartéis em licitações através do acordo de leniência, identificando eventuais dificuldades na obtenção de provas de ofício por parte das autoridades, tipologia e características peculiares à formação do *bid rigging*, bem como a desenvoltura institucional do programa de leniência em si, pormenorizando suas especificidades e desafios. Para isso, promoveu-se uma pesquisa minuciosa de análise de dados e estudos de casos demonstrando a aplicabilidade do referido instrumento legal, convalidando, por fim, a real importância do instituto como um dos mais eficientes meios para garantir a condenação dos infratores envolvidos no ato ilícito.

**Palavras-chave:** acordo de leniência; cartel; defesa da concorrência; conselho administrativo de defesa econômica; CADE; licitação; administração pública; práticas anticompetitivas; regulação.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
arts.	artigos
CF	Constituição Federal da República
Lei	Lei Federal nº
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
RICADE	Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CP	Código Penal
SDE	Secretária de Defesa Econômica
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
TCC	Termo de Cessação de Conduta
SG	Superintendência Geral do CADE
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
STJ	Superior Tribunal de Justiça
MP	Ministério Público
ASSEVIRGS	Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul
SEVIRGS	Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado do Rio Grande do Sul

## **LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS**

Tabela 01 – Processos Administrativos de Cartéis Julgados pelo CADE entre anos de 2016 e 2017 – Variável analisada: mérito do processo	124
Tabela 02 – Processos Administrativos de Cartéis Julgados pelo CADE entre os anos de 2016 e 2017 – Variáveis analisadas: condenações e total de multas aplicadas	125
Tabela 03 – Processos Administrativos relativos aos Cartéis em Licitações Julgados pelo CADE entre anos de 2012 e 2017 – Variáveis analisadas: mérito do processo, mercado relevante e multas aplicadas	127

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	12
<b>2 O ORDENAMENTO ANTITRUSTE E O COMBATE AOS CARTÉIS</b>	16
2.1 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO E AS CONDIÇÕES FAVORÁVEIS PARA A EXISTÊNCIA DOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO	21
2.2 TIPOLOGIA DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NAS LICITAÇÕES	27
<b>2.2.1 Propostas fictícias</b>	29
<b>2.2.2 Supressão de propostas</b>	30
<b>2.2.3 Propostas rotativas</b>	32
<b>2.2.4 Fixação de preços</b>	33
<b>2.2.5 Subcontratação informal</b>	35
<b>2.2.6 Formação de consórcios entre concorrentes</b>	36
2.3 MECANISMOS PREVISTOS DE <i>ENFORCEMENT</i>	38
2.4 SANÇÕES APLICADAS AOS CARTÉIS	42
<b>3 PECULARIDADES E JUSTIFICATIVAS DO ACORDO DE LENIÊNCIA</b>	47
3.1 EXPERIÊNCIA DA INSTITUIÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS	51
3.2 PROPOSTA DE LENIÊNCIA NO BRASIL	53
<b>3.2.1 Quanto aos requisitos necessários</b>	55
<b>3.2.2 Procedimentos para celebração do acordo</b>	58
3.3 CONFIDENCIALIDADE E SEGURANÇA	61
3.4 PROGRAMA DE LENIÊNCIA <i>PLUS</i>	65
3.5 EXTENSÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA	69
<b>3.5.1 Imunidade administrativa</b>	70
<b>3.5.2 Imunidade penal</b>	72
<b>3.5.3 Efeitos no campo da responsabilidade civil</b>	73
<b>4 O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI 12.529/11 NO COMBATE À PRÁTICA DOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS</b>	78
4.1 DA DIFICULDADE PROBATÓRIA QUANTO À EXISTÊNCIA DOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO E A NECESSIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA	81
4.2 O DUPLO EFEITO DA LENIÊNCIA SOBRE OS CARTÉIS EM LICITAÇÃO	84
4.3 ANÁLISE DE DADOS	91

<b>4.4 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA PRÁTICA: ESTUDO DE CASOS</b>	<b>96</b>
<b>4.4.1 <i>Leading case</i>: cartel dos vigilantes</b>	<b>98</b>
<b>4.4.2 Cartel das mangueiras marítimas</b>	<b>102</b>
<b>4.4.3 Cartel de manutenção predial</b>	<b>106</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>110</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>114</b>
<b>ANEXO</b>	<b>124</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado democrático de direito é entendido como um conjunto de órgãos e entidades públicas que possui como escopo tutelar a implementação de direitos fundamentais no ordenamento pátrio à luz da justiça social, salvaguardando interesses e privilégios que assegurem a todos uma existência digna, conforme se percebe a partir da leitura dos artigos 1º, 3º, 5º, 170, dentre outros, da Constituição Federal.

No que tange ao contexto de proteção à ordem econômica, à livre concorrência e livre iniciativa, estas são preservadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de modo a garantir a isonomia entre os competidores e fomentar os incentivos à competitividade, evitando eventuais distorções no poder de mercado. Nesse passo, tal autarquia utiliza-se de certos mecanismos para alcançar uma otimização regulatória, coibindo e reprimendo algumas condutas lesivas ao ambiente concorrencial.

Dentre as possibilidades de comportamentos desleais, a mais agressiva à eficiência de uma economia de mercado reside na noção dos cartéis. Estes são definidos como uma das práticas mais nocivas à seara da concorrência, atingindo o erário e os consumidores de uma forma potencialmente prejudicial, implicando em uma elevação demasiada de preços, restrições à oferta e prejuízos à inovação.

Quando formados em procedimentos licitatórios, acarretam uma alocação ineficiente de recursos públicos, prejudicando a atuação administrativa ao impedir a produção dos melhores resultados com o menor dispêndio financeiro possível, ensejando efeitos negativos perante toda a sociedade, além de violarem as principais garantias e princípios norteadores da Administração Pública.

Uma das mais relevantes características intrínsecas aos cartéis é a de que, cientes da ilicitude da infração cometida, os cartelistas ocultam toda e qualquer comprovação da conduta concertada, tornando muito difícil a obtenção de provas diretas por parte das autoridades da concorrência, possibilitando que a atividade anticompetitiva se prolongue no tempo.

De tal forma, devido à gravidade e extensão de tal prática, assim como os seus males para a coletividade de forma geral, percebeu-se a necessidade de adotar medidas enérgicas, com o fito de se garantir a manutenção da ordem econômica equilibrada.

O combate tornou-se, tanto no Brasil, como no exterior, uma prioridade entre as autoridades da concorrência, que passaram a adotar soluções subótimas como forma de garantir a condenação dos envolvidos no delito, visando o fortalecimento da persecução da conduta e o incremento dos métodos de *enforcement*.

Com efeito, o instituto de leniência, já atestado e aprovado nos Estados Unidos, mostrou-se ser um elemento fundamental na repressão destes, contribuindo para a descoberta e punição dos conluios, além de demonstrar-se um instrumento capaz de desestabilizar a conduta gravosa. O programa permite, dentre outras coisas, que os signatários do acordo se comprometam a cessar a conduta considerada ilegal e cooperar plenamente com as investigações, devendo apresentar informações e documentos que o órgão considere relevantes para o caso concreto.

Perpassadas tais considerações, o presente trabalho buscará analisar o real papel do acordo de leniência como instrumento de combate à formação dos cartéis em licitações públicas, através de uma pesquisa qualitativa descritiva, analisando o seu desempenho e avanços frente as mudanças trazidas a partir da Lei 12.529/11. Para tanto, tal problemática será destrinchada em cinco capítulos, que farão uma análise crítica do tema, perfazendo o caminho metodológico a seguir indicado.

A temática, pouco discutida no âmbito acadêmico, ganhou relevância a partir dos desdobramentos da Operação Lava Jato, que demonstrou a necessidade da utilização de um mecanismo persecutório eficiente, capaz de dismantelar determinados pactos restritivos de competitividade.

*Ab initio*, como forma de introdução ao tema, tratar-se-á sobre a função regulatória dos certames e sua relação com a Lei de Defesa da Concorrência, sendo analisadas, mais a fundo, a configuração dos conluios no procedimento licitatório, as sanções atribuídas ao ilícito e os mecanismos de repressão admitidos pelo ordenamento jurídico, a fim de evidenciar a nocividade da conduta anticompetitiva perante a Administração Pública, e indiretamente, para toda a sociedade.

Posteriormente, no capítulo posterior, serão tecidas considerações acerca dos principais objetivos, peculiaridades, justificativas e restrições do Acordo de Leniência, destacando a sua evolução histórica, os benefícios do programa, as restrições à celebração do instrumento e a extensão dos efeitos nos campos administrativo, penal e cível.

Com efeito, tal capítulo se encarregará de fazer uma análise conjuntural das principais disposições legais das disciplinas normativas que regem o tema, a fim de evidenciar quais serão os percalços enfrentados pelo sujeito delator.

Nesse esteio, serão abordados pontos-chaves para o aprimoramento do Acordo, sobrelevando-se questões como segurança, confidencialidade e transparência, além de analisar as consequências jurídicas da falta de atribuição de benefícios, no âmbito do Direito Civil, aos eventuais signatários do programa, de modo a verificar se a falta de previsão legal impacta a atratividade do mecanismo no exercício da sua primordial função, que é fazer cessar o ato delituoso.

Por fim, no capítulo resguardado ao tema principal, será analisada a funcionalidade do Acordo como instrumento de combate aos cartéis em licitação, destacando os atuais esforços e avanços do CADE em tornar o instituto mais instigante aos olhos dos infratores, abrangendo questões ainda pendentes de debate que circundam o tema em questão.

Essa análise será feita através de um estudo dirigido de casos julgados pelo Tribunal Antitruste, e uma pesquisa teórica de revisão bibliográfica, lastreada em uma análise de dados que corroboram com a tese aqui defendida, construída a partir de uma fundamentação legal e doutrinária acerca da inteligência do programa, enfatizando os seus avanços e desafios e o porquê é imprescindível para fomentar o combate aos conluíus.

Frisa-se que a parte final do último capítulo, direcionada à análise de processos julgados pelo Tribunal Antitruste, se revela de extrema importância, eis que atribui relevo aos objetivos específicos que circundam esta pesquisa, servindo de espaço para se entender como o instituto funciona na prática e como vem sendo manejado pelo órgão concorrencial, destacando os seus benefícios e pontos positivos.

Assim, tem-se que o objetivo deste trabalho não é atestar a real eficácia da leniência em si, mas sim discutir o seu papel como instrumento apto a garantir a condenação dos envolvidos e a cessação da conduta ilícita, de forma a reestabelecer a concorrência justa, sadia e equilibrada nas contratações públicas.

Isto posto, pode-se perceber que o deslinde desta pesquisa fixa-se em identificar de que forma se desenvolvem os cartéis em licitação, e quais os prováveis meios

facilitadores desta conduta colusiva, para que se evidencie qual a efetiva importância do programa frente ao combate de tais tratos colusivos.

Neste sentido, a conclusão se revestirá de tudo que fora construído nesta pesquisa, consagrando os efeitos e consequências jurídicas advindos da inserção do Acordo de Leniência no ordenamento jurídico pátrio, além de sintetizar algumas ponderações e críticas que se demonstram necessárias para o aprimoramento do instituto, corroborando com a problemática aqui enfrentada.

## 2 O ORDENAMENTO ANTITRUSTE E O COMBATE AOS CARTÉIS

A importância do Direito Econômico como instrumento de condução da administração pública tornou-se um dos principais pilares na discussão acerca da economia de mercado, constituindo-se a política de defesa da concorrência como responsável pela prevenção e repressão às infrações econômicas, cujo alcance repercute nas mais diversas áreas, sobretudo na manutenção de qualidade das relações consumeristas, ao proteger a hipossuficiência do sujeito consumidor.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito, através da implementação de políticas públicas de intervenção na economia, primou pela repressão ao que se chama de “abuso do poder econômico”, incorporado ao arcabouço constitucional de 1988 em seu art. 173, §4<sup>o</sup>. A regulação do poder de mercado exige, como condição necessária à proteção de um ambiente com otimização concorrencial, um corpo de regras que possa assegurar um nível mínimo de controle das relações econômicas.<sup>2</sup>

O estímulo à competitividade repele qualquer forma de supremacia e privilégios de determinadas empresas em detrimento de outras, de modo a garantir o tratamento igualitário entre os agentes econômicos. Consoante Eros Roberto Grau, a livre concorrência é posta como princípio voltado à construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, através da realização de políticas públicas a serem garantidas pelo Estado, que por sua vez, deve desempenhar um papel ativo na perseguição do desenvolvimento nacional, em conjunto com o setor privado.<sup>3</sup>

Nesta ótica, deve-se levar em conta que o Estado ao normatizar este corolário da ordem econômica, no art. 170, IV, da Constituição Federal, visou proteger a produção e circulação de bens e mercadorias, de modo a alcançar interesses difusos que não se limitem a uma questão de mercado. Ou seja, o que se impende dizer é que as autoridades competentes para atuar na defesa da concorrência têm o condão de

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 02 jun. 2018.

<sup>2</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 19.

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 17 Ed, 2015, p. 205-209.

adotar medidas que garantam seu funcionamento, e, pois, têm o dever de valer-se de medidas adequadas para descobrir e punir as infrações à ordem econômica.<sup>4</sup>

Com objetivo de cumprir com tais imperativos constitucionais, através de uma estrutura institucional capaz de fiscalizar e reprimir abusos concorrenciais, entrou em vigor, em 2012, a Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, disciplinando sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, além de definir quais as práticas possíveis de punição.

A nova Lei proporcionou grandes avanços ao ordenamento antitruste, no sentido de pavimentar o arcabouço concorrencial com a adoção do sistema de regime prévio de análise de atos de concentração de sociedades empresárias, ao proteger interesses difusos e correlatos ao bom desempenho funcional do mercado, além de priorizar o aperfeiçoamento da inteligência de determinadas ferramentas de combate aos cartéis, centralizando esforços no desenvolvimento do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação.<sup>5</sup>

As alterações realizadas não só antepuseram pela eficiência funcional dos atos investigativos, dotando os órgãos institucionais com ferramentas mais eficazes para o desenrolar da atuação persecutória às práticas ilícitas, como também, pela maior racionalização e simplificação dos procedimentos de forma geral.

A SDE, por exemplo, foi extinta, e a Seae deixou de atuar na instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico, passando a operar exclusivamente na promoção da advocacia da concorrência. Com isso, as atividades investigativas de ilícitos antitruste passaram a ser aglutinadas na Superintendência-Geral, propiciando maior direcionamento a determinadas atividades consideradas como preponderantes, de modo a alinhar o SBDC com às melhores práticas internacionais.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cartéis – Tratamento legal. 19 Ed., **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2011, p. 107.

<sup>5</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da Concorrência no Brasil: Perfil Contemporâneo. 60 Ed., **Revista de Direito Privado**, 2014, p. 266.

<sup>6</sup> DOS SANTOS, Flavia Chiquito. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Dissertação (metrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/pt-br.php>> Acesso em: 09 mar. 2018, p. 68.

Neste desiderato, notadamente nos últimos anos, o Estado brasileiro vem adotando uma política mais incisiva de concorrência, de modo que a competição entre os *players* do mercado, contratem ou não com a Administração Pública, seja cada vez mais sadia, justa e equilibrada, evitando-se comportamentos desleais entre os concorrentes.

Dentre as facetas das condutas anticompetitivas passíveis de identificação, aquela com maior potencial lesivo reside na noção dos cartéis. Estes são entendidos como a mais grave lesão ao antitruste<sup>7</sup>, são vilões por excelência, cujos interesses atingem um grupo difuso de pessoas e obstaculizam a manutenção do livre mercado, contraindo para si captação de potencial mercantil, desarrazoada margem de lucro e porção quase que exclusiva de clientela específica, seja por intermédio de acordos expressos ou tácitos entre concorrentes do mercado.<sup>8</sup>

Carlos Ragazzo<sup>9</sup> afirma que, desde 2003, o CADE assumiu o combate aos cartéis como absoluta prioridade, desenvolvendo uma série de mecanismos de *enforcement* que geraram uma rotina de combate aos casos colusivos, tendo em vista o potencial demasiadamente lesivo da conduta ilícita, principalmente pela extrema elevação de preços e restrições da oferta, ocasionando em sérios prejuízos à inovação.

Entre os anos de 2016 e 2017 foram julgados 28 processos administrativos, dentre os quais nove foram arquivados e dezenove julgados, cujo mérito vergastado foi a prática dos cartéis<sup>10</sup>. Tais ações ensejaram uma série de multas às empresas envolvidas, resultando no recolhimento, pela autoridade antitruste, do montante exprimido no valor de R\$ 231.277.590,93.<sup>11</sup>

Segundo dados da OCDE<sup>12</sup>, a existência de carteis no mercado gera um aumento de preço em média de 10% a mais do que em mercados regidos pela competitividade,

---

<sup>7</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Combate a Cartéis em Licitações (2008)**. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça Esplanada dos Ministérios. Disponível em: <[www.comprasnet.gov.br/](http://www.comprasnet.gov.br/)> Acesso em: 05 nov. 2017, p. 8.

<sup>8</sup> CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Corrupção e Cartéis em Licitação. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017, p. 258.

<sup>9</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A regulação da concorrência**. Fundação Getúlio Vargas, 2013. Disponível em: <[https://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20/](https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20/)> Acesso em: 28 fev. 2018, p. 10.

<sup>10</sup> Tabela 1, Anexo.

<sup>11</sup> Tabela 2, Anexo.

<sup>12</sup> OCDE, Secretaria Geral. **Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programs**. OECD Publications Service, 2002. Disponível em: [www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pfd](http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pfd). Acesso em 03 de jun. de 2018, p. 77.

assim como uma redução de 20% na oferta, o que conseqüentemente leva a uma menor qualidade e variedade de produtos, gerando uma alocação ineficiente dos recursos públicos.

A rigor, ao eliminar os benefícios da concorrência, os cartéis impõem série de malefícios à ordem econômica, resultando em uma deficiência na manutenção do equilíbrio orçamentário e financeiro, e numa perda de incentivos à inovação de produtos e benesses aos consumidores, de modo a transferir a renda da sociedade para os seus integrantes, que coordenam-se através de um pacto de não competitividade.<sup>13</sup>

Nesta senda, as empresas têm de definir uma ação estratégica a ser estritamente seguida por todos os envolvidos, com monitoramento de todas as outras empresas participantes a fim de que se possa saber se estão a cumprir o acordo, estabelecendo de modo diverso, sanções para aquelas que não venham a acatar o que fora disposto.<sup>14</sup> Sendo assim, há dois elementos fundamentais inerentes ao conceito de cartel: o prejuízo causado ao consumidor, e o sigilo que impede as autoridades de perceberem a configuração do ato ilícito.<sup>15</sup>

Quando atuam no bojo da Administração Pública, os cartéis, cognominados de *bid rigging* na literatura americana, caracterizam-se por provocar uma divisão dos contratos adjudicados, fracionando o mercado entre os agentes conluentes, e aumentando os lucros e vantagens contratuais que celebram com o ente governamental, através de uma comunhão delituosa de interesses organizada sob a forma de associação.<sup>16</sup>

Não só ferem os princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa, como também as garantias intrínsecas norteadoras do procedimento regular licitatório, a

---

<sup>13</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cartéis – Tratamento legal. 19 Ed., **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2011, p. 106.

<sup>14</sup> MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 15 de mar. de 2018, p. 38.

<sup>15</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Op. Cit, loc. cit.*

<sup>16</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 Ed, 2015, p. 213-215.

exemplo da isonomia, eficiência, moralidade e qualidade, que visam assegurar a primazia do interesse público.

São verdadeiros ilícitos “per se”<sup>17</sup>, de presunção *iuris et iure*, onde a prova dos atos de fraude ao certame torna-se suficiente para configurar a infração antitruste, já que a violação se comprova pelo próprio objeto – a licitação. Como resultado, se as empresas praticarem apenas uma conduta com potencial para limitar ou restringir o certame, serão sancionados de acordo com a Lei Antitruste. Tal entendimento foi pacificado a partir do julgamento do Cartel das Britas<sup>18</sup>, restando sedimentado que os cartéis clássicos, a exemplo dos cartéis em licitação, dispensam análise a respeito dos potenciais efeitos competitivos.<sup>19</sup>

Em novembro de 2015, o CADE em parceria com a OCDE, realizou seminário em Brasília para discutir o combate aos conluios em certames públicos. Na oportunidade, o então secretário-geral do órgão, Angel Gurría, ressaltou que o combate aos cartéis em compras públicas vem sendo priorizado pelas instituições estatais, ressaltando que “licitações mais competitivas, além de protegerem o erário público, estimulam a produtividade, melhoram o padrão dos serviços públicos prestados e propiciam desenvolvimento econômico e social”.<sup>20</sup>

Neste sentido, entende-se que tanto a Administração Pública quanto a sociedade suportam os danos promovidos pelos cartelistas. Como resultado do empenho demonstrado pelas autoridades concorrenciais em enfrentar tais esquemas, de 2012 até 2017, dezoito processos administrativos relacionados a cartéis em licitações foram julgados pelo CADE, resultando em um recolhimento aos cofres públicos no montante de R\$ 253.395.760,34 (duzentos e cinquenta e três milhões, trezentos e noventa e cinco mil, setecentos e sessenta reais e trinta e quatro centavos).<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> MATTOS, César Costa Alves de. Introdução à Teoria Econômica dos Cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor Cordovil (Coords.). **Direito Econômico Concorrencial – Série GVLAW**. 1 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013 p. 250.

<sup>18</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Processo administrativo 08012.002127/2002-14**, Conselheiro Relator Luiz Prado, Brasília, DF, data de julgamento em 01/08/2005, Disponível em: <[http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro\\_rec/docs/voto\\_farina\\_britas.pdf](http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/voto_farina_britas.pdf)> Acesso em: 03 de jun. de 2018.

<sup>19</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A regulação da concorrência**, 2013. Disponível em: <[http://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20/](http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20/)> Acesso em: 05 de mar. de 2018, p. 13.

<sup>20</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **CADE e OCDE promovem seminário sobre combate a cartéis em licitações**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-ocde-promovem-seminario-sobre-combate-a-carteis-em-licitacoes>. Acesso em: 23 de abr. de 2018, p. 2.

<sup>21</sup> Tabela 3, Anexo.

Em suma, tais acordos restritivos visam eliminar ou restringir a concorrência com intenção de obter maximização conjunta nos lucros auferidos, de forma a garantir posição dominante no mercado, seja através da exclusão dos concorrentes que se recusem a fazer parte do cartel, ou dificultando a entrada de novos *players*, de modo a limitar a atuação do papel exercido pela livre concorrência ao coordenar as decisões estratégicas existentes no que concerne às principais variáveis regulatórias do ponto de vista das contratações públicas.

## 2.1 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO E AS CONDIÇÕES FAVORÁVEIS PARA EXISTÊNCIA DOS CARTÉIS

Considerando-se o grau de importância que o procedimento licitatório tem perante a coletividade na persecução de fins econômicos sociais, a Constituição da República, em seu art. 37, XXI, consagrou a obrigatoriedade de licitar em toda contratação pública, estendendo-se tal preceito normativo a todas as entidades, de direito público ou privado, da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, seja para aquisição de serviços, compras, obras ou concessões, de modo a assegurar a competitividade e conseqüentemente, a qualidade, nas atividades executadas pelos particulares, a partir da seleção da proposta de melhor custo benefício.<sup>22</sup>

À compreensão de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>23</sup> acerca do instituto da licitação, têm-se que:

A licitação é o procedimento no qual as entidades governamentais devem promover espécie de disputa entre os interessados na escolha da proposta que traga mais vantagens à Administração Pública, baseado numa ideia de competitividade a ser travada da forma mais isonômica entre aqueles que possuem as aptidões necessárias ao cumprimento das obrigações auferidas. Sendo assim, a livre iniciativa e posição igualitária entre os participantes são fundamentos essenciais para que a licitação ocorra de maneira justa respeitando os seus princípios balizadores, destacando ainda o princípio da impessoalidade – sem que haja quaisquer benefícios ou tratamentos diferenciados entre os licitantes, resultando em contratações mais econômicas.

---

<sup>22</sup> SUNFFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. 1. Ed. **Revista de Contratos Públicos - RCP**, 2012, p. 5

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 517.

Como bem se sabe, a Administração Pública não é livre na sua escolha, devendo se pautar em processo formal que garanta a busca pela verdade real<sup>24</sup> e ao princípio federativo da “vantajosidade”, permitindo que a forma de atuar sobre o mercado se preste a produzir resultados da mais alta relevância, buscando a preservação deste como cenário adequado à competitividade leal entre os envolvidos no procedimento administrativo.<sup>25</sup>

A maior vantagem se apresenta quando a Administração realiza a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação, pautando-se em uma relação de custo-benefício e subordinando-se em uma série de princípios fundamentais que norteiam a atividade, destacando-se a eficiência, isonomia, a moralidade e a probidade.<sup>26</sup>

De acordo com Maria Sylvia Zanella de Pietro e Fabrício Motta<sup>27</sup>, encontram-se amalgamados os princípios da isonomia e do interesse público, de forma com que mediante comparação objetiva das ofertas apresentadas por todos os interessados, seja escolhida aquela que melhor represente os interesses da Administração, *in verbis*:

A relação é de mútua dependência: de nada adianta a pluralidade de ofertas se não for selecionada a melhor proposta; também não é suficiente uma boa oferta escolhida de forma pessoal e arbitrária. É possível afirmar que os maiores atentados ao procedimento são perpetrados por meio de ofensas aos seus objetivos. A licitação é desviada de sua vocação quando não permite que sejam efetivados os efeitos jurídicos do princípio da isonomia ou quando, mesmo a pretexto de efetivá-los, não se obtém uma boa proposta para atender ao interesse público.

Conquanto, prega o princípio da impessoalidade que o centro da atuação do gestor público deve concentrar-se nos ideais dos administrados e, por conseguinte, nos

---

<sup>24</sup> Segundo Odete Medauar: “Esse princípio, também denominado verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos sujeitos”. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 204

<sup>25</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. Ed. 14. Salvador: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2008, p. 3.

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 482.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Advocacia Pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, 2015, p. 287.

anseios de toda a coletividade. À vista disso, não pode o ente governamental vincular anseios pessoais de determinados concorrentes ao que propõe o certame público, eis que a conduta impessoal serve para concretizar a finalidade máxima da consagração do interesse público, empregando o maior zelo possível às contratações públicas.

Destarte, observa-se então que os certames servem como procedimento que fomenta a livre concorrência entre os agentes, materializando-se na conduta da Administração em coibir eventuais distorções que impossibilitem o alcance do fim a que inicialmente se almejou, qual seja, de se conseguir a melhor proposta com o melhor preço. E é nesse sentido que a Constituição Federal buscou tutelar a livre concorrência como princípio corolário da ordem econômica, ao mesmo tempo em que a Lei Geral de Licitações privilegiou a isonomia, ao selecionar a proposta mais vantajosa que atenda o propósito subjacente a toda atividade administrativa, consagrando o binômio do interesse e da impessoalidade como princípios basilares e orientadores de todo o procedimento licitatório.

Seguindo essa perspectiva, vê-se que no Brasil há certa complementariedade entre as competências da defesa concorrencial e das autoridades regulatórias, devendo os princípios concorrenciais nortear a decisão do poder concedente quantos aos prazos, condições de participação e objetos da licitação, de forma a propiciar o maior número possível de agentes, a fim de que se evite ao máximo a limitação da concorrência no processo licitatório.<sup>28</sup>

Por sua vez, a proteção da competitividade no setor público demanda um sistema normativo especial, composto de normas administrativas, financeiras e penais, envolvendo os Tribunais de Conta e o Judiciário, provocados pelos interessados ou pelo Ministério Público, oportunizando um controle feito pelo CADE.<sup>29</sup>

Sendo assim, a íntima relação entre os princípios de defesa da concorrência e os princípios administrativos garantem uma utilização racional dos recursos fiscais, a partir de uma reconstrução racional que direciona a um imperativo de eficiência econômica pela livre concorrência. Por conseguinte, a regulação de ambos os

---

<sup>28</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Competências antitruste e regulações setoriais. Ed. 16. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2009. Disponível em:

<<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/RevistadoIBRAC/Revista%2016%20N%C2%BA%201.pdf>>

Acesso em: 02 de mar. de 2018, p. 41.

<sup>29</sup> SUNFFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. Ed. 1. **Revista de Contratos Públicos - RCP**, 2012, p. 9.

institutos permite grandes benefícios à contratação pública, nos mais diversos níveis: técnico, qualidade, preços, economicidade, eficiência, dentre outros.

Indo além, impende-se que quanto maior a credibilidade dos procedimentos licitatórios, mais estão suscetíveis à recepção de grandes investimentos capazes de fomentar a economia nacional, vez que, de fato, a atuação incisiva das autoridades antitruste ao combater desvios de verbas públicas garante maior confiabilidade à instauração dos certames, que passarão a ser mais críveis, inclusive aos olhos de grandes empresas transnacionais, de modo a abrir o mercado nacional.

Ocorre que, a garantia à concorrência leal e à qualidade nas contratações da administração, a partir da competitividade entre os participantes, demanda uma série de técnicas e pressupostos em que o modelo licitatório vigente no ordenamento brasileiro falha em assegurar. Utilizando-se das palavras de Luciano Ferraz: “a licitação, não é um fim em si mesmo, mas instrumento de alcance e garantia do interesse público e de pacificação social, que há tempos não cabe dentro da rigidez dos Códigos.”<sup>30</sup>

A Lei 8.666 de 1993 optou por seguir o caminho da *superlagalização*, transferindo ao diploma normativo todas as decisões que poderiam ser tomadas. Procurou-se criar a figura dos agentes como um mero gestor boca da lei, acreditando-se que a corrupção estaria na discricionariedade gozada pela administração para decidir como contratar. Tal suposição levou ao fechamento do mercado público em benefício, principalmente, de empreiteiras de médio porte, reduzindo-se o número de empresas e limitando a pressão competitiva.<sup>31</sup>

Retira-se com isso que uma das ideias fulcrais acerca do procedimento licitatório, a livre concorrência, deixou de ser observada para que fosse perquirido um modelo retrógrado e fechado, direcionado a apenas determinadas companhias aptas a atender todas as demandas complexas e em demasiado extensas impostas pelo edital,

---

<sup>30</sup> FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **Revista de Direito Administrativo Constitucional – AeC**, Ed. 37, Belo Horizonte, 2009, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62558>>. Acesso em: 02 de mar. de 2018, p. 5.

<sup>31</sup> ROSILHO, André Janjácómo. **Qual o modelo legal das licitações no Brasil?: as reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas**. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2011, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8824> Acesso em: 09 de maio de 2018, p. 15.

retirando de certa forma a credibilidade dos certames públicos, além de fechar o mercado nacional, inclusive para grandes empresas internacionais.

Presume-se, portanto, que as licitações consistem em um ambiente favorável a formalizar a prática dos cartéis, não só pela exponente margem de lucro que podem sobressair dos contratos adjudicados, mobilizando grandes quantidades de dinheiro, como pelo fato de ser o meio legal para a obtenção de serviços e bens essenciais para o funcionamento do Estado moderno.<sup>32</sup>

Além da motivação, alguns outros fatores se fazem presentes na facilitação do surgimento dos cartéis, destacando-se a própria estrutura do mercado, o baixo número de competidores e a homogeneidade dos produtos.

Não obstante, a previsibilidade e publicidade das contratações, a partir da divulgação da identidade dos licitantes e o teor das suas propostas, também propícia a coordenação dos conluentes em definirem uma estratégia comum a ser seguida entre as empresas, monitorarem o cumprimento do esquema empregado e ainda identificar antecipadamente a entrada de novo competidor que possa desestabilizar o cartel, ameaçando-o ou cooptando-o.<sup>33</sup>

Além disso, a existência de sindicatos e associações, apesar de legítimos, também servem de plataforma para encontros frequentes entre os concorrentes, que se utilizam de tais reuniões para decidirem sobre o desvio de conduta, tornando mais fácil a fiscalização do cumprimento dos termos pactuados e a troca de informações sobre propostas e fixação de preços.<sup>34</sup>

Alguns outros fatores como barreiras à entrada e o fechamento do mercado propiciam de igual modo a formação dos cartéis. Quanto mais difícil a entrada de outros players no certame e quanto menor o número de fornecedores, mais fácil será para chegar em um acordo colusivo, eis que quanto menos concorrentes existirem na disputa e

---

<sup>32</sup> LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. N. 35, ano 9. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, 2011, p. 4.

<sup>33</sup> SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – SDE/MJ. **Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**. 2009. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_licitacao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view)> Acesso em: 02 de mar. de 2018, p. 13.

<sup>34</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 53.

mais concentrado o mercado for, menos dificuldades os conluentes terão em manter a organização do trato firmado entre os seus membros.

Logo, a implementação de medidas protetivas da concorrência na fase interna das licitações é apta a servir como um poderoso instrumento no combate aos cartéis. Sendo assim, determinadas providências devem ser adotadas pelos agentes competentes para regular o procedimento afim de que se evite antecipadamente a existência de conluio no certame público.

Neste sentido, na estimativa do valor do objeto, por exemplo, a pesquisa de preços entre os fornecedores deve envolver, também, uma investigação sobre os preços praticados por essas empresas no mercado privado, além de recolher informações sobre os fornecedores potenciais e seus preços e custos, bem como levar em consideração se o mercado em questão possui características que tornem mais provável o conluio entre os concorrentes, de forma a aferir com mais cautela, a adequação dos preços.<sup>35</sup>

Como solução passível de ser instaurada, Rafael Vêras de Freitas<sup>36</sup> propôs a instauração de medidas acauteladoras com o escopo de evitar, antecipadamente, a ocorrência de prejuízos ao erário público. Em consequência, ao agente que se deparar com possíveis indícios de fraudes ao certame, deverá baixar o processo em diligência para, sem a oitiva dos licitantes, investigar a formação do conluio.

O Departamento de Proteção e Defesa Econômica sugere algumas outras diligências para que os agentes públicos possam identificar a configuração dos cartéis, verificando, por exemplo, se as propostas possuem (i) redação semelhante; (ii) desistência inesperada de certos fornecedores em participar da licitação; (iii) padrão de rodízio entre os vencedores; (iv) margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas; (v) licitantes que teriam condição de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio; (vi) valor das propostas se reduz consideravelmente quando um novo concorrente entra no processo administrativo; (vii) subcontratação de concorrentes que participaram da licitação pelo vencedor do certame; (viii) existência de empresas que, apesar de qualificadas, não apresentam propostas para determinado órgão, embora o façam

---

<sup>35</sup> FREITAS, Rafael Vêras. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). 9 Ed. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, 2011, p. 10.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 8.

para outro; e (ix) no caso de pregões eletrônicos, propostas de diferentes empresas com a mesma terminação nas casas decimais.<sup>37</sup>

A gestão prévia de tais atos coordenados permite antever a existência de cartéis e de tal modo, evitar que os conluentes obtenham lucros exorbitantes em detrimento dos interesses da Administração Pública, resguardando, assim, os proveitos difusos de toda a coletividade, uma vez que a fixação dos preços por ser excessiva e violar o desenvolvimento nacional, redireciona os gastos do erário público a uma extrema maximização de lucros obtidos pelos empresários em benefício próprio.

Neste sentido, a Administração Pública ao deparar-se com propostas desarrazoáveis, deverá diligenciar a busca pelo esclarecimento da oferta, visando verificar a compatibilidade de tal proposta com o modelo atual de mercado, seja através de consultas com especialistas técnicos ou trocando informações com outras entidades licitantes que tenham realizado contratação similar referente ao mesmo objeto, devendo atentar-se também para a conduta usual deste respectivo competidor junto a demais órgãos e entidades a fim comparar os valores cobrados e identificar possível infração à ordem econômica.

Por tudo isso, torna-se imprescindível a integração institucional do ordenamento público por meio de uma cooperação entre os agentes de forma a facilitar *ex ante* o controle das práticas anticoncorrenciais, estabelecendo um diálogo entre os órgãos que realizaram contratações semelhantes, de maneira a aferir se algum dos partícipes do certame já realizara conduta anticompetitiva.

## 2.2 TIPOLOGIAS DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NAS LICITAÇÕES

Uma vez firmado o conluio, mede-se o seu sucesso a partir de duas principais variáveis: o lucro extraído da conduta ilícita e a sua duração. Por exemplo, um cartel que tenha conseguido impor um sobrepreço de 50% por dois anos, pode ser

---

<sup>37</sup> SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – SDE/MJ. **Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**. 2009. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_licitacao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view)> Acesso em: 02 de mar. de 2018, p. 11.

considerado superior àquele que tenha auferido um sobrepreço de 10% por cinco anos.<sup>38</sup>

A organização do cartel, por si só, demanda uma estruturação rígida e sólida capaz de maquiar o certame público para passar a impressão que, de fato, há competitividade entre os proponentes perante à Administração Pública.

Todavia, um dos grandes desafios atinentes a capacidade de manutenção dos cartéis são os altos custos relativos ao monitoramento e fiscalização do conluio, principalmente pela própria natureza da possibilidade de traição, vez que a qualquer momento um dos membros pode quebrar o pacto para que, sozinho, consiga auferir lucros muito maiores em detrimento dos demais sujeitos conluentes.

A desconfiança que permeia o acordo remete a noção de que os cartéis com boa organização administrativa serão aqueles que possuirão maiores chances de perdurar no tempo, eis que possuirão mais facilidade em maquiar o certame público e desviar a atenção das autoridades públicas para as suas condutas.

Para simular o propósito da máxima da competitividade, os conluios assumem as mais variadas formas, perpassando por acordos verbais e pontuais até a existência de relações complexas e minuciosas que proporcionam distribuição de lucros e partilha de resultados de forma contínua no tempo sem que passem percebidos pelas autoridades antitruste.<sup>39</sup>

Com o objetivo de aumentar o valor da proposta adjudicada e, conseqüentemente, do ganho entre os partícipes do esquema, os agentes infratores simulam fraudes que vão desde a escolha do “concorrente” até a propositura de propostas evidentemente falhas, com preços exacerbados ou sem atender aos requisitos dos editais, para que assim, sejam ocultamente subcontratados ou obtenham contratos de fornecimento do concorrente vencedor, compartilhando o montante recebido.

Ainda, os conluios também podem vir a envolver pagamentos em pecúnia feitos pelo detentor da proposta a um ou mais concorrente para que desistam do certame, ou

---

<sup>38</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 53.

<sup>39</sup> OCDE, Secretaria Geral. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. 2009. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>> Acesso em: 03/03/2018, p. 2.

envolver agentes públicos que, por intermédio de propinas, venham a favorecer uma empresa em detrimento das outras.

Sendo assim, é muito comum que os acordos se manifestem na conjunção de diversas estratégias, que combinadas, garantam maior efetividade ao acordo ilícito. O que se pretende ao final do processo restritivo de concorrência, é obter o maior lucro possível, para que, posteriormente, possa ser partilhado entre todos os cartelistas, mantendo um círculo desonesto entre adjudicações de mercado e ganho exacerbado sob o que garante o erário público da Administração.

Em contrapartida, práticas rotineiras de tais métodos podem ajudar na identificação dos padrões dos agentes infratores, de modo a possibilitar a comprovação da existência da formação dos cartéis, eis que normalmente, a grande maioria dos conluíus atuam com habitualidade em certames públicos limitados pelo mesmo objeto, possibilitando que as autoridades encontrem determinado arquétipo comum mantido pelos empresários, e que pode ser corroborado com investigações a partir de busca e apreensões que permitam, posteriormente, a condenação dos envolvidos no ilícito concorrencial.

Ante o exposto, será realizada uma análise acerca dos métodos mais frequentes de coordenação de preços para formalizar a cartelização, buscando expor o *modus operandi* dos conluíus em licitações públicas.

### **2.2.1 Propostas fictícias**

Também denominadas propostas *pro forma*, complementares, cortesia, figurativas ou simbólicas, são a forma mais comum da formação de conluio, e isto se dá pelo fato de conferirem caráter aparente de competitividade ao certame, afastando as investigações e persecuções pelas autoridades competentes de controle através da manipulação de preços ofertados ou por propositalmente não atender aos requisitos de habilitação como previstos no edital, redirecionando a licitação para um concorrente em especial.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 10.

Ocorrem quando ao menos um dos conluentes (i) consente em apresentar uma proposta de valor mais elevado do que a do cartelista designado para vencer a licitação; (ii) apresenta uma proposta que sabe de antemão ser demasiadamente alta para que seja aceita pelo órgão promovente da licitação ou ainda; (iii) apresenta proposta cujas condições específicas de habilitação são inaceitáveis pelo comprador.<sup>41</sup>

Ceccato<sup>42</sup> também salienta para a hipótese em que no envelope da habilitação de uma empresa dolosamente não exista certidão fiscal que deveria constar, ou quando os atestados de capacidade técnica são sabidamente incompatíveis com o objeto licitado. De tal modo, a prática do cartel será acobertada pela falsa ideia de que houve tão somente a inabilitação de um dos concorrentes quando na verdade, houve a efetivação de um conluio bem-sucedido.

De toda forma, embora na maior parte dos casos, os conluentes optam apenas pela artificialidade e manipulação dos preços, é válido ressaltar que esta não é uma prática excludente. Não é raro que tanto os preços sejam previamente definidos como um dos conluentes, ou vários deles, deixem de atender aos mandamentos consoantes no edital.

### 2.2.2 Supressão de propostas

A supressão de propostas consiste na modalidade em que os licitantes, os quais eram esperados a concorrer na licitação, deixam inesperadamente de participar, desistindo do certame no intercurso da licitação, abstendo-se de comparecer no dia combinado ou ainda que compareçam, retiram a proposta formulada, favorecendo um licitante previamente escolhido.

Lira e Nóbrega<sup>43</sup> definem como o esquema no qual um ou mais competidores, que estariam concorrendo em um dado certame, acordam em retirar-se da competição ou

---

<sup>41</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 11.

<sup>42</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>43</sup> LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. N. 35, ano 9. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, 2011, p. 8.

diminuir a frequência dos lances, no caso de leilões, ou até mesmo desistir do lance já feito, para que o cartelista saia como vencedor ao final.

Como ocorre nas demais práticas anticompetitivas, há grande dificuldade em se comprovar a supressão de propostas, principalmente pelo fato de a ausência de uma das empresas, isoladamente, não seja constitua indício de existência do conluio, vezes que a grande maioria, por diversas razões, sequer participa de licitações públicas. Para que a fraude seja comprovada, é preciso demonstrar que houve acordo prévio entre os licitantes de modo a direcionar o curso da licitação.<sup>44</sup>

Marçal Justen Filho<sup>45</sup> preconiza existência de um limite temporal para a desistência do licitante a partir da Lei 8.666 e justamente com base nessa dissociação entre as fases do certame, o art. 43, §3º, da Lei de Licitações, disciplina não ser cabível a desistência de proposta após a fase de habilitação, salvo se por justo motivo superveniente.

Nesse sentido, o licitante goza de um direito potestativo de desistência até o momento da habilitação em si, de forma com que, se formulado após essa fase, será juridicamente ineficaz, exceto na hipótese de justificar o pedido por justo motivo de direito de fato superveniente e aceito pela comissão.

Aos olhos de Marçal, a desistência imotivada é incompatível com qualquer modalidade em que se adote a inversão de fases, e isso porque, em tais situações, o procedimento licitatório se inicia com a abertura de propostas, e somente depois os documentos de habilitação são analisados. Assim, iniciadas as atividades licitatórias em sentido estrito, o pedido de desistência não será cabível.<sup>46</sup>

Embora a Lei do Pregão não tenha abordado de forma expressa a questão da desistência, não pode utilizar-se de tal omissão para que os licitantes venham a desistir da proposta feita. Entende-se que, comparecendo o sujeito ao certame, deve honrar com o que foi apresentado.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 20.

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 703.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 705.

<sup>47</sup> CECCATO, Marco Aurélio. *Op.cit.*, p. 20.

Frisa-se apenas que, quando por fato superveniente as desistências forem justas e motivadas, devem ser aceitas pela comissão de licitação, aplicando à cláusula máxima contratual *rebus sic stantibus*.

Com efeito, como a supressão de propostas normalmente acontece em conjunção com alguma outra estratégia, as autoridades competentes devem sempre ficar atentas para indícios que os levem a crer que, de fato, há presença de conluio no certame.

A habitualidade do ilícito facilita tal percepção, por isso a coordenação institucional dos órgãos na identificação de determinadas características é essencial para fiscalização e prevenção dos cartéis, possibilitando a identificação dos conluentes e a persecução dos envolvidos na fraude.

### **2.2.3 Propostas rotativas**

A prática das propostas rotativas, também chamadas de rodízio, consiste em um acordo por meio do qual as empresas conluentes determinam antecipadamente qual será a proposta vencedora, revezando-se de licitação em licitação a alternância de vencedores integrantes do cartel, de modo com que dominem exclusivamente o mercado.

Assim, os cartelistas definem quem irá ser adjudicado no certame e quais os valores a serem pré-determinados para cada uma das empresas, com o escopo de transparecer ainda estarem concorrendo e que nenhum agente de modo isolado é detentor de atuação dominante no mercado.

Todavia, tal prática confere as autoridades de controle fortes indícios da prática do cartel, sobretudo quando se está diante dos mesmos objetos e quando a prática é mal realizada. Uma empresa que oferte “x” para determinado município e após certo período, “2x” sob o mesmo objeto para município diverso, sujeita-se a uma atenção redobrada para a possibilidade de formação de cartel.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 20.

Geralmente a utilização de tal conduta é combinada com a supressão de ofertas no certame licitatório, visto que uma vez que uma das empresas conluentes será fixada como a vencedora, todas as demais formularão propostas que não condizem com as suas reais possibilidades, seja através de uma oferta superestimada ou deixando de atender algum requisito imposto pelo edital.

#### **2.2.4 Fixação de preços**

A fixação de preços pode ser definida quando um acordo firmado entre agentes econômicos de um mesmo mercado tenha por objetivo aumentar ou fixar preços de forma a impedir que os demais concorrentes elaborem uma proposta abaixo de um determinado “preço base”, a fim de que um cartelista específico seja o vencedor do certame.

Em um mercado verdadeiramente idôneo, os valores orçados tendem a ser nivelados em patamares inferiores do que em um mercado cartelizado, tendo em vista que o precípua máximo da formação do cartel é o aumento dos lucros em benefício próprio às custas da máquina pública.

Os participantes adotam medidas para fixar preços de forma com que todas as propostas, exceto uma, sejam desvantajosas para Administração. Tal conduta é possível a partir de uma modulação das propostas ofertadas, no sentido de aumentar arbitrariamente os valores, a partir de uma análise dos preços de mercado, auferindo o maior lucro possível.<sup>49</sup>

Se os integrantes decidem que o custo para certo produto não poderá ser inferior a 70, nenhum dos integrantes estará autorizado a lançar proposta com valor abaixo desse patamar, ainda que o preço usualmente adotado no mercado entre particulares seja a este inferior. Logo, a proposta adjudicada pelo ente público certamente será

---

<sup>49</sup> Marçal Justen Filho dispõe que: “Se a Administração verificar que os preços de mercado são diversos daquele obtidos por meio da licitação, a única solução seria a revogação da licitação (...) A hipótese de que se cogita é a constatação de que os preços de mercado, considerada a questão em termos amplos, são genericamente mais reduzidos que os obtidos na licitação. Daí derivaria a revogação (ou anulação, conforme o fundamento que se invocasse) da licitação e subsequente realização de outra.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 703.

acima de 70, conferindo, diante mão, margem lucrativa ainda maior para a empresa vencedora.

Apesar da pesquisa de preços ser etapa fundamental praticada pela Administração em um processo licitatório, a partir do momento em que o cartel manipula os integrantes para que elaborem preços fictícios, tornando utópico o valor médio da pesquisa de preços, evidente que tal pesquisa perderá o seu referencial, comprometendo a real aferição do que seria um preço inexequível.<sup>50</sup>

Ainda, de acordo com Tereza Cristine Almeida Braga, assessora do Tribunal do CADE<sup>51</sup>:

A identidade de preços não é obrigatória em um cartel, porquanto os conspiradores podem combinam outros tipos de elementos (margens, custos, condições de pagamentos, rateio de mercado, entre outros). Hoje em dia, os cartéis que ainda estão em atividade já perceberam que o alinhamento de preços é bastante arriscado e, por isso, preferem linearizar outros tipos de segredos de negócio. Na realização de busca e apreensão, por exemplo, é possível angariar evidências de combinações entre concorrentes que não se refiram a preços, mas que comprovem o conluio, tais como preços próximos em produtos de distinta qualidade ou procedência, lances com centavos exatamente idênticos e presença de um habilitado que sempre se abstém de apresentar lances. Desse modo, a observância da similaridade dos preços é relevante, mas não é crucial para se declarar a existência de um cartel.

Outra discussão teórica emergente trata da fixação de preços predatórios<sup>52</sup> em contratações públicas, de modo com que um dos integrantes do esquema conluente opte por incorrer em prejuízos, reduzindo exageradamente o valor da sua proposta, objetivando com isso a exclusão do mercado de outro concorrente que não faça parte do cartel.

Entretanto, como bem se sabe, o objetivo destes é a transferência ilegítima de recursos para os seus membros, e na prática, a assunção de tal risco sem a certeza da sua concretude impede que a fixação de preços predatórios em licitações venha

---

<sup>50</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 18.

<sup>51</sup> BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 1, 2015, p. 117.

<sup>52</sup> De acordo com Eduardo Gaban e Juliana Domingues: “A infração antitruste de preços predatórios pode ser entendida como a prática de preços abaixo do custo de produção, por um período significativo de tempo e com o objetivo de excluir rivais do mercado (ou discipliná-los) para que, num segundo momento, as perdas incorridas com a prática possam ser recuperadas por meio da elevação dos preços a níveis supracompetitivos, tal como se a empresa infratora desfrutasse de uma situação de monopólio.” GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 182.

de fato a ocorrer, pelo simples fato de que os danos financeiros sofridos decorrentes de tal conduta não é um comportamento econômico racional. Portanto, tal premissa não passa de uma suposição teórica que muito dificilmente ocorrerá na prática.

## 2.2.5 Subcontratação informal

A subcontratação informal caracteriza-se quando um dos concorrentes não participa ou desiste da sua proposta, com o objetivo de ser subcontratado pelo vencedor da licitação. Logo, a concorrente adjudicada, desde que autorizada pela Administração, contrata outras empresas para o auxílio na execução do serviço a ser prestado. Assim, o vencedor a um preço supra competitivo divide o sobre preço com o subcontratado.<sup>53</sup>

A princípio, a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos não os torna, de imediato, personalíssimos, e isso porque, o princípio da impessoalidade, que rege o Direito Administrativo e em particular o certame licitatório, disciplina que as características pessoais do particular contratado não configuram fator relevante para a contratação. A natureza *intuitu personae* aqui destacada diz respeito apenas ao liame com o licitante que se sagrou vencedor, e não no sentido comum do Direito Civil de um objeto que só pode ser cumprido por uma pessoa.<sup>54</sup>

O que interessa à administração são o recebimento da prestação e a imputação de polo a ser juridicamente responsável, sendo este o fator primordial que limita a possibilidade de subcontratação, conforme o art. 72 da Lei nº 8.666/93<sup>55</sup>. Se fosse possível a ocorrência de subcontratação em hipóteses irrestritas, grande parte das exigências feitas na fase de habilitação não teriam propósito.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – SDE/MJ. **Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**, 2009. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_licitacao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view)> Acesso em: 04/03/2018, p. 10.

<sup>54</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2013, p. 373.

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei 8.666, de 2 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm)> Acesso em 03 jun. 2018.

<sup>56</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 23.

Nesse esteio, a subcontratação deve ser observada como um excursão à regra de fato, sendo cabível em casos complexos ou que demandem grande mão de obra para que sejam realizados em prazos de duração razoáveis.

Seguindo esse raciocínio, a subcontratação em tais casos, pode inclusive ampliar a concorrência, já que quanto maior a complexidade do serviço, menos concorrentes serão aptos a cumpri-lo em sua totalidade, com a ressalva de que seja mantido um núcleo de imputação de responsabilidade.

Portanto, a prática do cartel não é aquela tipificada no art. 72 da Lei supramencionada ou quando for discriminada a possibilidade de subcontratação no edital. O conluio ocorrerá quando houver vedação expressa, isto é, quando apenas uma empresa figurar vínculo com o órgão público, mas outras, que não foram formalmente contratadas, auxiliaram na execução da atividade de modo sorrateiro, às sombras da fiscalização da Administração.

Segundo Ceccato<sup>57</sup>, a subcontratação também é utilizada para permitir o reingresso, no mercado licitatório, de empresas suspensas de licitar ou declaradas inidôneas. De qualquer modo, a subcontratação vedada é antes de ser uma fraude ao caráter competitivo da licitação, uma fraude à execução do próprio contrato administrativo.

Por isso, uma das principais formas de se combater este tipo de prática, é a exigência de atestados de capacidade técnicas precisos, exigindo diretamente da empresa contratada uma comprovação específica de que poderá adimplir em sua integralidade o objeto constante do edital, sem que demande auxílios de terceiros.

### **2.2.5 Formação de consórcios entre concorrentes**

As empresas formadas em regime de consórcio caracterizam-se por uma integração horizontal entre as companhias, estabelecendo uma relação de coordenação de interesses autônomos, conservando cada uma a sua personalidade jurídica própria.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 24.

<sup>58</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 258.

Consoante o artigo 33 da Lei de Licitações, as empresas formadas em consórcios deverão observar as regras fixadas no texto legal, sobretudo no que tange a comprovação do compromisso público, a indicação da empresa responsável a atender às condições de liderança, bem como da apresentação de documentos que se fizerem necessários e da responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados. Cabe à Administração Pública, entretanto, decidir acerca da matéria, vez que determinadas características do certame podem impedir a formação do consórcio, para que não restrinja o objetivo da livre concorrência.

Sua forma de ser e agir, bem como os efeitos práticos advindos, são similares aos dos casos de subcontratação, divergindo-se simploriamente nos tipos de execuções contratuais, vez que os consórcios usualmente tomam sede nas licitações que envolvam obras públicas e projetos de infraestrutura, enquanto que a subcontratação é mais comum nos contratos de prestação de serviço.<sup>59</sup>

Assim, nota-se que o consórcio, em si, é prática respaldada em normas infraconstitucionais<sup>60</sup>, e quando expressos no edital não acarretam qualquer vedação ou qualquer indício formado *ex ante* que promova subsunção de se estar diante da prática de cartéis.

Muito embora, a formação dos consórcios tanto pode incrementar a concorrência, quanto restringi-la. De acordo com Ana Paula Martinez<sup>61</sup> haverá restrição a concorrência quando for possível comprovar que as empresas consorciadas teriam capacidade plena de competir individualmente no certame, ausente o consórcio, com o objetivo de eliminar demais concorrentes.

De modo distinto, a promoção da concorrência ocorrerá quando o consórcio permitir que as empresas que de outra forma não teriam capacidade para participar da

---

<sup>59</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 25

<sup>60</sup> Além do art. 33 da Lei 8.666/93, o art. 278 da Lei 6.404/1976 dispõe que qualquer sociedade poderá constituir consórcio, sem personalidade jurídica, para a execução de determinado empreendimento, através de contrato, respondendo cada uma das empresas responder pelas obrigações assumidas, sem que a solidariedade seja presumida. Todavia, frisa-se, que, a determinação fixada pela Lei de Licitações é norma especial, e no caso da formação do consórcio em licitações, sempre existirá solidariedade, vez que a lei especial prevalece sobre a norma geral.

<sup>61</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 50.

licitação, passem a fazê-lo por meio da combinação de forças. Através do anexo I da Portaria de nº 51/2009<sup>62</sup>, a extinta SDE precedeu de mesmo modo:

Por um lado, o consórcio pode permitir a participação de pequenas empresas em contratações que, se não fosse pela oferta em conjunto, não lhes seria possível participar, por não disporem de recursos financeiros, técnicos ou humanos suficientes se consideradas individualmente. Assim, esse tipo de consórcio permite que um maior número de propostas seja apresentado ao contratante público. Por outro lado, empresas com condições de participarem sozinhas da licitação podem formar consórcios com o objetivo de eliminarem a concorrência entre si, o que possui caráter nitidamente anticoncorrencial.

De toda forma, cabe aos órgãos competentes da defesa da concorrência verificar se as empresas consorciadas teriam condições de exercer a execução do objeto da licitação de forma isolada, bem como atentar-se para outros aspectos relevantes, como balanços contábeis que demonstrem as competências das empresas e sua conduta perante demais órgãos da Administração quando envolvidos em contratações públicas, eis que a prática do consórcio, quando prevista pelo edital, não presume haver qualquer ilícito concorrencial.

O que busca se evitar é que, empresas que possuam condições de sozinhas exercerem o postulado pela contratação pública, formem consórcios visando eliminar ou restringir a concorrência entre si, de forma a exorbitar o valor da oferta, e posteriormente, partilhar entre si os lucros auferidos decorrentes da contratação finalizada com valor desrazoável.

### 2.3 MECANISMOS PREVISTOS DE *ENFORCEMENT*

Um grande destaque a ser apontado após a promulgação da Lei Antitruste seria o fortalecimento da tutela de repressão aos ilícitos concorrências justificadas pela dificuldade em se garantir a condenação dos cartéis pela falta de provas, vez que grande parte destas decorrem de indícios de análise das estruturas do mercado

---

<sup>62</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria SDE Nº. 51, de 03 de julho de 2009**. Expede o guia de análise de denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações e o modelo de declaração de elaboração independente de proposta. DOU em 06.07.2009, Seção 1, Disponível em: <[www.jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf](http://www.jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf)> Acesso em: 05/03/2018, p. 2.

envolvido, avaliando desde a racionalidade econômica do agente até a real dinâmica do mercado.<sup>63</sup>

Para que se chegue no âmbito da condenação na persecução tanto administrativa quanto criminal é preciso juntar evidências suficientes que reúnam provas concretas do delito antitruste. Preços propostos maiores que o valor normal de mercado, padrão de rodízio entre concorrentes vencedores em licitação, supressão de propostas sem motivo aparente, são algumas das formas de se provar combinação de estratégias ilícitas que fraudem a concorrência.

Porém, práticas isoladas não possuem força o suficiente para que se comprove ou não a existência dos cartéis. Neste caso, é preciso de uma soma integrada das autoridades públicas para que se conclua a investigação instaurada tendo em vista que os membros dos cartéis adotam estratégias cada vez mais complexas e sofisticadas, evitando ao máximo deixar evidências ou resquícios da conduta delituosa. Com isso, é possível afirmar que quanto mais aprimorada for a organização do cartel, maiores vão ser as dificuldades para desmantelá-lo.

De toda forma, o fato é que a comprovação do cartel é extremamente difícil, tendo em vista a própria natureza ardilosa do acordo. Via de regra, os agentes tentam esconder toda e qualquer pista da prática, a fim de que as autoridades não tenham sequer conhecimento da existência das mesmas.

Como forma de facilitar a obtenção das provas, a SDE em 2003 passou a realizar operações de busca e apreensão e a celebrar acordos de leniência com o intuito de investigar e combater a prática dos cartéis, assumindo feição cada vez mais importante no contexto antitruste brasileiro.<sup>64</sup>

O acordo de leniência é importante instrumento de detecção dos cartéis *hard core*, os quais ocupam o alvo central das autoridades antitruste. Encoraja-se o participante do cartel a confessar e indicar os demais participantes, oferecer documentos que atestem

---

<sup>63</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 220.

<sup>64</sup> Segundo Aragão: "O ideal é que a autoridade antitruste, seja em relação à regulação strictu sensu ou às licitações, não exerça apenas um papel repressivo, na análise das infrações já consumadas, mas também preventivo, participando da formulação das políticas dos setores regulados." ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. Vol. 6, n.1, **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. São Paulo, IBRAC, 2009. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/RevistadoIBRAC/Revista%2016%20N%C2%BA%201.pdf>> Acesso em: 02 de mar. de 2018, p.34.

reuniões e comunicações clandestinas, ao passo em que em contrapartida receberá, se cooperar efetivamente junto à autoridade, isenções totais ou parciais do exercício da função sancionatória tanto administrativa quanto criminal.

Eduardo Gaban e Juliana Domingues<sup>65</sup> sustentam que o acordo deve ser visto com um elemento adicional à tradição lógica funcional da sanção, a qual caracteriza um incentivo negativo à ação ilícita por parte dos agentes privados.

O Termo de Compromisso de Cessação de Prática, por sua vez, inspirado no *consent decree* dos Estados Unidos, possui previsão no art. 85 da Lei da Concorrência. É definido como o acordo celebrado por força do qual a Administração Pública deixa de prosseguir com a autuação enquanto a negociação estiver sendo realizada, na mesma sequência em que o agente econômico se compromete a findar imediatamente a prática da conduta ilícita<sup>66</sup>. Trata-se de um acordo celebrado entre o réu e a autoridade antitruste que leva a extinção do processo, caso as obrigações pactuadas tenham sido cumpridas.

Quando o TCC é proposto antes dos autos serem encaminhados ao Tribunal do CADE, os beneficiários podem ter uma redução cronológica que varia de 30% a 50% do valor da multa, no caso do primeiro proponente do acordo; de 25% a 40% para os segundos proponentes; e de 25% para demais signatários. Caso o termo seja proposto após o envio dos autos para a autarquia, a contribuição pecuniária devida será calculada incidindo uma redução da multa de até 15%.<sup>67</sup>

Com a formalização do termo, é exigido como pré-requisito o recolhimento de contribuição pecuniária, de acordo com o art 85, §1º da Lei Antitruste e 173 do RICADE, que prevê a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário não inferior as sanções previstas no art. 37 da referida lei.

Ressalte-se que o TCC, ao contrário do acordo de leniência, não gera qualquer imunidade na seara criminal, abrangendo apenas o âmbito administrativo. Não obstante, enquanto as imunidades da leniência só podem ser concedidas a apenas

---

<sup>65</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 320.

<sup>66</sup> FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9 Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 155.

<sup>67</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Termos de Compromisso de Cessação para os casos de cartel**. 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf)> Acesso em: 21 de abril de 2018, p. 9.

um único beneficiário, o termo de compromisso de cessação abrange todos os demais investigados na prática ilícita.<sup>68</sup>

Isto posto, as empresas ou pessoas físicas investigadas por práticas anticoncorrenciais que não se qualificarem para celebrar o Acordo de Leniência podem, a princípio, propor a celebração do TCC com o Cade. Entretanto, aos agentes públicos, cabem atuar com discricionariedade e conveniência na apreciação do acordo quanto a sua própria celebração, não sendo obrigados a aceitar o compromisso de cessação. Sendo assim, é preciso averiguar o caso concreto para a tomada de decisão.

Carlos Ragazzo<sup>69</sup> demonstra que especialmente após 2007, com a promulgação da Lei nº 11.482/2007 que modificou o artigo 54 da Lei nº 8.884/94, retirando o impeditivo de celebração do termo em casos de cartel, houve profunda difusão deste instrumento como forma de encerramento dos processos administrativos no controle de condutas pelo CADE. Entre 1994 e 2007, foram celebrados aproximadamente 10 termos de compromisso, uma média de um a cada 1,3 anos. De 2007 até 2012, foram mais de trinta termos firmados, o que significa uma média de 6 acordos por ano.

Com o advento da Lei 12.529/11 esse número aumentou potencialmente. De 2012 até junho de 2017, 240 termos foram homologados, sendo que destes, 132 foram negociados no Tribunal, e 108 foram negociados pela Superintendência Geral do CADE.<sup>70</sup>

À guisa de uma sistematização fática, estima-se que em 2016, o valor arrecadado a título de contribuições fixadas por meio do TCC tenha alcançado o patamar de R\$ 798,9 milhões, além de um aumento de 510% na quantidade de propostas de acordo de leniência junto ao CADE em relação ao ano anterior. Além disso, destaca-se que em 90% dos casos de leniência negociados neste ano, houve posterior propositura de

---

<sup>68</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Termos de Compromisso de Cessação para os casos de cartel**. 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf)> Acesso em: 21 de abril de 2018, p. 9

<sup>69</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A regulação da concorrência**, 2013. Disponível em: <[http://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20/](http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20/)> Acesso em: 05 de mar. de 2018, p. 10.

<sup>70</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanco de Gestão Superintendência-Geral 2014 a 2017**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>> Acesso em: 21 abr. 2018, p 16.

termos de compromisso de cessação por empresas apontadas como participantes de cartéis.<sup>71</sup>

Deveras, nota-se que, ao promover série de aparatos entre ações preventivas e repressivas com intuito de fazer cessar o ilícito concorrencial, as autoridades antitruste não só põem fim às infrações à ordem econômica, como recuperam ao erário público desvios bilionários de recursos financeiros que presumidamente provocaram extremo impacto lesivo aos interesses públicos primários, sobretudo quando relacionados à fraudes em certames públicos que não só obstruem a eficiência, pessoalidade e moralidade do Estado, tornando-o engessado em detrimento das imposições dos conluentes, como prejudicam todo o mercado concorrencial ao eliminar a entrada de novos *players* no mercado e barrar incentivos às inovações e melhorias no ambiente licitatório.

Logo, o alto valor somado de contribuições pecuniárias negociados em TCCs e Acordos de Leniência, não só diminuem os prejuízos causados, como também viabilizam uma importante função dissuasória, impulsionando a política nacional de combate aos cartéis.

## 2.4 SANÇÕES APLICADAS AOS CARTÉIS

Por ser o cartel um ilícito racional, presume-se que o agente econômico deixará de responder aos incentivos oferecidos pelo conluio na mesma proporção em que a severidade da pena e a probabilidade de detecção forem altas o suficiente para o fazerem mudar de ideia, sendo assim, a Administração Pública com intuito de reprimir esta conduta, tornou-o ilícito criminal, administrativo, e com efeitos na esfera cível, de modo a desestimular a prática de tal delito, tornando a sua manutenção custosa para os envolvidos.

Nesta senda, o desenvolvimento do combate aos cartéis no Brasil procurou estabelecer a imposição de penas e obrigações severas na condenação dos agentes, capazes de desestruturar a pessoa jurídica no seio comercial, conferindo à

---

<sup>71</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanco de Gestão Superintendência-Geral 2014 a 2017**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>> Acesso em: 21 abr. 2018, p. 17.

condenação um caráter pedagógico e orientador para toda a sociedade, de forma a desestabilizar a formação do conluio.

A Lei 12.529/2011 estabeleceu uma série de penalidades a serem aplicadas pelo CADE em razão das infrações previstas no art. 36, repercutindo entre sanções com caráter pecuniário ou penas acessórias. Sobre estas últimas, destacam-se a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas, a inscrição do sujeito infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e a imposição de obrigações de fazer para reverter o dano cometido à ordem econômica.<sup>72</sup>

No que tange às penalidades monetárias, o art. 37, I, da Lei alhures mencionada prevê a multa de 0,1 a 20% do valor do faturamento da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo no ramo de atividade em que ocorreu a infração, com valor nunca inferior à vantagem auferida quando for possível a estimação.

Para aquelas empresas ou demais pessoas jurídicas de direito público ou privado, que não exerçam atividade empresarial, como associações e sindicatos, por exemplo, há imposição de multa cujo valor exprime-se entre R\$ 50 mil e R\$ 2 bilhões. Além do mais, ao administrador direto ou indireto que for responsável pelo ato ilícito, seja por culpa ou dolo, há aplicação da incidência de 1% a 20% da multa arbitrada àquela entidade a que esteja vinculada.<sup>73</sup>

Malgrado não exista fórmula econometricamente perfeita para a aplicação de multas, estas devem ser formuladas de modo a desencorajar as empresas de participarem da estrutura organizacional do cartel, levando em conta não só fatores econômicos, mas também psicológicos, resultando em desejáveis efeitos dissuasórios de determinadas políticas.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 238.

<sup>73</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 150.

<sup>74</sup> WILS, Wouter P.J *apud* CHIQUITO, Flávia dos Santos. **Aplicação de penas na repressão à cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/pt-br.php>> Acesso em: 09 mar. 2018, p. 40.

Assim, algumas agravantes devem ser observadas no momento da condenação, destacando-se o exercício do papel do líder na coordenação do conluio, hipóteses de reincidência e continuidade delitiva, a gravidade da infração, o status econômico do infrator e o período de duração do cartel. Além disso, o Tribunal do CADE tende também a observar o número de licitações que foram fraudadas para adequação da penalidade pecuniária.<sup>75</sup>

Observa-se ainda que o cartel, além de infração administrativa, também é ilícito criminal, tipificado no art. 4º, II, da Lei 8.137/1990, cuja pena prevista aos indivíduos envolvidos no conluio pode variar entre dois a cinco anos de reclusão, além da aplicação de multas.

Muito embora, para Ana Paula Martinez<sup>76</sup>, na Lei 8.666/93 há três tipos penais que comportam a prática dos cartéis: o ato de frustrar ou fraudar, mediante ajuste ou combinação, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter vantagens de cunho pessoal e ilícito<sup>77</sup>; afastar ou excluir licitante, através de violência, grave ameaça ou vantagem de qualquer tipo<sup>78</sup>; e, por fim, fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição de venda de bens ou mercadorias, através da elevação arbitrária de preços ou tornando, por qualquer forma, injusta ou mais onerosa a proposta para execução do contrato.<sup>79</sup>

Na opinião de Martinez, a primeira tipificação seria direcionada para as infrações em licitações de modo geral; a segunda, para crimes formais de mera conduta comportando a tentativa, e a última para crimes materiais, com a descrição da conduta e o seu respectivo resultado, sem que haja previsão de dolo. Para além disso, em

---

<sup>75</sup> ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Onze lições extraídas dos julgados do CADE em casos de supostos cartéis em licitação. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017, p. 251.

<sup>76</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 147

<sup>77</sup> **Art. 90.** Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

<sup>78</sup> **Art. 95.** Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

<sup>79</sup> **Art. 96.** Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - Elevando arbitrariamente os preços; V - Tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

havendo conflito aparente de normas entre a lei 8.666/93 e a lei 8.137/90<sup>80</sup>, que disciplina os crimes contra à ordem econômica e tributária, com base nos princípios da especialidade e consunção, aplica-se a Lei de Licitações para certames públicos, e a lei 8.137/90 para crimes de fraudes e licitações privadas, apesar de não haver nenhuma decisão do Tribunal do Cade ou judicial que discutam sobre isso.<sup>81</sup>

Eduardo Gaban e Juliana Domingues<sup>82</sup> destacam que há orientação por parte da Superintendência Geral do CADE aos Ministérios Públicos para que no oferecimento das denúncias criminais, haja propositura de concurso material da formação de cartel com a formação de quadrilha, por exemplo, tipificada no art. 288 do Código Penal ou a cumulação com o crime de fraude a licitações, viabilizando de tal forma aplicação de penas máximas maiores aos acusados.

Pontue-se ainda que, dentre as mudanças promovidas pela Lei 12.529/11, houve a alteração da força penal do crime de cartel, eis que não é mais permitido a suspensão condicional do processo, e, por conseguinte, a pena restritiva de liberdade não poderá ser substituída por multa, haja vista que esta última passou de penalidade alternativa para cumulativa.

Nesse diapasão, as probabilidades de encarceramento como resultado do ilícito aumentaram consideravelmente, tornando custosa a continuidade da conduta, dado que os ganhos esperados com o cartel diminuem, ao mesmo tempo em que aumentam a chance dos infratores em sofrerem severas punições caso a atividade venha a ser detectada.

Sendo assim, têm-se que tal mudança prática impulsionou o efeito dissuasório na reação dos cartelistas acerca da manutenção do conluio, que deverão sobejar os proveitos obtidos decorrentes da infração com as sanções que terão que enfrentar ao sofrerem repressão pelas autoridades concorrenciais.

No que tange o leque de atores que podem ser considerados infratores, o art. 31 da Lei Antitruste define que se aplica a toda e qualquer pessoa jurídica ou física, de direito

---

<sup>80</sup> BRASIL. **Lei 8.137/90, de 27 de setembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF, 27 set. 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm)> Acesso em 03 jun. 2018.

<sup>81</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a carteis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 152.

<sup>82</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 240.

público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, ainda que de forma temporária, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerça regime de monopólio.

A responsabilização pode ser solidária entre o agente econômico, seus dirigentes e administradores, desde que comprovado o dolo ou culpa, abrangendo inclusive demais sociedades empresárias pertencentes ao mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, que integram o ato delitivo.

Percebe-se assim, a crescente preocupação com esse comportamento desleal à concorrência, sobretudo no tocante a licitação, eis que não apenas a base constitucional legislativa do certame é infringida, pela violação tanto dos princípios basilares da Administração Pública, como também pela ilicitude decorrente do enquadramento típico em diversos dispositivos que tratam de infrações e abusos ao poder econômico.

Nesse esteio, a pena aplicável aos conluentes deverá guardar estrito nexo de causalidade com a conduta praticada, de maneira que o sistema de repressão e prevenção às infrações à ordem econômica garanta que a manutenção das práticas ilegais seja demasiadamente custosa ao infrator e assim consiga dissuadi-lo de começar ou continuar a praticar o ato ilícito.

Ademais, levando em consideração que o cartel é um ilícito racional e que todas as ações são detalhadamente repensadas pelos participantes, as autoridades antitruste devem utilizar-se da mesma racionalidade para desestabilizarem o conluio, gerando um ambiente rigoroso para aqueles que serão condenados pela prática.

### 3 PECULIARIDADES E JUSTIFICATIVAS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Não é novidade que a autoridade brasileira possui profundas dificuldades em condenações no que tange os cartéis em licitação, e isso ocorre tanto pelos óbices encontrados na instrução de tais casos como pela ausência de ciência da ilicitude da prática pelos órgãos licitantes.

A natureza cada vez mais complexa das estruturas das pessoas jurídicas, tornou com que a atividade de investigação das condutas anticompetitivas se tornasse cada vez mais penosa, sobretudo ao identificar os fatos e responsáveis pelos atos ilícitos.<sup>83</sup>

O ex conselheiro do CADE, professor João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>84</sup> aponta, precisamente, que o Estado, para atingir seus objetivos promocionais, levando os indivíduos a pactuarem com os programas por ele propostos, vale-se por meio da imposição de sanções premiais para garantir o cumprimento da lei. De tal modo, aqueles agentes que aderem aos objetivos estabelecidos, serão contemplados com concessões, benefícios e imunidades.

Bobbio<sup>85</sup>, em seu estudo da “função promocional do direito” ressalta que com a incorporação do Estado dirigista, buscou-se dar um novo significado ao que se chama de sanções positivas. Ou seja, o Estado assistencial contemporâneo abriu mão da sua função tradicional puramente protetora e repressiva, para reformular o direito enquanto instrumento regulador da sociedade, tendendo a estimular atos inovadores, incorporando em si uma função promocional que dá vida a uma série de estímulos e propulsões de atos considerados socialmente úteis.

Nesta quadra, no momento em que o Direito deixa de ser um conjunto de regras sancionadoras negativas para se tornar um complexo de regras promocionais de certos comportamentos, ele passa a assumir uma feição transformadora na sociedade. Logo, a possibilidade de encerrar uma discussão que levaria anos no

---

<sup>83</sup> AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. *In*: SOUZA, Jorge Munhos e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 240.

<sup>84</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 283.

<sup>85</sup> BOBBIO, Norberto *apud* FURLAN, Fernando de Magalhães. Negociações de acordos como garantia da função promocional do direito e do princípio da livre concorrência. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor Cordovil (Coords.). **Direito Econômico Concorrencial – Série GVLAW**. 1 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 327.

Poder Judiciário ou que poderia nunca ser sequer instaurada, faz com que os acordos provenientes do direito consensual, sejam celebrados por intermédio de uma relação horizontal, sem que a Administração abra mão do jus *puniendi*, além de promover o integral cumprimento do que foi pactuado pelo infrator, sob pena de perder todos os benefícios que lhes seriam concedidos.<sup>86</sup>

Considerando as características intrínsecas dos cartéis, diversos países começaram a explorar possibilidades de assunção de culpa em troca de um tratamento mais benevolente aos delatores. A partir de tal ponto de partida, começou a ser desenvolvido o conceito de leniência e de colaboração premiada.

Para Ana Paula Martinez, o acordo de leniência seria espécie derivada do gênero “delação premiada”, que por sua vez, abrange todo instituto que garanta benefícios para aquele que espontaneamente coopere eficazmente com a investigação.<sup>87</sup>

Neste mesmo sentido, esclarece Marcelo Batlouni Mendroni<sup>88</sup>, que as expressões “leniência” e “delação premiada” guardam entre si uma relação de causa e efeito, tratando, portanto, de duas faces de uma mesma moeda. Ambos fazem parte do mesmo instituto que genericamente pode ser tratado como “colaboração premiada”.

Na delação premiada, é estabelecido um negócio jurídico envolvendo obrigações mútuas entre o acusado e o Estado, em que a parte acusada declara vontade de cooperar com a persecução penal, com o propósito de desviar-se da ação punitiva, ou suavizar a resposta sancionatória, ao passo em que o Estado receberá do delator provas e elementos robustos capaz de influenciar na condenação dos demais infratores.

Anna Lamy, se referindo à Lei 12.529/11, assenta que a leniência, sendo espécie, e concretizada a partir de regime jurídico específico na legislação concorrencial, possui como principal diferença em relação a delação premiada a autoridade legitimada à

---

<sup>86</sup> ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo – Universidade de São Paulo**, vol. 4, n.1, 2017. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090/122698>> Acesso em: 07 de mar. de 2018, p. 191.

<sup>87</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 260.

<sup>88</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 135.

celebração, vez que na leniência o agente competente é o Ministério da Justiça e não o Ministério Público.<sup>89</sup>

Destarte, muito embora assemelhe-se ao regime proposto no direito penal, o programa de leniência produz efeitos singulares na esfera de responsabilização, que vão desde à extinção da ação punitiva da Administração Pública, até a suspensão do curso do prazo prescricional no oferecimento da denúncia, no que tangem os crimes contra a ordem econômica e os que são a estes coligados.

Em uma acepção etimológica, a palavra leniência significa tolerância, brandura ou indulgência, que no ordenamento jurídico pátrio compreende o abrandamento da punição a ser imposta pelo Estado, diante da cooperação que em contrapartida, diminui-lhe a severidade das penas impostas pelo ilícito então praticado.<sup>90</sup>

Por ser assim, o sujeito leniente não é aquele que tomou parte em uma infração à ordem econômica, mas sim o Estado, que abre mão da integralidade do seu poder punitivo em relação ao primeiro signatário do acordo, para que se alcance a condenação dos demais envolvidos na conduta, garantindo tratamento brando àquele que decide pôr fim ao ilícito e delatar a prática.<sup>91</sup>

Na dicção de Modesto Carvalhosa<sup>92</sup>, o acordo consiste em uma promessa espontânea pactuada de diminuição das penalidades vinculada a uma condição resolutiva de resultado, de forma que somente se cumpre e se perfaz a promessa de benefícios, na medida em que das informações e dos documentos fornecidos pelo sujeito proponente, resultar efetivamente em uma ampliação condenatória das pessoas componentes do conluio, sejam estas pessoas jurídicas, agentes públicos ou ambos.

---

<sup>89</sup> LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O acordo de leniência e sua (in)compatibilidade com o devido processo legal substantivo**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2014, Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/129626/327605.pdf?sequence=1>> Acesso em: 03 abr. 2018, p. 67.

<sup>90</sup> ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo – Universidade de São Paulo**, vol. 4, n.1, 2017. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090/122698>> Acesso em: 07 mar. 2018, p. 180.

<sup>91</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 28.

<sup>92</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 Ed, 2015, p. 371

Carolina Barros Fidalgo e Rafaela Coutinho Canetti<sup>93</sup> salientam que, o programa se fundamenta em uma relação de custo-benefício entre a aplicação de sanções e a viabilização da persecução no âmbito criminal e administrativo, servindo como um instrumento alternativo à sanção tradicional, além de veículo de produção probatória, que em consequência das informações disponibilizadas, possibilita investigações e diligências em busca de provas que as endossem.

De tal forma, o acordo, se bem aplicado, é apto a concretizar o fim máximo da pacificação das relações sociais, uma vez que em um Estado Democrático de Direito, não se aplica uma penalidade como um fim em si mesmo, mas por ela constituir o meio mais eficiente, pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, em garantir o reequilíbrio gerado pelo descumprimento de um dever legal.

No direito da concorrência, o instituto da leniência justifica-se pelas dificuldades operacionais das autoridades concorrenciais, as complexidades das práticas ilícitas e as dificuldades em prova-las, bem como nos efeitos benéficos do programa para a função repressiva e preventiva geral, tornando o processo investigativo muito mais célere e eficiente ao colher provas robustas que materializam a conduta ilícita.

De logo, o programa demonstra ser compatível com o princípio da supremacia do interesse público e da efetividade da ação pública, trazendo ao conhecimento das autoridades competentes, informações que de outra forma, não seriam obtidas, principalmente em razão do caráter fraudulento e sigiloso dos cartéis.<sup>94</sup>

Desde o primeiro acordo de leniência, celebrado em 09/10/2003, no caso do Cartel dos Vigilantes no Rio Grande do Sul<sup>95</sup>, foram firmados mais de 100 acordos desse tipo<sup>96</sup>, sendo a maior parte destes após a promulgação da Lei 12.529/2011, atribuindo

---

<sup>93</sup> FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 255.

<sup>94</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Vol. 2, 2015, p. 518.

<sup>95</sup> BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10**. Processado: Asservigs - Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul. Conselheiro Relator: Abraham Benzaquen Sicsú, Data de julgamento: 21/09/2007. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3T17Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9WHkC5hFBzPeC-0FLpFExoICQ4Xv4LupHk2xoSXA3qfvmXHnxGQTNaJdF7dMStZr0s58Gfno6aCkoAlsxzDx9R](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3T17Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9WHkC5hFBzPeC-0FLpFExoICQ4Xv4LupHk2xoSXA3qfvmXHnxGQTNaJdF7dMStZr0s58Gfno6aCkoAlsxzDx9R). Acesso em: 03 de jun. de 2018.

<sup>96</sup> ANDRADE, Diogo Thompson de. A Lei 12.529/2011 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. 1. Ed. São Paulo: Editora Singular, 2015, p. 271-286.

a tal fato o incremento na política de transparência por intermédio de guias e resoluções transmitidas pelo CADE que orientam e auxiliam na detecção e prevenção de atividades ilícitas<sup>97</sup>.

Nesta quadra, percebe-se, portanto, que o programa de leniência, pautado pelos três consectários lógicos da detecção, persecução e condenação, deve ser visto como sólido e regido instrumento que permite ao membro da conduta ilícita cessar a infração e cooperar com as autoridades, garantindo a condenação de demais conluentes e a recuperação de prejuízos financeiros causados ao erário público, reestabelecendo de tal forma, o princípio da livre concorrência.

### 3.1 EXPERIÊNCIA DA INSTITUIÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS

A política antitruste estadunidense pauta-se em três princípios básicos: sanções severas, alta probabilidade de detecção e transparência.<sup>98</sup> A primeira legislação concorrencial surgiu em 1890, com a edição do “Sherman Antitruste Act”, sendo a mais antiga lei federal dos Estados Unidos, cujo objetivo consistia em punir monopólios industriais e os grandes conglomerados que dirigiam o país.

O escopo da norma justificava-se pelo argumento de que os cartéis seriam os responsáveis diretos pela elevação das tarifas e por danos à concorrência. De tal modo, a experiência estadunidense não ortodoxa para solucionar crimes, partindo da ideia de concessão de benefícios em troca de informações, à exemplo do *whistle-blowers* e *plea bargaining*, em que os criminosos assumem a culpa pelo ilícito em troca de proteção oferecidas pelo governo, deu ponto de partida para o instituto da leniência.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei nº 12.529/11: A defesa da concorrência avança no Brasil. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017, p. 45-47.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; BRAGA, Marcelo José; PINHA, Lucas Campelo. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 4, n.1, 2016, p. 137.

O primeiro programa de leniência norte americano apenas veio a ser criado em 1978 pelo Departamento de Justiça dos EUA, permitindo que a empresa envolvida na prática do cartel, antes do início de qualquer investigação, confessasse a prática, recebendo em contrapartida imunidade no âmbito criminal ao passo em que colaborava com os órgãos habilitados.<sup>100</sup>

Todavia, somente em 1993 o programa ganhou mais aceitação, e isto devido à adoção de anistia automática acompanhada pela taxatividade dos requisitos de adesão. Anteriormente, o instituto deixava grande margem de discricionariedade para o ato de concessão do perdão, vez que, o ente público, de acordo com as provas fornecidas, poderia ou não optar pela imunidade, levando, conseqüentemente, a uma baixa procura pela tentativa do acordo.

A criação do “*Amnesty Program*”, com o slogan sintetizado em “*making companies an offer they shouldn’t refuse*”<sup>101</sup>, estendeu as oportunidades do acordo e aumentou os benefícios as empresas signatárias, concedendo imunidade total ao primeiro delator, ampliando em pouco tempo depois a possibilidade de celebração do programa às pessoas físicas, desde que não fossem os líderes responsáveis pelo cartel.<sup>102</sup>

Desde então, o Programa de Leniência dos EUA passou a ser considerado como o mais eficaz instrumento no combate aos cartéis. De 1997 a 2008 foram aplicadas multas por práticas anticompetitivas aos infratores que somadas equivaliam ao montante de mais de U\$ 3 bilhões, sendo que mais de 90% desse total devem-se as informações obtidas através do programa de leniência.<sup>103</sup>

Na investigação do cartel de vitaminas, por exemplo, a cooperação de um dos cartelistas que firmou o acordo e conduziu as autoridades diretamente aos culpados em troca de imunidade, culminou com a sanção pecuniária fixada em mais de US\$ 700 milhões contra outras duas empresas envolvidas na infração, além de possibilitar a prisão das pessoas físicas participantes do conluio. Neste caso, as nove maiores empresas do segmento dividiram o mercado de atuação durante toda a década de 90,

---

<sup>100</sup> ROSAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, Ano 96, Vol. 862, 2007, p. 24.

<sup>101</sup> Tradução livre: “propor às empresas uma oferta que não deveriam recusar”.

<sup>102</sup> GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU - Pós-graduação em Direito Público – UnB, 2010, p. 205.

<sup>103</sup> SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO – SDE. **Cartilha de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_sindicatos.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/view)> Acesso em: 09 mar. 2018, p. 5.

ocasionando em extremas perdas econômicas a diversos países, inclusive o Brasil. Na oportunidade, após a investigação da SDE, o Tribunal Antitruste puniu três integrantes do cartel, aplicando a multa de R\$ 15 milhões por terem restringido a oferta e aumentado exponencialmente os preços durante o período em que produziram resultados anticompetitivos.<sup>104 105</sup>

Deveras, o acordo de leniência se mostrou como instrumento apto a oferecer celeridade na tramitação dos processos, além de reduzir os custos da investigação, contribuindo diretamente para a punição dos demais infratores, uma vez que o beneficiário é obrigado por lei a cooperar com as autoridades na investigação. A amalgama de todos esses benefícios resultou em um processo de globalização do programa, que passou a ter previsão legal em vários ordenamentos jurídicos internacionais.

### 3.2 PROPOSTA DE LENIÊNCIA NO BRASIL

Pode-se afirmar que o acordo de leniência previsto pela lei antitruste é o instrumento de transação mais consolidado no plano nacional. A matéria foi introduzida pela Lei 10.149/2000 com inserção do art. 35-B e 35-C, que alterou o panorama antes previsto pela antiga lei de defesa da concorrência, autorizando a Secretaria de Direito Econômico a celebrar o acordo com pessoas jurídicas ou físicas, com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas aplicadas aos cartéis. Desde então, com a firmação do primeiro acordo em 2003, a persecução aos cartéis se tornou prioridade.

Com a extinção da SDE, a competência para celebrar os acordos passou a ser da Superintendência-Geral do CADE, regida atualmente pela Lei 12.529/11, por meio dos artigos 86 e 87, que incorporaram série de mudanças institucionais, destacando-se o fim do impedimento para que o líder do cartel seja o proponente do acordo e a explicitação dos efeitos no âmbito penal.

---

<sup>104</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 321.

<sup>105</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Combate a cartéis e programa de leniência**. 3. Ed., 2009, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_leniencia.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf)> Acesso em: 29 abr. 2018, p. 08.

O programa de leniência brasileiro, à primeira vista, pode ser visto meramente como um pacto firmado entre duas partes, um contrato de “compra e venda”, onde um dos lados compromete-se obrigatoriamente a ceder evidências de forma a facilitar a persecução e condenação de todos os envolvidos no ilícito, ao passo em que a parte adversa garante imunidades e isenções automáticas, cabendo apenas verificar se o infrator cumpriu integralmente com as obrigações pactuadas até o fim do processo.

Todavia, a análise do acordo perpassa por esse viés simplista, visto que o instituto altera todo um mecanismo de incentivo à formação de cartéis e à estabilidade dos mesmos. Assim, a leniência possui dois precípuos objetivos: prevenir a formação de novos cartéis e desestabilizar os já existentes.<sup>106</sup>

E isto porque a inteligência do programa torna possível transfigurar o sistema de motivações dos agentes econômicos em setores cartelizados, gerando instabilidade interna à conduta coordenada, o que motiva a restrição da racionalidade dos cartéis, especialmente pelo fato de que a leniência privilegia uma ordem de chegada, onde apenas o primeiro noticiante da existência da prática ilícita se qualifica para o programa em prejuízo dos demais membros.<sup>107</sup>

Ana Paula Martinez<sup>108</sup> disciplina que a instituição do acordo demonstrou ser fundamental na detecção dos cartéis clássicos, vez que se cria um ambiente de insegurança e instabilidade na manutenção da conduta, dado que a qualquer momento qualquer integrante da prática pode vir a delatar demais participantes às autoridades com o intuito de desfrutar, sozinho, de benefícios e imunidades à ele garantidos, promovendo uma relação de desconfiança entre os envolvidos do conluio, capaz de quebrar o elo de “solidariedade” do pacto ilícito firmado.

Outrossim, a Lei de Defesa da Concorrência separa a leniência em três subespécies, quais sejam: a prévia ao processo, a concomitante e a leniência *plus*. Em todas as categorias são definidos benefícios que garantem ao colaborador redução da sanção

---

<sup>106</sup> OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; BRAGA, Marcelo José; PINHA, Lucas Campelo. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 4, n.1, 2016, p. 139.

<sup>107</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Memorando de entendimento nº. 1/2016**. Relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp\\_tcc-e-acordos-de-colaboracao\\_15-03-2016.pdf](http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf)>. Acesso em: 10/03/2018, p. 2.

<sup>108</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 260-262.

administrativa em comparação a todos os outros condenados, e ampliação das hipóteses de benesses penais. De toda forma, compete concentradamente ao CADE a celebração unificada de tais acordos, facilitando o funcionamento do programa e promovendo certa coerência aos pactos firmados.<sup>109</sup>

Em recente encontro promovido pela OECD sobre programas de leniência na América Latina, Amanda Athayde Linhares Martins e Andressa Lins Fidelis<sup>110</sup> destacaram que em razão da crescente consciência nacional com a política de combate aos cartéis e a cooperação cada vez mais próxima com a promotoria durante o curso da investigação, a persecução aos conluíus transformou-se em prática recorrente na realidade brasileira.

Em 2015, por exemplo, 22 casos de cartéis foram julgados, contra uma base histórica de quatro casos por ano. Até março de 2018, 19 casos resultantes do programa de leniência foram julgados pelo CADE, e todos eles foram condenados, ultrapassando a base de apenas um caso por ano, que perdurou até 2015, passando para seis casos por ano, tanto em 2016, como em 2017.<sup>111</sup>

Neste sentido, o programa de leniência constitui-se no Brasil como um dos principais pilares da defesa da concorrência, cerceando a fragilidade inerente aos cartéis, e promovendo importante corrida pela delação na conquista de prêmios, que apenas serão ofertados a aquele infrator que for mais ágil na busca pela imunidade ofertada.

### 3.2.1 Quanto aos requisitos necessários

Conforme disposto no capítulo VII da Lei 12.529, o programa de leniência brasileiro dirige-se a prevenção e repressão de infrações à ordem econômica e requer cooperação integral com as autoridades de controle, devendo o possível agente

---

<sup>109</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Vol. 2, 2015, p. 518.

<sup>110</sup> MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FIDELIS, Andressa Lin. **Leniency programme in Brazil – Recent experiences and lessons learned**. 14th Latin American and Caribbean Competition Forum 12-13 April, 2016, Mexico City, Mexico. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/2016\\_ocde\\_leniency-in-brazil.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/2016_ocde_leniency-in-brazil.pdf/view)> Acesso em: 11 de mar. de 2018, p. 3.

<sup>111</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Programa de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 01.

beneficiário identificar demais envolvidos e apresentar provas robustas inequívocas que evidenciem o conteúdo da delação, possuindo o dever, além de tudo, de auxiliar os órgãos de investigação sempre que for solicitado.

Ato contínuo, para a propositura e posterior celebração de um Acordo é preciso que o proponente cumpra cumulativamente os requisitos elencados no art. 86 da Lei 12.529/11<sup>112</sup> e no art. 238 do RICADE<sup>113</sup>. Deveras, apenas alcançará os benefícios concedidos pelo programa se satisfizer todas as obrigações que lhes são impostas. Dentre estas destacam-se a necessidade de confessar e cessar a prática da infração noticiada, a cooperação plena e integral com a investigação e posteriormente com o processo administrativo, e que, por fim, desta colaboração mútua, resulte a identificação dos coautores do cartel e a obtenção de informações e documentos que corroborem com a delação.

Frisa-se ainda que, caso a Superintendência não detenha qualquer prova acerca do ato delitivo, as benesses e imunidades serão integrais, ao passo que se já houver investigação em curso, as consequências da celebração do Acordo implicarão na redução de um a dois terços da penalidade aplicável.

A confissão da prática pode ser feita tanto oralmente quanto por escrito, desde que contenha clausula expressa referente à confissão de participação no ilícito. Ainda, de acordo com os ditames do art. 86, §4º da Lei da Concorrência, as imunidades conferidas pelo acordo não se sujeitam à aprovação do CADE, dispensando a discricionariedade do julgador na aplicação dos benefícios, e garantindo maior segurança aos proponentes, apesar de depender da cooperação plena e permanente do signatário durante a investigação.

Em tais casos, compete ao Tribunal, quando do julgamento do processo administrativo, decretar a extinção da ação punitiva, quando o infrator denunciar

---

<sup>112</sup> BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Vigência Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 10, nov, 2011. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)> Acesso em 02 jun. 2018.

<sup>113</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Brasília, DF, 12 mar. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAECONMICAVersopsemenda2.pdf>. Acesso em 02 jun. 2018, p. 61.

espontaneamente o conluio perante a Superintendência-Geral, sem que esse órgão tenha prévio conhecimento sobre a infração ou conceder a isenção parcial, considerando na graduação da pena, a efetividade da colaboração e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo.

Ressalte-se ainda que, na hipótese de o proponente ser pessoa jurídica, os benefícios podem ser estendidos aos seus dirigentes, administradores e empregados, atuais ou passados, bem como as empresas do mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, envolvidas na infração, desde que estas se obriguem a colaborar efetivamente com as investigações e firmem a proposta em conjunto com a empresa signatária.<sup>114</sup>

Todavia, em se tratando de pessoa física que venha a celebrar o acordo sem a participação da pessoa jurídica, os benefícios se limitarão apenas a este primeiro, vez que um dos grandes objetivos da leniência é desestabilizar os carteis, de modo que qualquer integrante do conluio, sejam empresas ou indivíduos a esta pertencentes, sejam incentivados em denunciar a prática anticompetitivas, de modo a cessar o ilícito.<sup>115</sup>

Os agentes econômicos infratores que não se qualifiquem para celebrar o acordo de leniência podem, a princípio, propor a celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, acessível a todos os demais investigados no conluio. Os compromissários obrigam-se a cooperar com a investigação, sujeitando-se a uma contribuição pecuniária nunca inferior à multa mínima aplicada por lei, que poderá ser reduzida conforme a ordem pela qual os investigados propõem a celebração do termo, visando incentivar uma disputa pelos melhores descontos, evitando o atraso na conclusão do processo e instigando os envolvidos a apresentarem suas propostas logo no início da instauração processual.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08/03/2018, p. 15.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>116</sup> DONAS, Frederico; CELIDONIO NETO, Lauro; MACHADO, Michelle. Cinco anos de persecução de cartéis sob a nova lei de defesa da concorrência: como mudanças na regulação concorrencial balancearam a matriz de decisões a favor de soluções cooperativas. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017, p. 233.

Outrossim, não é todo e qualquer documento que servirá para comprovar o acordo, e nem toda cooperação que será digna de receber os benefícios em contrapartida. O proponente deverá cessar de imediato a conduta ilícita, oferecer todos os meios de prova que estiverem ao seu alcance, e que sejam estes hábeis o suficiente para corroborar com tudo o que afirmar perante as autoridades.

Cumpra a Superintendência Geral do CADE e ao Ministério Público elaborarem parecer, emitindo opinião acerca da colaboração do agente beneficiário, de forma a verificarem com o maior cuidado possível se, de fato, a delação induz em veracidade e é instrumento capaz de condenar os demais envolvidos no cartel. De nada adiantaria a eventual celebração da leniência se as informações trazidas pelo possível beneficiário fossem duvidosas ou insuficientes para garantir a persecução aos outros conluentes e de tal forma, possibilitar a extinção da conduta ilícita.

Inclusive, caso o agente volte atrás no decorrer da instauração do procedimento, e pare de colaborar ou comparecer sempre que solicitado, a relação obrigacional deverá ser extinta e o beneficiário perderá a oportunidade de obter quaisquer dos benefícios que a este estavam suscetíveis.

De tal modo, quanto mais claros os requisitos para celebração do acordo, mais propostas surgirão, visto que, a clareza dos requisitos e efeitos é fundamental para garantir a atratividade do acordo, permitindo que mais candidatos se sujeitem ao programa.

Nesse passo, a determinação da cooperação dos proponentes da leniência perante à Administração garante maior celeridade aos procedimentos, bem como um menor custo investigativo, haja vista que a maior parte dos documentos *probandi* partirão do próprio infrator, que disponibilizará tudo aquilo que considerar essencial de forma a garantir os benefícios que lhes são cabíveis antes que outro comparsa seu assim o faça.

### **3.2.2 Procedimentos para celebração do acordo**

O programa de leniência brasileiro é realizado em três fases, a saber: o pedido de senha, a fase de apresentação de informações e documentos que comprovem a

infração noticiada ou sob investigação, e a fase de formalização do acordo. De acordo com o art. 204 do RICADE, a partir do momento da apresentação da proposta, as negociações do acordo possuem um prazo inicial de seis meses para serem finalizadas, podendo ser prorrogadas por igual período, não ultrapassando o prazo final de um ano.

A fase do pedido de senha ou *marker*, é o ato em que o proponente do acordo entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade, com intuito de comunicar o interesse em propor o acordo de leniência, garantindo que seja o primeiro agente em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial a propor o acordo. O delator deverá qualificar-se perante as autoridades, bem como identificar todos os outros autores conhecidos, os produtos ou serviços, a área geográfica afetada, além da duração da prática colusiva.

Em contrapartida, o primeiro proponente receberá uma declaração do CADE, designada de “*Termo Marker*”, atestando o preenchimento dos requisitos elencados na legislação e providenciando demais diligências que se fizerem necessárias. A Superintendência celebra apenas um acordo por infração, assim, todos os infratores estão em uma corrida para ser o primeiro a pleitear os benefícios do programa.<sup>117</sup>

Caso o proponente não seja o primeiro a comparecer perante a Superintendência-Geral ou porventura, não haja mais disponibilidade para a propositura do acordo, seja pela desistência do delator ou pela rejeição da proposta pelo CADE, os demais interessados ingressarão em uma fila de espera para eventual proposição de acordo sobre a mesma infração noticiada. Logo, o próximo proponente da fila será convidado a negociar um novo acordo ou poderão ter seus pedidos de senha automaticamente convertidos em uma transação para o Termo de Compromisso de Cessação.<sup>118</sup>

Nota-se ainda que, de acordo com o art. 86, §10º da Lei 12.529/11, caso o acordo não venha a ser firmado, tal fato não implicará em confissão do delator, e todos os documentos serão devolvidos, não sendo permitido ao CADE compartilhar ou fazer uso dessas informações para nenhum fim, inclusive investigatório, salvo na hipótese

---

<sup>117</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08 de mar. de 2018, p. 25.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 27.

de serem voluntariamente apresentadas em sede de eventual TCC.<sup>119</sup> Apesar de que, é possível a instauração de procedimento investigativo sob a mesma conduta tomando por base indícios ou provas autônomas que cheguem ao conhecimento do CADE por outros meios, que podem ser corroborados a partir de busca e apreensões expedidas nas sedes das empresas investigadas.

Com isso, têm-se que a distribuição de *markers* promove verdadeira corrida à delação, haja vista que apenas o primeiro, e mais rápido, conluente que se apresentar e revelar o funcionamento interno do cartel, conseguirá ter acesso a todos os benefícios proporcionados pelo CADE.

Em seguida, procede-se a fase de apresentação de informações e documentos que comprovem a infração noticiada, podendo ser realizada tanto oralmente como por escrito, devendo o proponente apresentar o detalhamento da infração contidas no ponto inicial do acordo, bem como demais documentos a respeito da prática denunciada, destacando-se troca de e-mails entre os concorrentes que relatam os ajustes ilícitos, troca de correspondência entre pessoas da mesma empresa, agendas e anotações manuscritas, gravações, tabelas e planilhas, comprovante de reuniões, editais e atas de julgamento de certames licitatórios, dentre outros.<sup>120</sup>

Por fim, a última fase consiste na formalização do acordo de leniência, iniciando-se também o contato com o Ministério Público, participando como agente interveniente, a fim de conferir maior segurança jurídica aos signatários e facilitando a investigação criminal do cartel perante demais infratores delatados.<sup>121</sup>

Se a proposta cumprir devidamente com os requisitos impostos para celebração do acordo, não resta discricionariedade de ação do CADE. No entanto, caso o acordo seja descumprido, a Administração Pública estará vinculada a negar a proposta, e os efeitos da confissão não serão afastados, bem como os documentos apresentados pelo eventual proponente não estarão resguardados.

---

<sup>119</sup> GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU - Pós-graduação em Direito Público – UnB, 2010, p. 214.

<sup>120</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08 de mar. de 2018, p. 33.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 41.

Em tal hipótese, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos, contados da data do seu julgamento, além do que, desperta-se a possibilidade de que as informações prestadas pelo delator possam ser utilizadas para eventuais fins investigatórios.

Destarte, o que se pretende com tal norma é fazer com que não haja estímulo ao descumprimento do acordo, garantindo a efetiva colaboração do conluente após este ser formalmente finalizado, de forma com que as autoridades consigam a efetiva condenação dos demais conluentes, além de porem fim à prática da conduta ilícita.

### 3.3 CONFIDENCIALIDADE E SEGURANÇA NO PROGRAMA DE LENIÊNCIA BRASILEIRO

Como bem se sabe, um dos elementos basilares que garantem a efetividade de qualquer acordo de leniência é a segurança jurídica. A confidencialidade da proposta e de todo o processo de negociação é tanto uma garantia dada ao proponente pela Superintendência-Geral, quanto um dever de cooperação do signatário. Assim, há expressas restrições formuladas pelo CADE quanto à identidade dos proponentes de eventual acordo, bem como dos documentos comercialmente sensíveis dos mesmos.<sup>122</sup>

Tal sigilo é justificado essencialmente pelo fato de que as empresas e/ou pessoas físicas que praticam a delação dos demais partícipes, correm sérios riscos de retaliação pessoal e comercial, devendo o acordo assegurar o sigilo absoluto das informações repassadas desde logo o início da instauração processual.

Por ser assim, torna-se necessário que os autos dos processos tramitem em segredo de justiça, com acesso apenas às partes e autoridades responsáveis, a fim de que não se frustrate a finalidade do programa em coletar provas necessárias para condenar os demais conluentes, além de preservar a privacidade dos beneficiários, haja vista que quando do início da instauração, quanto mais segurança houver, maior serão as

---

<sup>122</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08 de mar. de 2018, p. 31.

chances de se obter um instrumento efetivo que cumpra com suas finalidades precípuas.

Logo, a não divulgação dos termos da leniência ao público, ainda que o processo já esteja encerrado, demonstra-se alternativa plenamente razoável, desde que justificada pela supremacia do interesse público na manutenção de um programa de leniência capaz de criar incentivos relevantes à prática da delação.<sup>123</sup>

Com efeito, o CADE alvitra um conjunto de procedimentos que visam à garantia da confidencialidade durante a fase de formalização. Ao solicitar medida de busca e apreensão, *verbi gratia*, não há menção direta do nome da empresa signatária, passando a sociedade empresária a ser identificada por siglas, incluindo as demais pessoas físicas envolvidas, bem como o descarte de documentos preliminares por ocasião da assinatura do termo final do acordo.<sup>124</sup>

O signatário do acordo possui obrigação de cooperação vez que, normalmente, apresenta às autoridades documentos que contém mais dados sobre si mesmo do que sobre os demais membros. De tal modo, para preservar os incentivos da leniência, sobrepesa à autoridade que não haja divulgação dos documentos apresentados pelo beneficiário à terceiros não vinculados ao processo administrativo, de forma a não colocar o colaborador em posição desfavorável quando comparado aos demais cartelistas.<sup>125</sup>

Caso haja necessidade de divulgação de qualquer anexo atinente ao acordo firmado, seja por determinação do magistrado ou qualquer outra obrigação legal indisponível, os signatários deverão informar previamente ao CADE acerca da plausibilidade da publicidade do conteúdo, e a prerrogativa será concedida isoladamente para o detentor da ordem judicial. Via de regra, o acesso a tais informações deverá ser

---

<sup>123</sup> MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 15 de mar. de 2018, p. 171.

<sup>124</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08 de mar. de 2018, p. 54.

<sup>125</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 276.

estritamente utilizado para fins de garantia ao exercício da ampla defesa e contraditório.<sup>126</sup>

Geralmente, a identidade dos partícipes só é revelada ao público no julgamento do processo, no momento em que o voto é proferido pelo Conselheiro Relator.<sup>127</sup> Outrossim, após o julgamento pelo Tribunal, a confidencialidade poderá remanescer em relação aos documentos e informações prestadas espontaneamente pelo beneficiário do acordo, sobretudo aqueles que dizem respeito aos segredos da empresa.

Muito embora, contrariamente ao preceituado pelo CADE, o STJ nos autos do Recurso Especial de nº 1.554.986/SP<sup>128</sup>, entendeu pela impossibilidade da manutenção da confidencialidade do acordo até o final do julgamento do processo administrativo, em razão de que, essa situação representaria para o signatário, benefício desproporcional e desprovido de respaldo normativo legal, ocasionando reiterados prejuízos aos interesses de eventuais terceiros lesados pela conduta anticompetitiva. Nesse esteio, a Colenda Corte decidiu que poderia obrigar o CADE, por ordem judicial, a fornecer documentos destinados à instrução de demandas indenizatórias individuais.<sup>129</sup>

Como bem aponta Mussi<sup>130</sup>, é preciso conciliar os ditames constitucionais da promoção da livre concorrência e do desenvolvimento nacional com o princípio da publicidade dos atos administrativos.

A razão de existir tal preocupação com o sigilo decorre de uma manutenção de estratégia do CADE, haja vista que, devido ao compromisso de confidencialidade das

---

<sup>126</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08 de mar. de 2018, p. 49.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>128</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1554986 SP 2015/0219111-7**, Recorrente: Electrolux do Brasil S/A, Whirlpool S/A, Brasmotor S/A. Recorrido: Tecumseh do Brasil LTDA. Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 08/03/2016, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: 05/04/2016. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494823&num\\_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF). Acesso em: 03 de jun. de 2018.

<sup>129</sup> MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 15 de mar. de 2018, p. 165.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 163.

informações e documentos expostos pelos proponentes, os acordos de leniência se tornaram peça chave nos casos de detecção, persecução e punição dos cartéis.<sup>131</sup>

No cenário de negociação da leniência, que inclui a reconstrução de fatos passados por intermédio de documentos apresentados pelo signatário, a cooperação entre investigado e investigador é essencial para conceber segurança e previsibilidade ao acordo. Pouco interessaria ao conluente a apresentação espontânea de documentos que logo depois pudesse ser usado contra ele e que, por conseguinte, ensejaria o desembolso de multas milionárias derivadas de ações cíveis propostas a partir dos danos e prejuízos causados pelo cartel.

Neste sentido, caso houvesse o compartilhamento dos anexos vinculados ao pacto compromissário, sobretudo quanto ao histórico da conduta, os beneficiários do acordo ficariam demasiadamente expostos nos litígios que buscassem pela reparação de danos, o que possivelmente geraria uma possível inibição de futuros acordos, tornando-o pouco atrativo e funcional.<sup>132</sup>

Sobre o tema, foi proposta a Consulta Pública 05/2016<sup>133</sup>, com precípuo objetivo de regular a persecução privada aos cartéis, ao tempo em que também protege as funções precípuas do acordo de leniência, quais sejam, detectar e punir as condutas ilícitas, mantendo a sua atratividade.

A proposta de resolução além de avaliar a legitimidade do requerente a ter acesso a documentação, previu hipóteses específicas em que o compartilhamento das informações será autorizado, pretendendo que o sigilo remanescesse, mesmo após o fim do julgamento administrativo, em relação ao histórico da conduta e seus respectivos aditivos.

Não obstante, nas hipóteses de o material disponibilizado voluntariamente pelo sujeito colaborador ser solicitado por mandamento judicial a fim de embasar eventual pretensão indenizatória, o instrumento disciplinou que a Procuradoria Federal Especializada do CADE poderá interferir nas ações judiciais ou extrajudiciais, de

---

<sup>131</sup> MAIOLINO, Isabela. Alternativas ao uso de documentos provenientes de acordos de leniência nas ações privadas de reparação pela prática de cartel. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, n. 2, 2017, p. 302.

<sup>132</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>133</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Consulta Pública n. 05/2016**. Brasília, DF, 07/12/2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/participacao-social-1/consultas-publicas-concluidas/consulta-publica-no-05-2016>. Acesso em: 04 de jun. de 2018, p. 01.

forma a garantir que os arquivos mantenham caráter confidencial, resguardando-os até a decisão final do Tribunal.

Com isso, a resolução não só ressaltou a política nacional de combate aos cartéis, cujo principal alicerce é representado pelo programa de leniência, como pretendeu evitar a exposição desnecessária dos sujeitos beneficiários, que poderia resultar, conseqüentemente, em uma redução dos incentivos do acordo.

Pontue-se, portanto, que mesmo após finalizado o processo administrativo, o acesso aos documentos espontaneamente apresentados pelo signatário e que possam lhe causar prejuízos, deverá ser estritamente proporcional e razoável ao que se pretende aduzir no caso privado, de modo a resguardar os interesses do colaborador, reconhecendo que sem a sua colaboração, dificilmente as autoridades teriam conhecimento acerca da conduta potencialmente lesiva.

### 3.4 PROGRAMA DE LENIÊNCIA *PLUS*

O programa de leniência *plus* consiste em um programa de incentivos e benefícios ao delator que não se qualificar para negociação do acordo tradicional de leniência, propiciando a este a possibilidade de delatar outro ilícito no mesmo processo administrativo acusatório, diverso do primeiro não homologado, em relação ao qual a SG do CADE não tenha qualquer conhecimento prévio acerca de tal infração, estendendo-se o tratamento do proponente à outras transgressões.<sup>134</sup>

Neste sentido, o infrator além de obter todos os benefícios do programa de leniência em relação a este segundo cartel, gozará do benefício da redução de um terço da pena aplicável ao primeiro conluio.<sup>135</sup> Percebe-se assim que, em um único acordo,

---

<sup>134</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 326.

<sup>135</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08/03/2018, p. 55.

haverá ampliação das prerrogativas conferidas ao colaborador, mitigando a regra do “*first come, first serve*” aplicável aos signatários.<sup>136</sup>

A recepção do benefício no ordenamento brasileiro, adveio do programa intitulado *amnesty plus*, que autorizava as autoridades norte americanas a realizarem acordos com participantes de cartéis envolvidos em mercados distintos, em relação àqueles já formalmente investigados pelo órgão antitruste. Mesmo que não fosse concedido o perdão total da pena ao beneficiário, a prestação de informações relativas a um segundo cartel, levaria ao afastamento da sanção integral em relação a este, e redução da pena com relação ao primeiro conluio.<sup>137</sup>

Marrara<sup>138</sup> leciona que esse mecanismo diferenciado decorre de uma hipótese excepcional que serve de estímulo ao que se chama de “efeito dominó” de confissões e denúncias.

Ao incentivar sucessivas propostas de colaboração sobre novas infrações, garantindo em troca regalias em dois processos administrativos correlatos as práticas anticoncorrenciais confessas, promove-se um ciclo de sucessivas delações, aumentando a taxa geral de cartéis detectados.

Dessa maneira, como o regular trâmite da leniência gera efeitos apenas em um processo administrativo, o infrator instigado a receber mais benesses, é encorajado a delatar novas condutas para obter imunidades em dois processos distintos, e em todos os crimes correlatos as duas infrações confessadas.<sup>139</sup>

Estima-se que desde a introdução de tal mecanismo nos Estados Unidos, houve um aumento considerável na detecção de cartéis que atuam em mais de um mercado, sobretudo quanto aqueles com repercussão internacional e de grande extensão. Têm-se como exemplo o Cartel da Lisina que direcionou as autoridades antitruste ao Cartel do Ácido Cítrico, que por sua vez, encaminhou ao Cartel do Gluconato de Sódio, que

---

<sup>136</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Vol. 2, 2015, p. 516.

<sup>137</sup> SALOMI, Maira Beduchamp. **O acordo de leniência e os seus reflexos penais**. Dissertação (mestrado) – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>> Acesso em: 16 de mar. de 2018, p. 144.

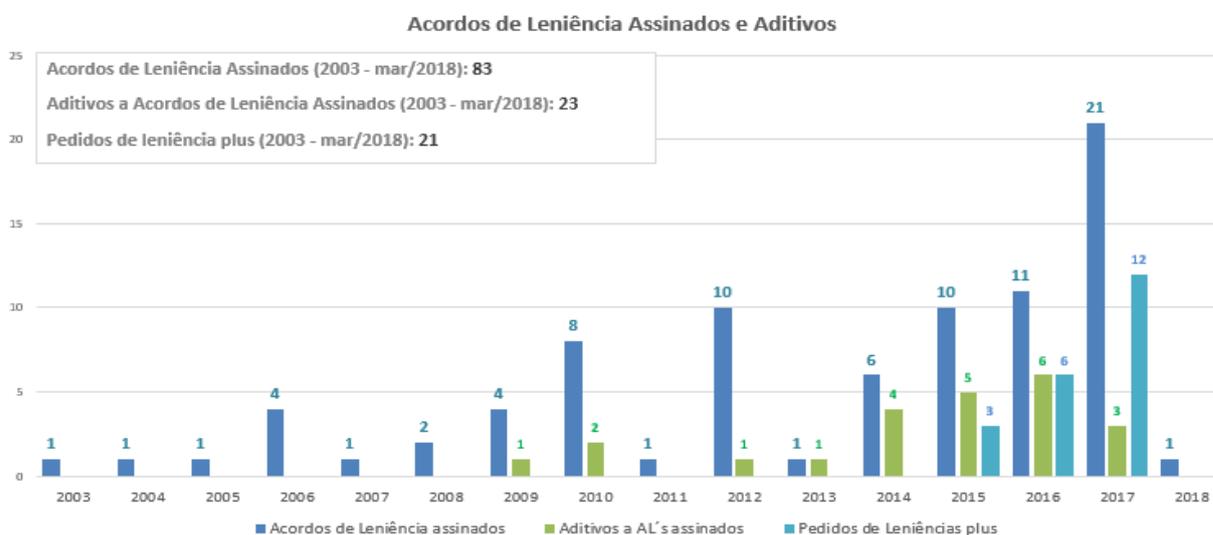
<sup>138</sup> MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 373 *et seq.*

<sup>139</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 327.

resultou na investigação do Cartel do Eritorbato de Sódio, e por fim, ao Cartel do Maltol. Obteve-se como saldo fornecido pelos cinco processos administrativos, a condenação de dez companhias e onze indivíduos de sete países diferentes, o que totalizou uma multa no montante de US\$ 225 milhões recolhidos pelos agentes públicos.<sup>140</sup>

Sem embargos, embora se admita que no cenário norte americano a introdução da leniência *plus* tenha gerado efeitos positivos desde a introdução do incentivo, sobretudo na identificação e condenação de cartéis internacionais<sup>141</sup>, a prática brasileira demonstra que foi apenas nos últimos anos que o mecanismo passou a ganhar maior efetividade e adesão pelos interessados em colaborar e delatar o conluio, ainda que estivesse previsto no ordenamento jurídico desde a Lei 8.884/94 através artigo 86, §§7º e 8º.

Têm-se a seguinte tabela disponibilizada pelo CADE<sup>142</sup> como parâmetro para demonstração da evolução do instituto:



<sup>140</sup> MAZZUCATO, Paulo Zupo *apud* SALOMI, Maira Beduchamp. **O acordo de leniência e os seus reflexos penais**. Dissertação (mestrado) – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>> Acesso em: 16 de mar. de 2018, p. 145.

<sup>141</sup> HAMMOND, Scott D. **An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program**. In: American Bar Association Midwinter Leadership Meeting. Kona, HI: 2005. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/517886/download>>. Acesso em: 14 mar. 2018, p. 10.

<sup>142</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Programa de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 03.

O primeiro acordo de leniência *plus* foi firmado no Brasil em 2015, por meio do qual a empresa conluente, Construções e Comércio Camargo Corrêa, já em investigação sob acordo de leniência a respeito de cartel em licitações da Petrobrás em mercado de contratações de obras no setor de combustíveis, dispôs evidências ao CADE e ao MPF acerca de um segundo conluio em licitação, em que também atuava como agente organizador: o cartel da Eletrobrás Termonuclear S/A, relacionado ao mercado de obras de montagem eletromecânica da usina nuclear de Angra 3.<sup>143</sup>

A empresa signatária fez jus à aplicação subsequente dos benefícios de redução da multa pecuniária proveniente do TCC firmado em investigação sobre o cartel na Petrobrás, além de gozar dos demais benefícios derivados de celebração da leniência *plus* firmada no cartel de Angra 3. De tal forma, concedeu-se à empresa uma redução percentual total de 60% sobre a multa esperada, considerando-se a colaboração ter facilitado a atuação da SG do CADE na investigação dos dois cartéis atuantes em mercados distintos, que detinham potenciais extremamente nocivos de danos concorrenciais.<sup>144</sup>

Assim, o instituto da leniência *plus* no programa brasileiro justifica-se pela atuação repressiva do CADE no combate aos cartéis, dado que a colaboração da empresa com a identificação de outros conluios de que possua ciência, facilita a persecução investigativa e garante a obtenção de informações e documentos relativas a infrações desconhecidas pelas autoridades, propiciando uma redução de custos investigativos e difusamente, proporciona benefícios a toda coletividade ao fazer cessar o ato ilícito, reestabelecendo a competitividade no mercado.

---

<sup>143</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE instaura processo administrativo na investigação de cartel em licitação de Angra 3**. Brasília, DF, 19/11/2015, Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-instaura-processo-administrativo-na-investigacao-de-cartel-em-licitacao-de-angra-3>>. Acesso em: 17 mar. 2018, p. 01.

<sup>144</sup> *Idem*. **CADE celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobrás**. Brasília, DF, 19/08/2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras>. Acesso em: 17 mar. 2018, p. 01.

### 3.5 EXTENSÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência instituído na Lei Antitruste de 2011 consiste em ajuste firmado entre o membro do cartel e o Estado, através do Ministério da Justiça, ficando consignado que, caso o agente ofereça elementos satisfatórios de comprovação da conduta, que influenciem na condenação dos demais membros do conluio, ficará resguardado a este o benefício da imunidade penal e administrativa, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 87 da Lei Antitruste.

De tal forma, o programa se complementa na esfera administrativa e na esfera criminal, desde que os sujeitos colaborem com a investigação e antevejam o resultado da prática. Com a obtenção de documentos e informações relevantes, os beneficiários tanto poderão receber a extinção da ação punitiva da administração pública, como também da punibilidade dos crimes correlatos e aplicáveis a prática de cartel, incluindo os tipificados na Lei Geral de Licitações.<sup>145</sup>

A premiação advinda da celebração do acordo com o órgão estatal instiga as empresas e demais pessoas físicas envolvidas a traírem o cartel o mais rápido possível, provocando uma verdadeira corrida para receber a imunidade, reservada apenas ao primeiro que ceder à tentação de abandonar o esquema ilícito e ficar impune.<sup>146</sup>

Por essa razão, as benesses outorgadas aos colaboradores devem ser as maiores possíveis, de modo a maximizar os estímulos à “toca do sino” do CADE, tornando o acordo mais atrativo e receptível aos possíveis interessados.

Presume-se, portanto, que a possibilidade de realizar delação em troca de privilégios, garante uma menor expectativa de vida para o cartel em formação, bem como aumenta-se a chance de que os envolvidos no esquema venham a experimentar sanções. E isto porque, apesar de ser possível a instauração de investigação de cartel

---

<sup>145</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Memorando de entendimento nº. 1/2016**. Relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp\\_tcc-e-acordos-de-colaboracao\\_15-03-2016.pdf](http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. De 2018, p. 02.

<sup>146</sup> SALOMI, Maira Beduchamp. **O acordo de leniência e os seus reflexos penais**. Dissertação (mestrado) – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>> Acesso em: 03 abr. 2018, p. 132.

*ex officio* pelo CADE, a experiência demonstra que o simples monitoramento de mercados pelas autoridades públicas a fim de apurar existência de cartéis, revela-se insuficiente para garantir a detecção dos acordos e a punição dos participantes.<sup>147</sup>

Desta feita, um programa de leniência pode fazer com que, a par de uma análise econômico racional, a opção pelo conluio se torne pouco atrativa, caso as perdas potenciais esperadas pelos agentes sejam maiores do que os ganhos que pretendam lograr com a infração. Quanto maiores forem os benefícios concedidos ao beneficiário, maior será a procura pela delação.

### 3.5.1 Imunidade Administrativa

A imunidade administrativa diz respeito a extinção da ação punitiva da Administração ou a redução de um a dois terços das penas aplicáveis, a depender se a Superintendência Geral do CADE tenha ou não conhecimento prévio acerca da conduta ilícita. Nesta última hipótese, entende-se que há firmação de leniência mitigada com benefícios parciais, e a boa-fé do infrator no cumprimento das obrigações pactuadas é elemento indispensável a vinculação do pacto perante o Estado.<sup>148</sup>

Entende-se, todavia, que o conceito de “conhecimento prévio” apenas ocorre na hipótese de haver, à época da apresentação da proposta, procedimento administrativo aberto com indícios razoáveis de práticas anticoncorrenciais para apuração da infração objeto da proposta do acordo. Logo, demonstra-se ser necessário detenção de elementos probatórios suficientes e capazes de ensejar abertura de requerimento perante à Administração, o que não ocorre com mera divulgação midiática de suposto

---

<sup>147</sup> MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 15 de mar. de 2018, p. 85.

<sup>148</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08 de mar. de 2018, p.19.

delito ou existência de investigação em outro órgão da Administração ainda não apurada pelo CADE.<sup>149</sup>

Os benefícios serão concedidos com a declaração de cumprimento do acordo pelo Tribunal do CADE, através do julgamento do processo administrativo específico, de acordo com o art. 86, §4º, I e II da Lei nº 12.529/2011. Tais benesses serão também estendidas a todos os demais órgãos da Administração Pública, sejam diretos ou indiretos, e tanto da União, Estado, Município ou Distrito Federal.

Sendo assim, depois de celebrado o acordo de leniência com o CADE, os outros órgãos pertencentes à Administração não possuem competência para impor sanções administrativas ao colaborador.<sup>150</sup>

Mesmo entendimento é apropriado ao afirmar que quando da sanção do CADE em proibir que os cartelistas condenados participem de licitações públicas, tal vedação contempla todos os entes federativos, e não apenas aquele em que o agente está adstrito, de forma a estender a sanção de modo a tornar ainda mais penoso a opção pela infração.

Outrossim, para a aplicação da extinção total das penalidades aplicáveis, o delator deverá cooperar integralmente com as investigações, apresentado provas e documentos robustos que confirmem a transgressão de conduta, culminando com a identificação de todos os demais envolvidos no ilícito.

A comprovação da documentação é revista pelo Tribunal, oportunidade em que o julgador, a partir da análise de pareceres emitidos pela Superintendência e pelo Ministério Público acerca do cumprimento obrigacional do delator, definirá pela aplicação dos benefícios ao delator, que se resguardará de eventuais ações penais e sanções administrativas caso tenha auxiliado as autoridades ao longo da investigação.

---

<sup>149</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08 de mar. de 2018, p.19.

<sup>150</sup> GOMES, Marianna Mendes Pereira. **A extensão dos efeitos da celebração do Acordo de Leniência com o CADE perante a Administração Pública**. Dissertação (graduação) – Fundação Getúlio Vargas: Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12674/Marianna%20Mendes%20Pereira%20Gomes.pdf>> Acesso em: 24 de abril 2018, p. 30.

Destaca-se que, dentre as sanções administrativas impostas aos conluentes, além das obrigações pecuniárias, ressaltam-se a proibição de contratar com a Administração durante cinco anos, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a vedação de exercer o comércio em nome próprio ou como representante da pessoa jurídica pelo prazo de até cinco anos e a ausência de concessão aos condenados de parcelamento de tributos federais.

Logo, o beneficiário da leniência se resguardará de quaisquer das penalidades previstas pelo art. 38 da Lei Antitruste, já que caso coopere plenamente com as investigações, concedendo documentos e atendendo aos chamados das autoridades sempre que solicitado, receberá imunidade total ou parcial, a depender somente do momento em que o acordo foi celebrado.

### 3.5.2 Imunidade Penal

No que tange as imunidades penais, a Lei de Defesa da Concorrência estabelece que, nos crimes contra a ordem econômica e diretamente correlacionados com a prática do cartel, a celebração do acordo de leniência implicará na suspensão do curso do prazo prescricional, bem como no impedimento de oferecimento da denúncia com relação ao sujeito signatário. Assim, quando o acordo for formalmente declarado cumprido pelas autoridades da concorrência, fica estabelecido que se extingue automaticamente o *jus puniendi* do Estado que trata o caput do art. 87.

Em comparação com a lei anterior, houve significativas mudanças na nova Lei, que ampliou os benefícios de imunidade criminal garantidos ao sujeito colaborador, incorporando em seu arcabouço um rol exemplificativo estendido a todos os delitos que concernem à constituição do conluio.<sup>151</sup>

O modelo antigo deixava margem para instauração da persecução penal nos crimes licitatórios ou de formação de quadrilha. Entretanto, com as alterações impostas pelo art. 87 da Lei 12.529, práticas coletivas de boicote, ameaças contra licitantes

---

<sup>151</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)> Acesso em: 08 de mar. 2018, p. 19.

concorrentes e qualquer outro crime enquadrado como infração à ordem econômica é abarcado pelo acordo de leniência.

Logo, além dos crimes tipificados na Lei 8.137 de 1990, os quais já eram previstos pela lei 8.884, os crimes tipificados na Lei Geral de Licitações e no art. 288 do Código Penal Brasileiro (crime de formação de quadrilha e associação criminosa) foram abrangidos pela nova Lei Antitruste.

Gustavo Flausino e Ricardo Mafra<sup>152</sup> sustentam que a isenção da persecução penal em relação aos crimes tipificados na Lei. 8.666 foi inserida com escopo de desestabilizar mais cartéis em licitação, conferindo maior segurança jurídica ao programa de leniência, na medida em que ao delator ficará garantido a não imputabilidade de sanções penais em demais leis que tratam sobre o instituto, protegendo, de tal forma, a sua confissão.

Neste sentido, a extensão do acordo de leniência ao prever não apenas crimes contra a ordem econômica, abrangendo os delitos de crimes conexos ao cartel, inclusive àqueles tipificados na Lei 8.666, garante ao proponente maior segurança jurídica e previsibilidade ao celebrar o acordo perante o CADE, tornando todo o programa muito mais atrativo aos olhos do conluente.

### 3.5.3 Efeitos no campo da responsabilidade civil

O cartel é uma extorsão ilícita do sujeito consumidor, que tem suas escolhas limitadas pelos infratores. Tal restrição assume duas perspectivas: o impedimento de contratar em razão da abusividade dos preços propostos pelo cartelista ou o pagamento de um sobrepreço em excesso demasiado diante do mercado anticompetitivo do qual o consumidor não tem escapatória.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> MAFRA, Ricardo; COELHO, Gustavo Flausino. O Acordo de Leniência na Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, ano 3, n. 1, 2012. Disponível em <[http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2012/Suplemento\\_da\\_Revista\\_do\\_IBRAC\\_Ano\\_3\\_n\\_1.pdf](http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2012/Suplemento_da_Revista_do_IBRAC_Ano_3_n_1.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. de 2018, p. 08.

<sup>153</sup> BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 1, 2015, p. 124.

Os principais pilares da persecução pública aos cartéis no Brasil concentram-se nos acordos de leniência e nos termos de compromisso de cessação, cuja linha de desempenho centralizam-se em promover um caráter dissuasório e punitivo na prevenção e repressão das práticas anticoncorrenciais.

Sucedo que, o *public enforcement* não consegue viabilizar a compensação das vítimas pelos resultados negativos dos cartéis. No panorama brasileiro, os valores recolhidos pelos agentes da concorrência à título de multa destinam-se à um fundo público, recolhidas pelo Tesouro Nacional, na forma do art. 28, §4º, da Lei 12.529, ou destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos casos de celebração do Termo de Compromisso de Cessação, e não recaem diretamente ao sujeito diretamente prejudicado.<sup>154</sup>

Isto posto, vem crescendo no país uma tendência alternativa de persecução às práticas anticoncorrenciais, nomeada de *private enforcement*, que por interveniência de ajuizamento de ações promovidas por terceiros, busca a reparação por danos concorrenciais àqueles que foram pessoalmente lesados, vez que aos delatores não é conferida qualquer imunidade na esfera cível.<sup>155</sup>

Muito embora a Lei 12.529/11 não imponha ao delator a obrigação de reparação aos consumidores como condição *sine qua non* para a celebração do acordo, o art. 47 da Lei Antitruste, pautado pelo instituto da responsabilidade civil, permite aos sujeitos prejudicados que ingressem em juízo, diretamente ou por meio de associações, em face do beneficiário da leniência e demais coautores do ilícito, para obter indenizações por perdas causadas pela prática do cartel.<sup>156</sup>

Em tais condições, o signatário ao confessar o seu envolvimento, fica exposto a ressarcir os litigantes pelo valor integral dos prejuízos causados, cabendo-lhe, apenas, o direito de regresso contra os demais participantes do conluio.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> DOS SANTOS, Flavia Chiquito. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/pt-br.php>> Acesso em: 09 mar. 2018, p. 74.

<sup>155</sup> ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, tcc e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 22, n. 2, 2016, p. 90.

<sup>156</sup> DOS SANTOS, Flavia Chiquito. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>157</sup> MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em:

Desse modo, a prática do *private enforcement*, através das ações de reparação consiste em importante ferramenta de dissuasão à formação de cartéis, além de fortalecer a cultura concorrencial, vez que implica maiores desembolsos pelos agentes que praticam a conduta colusiva, tornando a conduta ilegal mais custosa aos conluentes.

Noutro giro, apesar do efeito pedagógico das ações de indenização, a persecução privada aos beneficiários da leniência pode tornar o acordo de leniência pouco atrativo aos olhos dos infratores, que se verão expostos em litígios cujo principais meios de prova serão os mesmos que foram apresentados por vontade própria às autoridades da concorrência.

Sendo assim, a extensão dos efeitos do programa de leniência para o campo da responsabilidade civil, poderia representar um incentivo adicional à delação. Conforme Paulo Mazzucato, “o risco de ações indenizatórias deve ser subtraído do delator (deixando-o apenas para os demais representados punidos), criando-se disposição legal expressa nesse sentido, sob pena de se desestimular a delação.”<sup>158</sup>

Em outras palavras, presume-se que o tratamento mais brando em todas as esferas estimularia um número maior de candidatos dispostos a colaborar com as autoridades públicas, sobretudo no que tangem os conluos formados em certames públicos, vez que as condenações em ações individuais podem representar perdas maiores do que as penalidades aplicáveis, razão pela qual é necessário evitar restrições aos benefícios concedidos.

De toda forma, a extensão dos efeitos da leniência esbarra na dicotomia entre o interesse público, em manter a atratividade da delação premiada, e os interesses privados dos lesados, sendo necessário adotar instrumento jurídico capaz de apaziguar a celeuma.<sup>159</sup>

---

<<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 05 de abril de 2018, p. 150.

<sup>158</sup> MAZZUCATO, Paulo Zupo *apud* MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica.** Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 05 de abril de 2018, p. 150.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 103.

Como saída para tal controvérsia, Ana Paula Martinez<sup>160</sup> entende ser mais adequada a exclusão da responsabilidade solidária entre o signatário do acordo e os demais membros da conduta, ensejando que este primeiro ficasse apenas responsável pelo pagamento dos danos que efetivamente tiver causado. Mesma proposta foi suscitada por Amanda Athayde e Andressa Lin Fidelis<sup>161</sup>, no sentido de haver uma mitigação da responsabilidade civil solidária com o beneficiário da leniência.

Não obstante, o art. 944 do Código Civil<sup>162</sup> disciplina que a indenização deve ser medida proporcionalmente pela extensão do dano causado. Caso fosse concedida imunidade total ao signatário, os demais conluentes iriam ficar obrigados a suportar obrigações indenizatórias em valor superior à extensão daquilo que, de fato, realizaram. Ou seja, “os outros membros do cartel seriam obrigados a arcar com o ressarcimento não só de suas respectivas parcelas no valor total dos danos, mas também com o rateio da parte do delator.”<sup>163</sup>

Segundo Athayde e Fidelis<sup>164</sup>:

Favorecer o *enforcement* privado, sem, em contrapartida, regular as regras de acesso e limitar a responsabilidade civil do beneficiário da leniência, prejudica o *enforcement* antitruste como um todo. Se há perda de atratividade ao Programa de Leniência – a principal ferramenta no combate a cartéis – menos cartéis tendem a ser descobertos e, assim, menos ações privadas de reparação por danos concorrenciais sequer serão ajuizadas.

Na oportunidade, foi sugerida pelo CADE a alteração do art. 47 da Lei 12.529/11, de forma a delimitar a extensão da responsabilidade civil aos signatários do programa de leniência. Nesta feita, o texto recomendado determinaria pela ausência de solidariedade entre o beneficiário e demais conluentes, além de prever a não

---

<sup>160</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 276.

<sup>161</sup>ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, tcc e persecução privada a cartéis: too much of a good thing? **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 22, n. 2, 2016, p. 110.

<sup>162</sup>BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)> Acesso em 02 jun. 2018.

<sup>163</sup>MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 05 de abril de 2018, p. 158.

<sup>164</sup>ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lin. *Op. cit*, p 106.

aplicação da repetição do indébito por valor em dobro ao signatário do acordo, que responderia apenas pelo prejuízo diretamente causado ao sujeito lesado.<sup>165</sup>

Conquanto, têm-se que o enquadramento de tais restrições no contexto antitruste apresenta-se como medida legislativa adequada, vez que não apenas mantém a estrutura de incentivos à colaboração do conluente, como não cria gravosos óbices para que as vítimas certifiquem o seu direito ao ressarcimento pelos prejuízos enfrentados.

Sendo assim, percebe-se que o projeto se mostrou coerente com a postura que o CADE vem adotando nos últimos anos, voltado para o incremento da política nacional de combate aos cartéis, de forma a garantir ainda mais benefícios ao agente econômico que resolver cooperar com as autoridades públicas, diminuindo os ganhos esperados com a conduta ilícita, o que resulta em um relevante desestímulo a manutenção dos atos delitivos.

---

<sup>165</sup>BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública n. 05/2016**. Exposição de Motivos da Resolução. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste/20161125\\_exposicao\\_de\\_motivos\\_resolucao\\_acesso\\_rev\\_final.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste/20161125_exposicao_de_motivos_resolucao_acesso_rev_final.pdf)> Acesso em: 28 de abr. de 2018, p. 14.

#### 4 O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI 12.529/11 NO COMBATE À PRÁTICA DOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Os cartéis representam um pacto restritivo de tentativa de “monopolização” do mercado, que através de uma associação de empresas independentes, eliminam ou reduzem a concorrência, prejudicando os consumidores de maneira brutal ao aumentarem consideravelmente os preços e restringirem ofertas, tornando os bens e serviços mais custosos e por vezes, indisponíveis.

Especificamente no caso da formação dos cartéis em licitações, há um prejuízo maior causado à sociedade, visto que não só prejudicam a prestação do serviço público, inviabilizando os benefícios de um mercado competitivo, como relativizam toda a índole financeira estatal, haja vista que tal modalidade de conluio retira recursos das entidades públicas, lesando os contribuintes que pagam os seus tributos com vistas à garantia do estado de bem-estar social, comprometendo diretamente o processo de inovação e desenvolvimento econômico.<sup>166</sup>

Certames regidos pela competitividade proporcionam maior eficiência à atividade estatal, melhorando o padrão de serviços prestados, além de conduzir ao fornecimento de infraestrutura em maior quantidade e com melhor técnica, contribuindo não somente para redução de custos do governo, como também para o aumento geral da produtividade, de modo a alcançar o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos.<sup>167 168</sup>

De tal forma, quando da existência de conluios em contratações públicas, o prejuízo ao erário pode ser estimado na ordem de centenas de milhões de reais, considerando que a Administração gasta cerca de trezentos bilhões por ano em compra de obras e insumos.<sup>169</sup> Seguindo tal entendimento, pode-se afirmar que tanto o Estado, quanto

---

<sup>166</sup> BARBOSA, Allan Fuezi de Moura. Do conteúdo local nas licitações à liberalização dos mercados públicos: uma mudança com vistas à prevenção de cartéis? – **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, n. 2, 2017, p. 82-83.

<sup>167</sup> OCDE, Secretaria Geral. **Seminário OCDE-CADE sobre Licitação Pública e Colusão: Discurso de abertura**, 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/seminario-ocde-cade-sobre-licitacao-publica-e-colusao-discurso-de-abertura.htm>> Acesso em: 03 mar. de 2018, p. 01.

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 204

<sup>169</sup> BRASIL, Advocacia Geral da União. **Portaria nº 1.077, de 30 de maio de 2007**. Brasília, DOU, 30 mar. de 2007. Disponível em:<<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/22522>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

os consumidores, arcam diretamente com as ineficiências alocativas, produtivas e dinâmicas ocasionadas pelos cartéis, cujos efeitos refletem-se no aumento de preços, diminuição da qualidade do serviço e redução do bem-estar social.

A constituição do *bid rigging* ocorre antes da instauração do procedimento licitatório, onde os conluentes manipulam o ambiente competitivo de maneira que possam impedir que a Administração contrate a preços normais de mercado. Um dos grandes desafios em detectar tais tipos de cartéis reside no fato de que o alto grau de sigilo e complexidade das suas relações impede que muitas vezes, as autoridades consigam sozinhas identificar indícios que comprovem a existência do ilícito.

As provas da atividade legal nem sempre são de fácil acesso, sobretudo pela extrema lucratividade da conduta, o que faz com que os agentes se tornem mais cautelosos ao se esquivarem do controle promovido pelos órgãos responsáveis pela detecção, de forma a deixar pouco ou nenhum indício acerca da materialidade do ilícito.<sup>170</sup>

Por conseguinte, a mera análise econômica de dados públicos que demonstre a existência de paralelismos de preços e o simples monitoramento das atividades da empresariais demonstram-se métodos investigativos insuficientes, além de morosos e custosos, para resultar em provas sólidas capazes de levar à condenação dos envolvidos na prática colusiva.

Assim sendo, a política nacional de defesa da concorrência primou pelo fortalecimento do papel desempenhado pelo consensualismo da Administração em busca por alternativas mais eficientes na investigação antitruste, que por intermédio de diálogos com o infrator confesso, tornou-se possível estabelecer um acordo bilateral com intuito de se obter suporte a uma execução bem-sucedida de processos acusatórios derivada de uma instrução integrativa entre as partes, em prol da efetividade no combate às infrações concorrenciais.<sup>171</sup>

Nesse sentido, o acordo de leniência surge como o meio mais efetivo em descobrir, perquirir e punir conspirações que de outra forma, poderiam sempre passar despercebidas pelos agentes de controle, além de possibilitar investigações mais

---

<sup>170</sup> PEREIRA FILHO, Venício Branquinho. Programa de leniência no direito concorrenciais brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 2, 2015, p. 88.

<sup>171</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Vol. 2, 2015, p. 511.

céleres e eficientes que resultem na punição de todos os envolvidos do conluio e na aplicação de multas que compensem os prejuízos causados ao erário, proporcionando toda uma alteração na estrutura de dissuasão de repressão antitruste de forma a coibir as infrações que abalam mais agressivamente a ordem pública.

O programa possui como escopo incentivar a auto delação pelo próprio membro do cartel ao reportar as autoridades o ilícito e auxiliar na condenação de demais conluentes em troca de benefícios e anistias, além de desestruturar a estabilidade dos cartéis já existentes, remanejando os incentivos que as empresas possuíam, tornando o pacto colusivo pouco lucrativo ou instável. De tal forma, não apenas é eficaz em fazer cessar o ilícito, como também em desestimular os agentes a infringirem a ordem econômica.

O sucesso decorrente do programa de leniência no exterior serviu de incentivo a uma adaptação prática no Brasil, tendo o seu primeiro caso de sucesso em 2003 em um cartel que praticava fraude em licitações no Rio Grande do Sul, resultando na condenação de uma série de pessoas físicas e jurídicas. Desde então, 45 (quarenta e cinco) casos envolvendo cartéis em licitação derivados de acordo de leniência foram instaurados perante o CADE.<sup>172</sup>

Com a introdução da Lei 12.529/11 e a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, houve o incremento da confiabilidade do programa de leniência, sobretudo ao trazer a Superintendência-Geral, órgão autônomo, como autoridade máxima responsável pelos acordos. Tal substituição não só inspirou maior segurança e confiança aos possíveis proponentes, como expandiu a clareza e previsibilidade do instituto, aumentando as chances de uma delação consciente.<sup>173 174</sup>

Neste transcurso, o CADE vem disponibilizando diversas cartilhas e estudos, com caráter educativo, que divulgam detalhadamente o programa de leniência, garantindo

---

<sup>172</sup> VALADARES, Felipe Leitão Roquete. **Acordo de Leniência e Cartel – Dúvidas**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <giovanaabdo@hotmail.com>. Em 27 abr. 2018.

<sup>173</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 330.

<sup>174</sup> MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 15 de mar. de 2018, p. 187.

maior previsibilidade e segurança jurídica acerca do instituto para o setor privado interessado em cooperar com o órgão antitruste.

Em 2016, por exemplo, a fim de promover ainda mais o acordo, a autarquia tornou público o guia de leniência elaborado a partir do desenvolvimento de 91 (noventa e uma) perguntas hipotéticas com intuito de cobrir dúvidas relativas desde a natureza do acordo e fases de negociação até a conveniência das autoridades após a assinatura, tornando as regras mais claras, transparentes e previsíveis às vistas de eventuais signatários.

Nota-se, portanto, que os iminentes esforços da SBDC condicionados ao combate dos cartéis em licitação, possibilitaram que o acordo de leniência se consagrasse como um dos mais eficientes instrumentos na obtenção de provas e condenação dos infratores, beneficiando não apenas a efetividade do combate das infrações antitruste, como todo o sistema de economia processual.

O aperfeiçoamento e progressivo número de cartéis detectados demonstra o empenho para consolidação do programa no Brasil, tornando-o mais atrativo aos olhos dos infratores, além de propiciar o reestabelecimento da livre concorrência nos certames, causando não só um efeito repressivo nas condenações, como também pedagógico em dissuadir possíveis infratores na continuidade da atividade ilícita.

#### 4.1 DA DIFICULDADE PROBATÓRIA QUANTO À EXISTÊNCIA DOS CARTÉIS EM LICITAÇÃO E A NECESSIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Em linhas gerais, a comprovação da existência de cartéis é intrinsecamente difícil, tendo em vista a própria natureza obscura do acordo restritivo, o que gera uma grande dificuldade de obtenção de provas da conduta. Em regra, há um pacto de silêncio e cooperação dentre os membros do conluio, tendendo a não deixar vestígios materiais do esquema fraudulento.

Cartéis complexos e bem estruturados formalizam-se em atos revestidos de legitimidade, e são encobertos por métodos sofisticados que violam o sentimento de confiança de toda a sociedade.

Com uma boa coordenação e organização, estes tendem a perdurar no tempo, produzindo efeitos lesivos capazes de desestruturar toda a contratação pública, ferindo integralmente os princípios da livre concorrência e ordem econômica, e em consequência, as demais garantias norteadoras do Direito Administrativo, como a isonomia, eficiência, moralidade e qualidade, que asseguram a primazia do interesse público nas relações com os privados.

Sabe-se que comumente as autoridades antitruste possuem poucas ou nenhuma informação acerca de infrações concorrenciais, e quando possuem conhecimento, a obtenção de evidências que corroborem com a sustentação da condenação torna-se bastante penosa, sobretudo pelo fato de que os infratores, cientes da lesividade da conduta, passaram a adotar cuidados herméticos para esquivar-se do poder sancionatório do Estado, utilizando-se para tanto de estratégias secretas camufladas de formalidade para obstruir o procedimento investigatório.<sup>175</sup>

Para conter essas lesões à ordem econômica, os órgãos de defesa respaldam-se em softwares de investigações na análise de dados de licitações com foco na detecção preventiva de conluios, especialmente na monitoração de preços, produtos homogêneos e elevadas barreiras à entrada, e denúncias espontâneas de terceiros que venham a ter conhecimento da conduta, como clientes ou concorrentes, que sofram com os efeitos do cartel.

No entanto, ambas fontes para obtenção de provas nem sempre surtem em resultados positivos. Esquemas de rodizio e combinação de propostas são, por vezes, insuficientes para provar que determinada licitação foi fraudada por um cartel, uma vez que vigorando no ordenamento jurídico a livre iniciativa, não há nenhuma ilegalidade manifesta no fato de o agente privado desistir de uma proposta ou formular oferta acima dos padrões de mercado, haja vista que estes são livres para oferecerem os preços que bem entenderem.<sup>176</sup>

Assim, as práticas colusivas ao simularem aparente competitividade às contratações públicas, dificultam imensamente a atuação oficiosa da Administração na produção

---

<sup>175</sup> CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 49.

<sup>176</sup> *Ibidem, loc. cit.*

de provas contra o cartel, uma vez que indícios, por si só, não presumem automaticamente a ocorrência do delito.

Considerando que o dano estimado ao erário público pela prática de cartéis em licitações gira em torno de 25 a 40 bilhões de reais por ano<sup>177</sup>, as autoridades governamentais passaram a se ver obrigadas a adotar meios alternativos que possibilitassem o alcance de um lastro probatório robusto de modo a garantir a condenação dos envolvidos em fraudes ao certame licitatório.

Nesse diapasão, a incorporação do acordo de leniência no ordenamento pátrio viabilizou a obtenção de elementos de convicção suficientes ao desmantelamento da conduta, além de garantir celeridade as investigações, restaurando, por fim, a moralidade e competitividade do mercado, de forma alterar todo o mecanismo de incentivo aos cartéis.<sup>178</sup>

A leniência, como melhor representação do direito consensual, proporciona o acesso a informações difíceis, dando maior efetividade ao princípio da livre concorrência, além de possibilitar a identificação de todos os sujeitos infratores, uma vez que os principais meios de prova partem do próprio conluente na tentativa de assegurar os benefícios que lhes são concedidos caso consiga comprovar o ato delatado.

De um lado, o proponente oferta todos os documentos comprobatórios da infração, identificando os demais coautores da infração, ao passo em que, caso haja o efetivo cumprimento da obrigação pactuada até o momento final do processo, a autoridade se compromete em extinguir totalmente a ação punitiva da Administração Pública em face ao sujeito colaborador.

Importante destacar que o acordo de leniência não é concedido a todo e qualquer sujeito que almeje as benesses ofertadas pelo instituto. As autoridades antitruste tem buscado, de fato, adotar uma postura cada vez mais rígida na celebração dos acordos, exigindo documentos robustos e dispensando as propostas em que o interessado não seja capaz de fornecer provas suficientes para corroborar com a delação. Em 2015,

---

<sup>177</sup> BRASIL, Advocacia Geral da União. **Portaria nº 1.077, de 30 de maio de 2007**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/22522> Acesso em: 03 de maio de 2018.

<sup>178</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 Ed, 2015, p. 372-373.

por exemplo, para cada um dos dez acordos celebrados, em média duas propostas foram rejeitadas pelo CADE dada a ausência de um conjunto probatório satisfatório.<sup>179</sup>

Ademais, a descrição da conduta pelo delator possibilita ao investigador desvendar o mecanismo interno da estrutura do cartel, cerceando os inúmeros contratemplos que se apresentam no tocante à identificação dos envolvidos, obtenção de provas e delimitação dos efeitos causados pelo ato restritivo, uma vez que cumpre ao beneficiário trazer o maior número possível de evidências materiais que, de forma distinta, seriam pouco significativas para um ente externo desvinculado à organização criminosa.<sup>180</sup>

Portanto, o programa de leniência se tornou o melhor dos mecanismos concedidos às autoridades investigativas na persecução às infrações à ordem econômica, tornando a detecção menos onerosa e mais célere, à proporção que as autoridades em curto espaço de tempo têm acesso a documentos detalhados sobre o *modus operandi* do conluio, além de indicações do próprio sujeito infrator, que possibilitam a condenação dos cartelistas e a extinção da conduta ilícita.

Portanto, presume-se que sem o acordo, inúmeros conluios permaneceriam intactos, passando despercebidos pelas autoridades antitruste e produzindo potenciais estragos em toda a sociedade, haja vista que a complexidade intrínseca das estruturas dos cartéis dificulta a atuação dos agentes de defesa da concorrência em detectarem e punirem de ofício tais condutas restritivas.

#### 4.2 O DUPLO EFEITO DA LENIÊNCIA SOBRE OS CARTÉIS EM LICITAÇÃO

O acordo de leniência caracteriza-se por atuar em dois polos: *ex ante*, por ser direcionado aos infratores que ainda não foram detectados, encorajando a auto delação; e *ex post* por elevar as informações obtidas pelas autoridades antitruste,

---

<sup>179</sup> MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FIDELIS, Andressa Lin. **Nearly 16 Years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and Challenges in Cartel Prosecution**. In: Competition Policy International, jun. 2016. Disponível em: <[https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/06/Amanda-Andressa.final2\\_.pdf](https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/06/Amanda-Andressa.final2_.pdf)> Acesso em: 17 de abril de 2018, p.5-7.

<sup>180</sup> RUFINO, Vitor Santos. **Os fundamentos da delação: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/docdissertacaoVictorRufino.pdf>> Acesso em: 03 de maio de 2018, p. 16-17.

modificando o padrão de duração dos cartéis e possibilitando a instauração de um processo sancionatório, que dificilmente seria possível sem a delação.<sup>181</sup>

Os partícipes do cartel, justamente por serem aqueles que procuram burlar os ditames legais da concorrência, procurando adotar formas de atuação que lhes propiciem trapacear as autoridades, estão sempre desconfiados uns dos outros, já que a qualquer tempo algum dos conluentes pode tentar burlar o acordo restritivo de forma a obter maiores lucros em cima dos demais membros.<sup>182</sup>

Aproveitando-se de tal instabilidade, o programa de leniência consiste em um dos mais eficazes métodos para se conseguir penetrar no contexto de organização dos cartéis, tanto por explorar a fragilidade interna inerente ao pacto colusivo – não só pela iminente ameaça de traição, como pela real possibilidade do cartelista delatar a infração perante as autoridades, sob o pretexto de obter para si as imunidades e demais benefícios que não existirão para demais concorrentes, tornando mais difícil e custosa a manutenção do conluio, como por levar os agentes de defesa antitruste ao alcance de informações que de outro modo, muito dificilmente seriam alcançadas.<sup>183</sup>

Nesse desiderato, sabe-se que o cartel é uma conduta racional, em que os agentes adotam variáveis econômicas decorrentes da racionalidade para verificar a viabilidade ou não de tal comportamento. Assim, o agente sempre analisará na margem, os custos e benefícios que alguma escolha lhe traz, comparando essa opção com alguma outra informação proveniente de outra atividade.

Observa-se que nos cartéis em licitação, o precípua objetivo é extrair a maior renda possível da Administração Pública, através de lucros exorbitantes sugados dos cidadãos contribuintes. Em consequência, os conluentes costumam adicionar 20% a mais aos preços dos contratos, podendo chegar a um aumento de 50% dos valores,

---

<sup>181</sup> OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; BRAGA, Marcelo José; PINHA, Lucas Campelo. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 4, n. 1, 2016, p. 147.

<sup>182</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cartéis – Tratamento legal. 19 Ed., **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2011, p. 106-107.

<sup>183</sup> MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 15 de mar. de 2018, p. 88.

em comparação com certames licitatórios realizados em um meio verdadeiramente competitivo.<sup>184 185</sup>

Assim, o programa de leniência apenas será realmente efetivo na desestabilização dos acordos se, além da ameaça de imposição de sanções severas, o sujeito cartelista tenha convicção de que será condenado pelas autoridades. Pouco adiantaria a possibilidade de aplicação de condenações drásticas, se os conluentes soubessem que a chance de sofrerem com as penalidades fossem ínfimas.

Com efeito, Vasconcelos e Ramos<sup>186</sup> partem do pressuposto de que quanto menor a multa proporcionada ao delator, e maior a multa reproduzida ao infrator, em conjunto com uma maior probabilidade de punição e com pequeno ganho relativo à infração, melhores serão os resultados obtidos com o acordo de leniência.

Logo, a efetividade *ex post* da delação fica diretamente ligada à proteção que o delator terá quando celebrar o acordo, reavendo para si imunidades que não serão conferidas aos demais infratores condenados, enquanto que o efeito *ex ante* vincula-se ao temor de descoberta da conduta ilícita pela iminente traição de qualquer dos membros em delatar a infração, estimulando os agentes econômicos a procurarem precocemente as autoridades competentes, introduzindo aos cartéis importante elemento subjetivo de desestabilização.

De tal forma, demonstra-se preciso garantir incentivos suficientes ao delator, ao mesmo tempo em que se crie um ambiente rigoroso aos que são condenados pela prática, e isso tanto pela aplicação de multas severas, como pela persecução criminal aos indivíduos, haja vista que “nada adiantaria existir a alta possibilidade de descoberta e punição dos cartéis, se apenas houvesse a previsão de pequenas penas para os infratores”.<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> GURRIA, Angel. **Seminário OCDE-CADE sobre Licitação Pública e Colusão: Discurso de abertura**. Proferido em 03 mar. 2015. Disponível em <<http://www.oecd.org/brazil/seminario-ocde-cade-sobre-licitacao-publica-e-colusao-dircuso-de-abertura.htm>> Acesso em: 09 de mar. de 2018, p. 2.

<sup>185</sup> BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 1, 2015, p. 115.

<sup>186</sup> VASCONCELOS, Silvinha Pinto; RAMOS, Francisco de Sousa. **Análise da efetividade do programa de leniência brasileiro no combate aos cartéis**. Dissertação (Mestrado) em Economia Aplicada. FEA-UFJR 008/2007. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td\\_008\\_2007.pdf](http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td_008_2007.pdf)> Acesso em: 14 de abr. de 2018, p. 22.

<sup>187</sup> GOMES, Marianna Mendes Pereira. **A extensão dos efeitos da celebração do Acordo de Leniência com o CADE perante a Administração Pública**. Monografia (graduação) – Fundação Getúlio Vargas: Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:

No panorama brasileiro, o acordo possui importantes características positivas quanto as benesses concedidas aos delatores, destacando-se: a possibilidade de o líder do conluio ser o delator e a extensão da imunidade penal aos crimes vinculados à prática do cartel (Lei. 8.666 e art. 288 do CP), bem como a ampliação dos efeitos da leniência às outras empresas do mesmo grupo econômico do signatário.

Outro ponto relevante reside no fato de o programa fornecer maiores benefícios aos agentes quando as autoridades ainda não tenham conhecimento sobre o caso. Tal benesse induz os membros do cartel a confessarem a conduta o quanto antes, vez que quando o CADE já possui informação sobre o conluio, só são possíveis reduções de um a dois terços da pena, tornando mais atrativo aos infratores delatarem o ilícito antes de qualquer investigação ser iniciada, para que assim consigam a integralidade das imunidades atinentes à leniência.<sup>188</sup>

Quanto à aplicação de sanções mais rigorosas aos infratores, a Lei 12.529/11, em descompasso com a tendência estrangeira, reduziu as multas aplicáveis em relação a legislação anterior de 94. Anteriormente, estas variavam entre 1% a 30% do faturamento bruto, ficando os administradores submetidos a aplicação de 10% a 50% do valor da sanção imposta.<sup>189</sup> Com a nova Lei, os valores passaram a ser de 0,1% até 20% do faturamento bruto das empresas, e quanto às pessoas físicas, o valor de 1% a 20% sobre o montante aplicado às pessoas jurídicas.

Para Tereza Cristiane Almeida Braga, assessora do Tribunal do CADE, “pensar em multas de 0,1% a 20% do faturamento bruto já não fazem mais sentido em cartéis com sobrepreços de 3% a 65% em relação ao mercado competitivo”, vez que de tal forma, quase sempre o valor da penalidade pecuniária compensaria o risco da manutenção da conduta.<sup>190</sup>

---

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12674/Marianna%20Mendes%20Pereira%20Gomes.pdf>> Acesso em: 17 abril 2018, p. 23.

<sup>188</sup> OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; BRAGA, Marcelo José; PINHA, Lucas Campelo. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 4, n.1, 2016, p. 147.

<sup>189</sup> MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 15 de mar. d3 2018, p. 179.

<sup>190</sup> BRAGA, Tereza Cristiane Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 1, 2015, p. 122.

Na esteira de Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>191</sup>:

Como se trata de lesão a um inteiro difuso, cujo sujeito é a própria coletividade, a ação Punitiva do Poder Público, em especial da Administração, não visa a uma reparação nem a uma compensação, mas a uma intimidação. Ou seja, a lesão ao interesse difuso (livre concorrência) visa à cessação de uma prática, tendo a sanção correspondente um sentido ostensivamente dissuasório.

Nesse sentido, têm-se que a função precípua das penas aplicadas pelo CADE é de natureza pedagógica e exemplar, capaz de fazer cessar o abuso de poder econômico e de desestimular agentes econômicos que tendam a cometer o ilícito, evitando possíveis formações de cartéis e extinguindo aqueles que já atuam no mercado.

Assim, é preferível que em conjunto com a aplicação da multa, aplique-se a proibição de que os condenados participem de futuras licitações com o Poder Público ou ainda, que os participantes do cartel fiquem impedidos de constituírem novo quadro societário.<sup>192</sup>

Ora, levando em consideração que não existe fórmula econometricamente perfeita para imposição de multas que empreguem sentido dissuasório à prática dos cartéis, é viável que o CADE se utilize de medidas sancionatórias na forma de obrigações de fazer, de restrições e vedações comportamentais, voltadas para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, de forma a prevenir futuros prováveis danos. Trata-se, portanto, de “uma medida de segurança avaliada pelos custos de monitoramento que existiriam se a estrutura permanecesse a mesma”.<sup>193</sup>

O art. 38 da Lei 12.529 prevê, por exemplo, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações em entidades diretas e indiretas da Administração Pública, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, além de prever a possibilidade de publicação da condenação em jornais de grande circulação de forma a atingir diretamente a imagem do agente econômico.

No Brasil, algumas agravantes são observadas no momento da individualização da conduta e aplicação da pena, destacando-se a reincidência, o papel de coordenação

---

<sup>191</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sanções por infração à ordem econômica na lei concorrencial. In: Fábio Ulhoa Canto (Coord.). **Tratado de direito comercial, vol. 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 413.

<sup>192</sup> BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 1, 2015, p. 122.

<sup>193</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 417.

do conluio, a continuidade delitiva e a recusa de cooperar com a investigação. Ademais, dentre estas, salienta-se que o CADE reiteradamente vem aplicando ao líder do cartel, nos casos de condenação do conluio, a imposição de penas mais severas, que variam desde multas mais elevadas em relação aos demais conluentes, até declarações de idoneidade para licitar.<sup>194</sup>

Todavia, é a existência de sanções criminais que fundamenta a percepção de risco do infrator em optar pela delação. O temor de enfrentar um processo criminal pela prática da conduta anticompetitiva é a mais importante medida de dissuasão da prática das infrações. Como bem se sabe, o cartel é ilícito penal, com pena prevista de dois a cinco anos, e com possibilidade de exasperação se cumulado com outros crimes, à exemplo dos tipificados na Lei de Licitações.

De acordo com Martinez<sup>195</sup> a estratégia utilizada para atrair mais candidatos ao programa surgiu da frase de efeito *“we are after your clientes, in a good way or in a bad way”*<sup>196</sup>, por intermédio de uma coordenação do CADE com o Ministério Público Federal em promover instauração de processos penais contra os agentes conluentes. Como resultado, há estimativa de que até 2010, mais de 250 (duzentos e cinquenta) executivos respondiam criminalmente por formação de cartel, sendo que ao menos 29 (vinte e nove) destes já foram condenados por decisão definitiva, com pena superior aos cinco anos previstos na legislação específica.<sup>197</sup>

Com o advento da Nova Lei Antitruste, o cartel deixou de ser crime de menor potencial ofensivo, não estando mais sujeito à legislação dos Juizados Especiais, na qual encontram-se os benefícios de suspensão condicional do processo. Sendo assim, atualmente, com a condenação no âmbito penal, não há mais a possibilidade de substituir a pena restritiva de liberdade pelo pagamento de multa, o que até antes de

---

<sup>194</sup> ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Onze lições extraídas dos julgados do CADE em casos de supostos cartéis em licitação. In: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017, p. 252.

<sup>195</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Entrevista. In: ZANOTTA, Pedro (Coord). **Conversando com o CADE... e com a SDE**. São Paulo: Editora Singular, 2017, p. 222.

<sup>196</sup> Tradução livre: “nós estamos atrás dos seus clientes, seja por bem ou por mal”.

<sup>197</sup> DOS SANTOS, Flavia Chiquito. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Dissertação (metrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/pt-br.php>> Acesso em: 09 mar. 2018, p. 77.

2012 acontecia.<sup>198</sup> Logo, presume-se que com a referida mudança, o número de condenados a cumprir penas restritivas tenha aumentado consideravelmente.

Averigua-se, portanto, em linhas gerais, que o programa de leniência, se observados os fins a que se pretende, não só é hábil em reduzir os ganhos esperados com a conduta colusiva, diminuindo a expectativa de vida dos acordos, como também em majorar as perdas esperadas pelos cartelistas, aumentando a probabilidade de detecção e punição da conduta dos envolvidos, através da instauração de um ambiente insustentável de insegurança e traição na manutenção dos cartéis.

Com o oferecimento de recompensas significativas a somente um infrator, passa a se promover uma corrida entre os conluentes para a conquista do primeiro lugar. A premiação instiga os funcionários, empresários e demais membros a trair o cartel o mais rápido possível, a fim de receber a imunidade total, reservada a quem for mais ágil na delação.<sup>199</sup>

Dessa forma, o acordo possui função de incentivar a auto delação quando o CADE não possui nenhuma informação sobre o conluio ou ainda que já tenha conhecimento prévio, serve como forma de um auxílio complementar nas investigações visto a dificuldade em produzir provas pelo sigilo intrínseco na manutenção da existência dos cartéis pela sua forma de permanência reservada no mercado econômico afim de que consiga perpetuar com as atuações fraudulentas ao certame licitatório.

Importa, todavia, que as autoridades legislativas e concorrenciais reproduzam o contrapeso teórico das duas viáveis para a via fática, a fim de que sejam atendidos os propósitos de evitar formação dos cartéis, e desestabilizar e desestruturar aqueles que já existem, atentando-se para as variáveis econométricas da concorrência, e acompanhando a experiência estrangeira, no sentido de propiciar maior eficiência e efetividade à atuação do SBDC como um todo.

---

<sup>198</sup> FERNANDES, Paula Kovalski. A colaboração processual nos casos de cartel em face do princípio nemo tenetur se detegere. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 2, n. 1, 2014, p. 178.

<sup>199</sup> SALOMI, Maira Beduchamp. **O acordo de leniência e os seus reflexos penais**. Dissertação (mestrado) – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>> Acesso em: 03 abr. 2018, p. 132.

### 4.3 ANÁLISE DE DADOS

Pela instabilidade inerente aos cartéis, devido à falta de confiança entre os próprios membros do pacto restritivo pelo ilícito praticado, a desestabilização da sua configuração se tornou objetivo primordial dos órgãos de defesa da concorrência, aproveitando-se da fragilidade dos laços institucionais para garantir ao primeiro delator que confessar os crimes e agir em cooperação com a autoridade, imunidades que não alcançam os demais envolvidos no conluio.

Analisando mais pormenorizadamente o efeito da leniência no combate aos cartéis a partir de uma análise prática de dados fornecidos pelo CADE, fica evidente que com a vigência da Lei 12.529/11 houve progresso significativo na detecção e punição aos cartéis de forma geral.

Tal aprimoramento resta evidenciado não só a partir da quantidade de casos julgados, mas principalmente da quantidade de casos que foram abertos desde 2012. A isto, têm-se que com as alterações promovidas pela nova Lei, importantes atrativos foram assegurados ao infrator, o que instigou os conluentes a uma procura maior pela firmação do acordo.

Nesse desiderato, na opinião de Martinez, acerca das mudanças disciplinadas pela nova normatização legal, têm-se que o programa brasileiro de combate aos cartéis avançou inegavelmente desde a sua criação. O CADE não apenas passou a impor multas recordes para a condenação do cartel, como a justiça criminal passou a condenar os conluentes a penas que superaram cinco anos de reclusão.<sup>200</sup>

Observa-se então, que a partir da percepção do binômio entre o risco em sofrer severas penalidades por parte dos órgãos de defesa da concorrência, e a opção pela realização da delação perante as autoridades da concorrência, levando em consideração o aumento do oferecimento de significativas recompensas, a tomada de decisão pelos conluentes tornou-se muito mais fácil.

A amálgama destas mudanças estruturais de incentivos e transparência no programa de combate aos cartéis instigou o conspirador a colaborar com as autoridades antes

---

<sup>200</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 262.

que o outro aliado seu assim o fizesse, provocando uma verdadeira corrida pela imunidade nos últimos anos.

Nesta quadra, o papel da abordagem “*winner takes all*”, onde apenas o primeiro infrator recebe os benefícios da leniência, introduziu aos cartéis verdadeiro elemento subjetivo desestabilizador entre os seus integrantes, pois o risco de delação a qualquer tempo modifica os incentivos das firmas e gera contínuo sentimento de desconfiança entre os membros do conluio.<sup>201</sup>

Evidencia-se que, entre 2003 e 2011, o CADE apenas havia celebrado 23 pedidos de leniência, ao passo em que entre 2012 a 2018 esse número saltou para 81 acordos formalizados (incluindo a leniência *plus* e excluindo aditivos), ou seja, um aumento de 351% quanto às celebrações institucionalizadas.<sup>202</sup>

Ao total, foram assinados 83 acordos, 23 aditivos e 21 pedidos de leniência *plus*. Somente em 2017, por exemplo, 21 leniências foram firmadas, havendo em contrapartida, 12 pedidos de leniência *plus*. Até 30 de março de 2018, foram julgados 19 processos administrativos originários de 15 acordos de leniência envolvendo cartéis, e todos foram condenados.<sup>203</sup>

Importante frisar que até 2015 não havia nenhum pedido de leniência *plus* no Brasil, e desde o primeiro caso público noticiado naquele ano, outros 22 acordos foram formalizados perante o CADE, evidenciando a exponente procura pelas empresas e indivíduos pelos benefícios concedidos, propiciando a detecção de diferentes condutas anticoncorrenciais.

Não obstante, é importante ressaltar que a Operação Lava Jato representa 24% dos casos envolvendo o programa de leniência, sendo que dos 21 acordos firmados em 2017, doze se deram em razão de tal operação, e todos estes dizem respeito a supostos cartéis em licitação.<sup>204</sup>

---

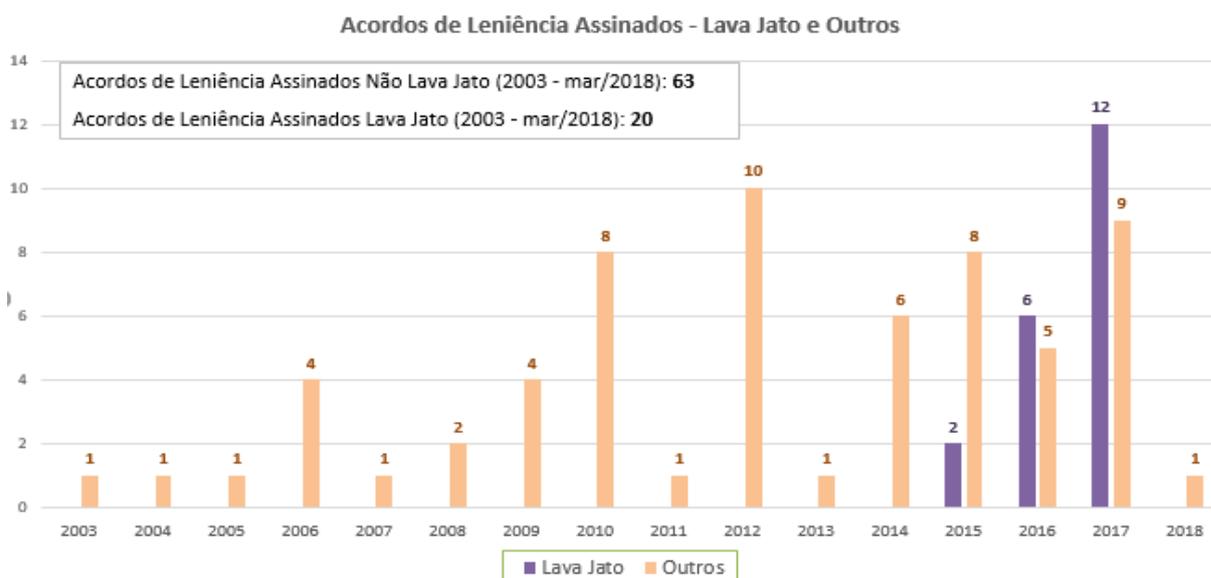
<sup>201</sup> OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; BRAGA, Marcelo José; PINHA, Lucas Campelo. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 4, n.1, 2016, p. 146.

<sup>202</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Programa de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>> Acesso em: 04 de maio de 2018, p. 03.

<sup>203</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>204</sup> *Idem*. **CADE investiga cartéis em licitações de infraestrutura e transporte rodoviário em SP**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-carteis-em-licitacoes-de-infraestrutura-e-transporte-rodoviario-em-sp>>. Acesso em: 04 de maio de 2018, p. 01.

Em termos absolutos, foram vinte acordos envolvendo conluios em contratações públicas firmados em razão de desdobramentos da Lava Jato:<sup>205</sup>



Os resultados positivos que a operação vem tendo podem ser justificados pela conjunção de esforços entre o CADE e o Ministério Público no sentido de fomentar os compromissos assumidos perante o Estado em garantir a leniência ao delator, privilegiando-se a segurança jurídica e a previsibilidade na firmação dos acordos, evitando que se inicie futuras persecuções penais em face do beneficiário.

Apesar da nova Lei não definir expressamente a atuação do Parquet na celebração da leniência, a preocupação de ambos institutos em aperfeiçoar o combate aos cartéis resultou na elaboração do Memorando de Entendimentos, em 2016, com escopo de formalizar a coordenação institucional contra a ordem econômica, tanto na fase investigativa, com a troca de documentos, quanto no procedimento de celebração, possibilitando que o MP também atue como signatário do acordo, garantindo maior previsibilidade ao proponente.<sup>206</sup>

O instrumento não só ressaltou o interesse comum na detecção e condenação dos cartéis, como destacou o precípua objetivo da cooperação entre os órgãos de repressão em maximizar a funcionalidade do acordo em restringir a racionalidade

<sup>205</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Programa de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 03.

<sup>206</sup> *Idem*. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Memorando de entendimento nº. 1/2016**. Relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp\\_tcc-e-acordos-de-colaboracao\\_15-03-2016.pdf](http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf)>. Acesso em: 10/03/2018, p. 04.

econômica dos conluentes, assegurando a atratividade do programa como política de combate, a partir da formalização da parceria corporativa na persecução aos cartéis, deixando os infratores mais seguros ao optarem pela leniência.

Indo além, no que se refere as multas aplicadas, a expansão do número de acordos contribuiu para um significativo dilatamento do valor arrecado aos fundos públicos. Desde maio de 2012, foi recolhido, aproximadamente, o montante de 5.830.942.181,12 (cinco bilhões, oitocentos e trinta milhões, novecentos e quarenta e dois centavos, cento e oitenta e um reais e doze centavos) dentre penalidades aplicadas em processos administrativos e contribuições pecuniárias em Termos de Cessação de Conduta.<sup>207</sup>

Do *quantum* total, a multa de 3.321.733.616 (três bilhões, trezentos e vinte e um milhões, setecentos e trinta e três mil e seiscentos e dezesseis reais) decorreu do julgamento de apenas um único caso, em que foram condenadas empresas, associações e pessoas físicas pela formação do cartel no mercado de cimento, em 2014.<sup>208</sup>

Pelo exposto, conclui-se que a razão para a ampliação de tais resultados reside, parcialmente, no desenvolvimento da transparência e segurança jurídica do instituto, garantindo maior previsibilidade ao destinatário do programa, aumentando a atratividade do acordo.

Além disso, o reforço da agenda do *enforcement*, através da coordenação da leniência com os termos de compromisso de cessação e demais órgãos da Administração, também permitiram a sedimentação institucional e coesa da autarquia na arrecadação de multas e aplicação de demais penalidades.<sup>209</sup>

Os esforços empreendidos para garantir o aperfeiçoamento dos incentivos do programa possibilitou que fosse dirimida a insegurança de eventuais proponentes, aumentando a confiabilidade do instituto e trazendo maior clareza aos efeitos que o

---

<sup>207</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanco de Gestão 2014 a 2017** – Superintendência Geral. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>> Acesso em: 16 abril de 2018, p.18.

<sup>208</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>209</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques. A evolução do Antitruste no Brasil – A política de defesa da concorrência sob a Lei 12.529/11. In: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**, 2017, p. 31.

programa pretende aduzir, garantindo maior aceitação tanto por parte de eventuais signatários, como pelas demais entidades que atuam em conjunto com o CADE na persecução aos cartéis.

Importante frisar ainda que com a égide da vigência da Lei 12.529, em maio de 2012, mudanças relevantes foram incorporadas ao quadro institucional aplicável aos cartéis em licitação, destacando-se a leniência como importante ferramenta no avanço da política de combate à tais infrações à Administração Pública.

Dentre as alterações efetuadas, destacam-se a extensão dos benefícios concedidos pelo programa de leniência às empresas do mesmo grupo econômico, bem como a possibilidade de o líder do cartel ser aceito como proponente do acordo.

Todavia, foi na ampliação da imunidade penal que se deu a principal mudança trazida pela Nova Lei de Defesa da Concorrência. Atualmente, há suspensão do curso do prazo prescricional e impedimento do fornecimento de denúncia com relação ao colaborador não só apenas aos crimes tipificados na lei de infrações à ordem econômica, como também àqueles diretamente relacionados à prática do cartel, com referência direta à Lei de Licitações<sup>210</sup> e ao art. 288 do Código Penal Brasileiro.<sup>211 212</sup>

Essas novas disposições legais geram incentivos econômicos maiores aos agentes que estejam em um mesmo cartel ou que tenham fraudado o certame licitatório, tornando mais fácil a escolha pela leniência, ao passo de que, de outra forma, a tomada de decisão para formalizar a delação seria muito mais complexa e difícil.

Desta forma, pode-se afirmar que a atual legislação demonstrou ter extrema importância na crescente relevância do instituto para a defesa da concorrência, e isto pelos esforços contínuos da agenda defesa antitruste em garantir segurança jurídica e transparência aos signatários na firmação de acordos cada vez mais bem

---

<sup>210</sup> **Art. 87.** Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

<sup>211</sup> **Art. 288.** Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

<sup>212</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Combate a cartéis em licitações. **Jota**. 28 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/combate-a-carteis-em-licitacoes-28072017>> Acesso em: 04 de maio de 2018, p. 3.

elaborados, fato esse que deu início a uma procura muito maior pela celebração do acordo.

Ante o exposto, não restam dúvidas de que o progressivo e contínuo incremento da política de leniência direcionam-se a uma sedimentação institucional do programa no país, ressaltando, sobretudo, o crescente número de cartéis em licitação descobertos desde a sua implementação. A amplificação dos resultados não só demonstra a capacidade do instituto em fazer cessar a infração à ordem econômica, como induz em verdadeiro desestímulo à formação da prática do cartel, levando em consideração a tendência a aplicação de penas cada vez mais severas aos infratores detectados e condenados pelo CADE.

#### 4.4 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA PRÁTICA: ESTUDOS DE CASOS

Como visto, apesar do CADE vir desenvolvendo aparatos na detecção de ofício a condutas anticoncorrenciais, como realizações de busca e apreensão, fiscalização ao comportamento das empresas e maior cuidado ao auferir os atos de concentração, em algumas situações que exigem maior intensidade investigativa, a atuação da autarquia demonstra possuir pouca ou nenhuma expressividade em perquirir determinados ilícitos.

Considerando a grande complexidade que gira em torno dos cartéis *hard core*, intrínseca a sua própria natureza, o alto custo investigativo e na demora do desenrolar dos procedimentos em razão da dificuldade em se obter provas do ilícito, presume-se ser improvável que os cartéis mais estruturados sejam detectados pelas autoridades sem a utilização dos acordos de leniência, impossibilitando conseqüentemente, que os danos causados ao erário da Administração Pública consigam ser reparados

Com efeito, para uma melhor compreensão acerca do programa da leniência, promover-se-á uma análise de alguns dos casos emblemáticos que envolvem fraudes a licitações públicas, destacando-se o *modus operandi* dos conluíus, a aplicação das penas pelo Tribunal e as benesses propiciadas pelo instituto da delação.

À título de justificativa, é pertinente salientar que a escolha dos casos a seguir abordados se deu em razão de serem os únicos processos administrativos públicos

julgados e, portanto, concluídos, que tratam de cartéis em licitações derivados de Acordo de Leniência. Apesar de ser um número aparentemente ínfimo, registre-se que, atualmente, outras tantas ocorrências estão em tramitação no CADE, apenas aguardando julgamento. Sobreleva-se ainda que apenas em 2017, 33 (trinta e três) pedidos, incluindo àqueles referentes à leniência *plus*, foram formalizados perante a Superintendência Geral, o que impende a presunção de que, muito provavelmente, em alguns anos, esse número se elevará em demasiado.

Nesse esteio, a partir da inteligência do *leading case* brasileiro, que marcou o sistema de repressão às infrações à ordem econômica, promovendo grande mudança estratégica na atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, verificou-se que o mecanismo da leniência não só viabiliza soluções mais céleres e eficientes por parte das autoridades antitruste, como também promove efeitos dissuasórios na formação e manutenção dos cartéis.

As últimas duas ocorrências estudadas dizem respeito à julgados mais recentes, e ressaltam o fato de que todos os três casos relatam situações em que os órgãos da concorrência não faziam ideia da existência de tais acordos restritivos, haja vista que perduraram por período considerável, e conseqüentemente, causaram alto prejuízo às custas do Estado.

Dentre as variáveis averiguadas, algumas chamaram mais atenção. Em caso de líderes, por exemplo, há tendência em se recrudescer na aplicação das sanções administrativas, ressaltando o papel destes na coordenação do cartel.

Alguns outros aspectos também foram destacados, como a atribuição de obrigações de não fazer como uma das principais medidas sancionatórias, e a coordenação institucional do CADE com o Ministério Público, bem como com demais organizações institucionais de âmbito internacional, consoante o caso das Mangueiras Marítimas, tornando mais fácil a persecução investigativa na obtenção de provas, além de garantir maior efetividade na adoção de medidas necessárias para o combate aos cartéis, facilitando todo o aparato persecutório.

Sendo assim, passa-se a proceder com o relato dos processos finalizados decorrentes de acordos de leniência que resultaram na identificação, punição e aplicação de severas multas às pessoas naturais e jurídicas envolvidas em cartéis em licitações públicas.

#### 4.4.1 *Leading case: cartel dos Vigilantes*

O primeiro acordo de leniência firmado na história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi em 08/10/2003, trazendo no polo ativo o CADE, e no polo passivo os Srs. Rubem Isnar Baz Oreli, Alexandre Luzardo da Silva e a empresa Vigilância Antares Ltda.

O Processo Administrativo 08012.001826/2003-10 foi instaurado em 29/10/2003, contra 55 representadas, e culminou com a condenação de várias pessoas físicas e jurídicas atuantes no ramo de vigilância, no Rio Grande do Sul, pela prática do cartel em licitações públicas e privadas tendo como alvo principalmente a Superintendência Regional da Receita Federal do Rio Grande do Sul e a Secretária Municipal de Saúde de Porto Alegre. *In verbis*:

Ementa: Processo Administrativo. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Provas Concretas. Gravações telefônicas. Documentos Apreendidos. Condenação das representadas e seus dirigentes. Penas de multa, proibição de licitar e contratar. Publicação em jornal. Benefícios do acordo concedidos.

Considera-se que o Cartel dos Vigilantes foi o marco de uma política mais sofisticada de repressão aos cartéis no Brasil, haja vista que anteriormente as políticas antitruste centralizavam-se basicamente no controle de concentrações, resultando em um número ínfimo de cartéis condenados.<sup>213</sup>

Com o apoio dos atores do Poder Executivo Federal, foram expedidas buscas e apreensões nas empresas e associações de classe que permitiu que as autoridades concorrenciais tivessem acesso a provas diretas que materializaram as fraudes às licitações.

De acordo com a documentação trazida aos autos, o cartel teria iniciado suas atividades em 1990, tendo sido formalizado em 1994 com a criação da Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul, também conhecida como ASSEVIRGS. Eram realizadas reuniões a cada segunda-feira na sede do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado do Rio Grande do Sul

---

<sup>213</sup> DOS SANTOS, Flavia Chiquito. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/pt-br.php>> Acesso em: 09 mar. 2018, p. 69.

(SEVERGS), composto pelos mesmos membros da ASSEVIRGS, ocasião em que os agentes infratores levavam os editais das licitações a ocorrer durante a semana e definiam o preço padrão a ser adotado e quem seria o vencedor, além de preverem subornos aos funcionários públicos encarregados da elaboração do edital.

A coordenação do conluio era manuseada pelo Secretário Executivo da ASSEVIRGS, que mesmo não participando do quadro societário de nenhuma das empresas, recebia porcentagem em cima de cada contrato formalizado.

O sindicato era o meio mais utilizado para troca de informações, nesse passo, os cartelistas exigiam altíssimos pagamentos financeiros para que as empresas se filiassem a este, com vistas a compensações futuras com o conluio. Em paralelo, utilizavam-se de troca de e-mails e envelopes nas semanas antecedentes aos certames.

Foi apurado que as empresas em conluio atuavam realizando rodízios entre os participantes, oferecendo preços de cobertura para favorecer o conluente pré-definido como vencedor, além de praticarem preços predatórios, ofertando propostas subfaturadas nas licitações em que participassem empresas de fora do cartel, com o objetivo de excluir o concorrente do mercado, e posteriormente compensar as perdas e danos entre os agentes envolvidos na infração com contratos superfaturados. Tudo isso de forma a maquiar o ambiente competitivo, simulando ampla concorrência nas contratações, maximizando os lucros e prejudicando toda a sociedade ao desviar a atenção das autoridades para as fraudes realizadas.

À exemplo, em pelo menos onze licitações, apenas a empresa Rota-Sul tinha representante credenciado na sessão de habilitação, em outras sete licitações não houve nenhuma empresa classificada, senão a Rota-Sul. Em outra situação, de 35 (trinta e cinco) desclassificações ocorridas em 14 (quatorze) licitações, todas se deram por não ter havido proposta ou por apresentação de preço excessivo.

No caso das licitações privadas, os integrantes se reuniam para decidir qual o preço a ser oferecido, de forma a sempre obter em resultado uma grande margem de lucro em cima dos contratantes. Já nas contratações públicas, os cartelistas realizavam sorteio para decidir quem seria o “concorrente” vencedor, compatibilizando a prévia escolha com as horas de trabalho dos vigilantes e com o sistema de rodízio, de modo que sempre houvesse uma divisão igualitária entre os infratores.

Ademais, alguns fatores propiciaram a formação do conluio, ressaltando o número reduzido de empresas, o caráter da licitação e a homogeneidade do produto, vez que o serviço prestado poderia ser facilmente realizado por qualquer um dos conluentes. Some-se a isso o contexto de barreiras à entrada provocado pelos próprios cartelistas, oriundas de exigências regulatórias que impunham punição as empresas que não aderissem ao cartel.

Ponto que merece destaque diz respeito a atuação do Sindicato como fiscalizador das empresas que não se alinhavam com a organização restritiva, promovendo denúncias aos órgãos públicos. O presidente costumava realizar notificações para fiscalizações trabalhistas, além de estimular denúncias ao INSS e à Receita Federal em desfavor das rivais. Nesta senda, a presença da organização propiciou o contato e troca de informações sobre a conduta entre os agentes conluentes, de modo a reduzir os custos organizacionais e de monitoramento do cartel.

Por conseguinte, com o acordo de leniência, foi possível a obtenção de um conjunto probatório satisfatório, extensivo e bem delineado, atingindo o número de mais de 8.000 (oito mil) páginas dos autos. A denúncia continha evidências diretas da transgressão, inclusive testemunhos de funcionários que corroboraram com o que foi delatado pelo proponente.

Segundo informações obtidas junto ao relatório do caso<sup>214</sup>, o Conselheiro Abraham Benzaquen Siscú ressaltou que o fiel cumprimento das obrigações pactuadas pelos signatários do acordo, culminou com a identificação dos demais cúmplices da infração e no conhecimento de detalhes intrínsecos da formação do cartel que de outra forma, seria muito difícil conseguir. Foi possível a aquisição de uma série de evidências, inclusive, gravações telefônicas determinantes, e apreensão de documentos explícitos relatando a organização do conluio.

Por esse motivo, foi decidido por unanimidade, quando do julgamento do processo em 19 de setembro de 2007, a aplicação das benesses aos proponentes do acordo, extinguindo quanto a estes a pretensão da ação punitiva e inaplicação de demais

---

<sup>214</sup> BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10**, Conselheiro Relator: Abraham Benzaquen Siscú, Brasília, DF, data de julgamento em 21/09/2007. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3T17Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9WHkC5hFBzPeC-0FLpFExoICQ4Xv4LupHk2xoSXA3qfvmXHnxGQTNaJdF7dMStZr0s58Gfno6aCkoAlsxDx9R](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3T17Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9WHkC5hFBzPeC-0FLpFExoICQ4Xv4LupHk2xoSXA3qfvmXHnxGQTNaJdF7dMStZr0s58Gfno6aCkoAlsxDx9R). Acesso em: 14 de maio de 2018, p. 8269.

penalidades de toda a Administração Pública. Quanto aos infratores delatados, imputou-se condenação à infração à ordem econômica.

Na estruturação da definição da multa, o relator utilizou-se de três momentos distintos: inicialmente, fixou a multa-base para todas as empresas cartelistas em 15% do faturamento bruto de 2002 ressaltando o falseamento completo de todo o processo competitivo; logo após passou a analisar as hipótese de agravantes, aplicando aos líderes do cartel acréscimo de 5% na pena, bem como em mais 5% aos seus dirigentes; e por fim, fixou a multa final a partir da individualização da efetiva participação de cada membro infrator na desenvoltura do conluio.

Em 17 de julho de 2008, a 3ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal prolatou sentença confirmando a decisão de mérito do CADE, mantendo-a em todos os seus termos.

Na mesma linha, na seara penal, a cooperação entre a hoje extinta Secretaria de Direito Econômico e o Ministério Público resultou na instauração de procedimentos criminais, inclusive contra as pessoas físicas envolvidas no cartel, com exceção do beneficiário da leniência. Sete executivos foram condenados a penas de reclusão que variavam de dois anos a dois anos e seis meses.<sup>215</sup>

A quantia total dessas multas foi superior a R\$ 40 milhões, e recaiu sob três associações de classe e 16 empresas envolvidas na infração, que também restaram proibidas de participar em licitações pelo período de cinco anos, incluindo qualquer forma de contratação emergencial ou ainda de prorrogarem os seus contratos.

Ante o exposto, resta claro que as provas trazidas aos autos foram suficientes para a condenação de todos os envolvidos, eis que se demonstraram robustas na corroboração da infração, evidenciando-se de tal forma que sem a colaboração dos agentes beneficiários da leniência, seria difícil que o conjunto probatório fosse tão sólido como posto no presente caso, o que conseqüentemente, dificultaria uma posterior condenação dos agentes econômicos infratores.

Tal precedente tornou-se base para instauração de outros tantos processos, além de consagrar o acordo como um dos meios mais eficientes em garantir a aplicação das

---

<sup>215</sup> SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – SDE/MJ. **Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**, 2009. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_licitacao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view)> Acesso em: 22 de abril de 2018, p. 19.

leis concorrenciais e cessar a conduta ilícita, de forma a reestabelecer a concorrência no mercado.

#### 4.4.2 Cartel das Mangueiras Marítimas

Em 13/08/2017, um grupo composto por pessoas físicas e jurídicas assinaram acordo de leniência perante a SDE, trazendo fatos e evidências relacionados à infração à ordem econômica relativa a existência de suposto cartel internacional no mercado das Mangueiras Marítimas, que se utilizava da fraude às licitações públicas no Brasil e ao redor do mundo, a partir de fixação de preços e divisão de mercados. Tal acordo culminou no Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18<sup>216</sup>, julgado em 25/02/2015. Veja-se a ementa:

Ementa: Processo Administrativo. Acordo de leniência. Cartel internacional. Mangueiras marítimas (*marine hoses*). Rejeição de todas as preliminares. Prescrição reconhecida em favor da Sumitomo e da Hewitt-Robins. Termos de Compromisso de Cessação firmados pelas Representadas Manuli, Trelleborg, Parker, Bridgestone e Dunlop. Fixação de preços e de descontos, divisão de mercados, alocação de projetos, trabalhos não-vencedores, propostas de cobertura e supressão de concorrência por apoio mútuo entre concorrentes. Existência de coordenador do cartel. Estimativa de dano do cartel. Efeitos no Brasil.

Na oportunidade, uma das companhias envolvidas, ao celebrar o acordo de leniência, forneceu mais de mil páginas de documentos demonstrando fortes indícios da prova do cartel, incluindo detalhes do seu *modus operandi*. Em consequência, as autoridades antitruste empreenderam esforços na realização de busca e apreensão, a fim de que mais elementos sólidos fossem tolhidos, o que, de fato, ajudou amplamente na condenação dos conluentes.

Com efeito, o cartel teria sido constituído no início da década de 1980 e perdurado até 2007, período em que os Representados, por intermédio de reuniões ao redor do mundo, teriam fixado preços e alocado o mercado, clientes e volumes de mangueiras

---

<sup>216</sup> O processo originário foi desmembrado no de nº 08012.001127/2010-07, instaurado em 03 de novembro de 2009 e julgado em 04/04/2016, sob a justificativa de que o grande número de Representados e de atos internacionais poderia comprometer a celeridade e eficiência do processo. Neste, sete pessoas naturais estrangeiras foram condenadas ao pagamento de multa no valor de R\$ 3.442.363,5 (três milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil, trezentos e sessenta e três reais, e cinco centavos). Além disso, a todos foram atribuídos a pena de proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como requerente da pessoa jurídica pelo prazo de cinco anos.

marítimas, utilizando-se inclusive de uma consultoria especializada para tanto. No que tange às compras públicas, o principal alvo do conluio era a Petrobrás, que realizava seus pedidos por meio do “Pedido de Compras de Materiais” e era o principal adquirente das mangueiras marítimas do país.

Segundo os Representados, os projetos da Petrobrás eram previamente negociados entre os cartelistas a fim de alocar o fornecimento ao membro declarado como campeão, compensando em outros países os demais adeptos, que ofereciam propostas de cobertura para falsear a disputa.

À época, o vencedor era definido antes da licitação ocorrer, e os demais membros do cartel suprimiam suas propostas ou apresentavam ofertas desarrazoáveis. Ao escolher o ganhador, cada uma das empresas já sabiam o montante auferido em cada situação, e esperavam a sua vez em um esquema de rodízio e compensações, utilizando-se de um sistema sofisticado para camuflagem do acordo. Estima-se que os danos causados à economia brasileira tenham superado a cifra de R\$ 40 milhões.

Outrossim, consoante fora divulgado na delação, havia orientação no sentido de que, quando qualquer das empresas participantes recebessem proposta de orçamento, deveriam comunicar imediatamente ao coordenador do cartel, que iria calcular os preços apropriados para oferecerem aos contratantes. Ainda, era o líder quem definia os vencedores da licitação, a partir de análises sobre histórico do fornecimento, preferências do cliente e situação de *market share*.

Os entendimentos teriam sido firmados através de reuniões periódicas para tratar dos temas do conluio, incluindo conversas por fax, e-mails e telefone, momento em que o coordenador distribuía planilhas com a alocação vigente dos projetos, possibilitando que os participantes verificassem suas participações distribuídas no mercado.

Os membros pagavam anualmente cerca de U\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares) pela prestação dos serviços de consultoria externa, que consistia na organização e monitoramento do cartel, bem como na escolha de um “campeão” para os pedidos de cotação do cliente e, conseqüentemente, a escolha de um preço padrão a ser adotado pelos demais envolvidos. Caso algum membro violasse o pacto de não competição, era punido pelos demais partícipes, e as possibilidades de sanção eram previstas em uma espécie de “comitê técnico” formulado conjuntamente pelos integrantes do cartel.

Ao final de cada encontro, era reduzido a termo um resumo indicando a revisão das principais atividades. Um dos documentos apresentados no momento da celebração do acordo de leniência foi a ata de uma reunião realizada em dezembro de 2000, que trazia as principais atividades e objetivos a serem perquiridos pelo coordenador, destacando-se a maximização dos preços e lucratividade, a garantia de segurança ao vencedor nomeado, e a fiscalização da conduta dos participantes, que seriam punidos em caso de descumprimento das regras impostas.

Conforme apontou o Conselheiro Relator do caso, alguns elementos favoreceram a existência do cartel das mangueiras marítimas, destacando-se o reduzido número de agentes, a homogeneidade do produto, e existência significativas de barreiras à entrada. Vale destacar que ao discorrer sobre as compras governamentais, o mesmo ressaltou que, por vezes, o princípio da continuidade dos serviços públicos costuma favorecer os agentes conluentes em detrimento da Administração, vez que “o particular aproveita-se da necessidade de contratação refletida no edital, deixando o comprador à mercê das condições artificialmente fixadas entre os ofertantes.”<sup>217</sup>

Ao decorrer da atividade processual, o MPF e a Procuradoria especializada junto ao CADE proferiram parecer no sentido de extinguir a punibilidade quanto às infrações praticadas pelos signatários do acordo, bem como pelo arquivamento do processo administrativo relativo às empresas que firmaram Termo de Compromisso de Cessação da Prática, o que foi acatado pelo Tribunal do CADE.

Nesse sentido, no âmbito do processo administrativo, o Conselheiro Relator condenou três pessoas jurídicas e uma pessoa física, nos termos do art. 36 da Lei 12.529/11, alegando a comprovação dos efeitos do cartel, especialmente por meio de licitações fraudadas, arbitrando à estas o pagamento de multas, que em conjunto, culminaram no montante equivalente à R\$ 13.561.747,5 (treze milhões, quinhentos e sessenta e um mil, setecentos e quarenta e sete reais, e cinco centavos).

Outrossim, as punições não pecuniárias às pessoas jurídicas concentraram-se na proibição de contratar linhas de crédito em que haja recursos públicos, vedação de

---

<sup>217</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº. 08012.010932/2007-18**, Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Junior, Brasília, DF, data de julgamento em 25/02/2015. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJD3Tl7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8hSdlzsCGI8bC5fEICDy9a1Y2GREOSvEOuZrYqL2sQZjoO1Elb4Slao5na1BoqxyLOj3cnJZU-TJtSmGCRqknt](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3Tl7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8hSdlzsCGI8bC5fEICDy9a1Y2GREOSvEOuZrYqL2sQZjoO1Elb4Slao5na1BoqxyLOj3cnJZU-TJtSmGCRqknt). Acesso em: 14 de maio de 2018, p. 54.

participação de licitações pelo prazo de 5 (cinco) anos, bem como a inscrição das Representadas no Cadastro de Defesa do Consumidor e a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não concedam parcelamento de tributos federais devidos, e caso já existam, que fossem estes cancelados, no todo ou em parte, além de impossibilitarem a concessão de incentivos fiscais ou subsídios públicos, nos termos do art. 38, IV da Lei Antitruste.

Sobreleve-se ainda que, a investigação do cartel também foi realizada pelos Estados Unidos, Reino Unido, Japão e Comissão Europeia. Não obstante, a Comissão Europeia celebrou acordo de leniência com uma das empresas conluentes, que na oportunidade, através de comunicação com o CADE, confirmou as informações repassadas à autoridade pelo signatário do Brasil.<sup>218</sup>

Ademais, nos Estados Unidos, os agentes de defesa da concorrência celebraram acordo com três das empresas envolvidas, ensejando a arrecadação do montante no valor de multa de mais de U\$ 9 (nove) milhões de dólares, além de prenderem oito executivos envolvidos na organização do cartel, sendo que seis destes confessaram o envolvimento no ilícito perante o poder judiciário.<sup>219</sup>

Não obstante, pelo alto grau de institucionalização do conluio e lesividade da conduta, levando em conta que os encontros aconteciam ao redor do mundo e envolviam estratégias dos mais diferentes tipos, o acordo de leniência demonstrou-se instrumento eficiente para garantir a persecução em escala mundial, com condenação em diversos países, além de promover a aproximação do CADE com outros órgãos antitruste cujo programas já são consolidados, de forma a promover a nova estrutura de defesa da concorrência no Brasil e possibilitar a integração das agências no desenvolvimento ao combate dos cartéis internacionais, sobretudo àqueles mais complexos, cujos efeitos perduram no tempo.

---

<sup>218</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 480.

<sup>219</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

#### 4.4.3 Cartel de Manutenção Predial

O último caso a ser analisado diz respeito a mais recente condenação por cartel formado no âmbito de licitações públicas, instaurado pela SDE a partir da celebração do acordo de leniência, firmado em 23/06/2006. O Processo Administrativo de nº 08012.006130/2006-22<sup>220</sup>, julgado em 06/11/2017, resultou na condenação de três empresas envolvidas em fraudes a compras públicas e privadas no mercado de serviços de manutenção predial, conforme simplifica a ementa a seguir:

EMENTA: Processo Administrativo. Suposta prática de cartel em licitações privadas e públicas. Infrações descritas no art. 20, inciso I c/c art. 21, incisos I, III e VIII, ambos da Lei nº 8.884/94, correspondentes ao art. 36, I, e seu §3º, I, alíneas “a”, “c” e “d”. Mercado nacional de serviços de manutenção predial. Parecer da Superintendência-Geral pela condenação das Representadas e extinção da pretensão punitiva dos beneficiários da leniência e das Signatárias do TCC. Parecer da Procuradoria-Federal especializada junto ao CADE pela condenação parcial das Representadas. Parecer do Ministério Público Federal pela condenação parcial das Representadas. Voto pela condenação parcial das Representadas e pela extinção da pretensão punitiva em relação aos beneficiários da leniência.

A empresa Emerson Sistemas de Energia Ltda e seus funcionários: Sr. Gustavo Algodal Nogueira Anselmo, Sr. Alex Flore Paulino, Sr. Celso Tadayoshi Eto e Sr. Américo Rodotá Stéfano, signatários do acordo, além de confessarem a participação e coautoria na conduta, apresentaram informações e documentos comprobatórios acerca da existência de cartel, formado por nove empresas, para combinação e fixação de preços e divisão de mercado em concorrências privadas para contratação de serviço de manutenção predial. Muito embora apenas tenham assumido envolvimento no que tange as compras privadas, aduziram que haveria a possibilidade de extensão da prática a outros mercados pelos demais conluentes, abrangendo inclusive o setor de licitações promovidas por órgãos governamentais.

Com base nas informações coletadas, a SDE determinou a realização de averiguação preliminar sigilosa perante as pessoas físicas, bem como solicitou a Advocacia Geral

<sup>220</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Processo administrativo n. 08012.006130/2006-22**. Processado: Emerson Sistemas de Energia Ltda. Conselheiro Relator: Paulo Burnier da Silveira, Julgado em 06/11/2017, disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO7X\\_zeTy6nioQaRkk2RtPLPjGRVjniA5EntJWmVaWh9FMWZ1c4XgLF6Lfdate6U\\_HEI3Nn6hWYv6qLRbxJe6QN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO7X_zeTy6nioQaRkk2RtPLPjGRVjniA5EntJWmVaWh9FMWZ1c4XgLF6Lfdate6U_HEI3Nn6hWYv6qLRbxJe6QN). Acesso em: 03 jun. de 2018.

da União que requeresse, perante o Judiciário, a expedição de busca e apreensão a fim de recolher novas provas nas sedes das empresas. Após as operações realizadas nos estabelecimentos das Representadas, não só foram colhidos indícios quanto a existência de cartel em licitações privadas, como também em mercados relacionados a contratações públicas, obtidos através de e-mails, planilhas e cadernos identificados pelos próprios envolvidos.

Em contrapartida ao apurado pela Superintendência Geral, as Representadas, em sede de defesa, arguíram que não havia certeza quanto à existência do cartel, tanto pela elasticidade da demanda quanto pela ausência de barreiras à entrada, não havendo poder de barganha ou de assimetria entre os agentes contratantes e contratadas.

Em tempo, o Tribunal Antitruste afastou a argumentação apresentada, esclarecendo que em casos de típicos cartéis hard core, como o presente, é desnecessário averiguar os efeitos econômicos gerados pelas condutas lesivas, haja vista que pela própria natureza destes acordos, presume-se não existir qualquer possibilidade de haver repercussões concorrenciais positivas ao mercado.

Sendo assim, seria legítimo considerar, a partir da comprovação de regularidade do conluio, que as partes envolvidas detinham ampla capacidade de influenciar preços e demais condições de oferta, mesmo que não se calcule a exata dimensão do nível de participação destas. Para além disso, todas as provas documentais trazidas aos autos deslegitimam qualquer outra intervenção acerca dos efeitos, levando em conta que por se tratar de ilícito *per se*, a existência da conduta e o nexó causal são elementos suficientes para ensejar a responsabilidade dos infratores.

Nesse sentido, verificou-se que o cartel atuou no mercado a partir de 2000 até a data do cumprimento dos mandados de busca e apreensão na sede das companhias, sendo composto por um grupo de empresas concorrentes cujos funcionários compartilhavam informações estratégicas sobre preços em concorrências públicas e privadas.

Assim, não só fixavam preços a serem adotados pelos cartelistas, como definiam quem participaria e ganharia os certames, seja através de combinação de valores, supressão de propostas, esquemas de rodízios entre os integrantes ou apresentação de propostas fictícias, com intuito de conferir normalidade à licitação.

Com efeito, quando o edital de alguma contratação era divulgado, os participantes já alinhavam previamente qual das empresas iria “concorrer” ou ainda, quais outras iriam atuar como supostas concorrentes manipulando as ofertas a serem apresentadas, deixando a aparência de que o certame estaria de fato sendo disputado.

Dentre os documentos que comprovaram a existência do cartel, destacam-se: um glossário dos termos a serem utilizados pelos cartelistas, com intuito de dificultar a detecção da conduta; organização de tabelas identificando os serviços e certames objeto de acordo e detalhes da estratégia comercial a ser adotada; troca de e-mails discutindo a divisão de mercado, inclusive com utilização de pseudônimos para obstaculizar a identificação dos agentes; registros de reuniões contendo informações sobre licitações fraudadas; planilhas altamente complexas e organizadas identificando cada proposta; dentre outros.

De acordo com as informações que constam nos autos, acredita-se que os cartelistas fraudaram o caráter competitivo de procedimentos licitatórios de ao menos trinta e dois órgãos públicos, concentrados principalmente nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro.

A priori, quatro empresas foram condenadas, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, aplicando-se pena de multa no valor total de R\$ 54.742.630,29 (cinquenta e quatro milhões, setecentos e quarenta e dois mil, seiscentos e trinta reais e vinte e nove centavos). Ademais, somado a tudo isto, foi imposta à Representada Projetos Engenharia, Comércio e Montagens Ltda., em razão de sua posição de co-liderança no cartel, pena de proibição de participação em certames públicos realizados pela Administração, seja por entidades diretas ou indiretas, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

No entanto, após a publicação da decisão, a condenada RMZ Ltda., apresentou embargos de declaração com efeitos infringentes ao CADE, oportunidade na qual, o Tribunal acolheu a pretensão e revogou a condenação da embargante, revelando a ausência de qualquer prova direta, indireta ou até mesmo indícios que vinculem a parte em questão com a conduta do cartel, acarretando, por fim, no arquivamento do processo com relação a empresa.

Com isso, o total de multas impostas pelo processo administrativo, e contribuições pecuniárias provenientes de TCCs, passou a ser de R\$ 53.760.184,68 (cinquenta e

três milhões, setecentos e sessenta mil, cento e oitenta e quatro reais e sessenta e oito centavos).

Os documentos apreendidos e as provas produzidas durante a instauração processual comprovaram que as instauradas se reuniam com o objetivo de fraudar certames, coordenado o preço estipulado e dividindo o mercado de atuação, de forma a obter para si lucros exorbitantes em detrimento dos processos competitivos de contratação de serviços de manutenção predial.

Percebe-se de tal forma que as informações prestadas pelos beneficiários foram imprescindíveis para a abertura da investigação, sobretudo pela comprovação das fraudes à licitação pública, haja vista que caso contrário, as autoridades do SBDC dificilmente teriam conhecimento acerca de tais infrações à ordem econômica, e nunca recuperariam os danos causados ao erário.

Por esta razão, o Tribunal do CADE determinou a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor dos signatários do acordo, destacando a precisa cooperação dos colaboradores frente à conclusão do caso ao se comprometerem em cessar a conduta ilegal, denunciar demais coautores e apresentar documentos detalhados acerca da infração ora investigada.

## 5 CONCLUSÃO

Após a apresentação das problemáticas enfrentadas no presente trabalho, pode-se concluir que as licitações caracterizam-se como ambientes favoráveis à formação dos cartéis, e isto porque a rigidez inerente ao edital e a extrema publicidade envolvendo o teor das propostas e a identidade dos licitantes, facilitam a coordenação de interesses entre os sujeitos infratores, que por sua vez, possuem o precípua objetivo de maximizar os lucros obtidos com a adjudicação de propostas em desfavor dos interesses da Administração Pública, em prol de seus proveitos particulares.

Por ser assim, tais conluios representam uma das maiores, e mais graves, infrações à livre concorrência, uma vez que a partir da fixação de preços, supressão de propostas ou divisão de clientes e mercados de atuação, prejudicam de maneira brutal o Poder Público e, conseqüentemente, toda a coletividade, ao tornar os bens e serviços mais caros e, por vezes, indisponíveis, impedindo que o Estado empregue os recursos dispendidos em excesso em outras tantas necessidades sociais.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ciente dos potenciais efeitos prejudiciais que os cartéis formados em contratações públicas causam na sociedade, modificando toda a estrutura alocativa da Administração Pública, optaram por adotar uma postura leniente perante os infratores, desde que tal passividade possibilitasse a condenação dos demais coautores do ilícito e findasse a conduta delitiva, aproveitando-se da fragilidade dos laços institucionais para garantir ao primeiro delator, que confessar os crimes e agir em colaboração, imunidades que não alcançarão os demais cartelistas.

A experiência internacional deu prova cabal de que a adoção de um programa de leniência transparente, coeso e abrangente, é estratégia eficiente para incrementar sobremaneira o combate a formação do *bid rigging*, alterando todo o incentivo à continuidade da conduta delitiva, de modo a deter a formação do cartel, afetando sua estabilidade diante do risco de percepção à delação, além de possibilitar a obtenção de um conjunto probatório relevante e eficaz perante o Tribunal Antitruste, capaz de garantir a condenação dos demais agentes cartelistas.

Têm-se que um programa, se bem estruturado, é capaz de promover relevantes paradigmas na política econômica, no sentido de dismantelar os cartéis existentes e

dissuadir a formação de novos acordos, implementando de modo mais eficaz a defesa antitruste no país. Assim, é possível inferir que se trata de instrumento adequado a perquirir as garantias administrativas, através do reestabelecimento da concorrência justa, livre e igualitária entre os *players* do mercado.

Viu-se que os infratores usualmente costumam combinar as mais diversas tipologias na configuração do certame licitatório, que apesar de supostamente lícitas, são revestidas de uma detalhada coordenação capaz de maquiagem o procedimento público, de modo a conferir aparente competitividade. A exemplo, verificou-se que os esquemas de rodízio, cobertura de propostas, formação de consórcios e subcontratações informais, ao primeiro ver, por justamente simularem competição entre os concorrentes, demonstram-se como práticas legais, “blindando” os conluentes de uma detecção oficiosa por parte dos agentes antitrustes.

Além disso, os cartelistas, pela racionalidade econômica inerente ao delito, costumam ser extremamente cautelosos na realização de reuniões, tendendo a não deixar provas diretas acerca da materialidade da conduta, o que, por conseguinte, torna penosa a atuação investigativa das autoridades públicas em reunirem um conjunto probatório robusto, capaz de culminar na condenação dos demais infratores.

Por esta razão, levando em consideração a extrema dificuldade em provar que determinada licitação foi fraudada por um cartel, pôde-se concluir que o uso de medidas incisivas baseadas na consensualidade e no direito premial propiciam melhores resultados em favor da sociedade. Nesse esteio, a Lei 12.529/11 representou verdadeiro marco na política de combate aos cartéis através de importantes alterações na inteligência do programa de leniência, tornando-o mais seguro, transparente e atrativo aos olhos dos possíveis agentes proponentes.

Dentre as principais mudanças analisadas, verificou-se a extensão da imunidade aos crimes tipificados na Lei Geral de Licitações e o de formação de quadrilha, tipificada no art. 288, do Código Penal Brasileiro, a possibilidade de o líder do conluio celebrar o acordo, além de prever a abrangência dos benefícios perante todas as empresas do mesmo grupo econômico, gerando incentivos econômicos aos agentes, ao passo que, de outra forma, a tomada de decisão para formalizar a delação seria muito mais complexa e difícil, uma vez que a antiga legislação deixava margem para insegurança em tal ponto.

Sem maiores desembaraços, pode-se, ainda, chegar a algumas conclusões frente ao desempenho e contínuo avanço do Acordo de Leniência brasileiro, desde a sua promulgação em 2003. *Ab initio*, verificou-se que regras mais claras conferem maior segurança jurídica ao infrator, que se sente mais confiante ao procurar as autoridades, aumentando as chances de se obter uma delação consciente. Nesse esteio, a garantia do sigilo nas tratativas iniciais da formalização do Acordo desempenha importante ferramenta no alcance de provas de difícil acesso, uma vez que promove a alavancagem da investigação, que será desconhecida pelos coautores da atividade criminosa.

Ato contínuo, a partir da pesquisa teórica realizada, percebeu-se também que quanto maior o número de benefícios concedidos ao delator, o que torna proporcionalmente maiores as chances de condenação dos conluentes delatados, maiores serão os estímulos à corrida pela delação. Com isso, conclui-se que não apenas penas mais severas, sobretudo no âmbito penal, reforçam a atratividade do acordo, como também, quanto maior for a abrangência das benesses ofertadas, maior será o interesse dos infratores em buscar tais benefícios concedidos, colaborando para a efetividade das investigações.

Acredita-se que, em parte, o próprio aumento do número de acordos celebrados a partir da vigência da Lei 12.529/11 se deu em razão das mudanças institucionais aqui discorridas, que conferiram maior previsibilidade e segurança jurídica quanto às consequências da delação, consoante demonstrado na pesquisa realizada a partir de dados disponibilizados pelo CADE.

Outrossim, o estudo de casos realizado serviu para ilustrar a aplicabilidade do instituto, uma vez que as próprias decisões exaradas pelo Tribunal serviram para evidenciar a dimensão da complexidade dos cartéis, além de demonstrar que sem a colaboração dos delatores, muito dificilmente as autoridades conseguiriam provas significativas, que auxiliassem a persecução criminal aos demais conluentes.

Em suma, a adoção do programa de leniência da Lei Antitruste e o seu contínuo aprimoramento estrutural, representam importante papel de transformação social frente as condutas que se constituem as mais graves lesões à ordem econômica, haja vista que possui o condão de dissuadir agentes a formalizarem pactos restritivos, propagando os efeitos de uma cultura de competição justa, sadia e igualitária, e de comprometimento com as garantias norteadoras do Poder Público.

Justamente por ser assim, demonstrou-se que alguns pontos precisam ser melhor desenvolvidos pelas autoridades concorrenciais, a fim de garantir que o veículo seja melhor direcionado quanto às suas finalidades primordiais. A falta de previsão de benefícios no âmbito civil, por exemplo, implica em um importante desestímulo ao programa, haja vista que deixam os signatários à mercê de pesadas indenizações por parte de terceiros prejudicados, já que os signatários respondem solidariamente com os outros infratores pelos danos causados.

Merece igual destaque a reflexão acerca da participação do Ministério Público na formalização do Acordo. Muito embora os órgãos venham firmando termos extrajudiciais formalizando a coordenação institucional na perseguição aos cartéis, relembre-se que tais instrumentos não detêm caráter de norma cogente, o que, por conseguinte, não implica, diretamente, em uma integral obrigação com o que fora pactuado.

Por essa razão, acredita-se que se houvesse disciplina legal tornando obrigatório o consentimento do órgão com os termos convencionados, haveria uma maior procura pela celebração do Acordo, posto que, asseguraria aos signatários que não haveria posterior persecução criminal no que tange àqueles crimes não previstos pela Lei 12.529/11.

De toda forma, depreende-se que o programa de leniência é instrumento essencial à persecução dos conluíus em licitações públicas, garantindo maior celeridade aos tratos investigativos, além de possibilitar o alcance de provas que dificilmente seriam obtidas, de ofício, pelas autoridades da concorrência, alterando os incentivos e padrões de duração dos cartéis ao atribuir fomentos dissuasórios e desestabilizadores que modificam os interesses dos conluentes.

Conclui-se, por fim, que o acordo não apenas é veículo compatível com os princípios e garantias norteadoras da Administração, como também é meio eficiente para retomar o cenário de uma ordem econômica equilibrada e voltada a promover o desenvolvimento nacional, viabilizando uma competição justa e sadia entre os *players* do mercado, de modo a fomentar o aspecto concorrencial à luz da livre iniciativa e livre concorrência, no procedimento licitatório.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Onze lições extraídas dos julgados do CADE em casos de supostos cartéis em licitação. In: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017.

ANDRADE, Diogo Thompson de. A Lei 12.529/2011 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. 1. Ed. São Paulo: Editora Singular, 2015.

ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo – Universidade de São Paulo**, vol. 4, n.1, 2017, p. 191. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090/122698>> Acesso em: 07 de mar. de 2018.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Competências antitruste e regulações setoriais. Ed. 16. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2009. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/RevistadoIBRAC/Revista%2016%20N%C2%BA%201.pdf>> Acesso em: 02 de mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. Ed. 14. Salvador: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2013.

ATHAYDE, Amanda e FIDELIS, Andressa Lin. Discovery, leniência, tcc e persecução privada a cartéis: too much of a good thing? **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 22, n. 2, 2016.

AYRES, Carlos Henrique da Silva e MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BARBOSA, Allan Fuezi de Moura. Do conteúdo local nas licitações à liberalização dos mercados públicos: uma mudança com vistas à prevenção de cartéis? **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, n. 2, 2017.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 1, 2015.

BRASIL, Advocacia Geral da União. **Portaria nº 1.077, de 30 de maio de 2007**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/22522> Acesso em: 03 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE investiga cartéis em licitações de infraestrutura e transporte rodoviário em SP**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-carteis-em-licitacoes-de-infraestrutura-e-transporte-rodoviario-em-sp>>. Acesso em: 04 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo 08012.002127/2002-14**, Conselheiro Relator Luiz Prado, Brasília, DF, data de julgamento em 01/08/2005, Disponível em: <[http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro\\_rec/docs/voto\\_farina\\_britas.pdf](http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/voto_farina_britas.pdf)> Acesso em: 03 de jun. de 2018

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10**, Conselheiro Relator: Abraham Benzaquen Sicsú, Brasília, DF, data de julgamento em 21/09/2007. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9WHkC5hFBzPeC-0FLpFExoICQ4Xv4LupHk2xoSxa3qfvmXHnxGQTNaJdF7dMStZr0s58Gfno6aCkoAlsxzDx9R](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9WHkC5hFBzPeC-0FLpFExoICQ4Xv4LupHk2xoSxa3qfvmXHnxGQTNaJdF7dMStZr0s58Gfno6aCkoAlsxzDx9R). Acesso em: 14 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22**, Conselheiro Relator: Paulo Burnier da Silveira, Brasília, DF, data de julgamento em 06/11/2017. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO7X\\_zeTy6nioQaRkk2RtPLPjGRVjniA5ENTJWmVaWh9FMWZ1c4XgLGFLfdate6U\\_HEI3Nn6hWYv6qLRbxJe6QN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO7X_zeTy6nioQaRkk2RtPLPjGRVjniA5ENTJWmVaWh9FMWZ1c4XgLGFLfdate6U_HEI3Nn6hWYv6qLRbxJe6QN). Acesso em: 14 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº. 08012.010932/2007-18**, Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Junior, Brasília, DF, data de julgamento em 25/02/2015. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8hSdlzsCGI8bC5fEICDy9a1Y2GREOSvEOuZrYqL2sQZjoO1Elb4Slao5na1BoqxyLOj3cnJZU-TJtSmGCRqnt](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8hSdlzsCGI8bC5fEICDy9a1Y2GREOSvEOuZrYqL2sQZjoO1Elb4Slao5na1BoqxyLOj3cnJZU-TJtSmGCRqnt). Acesso em: 14 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanco de Gestão Superintendência-Geral 2014 a 2017**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>> Acesso em: 21 de abr. de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE instaura processo administrativo na investigação de cartel em licitação de Angra 3**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-instaura-processo-administrativo-na-investigacao-de-cartel-em-licitacao-de-angra-3>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobrás**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras>> Acesso em: 17 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública nº 05/2016**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/participacao-social-1/consultas-publicas-concluidas/consulta-publica-no-05-2016> Acesso em 02 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Memorando de entendimento nº 1/2016**. Memorando de entendimentos relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica entre o CADE e o grupo de combate a cartéis da Procuradoria da República em São Paulo. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp\\_tcc-e-acordos-de-colaboracao\\_15-03-2016.pdf](http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Portaria n. 456, de 15 de março de 2010 do Ministério da Justiça**. Regulamenta as diversas espécies de processos administrativos, para apuração, prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, no âmbito da Secretaria do Direito Econômico e revoga a portaria MJ nº4, de 5 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2010portariamj456.pdf/view>> Acesso em: 14 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Seminário OCDE-CADE sobre Licitação Pública e Colusão**: Discurso de abertura de Angel Gurria. Proferido em 03/11/2015. Disponível em <<http://www.oecd.org/brazil/seminario-ocde-cade-sobre-licitacao-publica-e-colusao-dircuso-de-abertura.htm>> Acesso em: 09 de mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Programa de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>> Acesso em: 04 de maio de 2018

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa da Econômica. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2016. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf). Acesso em: 08 de mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Portaria SDE, n. 51, de 3 de julho de 2009. **Guia de análise de denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações e o modelo independente de proposta**. Disponível em: <[www.jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf](http://www.jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf)> Acesso em: 05 de mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa da Econômica. **Guia de Termos de Compromisso de Cessaçã para os casos de cartel**, 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf)> Acesso em: 21 de abr. de 2018.

\_\_\_\_\_. **CADE e OCDE promovem seminário sobre combate a cartéis em licitações**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-ocde-promovem-seminario-sobre-combate-a-carteis-em-licitacoes>.

\_\_\_\_\_. Código Penal (1940). **DECRETO-LEI Nº 2.848**. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em: 28 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n.º 12.529 de 2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) Acesso em: 28 de nov. de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal n.º 8.666 de 1993. **Lei de Licitações e Contratos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm) Acesso em: 04 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n.º 8.884/1994**. 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. Brasília, DF, 11 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)> Acesso em: 04 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm) Acesso em: 14 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica. Brasília, DF, 27 dez. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm) Acesso em: 14 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 14 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp: 1554986** SP 2015/0219111-7, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 08/03/2016, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: 05/04/2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=PTA&sequencial=58236833> Acesso em: 14 de maio de 2018.

CARVALHO, Caio Correia Barros. **Processos Administrativos envolvendo cartéis em licitações derivados de Acordos de Leniência**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <giovanabdo@hotmail.com> em 23 de abr. 2018

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 Ed, 2015.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Combate a cartéis em licitações. **Jota**. 28 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/combate-a-carteis-em-licitacoes-28072017>> Acesso em: 04 de maio de 2018

CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate**. Dissertação (graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Corrupção e Cartéis em Licitação. In: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Advocacia Pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização. RDA – **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, 2015.

DONAS, Frederico; CELIDONIO NETO, Lauro; MACHADO, Michelle. Cinco anos de persecução de cartéis sob a nova lei de defesa da concorrência: como mudanças na regulação concorrencial balancearam a matriz de decisões a favor de soluções cooperativas. In: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017.

DOS SANTOS, Flavia Chiquito. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Dissertação (metrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/pt-br.php>> Acesso em: 09 mar. 2018.

FERNANDES, Paula Kovalski. A colaboração processual nos casos de cartel em face do princípio nemo tenetur se detegere. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 2, n. 1, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sanções por infração à ordem econômica na lei concorrencial. In: Fábio Ulhoa Canto (Coord.). **Tratado de direito comercial, vol. 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Ed. 37. **Revista de Direito Administrativo Constitucional – AeC**, Belo Horizonte, 2009, p. 5. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62558>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DOS SANTOS, Flávia. **Aplicação de penas na repressão à cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 40. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/pt-br.php>> Acesso em: 09 de mar. 2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cartéis – Tratamento legal. 19 Ed., **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito econômico**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9 Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FREITAS, Rafael Vêras. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). 9 Ed. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, 2011.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Negociações de acordos como garantia da função promocional do direito e do princípio da livre concorrência. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor Cordovil (Coords.). **Direito Econômico Concorrencial – Série GVLAW**. 1 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da Concorrência no Brasil: Perfil Contemporâneo. 60 Ed., **Revista de Direito Privado**, 2014.

GOMES, Marianna Mendes Pereira. **A extensão dos efeitos da celebração do Acordo de Leniência com o CADE perante a Administração Pública**. Dissertação (graduação) – Fundação Getúlio Vargas: Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12674/Marianna%20Mendes%20Pereira%20Gomes.pdf>> Acesso em: 24 de abr. 2018.

GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU - Pós-graduação em Direito Público – UnB, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 17 Ed, 2015.

HAMMOND, Scott D. **An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program**. In: American Bar Association Midwinter Leadership Meeting. Kona, HI: 2005, p. 10. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/517886/download>>. Acesso em: 14 de mar. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O acordo de leniência e sua (in)compatibilidade com o devido processo legal substantivo**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/129626/327605.pdf?sequenc e=1>> Acesso em: 03 de abr. 2018.

LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, n. 35, ano 9., 2011.

MAFRA, Ricardo; COELHO, Gustavo Flausino. O Acordo de Leniência na Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, ano 3, n. 1, 2012. Disponível em <[http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2012/Suplemento\\_da\\_Revista\\_do\\_IBRAC\\_Ano\\_3\\_n\\_1.pdf](http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2012/Suplemento_da_Revista_do_IBRAC_Ano_3_n_1.pdf)>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

MAIOLINO, Isabela. Alternativas ao uso de documentos provenientes de acordos de leniência nas ações privadas de reparação pela prática de cartel. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, n. 2, 2017.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 2, 2015.

\_\_\_\_\_. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. **Combate a Cartéis em Licitações (2008)**. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretária de Direito Econômico do Ministério

da Justiça Esplanada dos Ministérios. Disponível em: <[www.comprasnet.gov.br/](http://www.comprasnet.gov.br/)> acesso em 02 jun. 2018

\_\_\_\_\_. Entrevista. In: ZANOTTA, Pedro (Coord). **Conversando com o CADE... e com a SDE**. São Paulo: Editora Singular, 2017.

\_\_\_\_\_. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. 1 Ed. São Paulo: Editora Singular.

\_\_\_\_\_. **Prevenção e Detecção de Cartéis em Licitações**. Secretária de Estado de Controle e Transparência – SECONT/ES (2009). Disponível em: [www.mj.gov.br/dpde/](http://www.mj.gov.br/dpde/), acesso em 03 jun. 2018

MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FIDELIS, Andressa Lin. **Leniency programme in Brazil – Recent experiences and lessons learned**. 14th Latin American and Caribbean Competition Forum 12-13 April, 2016, Mexico City, Mexico. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/2016\\_ocde\\_leniency-in-brazil.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/2016_ocde_leniency-in-brazil.pdf/view)> Acesso em: 11 de mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. **Nearly 16 Years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and Challenges in Cartel Prosecution**. In: Competition Policy International, jun. 2016, p. 5-7. Disponível em: <[https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/06/Amanda-Andressa.final2\\_.pdf](https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/06/Amanda-Andressa.final2_.pdf)> Acesso em: 17 de abr. de 2018.

MATTOS, César Costa Alves de. Introdução à Teoria Econômica dos Cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor Cordovil (Coords.). **Direito Econômico Concorrencial – Série GVLAW**. 1 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MUSSI, Douglas Miranda. **A leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASHGFG>> Acesso em: 15 de mar. de 2018.

OCDE, Secretaria Geral. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. 2009. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>> Acesso em: 03 de mar. de 2018.

\_\_\_\_\_. **Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programs**. OECD Publications Service, 2002. Disponível em: [www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pfd](http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pfd). Acesso em 03 de jun. de 2018.

\_\_\_\_\_. **Seminário OCDE-CADE sobre Licitação Pública e Colusão: Discurso de abertura**, 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/seminario-ocde-cade-sobre-licitacao-publica-e-colusao-discurso-de-abertura.htm>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; BRAGA, Marcelo José; PINHA, Lucas Campelo. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 4, n.1, 2016.

PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. **RDC – Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 2, 2015.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques. A evolução do Antitruste no Brasil – A política de defesa da concorrência sob a Lei 12.529/11. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.). 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A regulação da concorrência**. Fundação Getúlio Vargas, 2013. Disponível em: [https://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20/](https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20/), acesso em 28 abr. 2018.

RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei nº 12.529/11: A defesa da concorrência avança no Brasil. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati. (Coord.) 5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. **Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, 2017.

ROSAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, Ano 96, Vol. 862, 2007.

ROSILHO, André Janjácomo. **Qual o modelo legal das licitações no Brasil?: as reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas**. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 15. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8824> Acesso em: 09 de maio de 2018.

RUFINO, Vitor Santos. **Os fundamentos da delação: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016, p. 16-17. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/docdissertacaoVictorRufino.pdf>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SALOMI, Maira Beduchamp. **O acordo de leniência e os seus reflexos penais**. Dissertação (mestrado) – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 144. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>> Acesso em: 16 de mar. de 2018.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – SDE/MJ. **Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**. 2009. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_licitacao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view)> Acesso em: 02 de mar. de 2018.

SUNFFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. Ed. 1. **Revista de Contratos Públicos - RCP**, 2012.

VALADARES, Felipe Leitão Roquete. **Acordo de Leniência e Cartel – Dúvidas**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <[giovanabdo@hotmail.com](mailto:giovanabdo@hotmail.com)>. Em 27 abr. 2018.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; RAMOS, Francisco de Sousa. **Análise da efetividade do programa de leniência brasileiro no combate aos cartéis**. Mestrado em Economia Aplicada. FEA-UFJR 008/2007, p. 22. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td\\_008\\_2007.pdf](http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td_008_2007.pdf)> Acesso em: 14 de abr. de 2018.

## ANEXO

Tabela 1: Processos Administrativos de Cartéis Julgados pelo CADE entre anos de 2016 e 2017 – Variável analisada: mérito do processo.

RESULTADOS						
ANO	CLASSIFICAÇÃO	MÉRITO	CONDUTA	TOTAL DE PROCESSOS JULGADOS	TOTAL DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS JULGADOS	TOTAL DE MULTAS APLICADAS (R\$)
2017	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel	1	1	0
2016	Processo Administrativo	Arquivamento	Cartel	8	8	0
2017	Processo Administrativo	Condenação	Cartel	7	7	95.014.064
2016	Processo Administrativo	Condenação	Cartel	12	12	136.263.526
TOTAL						231.277.590

Selection Status:	
Mérito	Arquivamento, Condenação, Parcialmente Provido, Provido, Reconheceu a Infração
Conduta	Cartel
_ dimension	Ano, Tipo do Processo, Mérito, Conduta (PA, Req TCC)
_ measure	Total de Processos Julgados, Total de Processos Administrativos Julgados, Total de Multas Aplicadas (R\$)

FONTE: **Cade em Números.** Disponível em: <https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Acesso em: 28 fev. 2018.

Tabela 2: Processos Administrativos de Cartéis Julgados pelo CADE entre os anos de 2016 e 2017 - Variáveis analisadas: condenações e total de multas aplicadas.

RESULTADOS						
ANO	CLASSIFICAÇÃO	MÉRITO	RELATOR	CONDUTA	TOTAL DE PROCESSOS JULGADOS	TOTAL DE MULTAS APLICADAS (R\$)
2016	Processo Administrativo	Condenação	Ana Frazão	Cartel	1	27.377.649
2016	Processo Administrativo	Condenação	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo	Cartel	4	15.131.515
2016	Processo Administrativo	Condenação	João Paulo de Resende	Cartel	2	20.870.936
2016	Processo Administrativo	Condenação	Márcio de Oliveira Júnior	Cartel	3	29.352.822
2016	Processo Administrativo	Condenação	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	Cartel	1	38.638.984
2016	Processo Administrativo	Condenação	Alexandre Cordeiro	Cartel	1	4.891.618
2017	Processo Administrativo	Condenação	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo	Cartel	1	47.532.241
2017	Processo Administrativo	Condenação	Paulo Burnier da Silveira	Cartel	1	20.500.940
2017	Processo Administrativo	Condenação	Alexandre Cordeiro	Cartel	1	1.177.426
2017	Processo Administrativo	Condenação	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	Cartel	1	3.841.066
2017	Processo Administrativo	Condenação	João Paulo de Resende	Cartel	1	21.962.389
TOTAL	Processo Administrativo	Condenação		Cartel	17	231.277.590

Selection Status:

Classificação	Arquivamento, Condenação, Parcialmente Provido, Provido, Reconheceu a Infração
Mérito	Condenação
Conduta	Cartel
_ dimension	Ano, Tipo do Processo, Mérito, Relator, Conduta (PA, Req TCC)
_ measure	Total de Processos Julgados, Total de Multas Aplicadas (R\$)

FONTE: **Cade em Números.** Disponível em:  
 <<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 28 fev. 2018

Tabela 3: Processos Administrativos relativos aos Cartéis em Licitações Julgados pelo CADE entre anos de 2012 e 2017 – Variável analisada: mérito do processo, mercado relevante e multas aplicadas.

ANO	NÚMERO DO PROCESSO	REPRESENTANTE	CONDUTA	MERCADO	TOTAL DE MULTAS APLICADAS (R\$)
2014	08012.011853/2008-13	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul	Cartel em licitação	Mercado relevante de coleta, transporte e destinação final de resíduos sólidos urbanos e de saúde	1.259.470,01
2014	08012.010362/2007-66	Ministério Público Federal do Distrito Federal	Cartel em licitação	Transporte aéreo de cargas	83.427.226,55
2014	08012.009611/2008-51	SDE Ex Officio	Cartel em licitação	Mercado internacional de portas de segurança detectoras de metais	12.791.383,55
2014	08012.006199/2009-07	Anônimo	Cartel em licitação	Materiais de construção	756.028,1
2014	08012.008507/2004-16	Instituto Nacional do Seguro Social em Bauru – SP	Cartel em licitação	Serviços ortopédicos	2.291.772,68
2015	08012.008184/2011-90	Câmara Municipal de Jahu/SP	Cartel em licitação	Mercado de prestação de serviços de apoio, sinalização, monitoramento, manutenção e fiscalização do trânsito	14.694.768,13
2015	08012.009885/2009-21	SABESP	Cartel em licitação	Mercado de obras para sistema produtor de água	19.647.636,58
2015	08012.001273/2010-24	GEDEC/MP/SP	Cartel em licitação	Kits de aquecedores solares para habilitação de baixa renda construídas	11.552.195,54
2015	08700.011276/2013-60	CADE ex officio	Cartel em licitação	Mercado nacional de portas de segurança detectoras de metais	185.337,57
2015	08012.000030/2011-50	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	Cartel em licitação	Mercado de Licitações para prestador de serviço de manutenção corretiva e preventiva de frota de autos	184.143,9

2015	08012.010932/ 2007-18 (processo principal)	SDE Ex Officio	Cartel em licitação	Mercado Internacional de Mangueiras Marítimas	13.561.747,5
2016	08012.008821/ 2008-22	SDE Ex Officio	Cartel em licitação	Mercado de Licitações para aquisição de insumos de medicamentos	5.949.583,11
2016	08012.008850/ 2008-94	SDE Ex Officio	Cartel em licitação	Mercado de lavagem e higienização terceirizada de enxovais de hospitais	27.377.649,36
2016	08012.003321/ 2004-71	SDE Ex Officio	Cartel em licitação	Mercado de hemoderivados	1.000.254
2016	08700.006551/ 2015-96	CADE Ex Officio	Cartel em licitação	Manutenção de frotas de veículos	30.007,62
2016	08012.009645/ 2008-46	CMW Saúde e Tecnologia Importação e Exportação Ltda.	Cartel em licitação	Mercados relevantes de alimentos especiais	4.891.618,49
2016	08012.001127/ 2010-07 (processo desmembrado)	SDE Ex Officio	Cartel em licitação	Mercado de Mangueiras Marítimas	3.442.363,5
2017	08012.009382/ 2010-90	SEAE/MF	Cartel em licitação	Serviços de execução de obras públicas	3.298.000,68
2017	08012.006130/ 2006-22	SDE	Cartel em licitação	Mercado nacional de serviços de manutenção predial	53.760.184,68
TOTAL			Cartel em licitação	18	253.395.760,34

FONTE: BARROS, Caio Carvalho Correia. **Processos Administrativos envolvendo cartéis em licitações derivados de Acordo de Leniência.** Mensagem recebida por: <giovanaabdo@hotmail.com> em 23 abr. 2018