

## SANÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS EM INFRAÇÕES CONTRA ORDEM ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE NA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/11.

**Bárbara De' Carli Cauhy**

**Resumo:** O presente trabalho buscou analisar, empiricamente, como o CADE aplica sanções não pecuniárias, como ele justifica os critérios legais (gravidade dos fatos e interesse público) e quais são seus objetivos nessa prática. O escopo da pesquisa abrangeu todos os processos em que houve condenação por sanções não pecuniárias na vigência da Lei 12.529/11. Ao final, apresentou-se dados quantitativos quanto a jurisprudência do CADE. Quanto aos critérios legais, conclui-se que a gravidade dos fatos se confunde com a gravidade da infração e que o interesse público é aferido caso a caso. Por fim, observou-se que sanções não pecuniárias possuem diferentes objetivos.

**Palavras-Chaves:** CADE, sanções não pecuniárias, interesse público, gravidade dos fatos, Processo Administrativo.

**Keywords:** CADE, non-financial sanctions, public interest, gravity of the facts, administrative process.

### 1. Introdução

A Lei 12.529/11 (“Lei Antitruste”) outorgou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), entre outras funções, a de punir infrações contra a ordem econômica. Para cumprir essa incumbência, o CADE dispõe de dois tipos de penalidades: (i) sanções pecuniárias (multas) que estão previstas no art. 37 da Lei 12.529/11 e (ii) as sanções não pecuniárias, dispostas no art. 38 da Lei 12.529/11.

A multa é a principal penalidade aplicada pelo CADE e pode sujeitar os condenados à significativa perda econômica, tendo diversos parâmetros para sua fixação, mas, em resumo, orientada a servir como desestímulo à prática infracional, uma vez que a norma dispõe que sua fixação “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua

estimação” (art. 37, I). Além da multa, tem-se as penas não pecuniárias, que são tidas como penas complementares e, a depender do caso, podem trazer consequências ainda mais graves que as multas aplicadas.

Ocorre que, apesar dos impactos gerados, seja ao infrator, seja ao próprio mercado, a aplicação de penas não pecuniárias pelo CADE possui parâmetros pouco delimitados. A Lei Antitruste, nesse quesito, é muito ampla e apenas condiciona a aplicação à gravidade dos fatos e ao interesse público geral, ambos conceitos abstratos e com pouca densidade normativa. Ademais, quanto ao objetivo dessas penas, constata-se que nem a Lei Antitruste nem a doutrina nacional bem o define.

Nesse contexto, o presente trabalho se volta a analisar como o CADE vem aplicando as penalidades não pecuniárias no julgamento de infrações à ordem econômica. O recorte empírico abrangeu todas as decisões condenatórias em que o órgão se valeu da aplicação das penas previstas no art. 38 desde o início da vigência da Lei nº 12.529/11. Trata-se, portanto, de esforço de compreensão de como o CADE entende os critérios legais (gravidade dos fatos e interesse público) que justificam a aplicação dessas penas, e quais são os objetivos visados com a aplicação dessas penas.

Para tanto, o artigo está dividido em 5 partes, além desta introdução. A primeira descreve a metodologia utilizada no trabalho. Na segunda parte, são apresentados os dados gerais dos casos que envolveram a aplicação das sanções não pecuniárias. Em seguida, são examinados os fundamentos legais (gravidade dos fatos e interesse público) na jurisprudência do CADE. Após, são discutidos os objetivos das penalidades não pecuniárias nos julgados do CADE e, por fim, são apresentadas as conclusões deste trabalho.

## **2. Metodologia**

Para investigar como o CADE aplica as medidas não pecuniárias, o presente artigo analisou os processos administrativos da autarquia que resultaram na aplicação desse tipo de penalidade. Para seleção dos processos, procedeu-se à leitura de todas as atas de julgamento de

processos julgados pelo CADE, de janeiro de 2013 a janeiro de 2020. Como resultado, foram identificados 96 processos em que constam penalidades não pecuniárias aplicadas.

Em seguida, os processos foram tabulados considerando os seguintes critérios e informações: (i) número do processo administrativo, (ii) síntese do objeto do processo, (iii) mercado relevante, (iv) representados, (v) natureza jurídica dos representados, (vi) conduta investigada, (vii) penalidade pecuniária, (viii) penalidades não pecuniárias, (ix) previsão legal da penalidade não pecuniária, (x) tipo de penalidade não pecuniária aplicada (estrutural x comportamental) , (xi) síntese da fundamentação da decisão do CADE em relação à aplicação de penalidades não pecuniárias.

A seguir, passam a ser apresentados os resultados obtidos a partir da pesquisa, acompanhados de considerações próprias e doutrinárias sobre os achados empíricos.

### **3. A aplicação de sanções não pecuniárias na jurisprudência do CADE: dados gerais.**

Um panorama inicial sobre os dados pode ser visualizado a partir do número de processos administrativos julgados pelo CADE em que se aplicou medidas não pecuniárias, entre os anos de 2013 e 2020, acompanhada da identificação do tipo de medida aplicada (estrutural, comportamental ou mista). O gráfico 1 traz essa informação:

Gráfico 1- Processos em que foram aplicadas medidas não pecuniárias e os tipos de medidas aplicadas

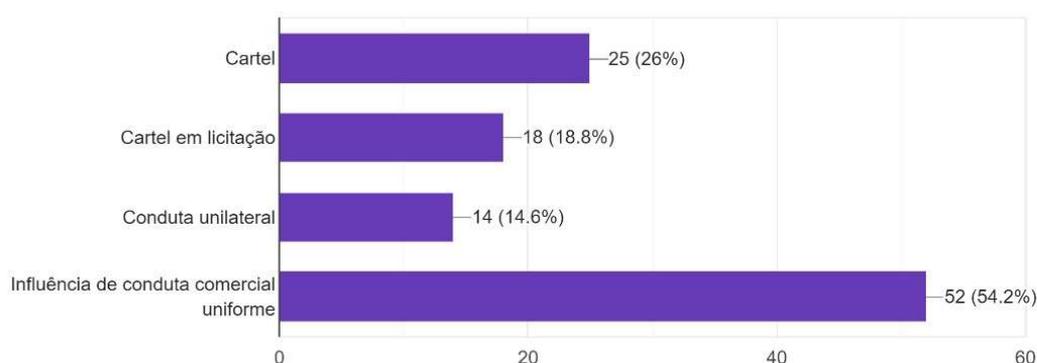


Fonte: CADE. Elaboração própria

Nota-se que os anos 2014 e 2015 somam mais de 50% das decisões analisadas e que, a partir de 2016, o CADE reduziu a aplicação de penalidades não pecuniárias. O gráfico mostra ainda que, em raras vezes, o CADE aplicou sanções estruturais (apenas em 3 casos).

Dentre as condutas que mais foram punidas com penalidades não pecuniárias, destaca-se a caracterização de “influência de conduta comercial uniforme”, abrangendo mais de 50% das decisões do CADE no universo analisado.

Gráfico 2 - As condutas nas decisões do CADE que aplicaram medidas não pecuniárias



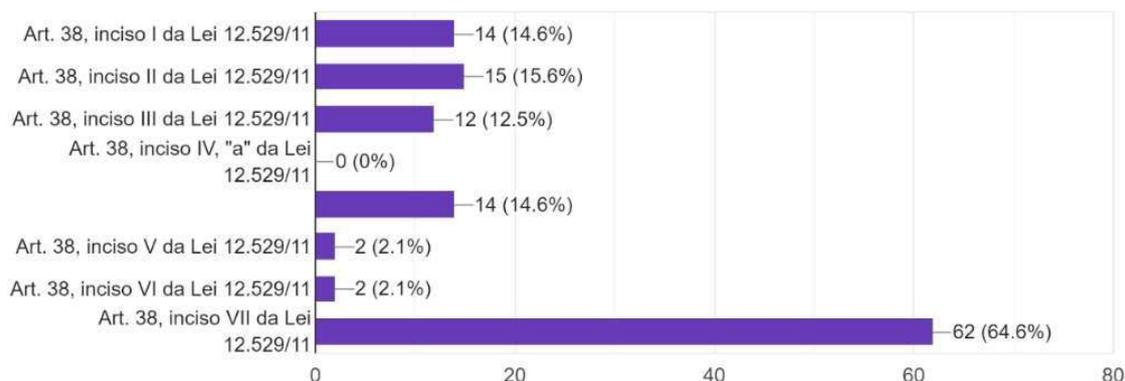
Fonte: CADE. Elaboração própria

Considerando os agentes que praticaram as condutas punidas com penas não pecuniárias, 59% dos casos envolveram entidades representativas (como, por exemplo, sindicatos, associações, conselhos

profissionais), 40% empresas, 21% pessoas físicas, 5% cooperativas e 3% outras entidades.

Um olhar sobre as penas aplicadas revela que, na maioria dos casos, a própria autoridade antitruste a definiu como permite o inciso VII do Art. 38. Dentre elas, ganham destaque: (i) as obrigações de fazer e não fazer, a partir de determinação de “abster-se de praticar” ou de “cessar a prática”, que representou cerca de 55% das decisões analisadas; (ii) a pena de comunicar o teor da decisão do CADE aos associados/filiados/membros por qualquer meio de divulgação, em cerca de 45% das decisões; e (iii) a disponibilização da decisão do CADE em site por tempo definido pela autoridade, pena que apareceu em aproximadamente 40% das decisões analisadas. As demais penalidades aplicadas podem ser sumarizadas no Gráfico 3 abaixo:

Gráfico 3 - O enquadramento legal das medidas não pecuniárias aplicadas pelo CADE



Para essa análise, todas as penalidades não pecuniárias aplicadas pelo CADE foram enquadradas legalmente no art. 38 da Lei n. 12.529/11. Apesar de algumas terem sido julgados sob a égide do art. 24 da Lei 8.884/94, as alterações entre as duas normas não foram substanciais ao ponto de gerar falsar premissas no exame desprendido.

Outra consideração metodológica importante é que, para análise e apresentação das estimativas, as características dos processos foram unificadas. Isso significa que não se considerou, dentro de um mesmo processo, o número de representados condenados.

Seguindo para uma análise entre as penalidades não pecuniárias e as condutas investigadas, verificou-se que para conduta de cartel foram aplicadas 13 penas de obrigação de fazer ou não fazer, 9 casos obrigaram a disponibilização da decisão do CADE no sítio eletrônico do infrator, 6 casos obrigaram os infratores a comunicarem seus filiados, associados, membros o teor da decisão do CADE, 6 casos recomendaram o não parcelamento de tributos federais, 5 casos obrigaram a publicação em jornal indicado na decisão, 3 casos instituíram a proibição de licitar, e 1 caso teve a proibição de exercício de comércio.

Com relação aos cartéis em licitação, destacou-se: a penalidade de proibição de licitar, a qual foi aplicada 12 vezes, a de inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, aplicada 6 vezes e a de recomendação para que não seja concedido parcelamento dos tributos federais, aplicada 5 vezes.

As condutas unilaterais, por sua vez, reuniram 2 das 3 medidas estruturais aplicadas pelo CADE. Vale destacar que uma se deu por meio de determinação à PFE/CADE para que defendesse, na qualidade de assistente, a cisão de sociedade de médicos anestesiológicos em ação civil pública em tramite na época. A referida ação foi proposta pelo MPF que requeria exatamente a cisão da sociedade para congregar no máximo 20% dos médicos anestesistas do local. A outra decorreu da confirmação pelo tribunal de medida preventiva formulada pela SG que tinha, em alguns de seus itens, remédios estruturais elencados. Fora as medidas estruturais, a obrigação de fazer e não fazer também se destacou, tendo sido aplicada 8 vezes.

Em relação a conduta comercial uniforme, destaca-se 3 sanções não pecuniárias: obrigação de fazer e não fazer, aplicada 42 vezes; comunicação do teor da decisão do CADE aos filiados/associados, aplicada 38 vezes e disponibilização da decisão do CADE no sítio eletrônico do infrator, aplicada 31 vezes.

Por fim, é importante considerar na leitura desta seção que um único processo administrativo no CADE pode reunir diferentes tipos de representados e que eles podem ser investigados e punidos por condutas distintas ou até mesmo por mais de uma conduta. Além disso, é possível

que esses representados recebam mais de uma pena não pecuniária. Por esses fatos, vários dados apresentados acima acabam por exceder número de processos analisados.

Sendo assim, a partir dos dados condensados nesta seção, pôde-se analisar como o CADE motivou a aplicação dessas sanções.

#### **4. Os fundamentos legais na motivação das decisões do CADE que aplicaram medidas não pecuniárias: gravidade dos fatos e interesse público**

As penalidades previstas no art. 38 da Lei 12.529/11 devem ser aplicadas “quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”. Há relativo consenso doutrinário em destacar que a aplicação de medidas não pecuniárias exige motivação distinta e fundamentada. Ocorre que ambos os critérios legais se traduzem em “conceitos indeterminados”, “cláusulas gerais” ou “normas abertas”, tal como aduzido por Roberto Freitas Filho.

Valendo-se dos termos adotados por Roberto Freitas Filho, “o que há de diferente na aplicação das normas abertas é que o sentido descritivo da norma não está expresso a priori em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da questão.”

Buscando limitar tal discricionariedade, muitos trabalhos acadêmicos se voltam a tentar definir a gravidade dos fatos e o interesse público. Em relação à gravidade dos fatos, Juliano Maranhão defende que esse critério se constataria a partir dos efeitos causados pela conduta anticompetitiva na estrutura do mercado e não se confundiria com a gravidade da própria infração. Se, por exemplo, após cessada a prática ilícita, o mercado permanecesse com características anticoncorrenciais, estaríamos diante da hipótese cogitada.

No que tange ao interesse público, o Carlos Ari os conceitua como todo aquele “cuja realização é atribuída ao estado, por oposição aos interesses privados, titularizados pelos particulares”. No seu entender,

quando o Direito atribui ao Estado o dever de cuidado de certo valor, implicitamente o define como interesse público.

Sendo assim, apesar dos esforços da doutrina em tentar conceituar tais expressões, observa-se que esses permanecem conceitos amplos e fluidos e que, portanto, devem ser delimitados no caso concreto, tal como proposto por Roberto Freitas Filho.

Isso, por certo, exige mais esforço argumentativo por parte do CADE na explicitação de suas razões para justificar a aplicação de penas não pecuniárias, com base nas expressões gerais “interesse público” e “gravidade dos fatos”.

Verificou-se, contudo, que dentre os 96 processos identificados, nem todos estavam devidamente fundamentados. Cabe-se ressaltar que se considerou como fundamentada toda a decisão em que constavam considerações, ponderações ou condições mínimas para se justificar a aplicação de penalidades não pecuniárias. Decisões que se limitaram a indicar a exata redação do art. 38 da Lei 12.529/11 e/ou dispositivo que trazia a descrição abstrata da penalidade aplicada, foram tidas como não motivadas. Utilizando-se desses parâmetros, somente 22 casos, dentre os 96 processos, podem ser considerados com decisões fundamentadas.

Feitas essas considerações, passa-se a análise das referidas decisões. Primeiramente, em relação a “gravidade dos fatos”, verificou-se que essa somente foi caracterizada em 7 casos, dentre as 22 decisões fundamentadas. Os 7 casos decorreram de processos que investigavam carteis, sendo 5 deles carteis em licitação. Em todas as decisões, a autoridade concorrencial aferiu a gravidade dos fatos a partir da análise da própria infração (e.g. duração, mecanismos de monitoramento, uso de entidades de classe, troca de informações sensíveis) e dos seus efeitos (e.g. número de licitações afetadas, danos ao erário, efeitos no mercado).

A conclusão a que se chega dessa análise é que a gravidade dos fatos, como critério para aplicação das penas do art. 38 da Lei 12.529/11 se assemelha, na práxis do CADE, com a gravidade da infração como critério de dosimetria, prevista no art. 45 da Lei 12.529/11, o que parece divergir do entendimento proposto por Juliano Maranhão e não cumprir o propósito específico exigido pela norma do art. 38 da referida Lei.

Quanto ao exame do “interesse público”, destaca-se que o âmbito de análise deste critério foi ainda mais restrito. Entre as 22 decisões fundamentadas, apenas 4 forneceram descrição do que viria a ser interesse público no caso concreto. Na primeira, envolvendo o cartel de peróxidos de hidrogênio, a autoridade de defesa da concorrência aplicou a penalidade de emissão de recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao representado o parcelamento de tributos federais. Nesse caso, o interesse público foi caracterizado como “o dever de evitar que recursos públicos continuem a serem utilizados como financiamento de um cartel de tamanha proporção.” A mesma definição de interesse público foi adotada num segundo processo, envolvendo o cartel em licitação dos metrô de São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Porto Alegre, onde o relator, ao aplicar a penalidade de proibição de licitar ao líder do cartel, menciona a função de proteger as finanças do Estado e conferir legitimidade aos processos de contratação.

No terceiro processo, abrangendo o cartel em licitações no mercado de lavagem e higienização terceirizada de enxovais de hospitais no Rio de Janeiro, foram aplicadas três medidas não pecuniárias. Entretanto, somente a de proibição de participar de licitação por cinco anos foi fundamentada pelo CADE.

Segundo o CADE, nesse último caso, a penalidade do art. 38, inciso II da Lei 12.529/11 atenderia ao interesse público, pois “maximiza o efeito dissuasório da punição ao mesmo tempo em que incentiva os ofertantes remanescentes a conquistarem maiores lucros pela via da conquista de chance de crescimento excepcional do *market share*.” .

Por fim, no célebre caso do cartel do cimento e concreto, de acordo com o voto vista do conselheiro Márcio Júnior, o interesse público restou configurado, pois “a coletividade é titular dos bens tutelados pela legislação de defesa da concorrência e houve exatamente uma violação a essas normas.” No seu entender, a penalidade não pecuniária no caso cumpriria com o interesse público ao fazer valer a própria lei de defesa da concorrência, vez que em um cartel, cujos efeitos teriam provocado cifras em bilhões de reais, não seria desarticulado apenas pela multa.

Os achados empíricos não permitem chegar a uma conclusão do que seria compreendido como “interesse público” pelo CADE. Além de receber, em cada caso, uma conotação específica, não houve muita preocupação em explicitar o sentido de aplicação do conceito.

No primeiro e no segundo casos, o interesse público parece se confundir com os interesses fiscais em resguardar e bem aplicar seus recursos, evitando que sejam utilizados para financiamento de práticas ilícitas. No terceiro caso, o interesse público se relacionou com a dissuasão da própria conduta anticoncorrencial e com a promoção de ambiente competitivo, sem trazer maiores elementos para suportar essa conclusão. E, por fim, no quarto processo, o interesse público se mostrou como a própria defesa da concorrência, já que a aplicação isolada da multa não se mostraria capaz de desconfigurar e reprimir o cartel.

Nesse sentido, ao final desta seção, foi possível chegar a três conclusões: (i) as decisões do CADE, em sua maioria, não são devidamente motivadas, principalmente em relação aos critérios de “interesse público e de “gravidade dos fatos” trazidos pela Lei 12.529/11, (ii) a gravidade dos fatos normalmente se confunde com a gravidade da infração e (iii) o conceito de interesse público se apresenta extremamente volátil, assumindo diferentes características em cada caso, incapaz de traduzir um sentido geral de compreensão.

A predicabilidade na aplicação das penas contribui para a melhoria do ambiente concorrencial, o que, por certo, exige maior rigor da autoridade antitruste na aplicação das penas previstas no art. 38 da Lei nº 12.529/11.

## **5. O objetivo das sanções não pecuniárias na jurisprudência do CADE**

A difícil questão de delimitar qual deve ser o objetivo das sanções não pecuniárias possui um indicativo na redação do inciso VII do art. 38 da Lei 12.529/11. Isso porque, ao dispor sobre a possibilidade de o CADE criar penas não pecuniárias específicas para o caso concreto, a Lei estabelece que essas penas devem ser necessárias “para eliminação

dos efeitos nocivos à ordem econômica”. Cabe destacar que a legislação antitruste não deixa claro se esse requisito se aplica às demais medidas não pecuniárias ou somente àquelas formuladas pela autoridade com base no inciso VII.

Nesse tocante, parte da doutrina defende que toda e qualquer penalidade não pecuniária deve ser aplicada com o exato objetivo de eliminar efeitos anticoncorrenciais/restaurar a concorrência. Entretanto, tal entendimento não é sedimentado. O objetivo das penalidades não pecuniárias é ponto que reúne diferentes opiniões, de forma que outras finalidades, como restaurar a concorrência, encerrar com a conduta ilegal, dissuadir futuras condutas anticompetitivas e punir com rigor o infrator, também seriam justificativas legítimas na aplicação dessas medidas.

Os autores que defendem que a medida não pecuniária deve estar limitada a sanar efeitos anticoncorrenciais, compreendem que essas penas não possuem propriamente caráter sancionador, sendo verdadeiros remédios antitruste. Os remédios, como define a OCDE, curam, corrigem ou previnem condutas anticompetitivas, enquanto sanções punem. Sendo assim, apesar de que sanções e remédios se constituam em palavras usualmente empregadas como sinônimos, inclusive neste trabalho, haveria diferença nos fins visados entre ambas. Dessa forma, a prevalecer o que entendem Maranhão, Taufick e boa parte da comunidade europeia, penalidades não pecuniárias somente poderiam ser aplicadas para restaurar o processo competitivo, funcionando como verdadeiros remédios concorrenciais.

Para os que discordam da posição acima, a penalidade não pecuniária possui, além da finalidade de eliminar efeitos anticompetitivos, outros objetivos. Por exemplo, Caminati, Pagotto e Bagnolli compreendem que a penalidade complementar se aplica para eliminar efeitos, punir com rigor, bem como imprimir efeitos educativos. Dias, por sua vez, defende que a medida possui, além do objetivo de interromper práticas anticoncorrenciais, função de evitar a sua repetição. Franco, Martinez e Hadmann possuem visão ainda mais abrangente e consideram que para aplicação de penalidades não pecuniárias basta que a autoridade as vinculem a algum benefício à ordem econômica.

Nesse contexto, de ampla divergência sobre os objetivos que as penalidades não pecuniárias possuem e por quais motivos ela deve/pode ser aplicada que se insere a importância de bem compreender, como, de fato, o CADE as aplica.

Para isso, analisou-se as 22 decisões que considerou fundamentadas a luz da metodologia explanada acima e as dividiu de acordo com o(s) objetivo(s) identificado(s). Ao final concluiu-se pela existência de 4 grupos. O primeiro reúne as decisões que aplicaram penalidades não pecuniárias em razão da posição de líder e do papel ativo, ou seja, no intuito de punir com rigor os infratores centrais na conduta ilícita. Esse grupo representa aproximadamente 14% das decisões fundamentadas. O segundo, abrange as decisões que procuraram dissuadir, desestimular a prática ilícita e reflete em 41% das decisões. O terceiro se refere as decisões que tinham como objetivo cessar a conduta e seus efeitos, restaurar o ambiente competitivo e se traduz em quase 23% das decisões. Por fim, o quarto grupo reúne as decisões que foram fundamentadas com mais de um objetivo ou a partir de objetivos distintos dos demais grupos, espelhando aproximadamente 28% das decisões.

Feita a divisão, foram examinadas as penalidades não pecuniárias aplicadas em cada processo, visando identificar se diferentes penalidades angariam diferentes objetivos.

No primeiro grupo, foram reunidos 3 processos . O primeiro aplicou ao presidente da associação a penalidade de proibição de licitar “em razão do papel central que exerceu” no cartel . No segundo, o CADE aplicou ao núcleo duro do cartel a penalidade de emissão de recomendação para que não fosse concedido aos infratores parcelamento de tributos federais e acrescentou ao líder à penalidade de proibição de licitar. No terceiro, uma funcionária foi penalizada com a proibição de exercer comércio por cinco anos por ser a representada mais ativa na realização dos acordos anticompetitivos.

No segundo grupo, verificou-se 9 decisões . Entre as penalidades aplicadas, destacam-se: 3 penas de publicação do extrato da decisão em jornais grande circulação, 2 penas de divulgação de síntese da decisão do CADE no site do infrator, 2 penas de obrigação de fazer e não fazer, 1

pena de proibição de exercer o comércio e 1 pena e retirar do estatuto critérios de admissão que se considerou anticompetitivo.

Note que 6 dentre as 9 penalidades não pecuniárias aplicadas, são de publicação da decisão do CADE em site ou em jornal, ou seja, penas que dão publicidade da ilicitude da conduta e da atuação do CADE no combate às condutas anticompetitivas. Em todos esses casos, verifica-se que a autoridade de defesa da concorrência buscou estender o caráter dissuasório da multa que, se limita aos agentes envolvidos, para os demais empresários e administradores que potencialmente podem ingressar em condutas ilícitas, o que se chamou de dissuasão geral.

Já as obrigações de fazer e não fazer, por sua vez, foram aplicadas para dissuadir a conduta entre os próprios condenados, o que se chama de dissuasão específica. E, por fim, quanto a penalidade de proibição de exercer comércio, essa foi aplicada por considerar que a mera imposição de multa não atingiria a função dissuasória das penalidades.

Sendo assim, observa-se que as penalidades não pecuniárias foram utilizadas para (i) criar uma dissuasão geral, (ii) criar uma dissuasão específica e/ou (iii) criar a própria dissuasão, vez que se entendeu que a multa não conseguiria assegurar esses objetivos se fosse aplicada isoladamente. Para o item “i”, as penas mais comuns foram de publicação da decisão do CADE em jornal ou em site; com relação ao item “ii”, verificou-se, em sua maioria, penas que regulavam a conduta dos representados (obrigação de fazer e não fazer) e quanto ao item “iii” por termos analisado apenas um caso, não se arriscaria uma conclusão, mas restou clara a preocupação com dissuasão futura ao se determinar alteração estatutária do representado como forma de se evitar potencial recorrência da infração.

Passando ao terceiro grupo, verificou-se 5 decisões que procuraram eliminar os efeitos anticoncorrenciais do mercado a partir da aplicação de penalidades não pecuniárias. No primeiro processo, a penalidade aplicada foi a emissão de recomendação para que não fosse concedido o parcelamento de tributos. Nesse caso, pretendeu-se evitar que os recursos públicos continuassem sendo utilizados como financiamento de um cartel. No segundo processo, a pena aplicada foi a proibição de

participar em licitações públicas e a justificativa do CADE foi por considerar essa sanção não pecuniária necessária “para coibir tal prática [cartel em licitação]”.

O terceiro processo tratou da condenação da Unilever por conduta unilateral ante a imposição de contrato de exclusividade. A penalidade não pecuniária aplicada foi adequar os referidos contratos à decisão do CADE e a justificativa foi “devida a potencialidade lesiva da conduta”. Nesse caso, a autoridade concorrencial não se expressou diretamente sobre o intuito de eliminar a prática e seus efeitos no mercado, entretanto, o contexto permitiu tal conclusão.

No quarto processo, foi aplicada pena de cisão da sociedade, entretanto, de forma indireta. A época desse caso, tramitava ação civil pública proposta pelo MPF pedindo a cisão da sociedade de anestesistas, para que esta passasse a congregar no máximo 20% dos médicos da região. Nesse contexto, a decisão do CADE aplicou a penalidade por entender que “a multa não seria suficiente para restaurar a competitividade no mercado”, determinando à PFE/CADE para que defendesse, na qualidade de assistente, a cisão da referida sociedade na ação civil pública proposta pelo MPF.

Por fim, quanto ao quinto processo, a penalidade não pecuniária foi uma confirmação de medida preventiva da SG com opção alternativa de cumprimento das penalidades estruturais nela disposta. Trata-se de caso complexo, com aplicação de penalidades não pecuniárias igualmente complexas. Em apertada síntese, o caso avaliava prática de subsídios cruzados e discriminação de preços no fornecimento de gás natural de um consórcio e a penalidade não pecuniária foi aplicada para, nos termos do voto do conselheiro relator, “endereço os principais problemas concorrenciais identificados ao longo da análise empreendida pelo CADE”.

Com exceção desse quinto processo, não se viu análise pormenorizada dos efeitos da conduta anticoncorrencial no mercado e como a penalidade não pecuniária poderia vir a saná-los. Inclusive, o primeiro e o segundo processo sequer chegam a fazer essa análise.

Chegando ao último grupo de análise, temos 6 processos reunidos. Em 5 deles, o CADE aplicou sanções não pecuniárias almejando

mais de um objetivo e no último caso, observou-se um objetivo distinto perseguido pela autarquia de defesa da concorrência. Este último aplicou à várias empresas condenadas por cartel em licitação a pena de inscrição dos condenados no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor. A justificativa foi, nos exatos termos da decisão, visando “à proteção efetiva do consumidor especialmente no que concerne ao direito à informação e à adoção de medidas de educação para o consumo.” Imprime-se, portanto, um objetivo informativo e educativo à penalidade não pecuniária.

Com relação aos 5 processos em que a decisão suscitou mais de um objetivo, cabe destacar que entre eles se encontra o caso do cartel do cimento que, em virtude das diversas sanções estruturais e comportamentais e das discussões traçadas sobre elas, reservou-se o direito de analisá-lo separadamente.

Dentre as demais decisões, 2 reuniram o objetivo de dissuadir com o de coibir a prática (eliminar os efeitos) e 2 acumularam a finalidade de dissuadir com a de punir com rigor. Em relação aos dois primeiros, ambos trataram de cartel em licitações e aplicaram a mais de uma empresa a penalidade de proibição de licitar. A justificativa em ambos os casos foi a mesma: “coibir a prática” e “dissuadir ainda mais a conduta de cartel”. Também não se verificou nessas decisões análise dos efeitos que as penas não pecuniárias visariam sanar.

Quanto aos dois processos restantes, verificou-se que ambas também tratavam de cartel em licitações e que as penalidades aplicadas também foram de proibição de licitar. A diferença é que nesses casos, a penalidade não pecuniária foi aplicada em função da liderança e considerando a dissuasão da conduta visto que “[u]ma vez que ela seja aplicada à empresa líder do primeiro cartel, todas as empresas levariam em conta que tomar a liderança do cartel traz o risco real de sofrer a mesma sanção.”

Cabe ressaltar que em um desses casos, o CADE considerou que a pena de não licitar deve ser precedida de análise pormenorizada do mercado, pois se utilizada de forma imprudente possuiria condão de reduzir o número de empresas licitantes a um nível anticompetitivo. Esse fato foi, inclusive, tido como uma das razões para condenar somente a

líder do cartel. Todavia, esse exame nem sempre é realizado. Nos dois processos que acumularam a função de dissuadir e coibir a prática, 15 empresas foram proibidas de participar de licitações sem qualquer avaliação dos possíveis efeitos positivos e negativos no mercado.

Por fim, cabe tecer algumas considerações específicas sobre o caso do cartel do cimento. Esse foi o primeiro caso que teve uma sanção estrutural aplicada e contou com votos minuciosos e discussões pormenorizadas. Trata-se de caso que deve ser tomado como paradigmático no dever de explicitação das razões que justificariam a aplicação das penalidades previstas no art. 38 da Lei nº 12.529/11, razão pela qual se passa a destacar algumas das passagens utilizadas pelo CADE para justificar as medidas impostas.

Inicialmente, é importante destacar que o processo aplicou diversas sanções comportamentais e estruturais, entre as estruturais se destacam a alienação de ativos, venda de participações minoritárias, proibição de concentração no mercado de cimento e concreto por período de 5 anos. A passagem colacionada abaixo resume o principal objetivo que a autoridade antitruste perseguiu na aplicação de penalidades não pecuniárias:

“os remédios para casos de conduta aplicados por este tribunal são formulados com o intuito de mitigar os danos causados pelo ilícito anticoncorrencial e prevenir que ocorram novos efeitos adversos à competição. Por vezes, somente a aplicação de multa não é suficiente para promover esse objetivo, pois apesar de eficaz do ponto de vista sancionatório, influi de forma indireta na configuração do mercado cartelizado.”

Entretanto, esse não foi o único objetivo. Na aplicação das sanções de publicação da decisão do CADE em jornais de grande circulação, de registro no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e de recomendação para que os condenados não obtenham parcelamentos de tributos, a intenção do CADE foi “alertar, simultaneamente, a sociedade e o Estado sobre o que fizeram tais empresas”, ou seja, visava informar e dissuadir a conduta anticompetitiva para a sociedade em geral, tendo em

vista o segmento essencial e impactante em distintas cadeias econômicas em razão da conduta investigada. Em todas as penas aplicadas neste caso, restou satisfatoriamente cumprido o dever de explicitação dos critérios de gravidade dos fatos e razões de interesse público, discutidas no item 4, para justificar as penas impostas pelo CADE. Infelizmente, trata-se de caso isolado que não retrata, em geral, a jurisprudência do órgão

De todo estudo realizado nesta seção, a principal conclusão é não há, na prática do CADE, um objetivo único para aplicação das penalidades não pecuniárias. Pelo contrário, foi possível verificar que diferentes penalidades angariam diferentes objetivos. Essa diferenciação entre os objetivos na aplicação de penalidades não pecuniárias se mostra legítima e esperada, visto que cada penalidade se mostra endereçada para cuidar de efeitos específicos, parecendo haver pouca relevância prática na diferenciação entre sanções e remédios. O que se mostra mais relevante no tema é o que consta em voto vista do Conselheiro Márcio Júnior, no caso do cartel do cimento: “os remédios não são aleatoriamente estipulados e [...] devem ser fundamentados em análise da estrutura criada pela conduta anticompetitiva”.

Contudo, rememora-se que em apenas 22 casos, dos 96 que envolveram aplicação de medidas não pecuniárias, a decisão do CADE se mostra minimamente fundamentadas. Isso demonstra que o órgão de defesa da concorrência não tem se desincumbido satisfatoriamente do ônus de fundamentar a aplicação dessas penas, tal como exige o art. 38 da Lei antitruste.

## **6. Conclusão**

O presente trabalho buscou analisar como o CADE aplica as sanções não pecuniárias, previstas no artigo 38 da Lei nº 12.529/11, através de um esforço empírico de compreender como o órgão justifica a aplicação dos critérios legais (gravidade dos fatos e interesse público) na aplicação dessas penas, e quais seriam os objetivos visados com sua aplicação.

Identificou-se que, nesse agir, o CADE costuma criar essas penalidades de acordo com cada caso, destacando-se: (i) a imposição de obrigação de fazer e não fazer; (ii) a obrigatoriedade de comunicação do teor da decisão do CADE aos filiados/membros/associados de entidade condenada; (iii) a determinação de disponibilização da decisão do CADE no sítio eletrônico do infrator por tempo determinado. Quanto às sanções já tipificadas no art. 38 da Lei Antitruste, as principais penas aplicadas foram: (i) a de proibição de licitar; (ii) a recomendação para que não seja concedido parcelamento de tributos federais e (iii) a publicação da decisão condenatória em jornais de grande circulação. Constatou-se também que entidades representativas são as pessoas que mais receberam penalidades não pecuniárias e que a maioria dos casos versou sobre a prática de influência de conduta comercial uniforme.

Ao analisar a qualidade da fundamentação condenatória, especialmente os critérios legais de gravidade dos fatos e razões de interesse público, conclui-se que a maioria das decisões do CADE não fundamenta satisfatoriamente a aplicação de penalidades não pecuniárias. A gravidade dos fatos costuma se confundir com a gravidade da infração e as razões de interesse público não permitem a reunião em um conceito minimamente aglutinador, dadas as diferentes características assumidas em cada caso.

Por fim, quanto aos objetivos das penas não pecuniárias, a principal conclusão foi que não há, na prática do CADE, apenas um objetivo visado na aplicação dessas penas, sendo, portanto, de pouca valia pragmática a discussão entre a natureza de sanção ou de remédio concorrencial dessas medidas.

### **Referências Bibliográficas**

DIAS, Rodrigo Pereira. Antitruste: sanção de desinvestimento em ativos. Um estudo de caso no Processo Administrativo n. 08012.11142/2006-79. Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação Getulio Vargas – FGV, 2016.

A James, *The Real Microsoft Case and Settlement*, ANTITRUST, Fall 2001, at 58, 60; Barnett, *supra* note 9.

BRASIL. Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011. Acessado 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), dia 26 de julho de 2020.

CAMINATE ANDERS, Eduardo; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios estruturais em casos de infração à ordem econômica: as limitações jurídicas e econômicas a serem observadas pelo CADE*.

ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. *A critical appraisal of remedies in the E.U. Microsoft Cases*. *Columbia Business Law Review*, 2010.

FARACO, Alexandre Ditzel; MARTINEZ, Ana Paula; JASPER, Eric Hadmann. *Sanções não pecuniária por infrações contra a ordem econômica*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-40, abr/jun.2014.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 20.

HELLSTRÖM, P; MAIER RIGAUD, Frank; BULST, Friedrich Wenzel. *Remedies in European Antitrust Law*. *Antitrust Law Journal*, American Bar Association, vol. 76, n. 1 (2009).

MARANHÃO, Juliano. *Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência*. *Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 25/2014.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais., in Revista Interesse Público, n, 28.

TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei Antitruste Brasileira: A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CADE. Processo Administrativo n. 08012.007833/2006-78.

CADE. Processo Administrativo n. 08012.001591/2004-47

CADE. Processo Administrativo n. 08012.002985/2004-12

CADE. Processo Administrativo n. 08012.014463/2007-14

CADE. Processo Administrativo n. 08700.008551/2013-69

CADE. Processo Administrativo n. 08012.005524/2010-40

CADE. Processo Administrativo n. 08012.008184/2011-90

CADE. Processo Administrativo n. 08012.006130/2006-22

CADE. Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96

CADE. Processo Administrativo n. 08700.005969/2018-29

CADE. Processo Administrativo n. 08012.002706/2009-25

CADE. Processo Administrativo n. 08012.011881/2007-41

CADE. Processo Administrativo n. 08012.006923/2002-18

CADE. Processo Administrativo n. 08012.005101/2004-81

CADE. Processo Administrativo n. 08012.004280/2012-40

CADE. Processo Administrativo n. 08012.009381/2006-69

CADE. Processo Administrativo n. 08012.000643/2010-14

CADE. Processo Administrativo n. 08012.002540/2002-71

CADE. Processo Administrativo n. 08012.008821/2008-22

CADE. Processo Administrativo n. 08012.005004/2004-99

CADE. Processo Administrativo n. 08700.010769/2014-64

CADE. Processo Administrativo n. 08012.003568/2005-78

CADE. Processo Administrativo n. 08700.000547/2008-95

CADE. Processo Administrativo n. 08012.001790/2004-55

CADE. Processo Administrativo n. 08012.001273/2010-24  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.005882/2008-38  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.006292/2012-51  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.001503/2006-79  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.003422/2004-41  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.000504/2005-15  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.004617/2013-41  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.001020/2003-21  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007423/2006-27  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.004020/2004-64  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.002812/2010-42  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.000432/2005-14  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.000377/2004-73  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.006764/2010-61  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007002/2009-49  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.008224/1998-38  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.011791/2010-56  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.009834/2006-57  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.011853/2008-13  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.009606/2011-44  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.000415/2003-15  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.001003/2000-41  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.002959/1998-11  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.012032/2007-13  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.006647/2004-50  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.005374/2002-64  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.001518/2006-37

CADE. Processo Administrativo n. 08012.002874/2004-14  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.008611/2007-53  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007155/2008-13  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007967/2004-27  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.008477/2004-48  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.009566/2010-50  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.011276/2013-60  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.001830/2014-82  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.010470/2005-77  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.006551/2015-96  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.005418/2017-84  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.010576/2009-02  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007011/2006-97  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.006552/2005-17  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.000456/2012-94  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.004472/2000-12  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007205/2009-35  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.006199/2009-07  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007033/2006-57  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.004276/2004-71  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.009890/2014-43  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.008850/2008-94  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.001729/2017-74  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.002381/2004-76  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.009382/2010-90  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.010362/2007-66  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.005135/2005-57  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.001127/2010-07  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007301/2000-38

CADE. Processo Administrativo n. 08012.008847/2006-17  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.010187/2004-64  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.009885/2009-21  
CADE. Processo Administrativo n. 08700.008464/2014-92  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.003874/2009-38  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.003745/2010-83  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.009611/2008-51  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.008507/2004-16  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007818/2004-68  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.000261/2011-63  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.007356/2010-27  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.001794/2004-33  
CADE. Processo Administrativo n. 08012.002866/2011-99