



Ministério da Justiça
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE
Gabinete do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan



PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.009888/2003-70

Representante: SDE *ex officio*

Representadas: AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda., S.A. White Martins, White Martins Ltda, White Martins Gases Industriais Ltda , Carlos Alberto Cerezine, Gilberto Gallo, Hélio de Franceschi Junior, José Antônio Bortoleto de Campos, Moacyr de Almeida Netto, Newton de Oliveira, Vitor de Andrade Perez e Walter Pilão

Advogados: Ermanni de Almeida Machado, Antonio Corrêa Meyer, Moshe Boruch Sendacz, José Roberto de Camargo Opice, Carlos José Rolim de Mello, Cristiane Romano Farhat Ferraz, Tito Amaral de Andrade, Adriana Franco Giannini, Gabriela Toledo Watson, Carlos Amadeu Bueno Pereira de Barros, Carolina Maria Matos Vieira, Érica Sumie Yamashita., Adriana Cordeiro da Rocha, Mariana Borges da Costa Aguiar, Carolina Saboia Fontenele e Silva, Mariana Borges da Costa Aguiar, Laura Marzullo Pedreira , Murilo de Oliveira Abdo, Alexandre Simões de Mello, Leonardo Pimentel Bueno, Pablo Ricard Guimarães Teixeira, Patrícia Andrade de Sá, João Vitor Luke Reis, Bruna Campanati Vicentini, Victor Costa Adjuto, Victor Borges Cherulli, Felipe Marques Ribeiro, Barbara Montes, Bruno Alves Duarte, Ana Thaís Muniz Magalhães, João Vitor Luke Reis, Celia Regina Gyarfi Cleim de Andrade, Mauro Grinberg, Priscila Benelli Walker, Rafael Adler, Sérgio Palomares, Cláudia de Souza Vieira Palomares, André Luiz Bundchen, Alessandra de Andrade Serrazes, Lúcio Mendes Frota, Rogério Raya, Carlos Henrique de Souza Vieira, Luiz Flávio Pessoa Oliveira de Souza, Daniel Henrique Nascente Baena, Ludmila Bernardes Garcia Paranhos, Alex Feelício Teixeira, Ana Carolina Rodrigues Dellias, Thiago de Sena Silverio, Ilnara Aparecida de Sousa Lobo Ferreira, Leonor Augusta Giovine Cordovil, Lúcio Mendes Frota, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros, Roger de Souza Vieira Palomares, Danielle Torquato Franco, Bruno Rocha dos Santos, Lúcio Mendes Frota, Jónas Sidnei Santiago de Medeiros Lima, Roger de Souza Vieira Palomares, Bruno Rocha dos Santos, Diego de Mello Clímaco, Gustavo César Leal Farias, Camilla Chagas Paoletti, Leonor Cordovil, Carlos Amadeu Bueno Pereira de Barros, José Inácio Gonzaga Franceschini, Custódio da Piedade U. Miranda, Gianni Nunes de Araujo, Karina Kazue Perossi, Camila Castanho Girardi, Daphne de Carvalho Pereira Nunes, Pedro Luiz Barbosa, Camila Pimentel Porto, Bruno Greca Consentino, Pablo Goytia Carmona, José Alberto Gonçalves da Motta, Maria Eugênia Del Nero Poletti, Marcus Vinicius Gonçalves Canedo, Érica Alves Ferreira, Cláudia Nastari Capanema, Aurélio Marchini Santos, Daniel Costa Caselta, Frederico Carrilho Donas Amadeu Carvalhaes Ribeiro, Maria Eugênia Novis de Oliveira, José Arnaldo da Fonseca Filho, Ricardo Franco Botelho, Michelle Marques Machado, Daniel Costa Caselta, Frederico Gustavo Pereira Carrilho Donas, Aylla Mara de Assis, Bolívar Moura Rocha, Carlos Francisco de Magalhães, Tercio Sampaio Ferraz Junior, Batuira Rogerio Meneghesso Lino, Fábio Nusdeo, Lúcia Stella Ramos do Lago, Ari Marcelo Solon, Thomas George Macrander, Fábio Francisco Beraldi, João Carlos Zanon, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Gabriel Nogueira Dias,



Marcio de Carvalho Silveira Bueno, Lucia Pereira de Magalhães, Maria da Graça Britto Garcia, Luciano Inácio de Souza., Francisco Niclós Negrão, Thiago Rodovalho dos Santos, Thiago Silveira Antunes, Thiago Marrara de Matos, Thais de Sousa Guerra, Raquel Bezerra Cândido Amaral Leitão, Patrícia Pitaluga Peret Antunes, Miguel Pereira Neto, Antonio Celso Galdino Fraga, Luiz Fernando Siqueira de Ulhoa Cintra, Mariana Horno Netto, Maria Emilia Lopes Evangelista, Fabiana Pinheiro Freme Ferreira, Juliana Vasconcelos Berrogain, Barbara Mendes Lôbo, Elayne Lopes Lourenço, Robson Gomes Lacerda, José Alberto Gonçalves da Motta, Kênia Lopes Madeira, Janine Costa de Oliveira, José Del Chiaro Ferreira Da Rosa, Maria Augusta Fidalgo, Daniela de Carvalho Mucclo Restiffe, Paula Guedes Vilela, Tatiana Lins Cruz, Priscila Brólio Gonçalves, Tamara Dumoncel Hoff, Maurilio Monteiro de Abreu, Luciano Rolo Duarte, Mariana Duarte Garcia de Lacerda, Renata Foizer Silva, Carolina Marinho Silva, Júliana Maia Daniel, Ademir Antonio Pereira Júnior, Sonia Maria Giannini Marques Döbler, Fabiana Nitta, Graziella Angela Tinari Dell'Osa, Dante Satio Okazaki Fabio Alessandro Malatesta dos Santos, Henrique Falcão Macedo, Flávia Chiquito dos Santos, Carolina Araújo de Andrade, João Carlos Ribeiro Penteado, Andréa Dias Junqueira Penteado, Sibeli Dutra Gomes, Elvio Dardes, Gerardo Figueiredo Junior, Daniela Mattiussi, Fabrizio Domingos Costa Ferreira, Gladstom de Lima Donola, Reynaldo Domingos Ferreira, Guilherme Pierucci de Lima, Claudio Ribeiro de Lima, Guilherme Cardoso Leite, Ana Tereza Marques Parente, Estefânia Viveiros, Flávia Cardoso Campos Guth, Carolina Dolabela de Lima Vasconcelos, Vinicius de Figueiredo Teixeira, Viviane N. Araújo Lima, Anna Carolina Cagnoni Ribeiro, Cristiano Reis Juliani, Fernando B de Azevedo Barros, Danniell Dias Jácome Reis, Ruth Maria Pereira dos Santos, Fernanda Dalla Vale Martino, Carolina de Goes Picchioni, Marco Antônio Balasso e outros

Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan

EMENTA: Processo administrativo. Gases medicinais e industriais. Infração contra a ordem econômica. Cartel. Incidência do art. 20, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94. Condenação. Penalidade de multa. Penalidade de recomendação de não concessão de benefícios fiscais. Determinação de diligências complementares.

VOTO



1. Objeto do Processo

Trata-se de processo administrativo em que se discute a prática de cartel no mercado de gases industriais e hospitalares pelas empresas **White Martins Gases Industriais LTDA.** (“WM”)¹, **Air Liquide Brasil Ltda.** (“AL”), **Air Products Brasil Ltda.** (“AP”), **AGA S/A** (“AGA”)² e **Indústria Brasileira de Gases** (“IBG”) e pelas pessoas físicas **Moacyr de Almeida Netto** (“Netto”), **Newton de Oliveira** (“Oliveira”), **José Antônio Bortoleto de Campos** (“Campos”), **Walter Pilão** (“Pilão”), **Hélio de Franceschi Júnior** (“Franceschi”), **Carlos Alberto Cerezine** (“Cerezine”), **Gilberto Gallo** (“Gallo”) e **Vítor de Andrade Perez** (“Perez”).

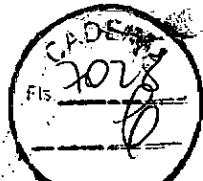
O quadro a seguir indica as empresas nas quais cada um dos representados atuava no momento de instauração deste processo:

Representado	Empresa
Netto	AGA
Oliveira	IBG
Campos	WM
Pilão	AL
Franceschi	AL
Cerezine	AP
Gallo	AP
Perez	AP

2. Preliminares

Antes de iniciar a análise das preliminares argüidas, é importante lembrar que a persecução de práticas anticoncorrenciais é uma novidade no país. Até hoje, poucos casos foram julgados e é bastante reduzido o número de condenações. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – tem se modernizado e, nos últimos anos, novas técnicas e procedimentos levaram a um aumento considerável do número de investigações e do grau de

¹ A WM atua nos autos na qualidade de incorporadora da White Martins Ltda (anteriormente denominada S.A. White Martins). A S.A. White Martins foi a empresa nominalmente identificada no despacho de instauração do Processo Administrativo.



qualidade dos elementos probatórios obtidos. Apesar dos inegáveis avanços obtidos pelo SBDC recentemente, o fato é que a investigação de cartéis no Brasil ainda é uma prática incipiente e pouco conhecida pela sociedade.

Ocorre que o cartel é um delito grave, comumente perpetrado por agentes de elevado grau de instrução e por empresas com expressivos recursos econômicos. Trata-se de delito realizado com nível de profissionalismo invejável por organizações ilícitas consolidadas no país. Os administradores de um cartel, na maioria das vezes, são empresários competentes, que empregam o seu treinamento e habilidade em administração para a condução e ocultação de uma prática ilícita. Esses agentes, em muitos casos, possuem plena consciência da ilicitude de suas práticas e aproveitam o seu alto nível de qualificação para impedir a detecção de sua conduta pelas autoridades. Esta dinâmica é bem conhecida e foi descrita por um agente do governo norte-americano nos seguintes termos:

A característica mais surpreendente dos cartéis internacionais que processamos é o nível de sangue frio e coragem deles (...) Eles empreendem grandes esforços para acobertar suas ações – tais como usar nomes-códigos em contatos entre si, encontrarem-se em locais secretos ao redor do mundo, criar “fachadas” falsas (isto é, justificações aparentemente lícitas) para seus encontros, usar telefones de casa para contatos, e dar instruções explícitas para destruir qualquer evidência da conspiração³

A persecução de cartéis no Brasil só começou a avançar quando os agentes públicos especializados reconheceram a dinâmica de tais condutas e a estrutura sob a qual empresas em conluio se sustentam. A partir daí, o SBDC começou a desenvolver e employar técnicas de investigação aptas a superar os mecanismos de ocultação de acordos anticompetitivos. Buscas e apreensões, interceptações telefônicas, acordos de leniência, contato próximo com autoridades de persecução criminal, todas essas iniciativas deram novo vigor à identificação e punição de cartéis no Brasil. O sucesso de tais mecanismos está intimamente

² A Linde Gases Ltda. (“Linde”) figura como sucessora da AGA nos autos.

³ Livre tradução de “[t]he most startling characteristic of the multinational cartels we have prosecuted is how cold blooded and bold they are. *** [T]hey [go] to great lengths to cover up their actions -- such as using code names with one another, meeting in secret venues around the world, creating false ‘covers’ -- i.e., facially legal justifications -- for their meetings, using home phone numbers to contact one another, and giving explicit instructions to destroy any evidence of the conspiracy.” BARNETT, Thomas O. SEVEN STEPS TO BETTER CARTEL ENFORCEMENT. Apresentação para a 11ª Annual Competition Law & Policy Workshop. European Union Institute Florence, Italy. Disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/216453.htm>.



associado à percepção de que o cartel é um ilícito grave que só será descoberto caso as autoridades consigam penetrar o véu de segredo que os integrantes do cartel se esforçam para manter.

Fazendo uma análise de outros casos instaurados antes deste Processo Administrativo, em que se apurou a formação de cartel, pode-se perceber quais procedimentos investigativos foram utilizados e a real importância do uso de tais mecanismos para a dissolução dos conluios.

Por um lado, fica evidente a importância da ação coordenada entre as autoridades, tanto da esfera administrativa (SBDC), como da criminal, onde se destaca o Ministério Público (Estadual ou Federal); por outro, fica clara a necessidade do uso dos mais variados meios de prova. No PA 08012.002299/2000-18, instaurado a partir de representação encaminhada à SDE pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, condenou-se os representados pela prática de cartelização no mercado de comercialização de combustíveis. Com a representação vieram cópias da denúncia e do pedido de prisão preventiva ofertados pelo Ministério Público, cópias de termos de declarações de representantes de postos revendedores da cidade de Florianópolis e fitas de áudio contendo gravações obtidas por meio de interceptação telefônica aprovada por ordem judicial.

O PA 08012.001826/2003-10, instaurado em outubro de 2003, apurou a formação de cartel de empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul. Esse processo envolveu o primeiro Acordo de Leniência do SBDC. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a partir das informações obtidas por meio do acordo de leniência e da Nota Técnica da SDE que sugeria a realização de diligências de busca e apreensão e de interceptação telefônica, solicitou à Justiça Estadual a realização de operação de busca e apreensão, no que foi atendido em 23 de outubro de 2003⁴.

Outro caso que envolveu autoridades de persecução criminal foi o PA 08012.004036/2001-24, instaurado em 2001 em função de representação feita pelo Ministério Público de Santa Catarina, que acabou por condenar, por formação de cartel, empresas revendedoras de combustíveis no município de Lages, em Santa Catarina. O MP/SC havia

⁴ Em fevereiro de 2004 a investigação do conluio foi transferida do Ministério Público Estadual para o Federal. Ressalte-se que os documentos apreendidos nas diligências de busca e apreensão só puderam ser utilizados pelo SBDC em julho de 2007, a partir de autorização judicial.



solicitado interceptação telefônica dos donos de postos combustíveis. Do conteúdo dessas degravações resultou a representação.

Mais um exemplo é o PA 08012.006019/2002-11, instaurado em setembro de 2002, que apurou e condenou a formação de cartel entre distribuidoras de GLP no Triângulo Mineiro. Esse processo foi instaurado a partir de representação formulada por uma empresa revendedora de GLP. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais havia aberto procedimento administrativo sobre esse mesmo fato e, por solicitação da SEAE, encaminhou cópia do Procedimento Averiguatório. Esses documentos formaram a base documental de acusação das representadas e continham, dentre outros, cópias de correspondências e de fitas.

Esses poucos sucessos isolados não foram, até o momento, suficientes para assegurar o conhecimento necessário, pela sociedade e pelos órgãos de persecução penal, da natureza do cartel e de sua investigação. Ainda é muito pouco difundida a compreensão de que o cartel é uma prática caracterizada por sigilo absoluto. Os entes do SBDC recebem cotidianamente denúncias de cartel realizadas de forma pública. Autoridades governamentais informam abertamente que encaminharam denúncia ao SBDC para investigação de cartel em licitação. Particulares enviam notícias de jornal a respeito de acordos entre postos de gasolina. Após tal publicidade, é quase impossível obter qualquer evidência de cartel. Qualquer vestígio de acordo será eliminado pelos participantes da prática assim que souberem que estão sendo investigados.

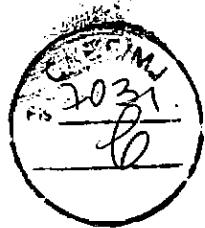
Essas considerações estabelecem o contexto a partir do qual as preliminares a seguir devem ser compreendidas e analisadas.

2.1 *Ofensa ao Princípio do Promotor Natural*

Argumenta-se que a Secretaria de Direito Econômico – SDE – não poderia entrar em contato diretamente com membro do Ministério Público. Alega-se que tal contato direto violaria o princípio do promotor natural e, dessa forma, geraria nulidade na condução da investigação do caso.

A alegação não possui fundamento.

Conforme retratado nas considerações acima, fica evidente a motivação da SDE em contatar diretamente um promotor com experiência em cartéis. Tal promotor já conhecia a



dinâmica de tais empreendimentos criminosos. Ele reconhecia a necessidade de uma investigação sigilosa e era capaz de comunicar tal ponto às autoridades judiciárias.

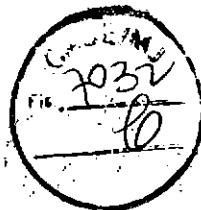
Primeiramente porque o promotor de Justiça que atuou no caso já detinha experiência ministerial específica para a matéria. Fosse ele um membro do *Parquet* estadual com atribuição para atuar, por exemplo, em questões do meio-ambiente poder-se-ia cogitar de alguma possível irregularidade. Não, contudo, para um promotor previamente qualificado para oficiar em questões de direito penal econômico.

A SDE se deparou com uma denúncia detalhada, sobre um setor suspeito de sustentar práticas colusivas, com menção a possível troca de aparelhos celulares pelos agentes da prática – tratava-se de situação em que havia urgência para a tomada de medidas de apuração. Contatar o agente mais experiente que poderia ser encontrado no estado da sede da maioria das empresas do suposto cartel era o curso de ação lógico a ser tomado pela SDE. Qualquer outra ação implicaria negligência e ilícita redução do potencial de investigação de um possível crime.

Este é o ponto essencial da questão. Em um momento de urgência, a SDE tomou a única medida que julgou capaz de viabilizar a investigação da prática. O nível de urgência associado ao caso foi reconhecido pelo promotor contratado, que imediatamente tornou as medidas cabíveis. O Poder Judiciário ratificou tal entendimento ao autorizar a interceptação telefônica e a busca e apreensão.

Nesta linha, é importante enfatizar alguns pontos. Em primeiro lugar, a SDE não possui poder para designar promotor. A SDE não faz parte do sistema hierárquico-organizacional do Ministério Público; qualquer sugestão, por parte da SDE, direcionada a membro do Ministério Público, sobre a forma de atuação jamais poderá ser vista como uma interferência na independência ou competência do MP. A SDE apenas apresenta os fatos, a notícia do suposto delito, e, no máximo, sugere medidas a serem tomadas. Destaco: sugestões ou recomendações que carecem de qualquer base, fática ou jurídica, para serem vistas como ordens. Cabe ao promotor, ciente de sua independência e autonomia funcionais e com base nos fatos trazidos a seu conhecimento, julgar qual a medida a ser tomada para melhor apuração do suposto ilícito, se aquela medida sugerida ou outra qualquer.⁵

⁵ O que é corroborado pela nota encaminhada ao promotor, fl. 17 dos autos: “Se de fato existe um cartel cujos participantes conversam entre si e reúnem-se periodicamente, esta Secretaria e o Poder Público em geral devem se esforçar para que as provas de sua existência sejam trazidas à baila. Não se trata de discricionariedade por parte da autoridade, mas sim de obediência ao dever de investigar e de recomendar a condenação de práticas



A Secretaria tem o dever de contatar o Ministério Público caso anteveja possível infração penal. Compete à SDE realizar tal contato da forma que se afigure a mais profícua à investigação criminal: ofício ao Procurador Geral, contato com promotor, reunião com grupo especializado, etc. Após efetuada a comunicação ao MP, a SDE não possui qualquer poder de ingerência sobre a condução do caso por membros do MP.

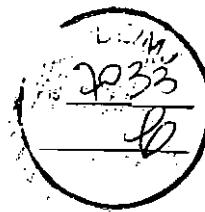
O promotor que recebe uma representação endereçada diretamente a ele poderia, se assim quisesse, permanecer inerte, esperando a distribuição do feito para outro promotor. Contudo, tal postura se mostraria totalmente incongruente com a conduta esperada de um membro do Ministério Público, a quem a Constituição, em seu art. 127, incumbiu de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais, sobretudo quando a inércia poderia acarretar prejuízos irreparáveis para a investigação dos fatos.

Em segundo lugar, note-se que as principais manifestações a respeito do princípio do promotor natural associam-se, essencialmente, à impossibilidade de designações enviesadas pelo Procurador Geral de Justiça.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. OFENSA. INEXISTÊNCIA. 1. O princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública. Daí a possibilidade de aditamento da denúncia quando, a partir de novas diligências, sobrevierem provas suficientes para novas acusações. 2. **Ofensa ao princípio do promotor natural. Inexistência:** ausência de provas de lesão ao exercício pleno e independente de suas atribuições ou de manipulação casuística e designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça. Ordem indeferida. (STF. HC 96700/ PE. Relator Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Decisão publicada no DJ 14/08/2009) (Grifei)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RÉU COM FORO PRIVILEGIADO. VIOLAÇÃO DO PROMOTOR NATURAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. NULIDADE POR VÍCIO NA COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR. EMENDA 45 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. LEGALIDADE DA DECISÃO CONDENATÓRIA. ORDEM DENEGADA.

anticoncorrenciais. Reforça-se a necessidade e a urgência da concessão de medida de interceptação das comunicações telefônicas, razão pela qual se requer que V. Senhoria se digne, caso entenda pertinente, em conformidade com o inciso I do artigo 3º da Lei nº 9296/96, a requerer ao Poder Judiciário a concessão da interceptação das comunicações telefônicas dos funcionários das empresas denunciadas, conforme descrito na referida nota técnica, a fim de que se ampliem os canais da investigação realizada por esta Secretaria de Direito Econômico, no sentido de apurar as denúncias existentes referentes à existência de cartel no setor identificado.” (grifei)



1. O princípio do promotor natural somente se mostra violado mediante demonstração, com ônus probatório da defesa, de "inequívoca lesão ao exercício pleno e independente das atribuições do parquet" ou "possível manipulação casuística ou designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça a deixar entrever a figura do acusador de exceção" (HC 12.616/MG, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 5/3/01).

2. Não há falar em vício na composição do órgão especial, quiçá nulidade de seus julgados, quando o Tribunal, mesmo após o advento da Emenda Constitucional 45, ainda não providenciou eleições internas, preservando seus atuais membros.

3. Ordem denegada. (STJ – Quinta Turma. HC 102466/SP. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicado no DJ em 16/03/2009) (Grifei)

HABEAS CORPUS. PENAL. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO. DENÚNCIA OFERECIDA POR GRUPO ESPECIALIZADO DE PROMOTORES DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO NA PRESENTE VIA. EXISTÊNCIA DE CRIME E INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

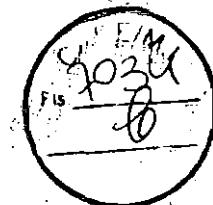
1. A garantia constitucional acerca da isenção na escolha dos Promotores para aturarem na persecução penal visa assegurar o exercício pleno e independente das atribuições do Ministério Público, rechaçando a figura do acusador de exceção, escolhido ao arbítrio do Procurador Geral.

2. "A criação de grupo especializado por meio de Resolução do Procurador-Geral da Justiça, com competência e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso, não ofende o art. 29, IX da Lei 8.625/96, nem o princípio do Promotor Natural" (REsp 495.928/MG, 5ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 02/02/2004).

3. Na hipótese dos autos, oficiou no feito o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – GAECO (criado para atuar em todo o Estado do Mato Grosso do Sul em casos que envolvam organizações criminosas), tendo em vista a possibilidade de eventual envolvimento dos Pacientes na chamada "máfia dos combustíveis", por fatos ocorridos antes da criação do Grupo. Mesmo não tendo sido constatado o envolvimento dos investigados com a referida organização criminosa, não havia, como de fato não há, qualquer óbice ao oferecimento de denúncia com base nos elementos informativos levantados, que apontavam para a existência de outros crimes cometidos a partir da comercialização de combustível adulterado. Inexistência de ofensa ao princípio do Promotor natural.

4. Tendo em conta que a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crime em tese, sustentando o eventual envolvimento dos Pacientes com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, não há como prosperar a pretensão de trancamento da ação penal em curso.

5. *Habeas corpus* denegado.



(STJ – Quinta Turma. HC 28700/ MS. Relatora Ministra Laurita Vaz.
Decisão publicada no DJ em 07/06/2004) (Grifei)

Não ocorreu nada desta natureza no presente caso. A SDE entrou em contato com o agente mais capacitado a lhe auxiliar. Esse agente reconheceu a urgência do caso e imediatamente providenciou as solicitações judiciais cabíveis. A ação do promotor decorreu pura e exclusivamente de sua prerrogativa ministerial de atuação autônoma. Nenhuma ingerência em sua conduta foi imposta pelo Procurador Geral.

É importante ressaltar, novamente, a urgência do caso. Se um provimento cautelar só pudesse ser realizado no período de plantão judicial, nenhuma ofensa haveria ao princípio do juiz natural se tal provimento fosse deferido pelo juiz de plantão. A competência desse juiz para o caso poderia ser ratificada em procedimento posterior ou transferida para outro magistrado. O provimento cautelar inicial, contudo, permaneceria plenamente lícito. Da mesma forma, no presente caso, a SDE ponderou que a única medida apta a assegurar o sucesso de eventual investigação envolveria o contato direto e imediato com promotor. A medida foi solicitada e deferida com base nesse entendimento. Após tal ação de cautela, o procedimento ordinário foi seguido e o promotor original foi regularmente designado para o caso. Nenhuma irregularidade procedural ocorreu neste trâmite.

Finalmente, note-se que o princípio do promotor natural sequer é unânime nos tribunais. Como evidenciado pela Procuradoria do CADE, o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inaplicabilidade do princípio do promotor natural⁶.

Destaque-se, ainda, o alcance que tal princípio tem. Se esse princípio implica que o acusado tem o direito de conhecer, antecipadamente, quem o acusará, evitando-se, portanto, a figura de um acusador de exceção, tal princípio não pode ser aplicado em fase de inquérito, uma vez que trata-se de mero procedimento administrativo, não havendo ainda a denúncia ou, consequentemente, a persecução criminal. Tal limitação do alcance do princípio do promotor natural é respaldada pelo Supremo Tribunal Federal:

Ementa: INQUÉRITO - ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. A ordem jurídica não contempla o arquivamento implícito do inquérito, presentes sucessivas manifestações do Ministério Público visando a diligências. PROMOTOR

⁶ RE 387974-DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão publicada no DJ de 26/03/2004; HC 90277-DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão publicada no DJ de 01/08/2008.



NATURAL - ALCANCE. O princípio do promotor natural está ligado à persecução criminal, não alcançando inquérito, quando, então, ocorre o simples pleito de diligências para elucidar dados relativos à prática criminosa. (HC 92663-GO. Relator Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Decisão publicada no DJ em 01/02/2008.) (Grifei)

Independente da concepção que se tenha do princípio do promotor natural, esse princípio não se aplica, de forma alguma, à espécie em análise. O promotor que recebeu a nota da SDE jamais atuou fora de seu âmbito legal previsto; ele sempre teve atribuição para apurar os fatos descritos na nota da SDE. Destarte, é inaplicável conceituá-lo como um acusador de exceção, dado que a ordem jurídica já lhe atribuía poderes *ex ante* para atuar no feito. Não há nenhum fundamento jurídico ou fático capaz de atribuir a qualidade de casuístico ou arbitrário ao chamamento de um promotor com atribuições previamente fixadas e conhecidas para agir, dentro dos limites que lhe foram atribuídos pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, qualquer membro do *Parquet*, consoante a sua autonomia e independência funcionais, constitucionalmente garantidas, pode iniciar um procedimento com base, por exemplo, em uma notícia ou reportagem jornalística, ou em uma conversa informal e outras situações, inclusive com base em informações recebidas de outro agente público, que no caso presente, seria a SDE.

Tem-se, então, que as representadas escoram-se em princípio que (1) não é reconhecido pelo STF, (2) não se aplica sequer em tese ao caso em tela e (3) mesmo que fosse pertinente ao presente processo, seria excepcionado pelas circunstâncias peculiares que envolveram a investigação. Não tenho reservas em rejeitar a preliminar alegada.

2.2 Incompetência do Aparato de Persecução Penal Estadual

Argumenta-se que a persecução penal da prática ora analisada seria de competência da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e da Justiça Federal. Alega-se que as ações dos agentes do Estado de São Paulo foram realizadas em violação a tal atribuição de competência e que o produto de tais investigações seria viciado por nulidade absoluta.

Rejeito a preliminar.

No início deste processo administrativo, a SDE possuía informações restritas sobre a prática. A denúncia anônima não descrevia suficientemente o espaço de atuação dos agentes. Os procedimentos investigativos instaurados anteriormente também não apresentavam subsídios firmes para essa questão específica. Havia referência a reuniões em cidades distintas,

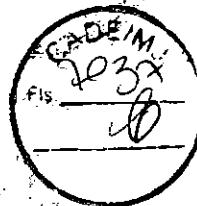
4036
FAS

tais como Jundiaí e Recife, porém não havia indicativo preciso a respeito dos mercados que seriam discutidos em tais reuniões. Havia a possibilidade de a prática espraiar-se por diversos estados, mas nenhum elemento concreto neste sentido. São Paulo é o Estado mais rico do país e onde estão sediadas a maior parte das grandes empresas do Brasil, sendo assim, um eventual conluio poderia ser restrito a este local – desta forma, a organização e o monitoramento de um acordo seriam facilitados e otimizados para a região mais lucrativa possível do Brasil. Por outro lado, o custo para estender uma estrutura de colusão para outros estados talvez não fosse excessivo. Eventual cartel poderia ser o resultado de ação autônoma de gerentes de unidades estaduais de cada empresa. Mas o conluio poderia ser também uma diretiva nacional das representadas. A sede de várias representadas era o Estado de São Paulo. Os números de telefone obtidos eram todos do Estado de São Paulo. Contudo, as pessoas investigadas poderiam estar discutindo em São Paulo acertos para outros estados.

As considerações acima não passam de especulações. Contudo, no que se refere especificamente à extensão geográfica do suspeito cartel, a SDE não possuía mais do que especulações. Ela possuía fortes indícios de conluio, mas não era capaz de identificar com precisão que regiões eram afetadas pelo suposto acordo. E, naquele momento, não havia meios aptos a solucionar tal dúvida de forma tempestiva. Em primeiro lugar, porque a possível troca de celulares dos representados poderia frustrar qualquer investigação. A realização imediata de diligência era imprescindível. Em segundo lugar, porque simplesmente não existiam outros mecanismos capazes de sondar tal informação; como já asseverado anteriormente, o sigilo é a marca do cartel, e apenas meios mais incisivos de investigação seriam capazes de obter informações adequadas sobre a extensão geográfica da atuação de um conluio.

Tem-se, assim, que a sondagem da área de atuação do suposto cartel dependia, em si, de diligências investigativas. Não era possível obter provas e então iniciar ação penal na Justiça comum ou na Justiça federal. A ação judicial era condição prévia e necessária para que tais evidências fossem obtidas. Impossibilitar tal ação investigativa ou dar-lhe a pecha de nulidade implicaria criar imunidade penal para cartéis. A impunidade seria garantida pelo fato de que os aparatos de persecução penal estadual e federal simplesmente não poderiam obter os elementos necessários para uma decisão entre uma ou outra esfera de investigação criminal.

Essa conclusão é incompatível com o sistema Judiciário. Se há suspeita razoável de ocorrência de um ilícito, a habilidade do suspeito em ocultar seus vestígios não pode ser



levantada como obstáculo a que as autoridades realizem as diligências necessárias para elucidar as condutas realizadas. Se for necessário realizar investigação para se decidir se o caso é de competência da Justiça federal ou da Justiça estadual, essa dúvida sobre a competência, logicamente, não pode constituir, em si, óbice à investigação.

Este é o caso dos autos. Na ausência de elementos capazes de fixar competência da Justiça estadual ou da Justiça federal, os magistrados estaduais tomaram a iniciativa. Na época, não havia qualquer elemento que justificasse hesitação das autoridades estaduais em agir de tal maneira. A menção pela SDE a um mercado nacional era precária e foi, inclusive, afastada na definição final de vários mercados empregada por aquela Secretaria. Eventuais elementos obtidos posteriormente não afastariam a legitimidade da decisão tomada naquele momento com os dados então disponíveis.

No momento em que as medidas cautelares foram deferidas, a competência só poderia ser fixada sob a luz dos fatos suspeitos. Esses fatos, contudo, ainda não demonstravam o real alcance do conluio, o que só viria a ser determinado após a análise dos elementos probatórios colhidos por meio das medidas cautelares. A incompetência da Justiça Estadual decorreu, portanto, de fato conhecido apenas posteriormente. Por esse fundamento, entendo que qualquer decisão posterior a respeito da competência para a ação penal não afasta a legalidade das decisões originais que levaram à obtenção das provas contidas neste processo. Mesmo que a competência para a causa tenha passado para a Justiça Federal, as provas obtidas no início da ação penal permanecem plenamente legítimas para uso criminal ou administrativo. A preservação da legalidade de provas obtidas em esfera federativa diversa é, inclusive, amplamente amparada por nossos tribunais. O Supremo Tribunal Federal, no HC 81.260⁷, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu a licitude da prova resultante de interceptação telefônica deferida por juiz aparentemente competente que, posteriormente, se declarou incompetente. A decisão encontra-se assim ementada:

- I. Prisão preventiva: alegação de incompetência do juiz: separação. A questão de competência do Juiz que decretou a prisão preventiva ficou superada com nova decisão que a manteve, proferida pelo mesmo Juiz, quando já investigado de jurisdição sobre o caso, por ato cuja validade não se discute.
- II. Quadrilha: denúncia idônea.

⁷ STF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão publicada no DJ em 19/04/2002.



1. O crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, no adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, consequentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos participes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fim da associação.

2. Segue-se que à aptidão da denúncia por quadrilha bastará, a rigor, a afirmativa de o denunciado se ter associado se ter associado à organização formada de mais de três elementos e destinada à prática ulterior de crimes; para que se repute idônea a imputação a alguém da participação no bando não é necessário, pois, que se lhe irrogue a cooperação na prática dos delitos a que se destine a associação, aos quais se refira a denúncia, a título de evidências da sua formação anteriormente consumada.

III. Denúncia: inépcia: imputação dos crimes de roubo e receptação, despida de qualquer elemento concreto de individuação dos fatos que os constituiriam.

IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do “juiz competente da ação principal” (L. 9296/96, art. 1º): inteligência.

1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da L. 9296/96: só ao juiz da ação penal condenatória – e que dirige toda a instrução -, caberá deferir a medida cautelar incidente.

2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará -, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso.

3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal – aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão – que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas. (Grifei)

Copio, aqui, partes do voto do Ministro relator que se mostram de grande utilidade para o presente Processo Administrativo:

68. Ora, é óbvio que o problema da identificação do juízo competente se põe de imediato, também com relação a tais medidas cautelares pré-processuais – sejam eles de caráter propriamente jurisdicional ou administrativo, ditas de jurisdição voluntária – mas em momento no qual ainda não se pode partir – no que tange à competência material -, do elemento decisivo de sua determinação para o processo, que é o conteúdo da denúncia.

69. Aí, parece claro, o ponto de partida para a fixação da competência – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará



– haverá de ser o fato suspeitado, vale dizer, o objeto do inquérito policial em curso.

[...]

80. Basta-me, por ora, sublinhar uma distinção elementar: a que parte de ser, ou não, o motivo da incompetência declarada, contemporâneo da decisão judicial de que se cuida.

81. Para mim, ao fim de uma análise mais detida, a circunstância de cogitar-se de incompetência absoluta *ab initio* é que explica o precedente invocado da Segunda Turma (supra, n. 46 ss).

82. Diversamente, neste feito – ao menos à luz dos dados que instruem as impetracções – ao tempo em que autorizada a interceptação, o objeto do inquérito policial ainda compreendia a investigação de crimes de interesse da União, o que era suficiente a firmar a competência da Justiça Federal para emitir-la.

83. Se, no correr do inquérito, a suspeita com relação a eles se desfez e remanesceu apenas a atinente a delitos da esfera da jurisdição local, tem-se incompetência superveniente, que, regra geral, não afeta a validade das decisões precedentes à alteração da situação de fato que a tenha gerado.

Como se vê, tem-se uma situação bastante semelhante à do presente Processo Administrativo. No início das investigações o Juiz Estadual era aparentemente competente para deferir as medidas cautelares, uma vez que não havia indícios suficientes que demonstrassem a competência Federal.

Essa possibilidade é sustentada em diversos outros casos.

No HC nº 20.859⁸ – RS, relator Min. Vicente Leal, o STJ sustentou a licitude de interceptação telefônica deferida por juízo incompetente. Segue-se parte do parecer apresentado pelo representante do Ministério Público Federal, acatado pelo relator em seu voto:

(...) a Lei 9296/96, em seu art. 1º, explicitou a necessidade de a interceptação telefônica ser autorizada pelo juiz competente da ação principal, mas o dispositivo deve ser entendido com razoabilidade.

É que o provimento tem caráter cautelar pré-processual, visando assegurar a prova que, por sua natureza, deve ser captada no momento em que se desenvolve, uma vez que a conversação telefônica não deixa vestígios, sendo essencialmente inadiável. Com efeito, à luz dos dados constantes dos presentes autos, o objeto do inquérito policial compreendia a

⁸ Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO. PROVA. ESCUTA TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI Nº 9.296/96.

- Não contamina de nulidade o processo penal instaurado com base em prova obtida por meio de interceptação de linha telefônica, realizada com autorização judicial deferida após a edição da Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, do art. 5º, da Carta Magna.

- Em sede de investigação de crime de tráfico de entorpecentes, em face da imensa dificuldade de sua apuração, é de se admitir a escuta telefônica como meio de prova para identificação da autoria.

- Habeas-corpus denegado. (STJ. Sexta Turma. Relator Ministro Vicente Leal. Decisão publicada no DJ em 01/07/2002)



investigação de crime de tráfico de entorpecentes, com vários envolvidos que se deslocavam constantemente, o que era suficiente para firmar a competência do Juízo de Tramandaí para emitir a ordem, valendo lembrar, como bem destacou o ilustre representante do parquet estadual, em suas contra-razões ao recurso de apelação, que os atos se desenrolavam em diversos locais.

Ainda no contexto, é importante analisar que o art. 567 do Código de Processo Penal, determina que a incompetência do juiz anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente, aproveitando-se, entretanto, os atos instrutórios levados a efeito.

Tratando-se a hipótese sub examine de ato sem conteúdo decisório, mas sim de atos probatórios, ainda que incompetente fosse o Juízo de Tramandaí para ordenar a interceptação telefônica não haveria se falar em nulidade daí decorrente, à luz do referido preceito legal. (Grifei)

O TRF 1^a Região, no HC 2007.01.00.016574-0⁹, teve similar entendimento. O impetrante requeria a declaração de nulidade de decisão autorizadora da interceptação telefônica proferida por juiz que, posteriormente, se declarou incompetente. Neste caso, a Polícia Civil do Distrito Federal investigava a existência de uma quadrilha de fraudadores de concursos públicos. O Juiz da 3^a Vara Criminal de Brasília determinou a interceptação telefônica, mas, após o surgimento de indícios da ocorrência de crime em detrimento da Universidade de Brasília, declinou competência em favor da Justiça Federal. Segundo o voto do relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro:

Não merecem prosperar as alegações postas na impetração, pois *in casu*, o inquérito policial foi instaurado pela Polícia Civil do Distrito Federal e o deferimento das interceptações telefônicas foi obtido perante o Juízo de Direito da 3^a Vara Criminal do DF, o que foi feito em obediência ao art. 1º da Lei 9.296/1996. Apenas no decorrer das investigações, constatou-se a prática de ilícito em detrimento da Universidade de Brasília, o que resultou no declínio da competência em favor da Justiça Federal.

Não há, pois, que se falar em nulidade dos atos decisórios, por tratar-se de incompetência superveniente.

Nesse sentido, o lúcido parecer do Ministério Público, verbis:

No correr das investigações, contudo – e principalmente em virtude do resultado das interceptações –, constatou-se que a quadrilha era também integrada por pessoas ligadas à Universidade de Brasília, instituição que,

⁹ Ementa: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DETERMINADA POR AUTORIDADE ESTADUAL. COMPETÊNCIA SUPERVENIENTE DA JUSTIÇA FEDERAL. POSSIBILIDADE. NULIDADE DE ATOS DECISÓRIOS. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Tendo a competência da Justiça Federal sido descoberta no decorrer das investigações, após a constatação da prática de delito em detrimento da Universidade de Brasília, não há que falar em nulidade dos atos decisórios praticados pelo Juízo de Direito da 3^a Vara Criminal do DF em face de sua incompetência superveniente. II - Habeas corpus denegado. (TRF 1^a Região. Terceira Turma. Relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Decisão publicada no DJ em 06/07/2007)



por meio do CESPE, era contratada para a organização dos concursos. Essas pessoas seriam responsáveis pelo "vazamento" de informações sobre as provas a serem aplicadas, cometendo assim o crime descrito no art. 325, § 2º e 327 do Código Penal (violação de sigilo profissional), em detrimento de interesse de autarquia federal.

Em razão desse fato houve o declínio da competência para a Justiça Federal, competente, em razão da conexão instrumental, para o processo e julgamento de todos os crimes cometidos pelos integrantes do bando.

O art. 567 do Código de Processo Penal determina que "a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente." A regra de anulação dos atos decisórios, contudo, não se aplica à hipótese de incompetência superveniente – ou melhor, incompetência decorrente de fato superveniente – e, nesse caso, o processo é remetido ao juízo que se tornou competente no estado em que se encontra.

Ademais, não há nulidade, por incompetência, das provas colhidas na fase pré-processual, se o juízo que decretou a medida era aparentemente competente, à luz dos fatos suspeitados. (Grifei)

Buscou-se demonstrar que o caráter das medidas cautelares deferidas neste processo devem ser vistas não como atos decisórios, mas sim probatórios, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 567 do CPP: "A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente." Contudo, ainda que se considere que as cautelares possuem caráter decisório, há de se ter em conta que a jurisprudência do STF tem admitido a possibilidade de ratificação quanto a atos decisórios no juízo competente.

Nessa linha tem-se o HC 88262-SP, relator Ministro Gilmar Mendes, que encontra-se assim ementado:

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Crimes de Estelionato. 3. Alegações de: a) ausência de indícios de autoria e materialidade; b) falta de fundamentação da preventiva; c) violação ao princípio do juiz natural; e d) excesso de prazo da prisão preventiva. 4. Prejudicialidade parcial do pedido, o qual prossegue apenas com relação à alegada violação ao princípio do juiz natural. 5. Em princípio, a jurisprudência desta Corte entendia que, para os casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados. Sendo possível, portanto, a ratificação de atos não-decisórios. Precedentes citados: HC nº 71.278/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julgado em 31.10.1994, DJ de 27.09.1996 e RHC nº 72.962/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 12.09.1995, DJ de 20.10.1995. 6. Posteriormente, a partir do julgamento do HC nº 83.006-SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 29.08.2003, a jurisprudência do Tribunal evoluiu para admitir a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive quanto aos atos decisórios. 7. Declinada a competência pelo Juízo Estadual, o juízo de origem federal ao ratificar o seqüestro de bens (medida determinada pela justiça comum), fez referência



expressa a uma série de indícios plausíveis acerca da origem ilícita dos bens como a incompatibilidade do patrimônio do paciente em relação aos rendimentos declarados. 8. No decreto cautelar, ainda, a manifestação da Juíza da Vara Federal Criminal é expressa no sentido de que, da análise dos autos, há elementos de materialidade do crime e indícios de autoria. 9. Ordem indeferida¹⁰. (STF, Segunda Turma. Decisão publicada no DJ em 30/03/2007. Grifei)

Deve-se ainda asseverar que, ao contrário do que as Representadas alegam, a competência para julgar crimes contra a ordem econômica não é, regra geral, da Justiça Federal. É nesse sentido a jurisprudência do STF. O RE 502.915/SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, foi assim ementado¹¹:

Competência: Justiça Estadual: processo por crime contra a ordem econômica previsto no art. 1º da L. 8.176/91 (venda de combustível adulterado); inexistência de lesão à atividade de fiscalização atribuída à Agência Nacional do Petróleo – ANP e, portanto, ausente interesse direto e específico da União: não incidência do art. 109, IV, da CF.

1. Regra geral, os crimes contra a ordem econômica são da competência da Justiça comum, e, no caso, como a L. 8.176/91 não especifica a competência para o processo e julgamento do fato que o recorrido supostamente teria praticado, não há se cogitar de incidência do art. 109, VI, da CF.

2. De outro lado, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira devem ser julgados pela Justiça federal – ainda que ausente na legislação infraconstitucional nesse sentido-, quando se enquadrem os fatos em alguma das hipóteses previstas no artigo 109, IV, da Constituição.

3. É da jurisprudência do Tribunal, firmada em casos semelhantes – relativos a crimes ambientais, que “o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna, tem de ser direto e específico”, não sendo suficiente o “interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União” (REE 166.943, 1ªT., 03.03.95, Moreira; 300.244, 1ªT., 20.11.01, Moreira; 404.610, 16.9.03, Pertence; 336.251, 09.6.03, Pertence; HC 81.916, 2ªT., Gilmar, RTJ 183/3).

4. No caso, não há falar em lesão aos serviços da entidade autárquica responsável pela fiscalização: não se pode confundir o fato objeto da fiscalização – a adulteração do combustível – com o exercício das atividades fiscalizatórias da Agência Nacional de Petróleo – ANP – cujo embaraço ou impedimento, estes sim, poderiam, em tese, configurar crimes da

¹⁰ Ver também, quanto à possibilidade de ratificação de atos decisórios: HC 94372- SP. STF Segunda Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Decisão publicada no DJ em 06/02/2009.

¹¹ Ver também, quanto à competência para julgar crimes contra a ordem econômica, regra geral, ser da Justiça Estadual: RE 454.737/SP. STF Tribunal Pleno. Relator Ministro Cesar Peluso. Decisão publicada no DJ em 21/11/2008.



competência da Justiça Federal, porque lesivos a serviços prestados por entidade autárquica federal (CF, art. 109, IV). (STF Primeira Turma. Decisão publicada no DJ em 26/04/2007. Grifei)

PROCESSO PENAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL – PEDIDO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DE DADOS – SUPOSTA FORMAÇÃO DE CARTEL E COBRANÇA DE PREÇOS ABUSIVOS NO TRANSPORTE DE CARROS NOVOS – CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA – LEI N. 8.137/90 - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A BENS, SERVIÇOS E INTERESSES DA UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS E EMPRESAS PÚBLICAS - ART. 109, IV, DA CF – EVENTUAL VIOLAÇÃO A DIREITO DO CONSUMIDOR (ART. 81, II, DO CDC) – COMPETÊNCIA ESTADUAL.

1 – A prática, em tese, de crime contra a ordem econômica (art. 4.º da Lei n. 8.137/90), consistente no monopólio de transporte de veículos novos, bem como na cobrança abusiva dos fretes, não causa, objetivamente, detimento a bens, serviços ou interesses da União. **Não havendo qualquer determinação expressa em lei e ausente o dano concreto à Federação, à suas autarquias e às empresas públicas (art. 109, IV, da CF), não há como se deslocar tal competência para a Justiça Federal.**

2 – Na espécie, os danos concretos causados seriam, supostamente, afetos às montadoras e aos consumidores finais dos veículos. Trata-se de afronta a direito do consumidor, identificável na norma prevista no art. 81, II, do CDC.

3 – Precedentes (CC ns. 40.165/PR, 15.206/RJ, 38.989/RJ e 22.895/SP)

4 – Conflito conhecido, porém, desprovido para declarar competente o D. Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP, ora suscitante.

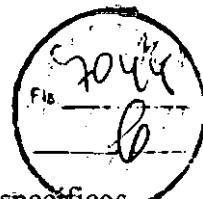
(STJ. Terceira Seção. CC 37226. Relator Ministro Jorge Scartezzini. Publicado no DJ em 01/07/2004) (Grifei)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAL E ESTADUAL. PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. LEI 8137/90. ART. 109, I, CF. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA AFASTADA. INTERESSES COLETIVOS DE CONSUMIDORES. COMPETÊNCIA ESTADUAL.

Possíveis crimes praticados contra a ordem econômica, no caso o estipulado pela Lei nº 8137/90 deve ser processado pelo juízo estadual, considerando o disposto no art. 109, I da CF e não havendo qualquer determinação no sentido de se deslocar a competência para o juízo federal. Precedentes análogos. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal de Apucarana/PR.

(STJ- Terceira Seção. CC 40165. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJ em 02/02/2004) (Grifei)

É importante asseverar que, na existência de dúvida acerca da competência federal ou estadual para a investigação de um caso, a prioridade para a esfera estadual é plenamente justificada pela lógica do pacto federativo estabelecido em nossa Constituição. A Justiça Federal



possui escopo restrito. Sua competência só surge quando presentes elementos específicos explicitamente previstos no texto constitucional. No restante dos casos, prevalece a Justiça comum Estadual como regra. Na dúvida a respeito da existência daqueles elementos, afigura-se plenamente adequada a iniciativa dos agentes estaduais.

O membro do Ministério Público de São Paulo, ao justificar a competência estadual para o feito, bem se manifestou:

A Lei 8.137/90, que trata de crimes contra a ordem tributária e econômica, **não entrega, expressamente, a competência à Justiça Federal**, tal como faz a Lei nº 7.492/86 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional). São, a propósito, leis distintas com objetos que não se confundem, - distintos, “crimes contra o sistema financeiro nacional” e “crimes contra a ordem econômica”.

[...]

Assim, considerando o âmbito de abrangência territorial do Cartel, no sentido de controle de preços e produção – a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresas ou grupo de empresas (grifamos); e c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores; é que se concluirá pela respectiva competência;

Assim, intuitivo que, tratando-se de grupo de empresas que tenha ação regionalizada – dentro de um determinado estado-membro da federação, ou com ações perfeitamente estabelecidas e identificáveis em alguns estados-membros a competência haverá de ser estadual. Tratando-se, ao revés, de grupo de empresas que tenha ação no âmbito nacional, de forma a promover ilicitamente o controle, - não apenas regionalizado do mercado – mas em âmbito nacional, passa a causa, automaticamente a ser de evidente interesse da União, posto que passe a envolver o mercado nacional como um todo. **De se salientar que o Cartel, em regra, causa prejuízo ao consumidor e ao mercado locais, sendo de interesse da justiça estadual local o seu processamento.**

Entendemos ainda, perseguindo a lógica interpretativa, que supostamente não será um caso isolado de crime praticado pelo cartel, do qual se abstrai interesse da União (Ex. fraude em licitação de bens/serviços da união), que deslocará a competência para a justiça federal, nos termos da súmula 122 do STJ. Haverá que se constatar se o Cartel foi efetivamente constituído, ou passou a atuar no sentido de atingir o mercado nacional – repita-se, como um todo. Qualquer análise de incidência de conexão de crimes deve aguardar o avanço das investigações para que a conclusão possa a ser segura, sendo pouco recomendável tal análise no nascedouro das apurações. (Grifei)¹²

¹² Fl.6493/6496.



Por fim, ressalto que o Juiz Estadual, ao deferir as interceptações telefônicas estava ciente da possibilidade de atração da competência Federal para o feito, mas a descartou por, no momento, ainda não haver elementos que justificassem a mudança de competência¹³:

A fim de ser esclarecida a questão relativa à competência jurisdicional, determinou este juízo fossem os fatos melhor esclarecidos. O representante do Ministério Público reiterou fosse o pedido aqui conhecido diante das suspeitas de que ação do cartel seria regionalizada, mais especificamente no âmbito deste estado o que afastaria a incidência de interesse da União.[...]

Os fatos ainda não são plenamente cristalinos, tanto é verdade que o pedido visa obter justamente elementos de prova de crime de características clandestinas. Nesse sentido, forçoso é reconhecer não se encontrarem presentes suficientes dados que apontem, com segurança, para o envolvimento de interesse da União e, por conseguinte, da competência da Justiça Federal. Qualquer declinação de competência seria, portanto, temerária. Sob esse prisma, enquanto não apurados os fatos, com as suas circunstâncias, prudente seja a medida conhecida por este juízo.

Tal fato também foi novamente abordado pelo juiz ao deferir a expedição de mandados de busca e apreensão nas sedes das Representadas. Ainda não havia elementos que justificassem a mudança de competência.

E como destacado por este juízo já por ocasião da medida cautelar de interceptação das comunicações telefônicas, não há, **ao menos por ora**, elementos que apontem para o envolvimento de interesses da União de modo a reconhecer a competência da Justiça Federal. Aliás, tratando-se de competência mais específica, se comparada com a Estadual, eminentemente residual, qualquer declinação haveria de ser fundada em aspectos inequívocos do envolvimento de interesses da União, o que, reitere-se, não é o caso. Por outro lado, a maioria das linhas interceptadas e dos endereços declinados encontram-se na área territorial da Comarca Capital o que justifica, atendendo à regra da prevenção, a intervenção deste juízo.(Grifei)¹⁴

É importante enfatizar esse ponto. Mesmo após a realização de uma medida de investigação tão dramática como a interceptação telefônica, a autoridade judicial ainda não possuía elementos suficientes para concluir pela existência de eventual fator determinante de competência federal. Evidencia-se assim a existência de dúvida razoável, que só poderia ser adequadamente sanada por meio da continuidade da investigação.

¹³ Documentos Recebidos da Justiça Federal. 2º Volume – fl. 4

¹⁴ Fl. 1051 dos autos.



Noto mais uma vez que, antes do advento desse caso, a experiência das autoridades de defesa da concorrência brasileiras demonstrava a tendência de cartéis se formarem em bases regionais. Por esse exato motivo o contato entre as autoridades administrativas e autoridades da persecução criminal se deu, sobretudo, com os diversos Ministérios Públicos Estaduais, dos diversos Estados da Federação. Portanto, não havia elementos jurídicos ou fáticos (encontrados na própria práxis de combate a cartéis) que justificassem suspeita de competência federal em um primeiro momento.

O próprio trâmite do processo criminal no Poder Judiciário demonstra a incerteza que cercava a questão da competência. Houve pelo menos sete decisões distintas, provenientes de quatro magistrados diferentes, tratando da matéria:

1) Juiz Estadual: o mesmo magistrado que autorizou as interceptações telefônicas reconheceu, expressamente, a competência estadual para julgar o feito. Esse reconhecimento foi operado em duas ocasiões distintas: ao autorizar a interceptação telefônica e ao deferir os pedidos de busca e apreensão.¹⁵

2) Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: No Mandado de Segurança nº 473660/6, impetrado por Campos e pela WM, o magistrado Oliveira Passos assim se manifestou a respeito da competência Estadual para o feito:

A apuração de tais infrações [formação de cartel] é da competência da Justiça Estadual, conforme já se decidiu [sic], seguidas vezes, o Superior Tribunal de Justiça. Até porque, como a Justiça Federal é especial, a competência somente seria dela se a Lei 8.176/91, que trata dos crimes contra a ordem econômica, assim dispusesse. E a lei assim não dispôs.¹⁶

3) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *Habeas corpus* impetrado em favor de Campos (HC nº 951.209.3/5-00.) questionando a competência da Justiça Estadual para julgar o feito foi denegado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.¹⁷

4) Superior Tribunal de Justiça: Em *habeas corpus* impetrado em favor de Campos (HC nº 117.169), o relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho concedeu parcialmente a ordem nos seguintes termos:

¹⁵ Autorização das interceptações telefônicas: fl. 04 do Apartado Confidencial "Documentos Recebidos da Justiça Federal. 2º Volume". Deferimento dos pedidos de busca e apreensão: fl. 1051 dos volumes públicos.

¹⁶ Fl.2336.

¹⁷ Fl. 3808.



"tão só e apenas para reconhecer, *em princípio*, a competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento da Ação Penal intentada contra os ora pacientes, *sem prejuízo da ulterior avaliação do Juiz Federal sobre a sua própria competência.*"¹⁸

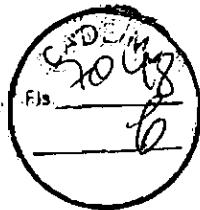
- 5) Juíza Federal: A Juíza Federal a quem foi distribuído o caso entendeu que a matéria era de competência estadual e determinou a devolução do feito à 14ª Vara Criminal da Justiça Estadual da Comarca de São Paulo. Ressaltou que "o teor do acórdão proferido pelo Colendo STJ não deixa dúvidas quanto à determinação de que incumbe ao Juiz Federal avaliar sua própria competência." ¹⁹
- 6) Superior Tribunal de Justiça: Campos apresentou reclamação no STJ (Reclamação nº 3.966) alegando que a recusa de competência por parte da Juíza Federal afrontaria a decisão proferida pelo STJ. Diante disso, deferiu-se o pedido para suspender a decisão do Magistrado Federal, a fim de se manter a competência da Justiça Federal até o julgamento do mérito dessa reclamação.²⁰ A reclamação foi julgada prejudicada em face da perda de seu objeto, vez que a Juíza Federal reconsiderou sua decisão que determinava o encaminhamento dos autos à Justiça Estadual e determinou o prosseguimento do feito.

Observa-se, diante desse relato, a grande incerteza que pairou sobre este caso a respeito de qual seria a Justiça competente para julgar a lide. Houve inúmeras manifestações judiciais defendendo a competência estadual, sendo que a competência somente passou a ser da Justiça Federal após reclamação apresentada no Superior Tribunal de Justiça que acabou sendo julgada prejudicada, ou seja, nem sequer houve manifestação definitiva por parte dessa Corte Superior.

Tem-se que, até a presente data, um Juiz estadual, dois tribunais estaduais e uma Juíza federal concluíram, em princípio, pela competência estadual para a matéria. E destaque-se que as decisões dos tribunais e da Juíza foram tomadas mesmo depois de várias provas já terem sido juntadas aos autos. A competência federal só foi decidida após manifestação de uma corte superior. Se até mesmo os qualificados magistrados brasileiros divergem acerca da competência

¹⁸ Fl. 5445/5446.

¹⁹ Fl. 6059.



para o caso após a obtenção de diversas provas acerca da matéria, não seria possível demandar maior certeza das autoridades no momento inicial do processo, quando as provas foram solicitadas.

Nessa linha, reforça-se ainda mais a conclusão de que as ações da Justiça estadual foram plenamente compatíveis com a percepção de competência que era demandada no momento das decisões de diligências probatórias. Não se nota aqui qualquer irregularidade capaz de sustentar as alegações de nulidade.

Por fim, ressalto que, em decisão datada de 05 de julho de 2010, a Juíza Federal da 3ª Vara Criminal em São Paulo, atual responsável pela ação penal referente aos fatos deste processo, ratificou uma série de atos praticados pelo Juiz Estadual. Entre os atos ratificados, merecem destaque o deferimento de busca e apreensão e o deferimento das interceptações telefônicas. Há, assim, até mesmo decisão judicial explícita no sentido da validade das provas e da legitimidade de seu uso.

Em face de tal decisão pela Justiça Federal, Campos impetrou a Reclamação nº 4.420 perante o STJ. Nesta ocasião, alegou que a ratificação das provas afrontaria a decisão do STJ que reconheceu, em princípio, a competência federal para julgar o processo criminal. O Ministro Relator, Napoleão Nunes indeferiu o pedido de liminar presente nessa reclamação nos seguintes termos:

Inicialmente, cumpre esclarecer que eventual declinação de competência não têm o condão de invalidar a prova até então colhida, visto que na fase inicial da investigação, em que ainda estão sendo amealhados os elementos concretos das infrações e de sua autoria, a delimitação da competência firma-se pelo que foi possível coletar de informação até aquele momento. Além disso, tanto esta Corte como o Poder Judiciário têm admitido a ratificação pelo juízo competente dos atos até então praticados.²¹ (grifei)

Concluo que a preliminar argüida não deve ser acolhida, uma vez que: (1) no início das investigações não havia elementos que sustentassem suspeita válida de competência federal para o caso; (2) a incompetência estadual só foi percebida posteriormente, e apenas em razão das próprias investigações realizadas; (3) regra geral, a competência para julgar crimes contra a ordem econômica é da Justiça Estadual; (4) as medidas cautelares são atos probatórios e

²⁰ Fl. 6060.

²¹ Decisão publicada no DJ em 12/08/2010.



não atos decisórios, não sendo nulos, portanto, à luz do art. 567 do CPP; (5) mesmo que sejam vistos como atos decisórios, a jurisprudência do STF tem permitido a sua ratificação no juízo competente; (6) há decisão judicial proveniente do Poder Judiciário Federal atestando a validade e regularidade das diligências realizadas e das provas obtidas. Ante o exposto, considero plenamente válido o produto da investigação realizada pelos entes de persecução penal do Estado de São Paulo.

2.3 Ilegalidade da Concessão e do Uso da Interceptação Telefônica

Argumenta-se que a interceptação telefônica realizada na esfera penal seria ilegal, uma vez que não teria atendido os requisitos estabelecidos na Lei nº 9.296/96 para tal mecanismo de investigação. Discute-se ainda que a prova obtida em interceptação telefônica não poderia ser empregada para fins diversos da investigação criminal.

Os argumentos não encontram sustentação nos autos ou no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 2º da Lei nº 9.296/96 assim prevê:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

O inciso I exige a existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”. A SDE dispunha de representação anônima detalhada. Além disso, a Secretaria já investigava, **em vinte e quatro procedimentos distintos**, práticas anticompetitivas realizadas por e entre as representadas. Desses vinte e quatro procedimentos, oito apuravam representações por existência de cartéis. A maioria dos procedimentos restantes cuidava de práticas possivelmente acessórias às atividades de um cartel.

Foi alegado nos autos que a existência de procedimentos em trâmite na SDE não poderia justificar a realização de interceptações telefônicas. Alegou-se, inclusive, que tal conduta implicaria ofensa ao princípio da presunção de inocência.



Data vênia, tal alegação é equivocada. Se uma pessoa é suspeita de ter cometido vinte e quatro homicídios, é mais do que justificado que um delegado concentre os seus esforços de investigação nessa pessoa caso novo crime ocorra em sua área de atuação. Essa lógica se aplica também ao cartel – o fato de se tratar de um ilícito tipicamente de colarinho branco não afasta a pertinência da diligência. Obviamente, a existência de investigações em curso não constitui elemento suficiente para condenar alguém ou agravar uma condenação. Contudo, a suspeita contínua e fundamentada pela autoridade instrutora, consubstanciada em número considerável de linhas de investigação, não pode ser afastada como fundamento para a promoção da apuração.

Note-se, ainda, que o que sustenta o pedido de interceptação não são os procedimentos em si, mas sim a escora adicional que eles oferecem a uma denúncia anônima detalhada. É inteiramente correta a afirmação que uma notícia anônima vazia, em si, não poderia sustentar a realização de interceptações telefônicas. Esse, porém, não é o caso dos autos. Aqui, nota-se uma descrição convincente de um conluio, que corrobora suspeitas já mantidas pela SDE e que adiciona elementos que estariam longe do acesso direto da Secretaria. “Denúncias” anônimas realmente devem ser tratadas com cautela pela Administração. No caso, a autoridade pública obteve informações detalhadas sobre as pessoas envolvidas na suposta prática, a forma empregada para contato entre agentes e o *modus operandi* do empreendimento ilícito. A “denúncia” merecia e recebeu atenção.

Ressalte-se ainda que a SDE, diante de tais elementos, analisou o mercado de gases, verificando que esse mercado apresentava condições estruturais que permitiam a atuação concertada entre concorrentes. Sendo assim, eram perfeitamente críveis as informações constantes na notícia anônima. De se destacar que, em *habeas corpus* impetrado em favor de Campos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²² (quando a competência do feito ainda era da Justiça Estadual) buscando a ilicitude da interceptação telefônica vez que pautada exclusivamente em denúncia anônima, carecendo, assim, de necessária fundamentação, assim se manifestou o Desembargador Péricles Piza ao denegar a ordem:

A interceptação foi autorizada à vista de razoáveis indícios de participação do paciente e outras pessoas em crime contra a ordem econômica e da premente necessidade de preservação da prova, cuja colheita, nas circunstâncias noticiadas, estava na iminência de se tornar impraticável,

²² HC nº 993.06.027747-2.



como se infere do elucidativo ofício enviado ao *Parquet* pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, onde foram reproduzidos os termos da denúncia anônima em questão,

Não obstante seu caráter apócrifo, a delação apoiou-se em fatos determinados, aparentemente configuradores de cartel, trazendo descrição precisa e pormenorizada de suposto esquema que estaria sendo implementado para controle do mercado de gases industriais, em detrimento da livre concorrência, além de conluio em licitações públicas.²³

O Supremo Tribunal Federal analisou, recentemente, um caso que envolvia escuta telefônica deferida após representação anônima:

EMENTA Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Instauração de inquérito. Quebra de sigilo telefônico. Trancamento do inquérito. Denúncia recebida. Inexistência de constrangimento ilegal. 1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais, tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos "denunciantes". Portanto, os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. 3. Habeas corpus denegado. (HC 95244-PE. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira turma. Decisão publicada em 30/04/2010.) (Grifei.)

Nesse habeas corpus, que buscava o trancamento da persecução penal iniciada com fundamento em interceptação telefônica deferida com base em denúncia anônima, a Primeira Turma do STF entendeu que a representação anônima, desde que corroborada por outras diligências, pode dar ensejo a uma interceptação telefônica. Para verificar o que a Primeira Turma entendeu como diligências suficientes para sustentar a denúncia anônima, transcrevo parte da representação formulada pelo Delegado requerendo a quebra do sigilo telefônico:

²³ Fl. 116 do Parecer ProCADE.



DOS FATOS

1. Através de colaboradores, obtivemos o informe de que oficiais de justiça desta Comarca estariam associados a traficantes locais. Segundo a informação em anexo (doc. 01), MARIVÂNIA, RUBENS, BONI, e ANUNCIADA estariam informando criminosos locais do cumprimento de mandados de busca e apreensão e prisão. Como se pode constatar, **tais dados se somaram a outros informes anônimos direcionados a esta Delegacia, via telefone.**

2. Dada a gravidade da denúncia, procuramos confirmar se realmente existem oficiais de justiça nesta Comarca com os nomes acima, quando obtivemos qualificação dos citados, sendo eles [...] (Grifei)

Como pode ser visto, o STF considerou suficiente para corroborar a denúncia anônima a verificação da identidade dos denunciados (a verificação se, de fato, eram oficiais de justiça). No presente caso, as autoridades foram muito além do que exigido pelo STF. Percebe-se dos autos que a denúncia anônima foi confirmada por muitas outras informações: suspeitas, denúncias e procedimentos investigatórios anteriores (os vinte e quatro procedimentos) e a verificação de que o mercado em questão apresentava elementos que permitiriam/facilitariam a formação de um cartel.

Tem-se assim que a autoridade judicial dispunha de parecer de órgão especializado do governo federal no sentido de que havia nítida verossimilhança nas alegações da denúncia anônima. Esse elemento, associado à existência mesma de grande número de suspeitas e investigações prévias sobre os representados, reforça a percepção de que a decisão judicial atendeu plenamente às exigências de fundamentação do ordenamento legal.

É importante observar, ainda, o nível de evidência exigido pela norma. A Lei nº 9.296/96 reconhece a dificuldade associada à obtenção de informações sigilosas sobre práticas ilícitas. O parágrafo único do art. 2º reconhece que haverá casos de “impossibilidade manifesta” de descrição clara do objeto da investigação e autoriza a diligência inclusive nestes casos. No caso em tela, porém, os indícios eram suficientemente amplos para permitir a caracterização específica das pessoas (representadas) e do objeto (conluio) da investigação. Ou seja, a autoridade foi capaz de apresentar indícios da prática que superam em muito o nível de suspeita exigido pela própria lei para a autorização da interceptação.

O inciso II do artigo veda a diligência quando a prova possa ser realizada por “outros meios disponíveis”. Como já discutido neste voto, a lógica inerente ao cartel é de sigilo. A prova primordial do cartel é o contato entre concorrentes. No caso de executivos de empresas sofisticadas e de grande porte, é evidente que o contato será feito da forma a mais discreta



possível. Assim, para obter provas de acordos, é imprescindível penetrar no espaço em que o acordo se concretiza, ou seja, nos mecanismos de comunicação entre os integrantes do conluio. A busca e apreensão seria prematura naquele momento e ainda mais agressiva à intimidade das partes. Desta forma, tem-se que a interceptação de conversas era o único mecanismo eficaz de investigação disponível à autoridade naquele momento. Tenho por atendida, assim, a condição estabelecida no inciso II.

O inciso III não permite a realização de interceptação quando a pena máxima aplicável ao suspeito seja a de detenção. Não é o caso dos autos. Aqui, investigava-se a ocorrência de crime previsto no art. 4º da Lei nº 8.137/90, abstratamente apenado com “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa”. A pena máxima aplicável é de reclusão, atendendo assim à exigência do inciso III.

Foi alegado nos autos que o art. 4º da Lei nº 8.137/90 prevê que um réu poderia ser apenado somente com multa, o que levaria à conclusão de que a vedação do inciso III teria sido violada. O argumento é falacioso. O que a lei impõe é que a pena máxima aplicável seja mais gravosa que a detenção. E é isso que o art. 4º da Lei nº 8.137/90 faz. É irrelevante a possibilidade de, ao final do processo, o juiz aplicar pena menos grave ao réu. O ponto de interesse aqui é o comando abstrato da norma, que atende às exigências da Lei nº 9.296/96.

Há ainda o argumento de que a Lei nº 9.296/96 autoriza a realização de interceptação telefônica apenas no âmbito de investigações criminais. Desta forma, a prova obtida pela interceptação não poderia ser empregada em procedimentos administrativos.

O argumento distorce a lógica do sistema. Nossa ordenamento constitucional privilegia o direito à intimidade e ao sigilo de comunicações telefônicas. Por este motivo, restringe a possibilidade de violação estatal do sigilo àqueles casos em que haja suspeita de dano considerável à sociedade. Ou seja, apenas a casos de condutas tipificadas como crime.

Uma vez reconhecido esse dano e ocorrida a intervenção estatal, é plenamente possível a extensão da utilização da prova. Ao condicionar a realização de interceptações a casos de investigação criminal, a lei não está pretendendo restringir o uso da informação obtida; o que se pretende é apenas assegurar que um mecanismo incisivo de inquérito seja empregado somente a casos graves. Não há nenhum óbice ao uso da prova em outras esferas após o reconhecimento da gravidade do caso e a realização da diligência.



Este é o entendimento consolidado de nossos tribunais superiores. O STF já reconheceu como válida a remessa do produto de interceptações telefônicas a agentes públicos para instrução de processos administrativos. Inexiste óbice legal ou constitucional a tal procedimento. Nesse sentido:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (STF – Tribunal Pleno. Inq. 2424 QO – RJ. Relator Ministro Cezar Peluso. Decisão publicada em 24/08/2007)

O STJ também apresenta farta jurisprudência no sentido de permitir a interceptação telefônica como prova emprestada. Como bem lembrado pela ProCade, no MS 9212-DF²⁴, o STJ, segundo o voto do Ministro relator, assim entendeu a questão:

A Lei nº 9.296/96 prevê que a interceptação das comunicações telefônicas somente poderá ser determinada por juiz, de ofício, ou a requerimento de autoridade policial, na investigação criminal, bem como de representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, não havendo qualquer disposição acerca da utilização da prova para fins de investigação administrativa.

Registre-se que na presente hipótese valeu-se a Administração das gravações realizadas, entretanto a interceptação foi requerida nos exatos termos da legislação aplicável à espécie.

Consoante bem explicitado pela autoridade indicada como coatora, *"uma vez autorizada, judicialmente, a quebra do sigilo, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei nº 9.296/96, nada obsta o aproveitamento das provas colhidas mediante a interceptação telefônica regularmente deferida em investigação criminal ou em processo penal, como prova emprestada, em processo administrativo a que também responda o interceptado."*²⁵

Pelo exposto, rejeito integralmente a preliminar.

²⁴ Terceira Seção. Relator Ministro Gilson Dipp. Decisão publicada no DJ em 01/06/2005.

²⁵ Ver ainda, quanto à possibilidade do uso de interceptação telefônica como prova emprestada, na jurisprudência do STJ: MS 12536/DF. Terceira Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. Decisão publicada no DJ em 26/09/2008; RMS 16429/ SC. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Decisão publicada no DJ em 23/06/2008; MS 7024. Terceira Seção. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Decisão publicada no DJ em 04/06/2001.



2.4 Ilicitude da Busca e Apreensão *

Argúi-se que a Secretaria de Direito Econômico só poderia realizar busca e apreensão nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.884/94. A utilização da busca e apreensão criminal seria ilícita por preterir o procedimento legal exigido.

A alegação não se sustenta no contexto do caso.

A SDE entrou em contato com as autoridades de persecução penal com o objetivo de assegurar a viabilidade de uma eventual investigação de cunho criminal. Caso a Secretaria tivesse, nesse momento, realizado a diligência prevista no art. 35-A da Lei nº 8.884/94, o caráter sigiloso da investigação teria sido afastado e, consequentemente, a possibilidade de sucesso de eventual ação penal seria reduzida. Desta forma, era dever da SDE evitar realizar qualquer ação que pudesse alertar as investigadas e, assim, dificultar a obtenção de provas. Essa atuação cautelosa da SDE deveria ser mantida até que as autoridades criminais tornassem públicas as suas diligências.

A divulgação ocorreu com a realização da busca e apreensão determinada pelo juiz na ação penal. Após esse evento, a princípio não haveria óbice para a realização de nova busca e apreensão nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.884/94. Tal diligência, porém, não faria mais sentido. A busca e apreensão criminal já havia retirado os elementos de prova que poderiam ser usados. A busca também havia alertado os envolvidos da existência de investigação, que poderiam então destruir qualquer prova adicional que pudesse ser encontrada em nova diligência.

Tem-se assim que, ao deixar de realizar a diligência do art. 35-A, a SDE estava inicialmente cumprindo o seu dever de colaboração com as sigilosas investigações penais. Após a divulgação dessas investigações, a realização da diligência do art. 35-A seria inócuia, motivo pelo qual não se poderia demandar da SDE que a realizasse.

Neste contexto, o único caminho viável para o prosseguimento da apuração do caso seria o emprego do material apreendido na investigação criminal, que havia então sido remetido à SDE. Não houve qualquer tentativa da Secretaria de se furtar ao emprego da possibilidade prevista no art. 35-A. A conduta da SDE foi plenamente adequada ao contexto em que se apresentava, não existindo qualquer desvio capaz de demandar repreensão ou, muito menos, decretação de nulidade.

2056
Fls.
LB

A participação da SDE na busca e apreensão criminal é plenamente compatível com essa linha de conduta. Não só a Secretaria deixou de realizar ações que pudessem perturbar a investigação criminal, como ofereceu o seu apoio à realização de diligências nessa seara. A prioridade atribuída à persecução penal foi uma constante ao longo da instrução, como seria de se esperar de uma autoridade pública comprometida com o sistema de Justiça brasileiro. A investigação administrativa não poderia ser prejudicada pelo zelo da administração em proteger a persecução penal. Afigura-se assim ainda mais implausível a alegação de nulidade.

É importante notar que o art. 35-A apenas estabelece uma possibilidade de investigação para a SDE. O uso dessa ferramenta depende de um juízo de oportunidade e conveniência, não constituindo em si uma obrigação inafastável. Não se pode alegar nulidade em um processo apenas porque não foi empregada tal possibilidade, especialmente quando as circunstâncias demonstram claro dever da SDE em não realizá-la.

Rejeito a preliminar.

2.5 Impossibilidade de Uso do Material Apreendido

Alega-se que o material apreendido na busca e apreensão estaria protegido por segredo de justiça. Por esse motivo, a SDE teria cometido ilegalidade ao utilizar os documentos obtidos. Sustenta-se também que a ausência de identidade entre as partes investigadas no processo penal originário e as partes investigadas no presente processo administrativo constituiria óbice ao empréstimo da prova.

Rejeito a preliminar.

A SDE solicitou manifestação do Poder Judiciário especificamente a respeito da “regularidade da remessa dos documentos a esta Secretaria, ratificando a validade de sua juntada aos autos do Processo Administrativo SDE nº 08012.009888/2003-70” (fl. 810). Em resposta, o Juiz de Direito Júlio Caio Farto Salles do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo, DIPO, declarou explicitamente que não ocorreu “irregularidade que possa ter ensejado divulgação de documento protegido por sigilo” (fl. 812). Tendo em vista manifestação da própria autoridade judiciária no sentido da legitimidade da remessa dos documentos à SDE, perde sustentação o argumento de impossibilidade de uso.

Outro argumento igualmente inaplicável é o de que a remessa original havia sido viciada por nulidade que não teria sido convalidada pela manifestação posterior do Poder



Judiciário. A decisão judicial de fl. 812 não só atesta a validade da remessa original, como também evidencia a posição do Juiz responsável no sentido de autorizar o uso dos documentos pela SDE. Nessas circunstâncias, mesmo se houvesse qualquer objeção válida à remessa inicial, o Poder Judiciário já teria manifestado sua concordância com o envio. A SDE poderia até mesmo destruir os documentos e solicitar nova remessa, o que implicaria um exercício de futilidade que apenas tumultuaria o andamento do processo.

Passo agora à tese de que a ausência de identidade entre as partes investigadas no processo penal originário e as partes investigadas neste processo administrativo limitaria a defesa e, assim, impossibilitaria o uso da prova. O argumento apresenta uma versão distorcida da função da identidade de partes para a prova emprestada, levando a uma conclusão igualmente viciada.

O propósito fundamental do critério de identidade de partes é permitir que as partes possam influir na produção da prova em si, assegurando a sua eficácia e regularidade como instrumento de convicção. Ocorre que, no caso da busca e apreensão de documentos, inexiste essa possibilidade de influência direta no momento de produção.

Na busca e apreensão de documentos, coleta-se material para posterior análise. Trata-se de uma medida cautelar na qual a participação do investigado é restrita a acompanhar a coleta e, posteriormente, analisar e questionar o material apreendido. O fato de medidas de busca e apreensão serem realizadas simultaneamente em locais distintos evidencia a limitada participação do investigado nesse momento: não podendo estar em todos os locais ao mesmo tempo, ele irá conhecer e debater as diligências apenas após a sua integração no processo penal.

O ponto fundamental é o seguinte: pela sua própria natureza, diligências de busca e apreensão demandam que o contraditório seja deferido para momento posterior à sua produção.

Nesta linha, tem-se que as pessoas jurídicas ora representadas possuem a mesma capacidade de questionamento da produção da prova que as pessoas físicas possuem no processo penal originário. E, de fato, têm questionado a validade e o valor probatório dessas provas desde o início da instrução, como é demonstrado pela multidão de preliminares suscitadas e ora abordadas neste processo administrativo. Não há qualquer prejuízo de relevância à defesa.

Note-se que pessoas jurídicas não podem ser parte de um processo penal que investigue infração contra a ordem econômica. Nestas circunstâncias, tem-se que, caso sejam observadas, em um processo penal, evidências de participação de pessoas jurídicas em um cartel,



não seria possível inseri-las na ação criminal. A transferência do contraditório para o âmbito do processo administrativo não constitui, portanto, um acidente de percurso ou um deslize das autoridades responsáveis pela persecução penal. Trata-se de uma consequência necessária da impossibilidade de realizá-lo no âmbito do processo criminal originário.

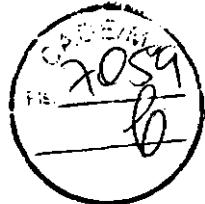
Como se pode depreender, o importante no caso de provas emprestadas é que tais elementos passem pelo contraditório no processo em que produzirão efeitos, ou seja, no processo que recebe as provas emprestadas²⁶.

No mais, ressalto que a possibilidade de se estender o uso da prova emprestada para outras partes que não figuram no processo originário, em que tal prova foi obtida, é aceita pelos nossos tribunais superiores.

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, **contra outros servidores**, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, **ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.** (STF. Inq 2424-QO-QO. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cesar Peluso. Publicado em 24/08/2007) (Grifei)

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO QUANTO AO PACIENTE – JULGAMENTO TRANSFORMADO EM DILIGÊNCIA PARA JUNTAR AOS AUTOS O DEPOIMENTO DE UMA TESTEMUNHA OUVIDA APENAS NO PROCESSO ORIGINÁRIO – FALTA DE ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES – OFESA AO CONTRADITÓRIO – INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE PREJUÍZO – ELEMENTO DE CONVICÇÃO NÃO UTILIZADO PARA EMBASAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – NULIDADE, ADEMAIS, GUARDADA POR QUINZE ANOS PARA SER ARGÜIDA – ORDEM DENEGADA.

²⁶ É neste sentido a jurisprudência do STJ: MS 11965. Relator Ministro Paulo Medina. Terceira Seção. Publicado no DJ em 18/10/2007; RMS 20066 Relator Ministro Felix Fischer. Publicado no DJ em 10/4/06.



Os precedentes desta Corte aceitam a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que seja possibilitada às partes, dentre outras cautelas, a oportunidade de sobre ela se manifestarem, em obediência à garantia constitucional do contraditório. Assim, a prolação de sentença condenatória sem a prévia abertura de vista às partes acerca da prova emprestada juntada aos autos de ofício pelo Magistrado acarreta, de rigor, a declaração da nulidade. Por outro lado, a ausência de prejuízos às partes impede o acolhimento de qualquer nulidade. Precedentes. Evidenciando-se que o acervo probatório era robusto a favor da pretensão condenatória da acusação, além de que a prova emprestada não exerceu influência relevante no cerne da causa, não há que ser declarada a pretendida nulidade, pois nenhum prejuízo foi causado à defesa. Ademais, resta claro se tratar de “nulidade guardada”, posto que a sentença condenatória transitou em julgado em 07.12.1992, havendo a defesa postulado seu reconhecimento tão-somente em 22.11.2007, isto é, apenas após a captura do apenado, o que se deu em 18.04.2007. Ordem denegada. (STJ HC 103510/RJ. 6ª Turma. Ministra Relatora: Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG. Publicado no DJ em 19/12/2008) (Grifei)

Conforme se depreende da leitura da supracitada ementa, é possível a utilização de prova emprestada para outras partes, desde que respeitado o contraditório. O que se veda é a prolação de sentença sem a prévia abertura de vistas às partes, o que não se verifica neste processo administrativo, vez que ainda não se prolatou decisão e que se permitiu vistas aos documentos. Até esse momento, foi plenamente resguardada a possibilidade de participação no contraditório dos referidos documentos.

Rejeito a preliminar.

2.6 Nulidade do Despacho de Instauração do Processo

Argumenta-se que o despacho de instauração seria nulo por não caracterizar adequadamente a prática investigada. Afirma-se que o despacho foi omissão em relação a pontos essenciais, tais como mercado relevante, período investigado e elementos de prova.

O despacho de instauração de fl. 136 especifica as condutas investigadas, enquadrando-as nos incisos I, II, III e VIII²⁷. A acusação é clara: apontam-se as representadas como participantes de um cartel, e afirma-se que as formas de ação desse cartel envolveriam: 1)

²⁷ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; (...)



fixação de condições de negócios em acordo com concorrente; 2) promoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes; 3) divisão de mercados; 4) combinação prévia de preços ou vantagens em concorrência pública ou administrativa.

A nota técnica de fls. 124 a 135, cujas razões integraram o despacho de instauração, também indica os fatos específicos a serem analisados no processo administrativo. O setor de gases medicinais e industriais é citado como o foco geral da prática. São citados os documentos que sustentam as suspeitas iniciais mantidas pela Secretaria. O espaço de investigação da SDE é explicitamente especificado como a atuação em conluio das representadas para limitação da concorrência percebida entre si nos mercados em que atuam.

Como se pode perceber, não há de se falar em nulidade na instauração deste processo administrativo. O despacho atendeu a todos os requisitos legais, conforme se depreende do art. 32 da lei 8.884/94, combinado com o então vigente art. 12 da Portaria nº 849/00:

Art. 12. O despacho do Secretário da SDE que instaurar o processo administrativo deverá conter os seguintes elementos:

- I - Identificação do representado e, quando for o caso, do representante;
- II - resumo dos fatos objeto das apurações e, quando for o caso, das razões de representação;
- III - enunciação da conduta ilícita imputada ao representado, com a indicação do mercado em que se insere;
- IV - outras informações ou fatos que devam ser levados ao conhecimento do representado, de modo a permitir-lhe ampla defesa;
- V - conclusão, contendo a delimitação do objeto do processo e a indicação do preceito legal infringido; e
- VI - a determinação de notificação do representado e de publicação do despacho.

Parágrafo único. A motivação do despacho a que se refere este artigo poderá consistir em declaração de concordância com nota técnica do Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE da Secretaria de Direito Econômico, que observará o disposto nos incisos do caput, e que será, neste caso, parte integrante do ato (Lei nº 9.784, de 1999, art. 50, § 1º).

Da leitura do despacho instaurador e da nota técnica, por ele integrada, percebe-se que abordam todos os elementos necessários para o delineamento das condutas e do mercado. Os representados foram identificados (AGA, AL, AP, IBG, WM, Pilão, Franceschi, Gallo, Cerezine, Perez, Campos, Oliveira e Netto). As práticas denunciadas foram descritas como insertas no mercado de gases industriais e medicinais, possivelmente no território nacional, e seriam aptas a gerar efeitos prejudiciais à concorrência e à livre iniciativa, vez que os documentos apreendidos

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;



apontariam para: a fixação, entre concorrentes, de preços e condições de venda de produtos e serviços; a divisão de clientes públicos e privados; o acerto, prévio, de preços e vantagens em licitações; a influência de adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes. As práticas de que são acusadas foram enquadradas no art. 20, incisos I, II, III e IV, c/c art. 21, caput, e incisos I, II, III e VIII.

Não se sustentam os argumentos das representadas acerca da insuficiência de detalhamento acerca de questões como mercados afetados e modo de funcionamento da prática. O despacho de instauração deve apenas orientar o roteiro de análise e debates do processo. A partir dessa orientação, a SDE e as representadas poderão apresentar e discutir elementos de prova que, então, possibilitarão à Secretaria proferir um pronunciamento detalhado sobre o caso.

Nestes termos, tem-se que o nível de detalhamento argüido pela defesa só pode ser obtido ao fim da análise. Toda a lógica do processo administrativo é estruturar a busca, pelas autoridades, de elementos que permitam manifestação fundamentada acerca dos pontos suscitados. Se a SDE pudesse realizar manifestação no nível de detalhe demandado pelas requerentes, o processo administrativo seria apenas uma formalidade sem valor para a sua convicção.

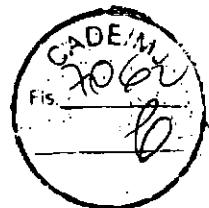
Concluo pela suficiência e validade do despacho que instaurou o processo. Rejeito a preliminar.

2.7 Acesso a Documentos e Cerceamento de Defesa

Sustenta-se que as representadas não tiveram acesso aos documentos enviados pelo Poder Judiciário e empregados pela SDE. Afirma-se que essa ausência de acesso prejudicou a defesa e que a posterior divulgação dos documentos não sanaria o prejuízo percebido.

Em 30 de agosto de 2004, o Secretário de Direito Econômico abriu vista de todos os apartados confidenciais remetidos pelo Poder Judiciário e a serem utilizados pela SDE. No mesmo ato, intimou todos os representados a se manifestarem sobre os documentos. Conclui-se assim que o acesso aos documentos foi plenamente assegurado às representadas.

Resta o argumento de que a liberação de acesso em 30 de agosto não afastaria o cerceamento, uma vez que a defesa já estaria comprometida e alinhada com os elementos restritos até então disponíveis à SDE. A tese é insustentável.



Em primeiro lugar, note-se que sempre era possível a obtenção e o uso de novas provas ao longo do processo. Ao preparar suas defesas os representados estavam conscientes dessa circunstância, especialmente no que se refere ao produto da busca e apreensão. Não há qualquer surpresa ou irregularidade a limitar ou constranger o direito de defesa das representadas.

É importante destacar também que a SDE e o CADE sempre foram receptivos à apresentação de novas informações e argumentos. De agosto de 2004 até a presente data, as representadas tiveram inúmeras oportunidades de adequar as suas defesas aos elementos que foram gradualmente sendo coligidos. Em nenhum momento se tolheu a possibilidade de as investigadas trazerem novas manifestações para influenciar a convicção do CADE.

Ressalto que a descaracterização do cerceamento de defesa pelo acesso aos documentos, desde que antes de prolação de sentença, é amplamente amparado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa:

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE DAS ALEGAÇÕES FINAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INÉRCIA DA DEFESA. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese na qual se sustenta a existência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa em decorrência da juntada de documentos por parte do Ministério Público na fase das alegações finais.

II. Mesmo com a tardia juntada de documentos realizada pelo órgão da acusação, não houve ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que a defesa teve acesso aos autos para apresentação de alegações finais logo após a manifestação ministerial.

III. Os documentos juntados pelo Ministério Público não foram a causa determinante para a pronúncia ou para a condenação do paciente, não se evidenciando prejuízo concreto ao paciente.

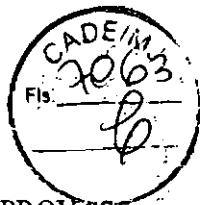
IV. No processo penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu. Incidência do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n.º 523 da Suprema Corte.

V. Eventuais vícios decorrentes da pronúncia devem ser arguidos no momento oportuno e por meio do recurso próprio.

VI. Resta evidenciada a preclusão da matéria relativa à decisão que determinou a submissão do paciente ao Tribunal Popular, principalmente quando a defesa deixou de exercer as vias adequadas à impugnação da pronúncia.

VII. Ordem denegada.

(STJ- Quinta Turma. HC 59397/MG. Relator Ministro Gilson Dipp. Publicado no DJ em 11/09/2006) (Grifei)



HABEAS CORPUS. CRIMINAL. ESTUPRO. PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. PERÍCIA. ASSISTENTE TÉCNICO PARA ACOMPANHAMENTO DE PERÍCIA. MODALIDADE NÃO PREVISTA NO PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. EXAME APROFUNDADO DO MÉRITO E DA PROVA NO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

O Código de Processo Penal faculta ao Magistrado a produção de provas de ofício. **Se as partes tiveram acesso a documentos juntados aos autos, antes das alegações finais, afasta-se o cerceamento de defesa.** O processo penal não prevê a modalidade de assistência técnica para o acompanhamento de perícias em geral, já que estas são realizadas pelo Instituto de Criminalística, órgão idôneo oficial, ou, na sua ausência, por pessoas idôneas nomeadas pelo Magistrado. O habeas corpus não comporta exame aprofundado da prova e do mérito da imputação. A palavra da vítima é de alta relevância nos crimes de estupro, cometidos na clandestinidade. (Precedentes). Ordem denegada. (STJ – Sexta Turma – HC 100321/MT. Relatora Ministra Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG. Publicado no DJ em 22/04/2008) (Grifei)

Um último ponto de interesse na análise desse argumento de defesa é a constatação de que as defesas inicialmente apresentadas enfocaram essencialmente condições de mercado e a possibilidade de cartelização. Comentários sobre os documentos em si e a existência de contatos foram restritos e, em geral, pouco específicos. Não houve qualquer argumento apresentado nas defesas iniciais que tenha sido comprometido pela juntada posterior de novos documentos. Isso é evidenciado pela própria postura das representadas, que mantiveram e ampliaram as suas posições e argumentos originais ao longo de todo o processo.

Tendo sido permitido o acesso e a possibilidade de apresentar defesa em relação aos documentos apreendidos, não há de se falar em prejuízo à defesa.

Rejeito a preliminar.

2.8 Notificação Prévia de Diligências Investigatórias

Sustenta-se que a SDE deveria ter intimado os representados para apresentarem defesa antes de proceder a qualquer diligência de investigação.

O argumento é inadmissível. A SDE tem por dever assegurar a viabilidade e a eficácia da investigação. Caso intimasse representados para apresentar defesa antes de terem ocorrido as medidas cautelares de obtenção de evidências do processo penal, a Secretaria estaria permitindo aos investigados que utilizassem o prazo de defesa para, eventual e possivelmente, destruir provas e obstruir as diligências de investigação.



A defesa demanda conduta plenamente incompatível com o dever da SDE, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

2.9 Inconstitucionalidade da Lei nº 8.884/94

Alega-se que a Lei nº 8.884/94 seria inconstitucional ao segregar a atribuição de julgamento final da atribuição de produção de provas. Afirma-se ser inadmissível que uma autoridade que não tenha presidido a coleta de provas venha a proferir decisão capaz de prejudicar um particular. Alega-se que a análise posterior das provas pelo CADE não elide a inconstitucionalidade apontada.

O argumento não se sustenta. As representadas foram processadas e estão sendo julgada por autoridades competentes segundo critérios e normas estabelecidos previamente. Obedece-se, assim, ao mandamento constitucional do art. 5º, inciso LIII, argüido pela defesa.

O fato de haver segregação entre a produção inicial das provas e a sua análise final constitui uma garantia a mais para o investigado. Assegura-se que eventuais juízos preliminares não afetem a apreciação pela autoridade judicante, que só terá acesso aos autos após o fim da instrução. A possibilidade de realização de novas diligências pelo CADE também reforça o caráter vantajoso para investigados da estrutura de investigação e julgamento estabelecida pela Lei nº 8.884/94.

Não há qualquer prejuízo para as partes e, certamente, não há elementos capazes de levar este Conselho a argüir a inconstitucionalidade de sua própria lei régente.

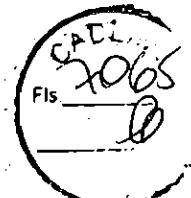
Rejeito a preliminar.

2.10 Impossibilidade de Delegação de Poderes de Investigação pelo Secretário de Direito Econômico

Argumenta-se que o Secretário de Direito Econômico seria o titular dos poderes de instrução na SDE e que tais poderes não poderiam ser delegados a funcionários da Secretaria. Enfatiza-se que sequer houve delegação formal de poderes no caso.

O argumento é insustentável.

Em primeiro lugar, note-se que o art. 14 da Lei nº 8.884/94 enumera competências da Secretaria de Direito Econômico como um órgão, e não da pessoa específica que esteja em um dado momento ocupando o cargo de Secretário. Não há qualquer indicação de que certos atos



seriam exclusivos do titular da Secretaria ou que tais atos não pudessem ser realizados por funcionários e posteriormente ratificados pelo seu superior hierárquico.

Em segundo lugar, note-se que, mesmo que a Lei atribuísse competências à pessoa específica do Secretário de Direito Econômico, não se vislumbraria irregularidade nas ações dos funcionários da Secretaria. Todos os atos foram realizados com conhecimento do Secretário e posteriormente ratificados em despacho decidindo acerca do caso. Salvo atos personalíssimos como instauração e conclusão de processos, é plenamente admissível que os funcionários da SDE atuem de ordem do Secretário, que se responsabiliza por suas ações. Não se vislumbra qualquer necessidade de delegação formal para atos específicos dessa natureza. Não há na legislação aplicável qualquer disposição relativa à competência privativa ou exclusiva do Secretário.

Finalmente, é importante colocar em contexto a preliminar suscitada pelas representadas. A SDE é responsável por investigar práticas ocorridas em todo o Brasil. Até mesmo no âmbito de um só processo como o presente, demanda-se sua presença simultânea em diversas localidades. A carga de trabalho e as demandas de pessoal impostas pelas competências legais da SDE tornariam a Secretaria inócuia caso todos os atos de relevância probatória tivessem de ser executados pessoalmente ou formalmente delegados pelo Secretário de Direito Econômico.

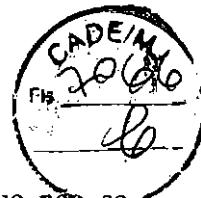
Rejeito a preliminar.

2.11 Impossibilidade de Apresentação de Novas Provas após Apresentação de Defesas

Defende-se não ser possível empregar elementos de prova não suscitados antes da apresentação da defesa. Afirma-se que o acesso posterior a provas não sanaria o prejuízo percebido pelos representados ao estabelecer sua defesa de acordo com os elementos então disponíveis.

O argumento não possui fundamento. O art. 35 da Lei nº 8.884/94 estabelece que a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas após o decurso do prazo de defesa. Tem-se assim que há disposição legal determinando explicitamente a apresentação de novas provas após a apresentação de defesas.

O art. 43 da Lei nº 8.884/94 também atribui ao Conselheiro-Relator a faculdade de realizar diligências complementares e requerer novas informações. Novas provas poderiam ser



apresentadas até mesmo quando o processo já tivesse saído da SDE, de modo que não se sustentam objeções à juntada de novas provas enquanto o procedimento ainda se encontra na Secretaria.

Note-se que o processo administrativo tem como um de seus escopos a produção de prova. A própria intimação para apresentação de defesas já solicitava às representadas que apresentassem as provas que pretendessem produzir. A atividade instrutória é um elemento intrínseco ao processo administrativo, não sendo possível extirpar esse importante procedimento de formação de convicção apenas para atender alegações genéricas e não fundamentadas de prejuízo à defesa.

No mais, remeto à análise feita na preliminar “Acesso a Documentos e Cerceamento de Defesa” (item 2.7 deste voto), em que se evidenciou que a possibilidade de as representadas se manifestarem a respeito de novas provas, afasta a caracterização de prejuízo à defesa.

Rejeito a preliminar.

2.12 Documentos não Relacionados em Auto de Busca e Apreensão

Aponta-se que a lista de documentos empregados pela SDE apresenta disparidade em comparação com a lista de documentos contida no auto de busca e apreensão. Afirma-se que a SDE estaria utilizando documentos que não constam do auto de busca e apreensão e que são desconhecidos pela empresa onde foi realizada a busca.

O argumento sustenta-se na comparação entre, de um lado, a descrição dos documentos apreendidos na sala de Moacyr de Almeida contida no auto de busca e apreensão, e, de outro lado, a descrição dos documentos de acordo com as requerentes. Cita-se especificamente um volume que conteria documentos “desconhecidos” da AGA.

Não percebo irregularidade nos documentos empregados pela AGA.

A alegada disparidade resulta do fato de que a SDE recebeu apenas cópias de materiais apreendidos. Assim, enquanto o auto de busca e apreensão designa nomes a documentos e indica pastas contendo “documentos diversos”, a SDE recebeu apenas cópias soltas de documentos. O fato de a AGA descrever os documentos coligidos de forma distinta do auto de infração não significa que sejam documentos distintos.



O argumento da AGA se sustentaria apenas se a SDE tivesse incluído, nos volumes referentes a documentos coletados na empresa, outros documentos que não tivessem sido obtidos na medida de busca e apreensão. Esse não parece ser o caso. Nenhuma das representadas pessoas físicas que são réis na ação penal apontou qualquer documento que estaria ausente dos autos originais. E a própria SDE, ente governamental detentor de fé pública, já declarou explicitamente que os documentos anexados são única e exclusivamente aqueles enviados pela autoridade policial.

Caso a AGA persista na acusação de que a SDE fraudulentamente inseriu nos autos documentos alheios àqueles enviados pela autoridade policial, compete a essa empresa apresentar tal demanda perante o juízo criminal onde tramita a ação penal. Esta autoridade pode confirmar a existência ou não de tais documentos no acervo probatório colhido na sede da AGA. O Juízo pode também apresentar declaração que eventualmente afaste a presunção de veracidade inerente à SDE para declarar que essa Secretaria, por exemplo, forjou algum dos documentos que indica terem sido encontrados na AGA. Trata-se de diligência de baixo custo à representada e que poderia resolver de forma definitiva o seu questionamento acerca da conduta da Secretaria. O fato de sequer ter cogitado essa linha de ação constitui mais um elemento para se questionar a validade do argumento da AGA.

Rejeito a preliminar.

2.13 Ausência de Assinaturas em Documentos

Alega-se que a ausência de assinaturas retira o valor dos documentos como meios de prova.

Assinaturas, assim como autenticações e registros de documentos, são mecanismos empregados para comprovar a validade de um ato e reforçar a sua eficácia jurídica. Uma assinatura envolve a manifestação de vontade do signatário em se comprometer com o conteúdo de um documento.

Medidas de busca e apreensão não visam obter documentos referentes a negócios jurídicos válidos. Pelo contrário, busca-se coletar papéis que evidenciem atos a respeito dos quais o autor ou o possuidor do documento desejam não ser associados. O fato de tais documentos não serem assinados é uma consequência lógica da consciência da ilicitude de seu



teor pelos investigados. Não é de se esperar que um executivo de uma empresa assine um documento que comprove a sua participação em um acordo ilegal.

Documentos escritos são produzidos por um cartel pelo mesmo motivo que qualquer empreitada de larga escala os produz: para organizar e controlar uma estrutura complexa demais para comunicações exclusivamente verbais. Não há interesse em atribuir qualificação jurídica a documentos referentes a suposta prática criminosa. Assinaturas estão fora de questão.

Nesta linha, tem-se que os documentos obtidos serão tratados pelo que são: papéis dotados de conteúdo de interesse e encontrados na posse de empresas e pessoas físicas investigadas.

A dificuldade de se identificar a autoria, a veracidade e a pertinência de um documento não assinado configura uma preocupação legítima. Por este motivo, as autoridades responsáveis irão analisar cuidadosamente elementos como a posse e o teor dos documentos, assim como sua compatibilidade com outros elementos coletados. Conclui-se desta forma que a ausência de assinaturas ou, eventualmente, a dúvida sobre sua autoria constituem apenas elementos de interesse para a aferição do valor probatório, não justificando a rejeição preliminar da prova.

Rejeito a preliminar.

2.14 Não Manifestação das Partes Antes da Conversão da Averiguação Preliminar em Processo Administrativo

Alega-se que foi violado o devido processo legal ao não se intimar as representadas a se manifestarem antes da conversão da averiguação preliminar em processo administrativo. Afirma-se que a ausência de sigilo do procedimento reforçaria a necessidade de intimação prévia.

A argumentação é frágil e demanda diligência inócuas. Qualquer elemento que pudesse ser apresentado em sede de averiguação preliminar poderia ser igualmente trazido no âmbito de um processo administrativo. Não haveria qualquer prejuízo à defesa nessa apresentação posterior. Pelo contrário, a representada poderia oferecer manifestação aprimorada pelas informações contidas no despacho de instauração.



A única diferença entre as duas opções seria a economia processual percebida pela SDE caso as manifestações preliminares das representadas fossem suficientes para arquivar o procedimento antes da instauração do processo administrativo. Considerando que, após longa instrução, a SDE já recomendou a condenação das representadas, afigura-se ainda mais patente a irrelevância de manifestação das investigadas em sede preliminar.

No mais, a Averiguação Preliminar é um procedimento investigatório de natureza inquisitorial. Trata-se de procedimento administrativo de caráter pré-processual; não há de se falar, portanto, em contraditório nessa fase. A garantia da defesa será concedida a partir do momento da instauração do processo administrativo, como de fato o foi.

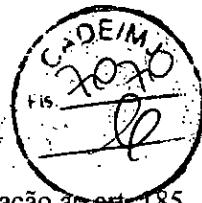
No mais, a Averiguação Preliminar é um procedimento investigatório de natureza inquisitorial.²⁸ Trata-se de procedimento administrativo de caráter pré-processual; não há de se falar, portanto, em contraditório nessa fase. A garantia da defesa será concedida a partir do momento da instauração do processo administrativo, como de fato o foi.

Tal aspecto, de que os procedimentos administrativos de natureza inquisitorial não ocorrerem em contraditório, é fartamente abordado na jurisprudência das cortes brasileiras:

HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO "MONTE ÉDÉN". CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO, CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, DE LAVAGEM DE DINHEIRO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. PRISÃO TEMPORÁRIA DECRETADA E PRORROGADA. TRANSCURSO DO PRAZO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. SOLTURA. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS DO INDICIADO PRESO. PRETENSA DESFUNDAMENTAÇÃO E DESNECESSIDADE DO DECRETO PRISIONAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUPosta FALTA DE ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO NO INTERROGATÓRIO POLICIAL. FASE PRÉ-PROCESSUAL INQUISITORIAL. INEXIGIBILIDADE DE CONTRADITÓRIO.

1. Inexistindo ameaça ao direito ambulatorial do Paciente, porquanto já exaurido o curto prazo da custódia cautelar, a via do habeas corpus não o socorre, uma vez que lhe falta legítimo interesse de agir, condição da ação mandamental.
2. De qualquer sorte, ainda que houvesse decretação indevida da prisão temporária, o depoimento colhido do indiciado segregado não estaria maculado por esse motivo, já que a oitiva do investigado independe de sua situação prisional.

²⁸ Portaria SDE n.4/2006: “art. 46. A Averiguação Preliminar – ‘AP’, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurada pela Secretaria de Direito Econômico para apuração de indícios de infrações contra a ordem econômica.”



3. A novel legislação (Lei n.º 10.792/2003, que deu nova redação ao art. 185, e seguintes, do CPP) não teve o condão de desnaturar as características da persecução criminal pré-processual. Dispõe o art. 6º, inciso V, do CPP, que a autoridade policial deverá: "ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro [...]. Continua o inquérito policial, portanto, a ser um procedimento administrativo, de caráter informativo apenas, preparatório da ação penal, razão pela qual não se lhe é aplicável o contraditório.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem. (STJ – Quinta Turma. HC 49525/RJ Ministra Relatora Laurita Vaz. Publicado no DJ em 13/11/2006) (Grifei)

RESP. CRIMINAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA EMBASADA EM MATERIAL PRODUZIDO EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO QUE NÃO AFETA A AÇÃO PENAL. PEÇA ACUSATÓRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS. DISPENSABILIDADE DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. RECURSO PROVIDO.

I. O inquérito policial constitui peça informativa, e não probatória, que serve de base para a propositura da ação penal, sendo certo que o princípio da ampla defesa não se aplica na fase inquisitorial, a qual prescinde de contraditório, pois é mero procedimento administrativo de investigação. Eventual vício ocorrido nesta fase não tem o condão de contaminar a ação penal.

II. A ação penal pode ser proposta sem inquérito policial, a teor do art. 46, § 1º, da Lei Processual Penal, sendo que a plena defesa e o contraditório são reservados para o processo, quando há a acusação.

III. Eventual nulidade no procedimento administrativo que não é fundamento capaz de macular o conteúdo material do procedimento administrativo que fundamentou a denúncia.

IV. Não há que se discutir acerca da validade da denúncia embasada em inquérito administrativo, que, como o inquérito policial é procedimento pré-processual que, apresentando indícios de crime, pode ser peça informativa da inicial acusatória.

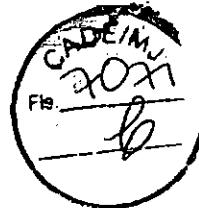
V. Deve ser cassado o acórdão recorrido e restabelecida a decisão que recebeu a denúncia, com o prosseguimento do recurso especial.

VI. Recurso provido. (STJ – Quinta Turma. REsp 898543/SP. Ministro Relator Gilson Dipp. Publicado no DJ em 29/06/2007)(Grifei)

Rejeito a preliminar.

2.15 Uso de E-mail como Meio de Prova

Argumenta-se que mensagem eletrônica não pode ser empregada como meio de prova. Afirma-se que documentos eletrônicos podem ser adulterados facilmente, não constituindo mecanismo probatório confiável.



A tese é inaplicável pelo simples fato de que o presente processo administrativo não contém nem emprega qualquer documento eletrônico. O que se tem nos autos é um papel impresso em algum momento a partir de um arquivo de computador. Este arquivo de computador, que comporia o documento eletrônico em si, não está nos autos.

Uma outra forma de entender o argumento, talvez mais compatível com a intenção original da defesa, é a seguinte: o fato de se encontrar um papel contendo suposta impressão de e-mail não implica necessariamente que o e-mail original existiu. Considerando que o documento foi encontrado em empresa distinta daquela na qual trabalha o suposto remetente do e-mail, é possível argumentar que se trata de documento forjado e impossível de sustentar condenação contra a representada.

Este pode ser um argumento de mérito válido. Não é um argumento válido como preliminar. Pela sua própria natureza, o argumento demanda cuidadosa análise do conteúdo do documento, e não rejeição precipitada de sua utilização. Não é possível, nesse momento, desconsiderar um elemento probatório de potencial, veracidade e relevância ainda não analisados.

Rejeito a preliminar.

2.16 Illegitimidade Passiva de Netto e Franceschi

Sustenta-se que Netto não possuía poder decisório na AGA, sendo responsável por divisão de relevância restrita na empresa. Alega-se que a denúncia anônima teria sido realizada contra Hélio Rosa (não Franceschi) que os documentos empregados fazem referência ao gás Hélio (não a Franceschi) e que não foi alvo de busca e apreensão. Com base nesses elementos, afirma-se que Netto e Franceschi foram indevidamente incluídos no pólo passivo do processo.

O argumento não é válido como preliminar.

Não é necessária qualificação jurídica para participar de um cartel. O cargo formal de Netto é irrelevante para a aferição concreta de sua conduta. É plenamente possível que um agente atue como coordenador de uma prática concertada sem possuir qualquer título de relevância na empresa. A participação de Netto deve ser aferida a partir dos elementos coligidos contra ele, não sendo admissível a sua exclusão do processo antes da análise das provas.



A mesma diretriz pode ser aplicada a Franceschi. Para se afirmar que este representado participou ou não de uma conduta, é necessário analisar os elementos de prova disponíveis. Não é possível, em sede de preliminar, efetuar essa análise. Reforça-se que, se efetivamente não houver provas de participação de Franceschi em eventual conduta, ele será absolvido da prática. Contudo, esta é uma análise de mérito, não preliminar.

Rejeito, portanto, a preliminar.

2.17 Impossibilidade de Participação da SDE em Busca e Apreensão

Afirma-se que os funcionários da SDE não poderiam ter participado da busca e apreensão. Sustenta-se que a lei não autoriza a participação da SDE em tal diligência e que deveriam ter sido empregados os peritos oficiais para a investigação.

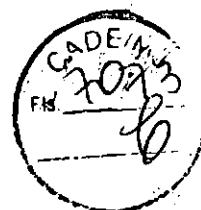
A tese esbarra no fato de que a participação de agentes da SDE havia sido determinada pelo próprio Juiz que autorizou a realização da busca e apreensão (fl. 1054). Nesta ocasião, o Juiz responsável asseverou que a presença de técnicos da SDE “certamente contribuirá, para um exame mais acurado quanto à pertinência e importância do material e documentos aptos a serem apreendidos”. Como toda autoridade administrativa, a SDE tem o dever de cumprir determinações judiciais, não lhe sendo admissível abster-se de colaborar com a investigação criminal.

Rejeito a preliminar.

2.18 Não Divulgação de Documentos Obtidos na Segunda Busca e Apreensão

Alega-se que as demais representadas deveriam ter acesso aos documentos obtidos na segunda busca e apreensão, realizada nas dependências da WM. Afirma-se que não seria possível segregar o uso de documentos relacionados a uma prática coletiva e que deveria ser dada a oportunidade de manifestação pelas demais representadas sobre esses documentos.

O argumento é equivocado. É plenamente possível à autoridade restringir o emprego de um elemento de prova para um propósito específico. Na situação dos autos, as representadas já foram agraciadas com o compromisso explícito das autoridades de que os documentos apreendidos na WM serão empregados apenas para o fim de caracterização da conduta dessa empresa. Há, assim, uma garantia firme de que não serão utilizados documentos



contra as demais representadas, por mais que tais documentos possam evidenciar condutas ilícitas por parte dos outros investigados.

Conclui-se, assim, pela ausência de qualquer possibilidade de prejuízo às demais representadas.

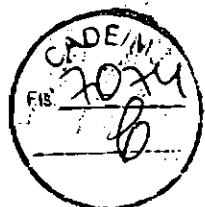
Há um único caso em que o argumento da defesa teria fundamento. É a hipótese de que a eventual existência em si do cartel só pudesse ser provada pelos documentos específicos que teriam sido segregados. Contudo, mesmo nesse caso, seria necessário prosseguir a análise do processo para se aferir a suficiência dos demais elementos de prova. Não se trata de questão que possa ser resolvida preliminarmente.

De fato, como a jurisprudência do STJ demonstra, não há de se falar em cerceamento de defesa caso as provas, mesmo não passando pelo contraditório, não tenham influenciado a decisão:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO DE APELAÇÃO. RAZÕES TARDIAS. INTEMPESTIVIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. DOCUMENTOS. JUNTADA. PARTE CONTRÁRIA NÃO INTIMADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONDENAÇÃO BASEADA NAS PROVAS COLIGIDAS DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

1. A apresentação a destempo das razões de apelação constitui mera irregularidade, não caracterizando a intempestividade do recurso.
2. No processo penal pátrio, no cenário das nulidades, vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal e o enunciado sumular nº 523 do Supremo Tribunal Federal.
3. **Se os documentos juntados aos autos não influenciaram a decisão do Tribunal a quo, tendo a condenação sido fundamentada nas provas obtidas durante a instrução criminal, não há falar em prejuízo para a defesa por não lhe ter sido dada a oportunidade de se manifestar sobre os referidos documentos.**
4. Ordem denegada. (STJ – Quinta Turma. HC 44814/PB. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicado no DJ em 12/03/2007) (Grifei)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PREVIDENCIÁRIA. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO DO RÉU. VISTA DE DOCUMENTOS. INTERFERÊNCIA NO JULGADO. NÃO OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO. MATÉRIA PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7/STJ. ABOLITIO CRIMINIS. LEI Nº 9.983/2000. REVOGAÇÃO ART. 95, 'D' DA LEI 8.212/91. INEXISTÊNCIA.



No processo penal, nenhum ato processual será declarado nulo, se a parte interessada não comprovar o prejuízo dele decorrente e, sobretudo, se – argüido a destempo – não influiu na investigação da verdade substancial ou na solução da causa. **O deferimento de juntada de documentos, a pedido de um dos co-réus, não importa em nulidade absoluta do feito se – não contraditada a tempo e modo – não serviram de base à condenação do recorrente.** A condenação baseada em provas testemunhais e confissão judicial não pode ser revista por esta Corte, nos termos da Súmula 07/STJ, por demandar análise de matéria fático-probatória. O art. 3º da Lei 9.983/2000 manteve a antijuricidade da figura típica anterior (art. 95, 'd' da Lei 8.212/91), no seu aspecto substancial, e, consequentemente não fez desaparecer o delito em questão, não configurando, portanto, a abolitio criminis. Agravo Regimental não provido. (STJ – Sexta Turma. AgRg no REsp 618213/ SC. Relator Ministro Paulo Medina. Publicado no DJ em 29/11/2004) (Grifei)

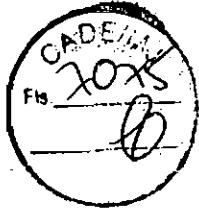
Assim, rejeito a preliminar.

2.19 Impossibilidade de a SDE atuar como Perito e Promover Processo Administrativo

Argumenta-se que, de acordo com o art. 18, II, da Lei 9.784/99, a SDE estaria impedida de promover o Processo Administrativo devido a já ter atuado como perita em âmbito de processo criminal versando sobre os mesmos fatos.

Em primeiro lugar, ressalte-se que as disposições sobre impedimento ou suspeição sustentam-se fundamentalmente na idéia de que preconceitos e pressões psicológicas podem afetar a imparcialidade de um indivíduo. Trata-se de uma preocupação primordialmente voltada a pessoas físicas, indivíduos sujeitos a dificuldades em se manterem imparciais em face de envolvimento pessoal prévio com os fatos ou os envolvidos. Essa constatação é reforçada pelo fato de que as disposições acerca de impedimentos e suspeições são comumente associadas a referências a cônjuges, companheiros, amigos íntimos e inimigos. Esses são fatores essencialmente ligados a pessoas físicas, e não a organizações.

Argumentar que um órgão do governo em si estaria integralmente impedido implica uma subversão dessa idéia de preservação da psicologia da imparcialidade. Trata-se de arguir que, uma vez que alguns funcionários do órgão participaram de uma diligência, a organização como um todo estaria viciada e incapaz de analisar, com o afastamento necessário, um processo administrativo. Logo de início já se nota que o argumento da defesa sustenta-se em bases questionáveis.



O ponto mais importante para a análise dessa preliminar é a constatação de que a SDE jamais realizou atividade incompatível com a sua função primordial de análise de práticas anticompetitivas. O que algumas das representadas insistem em chamar de “perícia” constitui apenas o trabalho cotidiano da SDE de investigar e estudar evidências de infrações contra a ordem econômica. Em nenhum momento a SDE realizou atividade de natureza distinta.

A lógica de impedimento no caso de atuação anterior em um processo associa-se essencialmente à dificuldade de uma pessoa exercer mais de um papel na mesma causa. Por exemplo, deseja-se evitar que o ânimo de condenação de um promotor afete a sua análise como juiz. No caso dos autos, a SDE jamais atuou em papel diverso daquele que lhe é tradicionalmente atribuído. Ainda que a sua manifestação pudesse ser considerada “perícia” no âmbito da ação penal, essa manifestação constitui o exato mesmo resultado esperado de sua ação como órgão instrutor e parecerista do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Não há qualquer atuação em papel alheio no processo que pudesse sustentar a alegação de que estaria impedida.

Finalmente, note-se que o dispositivo legal citado refere-se a atuação de servidor ou autoridade em papel distinto no mesmo processo. No presente caso, a função da Secretaria no âmbito deste processo administrativo jamais sofreu variação.

Rejeito a preliminar.

2.20 Impedimento de Membros do Conselho

Alega-se que três membros do Conselho estariam impedidos para a análise deste caso. Afirma-se que o impedimento de três membros implica a ausência de quórum do Conselho para julgamento do caso e, consequentemente, demanda o sobremento do feito.

Os argumentos para impedimento são os seguintes:

- 1) Conselheiro Olavo Zago Chinaglia: há instrumento de mandato nos autos conferindo-lhe poderes para atuar em nome da representada Air Liquide Brasil Ltda.;
- 2) Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo: solicitou, em 3 de junho de 2004, cópia integral dos autos do presente PA; posteriormente, o chefe de gabinete da SEAE enviou ofício à SDE informando que a SEAE não se manifestaria no caso;



3) Presidente Arthur Badin: realizou atos de natureza instrutória e decisória enquanto chefe de gabinete da SDE, quais sejam (1) despacho referente ao término de sigilo e disponibilização de autos em cartório (fl. 25), (2) ofício no qual requereu manifestação do judiciário acerca de questão pertinente ao caso (fls. 808-809), (3) despacho decidindo questões processuais (fl. 1187).

Argumenta-se que a intenção do legislador foi “impedir que alguém que tenha participado, de qualquer forma, em fase anterior do processo, venha a exercer o papel de julgador”. Afirma-se que, neste caso, a opinião do julgador poderia ser influenciada por juízos de valor formados no exercício de outros cargos ou funções, o que seria inadmissível.

Não parece ser este o espírito da lei e nem a lógica de nosso sistema. Tanto o art. 134 do Código de Processo Civil²⁹ como o art. 252 do Código de Processo Penal³⁰ enfatizam a participação ativa do agente em posição capaz de comprometer a sua imparcialidade. Os dispositivos não sugerem que alguém tenha sido contaminado pela mera proximidade dos autos. O que as leis parecem indicar é que alguém que tenha se vinculado emocional e pessoalmente a um rumo de ação está menos propenso a analisar o caso com isenção. Trata-se de um critério objetivo a respeito da capacidade humana de se distanciar de um engajamento prévio.

Trata-se, portanto, de critério objetivo fundamentado na atuação positiva do agente. A lógica do impedimento não é vedar a participação de alguém que simplesmente tenha

²⁹ Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

- I - de que for parte;
- II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;
- III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;
- IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;
- V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;
- VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

³⁰ Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

- I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
- IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.



tido algum contato com os fatos. Se este fosse o caso, estariam impedidos o juiz que leu sobre o caso no jornal, o promotor de justiça que assinou recebimento dos autos em nome de um colega ausente, o ministro que discutiu o caso em sala de aula quando levantado por um aluno, etc. Seria necessário esticar enormemente a interpretação dos dispositivos citados para autorizar tais conclusões.

Devemos realizar uma interpretação extensiva como a sugerida pela defesa, de modo que qualquer suspeita de contato com o caso seja suficiente para afastar o julgador? Ou devem hipóteses de impedimento ser analisadas de forma restrita, atendo-se à redação precisa da lei e exigindo-se a comprovação concreta da parcialidade do julgador?

A questão parece já ter passado pelos tribunais. No RMS-AgR 24613/DF³¹, o Ministro Eros Grau foi claro no sentido de que as hipóteses de impedimento “encontram-se taxativamente enumeradas nos incisos I a VI do artigo 134 do Código de Processo Civil”. Naquela mesma ocasião, o Ministro afastou a objeção porque os agravantes não comprovaram nenhuma das situações do artigo. No AO-AgR 894/TO³², também foram rejeitadas alegações de suspeição ou impedimento por não terem sido concretamente demonstradas em documentos.

Em decisão relativamente recente³³, o STF decidiu que o fato de o juiz ter atuado em fase pré-processual não implica impedimento a sua atuação posterior no processo. Esta

³¹ RMS-AgR 24613 / DF - DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 22/06/2005 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. IMPEDIMENTO. HIPÓTESES TAXATIVAS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. ART. 134, I A VI, DO CPC. INOCORRÊNCIA. SUSPEIÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. PRECLUSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 138, § 1º, DO CPC. ADMINISTRATIVO. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA - TDA. RESGATE. PARCELA REMANESCENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA. SÚMULA 269. 1. As causas de impedimento do magistrado estão enumeradas taxativamente nos incisos I a VI do art. 134 do CPC. Enquadrando-se o julgador em qualquer dessas hipóteses, há presunção absoluta de parcialidade, que pode ser argüida em qualquer grau de jurisdição. 2. Nas hipóteses de suspeição há presunção relativa de parcialidade, sujeita à preclusão. Se o interessado deixa de argüi-la na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos [art. 138, § 1º do CPC], convalida-se o vício, tendo-se por imparcial o magistrado. 3. O mandado de segurança não constitui instrumento hábil a pleitear parcelas remanescentes de Títulos da Dívida Agrária já resgatados, vez que não substitui a ação de cobrança [Súmula 269]. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

³² AO-AgR 894/TO-TOCANTINS AG.REG.NA AÇÃO ORIGINÁRIA Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 30/04/2002. EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO ORIGINÁRIA. MAGISTRADOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. PRECEDENTES. 1. Simples alegação do agravante de que todos os juízes e desembargadores do Estado de Tocantins têm interesse direto na ação sem, contudo, apresentar documentos. Impossibilidade de verificar a ocorrência dos pressupostos objetivos de impedimento ou suspeição dos magistrados que compõem o TJ-TO. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento e determina a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins.

³³ HC 92893 / ES - ESPÍRITO SANTO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 02/10/2008. EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE



decisão é particularmente importante para a presente questão por fortalecer a perspectiva de que não é o contato em si com os fatos que afeta a imparcialidade do julgador. O juiz na fase pré-processual tem a oportunidade de presenciar expedientes inadequados da polícia e dos advogados, de fixar opiniões sobre o caso antes mesmo de os fatos terem surgido à tona e de se vincular pessoalmente a um curso de ação sem ter elementos objetivos para tanto. Ainda assim, reconhece-se a sua imparcialidade para a análise final da causa. Nas palavras do Relator:

No modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal, caracterizado pela publicidade, pelo contraditório, pela igualdade entre as partes e pela neutralidade do juiz – e que não se confunde com o processo inquisitivo adotado alhures -, quando o magistrado preside o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exterioriza qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito, emergentes nessa fase preliminar, que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal

Note-se que essas considerações foram realizadas no âmbito de um processo penal, situação na qual as proteções constitucionais à pessoa se refletem em seu caráter mais conservador e protetivo. Assim, não parece restar dúvida que não é o simples contato com o caso que estabelece o impedimento do julgador. Tal objeção depende de efetiva prova de atuação capaz de comprometer a sua imparcialidade no julgamento do caso.

No caso do Conselheiro Ragazzo, a SEAE sequer se manifestou sobre o Processo Administrativo. Como já mencionado, o impedimento decorre do vínculo a um curso de ação. No caso, sequer ação houve. E, mesmo se tivesse havido, a única evidência de participação do Conselheiro teria sido a solicitação de cópias. Não há qualquer indicação de que o Conselheiro

INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 do CPP. ROL TAXATIVO. PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III - Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada.

20x9
6

tenha sequer lido os autos, quanto mais formado convicção capaz de afastar a sua imparcialidade no caso. Finalmente, note-se que o Conselheiro ocupava, na ocasião, alta posição na SEAE. O fato de ter supostamente assinado um ofício seria um reflexo da exigência burocrática de que contatos externos sejam realizados por autoridade maior da organização.

Contudo, os autos demonstram que nem mesmo essa assinatura ocorreu. Como se observa em fl. 813, o ofício da SEAE que solicitou cópia dos autos deste processo não foi assinado pelo Conselheiro Ragazzo. Embora conste o nome Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no ofício, a assinatura é antecipada por um “p.”, que indica que o documento foi assinado por pessoa alheia ao então Coordenador-Geral Ragazzo.

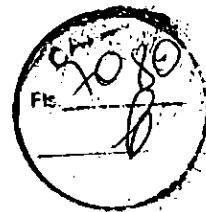
Note-se ainda que a SEAE comunicou explicitamente à SDE que não iria emitir opinião sobre o caso. A ausência de qualquer ação concreta da SEAE no sentido de apurar ou analisar o fato é uma evidência ainda mais cogente da ausência de fundamento do argumento da defesa.

A questão perdeu relevância em razão da decisão judicial nº 169/2010, proferida no âmbito do Mandado de Segurança 19776-54.2010.4.01.3400, em trâmite na 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Nesta ocasião, o Poder Judiciário assentou a inexistência de impedimento do Conselheiro Ragazzo e reafirmou a possibilidade de julgamento imediato do feito. Nas palavras da Juíza Federal Cristiane Pederzolli Rentzsch:

Desta forma, o fato do Conselheiro Emmanuel Joppert Ragazzo haver sido Coordenador-Geral de Defesa da Concorrência da SEAE, ou mesmo o fato deste haver assinado o Ofício nº 522 COGDC-DF/MF/SEAE, solicitando à SDE o envio de cópia integral do referido processo, ou ainda o fato da SEAE ter remetido à SDE o Ofício nº 06134/2005/DF GABIN/SEAE/MF, manifestando seu desinteresse de se manifestar no PA, são insuficientes para configurar impedimento do referido conselheiro, pois este não praticou qualquer ato instrutório, tampouco proferiu qualquer ato decisório no referido processo.

Uma vez demonstrada a ausência de impedimento do conselheiro Ragazzo, conclui-se pela atual existência de quórum para prosseguimento do julgamento. Por este motivo, este voto se aterá aos argumentos apresentados contra a participação desse conselheiro no julgamento do caso, deixando para o presidente Badin e para o conselheiro Chinaglia a apreciação das demais alegações.

Rejeito a preliminar.



2.21 Suspensão do Processo

Sustenta-se que seria necessário suspender a análise do processo até que decisões judiciais fossem proferidas acerca da validade de certos atos e provas.

O argumento é inadmissível. É dever das autoridades de defesa da concorrência buscar auxiliar o Poder Judiciário na análise de questões antitruste. O CADE não pode se manter inerte quando a sua manifestação apresenta o potencial de apoiar a tomada de decisão pelo Juiz criminal.

No caso dos autos, até mesmo as preliminares suscitadas têm à sua apreciação aprimorada pela compreensão do contexto e do histórico da defesa da concorrência no Brasil. É o que se vem notando ao longo da análise de preliminares nesse voto. Nessa linha, tem-se que é inadmissível que este Conselho se quede silente quando ciente de elementos que podem influenciar a tomada de decisão pelo Poder Judiciário.

Mesmo que não houvesse o dever de servir o Poder Judiciário, não seria necessário aguardar decisão judicial para o prosseguimento dessa análise. A esfera administrativa é distinta da criminal, não havendo relação de necessária vinculação entre ambas.

Note-se que o art. 110 do Código de Processo Civil, norma de aplicação subsidiária à Lei nº 8.884/94³⁴, deixa claro que o sobrerestamento do processo é uma faculdade do juiz que “pode” mandar sobrestrar o andamento do processo. No caso dos autos, é evidente a inadequação de tal expediente. Não só o sobrerestamento demanda uma demora considerável no julgamento do processo, como evita que o CADE possa prestar ao Poder Judiciário os seus serviços de ente estatal especializado em questões de concorrência.

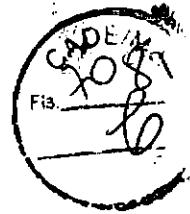
É importante ressaltar que a questão parece ter perdido relevância ante a recente decisão da Justiça Federal no sentido de validade das provas enviadas.

2- Nos termos da r. promoção ministerial de fls. 2.947/2.960, que acolho, **RATIFICO** os seguintes atos praticados pelo MM. Juízo de Direito do Estado de São Paulo: a) Recebimento da denúncia (fls. 855); b) deferimento de busca e apreensão; c) deferimento de interceptações telefônicas; d) indeferimento do pedido de absolvição sumária, bem como do requerimento de prova pericial³⁵.

Rejeito a préliminar.

³⁴ Lei 8.884/94 art. 83: Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

³⁵ Fl. 33 do volume Documentos Recebidos da Justiça Federal 2º Volume



2.22 Impossibilidade de Uso do Produto da Interceptação Telefônica

Alega-se que o produto da interceptação telefônica enviado pelo Poder Judiciário não poderia ser empregado no processo em tela, uma vez que sujeito a diligências e à contraditório ainda não realizados no juízo de origem.

É importante entender o contexto do ingresso desse material nos autos. Em 05 de maio de 2010, recebi o Ofício nº 011/GAB/AARAS/CADE, de lavra do eminentíssimo Procurador Regional da República Dr. Augusto Aras, representante do Ministério Público Federal junto ao CADE. Nessa ocasião, o *Parquet* reiterou pedido anteriormente formulado na Petição N1/2009 – GAB/AARAS/MPF/CADE de 09 de setembro de 2009, em que me era solicitado o envio de ofício ao juízo criminal federal, competente para o processamento e julgamento da ação penal, para requisitar cópia do material resultante das interceptações telefônicas. Considerando a Lei Orgânica do Ministério Público e suas funções institucionais, inclusive perante a administração pública, ato contínuo, requeri o material à Justiça Federal em São Paulo. Tão logo a Justiça Federal deferiu o pedido, abri vista a todos os representados para o devido exercício do direito ao contraditório.

Ocorre que, independentemente das interceptações telefônicas, o conjunto probatório já presente nos autos era e é suficiente à formação de minha convicção. As interceptações telefônicas vieram aos autos em momento processual já bastante avançado, quando meu convencimento já estava formado; sendo, portanto, de utilidade bastante reduzida, se não marginal. Neste sentido, remeto à jurisprudência citada no item 2.18, que demonstra que não há de se falar em prejuízo à defesa se documentos juntados aos autos não influenciaram a decisão do julgador, inclusive na hipótese de a defesa não ter se manifestado sobre tais documentos. De qualquer forma, lembro que, no presente feito, foi aberta vista às representadas para apresentarem manifestação quanto a tais elementos.

Afasto, assim, a preliminar.

3. Mercados Afetados

3.1 O Setor de gases Industriais e Medicinais



O setor de gases industriais e medicinais já foi objeto de diversas análises por autoridades de defesa da concorrência no Brasil e no mundo. Esta seção parte da experiência consolidada do antitruste no setor para abordar a definição dos mercados relevantes a este caso.

A Comissão Européia investigou, no Processo COMP/ E-3/ 36700, a formação de cartel no setor de gases industriais e medicinais da Holanda. Em 2002, a Comissão condenou diversas empresas, dentre as quais a AGA BV, a Air Liquide BV e a Air Products Nederlands BV, ao pagamento de multa por terem realizado acordos quanto a aumento de preços, fixação de preços mínimos e outras condições comerciais.

A Comissão considerou que, sob a ótica do produto, para cada gás, cada método de distribuição utilizado (plantas on-site/gasoduto, granel e cilindro) daria origem a um mercado distinto. O mercado geográfico, por sua vez, foi definido como local ou regional, uma vez que o fornecimento de gases seria limitado pelos custos elevados dos meios de transporte.

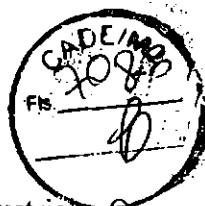
Esta definição de mercado relevante foi corroborada em outros casos analisados pela Comissão Européia. No Processo COMP/M.1630 foi avaliado o controle da BOC pela Air Liquide. Naquela ocasião, verificou-se que, apesar de certos gases poderem ser, em princípio, substituídos por outros para usos específicos, as respostas aos questionamentos da Comissão apontaram que os consumidores não consideram a substituição uma opção realista.

Ainda naquele caso, adotou-se a divisão do mercado de acordo com a forma de distribuição, se *on site*, a granel ou por cilindro. O mercado relevante geográfico foi definido pela Comissão como sendo o espaço da União Européia para o fornecimento *on site*, e como sendo nacional para o fornecimento a granel ou em cilindros.³⁶ Tais informações foram corroboradas no Processo COMP/M.1641 que tratou do controle da AGA pela Linde.

No Processo IV/ M. 926 Messer Griesheim/Hydrogas a Comissão Européia considerou de forma diferente o mercado relevante do produto. Nesse processo, a Comissão considerou que, apesar de os gases não serem substitutos do ponto de vista da demanda, haveria uma substituibilidade no ponto de vista do fornecedor³⁷, devido à matéria-prima comum (o ar) e

³⁶ Considerou-se um raio de 200 km do centro produtor como o mercado relevante geográfico para cada centro produtor considerado individualmente, mas, devido à superposição de áreas, foi considerado o mercado relevante como o nacional.

³⁷ No tocante aos gases atmosféricos. A Comissão se refere, basicamente, ao oxigênio e ao nitrogênio neste processo.



ao fato de os maiores fornecedores no ramo serem produtores de todos os gases industriais. O mercado geográfico, por sua vez, foi definido como local ou regional.

O SBDC também já analisou o mercado de gases industriais e medicinais no Brasil para a avaliação de alguns Atos de Concentração.

No Ato de Concentração nº 08012.006651/2001-75, de interesse de Air Líquide/Messer, a SEAE considerou o mercado de produção dos gases do ar como uno, uma vez que, produzindo-se qualquer um deles, é possível a produção dos demais pelos mesmos equipamentos. Já no tocante aos demais gases, estes requerem processos e equipamentos específicos. Dessa forma, a SEAE considerou o mercado relevante do produto como sendo: (i) gases do ar; (ii) dióxido de carbono; (iii) hidrogênio; (iv) misturas gasosas; e (v) gases especiais. Quanto à dimensão geográfica, a SEAE considerou o raio máximo para o fornecimento dos gases como sendo de 500 km, restringindo, pois, o mercado relevante geográfico como sendo à região formada pelos estados do Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo, além da região sul do estado de Minas Gerais.

No Ato de Concentração nº 08012.002086/2000-96, de interesse de White Martins Gases Industriais S.A/ Liquid Carbonic Industriais S.A, este Conselho considerou as diferenças entre os gases industriais de acordo com as diferentes formas de fornecimento (por planta on site/gasoduto, a granel ou em cilindros). A escolha entre um desses métodos de fornecimento dependeria da quantidade a ser distribuída.

No presente caso, a SDE entendeu que cada tipo de gás industrial e medicinal formaria um mercado, não havendo substituibilidade entre os produtos. O mercado ainda deveria ser segregado de acordo com a forma de distribuição do produto: se por planta *on site*, a granel ou por cilindros. A SDE ainda opta por segmentar os gases em medicinais e industriais, uma vez que os requerimentos em termos de controle de qualidade, equipamentos envolvidos e a pureza sensivelmente maior dos gases medicinais em comparação com os gases industriais imporiam custos distintos para migrar de um mercado para outro. Tal fato seria corroborado pelos documentos apreendidos que demonstrariam as diferenças de preços.

Dessa forma, a SDE definiu o mercado relevante do produto como sendo formado pela combinação de cada gás industrial (oxigênio, nitrogênio, argônio, hidrogênio e dióxido de carbono) com cada método de distribuição (planta *on site*, granel ou cilindro) e pela combinação



de cada gás medicinal (oxigênio, nitrogênio e dióxido de carbono) com cada forma de fornecimento. Cada combinação dessas formaria um mercado relevante distinto.

Quanto ao mercado relevante geográfico, a SDE considerou que, no caso das plantas *on site*, ter-se-ia um mercado nacional e um local. O mercado seria nacional quando as empresas concorressem para a instalação das unidades fabris. Após a instalação da planta o mercado seria local, entendido como a área acessível por rede de dutos. No tocante à venda por cilindros e em granéis, a SDE definiu o mercado relevante geográfico como sendo regional, cada uma das cinco grandes regiões do Brasil: Sul, Sudeste, Centro-oeste, Norte e Nordeste.

Entendo que a larga experiência antitruste na análise deste setor apresenta convergência acerca das características e limites do mercado. Com base nessa experiência, passo à definição a ser utilizada neste voto.

Sob a ótica do produto, considerando as especificidades de cada tipo de gás, assim como as diferenças em cada forma de distribuição, entendo que, para cada um dos cinco gases mencionados, cada método de fornecimento constitui um mercado relevante distinto. Não vejo a necessidade de, conforme feito pela SDE, distinguir o mercado de gases industriais do mercado de gases medicinais. As análises feitas pelo SBDC³⁸ e pela Comissão Européia³⁹, assim como as informações prestadas pelas próprias Representadas⁴⁰ no presente processo, nos permitem considerar o mercado de gases industriais e medicinais como um só.

No tocante ao mercado relevante geográfico, defino-o como regional para as formas de distribuição em cilindros ou a granel. Para a produção *on site*, defino um mercado relevante nacional no momento anterior à construção da planta, momento em que as empresas

³⁸ No AC 08012.001837/2006-42 Linde/BOC, a SEAE informa que:

"Para as requerentes [...] não é necessário fazer distinções entre os gases utilizados para fins industriais e medicinais, no que se refere à definição de mercado relevante de produto. A principal diferença entre gases industriais e medicinais é a tempestade adicional que as últimas levam para serem testadas, pesquisadas e rotuladas apropriadamente, por exemplo na caso de um recall. Já no que diz respeito às características de produto e propriedades químicas, os gases industriais e medicinais são produzidos nos mesmos fábricos e pelas mesmas fontes. [...]. Conseqüentemente, há um alto grau de substitutibilidade, pelo lado da oferta, entre gases industriais e medicinais."

³⁹ A Comissão Européia, nos casos apresentados anteriormente, em momento algum fez distinção entre os dois mercados. No cartel holandês, em que as práticas colusivas abrangiam tanto gases industriais como medicinais, a Comissão considerou cada gás (oxigênio, por exemplo) como um todo, não fazendo distinção quanto ao uso de cada gás, se para fins industriais ou se para fins medicinais.

⁴⁰ Apartado Confidencial "Vista Somente para a White Martins" (E4), a WM, em resposta à SDE, informa, à fl. 25, que as plantas criogênicas são concebidas para a obtenção de gases (O₂, N₂, Ar) com alto grau de pureza, de forma a atender o mercado medicinal e industrial. Ainda que a maior parte de clientes industriais não requeira uma rigorosa especificação do produto, o processo criogênico é elaborado de forma a atender clientes que demandam um alto grau de pureza, como é o setor hospitalar.



participam de concorrências para a instalação da unidade produtiva, e outro mercado local no período pós-instalação da planta, que abrangeia a área acessível pela rede de dutos.

As participações de mercado de cada agente foram calculadas pela SDE a partir de dados fornecidos pelas representadas. O cálculo final encontra-se reproduzido nestes autos sob o anexo A.⁴¹

O quadro abaixo indica algumas das aplicações dos gases ora discutidos⁴²:

Gás	Aplicações
Oxigênio	Tratamentos médicos, siderurgia, petroquímica, produção de papel e produção de vidro
Nitrogênio	Petroquímica, eletrônica, metalurgia, refrigerador para alimentos e plásticos
Argônio	Soldagem, produção de aço, tratamento de calor e produção de eletrônicos
Dióxido de carbono	Produção de bebidas, refrigeração de alimentos, tratamento de esgotos, soldagem, agricultura e produção de papel
Hidrogênio	Produção de alimentos, células de combustível, produção de aço, soldagem, produção de farmacêuticos e geração de eletricidade

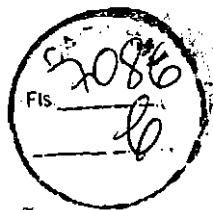
3.2 A Viabilidade da Colusão no Setor de Gases Industriais e Medicinais

A literatura antitruste⁴³ aponta alguns fatores que, presentes no mercado, facilitariam uma ação colusiva entre concorrentes. Destaca-se que a existência de tais elementos não prova, *per se*, a existência de um cartel. Trata-se apenas de indicação de que o mercado apresenta condições favoráveis a uma conduta concertada entre os *players*.

⁴¹ Fls. 70/76 do Volume F1 – Nota Técnica Versão Confidencial (SBDC)

⁴² Informações obtidas primariamente em <http://www.airproducts.com/ProductsMarkets/index.asp> e em www.praxair.com. último acesso em 23/07/2010.

⁴³ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Group, 1999; p. 145 e ss. MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 142 e ss.



O fator de maior relevância é a concentração no mercado. Colusões são mais propícias quando há poucas empresas no setor e quando os participantes do cartel detêm participação significativa de mercado. Nestas circunstâncias, a realização de acordos é facilitada pelo menor número de envolvidos e pelo menor potencial de ameaça proveniente de empresas não cartelizadas.

O setor de gases industriais e medicinais brasileiro apresenta apenas cinco empresas de porte. O presente processo investiga todas essas cinco empresas, que, juntas, detêm domínio absoluto sobre o mercado. Tem-se, assim, que o fator preponderante para a averiguação da probabilidade de existência e da viabilidade de um cartel está manifestamente presente neste setor.

A homogeneidade dos produtos também é um fator facilitador. Quando os produtos comercializados pelas empresas em conluio são similares, a celebração e o monitoramento de acordos são facilitados.

Não há diferença entre os gases produzidos entre os diferentes produtores. Atendidos os requisitos técnicos de fornecimento, o hidrogênio da WM, por exemplo, atende às mesmas funções que o hidrogênio da AL, também exemplificativamente. Tal fato é confirmado pelas próprias Representadas em diversos momentos. A WM afirmou que “não há diferenciação qualitativa entre os gases fabricados pelos vários produtores, de forma que podem ser tratados como produtos homogêneos” (fl. 251). A AL afirma que os gases são produtos homogêneos (fl. 709). A própria prática da compra de um gás de uma empresa por outra para atender os seus clientes corrobora essa idéia de homogeneidade do produto, como indicado pela AGA (fl. 782, 5030; AP, fl. 469).

Algumas representadas alegaram que os serviços prestados em associação ao fornecimento causariam certa diferenciação entre os produtos finais das diversas empresas. O argumento não parece se sustentar nos elementos percebidos nos autos. Preços e volumes são os principais itens de preocupação na negociação de gases. E o próprio fato de haver vendas de gases entre as empresas representadas já demonstra que, no final das contas, o produto final que é entregue a um cliente de uma das representadas pode provir tanto da linha de produção desta empresa como de suas concorrentes. Há plena fungibilidade entre os produtos e, aparentemente, clientes não questionam a procedência dos gases fornecidos.



Conclui-se, pois, que os gases podem ser considerados produtos homogêneos. Com essa circunstância, mostra-se ainda mais facilitada a ocorrência de colusão.

O nível de dificuldade de entrada de novos agentes é outro fator a influenciar a colusão. Mercados que apresentam elevadas barreiras à entrada são mais favoráveis à formação de cartel. O mercado de gases apresenta nítidas barreiras, tais como a existência de elevados custos irrecuperáveis (*sunk costs*) e fixos e a necessidade de grandes investimentos em pesquisa/tecnologia e na rede de distribuição.⁴⁴ O fato de não se ter notícia do ingresso de qualquer novo agente de porte nos mercados afetados contribui para a conclusão de existência de barreiras à entrada. Tem-se, assim, mais um facilitador para a formação de cartel nesse setor.

Outro fator digno de nota é a transparência nos preços e a existência de troca de informações. O conhecimento dos preços dos produtos fornecidos pelo concorrente, bem como de seus consumidores, é um fator facilitador de formação de colúios. Este conhecimento facilita a detecção de condutas que infrinjam os acordos estabelecidos pelos membros de um eventual cartel.

Tal característica está presente no mercado em tela, como reconhecido pelas próprias Representadas. A AP, fl. 470, afirma: “destarte, torna-se público o consumo de cada cliente, bem como o preço desembolsado pelo cliente para cada produto [...]. Há ainda de se mencionar: (1) as compras dos gases de uma empresa por outra para poder atender clientes seus (swap), prática confirmada inúmeras vezes nos autos; (2) a publicidade das licitações públicas; (3) a existência da ABGIM – Associação Brasileira de Gases Industriais e Medicinais, associação constituída pela AL, WM, AP e AGA, que se reuniria para discutir problemas do setor. Tais elementos permitem que uma empresa tenha conhecimento das práticas das demais. Conclui-se pela ocorrência de ainda outro facilitador da colusão no setor.

As representadas alegaram a existência de elementos que demonstrariam a pouca disposição para a cartelização do mercado de gases. Os pontos citados são os seguintes: 1) não

⁴⁴ Em parecer da LCA, à fl. 4441/2, é afirmado que as empresas fornecem, além dos gases, serviços e equipamentos necessários à sua aplicação, “[...] esses serviços e, sobretudo, os equipamentos representam um *investimento elevado e específico* para viabilizar o fornecimento e utilização de gás por determinado cliente. [...] No grupo de gases industriais, as aplicações são muito variadas e específicas. Boa parte das aplicações demanda *equipamentos, instalações e tecnologia adequados e específicos* fornecidos pelos fabricantes, como parte de um pacote.” A WM, por sua vez, afirma, à fl. 24/25 do Volume E4 “Vista somente para a White Martins”, que as plantas criogênicas exigem elevado gasto de capital. Mais à frente, na fl. 26, afirma que as operações de gases de processos são intensivas em capital. A AGA/Linde reconhece que os custos fixos representam parte substancial dos custos totais; fl. 780 e 5031.



houve estabilidade no market share; 2) há investimentos para aumentar a produção por parte das empresas atuantes no mercado; 3) o mercado está em expansão; 4) constante ‘perde e ganha’ de clientes; 5) redução de preços; 6) a WM alega que teve prejuízo no ano de 2003; 7) não há homogeneidade de custos de produção e situação financeira comparável entre as empresas.

A literatura antitruste é, em geral, uniforme quanto a instabilidade inerente aos cartéis⁴⁵, o que se deve aos altos incentivos para que os agentes divirjam das regras estipuladas. Levando tal característica em consideração, fica compreensível a instabilidade das participações no mercado e a constante migração de clientes.

Nesses termos, variações de *market share* e rotatividade de clientes são uma ocorrência comum para cartéis. Trata-se de desafio que usualmente é enfrentado pela criação de meios de monitoramento e compensação entre os membros do acordo. Caso se note a existência de tal mecanismo, tem-se que os elementos alegados não impõem qualquer obstáculo relevante à constituição e progressão de um cartel.

Nota que, mais importante para um cartel que a manutenção da clientela é a estabilidade no faturamento das empresas. Caso seja verificado que não houve perda de faturamento, as alterações no *market share* tornam-se, de certa forma, irrelevantes.⁴⁶

O crescimento do consumo, por sua vez, também pode justificar as alterações das participações, especialmente pelo fato de não haver homogeneidade na participação das empresas no presente mercado. Havendo empresas com participações muito maiores que outras, seria racional que essas empresas maiores abrissem mão da estabilidade de participações para tornar o cartel mais atraente para as empresas menores e, assim, diminuir a probabilidade de defecções e fraudes ao acordo. Esta lógica afigura-se mais factível levando-se em conta que o mercado está em crescimento, vez que as empresas menores podem obter parcelas maiores do mercado ‘novo’ sem que haja redução no faturamento das empresas maiores. Tal fato explicaria ainda os investimentos das empresas para aumentar a produção. É necessário destacar que um cartel não é feito apenas para que se aumentem os lucros. Há casos em que o cartel pode ser

⁴⁵ “Incentives to cheat are present even in the most homogeneous of cartels. They are merely exacerbated by heterogeneity.” HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Group, 1999; p. 147.

⁴⁶ Conforme se vê no anexo B, o faturamento de todas as empresas, no período de 2001 a 2004, cresceu.



combinado como ‘ contenção’ de danos, ou seja, para evitar maiores perdas caso não houvesse o cartel.

Note-se que os argumentos das representadas sugerem a idéia de que cartéis não ocorreriam em mercados em expansão. Trata-se de noção equivocada. O declínio de um mercado pode efetivamente tornar o cartel mais atrativo a empresas que desejam conter perdas. Isso não implica que haja qualquer obstáculo à ocorrência de conluio em mercados em franca ascensão.

A alegação da WM de que teve prejuízo no ano de 2003 não serve, de nenhuma forma, como elemento que descaracterize um possível cartel. A empresa pode ter observado uma momentânea queda de lucros em razão de investimentos ou perdas imprevistas naquele ano. A empresa pode ter também evitado um prejuízo ainda maior que o observado. Nesse cenário, tem-se que o cartel teria resultado em ganho concreto à empresa, embora esse ganho não tenha sido suficiente para compensar outras perdas no período.

De qualquer forma, analisando as informações prestadas pela própria WM, verifica-se que no ano de 2003, comparado aos anos anteriores, a venda bruta em reais e o volume total de vendas aumentaram.⁴⁷ Não há evidência de prejuízo consistente durante o suposto período de cartel.

A IBG aponta que não seria viável, ou racional, o conluio entre as empresas atuantes na produção de gases industriais e medicinais, uma vez que não haveria homogeneidade de custos de produção ou situação financeira comparável entre os *players*, especialmente em relação à IBG. O argumento não se sustenta. Se a IBG efetivamente oferecia pressão competitiva em face das demais empresas do setor, já haveria aí um incentivo à sua integração ao cartel. O fato de possuir menor porte e estrutura de custos inferior não afastaria a sua eficácia.

Por outro lado, se a IBG, de fato, apresentasse condições tão diferentes das demais empresas, não seria sequer possível a sua permanência no mercado (ao menos em um mercado competitivo), uma vez que não teria condições de concorrer com as demais. A permanência da IBG no mercado autoriza duas possíveis explicações: ou a IBG apresenta condições para que possa concorrer normalmente com as demais⁴⁸, ao contrário do que a representada alega, ou, se realmente apresenta custos de produção tão diversos em relação as demais empresas, a sua

⁴⁷ Informações prestadas no apartado confidencial “visto somente para a White Martins” (E4).

⁴⁸ Essas condições não precisam ser iguais às condições das demais, basta serem suficientes para que a empresa seja economicamente viável e consiga concorrer com as demais.



permanência no mercado só poderia se dar por alguma artificialidade no setor. Na primeira dessas hipóteses, o conluio é possível e vantajoso aos envolvidos. A segunda hipótese, por sua vez, já pressupõe a ocorrência de uma anomalia no mercado que, em si, aduz suspeitas das autoridades de defesa da concorrência.

Outro elemento alegado pelas representadas é a redução de preços ao consumidor, o que seria corroborado pelas testemunhas. Analisando as informações apresentadas pela SDE em relação aos preços⁴⁹, verifica-se que tal redução não ocorreu. Na realidade, os preços aumentaram.

Nota que, mesmo que tivesse sido verificada na realidade, a redução dos preços não seria suficiente para a descaracterização do cartel. Preços podem cair em razão da instabilidade inerente ao conluio, já referida anteriormente. A Comissão Européia, no caso do cartel holandês neste exato mesmo setor, “verificou uma evolução negativa dos preços relativamente aos principais gases industriais, sem exceção, a partir de 1989, quer fornecidos a granel, quer em garrafas. Esta evolução verificou-se relativamente aos gases que enfrentavam uma descida geral da procura (como o acetileno), bem como para os gases em mercados mais estáveis.”⁵⁰ Ou seja, mesmo havendo uma evolução negativa nos preços, o que não seria o caso do mercado do Brasil, ainda assim seria possível, como de fato houve na Holanda, a formação de um cartel.

Um último ponto digno de nota é o fato de o setor de gases já ter observado a ocorrência de cartéis ao redor do mundo. No tópico anterior, citou-se o cartel ocorrido na Europa. A Argentina⁵¹ e o Chile⁵² também já identificaram cartéis entre empresas de gases nos seus territórios. Nota-se que as características desse setor tornam a colusão extremamente atrativa e conveniente.

Feitas essas observações, reitero a ressalva feita anteriormente: a mera existência de elementos que facilitem ou que dificultem a formação de um cartel em um mercado não é, em

⁴⁹ Nota técnica Versão confidencial SBDC; p. 65/67

⁵⁰ Comissão Européia. Processo COMP/ E-3/ 36700. Decisão disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003D0207:PT:HTML>. Acesso em: 20 de ago. 2010.

⁵¹ Expte. 064-011323/2001 (C. 697) SB-EV/HS. Constatação de existência do cartel e recomendação de condenação datada de 08 de julho de 2005.

⁵² Como noticiado pela WM, as empresas investigadas no Chile lograram escapar de punições apenas devido a razões de processo legal.



si, suficiente para a caracterização ou descaracterização de um cartel. Para se averiguar a efetiva existência de um acordo ilegal, é necessário examinar as provas disponíveis para aferir se ocorreram contatos ilícitos entre concorrentes. É o que se propõe a fazer na próxima parte deste voto.

4. Provas

4.1 Regras

Entre os documentos apreendidos, consta uma série de versões de “regras” para acordos entre empresas. Essas regras, que versam sobre questões como divisão de clientes, fixação de preços e mecanismos de compensação entre os participantes, foram encontradas na sede de três empresas diferentes, quais sejam a AL, a AGA e a AP. Chamo a atenção para os seguintes documentos confidenciais apresentados em anexo a este voto:

- Anexo 1 (v. A7, fls. 71-72⁵³): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Versão manuscrita de regras, com referências iniciais a preço.
- Anexo 2 (v. A1, fls. 91-95): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Versão manuscrita de regras em Inglês, já estruturada em tópicos. Aparente versão inicial e simplificada das regras.
- Anexo 3 (v. A2, fls. 118-119): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Versão impressa e mais elaborada das regras.
- Anexo 4 (v. A2, fls. 126-132): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Primeira versão a definir os tópicos gerais do acordo mais desenvolvido (itens A a D).
- Anexo 5 (v. A2, fls. 134-135): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Versão em Inglês, intitulada “Golden Rules II” (“Regras de Ouro II”), contendo os tópicos A a C.
- Anexo 6 (v. A2, fls. 138-140): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Cópia das regras de fls. 128-130 (anexo 4).

⁵³ Com o intuito de facilitar a referência às dezenas de anexos ao processo administrativo, cada volume apartado foi identificado com uma letra e número, afixados por adesivo à capa de cada anexo.



- Anexo 7 (v. C4, fls. 02-5): Documento encontrado na AP, na sala de Carlos Alberto Cerezine. Proposta com comentários às regras. Versão das regras com a mesma estrutura e conteúdo da versão do anexo 4.
- Anexo 8 (v. C6, fl. 104): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Versão simplificada de regras, com referência específica a Campinas, Piracicaba e Sorocaba.
- Anexo 9 (v. D2, fls. 02-06): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. E-mail impresso com correspondência entre Pilão e Oliveira. Comentários aos tópicos A a E das regras.

A existência de documentos versando sobre regras para fixação de preços e divisão de mercado na sede de três empresas distintas constitui evidência cogente da existência de conluio ilícito entre elas. O conteúdo dos documentos apreendidos também aduz prova substancial da participação de outras duas empresas no acerto, como se verá adiante.

O anexo 1 contém um esboço de acordo. A lista de orientações de uma página envolve: 1) não cobrança de preço menor do que o atualmente praticado (item A); 2) regras acerca de possibilidade de disputa de novos clientes, clientes já existentes e clientes que mudarem de endereço (itens D e E).

O anexo 2 apresenta os primeiros rudimentos das regras do cartel. Neste documento, as seguintes regras podem ser observadas, entre outras:

- caso uma empresa perca um cliente por falta de documentação, ela irá recuperá-lo na próxima licitação;
- acordo deve incluir suprimento “on site”;
- a IBG estaria fora da conta (account);
- há uma proposta de divisão para o Brasil segundo a qual a WM ficaria com 35% e a AGA com 25%, embora as discussões devessem ser locais e controladas por distritos;
- o serviço deveria ser incluído na conta ao se considerar o fornecimento de gás;
- deve-se seguir os preços mínimos de mercado ao consumidor final;
- deve-se respeitar os clientes existentes;

O anexo 3 estabelece regras específicas para a região compreendendo a Zona da Mata e os estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. O documento se dedica a estabelecer as diretrizes para a divisão de clientes. São estabelecidas orientações para diversos cenários de



alteração das circunstâncias dos clientes, tais como mudança dentro da região, mudança de outras regiões, novas fábricas de clientes existentes, novos processos dentro de cliente existente, etc.

O anexo 3 menciona, em diversas oportunidades, a “conta corrente”. Para cada cenário mencionado (mudança de clientes, nova fábrica, etc), há uma indicação de como a mudança de circunstâncias deve impactar a “conta corrente”.

O anexo 3 também estabelece que gás refrigerante seria “só verde” e gelo seco seria “somente verde e azul”. Como mencionado pelas representadas em suas defesas, é comum no mercado usar a cor do logotipo de cada empresa para se fazer referência a ela. Nesse contexto, note-se que verde é a cor da WM e azul é a cor da AL. Ainda neste trecho, o documento menciona a necessidade de se respeitar as posições existentes. O documento também prevê que percentuais serão iguais entre as três partes, identificadas como azul (cor da AL), vermelho (cor da AGA) e verde (cor da WM).

O anexo 3 estabelece regras para solução de disputas. Nesse sentido, o item 11 prevê sorteio para o caso de interesse de mais de um fornecedor por um cliente e prevê reuniões para casos de distorção de volume/faturamento.

Finalmente, o anexo 3 fixa regras para licitações, quais sejam: 1) respeito a instalação/investimento, permanecendo fornecedor atual; 2) reposição de perdas apenas por outro “público”; 3) perdas por erros de documentação seriam repostas no próximo evento público; 4) falta de participação ocasionaria perda sem direito a reposição; 5) outros agentes não cotariam e avisariam fornecedor atual. A regra final a respeito do tema é enunciada nos seguintes termos: “entra mudo e sai calado”.

O anexo 4 envolve um aprimoramento das regras do anexo 3. Nesse documento, as regras do cartel são divididas em quatro categorias principais, indicadas por letras: A) respeito absoluto a atuais posições em clientes privados e públicos para todos os negócios; B) novos negócios; C) mercado de “packaged”; D) independentes e revendedores com líquido; E) grandes projetos.

O tópico A, “respeito absoluto a atuais posições”, constitui um mecanismo claro de manutenção da estabilidade do cartel. Estabelece-se a diretriz principal de que não pode haver “perda de faturamento”. O acordo chega a conter provisões para o caso de um cliente mudar de



endereço, mudar a sua demanda de gás para líquido, aumentar o consumo, etc. No caso de hospitais, prevê respeito “por site total”.

O tópico B, “novos negócios”, aduz diretrivas essenciais para conter disputas internas ao longo do tempo. Novos negócios em clientes existentes ou novos seriam alocados de acordo com a “conta corrente” (vide tópico 4.2 deste voto), com preferência para o fornecedor atual quando cabível. Haveria uma tabela de preço mínimo para *home care* e nenhum fabricante poderia atender “back up PSA”. Reitera-se a regra de respeito “por site total” para hospitais.

O tópico C estabelece regras para o “mercado de packaged”⁵⁴. Nesse mercado, as regras do tópico “A” seriam aplicáveis para volumes acima de “50 m³ / kg / me”. Volumes abaixo desse montante seriam de “disputa livre”, respeitados os investimentos de cada fornecedor.

A regra para “independentes e revendedores com líquido” (tópico D) é clara: fica proibida a venda de qualquer tipo de gases. Ficam também estabelecidas regras para o caso de multas, a serem “proporcionalizadas” entre as partes (mais explicações no parágrafo seguinte deste voto). No caso de “grandes projetos” (tópico E), estabelece-se a necessidade de negociação específica.

As páginas seguintes (replicadas no anexo 6) oferecem um detalhamento maior das regras estabelecidas. Reitera-se a regra de recuperação de clientes no caso de perda por documentação em licitação. Estabelecem-se as diretrizes para fixação e organização da conta corrente (vide tópico 4.2 deste voto). Esclarece-se que, para os fins do tópico D, devem ser considerados: 1) empresas independentes; 2) revendas com líquido; 3) independente com planta. Estabelece-se que empresas de gás deverão participar do pagamento da multa de “ex-MG” e dar suporte à AL para manter volumes fornecendo a clientes finais atendidos pela “ex-MG”. Fixam-se os prazos para cessação de fornecimento a independentes e revendedores. Define-se que clientes com faturamento acima de um milhão de reais por ano devem ser considerados grandes negócios.

⁵⁴ “Packaged” refere-se ao fornecimento de gases por cilindros: “There are three basic distribution methods for industrial gases: (i) on-site or tonnage; (ii) merchant liquid; and (iii) packaged or cylinder gases.”. Informação disponível em [http://www.praxair.com/praxair.nsf/0/56DC0D0CB8E23CB885256CE30069FBC6/\\$file/Praxair2009AnnualReport.pdf](http://www.praxair.com/praxair.nsf/0/56DC0D0CB8E23CB885256CE30069FBC6/$file/Praxair2009AnnualReport.pdf) Último acesso em 30/07/10.



As páginas finais do documento (131-132) contêm tradução para o Inglês de várias das regras estabelecidas. De especial interesse é a proposta de *market share* da AGA: WM 35%, AGA 25%, AL 25% e AP 15%. Também relevante é a série de comentários manuscritos ao longo do documento, indicando o assentimento da AGA com os termos fixados, sugerindo “um interlocutor” para política de revenda por empresa/distribuidor e mencionando Hélio e “health care in São Pa[ulo]”.

A posição final da AGA é explicitamente indicada em letras impressas nos seguintes termos: 1) irá ajudar a AL com certos clientes; 2) irá aceitar a penalidade para cessação de suprimento, assumindo o custo na proporção de seu market share de 25%; 3) a AP deveria ser “part of the account”, sendo “part of the four”; 4) a IBG deveria estar “out of the account”, sendo que a AGA aceitaria pagar qualquer quantia

Embora os termos do acordo em geral sejam auto-explicativos, acredito caber alguns comentários a mais acerca das referências a multa. O anexo 4 evidencia que os integrantes do acordo iriam apoiar a AL em capturar clientes de independentes/revendedores e ratear multas decorrentes da cessação de suprimento. Observa-se assim que o acordo não era restrito a evitar concorrência entre os envolvidos. Havia também o claro conluio no ataque a possíveis outros agentes cuja presença no mercado pudesse dificultar o domínio concertado do setor.

Passa-se agora à análise do anexo 5, intitulado “Golden Rules II”(Regras de Ouro II). Trata-se de uma versão mais enxuta das regras, abordando apenas os tópicos A (respeito a clientes), B (novos negócios) e C (cilindros). De interesse neste documento é o fato de se ter tido o trabalho de traduzir para o Inglês as regras, indicando uma possível participação de executivos da empresa que trabalhem no exterior e não entendam Português. Essa percepção é reforçada pela menção, em escrito à mão no topo do documento, de Francisco Martins, “vice-presidente empresa”, e Augustin de Roubin, “regional américa latina”. Em rápida pesquisa realizada no site da AL (www.airliquide.com), foi possível encontrar menção a (1) Francisco Martins, vice-presidente corporativo da AL (2) Augustin de Roubin, vice presidente da AL e responsável pelas operações da empresa na América Latina entre 2003 e 2007. Tem-se assim possíveis contatos entre a administração regional do cartel e os escalões superiores da empresa.

O anexo 6, apreendido na AGA, se refere à mesma versão das regras presentes no anexo 4 (fls. 128/130).



O anexo 7, encontrado na AP, inicia com uma proposta geral de valores para o mercado, envolvendo a soma de cinco milhões de reais por mês para dez filiais. A proposta, datada de 08/04/03, também prevê a divisão de revendas e a atribuição de 20% do mercado para IBG. No caso do mercado independente, ratifica-se a atribuição à AL do mercado “ex-MG” e recomenda-se definir a política para outros independentes. Na data referida acima Cerezine era funcionário da IBG. Sendo assim, tal documento deve ser visto como mais um elemento, dentre outros, que aponta para a participação dessa empresa no conluio.

O anexo 7 também contém comentários gerais acerca de cada tópico das regras. No caso do tópico A (respeito a clientes), comenta-se a necessidade de definir valor mensal/anual passado pelos concorrentes. Para o tópico B (novos negócios), faz-se a referência a mercados em que “temos pouca atuação” e à necessidade de se definir valor e processos em que poderiam trabalhar. No tópico C (cilindros/*packaged*, dependendo da versão), destaca-se o congelamento no caso de clientes finais, sugere-se a fixação de percentagem para revendas e comenta-se interesse nas disposições sobre preços. Para o tópico D (independentes/revendedores), discute-se a necessidade de definir quem irá assumir cada e quais serão as regras. Para grandes projetos (tópico E), destaca-se a pequena atuação da empresa e a possibilidade de se definir um valor anual.

As folhas seguintes do anexo 7 contêm versão das regras quase idêntica àquela do anexo 4, encontrado na AGA. As únicas diferenças palpáveis entre os documentos são a formatação, a exclusão da referência a hospitais no tópico B, a exclusão da referência a novos tanques no tópico D e a redação da proibição a certas novas filiais virtuais contidas no tópico D.

O anexo 8, encontrado na AP, contém regras específicas para as regiões “Campinas, Piracicaba e Sorocaba”. O documento estabelece regras para divisão de negócios e acertos compensatórios. As diretrizes estabelecidas são agrupadas em seis tópicos principais: 1) mudança cliente dentro região; 2) mudanças clientes outras regiões p/ nossa; 3) novas instalações (fábrica) de cliente existente; 4) novo processo dentro cliente existente; 5) ampliação processo em cliente existente; 6) instalação centralizada. De interesse no documento é o papel preponderante da conta corrente (vide tópico 4.2 deste voto) para acertos na divisão de clientes entre os integrantes do cartel.

Talvez a informação mais importante identificada nesse documento seja a fixação de regras para regiões específicas. Observa-se que, dentro da estratégia geral de cartel, havia



acordos separados para cada espaço geográfico. Reforça-se assim a perspectiva de que era plenamente plausível que houvesse um cartel exclusivamente regional, apesar da atuação das empresas no país inteiro. Esta circunstância afasta ainda mais a alegação das representadas de que o caso seria, à primeira vista, de competência federal. De fato, se fosse encontrado apenas o documento do anexo 8, as autoridades provavelmente teriam de se ater à análise do cartel no Estado de São Paulo.

Embora a prática de cartel pareça ter se estendido a todas as atividades das representadas, a dificuldade logística de se coordenar um acerto no país inteiro pode ter acabado levando à solução de acordos específicos para cada região. Fortalece-se, assim, a tese de que era justificada e recomendada a abordagem estadual do suposto ilícito antes que houvesse certeza acerca da extensão do acerto e, consequentemente, antes que o aparato da Justiça Federal fosse acionado.

Vale menção ainda a outro aspecto do anexo 8. Em suas linhas finais, menciona-se uma “próxima reunião” para “29/09/98”. Tem-se assim que o cartel já funcionava com regras complexas desde a década passada. Pode-se apenas especular sobre o tempo de duração desse acerto ilícito antes que tivessem sido iniciadas tratativas para fixação das regras formais do cartel.

Ainda nas linhas finais do anexo 8, indica-se que a próxima reunião (de 29/09/98) ocorreria em “Vermelho Jundiaí”. Note-se que a denúncia anônima original já dizia que o cartel atuava por meio de reuniões “mormente realizadas na cidade de Jundiaí, São Paulo”. Ratifica-se assim o argumento deste voto de que a denúncia anônima apresentou às autoridades elementos concretos e suficientes para a tomada de decisão acerca da interceptação telefônica. E enfraquece-se ainda mais a tese de que haveria alguma carência de fundamentos jurídicos para a realização desta modalidade de prova.

Um último ponto digno de nota no anexo 8 é a referência a uma Comissão composta, entre outros, por “Cerezine” e “Vitor” (note-se que o documento foi obtido na sala do representado Vitor Peres). Trata-se de evidência cogente da participação direta dessas pessoas físicas na administração do cartel celebrado entre as empresas do setor de gases. E mais, Cerezine, nessa época, era funcionário da WM⁵⁵. Há, portanto, provas da participação de quatro

⁵⁵ Apartado Confidencial (E10), fl. 30.



representados na formação do conluio por meio deste documento: Peres, Cerezine, Air Products (onde o documento foi apreendido e onde Peres trabalha) e White Martins (onde Cerezine trabalhava).

O anexo 9 inicia com um e-mail impresso de “Newton de Oliveira (newton@ibg.com.br)” para “Pilao, Walter”. O e-mail faz referência a comentários contidos em anexo intitulado “carta1.doc”. O topo do e-mail contém o nome “Pilao, Walter”, indicando que a pessoa responsável por imprimir o documento foi Pilão.

As páginas seguintes contêm comentários a respeito das regras do cartel. Ressalta-se que a proposta implica “engessamento” completo do mercado, o que favoreceria agentes com maior participação de mercado. Informa-se não haver problema em aderir ao proposto, com as ressalvas feitas a seguir. O documento faz referência a preocupações de retorno nas seguintes filiais: 1) GSP + Campinas e Região; 2) Curitiba; 3) S.J. R. Preto; 4) Rio de Janeiro; 5) Belo Horizonte; 6) Recife; 7) Caçapava; 8) Marília; 9) Vitória; 10) Itajaí; 11) Goiânia. Com exceção de Caçapava e possivelmente Campinas, todas essas cidades atualmente contêm filiais da IBG⁵⁶. Reforça-se assim a perspectiva de que se trata de documento de autoria dessa empresa.

Os comentários citam casos pendentes com “invasores”. Requer-se que, por questão de “credibilidade, atitude e postura”, os invasores saiam dos clientes ou compensem com outras contas. São listados como clientes invadidos os seguintes: 1) Hospital SP I – AGA; 2) HSP II (Vila Maria) – AGA; 3) Leão XIII – AGA; 4) Hosp. Julia Kubtschek – AP.

A seguir, são feitos comentários acerca dos tópicos A a E. É indicado “ok” a todos os itens do tópico A (respeito a posições). No caso do tópico B (novos negócios), sugere-se o estabelecimento de conta corrente e informa-se que parte das solicitações de retorno feitas acima pela IBG podem ser pagas com clientes novos. Cita-se o problema de clientes com política de 2 fornecedores, caso que deve entrar na conta corrente.

No tópico C (mercado *packaged*), sugere-se a manutenção de respeito absoluto a clientes independentes e inclusão de novos negócios na conta corrente. Tal procedimento evitaria “espertezas”. Enfatiza-se a necessidade de uma divisão equitativa para a definição de bandeiras para revendedores. Recomenda-se acertar termos para condições de pagamenito, frete, etc, para evitar “esperteza” para revendedores por região.

⁵⁶ Conforme observado no site http://www.ibg.com.br/portal/index.php?option=com_wrapper&Itemid=35. Último acesso em 03/07/2010.



Para o tópico D (independentes e revendedores com líquido), comenta-se que a proporcionalidade da divisão das multas deve levar em conta os níveis de faturamento de cada empresa com base na receita de vendas. No tópico E (grandes projetos) consta apenas a referência a “conta corrente com direito a *first-refused*”.

O tópico D contém o ponto de maior interesse do documento. Trata-se da sugestão de que, ao invés de interromper o fornecimento, sejam reajustados preços para nível em que o revendedor/independente não consiga colocar o produto no mercado. Comenta-se que isso “evitaria o pagamento da multa e possível ação no CADE”. Nota-se aqui que os membros do cartel possuíam completa e explícita consciência da ilicitude de suas ações. Há um esforço consciente e deliberado no sentido de ocultar a atividade criminosa do conhecimento das autoridades.

Os representantes da IBG alegam que esse documento não constituiria elemento de prova aceitável contra a empresa ou Oliveira. Asseveram tratar-se de documento apócrifo, acerca do qual não possuem qualquer informação. Afirmam não haver garantia de que as páginas encontradas a seguir fossem realmente a “carta1.doc” indicada como anexo do e-mail. Enfatizam se tratar de documento encontrado na sala de outra empresa, não havendo qualquer possibilidade de se associar o conteúdo do documento à IBG e seus funcionários.

A implicação decorrente do argumento da IBG é que Pilão (1) fraudulentamente criou um documento que incriminaria a IBG e a si próprio e (2) o guardou em sua mesa para a possibilidade de, em caso de busca e apreensão em eventual investigação de cartel, conseguir incriminar a IBG e Oliveira. Parece pouco plausível que um executivo criasse um documento que pudesse levá-lo à prisão apenas para conseguir prejudicar outra empresa. O nível de detalhe do documento dificulta ainda mais essa tese – não só estaria Pilão criando um documento que o incriminaria, como também estaria fornecendo detalhes que aumentariam consideravelmente a probabilidade de ser preso e multado. Assim, tem-se que a defesa da IBG sustenta-se em fundamento precário. De qualquer forma, assevera-se que o teor do documento será apreciado em conjunto com as demais provas dos autos.

Um ponto a se destacar é a data deste e-mail: 09 de abril de 2003. Coincidemente, o anexo7, apreendido com Cerezine, apresenta a data de 08 de abril de 2003, e, destaque-se, nesse período ele era funcionário da IBG. Analisando-se os dois anexos, 07 e 09, observa-se que a versão das regras contidas no anexo 09 é exatamente a mesma do anexo 07,



com a única diferença de que naquela foram acrescentados comentários (que se encontram sublinhados). O anexo 07 trata, portanto, da versão base em que os comentários da versão 09 foram acrescidos. Nada mais plausível, portanto, que o documento encontrado junto ao e-mail realmente seja o anexo ‘carta1.doc’ de autoria de Newton de Oliveira vez que, no dia anterior, um funcionário seu, Cerezine, tinha exatamente o mesmo documento.

Esse longo relato dos documentos de regras demonstra de forma clara a existência do cartel. Ficou provada a existência de contatos para a divisão de mercado e para fixação de preços. Os documentos demonstram um acerto de elevado nível de sofisticação, regulado por regras aprimoradas ao longo de vários anos com o intuito de fortalecer e preservar as estruturas de cartelização.

A posse dos documentos já constitui em si evidência palpável contra vários dos representados e suas empresas. Note-se que essa série de evidências contra todas as empresas representadas constitui apenas o primeiro elemento de comprovação da ocorrência de cartel. As seções seguintes deste voto apresentam ainda mais elementos capazes de sustentar uma condenação.

Cabe, ao fim, destacar um ponto de interesse que se depreende após a análise dos documentos apreendidos. Em uma série de anexos, como os de número 4, 5, 6, 7 e 9, aparecem referências à “ex-MG” (“Multa Ex-MG R\$2.000.000,00 proporcionar entre as partes”). Tal sigla refere-se à empresa Messer Griesheim, adquirida, em âmbito mundial, pelo Grupo Air Liquide⁵⁷. As referências a essa aquisição nos elementos comprobatórios demonstram o grau de coesão existente entre as empresas cartelizadas, modificando e criando novas regras para o grupo de forma a permitir uma melhor adaptação às circunstâncias do mercado; garantindo assim, uma maior estabilidade do cartel.

4.2 Repartição de Mercado e Mecanismo de Compensação – Conta Corrente

Manter um cartel coeso ao longo do tempo é uma tarefa complexa. Clientes podem migrar de uma empresa para outra. A expansão do mercado também pode suscitar novas oportunidades de negócio, que terão de ser alocadas entre os membros do conluio. Nessas

⁵⁷ AC Nº 08012.06651/01-75, aprovado sem restrições em 26 de novembro de 2002.



circunstâncias, a eficácia do cartel pode ser consideravelmente aprimorada com a implementação de um mecanismo que permita a divisão de ganhos entre os participantes do cartel.

Tal mecanismo foi desenvolvido pelas empresas representadas para o cartel. Trata-se da conta corrente. O mecanismo, previsto nas próprias regras do cartel, foi empregado com afinco por todas as empresas envolvidas, como demonstrado pelos documentos apreendidos em suas instalações.

A conta corrente é um elemento essencial das regras do cartel. O anexo 4 (uma das versões das regras do cartel) ilustra algumas formas como seria utilizada a conta:

- Deve-se ter duas contas correntes separadas: industrial e medicinal;
- Contas correntes serão regionais;
- O percentual de participação de cada empresa seria fixado por região;
- Novos negócios serão analisados e avaliados para conta corrente;
- Cartas de intenção devem ser respeitadas e clientes devem ser incluídos na conta corrente.

O anexo 9 também demonstra o emprego da conta corrente para alocação de clientes e atribuição de ganhos entre os agentes do cartel. Nesse documento, tem-se a sugestão de uso de conta corrente para atender a demanda específica de faturamento da IBG. Ainda no anexo 9, comenta-se a possibilidade de uso da conta para tratamento de clientes com política de dois fornecedores.

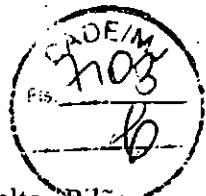
A conta corrente já era um mecanismo consolidado desde a década passada. É o que se nota do anexo 8. Esse documento, escrito quando as partes ainda planejavam a próxima reunião em 29/09/98, cita à conta corrente em nada menos que oito oportunidades.

O uso da conta corrente pelos participantes do cartel é evidenciado pelos seguintes documentos:

- Anexo 10 (fls. 30 a 33 do volume B3): Documento encontrado na WM, na sala de Carina Fernandes. Lista de perdas e ganhos.
- Anexo 11 (fls. 24 a 33 do volume B5): Documento encontrado na WM, na sala de Carina Fernandes. Lista de perdas e ganhos.
- Anexo 12 (fls. 46 a 54 do volume B7): Documento encontrado na WM, na sala de José Antônio Bortoleto de Campos. Lista de perdas e ganhos com comentários.



- Anexo 13 (fls. 02 a 03 do volume B8): Documento encontrado na WM, na sala de Cláudio Simoni Júnior. Lista de perdas e ganhos.
- Anexo 14 (fls. 07 a 12, 15 e 61 do volume B8): Documento encontrado na WM, na sala de Cláudio Simoni Júnior. Quadros de perdas e ganhos.
- Anexo 15 (fls. 91 a 92 do volume B11): Documento encontrado na WM, na sala de José Antônio Bortoleto de Campos. Quadros de perdas e ganhos.
- Anexo 16 (fls. 03 a 04 e 62 a 74 do volume B15): Documento encontrado na WM, na sala de Cláudio Simoni Júnior. Quadros de perdas e ganhos.
- Anexo 17 (fls. 46 a 49 do volume C4): Documento encontrado na AP, na sala de Carlos Alberto Cerezine. Quadros de perdas e ganhos.
- Anexo 18 (fl. 110, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Comentários de ocorrências.
- Anexo 19 (fl. 126, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Resumo de posições das empresas.
- Anexo 20 (fl. 130, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Tabela In/Out Air Liquide.
- Anexo 21 (fl. 190, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Lista “verde perde”.
- Anexo 22 (fl. 153, volume D2): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. E-mail entre Antonio Lazzari e Walter Pilao.
- Anexo 23 (fl. 03, volume D3): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Quadro perda e ganhos.
- Anexo 24 (fl. 07, volume D3): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Lista perdas e ganhos.
- Anexo 25 (fls. 17 a 21, volume D3): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Quadros perdas e ganhos com comentários.
- Anexo 26 (fl. 113, volume D3): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Anotações manuscritas.
- Anexo 27 (fl. 148, volume D3): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Anotações manuscritas.



- Anexo 28 (fl. 5, volume D4): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Documento intitulado “ações praxair – região sertãozinho”.
- Anexo 29 (fl. 11, volume D4): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Documento intitulado “movimentos região sul”.
- Anexo 30 (fl. 120, volume A2): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Comentários manuscritos.
- Anexo 31 (fls. 127 a 129, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Comentários sobre “reunião do dia 19/01/04”.
- Anexo 32 (fls. 196 a 199, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Comentários sobre “reunião do dia 19/01/04”. Versão ampliada e com valores distintos do anexo 31.

É importante notar que os anexos 10, 11, 13, 14, 15 e 16 tratam de documentos encontrados na sede da WM. Como mencionado anteriormente na análise das preliminares, esse voto não utilizará elementos encontrados na segunda busca realizada na WM como provas contra as demais empresas e seus funcionários. O acervo probatório é rico o suficiente para dispensar o uso dessas provas contra tais representadas. Por esse motivo, os comentários sobre esses seis anexos devem ser entendidos apenas como referentes à WM e a seus funcionários, não constituindo evidência contra as demais representadas.

Note-se também que o anexo 12 trata de documento apreendido na primeira busca e apreensão. Trata-se de documento acessível às representadas desde a instrução inicial na SDE, não havendo, assim, óbice ao seu emprego contra as demais representadas. Ainda assim, o seu uso é completamente dispensável como fator de prova para as outras empresas e seus funcionários. Como se verá, os documentos encontrados nas sedes da AL, da AP e da AGA já seriam mais do que suficientes para sustentar condenações contra essas empresas e a IBG.

A maior parte dos anexos apresenta o mesmo conteúdo: listas de ganhos e perdas de empresas. O anexo 10 ilustra a idéia. A primeira folha contém uma série de contas correntes separadas para cada empresa. Os dados são apresentados em forma contábil, com colunas separadas para ganhos e perdas. Há instrução de tratamento dos dados, com indicação a “pega o faturamento”. As páginas a seguir contêm relações de clientes anotadas à mão, seguindo o modelo de colunas de perdas e ganhos. A página final contém nova lista impressa. O anexo 11 segue a mesma linha, listando clientes e indicando valores para ganhos ou perdas.



O anexo 12 inicia com lista de ganhos e perdas em relação à AP. O ponto mais instigante desse documento é a referência aos exatos mesmos dados e valores descritos em documentos encontrados em outras empresas. É o caso do anexo 21 (documento encontrado na AP), que faz referência aos seguintes itens: Clínica 3 Rios; São Miguel; MBP, Basf e Sta. Casa Itú (note-se que se tratam de anotações manuscritas sobre as quais paira alguma dificuldade de leitura, motivo pelo qual esses nomes podem não ser precisos). Os mesmos itens são listados, com referência aos exatos mesmos valores, no anexo 12.

É possível também cruzar os dados do anexo 12 com o anexo 19. O anexo 19 (encontrado na AP), faz referência a posições da WM e da AP, indicando questionamento pela WM dos valores que estaria faturando em relação a Villares e Morlan. O anexo 12 faz referência às mesmas Villares e Morlan, indicando os mesmos valores de conta. Ao final dessa página, surge a conclusão de que a AP deve à WM a diferença entre os ganhos e perdas.

O cruzamento desses documentos prova uma vez mais a existência de contatos ilícitos entre as empresas. Campos detinha em seu poder os exatos mesmos dados mantidos por Perez. E os dados assumem para ambos o mesmo formato e idêntica finalidade: trata-se de identificar perdas e ganhos para se estabelecer o equilíbrio de conta corrente essencial à manutenção do cartel.

O anexo 12 contém ainda mais elementos comprobatórios do conluio. É o caso das “definições” de fl. 49. Trata-se de lista manuscrita de acertos estabelecidos entre a WM e a AP para a solução de pendências entre si e acerto de conta corrente. O escrito “conta zerada” no topo da folha indica que os acertos levaram a uma resolução total das discussões então mantidas. Entre as definições estabelecidas, cabe destaque ao seguinte:

- A lista de clientes conquistados será restrita aos listados, não “valendo” entrar em mais nenhum;
- Não se abastecerá mais os clientes da AP e vice-versa
- AP irá sair de Casa Saúde Cop./ Sta. Maria;
- WM irá sair do hospital do exército;
- Como um subponto às decisões de saída da AP e da WM dos clientes referidos, há a disposição de que, se alguém não conseguir sair, a outra parte “pagará/pegará” (a má qualidade da cópia dificultou a identificação exata do escrito)



Prosseguindo no documento, tem-se referência a “posições AP”. Nota-se que a empresa “não aceita lucro” e que, pelo faturamento, a WM deveria à AP mais de cem mil reais por mês. As folhas finais contêm mais referências a ganhos e perdas com “colocações AP”.

O anexo 13 contém nova lista impressa de perdas e ganhos em relação a AGA, AL, AP e IBG. Os anexos 14 e 15 contêm quadros gerais de acompanhamento de perdas e ganhos, cujo formato foge consideravelmente o padrão para as demais listagens. Parecem tratar-se de elementos mais voltados a análise interna que para fixação de acertos de cartel. O anexo 16 contém nova lista de perdas e ganhos.

O anexo 17 apresenta uma série de quadros intitulados “ganhamos” e “perdemos”. Cada par de quadros é indicado para uma conta específica. As contas são identificadas como White Martins, Air Liquide, AGA e AP.

Ao se cruzar a fl. 47 do anexo 17 com a fl. 03 do anexo 23, tem-se uma série de nomes e valores idênticos. É o caso, por exemplo, dos clientes Fornac, Açomar, Flexaço, Cei, Ikeda, Londrina (N2O), CTI – Penha, Alcoa, Prensas Jundiaí, HC – Curitiba, Cerpo, Danstell, Metal Teman e Pref. Rio de Janeiro. Todos esses clientes, mencionados no documento em poder da AP (anexo 17), constavam com os exatos mesmos valores correspondentes de faturamento no documento mais completo em poder da AL (anexo 23). Trata-se de ainda outra evidência de que perspectivas a respeito de ganhos/perdas eram comunicadas entre integrantes do cartel para ajustes de conta corrente.

O anexo 18 descreve ocorrências de mudanças de situações de clientes em relação a fornecedoras. De interesse no documento são os dizeres “este cliente era da AGA e foi pago pela AP”. Evidencia-se mais uma vez a existência de um mecanismo de compensação entre os membros do cartel. Trocas de clientes e mudanças de posições eram questões corriqueiras, resolvidas de forma simples por meio de “pagamentos” ou “recebimentos” registrados em conta corrente.

O anexo 19, já mencionado anteriormente, trata de divergências de posições entre a WM e a AP. O documento aborda disputas acerca de valores de faturamento e ajustes necessários para revisão da conta mantida entre essas duas empresas. Nota-se aqui uma disputa a respeito dos ganhos em conta corrente percebidos pela AP. A WM estaria afirmando que a AP não teria informado a obtenção dos clientes Menedim, Ara Ashaland, Hosp. Vila Nova, Intral, Hosp. Vera Cruz, S. Casa Rio Claro e Basf (Guaratinguetá). A WM também estaria alegando que



seu faturamento relativo a Villares e Morlan seria inferior àquele fixado em conta corrente. Essas questões fundamentavam as disputas entre as empresas acerca do montante necessário para que a WM e a AP equalizassem os seus créditos e débitos na conta corrente do cartel.

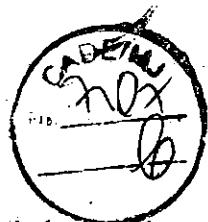
O anexo 20 contém lista intitulada “*in/out air liquide*”. O interesse no documento surge ao se cruzar esses dados com aqueles contidos no anexo 18 (lista intitulada “*in/out air products*”). Nota-se a coincidência de valores entre clientes que saíram da AP e foram para a AL e vice-versa. Nessa situação encontram-se os seguintes clientes, entre outros: HC Curitiba, Hospital Plantadores de Cana, Concórdia, Gassoldas Revendedor, Aços Pinhais Oxicorte, Oxitec PR, Fundição Gonzales, Oxifer, Ox Fer, Delphi. Ao fim de cada documento, consta a diferença então apurada entre ganhos e perdas em relação a essa conta específica. Lembre-se mais uma vez que é a partir dos saldos dessas contas que o cartel estabelecia a divisão de mercado

O anexo 21 contém uma lista manuscrita de valores intitulada “verde perdeu”. Enfatiza-se aqui novamente a identidade de alguns dos valores listados com aqueles observados em documento coletado na sede da WM (anexo 12). Como mencionado anteriormente, trata-se de mais uma prova da existência de contatos para fins de manutenção do cartel.

O anexo 22 é um e-mail enviado por Antonio Lazzari a Walter Pilão com o assunto “fornecimento atual CO2”. Nesta mensagem, menciona-se a possibilidade de fechamento de contrato nacional com o Grupo Imperial, cujo fornecimento era provido pela WM em Trindade e Gurupi. Aduz-se a ressalva de que “resta saber se temos créditos com WM para fazer isto sem muitos traumas”.

O fato de um agente do mercado considerar a necessidade de compensar um concorrente ao cogitar o aliciamento de um cliente ilustra o quanto o cartel distorceu a competição no setor. Para obter o contrato com o Grupo Imperial, a maior preocupação da AL não era fornecer um bom preço a esse cliente. Sua maior preocupação era como obter o assentimento da WM com essa alteração no mercado.

O anexo 23 consiste em mais uma lista de ganhos e perdas. Como mencionado anteriormente, nota-se identidade de dados com diversos registros de documento encontrado na sede de outra empresa (anexo 17). Outro ponto importante do documento são os dizeres “pedimos cobertura no caso fust e furaram em 30.01.04”. A referência a esse incidente em um documento de perdas e ganhos denota a insatisfação de uma empresa com a ausência de cobertura de cliente pela outra e a possibilidade de uso da conta corrente para acerto da situação.



O anexo 24 apresenta mais uma lista de perdas e ganhos. A tabela contém referências a valores atribuídos à IBG e à AL.

O anexo 25 contém nova lista de perdas e ganhos, com referência à conta “Air Liquide”. O conteúdo da fl. 17 do anexo 25 é similar ao anexo 23 e à fl. 47 do anexo 17, com algumas diferenças de clientes indicados. As folhas seguintes contêm mais listas com comentários manuscritos.

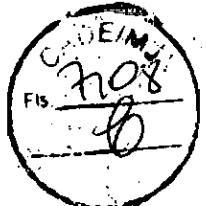
O anexo 26 contém uma série de anotações manuscritas. Cabe destaque à referência a “Air Products: vender a conta a $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2}$ ”. A referência a “vender a conta” aparenta constituir mais uma oportunidade de acertos entre membros do cartel por meio de negócios pela conta corrente.

O anexo 27 traz mais anotações escritas de interesse. De especial interesse é a menção a “Verde: R\$ 60 / mês p/ ñ entrar Fortaleza”. Aduz-se aqui um acerto pelo qual a WM (identificada por sua cor verde) compensaria o concorrente para que não disputasse seu cliente. A compensação seria feita por acerto em conta corrente. O documento nota saldo devedor de R\$ 30 desse valor.

O anexo 28 trata de ações de preços da Praxair no cliente Ferezin, situado na conta da AL. A AL respondeu com ação em cliente da Praxair, que em resposta atuou sobre o cliente Calnil. No documento, ressalta-se que esse desenvolvimento da Praxair ocorreu apesar de existirem valores em aberto a favor da AL. A conta final dos eventos seria um saldo positivo para a AL no valor definido ao fim da página.

O anexo 29 contém listas de perdas e ganhos com observações. As observações são informativas dos movimentos de clientes entre empresas e dos contatos para acertos em conta corrente. É o caso do cliente “Bosh”, cujo *status* estaria em aberto porque “não foi aceito o diferencial de KR\$ 95, referente a parte do novo volume”. No caso do Hospital Sta. Catarina, anota-se a alegação de que “a ALB avalizou (Ação IBG)”, mas que os faturamentos continuariam com a WM.

Ainda nessa linha, tem-se que a AL entenderia que, para o cliente Madal, houve compromisso da Px (Praxair) em pagar “3000m³ com o preço de R\$ 5,00”. Evidencia-se aqui mais uma vez o uso de clientes como moeda de troca para acertos em conta corrente. Para a Refrigerantes Oeste, não teria sido aceito tal pagamento. O cliente seria conhecido de todos e previamente negociado.



Outra evidência de acerto é referente ao Hospital S. José. Observa-se que “eles” só reconhecem o valor limite do edital e que só aceitam conversar caso haja a aceitação do acerto para “Refrig Oeste”. No caso de Faurecia, reclama-se que não querem pagar o valor da fatura, o que até então era “conceito definido”. Aponta-se que entendem que devem contabilizar o valor ganho.

Os acertos de conta corrente também são evidenciados no anexo 30. Nele, lê-se o seguinte: “conta corrente não houve acordo com a WM”. Esse escrito, citado no contexto de uma “reunião no Sul” e da insistência da AP em deixar a GE somente para “AGA AP AL”, indica mais uma vez a ocorrência de discussões e acertos do cartel com base na conta corrente.

O anexo 31 contém comentários a reunião datada de 19/01/04. Em parênteses, nota-se que essa reunião estaria “checando a reunião do dia 22/08/03”. Estabelecem-se premissas para a discussão, tais como a realização de avaliação por faturamento e a não inclusão em conta de perdas de preço sem perda de cliente. Há menção a ganhos e perdas da WM e da AP. Destaco que estes documentos, apreendidos na AP, fazem alusão à mesma reunião informada no anexo 12, obtido na WM, o que demonstra que esta reunião envolvia, no mínimo, essas duas empresas. Tendo-se confirmado a correlação entre esses documentos, de que tratam incontestavelmente da mesma reunião, o que pode ser feito verificando que os dois anexos apresentam uma série de informações iguais, fica claro que essas empresas vinham se reunindo para fazer acordos ilícitos.

O documento segue o padrão de discussão de faturamentos de clientes para estabelecimento de acertos em contas. Neste sentido, merecem destaque a observação referente a Dedine. Caso a WM não aceitasse o acordo fixado, ela deveria “dar” um cliente por 5 anos nesse valor para depois ser devolvido, como no exemplo da Cerdec. Nota-se aqui a prática de permuta de clientes para adequação de créditos e débitos em conta corrente. O fato de as partes citarem precedentes (“exemplo Cerdec”) para essas operações apenas ilustra o quanto longe esse mercado passava de qualquer possibilidade de concorrência eficaz. O anexo 32 expande a discussão sobre a Dedine. Ao lado do valor do saldo, constata-se a alegação de que o valor teria sido “em troca do Hospital Brasil”. Neste documento, há duas versões dos comentários para a reunião.

A análise dos documentos leva à conclusão inafastável de que as empresas representadas empregavam a conta corrente como mecanismo de divisão de mercado. A conta corrente também possuía um papel destacado de resolução de demandas e controvérsias entre os envolvidos. Neste contexto, clientes e faturamentos eram barganhados como moeda de troca para



a fixação de acertos que assegurassem a estabilidade do cartel. Os documentos demonstram também ativa correspondência entre as empresas, com coincidência de dados e posições sobre clientes em documentos encontrados em empresas distintas.

A conta corrente constitui um mecanismo sofisticado de preservação e promoção do cartel. Sua ilicitude é patente em uma série de aspectos distintos. Ela estabelece a divisão de mercado inicial. Ela permite trocas e acertos entre empresas para manutenção das perspectivas gerais de ganho. Ela estabelece a linguagem a partir da qual as empresas trocam informações sensíveis sobre clientes. Até mesmo a troca de informações realizada pode ser considerada suficiente para uma condenação por cartel. Sob qualquer ângulo, a conta corrente evidencia atividade ilegal.

Foi argüido em defesa das representadas que a existência de trocas de clientes entre empresas evidenciaría a ausência de cartel. Contudo, os documentos de conta corrente derrubam essa tese. Como demonstrado, a conta corrente não só permitia a realização de trocas de clientes sem prejuízo à estabilidade geral do acordo, como também estruturava tal ocorrência como forma de compensação de perdas e ganhos entre membros do conluio.

As defesas apresentadas argüiram que os documentos indicariam apenas acompanhamento de mercado, algo natural em um ambiente competitivo. Alegam também que eventuais menções a valores e negócios podem ser entendidas como negócios de compra e venda de gases entre as empresas para casos de dificuldades de suprimento a clientes.

O teor dos documentos afasta esses argumentos. O fato de todas as empresas usarem precisamente o mesmo mecanismo para monitorar o mercado enfraquece a tese de que os documentos tratariam de ação autônoma por cada empresa. Não há motivo para que quatro empresas distintas adotassem uma forma tão peculiar de acompanhar o mercado como estabelecer contas correntes para cada concorrente.

Outro fator que enfraquece o argumento das representadas é a freqüente indicação e cobrança de saldos. A princípio, é razoável que empresas estimem o quanto ganharam ou perderam em um cliente. O que é anômalo é que empresas façam cálculos a respeito de diferenças positivas ou negativas percebidas em relação a cada concorrente específico. Quando concorrentes calculam esse saldo e começam a realizar negociações entre si para compensação das perdas e ganhos, qualquer simulacro de normalidade ou legalidade é afastado.



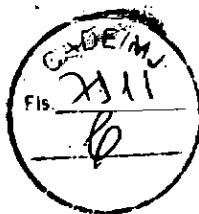
O fato de serem encontrados dados iguais nas sedes de empresas distintas também atua contra o argumento da defesa. Não há motivo para que concorrentes possuam estimativas exatamente idênticas para faturamentos de clientes. No presente caso, essa é uma ocorrência comum. De fato, até mesmo a formatação dos dados é similar ou idêntica em documentos de empresas concorrentes. Há evidência solar de realização de contatos ilícitos.

Também não se sustenta o argumento de que as indicações de valores referem-se a negociações de fornecimento direto de gases por uma das representadas a outra. A tese cai por terra ao se observar o teor dos documentos. Não se está fazendo referência a volumes isolados ou valores devidos a títulos de compras. Nos documentos, está-se fazendo indicação explícita de clientes e seus faturamentos mensais. Está-se também negociando compensações associadas a ganhos e perdas de clientes. A já restrita plausibilidade do argumento da defesa é solapada pelo registro documental dos acertos efetuados pelas concorrentes acerca da divisão do mercado.

Finalmente, note-se que a conta corrente é um elemento previsto nas próprias regras do cartel (anexos 1 a 9). Qualquer tentativa de contestação do valor probatório da conta corrente esbarra no fato de que a função e a natureza desse mecanismo são explicitamente definidas nos documentos que regulam toda a interação ilícita. Não há como superar a constatação de que as regras do cartel prevêem o emprego da conta corrente na exata forma em que foi observada em cada uma das empresas em que foram coletados.

Por meio do que foi analisado nesta sessão, é possível se vincular, como mencionado anteriormente, o documento do anexo 9 à IBG. Para tanto, me utilizo da lista de “invasores” apresentada no ponto 2.3 do anexo 9 e dos anexos 17, 23 e 24. Os anexos 17 e 23 trazem ‘Contas’ com listas de clientes ganhos e perdidos. Assim, tem-se documento com “Conta White Martins”, “Conta Air Liquide”, “Conta AGA” e “Conta Air Products”. Note-se que a única empresa que não apresenta ‘Conta’ é a própria IBG, o que pode apontar para o fato de que essas contas tratam da relação de ganhos e perdas da IBG com cada uma das outras empresas.

Tal possibilidade é confirmada por meio do anexo 24, que contém uma lista de clientes que a IBG ganhou. Verifica-se que esses clientes são os mesmos clientes apresentados nas listas dos anexos 17 e 23. Explico-me melhor: a lista do anexo 24 aponta que a IBG ganhou, dentre outros, os seguintes clientes: Fornac, Açomar, Flexaço, CEI e Ikeda. Todos esses clientes aparecem sob a lista “ganhamos” da “Conta Air Liquide” do anexo 17. Ou seja, fica



demonstrado que, de fato, essas ‘Contas’ referem-se mesmo à IBG, mais precisamente, aos clientes que a IBG ganhou, e perdeu, em relação a cada outra empresa.

Verificado que as listas dos anexos 17 e 23 referem-se a informações relacionadas às perdas e ganhos da IBG, é possível notar que os clientes ‘invadidos’, mencionados no anexo 9, aparecem sob a designação ‘perdemos’ em cada “Conta” do anexo 17. Assim, na “Conta AGA” aparece como ‘perdemos’ os clientes Hospital São Paulo I e II e o Hospital Leão XIII, todos referidos como clientes invadidos no anexo 9; o mesmo acontecendo com o Hospital Julia Kubtschek na “Conta Air Products”. Demonstra-se, assim, que, de fato, esse documento presente no anexo 9 foi elaborado pela IBG.

É interessante notar que esses documentos foram apreendidos em empresas diferentes, os anexos 9, 23 e 24 na Air Liquide (Pilão) e o anexo 17 na Air Products (Cerezine). Observa-se, pois, que diversas empresas detinham documentos muito semelhantes, o que evidencia a troca de informações. Quanto ao anexo 17, é realmente possível que ele tenha sido elaborado enquanto Cerezine ainda era funcionário da IBG, mas tal fato não explica porque ele teria levado esse tipo de documento para o seu novo emprego.

4.3 Divisão de Clientes e Cobertura para Compras

O tópico anterior tratou do emprego da conta corrente para divisão de mercado, entre outros fins. Nesta seção, serão discutidas outras evidências da ocorrência da divisão de clientes. Serão também apresentados indicativos da ocorrência de “cobertura”.

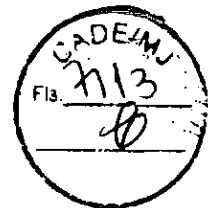
Em termos gerais, a cobertura pode ser entendida como a participação de uma empresa em um processo de compra com o intuito primordial de legitimar e facilitar a contratação pelo cliente de outra empresa cartelizada. É o caso, por exemplo, de uma empresa que oferece um preço elevado em uma licitação pública para criar a impressão de que o preço levemente inferior ofertado por seu concorrente (na verdade, parceiro no cartel) seja vantajoso e legítimo.

Serão abordados nessa seção os seguintes documentos:

- Anexo 33 (fl. 190, volume A1): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Anotações manuscritas.



- Anexo 34 (fl. 122, volume A2): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Anotações manuscritas.
- Anexo 35 (fl. 15, volume A3): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacyr de Almeida Netto. Anotações manuscritas.
- Anexo 36 (fl. 15, volume B1): Documento encontrado na WM, no armário de Carina. Documento intitulado “relatório atividades”.
- Anexo 37 (fl. 115, volume C2): Documento encontrado na AP, na sala de Gilberto Gallo. Edital para licitação do Instituto de Física da Universidade de São Paulo com anotação manual.
- Anexo 38 (fl. 207, volume C2): Documento encontrado na AP, na sala de Gilberto Gallo. E-mail de Irineu Toshio Tanabe a Camila Zuquetto Carvalho e Ronaldo Colepicolo, com cópia para Gilberto Gallo.
- Anexo 39 (fl. 233, volume C2): Documento encontrado na AP, na sala de Gilberto Gallo. Anotação escrita.
- Anexo 40 (fl. 05, volume C3): Documento encontrado na AP, na sala de Gilberto Gallo. Anotações manuscritas.
- Anexo 41 (fl. 63, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Tabela com clientes e comentários.
- Anexo 42 (fl. 109, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Anotações manuscritas.
- Anexo 43 (fl. 119, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Mensagem de “Vitor” a “Renato” acerca de ações da WM.
- Anexo 44 (fls. 178 a 187, volume C6): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Documento intitulado “perdas de faturamento sudeste”.
- Anexo 45 (fl. 71, volume C7): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Anotações manuscritas.
- Anexo 46 (fl. 124, volume C7): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Anotações manuscritas.
- Anexo 47 (fl. 09, volume C8): Documento encontrado na AP, na sala de Vitor de Andrade Perez. Anotações manuscritas.



- Anexo 48 (fl. 127, volume D2): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Anotações manuscritas.
- Anexo 49 (fl. 151, volume D2): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. E-mail de Antonio Lazzari a Walter Pilao com assunto “FW: Hospital Santa Genoveva”.
- Anexo 50 (fl. 152, volume D2): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. E-mail de Antonio Lazzari a Helio Franceschi com cópia a Walter Pilao com assunto “ação WM na FEREZIN (vide cópia das cartas-propostas já enviadas)”
- Anexo 51 (fl. 32, volume D3): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Notícia de resultado de licitação, com anotações manuscritas.
- Anexo 52 (fl. 9, volume D4): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. Documento intitulado “projeto verde”.

Para facilitar a análise dessas provas, indicarei os elementos de interesse dos documentos mais simples na tabela abaixo:

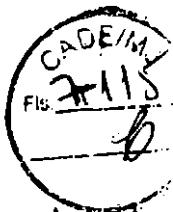
Anexo	Elemento de Interesse
33 (AGA)	Documento manuscrito com referência a “preço cobertura” após a indicação de Alstom, ABB e “MAP Nova”.
35 (AGA)	Menção escrita a “cobertura p/ WM”
37 (AP)	Convite a licitação do tipo “menor preço” para o Instituto de Física da Universidade de São Paulo. No documento foram realizados à mão os comentários “não participamos” e “cliente WM”.
38 (AP)	E-mail com cópia a Gilberto Gallo com o seguinte conteúdo: “a cada 06 meses a Sabesp nos envia esta Licitação, cujo fornecimento é da WM com geradora de O2 e tanque para back-up. Portanto devemos declinar”
39 (AP)	Bilhete escrito à mão com os dizeres “é dos verdes” e “declinar”
40 (AP)	Anotações manuscritas com os seguintes dizeres: 1) “listar todas as revendas para serem bandeiradas”; 2) “listar os divididos a serem acordados em negociação”; 3) “listar os que não vamos fornecer”; 4) “AGA para de fornecer p/ CDA”; 5) “ninguém forneceria p/ CDA”



42 (AP)	Anotações manuscritas com os seguintes dizeres: 1) "Hop Dornelles – fica c/ AP"; 2) "Hospital Pres. Vargas – AP não participará"; 3) "Hospital S. Antonio de Blumenau e Caxias – AGA vai cobrir"
45 (AP)	Anotação manuscrita sobre SF Industrial: "tiramos da WM – nô é nosso"
46 (AP)	Anotações manuscritas indicando porcentagens para WM, AGA e ALB para "liq", "package" e "CO2". Menção a "não entregar produto em cliente do concorrente". Indicação de que estão "faturando p/ os clientes", com menção a preço médio dos clientes, ao invés de faturar diretamente.
47 (AP)	Lista de recados telefônicos. Consta recado de Gallo indicando que "dará cobertura porém está perdendo volume p/ WM pois concorrência é global"
48 (AL)	Documento manuscrito intitulado "propostas IBG". O escrito "Femig MG" é associado por setas às indicações de que "iam disputar" e "Francisco pediu p/ nô entrar". Em outra área do documento, consta o seguinte: "esteve Cerezine devido CPI nos dar cobertura (ALB)"
49 (AL)	E-mail de Antonio Lazzari a Walter Pilao. Anota-se que "a WM entrou neste gás indevidamente". Abaixo do e-mail, consta transscrito e-mail enviado por Colorado Comércio e Distribuição Ltda a Antonio Carlos Lazzari com o assunto "Hospital Santa Genoveva"
51 (AL)	Documento impresso com resultado de licitação da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina. O resultado noticia a anulação da licitação de ofício por ilegalidade. Abaixo desse resultado consta o seguinte comentário manuscrito: "cobrir ALB".

O anexo 34 contém anotação manuscrita com indicação de que "CR atacou clientes WM com cilindros AGA e WM veio para retaliar a AGA". Logo em seguida, consta que "paramos de fornecer a CR mas queremos nossos clientes de volta". Esse documento, encontrado na AGA, evidencia o cuidado da empresa em evitar que seus próprios agentes disputem clientes com a WM. Também denota a expectativa de que a cessação de disputa de clientes da WM deveria ser retribuída com cessação de disputa em clientes da AGA.

O anexo 36 indica que a AGA furou acordo de fornecimento na IC Carnes Minerva. A empresa deveria ter apresentado o preço de 0,33 e entrou a 0,26. Nota-se aqui a



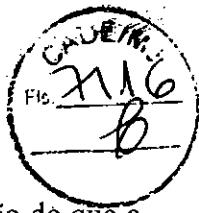
expectativa da WM de que a AGA cumprisse acordo previamente firmado de cobertura. A AGA “furou” esse acordo, disputando o cliente com preço menor que o acertado. No mesmo documento, há a menção a que “estamos cotando Cutrale (Araraquara e Guaruja) – Aga e A.L. devem ser consultadas”. O fato de uma empresa considerar necessário consultar seus concorrentes ao cotar um cliente é mais um indicativo da coesão do cartel. Note-se que esse documento, encontrado na WM durante a segunda busca e apreensão, será usado apenas contra essa empresa. Seu conteúdo não será empregado contra as demais representadas.

O anexo 41 consiste em uma tabela com indicações de vários clientes e observações a respeito. As ocorrências mencionadas indicam como até mesmo um cartel com esse nível de organização enfrenta dificuldades ocasionais de organização e controle de seus membros. No caso da Riocell, registra-se que a WM vendeu diretamente para essa empresa, embora em outra ocasião tivesse instruído a AP a não realizar esse tipo de fornecimento direto.

No caso do cliente NOAR, indica-se a ocorrência de discussões com a WM acerca da necessidade de aumentar os preços do gás Hélio. Ao realizar aumento de preço, não conseguiram mais realizar vendas. Após meses de negativa da WM, foi encontrado caminhão da WM descarregando, à noite, cilindros de hélio. É interessante notar o nível de cautela da WM em realizar essa traição ao cartel. A empresa nega veementemente a ocorrência e busca atender o cliente apenas de forma velada. Há uma clara preocupação em evitar qualquer distúrbio que afete seriamente a estabilidade do conluio.

No que se refere ao cliente CDI, registra-se acerto com “o Bortoleto” que “nós sairíamos da Vita e eles sairiam da CDI”. Para os clientes Tomoclínica, Serdill, Sidi, Petroflex, Metalúrgica Venâncio e outros, reclama-se de ações da WM apesar de garantia por “Bortoleto” de que nada seria feito. O documento também menciona que a WM procurou a AP para reclamar que o baixo preço cobrado por essa empresa servia de “referência negativa” para outro cliente da WM.

Para revendas, há o registro explícito de que “foi feito acordo para aumentar o preço de cilindros no cliente final”. Só essa menção já seria suficiente para embasar uma condenação de cartel. No presente caso, ela constitui apenas uma gota no oceano de provas. O aumento de preço seria operacionalizado por meio da cobrança de um valor pela WM e pelo aumento dos valores cobrados de revendas.



O anexo 43 indica mais conflitos internos no cartel. Há aqui a indicação de que a "WM se comprometeu a não cotar no Curtume Arthur Lange, em troca de não cotarmos na Demuth e na Mensch". Aponta-se que "fizemos a nossa parte", enquanto a WM estaria participando ativamente da concorrência no curtume.

O anexo 44 também menciona problemas com acertos sobre clientes. Menciona-se que "Bortoleto" teria garantido que nada seria feito em relação ao fornecimento de clientes como a Metal Leve, a Dedini e a Qualimagem. Apesar disso, a WM efetuou ação. Indica-se também que a Praxair participou de pregão nos EUA. Apesar de AP ter aberto mão do N2 fornecido por eles, a Praxair teria disputado o LAR, causando prejuízo considerável.

O anexo 44 também apresenta patente insatisfação com ações da WM no fornecimento de gases para ressonância magnética. A princípio, Bortoleto garantiria que a WM não abasteceria os clientes da concorrente. Posteriormente, teria mudado de discurso e argumentado que não deveria ser responsabilizado por ações de colegas e que não possuiria controle sobre a área medicinal. Anota-se ao fim que "ele tinha o direito de pedir cobertura nos clientes públicos hospitalares, mas eu não tinha o direito de obter uma resposta quanto a ação deles na ressonância magnética". Mais à frente no documento (fl. 182) há algumas tentativas de solução, como a saída da AP de Ulbra e a saída da WM dos clientes de MRI (ressonância magnética).

É importante notar que essas traições do cartel pela WM não representaram qualquer vantagem expressiva para os clientes afetados. Ao trair um cartel, uma empresa pode ganhar volume ao oferecer preços ligeiramente menores que seus parceiros no conluio. Embora esses clientes tenham obtido algum ganho em comparação ao preço do cartel, ainda há grande distância em relação ao preço que seria aplicado em um mercado marcado por competição.

O anexo 50 contém e-mail enviado por Antonio Lazzari a Helio Franceschi, com cópia para Walter Pilão. O assunto indicado no e-mail é "ação WM na FEREZIN (vide cópia das cartas-propostas já enviadas)". O documento faz menção a ação da WM na Ferezin em Sertãozinho, Campinas e Goiânia, indicando as perdas da AL em cada um. O documento também indica ações da AL para recuperação. O saldo dessas ações é superior ao dobro do valor indicado como perda da AL. Abaixo, há a menção a que, seguindo a "filosofia de agredidos", a perda foi multiplicada por 2.



Esse documento demonstra, no mínimo, a reduzida expectativa de competição no setor. Ações de uma empresa em um cliente considerado de propriedade da outra são respondidas com severa retaliação. Note-se que a AL não abordou os clientes da WM porque percebeu lucro ou oportunidade. Ela abordou esses clientes porque, em sua “filosofia de agredidos”, qualquer tentativa de disputa pelos clientes da AL deve ser repreendida energicamente. O objetivo claro é desincentivar qualquer tentativa de fuga ao arranjo de divisão de clientes.

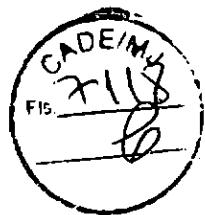
O anexo 52, intitulado “projeto verde”, lista situações para clientes e produtos de interesse. A referência a “esterilizante” é de interesse ao indicar insistência de Verde (cor da WM) na compra de clientes por seu resultado vezes cinco anos. Também relevantes são as menções a Acesita e CST. No caso da Acesita, estabelece-se a divisão de 50% para cada parte, com “fornecimento ALB e produto verde”. Para a CST, nota-se a necessidade de discussão, dado que a proposta verde “tem bastante gordura”.

Os documentos citados reforçam ainda mais a conclusão de que há acerto ilícito entre concorrentes no setor. As referências a alocações de clientes e até mesmo os conflitos decorrentes da “invasão” por outras empresas comprovam mais uma vez a divisão de mercado. No que se refere especificamente a licitações, observa-se também menções a não participação em uma licitação devido à “propriedade” do cliente por outra empresa.

Os documentos ilustram o quão firme era a atribuição de “propriedade” de clientes para cada empresa. Agressões e disputas não compensadas a negócios de uma das representadas constituíam graves infrações à praxe do cartel e, eventualmente, ensejavam severa retaliação pela empresa ofendida.

Há também ampla comprovação da prática de cobertura. Essas evidências vão desde indícios isolados (bilhetes e anotações com menções a “cobrir” determinada empresa) até declarações explícitas da prática [“ele (Campos) tinha o direito de pedir cobertura nos clientes públicos hospitalares”].

Um último ponto que merece destaque nesta seção é o papel destacado de José Bortoleto Campos nas interações do cartel. A quantidade de referências a “Bortoleto” em acertos para o conluio ilustra o protagonismo desse agente na representação da WM. Trata-se de fator considerável a pesar a favor da condenação desse representado e sua empregadora.



4.4 Outras Evidências de Colusão

Nesta seção são indicadas ainda outras evidências documentais da ocorrência de colusão. Os anexos discutidos a seguir, em sua maioria, contêm evidências circunstanciais cujo valor probatório surge apenas como reforço aos sólidos fundamentos elaborados nos tópicos anteriores.

Serão abordados nesta seção os seguintes documentos:

- Anexo 53 (fl. 97, volume A1): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas em inglês.
- Anexo 54 (fl. 168, volume A1): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas.
- Anexo 55 (fls. 186 a 188, volume A1): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas.
- Anexo 56 (fl. 19, volume A2): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas.
- Anexo 57 (fl. 84, volume A2): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas.
- Anexo 58 (fl. 121, volume A2): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas.
- Anexo 59 (fl. 123, volume A2): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas.
- Anexo 60 (fl. 127, volume A7): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas.
- Anexo 61 (fl. 141, volume A7): Documento encontrado na AGA, na sala de Moacir de Almeida. Anotações manuscritas.
- Anexo 62 (fl. 28, volume D3): Documento encontrado na AL, na sala de Walter Pilão. E-mail de Angela Meleiro a Antonio Lazzari encaminhando e-mail anteriormente enviado a Walter pilão com o assunto “IBG”.

O anexo 53 contém algumas anotações associadas às regras do cartel. Anota-se que a AGA irá ajudar a AL a recrutar consumidores e irá apoiar a penalidade por cessação de suprimento. Trata-se de ponto já abordado ao se discutir as regras do cartel e a divisão proporcional de multas por cessação.



O anexo 53 inova ao mencionar que a AP deveria ser parte da conta. Afirma-se que ela é parte das quatro (“part of the four”). A IBG, por outro lado, estaria marcada como fora da conta. Ainda nesse tópico, lê-se que a AGA aceita pagar qualquer quantidade. Lê-se também a menção ao tópico ter sido acordado pelo “grupo de quatro” (“group of 4”). Nota-se desse documento a evolução do cartel. Em um primeiro momento, havia uma demanda de exclusão da IBG do conluio. Apenas posteriormente é que se observaria o ingresso e a ação dessa empresa no cartel.

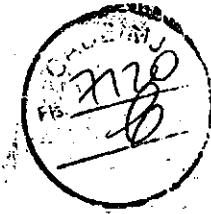
O anexo 54 faz referência a novas vendas, indicando questões como novos clientes, novos volumes em clientes existentes e novos produtos em clientes existentes. Trata-se das preocupações que sustentaram as regras de divisão de oportunidades de negócio mencionadas no item 4.1 acima.

O anexo 55 aprofunda as questões mencionadas no anexo 54, estabelecendo propostas de diretrizes. Há menção a não perder faturamento em clientes existentes e a manter a conta corrente onde existente. Propõe-se a regra “1”: não abaixar preço existente. Enfatiza-se não abaixar preço de ninguém. Estabelece-se a necessidade de compensação em caso de ação. Propõe-se não atravessar fronteiras, o que reforça a impressão de que acordos eram estabelecidos para clientes e locais específicos.

No documento também há referência a Bortoleto, logo antes das referências a “preços de mercado” e “segmento por segmento”. Na página seguinte, consta indicações de valores para Praxair, AGA, AL e AP. Ao fim do anexo, consta referência a não fornecer para a IBG, o que reforça a impressão de que essa empresa não participava do conluio no início do cartel.

O anexo 56 contém comentários sobre WM, AL, IBG e AP. Merece destaque a referência a “sul sem acordo” ao fim do documento. O documento em si não apresenta elemento de prova autônomo relevante. Ao ser lido à luz das demais evidências de ocorrência de cartel, reforça a perspectiva de que a complexidade dos acertos entre as empresas demandava o estabelecimento de acordos específicos para regiões separadas.

O anexo 57 menciona o Hospital Confins, indicando que revendedor AGA furou licitação. A revenda teria entrado com um preço inferior a metade do preço da AL. Nota-se aqui mais uma complexidade do cartel – era necessário monitorar também os revendedores de cada empresa para evitar fugas aos acordos gerais estabelecidos.



O anexo 58 faz referência a contato com Vitor e Gilberto Gallo. Ao fim do documento, menciona que abaixaram o preço para continuar um fornecimento e que desejam aumentar o valor cobrado por metro cúbico. Trata-se de outra evidência circunstancial, cujo valor probatório depende dos demais documentos e apenas reforça elementos já observados.

O anexo 59 indica ação da AP em busca de redução de preço e aumento de volume. Questiona-se essa atitude, comentando-se que se deveria tentar manter o nível de preço no mercado, não o reduzir.

O anexo 60 enfatiza a preocupação de não haver perda de receita por ação de uma outra empresa. Em seguida, menciona valores e percentagens para vermelho, amarelo, azul, verde e branco. O anexo 61 faz referência a conta corrente e indica porcentagens para WM, AL, AP e AGA para Distrito Norte.

O anexo 62 contém solicitação para que se realize ação sobre cliente IBG como resposta a tentativa da IBG de invadir cliente de outra empresa. Evidencia-se mais uma vez a atribuição de propriedade de clientes e a realização de retaliações sobre outros agentes como forma de desencorajar preços mais baixos e disputas por agentes.

Como mencionado anteriormente, os anexos deste item 4.4, em sua maioria, não trazem mais do que indícios de prática colusiva. Estes documentos foram abordados apenas para ilustrar alguns dos outros fundamentos de suspeita de existência de cartel. Eles não possuem valor autônomo para uma decisão do CADE. Por esse motivo, assevera-se que as conclusões finais acerca do teor dos documentos apreendidos devem ser extraídas primordialmente dos itens 4.1 a 4.3 deste voto.

4.5 Condições e Comportamento de Mercado

A análise de condições de mercado é uma diligência de alguma utilidade no início de uma investigação de cartel, uma vez que permite identificar indícios da prática. Essa análise também é relevante quando não haja evidências diretas de colusão, servindo em tal ocasião como substituto precário da prova de contatos ilícitos.

No presente caso, há mais de sessenta documentos demonstrando de forma explícita a realização de contatos ilícitos entre as representadas. Por isso, é com alguma surpresa que noto a ocorrência de argumentos das defesas no sentido de que as condições e o



comportamento do mercado demonstrariam inexistir o acordo ao qual se referem os documentos mencionados nos itens anteriores.

Como prova de suas alegações, as Representadas articularam, como testemunhas, uma série de representantes de empresas e hospitais que adquiriram gases industriais e medicinais na tentativa de demonstrar a competitividade e idoneidade das empresas envolvidas.⁵⁸

Diversos depoimentos, como os do Sr. Carlos Kazume Oyama⁵⁹, do Sr. Naor Brisola⁶⁰, do Sr. Antonio Carlos Coral⁶¹, do Sr. Victorio Roberto Menegotto⁶² e do Sr. José Roberto Camargo⁶³, apontam para o desconhecimento, por parte desses senhores, de qualquer conduta concertada por parte das empresas de gases medicinais e industriais. Tais ‘desconhecimentos’ não são surpreendentes. Como já se disse anteriormente neste voto, o sigilo é característica intrínseca ao cartel. As empresas buscam dar a seus acertos uma certa aparência de competitividade no mercado, de forma a não se chamar a atenção de clientes e, sobretudo, das autoridades antitruste⁶⁴. Não é de se surpreender, pois, com o desconhecimento dos clientes das Representadas de que seus fornecedores participavam de um ilícito. Nada obstante, os próprios hospitais ou empresas onde trabalham as testemunhas podem ter sido fornecidos em um período

⁵⁸ Destaco que, conforme a sentença prolatada denegando a segurança no processo nº 2005.34.00.031231-0, Mandado de Segurança impetrado por Franceschi e Pilão objetivando a nulidade da intimação do despacho que deferiu as oitivas das testemunhas e designando local e hora para a realização de cada oitiva, as primeiras oitivas foram consideradas válidas (no que se inclui o testemunho dado pelo Delegado Sérgio Guarda). Neste voto faço referência às oitivas presentes nos volumes públicos, que se referem à segunda oitiva das testemunhas, apenas no que se assemelham aos testemunhos apresentados na primeira oitiva.

⁵⁹ “Ao ser questionado se o hospital Albert Einstein se sente de alguma forma cativo de qualquer dos fornecedores, em especial da White Martins, respondeu que não; Ao ser questionado se o hospital Albert Einstein já foi vítima de abuso, impropriedade, deslealdade ou conduta ilegal por parte da White Martins respondeu que não [...] Ao ser questionado se já teve notícia ou experiência de conluio fraudando as tomadas de preço em geral e em especial por parte da White Martins com vistas a falsear o procedimento respondeu que não e que não aceitaria nenhuma das empresas como fornecedoras se tivesse conhecimento [...]” (fl. 2222)

⁶⁰ “[...] além disso acredita que todas as empresas fornecedoras de gases são idôneas.” (fl. 2237)

⁶¹ “Ao ser questionado sobre se em algum momento teve notícia de acordo entre concorrentes para fixar clientes, ou se sentiu fraudado nesses termos respondeu que não, senão nenhuma das duas [AGA e WM] seria suas fornecedoras.” (fl. 2131)

⁶² “Ao ser questionado sobre se já ouviu ou se tem conhecimento sobre a existência de acordo entre concorrentes no mercado de gases, respondeu que não tem conhecimento.” (fl. 2217)

⁶³ “Ao ser questionado sobre se sabe da existência de acordo entre as empresas de gases medicinais, respondeu que não tem notícia, nem percebeu isso.” (fl. 2254)

⁶⁴ Ver, como exemplo, o comentário, feito no Anexo 9: “Deveria ser estudado também ao invés da interrupção do fornecimento reajustar os preços dos mesmos a um nível que não consigam colocar o produto no mercado, isto evitaria o pagamento da multa e possível ação no CADE.” [Anexo Confidencial – Documentos apreendidos na Air Liquid – Walter Pilão – Documento 2, fl. 05]



anterior ao cartel, ou, por outro lado, uma possível concorrência poderia ser resultado de uma característica inerente aos cartéis: a instabilidade. No mais, relembrando os elementos probatórios discutidos nas seções anteriores, observa-se que não há nenhuma dúvida sobre a atuação concertada das Representadas.

Outros depoimentos buscaram demonstrar a competitividade no mercado apresentando informações quanto a reduções dos preços dos gases. As testemunhas Denir do Nascimento e Américo Antoninho buscaram demonstrar que a IBG praticava preços bem inferiores ao das demais concorrentes, o que explicitaria que essa empresa não faria parte de um cartel⁶⁵. Os testemunhos afirmam que a troca pela IBG se deu por volta do ano de 1993. Considerando que a IBG foi criada em 1992, dificilmente ela já estaria fazendo parte de um cartel neste período; no mais, estamos considerando que a sua entrada no cartel tenha se dado em momento posterior. A ação ‘agressiva’ da IBG, o que teria gerado a perda de clientes às demais empresas, justificaria o posterior ‘convite’ e aceitação, por parte dela, para ingressar no cartel.

Esses dois testemunhos, por sinal, permitem conclusão contrária à pretendida pelas representadas. Os dois depoimentos afirmam que, antes da entrada da IBG, todas as concorrentes ofereciam preços semelhantes, preços estes que eram muito mais elevados que os que, posteriormente, vieram a ser oferecidos pela IBG. O interessante é que, assim que a IBG ofereceu o preço reduzido, as concorrentes⁶⁶ vieram a oferecer proposta com valor também reduzido, semelhantes aos da IBG. Ora, se houvesse uma situação de concorrência, as empresas, antes mesmo da entrada da IBG, poderiam ter disputado o cliente, fazendo com que o preço fosse reduzido o máximo possível, chegando-se a um preço competitivo. Não foi o que se verificou, segundo este depoimento. As empresas aparentemente mantiveram os seus preços muito acima do preço competitivo, somente o reduzindo quando da chegada de uma nova concorrente.

⁶⁵ Denir do Nascimento: “Ao ser questionado sobre que empresa que fornecia gases medicinais a seu hospital antes da IBG, respondeu que na época era a empresa Oxigênio do Brasil, hoje conhecida como Air Liquide; Ao ser questionado sobre como se deu a troca de fornecedor de gases medicinais, respondeu que foi por fatores essencialmente comerciais já que o fornecimento com a Oxigênio do Brasil custava de US\$5,00 a US\$8,00 por metro cúbico e o fornecimento da IBG custava-lhe, em média, US\$2,00” (fl. 2147)

Américo Antoninho Barbui: “Ao ser questionado sobre por que decidiu trocar de fornecedor a partir de 1992/1993, respondeu que a IBG ofereceu preço em torno de 40% do valor oferecido pelas demais fornecedoras [...]” (fl. 2278)

⁶⁶ Os depoimentos destacam que essas concorrentes seriam a AL, AGA e WM. (Apartado confidencial dos depoimentos – fl. 2148 e 2278.)



Outras alegações de suposta redução de preços, como o alegado pela Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebel⁶⁷, devem ser vistas com cautela. Tratam-se de situações isoladas, que podem ter se dado por diferentes motivos; ao se perceber, porém, o quadro geral, a situação foi a de aumento de preços ao longo dos anos.⁶⁸

O Sr. Rudiberto Gustavo Ludke, revendedor autorizado de produtos AP, em seu depoimento alega que recebia instruções de agredir o mercado⁶⁹. Contudo, ao se analisar as provas, percebe-se que a AP possuía em seu poder (1) regras para definir como eventuais clientes seriam disputados e (2) documentos demonstrando acertos para compensação de clientes invadidos ou concorridos.

Concluindo, com base nos demais elementos probatórios contidos nos autos, verifica-se que os depoimentos perdem grande parte de seu valor.

O segundo tipo de prova apresentada pelas representadas foi a opinião de especialistas na forma de pareceres econômicos⁷⁰. Estas manifestações teriam o propósito de demonstrar, de uma forma geral, que o mercado de gases industriais não apresentaria elementos que propiciariam um conluio, que o comportamento das empresas estaria em desacordo com qualquer racionalidade cartelizante, ou que, por cálculos econômicos, se demonstraria comportamento competitivo em licitações.

Os pareceres, de forma geral, buscaram demonstrar a inexistência de condições favoráveis à cartelização no mercado de gases industriais e medicinais. Pareceres referentes à atuação da AP buscaram apontar que essa empresa: apresentou indicações de ter adotado estratégias competitivas objetivando ampliar sua participação no mercado; induziria mais competitividade nos mercados em que atua do que suas concorrentes; a análise feita de alguns mercados não indicaria indícios de comportamento colusivo por parte dessa empresa; a AP seria uma firma “maverick”, contribuindo para disciplinar condutas e desconcentrar estruturas de mercado. Em parecer referente à participação da AL, sustentou-se que a participação dessa

⁶⁷ Fl. 2197/2198.

⁶⁸ Ver anexo C. Informações apresentadas no parecer da SDE com a evolução dos preços para cada gás segundo cada forma de distribuição (on site, a granel e em cilindros). Tabela confidencial, à qual é feita referência nos autos públicos nas fls. 3263 a 3265.

⁶⁹ Apartado confidencial dos depoimentos – fl. 2205.

⁷⁰ Gallo, Cerezine e Perez – fl. 4746; AP – fl. 5116; WM – fl. 6245; AL – “apartado confidencial 2º Volume Vista apenas para a empresa Air Liquide Brasil Ltda.”



empresa em um cartel seria irracional, vez que o lucro obtido com o acordado não seria superior ao lucro em caso de desvio do estabelecido pelo cartel. A WM, por fim, trouxe parecer buscando demonstrar, a partir da análise de licitações ocorridas no Estado de São Paulo entre os anos de 1997 e de 2004, a ausência de práticas de preços fora de um padrão competitivo. Não teria sido encontrada nenhuma evidência, ainda segundo tal parecer, de dano efetivo ao mercado.

Alegações fulcradas em projeções de cenários econômicos possíveis e embasadas em estudos econométricos derivados a partir de um fato predefinido têm força reduzida quando confrontadas com as evidências dos autos. Há evidências diretas de conluio. Há regras regulando as interações do cartel. Há acertos explícitos para clientes. Há até mesmo contas correntes nas sedes de cada empresa para a apuração e divisão de ganhos do acordo ilícito. E, em face de toda essa miríade de provas, surgem pareceres afirmando que o mercado não tem condições de suportar um cartel e que não há evidências de comportamento colusivo.

Não há nenhuma interpretação verossímil que autorize admitir tais argumentos em face do acervo probatório dos autos. Empresas e executivos não passam anos escrevendo, armazenando e trocando entre si documentos comprovando uma prática ilícita que não executam. Não é possível conceber que várias empresas se reunissem para definir regras de um cartel apenas por esporte. Não se admite a idéia de que menções documentadas e explícitas a divisões de mercados e clientes sejam apenas atos de dissimulação que não tinham pretensão de serem executados.

Tais alegações não só são infundadas, mas, *data venia*, absurdas.

Se um economista tivesse, uma década atrás, previsto a inexistência de cartel neste setor, as provas colhidas nos autos seriam suficientes para levantar sérias dúvidas acerca da proficiência desse profissional. Este economista tentaria então se retratar, afirmando que o nível de segredo e a discrição empregada na condução do cartel limitaram a sua análise. A conclusão, contudo, seria a de que o economista não se mostrou disposto ou capaz de identificar o cartel no setor.

No caso em tela, os pareceristas contratados já iniciaram o seu trabalho na posse de evidências concretas de colusão. E, ainda assim, tentaram ignorar essas evidências para afirmar que, na verdade, não existiram os contatos que foram documentados nos autos. E, com base nessa dissociação da realidade, tentaram apoiar a conclusão inexplicável que não existiria cartel no setor.



Uma das representadas tentou até mesmo demandar o encaminhamento do caso ao Departamento de Estudos Econômicos – DEE do CADE. A idéia carece de fundamento. O DEE tem a função de assessorar o Conselho em questões econômicas de grande complexidade. Não há nenhuma questão de tal natureza nos autos. Há apenas a tentativa das representadas de distrair o CADE com alegações que contradizem diretamente os documentos encontrados em posse das próprias empresas e pessoas investigadas.

Este caso demonstrou que os pareceres econômicos apresentados podem ser de pouquíssima valia para o CADE. Seja por ausência de disposição ou ausência de habilidade de seus autores, os pareceres simplesmente não trouxeram ao Conselho elementos relevantes ou confiáveis.

Enfatizo que a análise econômica é essencial à atividade do CADE e que há bons profissionais no Brasil. Contudo, é preciso registrar ocorrências como a presente para que novos pareceres sejam adequadamente avaliados à luz da experiência do CADE.

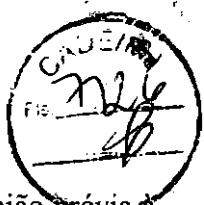
Ante o exposto, solicito que sejam enviadas cópias de todos os pareceres econômicos juntados aos autos ao Departamento de Estudos Econômicos – DEE do CADE, à Secretaria de Direito Econômico e à Secretaria de Acompanhamento Econômico. Peço especialmente ao DEE que dê início ao registro de pareceres apresentados em outros casos de modo que o CADE possa ter uma base mais firme para avaliar possíveis novas opiniões de especialistas.

4.6 Preliminares

As preliminares já foram discutidas e decididas. No intuito de reforçar as conclusões anteriormente alcançadas, demonstro nesta seção que os depoimentos solicitados pelas representadas não aduzem qualquer vantagem à defesa.

Com base nos depoimentos das testemunhas arroladas pelas Representadas, sobretudo das que participaram, em algum momento, de algum ato do processo, pode-se retirar informações que ratificam a rejeição das preliminares, feitas em momento anterior neste voto.

Quanto à preliminar de impossibilidade de participação de funcionários da SDE nas diligências de busca e apreensão, podemos, a partir do depoimento do Delegado Sérgio Guarda, inferir que não houve irregularidade alguma na participação de tais funcionários, vez que autorizado pelo Juiz. Neste sentido:



Ao ser questionado sobre se esteve presente a alguma reunião prévia à operação de busca e apreensão, respondeu que sim, no ministério Público. Ao ser questionado sobre se participaram dessa reunião de técnicos da SDE, respondeu que sim, **inclusive a seu pedido, com a autorização judicial, tendo muita valia sua contribuição já que a matéria é muito técnica.** Ao ser questionado sobre se requereu ao Juízo a participação dos técnicos da SDE na operação, reiterou que sim, **inclusive a seu pedido.** Ao ser questionado sobre qual teria sido a atribuição dos técnicos da SDE nas operações, respondeu que, segundo entendimento tido com o Dr. Marcos Zilli, juiz do caso, o papel dos técnicos da SDE seria consultivo tendo em vista a especialidade da Secretaria e a possibilidade de identificar documentos pertinentes à investigação.⁷¹

Depreende-se do depoimento que não há irregularidade alguma quanto à participação da SDE nas referidas diligências, que foram autorizadas por ordem judicial, a pedido seu, devido ao conhecimento que tais funcionários teriam sobre a matéria que se investigava. Inclusive, pelo depoimento da funcionária da SDE, Patrícia Agra Araújo, percebe-se que a participação da SDE em operações de busca e apreensão seria uma atividade comum.⁷² Como bem destacou o depoimento do Delegado, a participação dos técnicos foi requisitada por ele. Não há, pois, que se falar em ingerência da SDE no processo penal ou que a SDE foi a motivadora ou a determinante do pedido de busca e apreensão.

Quanto à preliminar de que a interceptação telefônica não poderia ser deferida com base em informações de denúncias anônimas (apesar de, como referido anteriormente, ter havido outros elementos que fundamentavam tal requisição), uma série de depoimentos corroboram sua rejeição. Primeiramente, como bem salientou a funcionária da SDE Alessandra Viana Reis, funcionária esta que recebeu a denúncia por telefone, o recebimento de denúncias anônimas por telefone seria comum, e que, normalmente, não se procura identificar o denunciante.⁷³ O depoimento do Sr. Guilherme Favaro Ribas, que era o Coordenador Geral da análise de infrações nos setores de agricultura e indústria, mostra que se tomava o cuidado de investigar a verossimilhança das denúncias anônimas.

Ao ser questionado sobre a forma como a SDE averiguava a verossimilhança das eventuais denúncias ou informações a ela

⁷¹ Fl. 2314/2315

⁷² Fl. 2158.

⁷³ Fl. 2168.



prestadas respondeu que as denúncias anônimas era [sic] profundamente investigadas e na CGAI, à época em que era coordenado [sic] geral, de modo a averiguar se a denúncia tinha cabimento dentro da estrutura de mercado em que a prática supostamente ocorria; quando a fonte, se era anônima, não tinham instrumentos para buscar a sua identidade.⁷⁴

Como se pode perceber, havia o cuidado de se assegurar que o mercado denunciado apresentava características favoráveis à prática de condutas ilícitas. Não há, pois, que se falar que não houve outras medidas investigativas para se assegurar a veracidade da denúncia⁷⁵.

A rejeição da preliminar da violação ao princípio do promotor natural também recebe respaldo nos depoimentos prestados. Arthur Pinto de Lemos Júnior, promotor de Justiça que participou da diligência de busca e apreensão na WM, afirmou que um promotor pode agir de ofício ao ter conhecimento de um fato criminoso.

Ao ser questionado sobre como é feita a distribuição de casos e representações de órgãos administrativos entre as várias promotórias de justiça, respondeu que existem várias formas de se iniciar uma persecução criminal. Pode o promotor de justiça ser designado pelo Procurador geral, ou pode a investigação, inclusive, ser instaurada de ofício pelo próprio promotor que toma conhecimento de um fato criminoso. O procurador-geral de Justiça tem designado o Promotor Marcelo Mendroni para cuidar de casos de cartéis, dada a especialidade do crime e do promotor de Justiça referido, sendo essa uma tendência não só Ministério Público de São Paulo, mas também do Ministério Público em geral.⁷⁶ (grifei)

O promotor de Justiça Gabriel César Zaccaria de Inellas, por sua vez, ao ser questionado de como seria a distribuição dos casos dentro de grupos especiais no Ministério Público de São Paulo, respondeu que, em alguns grupos, como o GAECO, cada promotor cuidava da representação que recebia⁷⁷. A atuação de um promotor, a partir de representação recebida por ele na área de sua especialidade, como ocorreu no presente caso, não mostraria nenhuma novidade ou irregularidade.

⁷⁴ Fl. 2243

⁷⁵ Os demais elementos que apontavam para a possibilidade de que, de fato, houvesse um cartel no mercado de gases já foram abordado quando da análise dessa preliminar

⁷⁶ Fl. 2267.

⁷⁷ Fl. 2289.



O Sr. Guilherme Favaro Ribas também reforça o exposto quanto da rejeição dessa preliminar, reforçando que a SDE não tem poderes para nomear promotor e de que, no máximo, faz sugestões a medidas a serem tomadas:

Ao ser questionado se teria partido da testemunha a indicação do nome do Dr. Mendroni para receber o ofício respondeu **que a SDE não tem ingerência sobre o Ministério Público ou o DIPO e que o Dr. Mendroni era apenas o ponto de contato da SDE no Ministério Público.**⁷⁸ (Grifei)

O Promotor Marcelo Mendroni, que recebeu a nota técnica da SDE, assim considerou os fatos ocorridos:

Ao ser questionado sobre se recebeu ofício da SDE no dia 22 de dezembro de 2003, sobre a possível prática de ilícito administrativo envolvendo cartel nas indústrias de gases medicinais e industriais, respondeu que recebeu ofício nesse sentido não podendo afirmar em que data. Ao ser questionado sobre se teve contato prévio com algum dos dirigentes da SDE relativo ao objeto do ofício, respondeu que foi informado do ofício, não se lembra se antes ou após o seu envio, frisando **que é óbvio que quem decidiu pelas diligências foi ele próprio, na medida em que goza de independência no desempenho de sua atividade.** Respondeu não se lembrar, mas que talvez possa ter havido alguma **sugestão** por parte da SDE. [...] Ao ser questionado sobre porque não aguardou a formalização de sua designação como promotor para o caso, respondeu que **há casos em que o promotor deve agir em benefício do resguardo e obtenção da prova criminal. Casos de urgência.** Em razão da urgência da coleta das evidências, portanto, agiu com a **finalidade de resguardar a obtenção da prova criminal**, afirmado não se lembrar se o fez antes ou após sua formal designação.⁷⁹ (Grifei)

Do exposto, verifica-se que o promotor agiu de ofício, sobretudo pelo caráter de urgência do feito, com a finalidade de resguardar a prova; e que o pedido das interceptações telefônicas foram feitas por ele dentro de sua independência de atuação, sendo que a SDE apenas sugeriu a realização de tal ato. Não têm razão as Representadas ao alegarem violação ao princípio do promotor natural.

Nota-se, assim, que os depoimentos realizados não apresentam qualquer vantagem à defesa das representadas.

⁷⁸ Fl. 2244.

⁷⁹ Fl. 2259.



5. Caracterização do Ilícito

A análise das provas levou à conclusão de que efetivamente ocorreram contatos entre competidores com o intuito e o efeito de suprimir a concorrência e dividir mercados. O acordo se sustentava no poder de mercado detido conjuntamente pelas representadas e buscava regular as relações das empresas em todos os negócios de gases em que atuavam. Tem-se assim configurada a ocorrência de infração punível prevista no art. 20, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94.

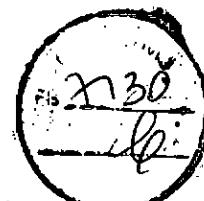
Foi argumentado em favor da defesa que a prática não teria resultado em prejuízo e, conseqüentemente, não seria punível. O argumento é insustentável.

Em primeiro lugar, destaco que a função primordial do CADE é proteger a concorrência como mecanismo de orientação da atividade econômica. Quando competidores entram em contato para minimizar o nível de disputa entre si, já há aí um prejuízo à sociedade. Nesta situação, a atividade econômica passa a ser orientada não pelas demandas do cliente, e sim pelas demandas dos parceiros no acordo espúrio.

Um fundamento básico do sistema capitalista é a confiança no setor privado para a produção de bens e serviços. E essa confiança sustenta-se, basicamente, na idéia de que qualquer tentativa de abuso por parte de um empresário implicaria perda de clientes e negócios para seu competidor. Quando empresários se unem para combinar preços e condições de mercado, tem-se a perda do mecanismo básico que assegura a eficácia do nosso sistema econômico.

Nestas linhas, concluo que a realização de contatos com o intuito de arrefecer ou afastar a competição no mercado já aduz, em si, um prejuízo à concorrência punível nos termos da lei. Uma vez provada a existência de tais contatos ilícitos, não há como se alegar ausência de efeitos danosos.

A prática obviamente pode resultar em outros prejuízos ao particular e à coletividade, uma vez que um dos objetivos do cartel é a cobrança de preços maiores. Tem-se, assim, uma transferência de riqueza dos compradores e da sociedade em geral para os integrantes do conluio.



Para sanar esse enriquecimento ilícito às custas de terceiros, os interessados podem demandar ao Poder Judiciário que condene os representados a repararem os prejuízos criados. Tal demanda pode ser suscitada tanto a título individual, por ação promovida por particular, como a título coletivo, por ação civil pública nos termos do artigo 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/85. Nessa ocasião, será pertinente avaliar o nível de prejuízo e o valor de compensação monetária decorrentes da transferência ilícita de valor para o cartel.

Tem-se, assim, que o nível do dano imposto pelo cartel é uma questão para discussão entre as pessoas diretamente envolvidas, não se tratando de matéria de interesse primário do CADE. A preocupação mantida por este Conselho é de ordem sistêmica: proteger a concorrência como um fator de orientação e funcionamento do mercado.

Em segundo lugar, noto que o art. 20 da Lei nº 8.884/94 não requer qualquer comprovação de dano para a configuração e condenação de uma infração à ordem econômica. Pelo contrário: a Lei é explícita no sentido de que basta que os atos investigados “possam” produzir efeitos ilícitos. A Lei vai até mesmo ao ponto de afirmar que tais atos constituem infração à ordem econômica “ainda que não sejam alcançados” os efeitos indicados.

Tem-se, assim, que o ordenamento jurídico não demanda a percepção concreta de efeitos. Para fins de caracterização da prática, basta o potencial de que os efeitos ilícitos ocorram, desde que tal potencial seja crível.

Nesta linha, tem-se que o próprio comportamento das representadas conspira contra a tese de que a prática não teria efeitos concretos ou potenciais. Este processo contempla executivos e funcionários de empresas de grande porte, algumas delas de âmbito mundial. É certo que tais empresas e pessoas físicas possuem suficiente conhecimento de seu mercado para decidir se uma estratégia de cartel poderia ter efeitos. Se tais representados tomam a iniciativa de realizar contatos com o intuito de minimizar a concorrência, e persistem nesses esforços, tem-se a conclusão de que, na própria opinião real dessas pessoas, a prática é plenamente eficaz e capaz de produzir efeitos.

Outra tese suscitada nos autos refere-se à ponderação entre os efeitos positivos e negativos da prática. Em outras palavras, trata-se de verificar se as eficiências decorrentes da conduta compensam os seus efeitos negativos.



Argumentar que uma prática de cartel teria efeitos positivos já é uma tentativa bastante ousada. Alegações extraordinárias exigem comprovação extraordinária. A tese exige uma fundamentação ampla e um arsenal vastíssimo de provas.

No caso, não há nenhuma dessas duas condições. Não há sequer uma teoria de como o contato entre competidores para divisão de mercado e definição de preços poderia beneficiar a concorrência. Nem mesmo em termos abstratos foi possível aos representados conceber uma interpretação dos fatos que autorizasse a alegação de que a prática é benéfica à sociedade. Uma tal alegação, frente aos fatos e documentos dos autos, seria não só temerária como pírrica.

Mantendo assim a caracterização da conduta descrita.

5.1 Individualização de Condutas

Passo agora a especificar de forma individualizada as condutas perpetradas por cada um dos investigados.

A **White Martins Gases Industriais LTDA.** (“WM”) realizou contatos com os seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. A empresa participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. A representada também aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica da WM na conduta é evidenciada nos documentos obtidos em sua sede, com destaque aos anexos 12,13 e 36 e em referências à participação dessa empresa e de seus funcionários contidas em documentos obtidos nas sedes das outras representadas, cabendo destaque aos anexos 3, 33, 35 (apreendidos na sede da AGA), 8, 19, 31, 41, 43 e 44 (documentos apreendidos na sede da AP na sala de Vitor Peres), 22, 27, 29 e 52 (apreendidos na sede da AL). Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que essa representada: 1) conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, como indicado pela menção a seu então funcionário Cerezine em versão das regras de 1998; 2) empregava o mecanismo de conta corrente como instrumento de monitoramento de mercado e realização de acertos entre participantes do cartel; 3) realizou acertos para divisão de



mercados e clientes, com destaque aos clientes Clínica 3 Rios; São Miguel; MBP, Basf e Sta. Casa Itú, Villares, Morlan, Universidade de São Paulo, IC Carnes Minerva, entre outros.

A Air Liquide Brasil Ltda. (“AL”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. A empresa participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. A representada também aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica da AL na conduta é evidenciada nos documentos obtidos em sua sede, com destaque aos anexos 9, 23, 26, 27, 28, 29, 48 e 52 e em referências à participação dessa empresa e de seus funcionários contidas em documentos obtidos nas sedes das outras representadas, cabendo destaque aos anexos 3, 4, 33 (apreendidos na sede da AGA/Linde) e 7 (apreendido na sede da AP na sala de Cerezine). Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que essa representada: 1) conhecia, consentiu e participou da elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, possuindo em seu poder versão dessas regras; 2) empregava o mecanismo de conta corrente como instrumento de monitoramento de mercado e realização de acertos entre participantes do cartel; 3) realizou acertos para divisão de mercados e clientes, com destaque aos clientes Fornac, Açomar, Flexaçõ, Cei, Ikeda, Londrina (N2O), CTI – Penha, Alcoa, Prensas Jundiaí, HC – Curitiba, Cerpo, Danstell, Metal Teman e Pref. Rio de Janeiro, HC Curitiba, Hospital Plantadores de Cana, Concórdia, Gassoldas Revendedor, Aços Pinhais Oxicorte, Oxitec PR, Fundição Gonzales, Oxifer, Ox Fer, Delphi, entre outros.

A Air Products Brasil Ltda. (“AP”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. A empresa participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. A representada também aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica da AP na conduta é evidenciada nos documentos obtidos em sua sede, com destaque aos anexos 08, 19, 31, 38, 41 e 43 e em referências à participação dessa empresa e de seus funcionários contidas em documentos obtidos nas sedes das outras representadas, cabendo destaque aos anexos 12 (apreendido na sede da WM), 26 e 28



(apreendidos na sede da AL). Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que essa representada: 1) conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, possuindo em seu poder versão dessas regras; 2) empregava o mecanismo de conta corrente como instrumento de monitoramento de mercado e realização de acertos entre participantes do cartel; 3) realizou acertos para divisão de mercados e clientes, com destaque aos clientes Usina Itaiquara, HC Curitiba, Hospital Plantadores de Cana, Concórdia, Gassoldas Revendedor, Aços Pinhais Oxicorte, Oxitec PR, Fundição Gonzales, Oxifer, Ox Fer, Delphi, Clínica 3 Rios; São Miguel; MBP, Basf e Sta. Casa Itú, Villares, Morlan e Sabesp, entre outros.

A Linde Gases Ltda. (“Linde”), sucessora da AGA S/A (“AGA”), realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. A empresa participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. A representada também aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica da AGA na conduta é evidenciada nos documentos obtidos em sua sede, com destaque aos anexos 1, 2, 3, 4, 30 e 33, e em referências à participação dessa empresa e de seus funcionários contidas em documentos obtidos nas sedes das demais representadas, cabendo destaque ao anexo 8 (apreendido na sede da AP). Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que essa representada: 1) conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, possuindo em seu poder diversas versões dessas regras; 2) empregava o mecanismo de conta corrente como instrumento de monitoramento de mercado e realização de acertos entre participantes do cartel; 3) realizou acertos para divisão de mercados e clientes, com destaque aos clientes IC Carnes Minerva, Universidade de São Paulo, Hop Dornelles, Hospital Pres. Vargas, Hospital S. Antonio de Blumenau, entre outros.

A Indústria Brasileira de Gases (“IBG”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. A empresa participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. A representada também aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.



A participação específica da IBG na conduta é evidenciada nas referências à participação dessa empresa e de seus funcionários contidas em documentos obtidos nas sedes das demais representadas, cabendo destaque aos anexos 09 (apreendido na sede da AL, na sala de Pilão) e 07 (apreendido na sede da AP na sala de Cerezine). Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que essa representada: 1) conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel; 2) empregava o mecanismo de conta corrente como instrumento de monitoramento de mercado e realização de acertos entre participantes do cartel.

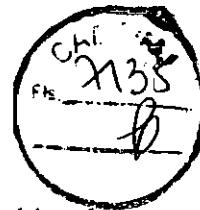
Moacyr de Almeida Netto (“Netto”) realizou contatos com os seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. Participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. Aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica de Netto na conduta é evidenciada nos documentos encontrados em sua própria sala de trabalho, com destaque para os anexos 3,4 e 34 . Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que esse representado: 1) conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, possuindo em seu poder diversas versões dessas regras; 2) realizou acertos para divisão de mercados e clientes, com destaque ao cliente Universidade de São Paulo.

Newton de Oliveira (“Oliveira”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. Participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas, bem como o uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica de Oliveira na conduta é evidenciada no anexo 9 (apreendido na sede da AL, na sala de Pilão), no qual se nota que esse representado conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, tendo enviado seus comentários acerca das regras a Walter Pilão.

José Antônio Bortoleto de Campos (“Campos”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. Participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. Aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de



compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica de Campos na conduta é evidenciada nos documentos encontrados em sua própria sala de trabalho, com destaque ao anexo 12, e em referências à sua participação contidas em documentos obtidos nas sedes da AP, da AGA e da AL, cabendo destaque aos anexos 41 e 44 (ambos apreendidos na AP, na sala de Peres). Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que esse representado: 1) empregava o mecanismo de conta corrente como instrumento de monitoramento de mercado e realização de acertos entre participantes do cartel; 2) realizou acertos para divisão de mercados e clientes, com destaque aos clientes Vita, Tomoclinica e Qualimagem, entre outros.

Walter Pilão (“Pilão”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. Participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. Aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica de Pilão na conduta é evidenciada nos documentos encontrados em sua própria sala de trabalho, com destaque aos anexos 9, 22, 25, 26 e 29. Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que esse representado: 1) conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, possuindo em seu poder versão dessas regras; 2) empregava o mecanismo de conta corrente como instrumento de monitoramento de mercado e realização de acertos entre participantes do cartel.

Carlos Alberto Cerezine (“Cerezine”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. Participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. Aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica de Cerezine na conduta é evidenciada nos documentos encontrados em sua própria sala de trabalho, com destaque ao anexo 07, e em referências à sua participação contidas em documentos obtidos em outros lugares, cabendo destaque ao anexo 8 (apreendido na sede da AP na sala de Peres). Do acervo probatório contido nos autos, nota-se



que esse representado conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, possuindo em seu poder versão dessas regras.

Gilberto Gallo (“Gallo”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. Participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. Aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica de Gallo na conduta é evidenciada nos documentos encontrados em sua própria sala de trabalho, com destaque aos anexos 37, 38, 39 e 40. Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que esse representado realizou acertos para divisão de mercados e clientes, com destaque aos clientes Sabesp, CDA e Universidade de São Paulo.

Vitor de Andrade Perez (“Perez”) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. Participou de acertos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. Aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica de Perez na conduta é evidenciada nos documentos encontrados em sua própria sala de trabalho, com destaque aos anexos 08, 42 e 44. Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que esse representado: 1) conhecia, consentiu e participou na elaboração de acertos para fixação de regras para o cartel, possuindo em seu poder versão dessas regras; 2) realizou acertos para divisão de mercados e clientes, com destaque aos clientes Hosp. Dornelles, Hospital Pres. Vargas e Hospital S. Antonio de Blumenau, SF Industrial, Vita, entre outros.

No momento, não há evidências firmes da participação específica de **Hélio de Franceschi Júnior (“Franceschi”)** no cartel. Note-se que a absolvição por falta de provas contra este representado não obsta a retomada da investigação pela SDE, caso novos elementos sejam colhidos contra Franceschi.

6. Penalidades

6.1 Critérios para Definição da Multa



O art. 27 da Lei nº 8.884/94 indica os seguintes critérios para a definição de penalidades por infração à ordem econômica:

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência

A gravidade da infração é máxima. Trata-se aqui de cartel, o pior ato ilícito possível do ponto de vista do sistema de defesa da concorrência. Qualquer infração que envolva contato entre concorrentes para a supressão da competição em um mercado receberá necessariamente tratamento rígido na aplicação do inciso I do art. 27.

A boa-fé do infrator é inexistente. Qualquer pessoa, por menor que seja seu nível de acesso a educação e cultura, comprehende o caráter condenável associado à reunião de concorrentes em prejuízo de seus clientes. Já em princípio, dificilmente seria possível arguir qualquer tipo de boa-fé do infrator em caso de cartel.

No caso em tela, a inexistência de boa-fé é ainda mais evidente. Tem-se aqui empresas de grande porte dotadas de funcionários capazes. Esses agentes sabem que a prática de cartel constitui uma infração administrativa e um crime. A consciência da ilicitude é ainda mais evidente na leitura dos próprios documentos: como visto no Anexo 9, os envolvidos discutiam formas de disfarçar a prática para evitar a atenção das autoridades de defesa da concorrência. Não há nenhum resquício de boa-fé nas ações desses representados.

A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator é talvez o elemento que mais salta aos olhos neste caso. Como indicado pelos documentos, a prática foi mantida por vários anos. Nesse âmbito, faço destaque para o Anexo 8, que demonstra que o cartel já operava com base em regras complexas e estruturadas desde 1998. Pode-se apenas especular o número de



anos que o cartel já operava antes de chegar às regras do Anexo 8. A vantagem pretendida é ainda mais grave, uma vez que era clara a pretensão de continuar a prática indefinidamente. O período de ocorrência do cartel sugere rigidez na aplicação do critério do inciso III.

A infração foi integralmente consumada. Houve contatos entre concorrentes e divisões explícitas de clientes. Havia até mesmo um mecanismo de conta corrente para averiguar o nível de adimplemento de cada um dos envolvidos com as obrigações do cartel e para assegurar divisão dos ganhos provenientes da conduta ilícita.

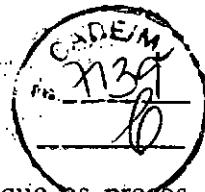
O grau de lesão “à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros” e os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado são colossais. As representadas dominam integralmente o mercado, não havendo nenhum agente de porte para contestar as suas ações. O prejuízo à concorrência é, assim, pleno.

A lesão à economia nacional também é muito alta. Os produtos fornecidos pelas representadas constituem matéria prima de diversos setores. Tratando-se de cartel em vigor desde antes de 1998, é evidente o prejuízo que as ações das representadas geraram à indústria no país. É como se as empresas que dependessem dessas matérias primas tivessem sido obrigadas, por anos, a pagar um “pedágio” a mais apenas para beneficiar as representadas.

Merece destaque o dano à saúde pública. Os gases vendidos por estas empresas são utilizados em tratamentos médicos. As representadas conspiraram para assegurar preços elevados para produtos essenciais à saúde no país. Com isso, não só aumentaram os custos e o sofrimento percebidos por pacientes e hospitais, como também distorceram a capacidade de atendimento do sistema de saúde, apropriando-se de recursos que poderiam ser empregados no tratamento de pacientes. Pode-se apenas especular a quantidade de sofrimento humano resultante das ações das representadas.

É difícil mensurar o nível de prejuízo causado por um cartel específico. Contudo, experiências passadas demonstram o tamanho do dano gerado. Em um estudo que abordou centenas de análises de aumentos de preço em decorrência de cartéis, Connor⁸⁰ concluiu que o aumento mediano de preços chega a 25%, sendo que o aumento médio identificado alcança o patamar de 49%. O autor também ressalta que o aumento de preço percebido em cartéis

⁸⁰ CONNOR, John M. “Price-Fixing Overcharges: Legal And Economic Evidence”. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787924. Último acesso em 28 de agosto de 2010.



ocorridos fora dos Estados Unidos tende a ser ainda maior. A percepção de que os preços subiram em cerca de 25% em razão do cartel facilita a compreensão do quanto o acerto entre as representadas prejudicou consumidores, empresários e a sociedade como um todo. Ao se lembrar que, em diversos casos, estes valores a mais eram cobrados sobre produtos essenciais à preservação da vida humana ajuda a colocar a ação das representadas na perspectiva adequada.

Tem-se assim que os incisos V e VI também demandam gravidade na definição da penalidade.

O inciso VII também não beneficia as representadas. O grupo Air Liquide faturou em 2009 quase doze bilhões de euros, dos quais mais de um bilhão e duzentos milhões constituíram lucro líquido⁸¹. No mesmo período, o grupo Air Products vendeu mais de oito bilhões de dólares, apresentando lucro líquido de mais de seiscentos milhões de dólares⁸². Em 2009, o grupo Linde, controlador da AGA, vendeu mais de onze bilhões de euros e lucrou, após impostos, 653 milhões de euros⁸³. Finalmente, a Praxair relatou vendas de quase nove bilhões de dólares e lucros de mais de um bilhão e duzentos milhões de dólares no período de 2009⁸⁴. Tem-se, assim, que quatro das representadas constituem empresas amparadas por grupos de grande porte e de finanças saudáveis, não havendo motivo para leniência na definição de suas penalidades.

Não há informações atualizadas sobre a situação financeira da IBG e das pessoas físicas representadas. Por este motivo, o inciso VII será aplicado com maior cautela para esses representados.

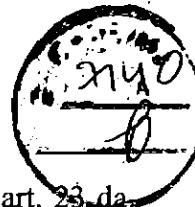
Finalmente, tem-se que o inciso VIII, reincidência, é aplicável somente à WM. Esta empresa foi condenada por infração à ordem econômica apurada no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.022579/1997-05. A decisão final de condenação foi proferida em 26 de junho de 2002, cerca de um ano e meio antes da instauração deste processo.

⁸¹ Dado disponível em http://www.airliquide.com/file/otherelement/pj/resultats_annuels_2009_eng33605.pdf. Último acesso em 20/07/2010

⁸² Dado disponível em <http://www.airproducts.com/invest/ar2009/highlights.asp>. Último acesso em 20/07/2010

⁸³ Dado disponível em http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindecom.nsf/docbyalias/nav_financialdata. Último acesso em 20/07/2010

⁸⁴ Dado disponível em [http://www.praxair.com/praxair.nsf/0/56DC0D0CB8E23CB885256CE30069FBC6/\\$file/Praxair2009AnnualReport.pdf](http://www.praxair.com/praxair.nsf/0/56DC0D0CB8E23CB885256CE30069FBC6/$file/Praxair2009AnnualReport.pdf). Último acesso em 20/07/2010



O critério do inciso VIII é atendido nos termos do parágrafo único do art. 23 da Lei nº 8.884/94. Desta forma, de acordo com o mandamento legal, será aplicada em dobro a penalidade cabível à WM.

A Secretaria de Direito Econômico recomendou que a ausência de cooperação das representadas fosse ponderada no momento de apuração da multa cabível. A sugestão não é explicitamente vedada pela lei, que não estabelece uma lista exaustiva de critérios. É a praxe do CADE tem sido favorecer empresas que colaboram com o andamento do processo e com a restauração da concorrência no setor. Não é por outro motivo que diversos acordos têm sido celebrados para o grande benefício de investigados e da concorrência no Brasil.

O caso atual contém vários exemplos de conduta questionável por parte de representados e seus procuradores. O CADE não pode aceitar comportamentos de nítido caráter protelatório, como os visualizados em diversos momentos neste processo. Este comportamento protelatório realizado por alguns dos representados foi apontado na sentença proferida no processo nº 2005.34.00.031231-0, Mandado de Segurança impetrado por Pilão e Franceschi objetivando a nulidade das intimações do despacho que deferiu as oitivas das testemunhas arroladas pelas representadas e que designou local, data e hora para a realização de cada oitiva. Nas palavras da Juíza Federal Cristiane Pederzolli Rentzsch, da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, na sentença em que denegou a ordem: “**Não pode o Poder Judiciário amparar condutas tendentes a procrastinar o processo administrativo no âmbito da SDE**, declarando a nulidade de atos que atingiram sua finalidade, em nome de formalismos excessivos.”(Grifei).⁸⁵

Tem-se assim que “cooperação” não poderia jamais ser suscitada como item a favorecer os representados. Por outro lado, não parece necessário adotar esse critério como fator negativo na aferição da multa. Já há suficientes elementos a versar contra as representadas, dispensando assim análise mais aprofundada desse novo elemento no cálculo.

Um último fator a ser ponderado nesta seção é a penalidade aplicável à IBG. A IBG deve ser apenada em percentual substancialmente inferior àquele imposto aos demais representados. Há dois motivos para tal tratamento diferenciado. O primeiro é o menor nível de participação da empresa no conluio. Como percebido no anexo 2, as representadas

⁸⁵ Fl. 2874.



expressamente excluíam a IBG do acordo. E isto ocorria em um momento em que já eram estabelecidas as complexas regras do cartel, denotando assim que o conluio havia amadurecido sem a participação da IBG.

O segundo motivo para tratamento diferenciado da IBG é o fato de ter denunciado a ocorrência de cartel. Em 1995, o presidente da IBG, Newton de Oliveira, representou junto à SDE em face de White Martins, AGA S/A e Oxigênio do Brasil S/A. Essa representação deu origem ao processo administrativo nº 08000.002541/95-18. Esse processo foi um dos fundamentos que sustentou a suspeita da SDE de ocorrência de cartel no setor⁸⁶ e, consequentemente, foi instrumental para a própria existência do caso em tela. É evidentemente reprovável a participação posterior de IBG e Oliveira no cartel. Contudo, o fato de a ação anterior desses representados ter auxiliado a própria instauração do presente processo deve ser visto como elemento a seu favor.

6.2 Percentual de Multa

Defino como o parâmetro básico de multa o percentual de 25% do faturamento das pessoas jurídicas representadas.

O tópico anterior demonstrou que a conduta das representadas merece alto nível de reprovação segundo todos os critérios previstos na Lei. Por outro lado, há o interesse do CADE em efetuar progressão gradual das penalidades impostas por cartéis. O Conselho vem tendendo a aumentar os percentuais exigidos, passando de 1%⁸⁷ a 20%⁸⁸ e, recentemente, 22,5%⁸⁹. Embora o caso em tela possua potencial para uma condenação no limite legal, o aumento gradual das condenações parece constituir procedimento mais condizente com a evolução recente da cultura de defesa da concorrência no país.

A WM, por ser reincidente em infrações à ordem econômica, será apenada com o dobro do percentual aplicável às demais representadas. Define-se, assim, o patamar de 50% para essa empresa.

⁸⁶ Fl. 09 dos autos

⁸⁷ PA 08000.015337/94-48. Cartel do aço.

⁸⁸ PA 08012.001826/2003-10. Cartel dos vigilantes. 15% foi a multa-base imposta. As empresas que exerceram liderança no conluio foi imposta pena de 20%.

⁸⁹ PA 08012.000283/2006-66. Cartel de extração de areia. 22,5% foi a multa máxima aplicada. As demais multas variaram de 17,5 a 20%.



A AGA, a AP e a AL serão apenadas no percentual indicado de 25%.

Defino o percentual de 10% como a penalidade aplicável à IBG, tendo em vista os fatores atenuantes indicados previamente.

Para Campos, então diretor da WM, e Oliveira, diretor da IBG, atribuo multa equivalente a 10% da menor multa aplicável à WM e à IBG, respectivamente. Embora o nível de culpabilidade dessas pessoas demande percentual muito mais alto que este, o fato é que as multas impostas às empresas envolvidas atingem valores elevados para pessoas físicas.

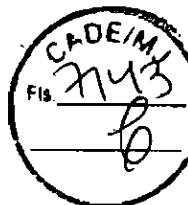
Para as demais pessoas físicas, serão utilizados os parâmetros do inciso III do art. 23 da Lei 8.884/94⁹⁰. A multa a ser aplicada aos referidos representados será determinada dentro de um parâmetro de proporcionalidade em relação à multa aplicada às empresas. Para se assegurar proporcionalidade entre as multas atribuídas a cada pessoa física, faz-se necessário ponderar a multa atribuída às empresas às quais cada representado estava vinculado. Esta é uma orientação geral da lei de concorrência, que nos incisos I e II do art. 23 atrela o valor da multa ao faturamento e à multa cabível a cada empresa envolvida. Neste âmbito, adotar-se-á o valor da multa aplicada a Campos, empregado da empresa punida com a maior multa. Cada outra pessoa física será apenada com multa proporcional àquela paga por sua empresa empregadora em comparação com a pagadora da maior multa. Assim, por exemplo, supondo que a empresa "A" tenha sido condenada a multa equivalente a cinco vezes a multa atribuída à empresa "B", os funcionários da empresa "B" irão pagar apenas o equivalente a um quinto da multa atribuída aos empregados da empresa "A". Note-se que esse cálculo já leva em conta o alto grau de culpabilidade de todos os envolvidos, como indicado na seção 6.2 deste voto.

6.3 Base de Cálculo

O art. 23, inciso I, da Lei nº 8.884/94 define como base de cálculo para aferição de multa o "faturamento bruto no seu último exercício, excluído de impostos, a qual nunca será

⁹⁰ "Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.



inferior à vantagem auferida, quando quantificável". O art. 11 da Lei nº 9021/95⁹¹ prevê ainda que deverá ser considerado o faturamento da empresa no "exercício anterior ao da instauração do processo administrativo" e que essa base de cálculo deve ser corrigida segundo os "critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso"⁹².

Um primeiro ponto a ser abordado no caso é a alegação de que a base de cálculo seria o faturamento da empresa em um mercado relevante definido pelo CADE. A assertiva é inaceitável. A Lei nº 8.884/94 é claríssima quanto à base de cálculo aplicável. A defesa deseja que o CADE viole a lei para beneficiá-los.

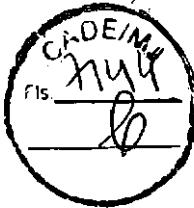
A praxe do CADE é seguir à risca o mandamento legal, como se tem notado em julgados recentes⁹³. Em situações excepcionais, porém, este Conselho tem cogitado a adoção de base de cálculo diferenciada. O presente caso não configura qualquer situação excepcional. Pelo contrário. Como indicado ao longo do voto, as representadas fixaram acordos com efeitos para todos os mercados em que atuavam. Lembre-se do mandamento básico do cartel, previsto no anexo 4: respeito absoluto a atuais posições em clientes privados e públicos para todos os negócios. Não faz o menor sentido excluir o faturamento de outros produtos da base de cálculo quando as próprias investigadas faziam questão de incluí-los no cartel.

É importante reforçar aqui a função da definição de mercado relevante para a análise antitruste. O objetivo é, essencialmente, aferir o nível de poder de mercado detido pela empresa investigada. Este poder pode ser empregado em prejuízo do mercado relevante definido ou, eventualmente, de outros mercados. Em casos de práticas verticais, por exemplo, o efeito decorrente da prática comumente ocorre em setor diverso daquele em que a empresa investigada detém poder. Assim, não há relação entre a definição de mercado para fins de análise de poder e o nível de lesão gerado pelos envolvidos no cartel. Por este motivo, o faturamento bruto da empresa constitui um elemento muito mais eficaz para a definição da penalidade que mercados propostos pelas investigadas.

⁹¹ Art. 11. Para os fins previstos no art. 23 da Lei nº 8.884, de 1994, será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa.

⁹² Este critério de correção é atendido por meio do emprego da taxa SELIC, como já discutido e decidido pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66

⁹³ A título de exemplo, cita-se: Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66, Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51



Um outro motivo para o emprego do faturamento como base de cálculo é a confiabilidade desse dado. Dados sobre faturamento em mercados relevantes dependem de considerável colaboração das partes e sujeitam-se a inúmeras possibilidades de distorção. Eventualmente, uma empresa pode sequer possuir os meios contábeis para comprovação precisa do faturamento em um mercado nos termos definidos pelo CADE. No presente caso, a ausência de confiabilidade dos dados é particularmente acentuada no caso de uma das representadas. Enquanto as outras empresas apresentaram informações detalhadas sobre o faturamento por produtos, essa representada apresentou uma apenas uma laudá. Enquanto os defensores de quase todas as outras empresas declararam que, até onde alcançava o seu conhecimento, as informações prestadas eram verdadeiras, o patrono dessa representada afirmou que não se sentia confortável em assinar tal declaração. Essas circunstâncias ilustram o tipo de dificuldade que levou o legislador a adotar o critério de faturamento bruto total para definição da penalidade. A faixa de multa aplicável (1% a 30%) leva em consideração exatamente essa base de cálculo total.

Finalmente, note-se que o ordenamento constitucional brasileiro demanda dos agentes públicos obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Estamos tratando aqui de empresas e indivíduos que, durante vários anos, celebraram práticas que lesionaram a indústria nacional e a saúde pública no território brasileiro como um todo. Distorcer o comando legal do art. 23, inciso I, para beneficiar tais agentes seria integralmente incompatível com o dever do CADE de fixar uma multa proporcional à gravidade do delito. A sanção deve se adequar ao ilícito.

Superada essa questão, passa a outra discussão de interesse ao caso. A WM alegou que a base de cálculo deveria compreender apenas o faturamento da White Martins Gases Ltda., que, por ser a pessoa jurídica investigada nos autos, seria a única sociedade do grupo passível de responder por penalidades porventura aplicáveis.

O argumento da WM talvez pudesse ter alguma sustentação se a sociedade White Martins Gases Ltda. fosse a única empresa do grupo a atuar no setor de gases no Brasil. Contudo, ao se comparar o faturamento indicado por produto da White Martins Gases Ltda. e o do seu grupo, nota-se que o grupo atuava no setor por meio de outras sociedades, apresentando faturamento em todos os gases citados. O ganho proveniente da redução de concorrência promovida pelo cartel refletiu também nessas outras sociedades, não se justificando a exclusão delas da responsabilidade de reparar os danos causados.



O fato de a pessoa jurídica White Martins Gases Ltda. ser a sociedade representada no processo constitui apenas um fato processual. Citar cada uma das pessoas jurídicas controladas pelo grupo para se defender formalmente nos autos seria inócuo. A White Martins Gases Ltda fala em nome de seu grupo, que é o responsável último por arcar com multas resultantes de infração contra a ordem econômica.

Se o argumento da WM fosse aceito, ter-se-ia uma brecha na lei que criaria quase uma imunidade a cartéis. Se um grupo de porte isolasse todos os funcionários responsáveis pela administração do conluio em uma pessoa jurídica específica, esse grupo evitaria que todo o restante de seu faturamento fosse atingido por penalidades. Trata-se de um expediente plenamente incompatível com a lógica de responsabilização dos envolvidos e beneficiários da prática.

Outro ponto de interesse é a previsão do art. 23, inciso I, no sentido de excluir impostos do faturamento. Foram apresentados valores associados a tributos de natureza diversa de impostos, tais como COFINS. Essas exclusões não são admitidas pela lei, que restringe o abatimento à modalidade tributária “imposto”. Para os fins deste processo, serão excluídos apenas os impostos indicados pelas representadas.

O anexo D contém as bases de cálculo pertinentes para cada uma das representadas, atualizadas pelo critério legal de correção de tributos federais pagos em atraso⁹⁴. Foram juntadas, aos volumes de faturamento de cada uma das representadas, versões específicas dos valores pertinentes a cada empresa.

6.4 Cálculo Atualizado e Corrigido

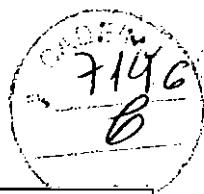
A tabela abaixo indica os valores de multa aplicados a cada uma das representadas. Os valores devem ser atualizados até a data de efetivo pagamento da multa por cada uma das representadas⁹⁵.

Representada	Multa
IBG	R\$ 8.464.063,31

⁹⁴ Taxa SELIC, cuja pertinência à hipótese já foi exposta no âmbito do PA nº 08012.000283/2006-66

⁹⁵ Atualização pela taxa SELIC entre 01 de janeiro de 2004 e 27 de agosto de 2010. Cálculo realizado por meio do serviço “Calculadora do Cidadão”, disponível no site do Banco Central do Brasil (www.bacen.gov.br, último acesso em 28 de agosto de 2010)





AP	R\$ 226.094.021,74
AL	R\$ 249.257.134,59
AGA/LINDE	R\$ 237.687.956,72
WM	R\$ 2.218.699.838,45
OLIVEIRA	R\$ 84.640,63
PEREZ	R\$ 452.188,04
CEREZINE	R\$ 452.188,04
GALLO	R\$ 452.188,04
PILÃO	R\$ 498.514,27
NETTO	R\$ 475.375,91
CAMPOS	R\$ 4.437.399,68

Os valores podem parecer inatingíveis para o cidadão comum, mas certamente não o são para as empresas representadas. Como notado anteriormente, com exceção da IBG, todas as representadas são controladas por grupos internacionais de grande porte. As multas ora aplicadas não alcançam metade do lucro líquido da AL, da AP ou da Linde em 2009. Apenas no caso da WM a multa excedeu levemente o lucro percebido pelo grupo no ano anterior. E, ainda nesse caso, a multa só excedeu o lucro devido ao fato de a WM ser reincidente, ou seja, ter prosseguido em práticas ilegais mesmo após ter sido condenada pelo CADE.

6.5 Recomendação de não Concessão de Benefícios Fiscais

Considero cabível, ainda, a aplicação do art. 24, inciso IV, alínea b⁹⁶, da Lei nº 8.884/94. As representadas já se apropriaram de considerável parcela da riqueza nacional ao atuar em conluio em prejuízo da concorrência. Beneficiá-las com vantagens do ponto de vista

⁹⁶ Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...)

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: (...)

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;



fiscal, como já ocorreu no passado⁹⁷, seria plenamente incompatível com a ilicitude de sua conduta.

A recomendação, nos termos da lei, não é vinculativa. As autoridades tributárias estão livres para, querendo, ignorar essa sugestão.

Por este motivo, voto pela remessa de cópia desta decisão e desta recomendação à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Secretaria de Fazenda de cada um dos Estados da Federação e do Distrito Federal.

7. Diligências Complementares

7.1 Compras entre Concorrentes

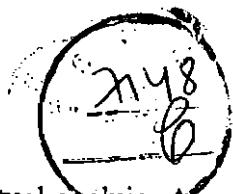
Um ponto freqüentemente suscitado pelas representadas é a existência de vendas de gases entre empresas. Afirmou-se que eram efetuados contatos constantes para a realização de tais vendas. Alegou-se que essas ocorrências eram demandadas por dificuldades momentâneas de fornecimento. Chegou-se a afirmar que tais contatos seriam vantajosos para a concorrência, ao permitir a presença de empresas em áreas onde não possuem atividades produtivas.

Vejo com preocupação esses contatos. O recurso aos produtos de um concorrente pode ser uma opção necessária em casos extremos de dificuldade de fornecimento. Quando essa alternativa torna-se um procedimento cotidiano, há um evidente risco à competição.

A primeira manifestação desse risco é de ordem estrutural. Quando uma empresa “A” vende, a seus clientes, gases comprados da empresa “B”, a empresa “A” não está oferecendo qualquer competição à empresa “B”. Pelo contrário: ao intermediar a passagem do produto da empresa “B” ao cliente final, a empresa “A” está sendo parcialmente recompensada pela ausência de disputa pelo fornecimento inicial do produto. Há um incentivo aqui à colusão: uma empresa entrante ganha um incentivo a não investir em capacidade produtiva na área. Divide-se o ganho e minimizam-se os custos, tudo em prejuízo do poder de escolha do cliente final. Essa dinâmica é particularmente acentuada nos casos em que uma das empresas envolvidas sequer possui atividade produtiva na área.

⁹⁷ O grupo Praxair, em seu relatório anual de 2009 (disponível em praxair.com, último acesso em 28/08/2010), relata benefício líquido de sete milhões de dólares com o programa Refis no Brasil.





A segunda manifestação do risco reflete-se na organização de eventual conluio. A realização de contatos para compras de gases entre as representadas apresenta inúmeras oportunidades de fortalecimento dos laços entre os implementadores do cartel. A comercialização de gases pode ser até mesmo usada como moeda de troca para acertos ilícitos.

Não há elementos nos autos para se firmar uma posição conclusiva sobre os riscos apresentados pelos negócios de compra de gases entre as representadas. Por esse motivo, não irei expandir o tópico por ora. Determino, então, a remessa desta decisão à SDE para avaliar eventual intervenção.

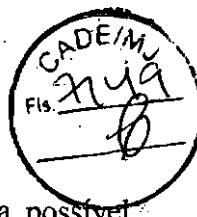
7.2 Ação Penal

A Ação Penal 0004517-95.2009.403.6181 (2009.61.81.004517-9), atualmente em trâmite na Terceira Vara Criminal Federal da Primeira Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, versa sobre os exatos mesmos fatos que foram objeto da análise deste voto. Tendo em vista o dever da Administração Pública de servir à Justiça, entendo necessário que o CADE colabore com o trâmite daquela ação no que for cabível e demandado pelo Poder Judiciário.

Determino o envio desta decisão à Excelentíssima Juíza Federal Letícia Dea Banks Ferreira Lopes, responsável pela Ação Penal mencionada. Esta decisão contém o resultado final da análise dos entes estatais brasileiros especializados na investigação e análise de cartéis.

Têm-se aqui executivos e funcionários de grandes empresas que aproveitaram-se de suas habilidades e posições para engendrar práticas que resultaram em perda patrimonial e do bem-estar de milhares de pessoas ao longo do país. Dentre os ofendidos, merecem destaque os pacientes de hospitais, aos quais eram cobrados altos preços pelos gases necessários ao tratamento de enfermos.

Os réus possuíam plena consciência da ilicitude de suas ações e abusaram do poder inherentemente à sua posição de mercado. Atuavam em busca de motivo ilegítimo: aumentar ainda mais os lucros que obtinham com as operações normais de suas empresas. E seus atos eram efetuados de forma clandestina, tolhendo qualquer possibilidade de reação. A dissimulação das ações da empresa foi, inclusive, provada nos depoimentos prestados neste processo administrativo: mesmo após a descoberta de uma miríade de provas da existência do cartel, ainda assim as representadas lograram trazer clientes para depor em seu favor.



Um último ponto que merece destaque é a alegação de que não seria possível acusar os réus do delito de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal). Foi argumentado nestes autos que a prática de cartel já supõe a pluralidade de agentes, constituindo bis in idem a condenação pelo crime de quadrilha.

Questões penais não constituem especialidade ou função deste Conselho. Contudo, no intuito de servir ao Poder Judiciário, parece importante apresentar a perspectiva do CADE acerca da premissa básica desse argumento.

O cartel admite forma de tentativa. É o caso de um indivíduo que sugere a realização de conluio, que é rejeitada pelo interlocutor. O fato é ilícito e punível. E, nesta circunstância, houve apenas um agente infrator: não se nota qualquer necessidade de pluralidade de agentes.

Mesmo quando consumado, o cartel prescinde da participação de mais de três pessoas. No limite, é possível que até mesmo duas pessoas empreendam a prática. Suponha-se que existam apenas duas fornecedoras de um determinado bem em uma localidade. Se os donos dessas duas empresas estabelecem um cartel e orientam suas atividades de acordo, há uma infração plenamente punível. E, novamente, foi completamente desnecessária a participação de mais pessoas.

É possível ilustrar essa dinâmica no próprio setor de gases. Se os presidentes da WM, da AL e da AGA tivessem decidido conjuntamente desenvolver um cartel, já haveria ilícito punível. A eficácia do conluio seria contida pela dificuldade de coordenação interna de cada firma se somente seu presidente estivesse a par do conluio. O cartel também seria menos eficaz devido à existência de outros concorrentes não cartelizados. Contudo, já haveria ilícita supressão de concorrência, capaz de unificar as ações de empresas e limitar a pressão competitiva que beneficiaria a sociedade.

É evidente que o cartel funcionaria melhor com a participação de mais agentes. E, na opinião deste Relator, é exatamente esta a lógica da persecução do delito de quadrilha ou bando: evitar o ganho de eficiência no crime ao punir a participação de mais pessoas. Para se tentar roubar um grande banco, não é necessária a existência de mais de um assaltante. Porém, a probabilidade de sucesso do assalto é significativamente majorada com a associação de mais de três envolvidos. Da mesma forma, a empreitada criminosa de cartel não depende



necessariamente de mais de três pessoas. Porém, a eficácia do delito é aprimorada com o ingresso de novos comparsas.

Conclui-se então que a prática de cartel não envolve necessariamente pluralidade de agentes e certamente não demanda a presença obrigatória de mais de três pessoas.

7.3 Ação Privada e Ação Civil Pública

Como argumentado anteriormente neste voto, a sanção imposta pelo CADE dedica-se essencialmente a abordar o dano causado à concorrência como instrumento orientador da atividade econômica no Brasil. A multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. A indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis.

A via de maior destaque é a ação civil pública. Nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/85, cabe ação civil pública em face de “infração da ordem econômica e da economia popular”. Esta ação constitui um elemento essencial para a política geral de defesa da concorrência. Por este motivo, voto pelo encaminhamento desta decisão ao ilustre representante do MPF junto ao CADE para, julgando pertinente, estruturar a ação do Ministério Público nesta seara.

Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdições estrangeiras. Nos Estados Unidos, onde a lei estabelece que os prejudicados por um cartel tem direito a um valor equivalente a três vezes a indenização ordinariamente cabível⁹⁸, a litigância privada já se transformou em peça chave da política de defesa da concorrência no país. Trata-se de mais um desestímulo à infração da lei.

No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser resarcidos pelos danos causados.

Tendo em vista a necessidade de estimular e promover o ajuizamento de ações privadas pelas vítimas do cartel, entendo necessário divulgar essa possibilidade junto aos potenciais interessados. Por este motivo, determino o envio desta decisão às seguintes

⁹⁸ 15 U.S.C.A. § 15



organizações: 1) Conselho Federal de Medicina; 2) Confederação Nacional da Indústria; 3) Associação Nacional de Hospitais Privados; 4) Federação Brasileira de Hospitais; 5) Ministério da Saúde; 6) Ministério das Cidades; 7) Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Espera-se que esses agentes possuam maior capacidade de identificar e comunicar possíveis interessados.

Um último ponto de destaque nesta seção refere-se à disponibilização de elementos probatórios para ações de indenização. Este voto contém apenas a interpretação do CADE acerca das provas. Os documentos em si, assim como as degravações eletrônicas, não podem ser fornecidas ao público pelo CADE, que se comprometeu a preservar o sigilo desses elementos. A ausência de acesso aos documentos e às degravações evidentemente prejudica a capacidade das vítimas de demandar indenização cabível.

Por este motivo, recomenda-se ao Poder Judiciário a publicação dos documentos e degravações obtidas no início da instrução penal. Passaram-se mais de seis anos da obtenção inicial desses elementos. Eles não possuem mais valor empresarial de relevo, não havendo prejuízo em sua divulgação. Nota-se também que esses materiais já foram visualizados pelos principais concorrentes de cada empresa, o que reforça a perspectiva de que eles não possuem mais valor para as representadas.

Além disso, não se notou qualquer caráter pessoal nos documentos obtidos. Não haveria, assim, qualquer dano à intimidade na divulgação de tais documentos. Finalmente, nota-se que, caso haja objeção à divulgação integral dos documentos, pode-se, alternativamente, disponibilizar apenas os elementos indicados neste voto, cujo foco e conteúdo é ligado essencialmente à prática ilícita. Não há qualquer nota de intimidade nesses elementos.

7.4 Continuidade da Prática e Outros Investigados

O alto nível de organização deste cartel sugere a possibilidade de que o conluio tenha sido mantido ou reiniciado mesmo após a instauração deste processo. Se este for efetivamente o caso, é possível se falar em ocorrência de outra infração à ordem econômica.

Nesta hipótese, nota-se que estaria novamente disponível o instrumento do acordo de leniência. A pessoa ou empresa que trouxer provas da ocorrência de cartel após 2004 poderá ser isentada de qualquer penalidade e, no caso das ora condenadas, obter redução da pena já

2152
FIS.

imposta neste processo (“leniência plus”). Obviamente, apenas o primeiro interessado a trazer tais provas será agraciado com o benefício.

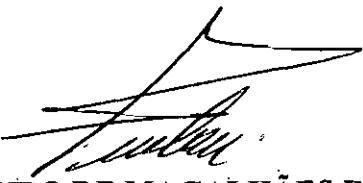
Um último ponto digno de menção é a possível participação de outros agentes na prática. Em diversas ocasiões na análise deste processo foi possível vislumbrar o conhecimento e eventualmente o envolvimento no cartel por outros funcionários das empresas. Entendo pertinente, portanto, que a SDE verifique a possibilidade de iniciar procedimentos de apuração da responsabilidade de outros envolvidos. Nessa linha, noto que a apresentação de provas contra outros participantes do cartel constitui um elemento de interesse para eventuais acordos com o CADE.

8. Conclusão

Voto pela condenação de todos os representados às penalidades definidas neste voto, a serem cumpridas no prazo de 30 (trinta) dias da publicação deste acórdão. Voto ainda pela realização imediata das demais diligências indicadas.

É o voto.

Brasília, 01 de setembro de 2010.


FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

Conselheiro-Relator