



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 08012.009888/2003-70

REPRESENTANTE: SDE "EX OFFÍCIO"

REPRESENTADOS: AGA S/A E OUTROS

RELATOR: CONSELHEIRO FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

PARECER N.º 370/2010 - GAB/AARAS/CADE

Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE/MJ
PROTÓTIPO - 08700 -01-Set-2010-10:22:004556-1-ND

EMENTA: *Processo Administrativo. Cartel no mercado de gases. Litude das provas obtidas por empréstimo. Observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Caracterização de conduta ilícita à ordem econômica. Parecer pela condenação das partes representadas.*

CADE/MJ
08700.004556/2010-70

Trata-se de Processo Administrativo instaurado para apurar a ocorrência de cartel no mercado de gases industriais e medicinais, decorrente de supostas condutas colusivas em licitações públicas e concorrências privadas no mercado brasileiro.

Os Representados apresentaram defesas formulando diversas alegações, já detalhadamente mencionadas nos autos, sintetizadas na argüição de ilicitude da prova e inobservância dos princípios do contraditório e do devido processo legal, e, quanto ao mérito, na inexistência de ilícito à ordem econômica, porque as relações travadas entre as empresas seriam legais, teriam observado a concorrência e não haveria racionalidade na prática do cartel.

11

O Secretário de Direito Econômico aprovou a Nota Técnica de fls. 1060/1116 e afastou as preliminares.

Após a instrução probatória e produção de prova testemunhal, inclusive realizada por força de recursos e de decisões judiciais, os Representados apresentaram alegações finais.

A SDE, em sua nota técnica, concluiu que os Representados praticaram conduta caracterizada como infração à ordem econômica, razão pela qual os autos foram encaminhados ao CADE, tendo corroborado sua Procuradoria a manifestação da SDE.

Eis, em síntese, o relatório.

Inicialmente, como já registrado em manifestação anterior, destaca-se que o Ministério Público Federal, por intermédio do signatário, realizou inúmeras audiências públicas com as partes e seus advogados, viabilizando o esclarecimento das questões de fato e de direito, principalmente com a apresentação de pareceres jurídicos e econômicos, de renomados profissionais.

O MPF pugnou, ainda, pela degravação da interceptação telefônica, a fim de completar a instrução probatória.

Apesar de a autuação da SDE ter ensejado controvérsia quanto à legitimidade dos atos praticados no cumprimento das suas funções, para apurar e punir a ocorrência de infração à ordem econômica, colocando em xeque a estrita observância dos direitos e garantias individuais em alguns momentos, não se vislumbra nos autos a ocorrência de excesso ou ilegalidade capaz de macular a validade do presente processo administrativo, sem prejuízo da devida apuração de eventual ocorrência de quebra de sigilo ou de ilicitude e punição dos responsáveis, caso surjam fatos novos.

Apesar de as alegações dos representados estarem embasadas em interpretações plausíveis e fundamentadas em pareceres jurídicos e econômicos substanciosos, a análise conjunta de todas as questões envolvidas e a profunda reflexão sobre o tema, aliada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além do fato de que a defesa se baseia na consideração isolada de direitos fundamentais que não são absolutos, permitiram ao Ministério Público Federal concluir pela licitude da prova e pela ocorrência de infração da ordem econômica, pelos fundamentos que passa a expor.

Primeiramente, convém lembrar que a esfera de responsabilidade pelas infrações à ordem econômica é independente da criminal, razão pela qual as questões invocadas pelas partes podem ser desde já resolvidas no presente feito, apesar de influenciadas pelas decisões proferidas na ação penal em que se apura a ocorrência do ilícito do art. 4º da lei 8.137/90.

Mas os representados invocam diversas preliminares, que, *data venia*, não merecem acolhimento.

Observância do princípio do promotor natural e da impessoalidade.

Os representados alegam a ofensa ao princípio do promotor natural e da impessoalidade, tendo em vista que o Ofício 7072/2002/DPDE/GAB (fls. 16/17), encaminhando a manifestação da SDE sobre a denúncia de ocorrência de infração também tipificada como crime, foi dirigido ao Promotor de Justiça Marcelo Batlouri Mendroni, em 22/12/2003, não tendo sido distribuído livremente aos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, que, no entender dos representados, também não teria atribuições para apurar o fato, já que a competência seria da Justiça Federal.

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO doutrina que:

"O princípio do Promotor Natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do parquet."¹

O princípio se justifica para assegurar a independência e a inamovibilidade do membro do *parquet*, para que este não sofra interferência de autoridade superior, determinando o seu eventual afastamento por questões de ordem pessoal, bem assim a indicação casuística pela chefia de um outro integrante da Instituição, evitando-se, ainda, o promotor de exceção.

No caso dos autos, não há qualquer fato que macule a legalidade da investidura do membro do Ministério Público no cargo ou que coloque em dúvida sua independência funcional assegurada pela Carta Magna, principalmente porque não há notícia de que sua atuação tenha se dado por designação casuística, direcionada pela instituição, bem assim por critérios pessoais.

Ainda que não tenha existido uma indicação formal prévia do promotor, sua atuação em outras infrações da mesma natureza, diante de sua especialização na matéria, em atenção ao princípio da boa-fé e da aparência dos atos administrativos, justifica o fato da SDE ter-lhe endereçado ofício comunicando a notícia de ocorrência de ilícito criminal.

Aliás, a comunicação de ocorrência de infração penal encontra respaldo no art. 5º, § 3º, do CPP, sendo dever do servidor público assim proceder, conforme o disposto o art. 66, I, da Lei das Contravenções Penais.

Conquanto o procedimento ideal em casos tais seja o encaminhamento do ofício ao Procurador-Chefe do Ministério Público para determinar a livre distribuição, a necessidade de adoção de medida urgente,

¹ CARNEIRO, P.C.P. *O Ministério Público no processo civil e penal; Promotor Natural; Atribuição e conflito*. Rio de Janeiro: Forense. 6ª ed, 2001. p. 48.

durante o período de final de ano, justificou a imediata atuação daquele e. membro do *parquet*, com a finalidade de proteger o interesse público primário em apurar e buscar punir a suposta prática de ilícito penal que tomou conhecimento, a autorizar a mitigação do princípio do promotor natural.

Em seu depoimento, o e. membro do Ministério Público de São Paulo esclareceu que comunicou o Procurador-Geral de Justiça sobre o recebimento do ofício e justificou sua pronta atuação para resguardar e obter a prova criminal, ante a urgência do caso, bem assim que foi designado inúmeras vezes para investigação de cartéis.

Ao tomar conhecimento da suposta prática de ilícito criminal é dever do membro do Ministério Público adotar as medidas necessárias para apurá-lo, em atenção ao princípio da indisponibilidade da persecução penal, principalmente porque o direcionamento combatido não foi efetuado pelo *parquet*, mas, sim, pela SDE, órgão público vinculado ao Ministério da Justiça, cujos atos gozam de presunção de legitimidade.

Com efeito, como apontado pela ProCADE, em 08/10/2008, o Ministério da Justiça e o Ministério Público de São Paulo assinaram convênio para a criação de um grupo especializado em combate a cartel, formado por promotores especializados no tema, entre os quais o Promotor Marcelo Mendroni.

Há que se ressaltar que o Ministério Público é regido pelo princípio da unidade e indivisibilidade.

ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI E CÂNDIDO RANGEL
DINAMARCO ensinam que:

"Ser una e indivisível a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam"

(quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física de um promotor ou curador).¹²

Por outro lado, como ressalta o juiz federal MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, "inexiste previsão no nosso ordenamento jurídico do 'princípio do promotor natural'. Aliás, seria de estranhar a defesa desse princípio, na medida em que, em relação ao Ministério Público, persiste a idéia de sua indivisibilidade (...)"¹³

O Supremo Tribunal Federal corrobora esse entendimento:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INEXISTÊNCIA (PRECEDENTES). AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO STJ. INQUÉRITO JUDICIAL DO TRF. DENEGAÇÃO.

1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra julgamento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que recebeu denúncia contra o paciente como incurso nas sanções do art. 333, do Código Penal.

2. Tese de nulidade do procedimento que tramitou perante o TRF da 3ª Região sob o fundamento da violação do princípio do promotor natural, o que representaria.

3. **O STF não reconhece o postulado do promotor natural como inerente ao direito brasileiro** (HC 67.759, Pleno, DJ 01.07.1993): "Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO: Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade de "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição de princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SIDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES".

4. Tal orientação foi mais recentemente confirmada no HC nº 84.468/ES (rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 20.02.2006). Não há que se cogitar da existência do princípio do promotor natural no ordenamento jurídico brasileiro. (...)

(HC 90277/DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 17/06/2008, Segunda Turma, Publicação DJe-142, 31-07-2008)

² Teoria Geral do Processo. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 213.

³ Teoria Geral do Processo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 135/136.

Ainda que assim não fosse, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que o princípio do promotor natural não alcança o inquérito:

INQUÉRITO - ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. A ordem jurídica em vigor não contempla o arquivamento implícito do inquérito, presentes sucessivas manifestações do Ministério Público visando a diligências. PROMOTOR 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. A subscrição da denúncia pelo promotor da comarca e por promotores auxiliares não a torna, ante a subscrição destes últimos, à margem do Direito.

(RHC 93247/GO – GOIÁS, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 18/03/2008, Primeira Turma, Publicação DJe-078, 30-04-2008)

Por fim, registra-se que nos termos da Súmula 234 do STJ, "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia."

Considerando que a atuação do membro do Ministério Público combatida nos autos refere-se à adoção de medida cautelar ajuizada para viabilizar a persecução penal, não se vislumbra a ocorrência de nulidade ou ilicitude da prova por suposta violação do princípio do promotor natural ou ao princípio da impessoalidade.

De mais a mais, somente o membro do *parquet* porventura preterido no exercício das suas atribuições pelo Promotor Marcelo Mendroni é que teria legitimidade para agir (*ad causam*), na qualidade de titular do direito, vindicando a sanção de eventual prejuízo no exercício da função ministerial (art. 3º, c.c. art. 267, VI do CPC), o que não é o caso das Representadas.

Competência do Juízo Estadual

Os representados sustentam que a competência para julgar a ação penal seria da Justiça Federal, tendo em vista a existência de interesse da União que, desde o início da investigação já estaria delineado, em decorrência da definição nacional do âmbito do ilícito.

O cartel também é considerado como infração penal pelo art. 4º da lei 8.137/90, sendo que tal norma não define a competência da Justiça Federal para seu julgamento. Por tal razão, a jurisprudência firmou-se no sentido da necessidade de comprovação do interesse local ou nacional para o reconhecimento, respectivamente, da competência da Justiça Estadual ou Federal.

Como destacado pela ProCade, as denúncias não indicaram o âmbito de abrangência da infração, mencionando, todavia, o Estado de São Paulo, o que era corroborado pelo fato de os números de celular informados e as sedes das sociedades representadas serem daquele ente da federação.

Apesar de constar do documento que sugeriu a instauração de averiguação preliminar mencionar que o cartel teria âmbito nacional, a definição do mercado relevante naquele momento se mostrava prematura e não encontrava respaldo nos elementos carreados aos autos.

A SDE demonstra a dificuldade de se definir o mercado relevante na seguinte passagem:

"(...) No caso em tela, a definição de mercado relevante, tanto em sua dimensão produto quanto em sua dimensão geográfica, não é tarefa trivial. O presente Processo Administrativo lida com um universo amplo de distintos gases industriais e medicinais, produzidos a partir de diversas tecnologias, vendidos por meio de canais variados (plantas on site, vendas à granel, venda em cilindros), com grande dispersão de custos relativos de transporte e que são utilizados de modo pulverizado por um grande número de

setores econômicos de natureza muito variada (de hospitais à siderúrgicas). (...)" (fls. 1065/1069)

Na fase inicial da ação, a única certeza que emergia dos autos é que havia interesse localizado no âmbito do Estado de São Paulo, que não deixou de existir pela apuração posterior de que o ilícito tinha e tem maior dimensão territorial, alcançando o País.

A urgência da medida e a dúvida sobre a competência legitimam a atuação do MM. Juízo estadual para apreciar e deferir o pedido de natureza cautelar preparatória de ação penal formulado pelo Ministério Público, de interceptação telefônica, pois, caso contrário, o direito coletivo que se pretendia tutelar com a propositura da respectiva ação penal restaria perecido.

A interpretação das normas constitucionais deve ser feita de forma harmônica e sistemática, em atenção ao princípio da unidade da Carta Magna, não havendo que se falar em grau de hierarquia entre suas diversas normas.

A interpretação isolada e absoluta da garantia constitucional do juiz natural não pode tornar inócua a norma constitucional que assegura a prestação da tutela jurisdicional útil, tempestiva e justa (art. 3º, I, art. 5º, XXXV, *in fine*, e LXXVIII), a que estabelece à ordem econômica com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*), a que atribui ao Estado o exercício das funções da fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica (art. 174), a que assegura ao Ministério Público a propositura de ação penal pública, a defesa do patrimônio público e dos interesses difusos e coletivos (art. 129, I e III, c.c. art. 1º, Parágrafo único da Lei 8884/94).

A norma do inciso XXXVII do art. 5º determina que "*não haverá juízo ou tribunal de exceção*", o que literalmente foi observado, já que não foi constituído juízo para apurar o caso dos autos.

00

A competência da Justiça Federal até hoje não foi reconhecida de forma definitiva, razão pela qual há dúvida, por si só, autorizadora do afastamento da alegação de incompetência do juízo estadual e, portanto, da nulidade das provas colhidas.

Ainda que o MM. Juízo federal seja reconhecido como competente, as provas poderão ser aproveitadas, pois sua formação não teve qualquer vício, já que determinada por juiz devidamente investido na carreira do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, que, como sabido é uma, havendo divisão de competência apenas como um meio de realização da justiça.

Neste aspecto, cabe destacar que no julgamento do HC 27119/RS, o Ministro GILSON DIPP destacou que:

*“Não procede o argumento de ilegalidade da interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Civil, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra o paciente, sendo certo que **a posterior declinação de competência do Juízo Estadual para o Juízo Federal não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida.**” (QUINTA TURMA, DJ 25/08/2003 p. 341).*

Também não há que se falar em nulidade das provas por eventual incompetência do MM. Juízo estadual.

A atuação da Polícia Civil Estadual limitou-se a executar a interceptação telefônica e a busca e apreensão determinada pelo Poder Judiciário, no exercício legal de sua função de polícia judiciária e apuração de infrações penais, conforme determina o art. 144, § 4º, da Constituição Federal.

CS

Ademais, medidas cautelares se destinam a assegurar o cumprimento do objeto da lide principal e a prestação jurisdicional de fundo a ser oferecida pelo Judiciário. Dessa forma, eventual controvérsia acerca da competência para decidir a respeito das medidas de urgência somente terá relevância de houver evidente intenção da parte interessada em fraudar a distribuição, com a quebra dos princípios da moralidade e da impessoalidade, o que não se verifica no caso dos autos, até porque os atos da SDE gozam de presunção de legitimidade, não elidida pelos Representados.

Observância dos requisitos legais para o deferimento da interceptação telefônica

A ilegalidade da prova foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento do Habeas Corpus impetrado pelo representado José Antônio Bortoleto de Campos, na qual se questionava as decisões proferidas na ação penal n. 050.04.013.926-3, em que se apura a ocorrência de crime do art. 4º da lei n. 8.137/90.

No referido julgamento, destacou-se que o laudo elaborado pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica, referente às transcrições telefônicas, conclui que os resumos dos diálogos caracterizam os delitos que motivaram o exame pericial, bem assim que a interceptação foi autorizada por decisão judicial devidamente motivada.

O referido julgado assentou que apesar de ser apócrifa, a delação apoiou-se em fatos determinados, descrevendo precisa e pormenorizadamente o ilícito, certo ainda que as jurisprudências do STJ e do STF acolhem o anonimato, desde que haja elementos suficientes para que seja movida a máquina estatal, como ocorreu *in casu*. Diversamente seria defender que, na Itália, a "operação mãos limpas", que desbaratou a máfia, seria inválida, mormente porque ali até mesmo os julgadores foram protegidos pelo anonimato!

Portanto, mostravam-se presentes os indícios razoáveis da ocorrência da infração penal do art. 4º da lei n. 8.137/90, apenada com reclusão, bem assim a situação excepcional de urgência.

As inúmeras representações em trâmite, à época, em desfavor das sociedades representadas, formuladas com observância dos requisitos legais, também corroboraram a existência de indícios da infração penal e, assim, da adoção daquela medida excepcional.

A infração penal investigada é de difícil apuração, sendo a interceptação telefônica um dos meios mais eficazes para sua constatação, justificando a ausência de adoção prévia de outras medidas, por serem inócuas, ante o aparato dedicado pelas Representadas para dissimular suas ações cartelizadoras.

A medida de urgência atendeu o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a infração também poderia ser apurada pela busca e apreensão dos documentos existentes nas sedes das sociedades empresárias representadas. Contudo, esta cautela se mostrava mais gravosa naquele momento e atingiria, em maior grau, os direitos de personalidade dos envolvidos.

Assim, não se vislumbra que a interceptação telefônica tenha violado as exigências da lei 9.296/96, porque estavam presentes os indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal e foi demonstrada a necessidade da utilização daquele meio excepcional para apuração de ilícito penal apenado com reclusão, mostrando-se desnecessária a tentativa de outros meios, especialmente porque inócuos, apenas para cumprir a formalidade legal, em atenção ao princípio de eficiência, da economia e celeridade processual, principalmente porque sua adoção poderia tornar inócuo o direito de ação que se pretendia tutelar.

Legalidade da obtenção dos documentos pela SDE. Observância do sigilo. Admissibilidade da prova emprestada.

Os representados defendem que a busca e apreensão deveria ter observado o procedimento do art. 35-A da lei n. 8.884/94, solicitando-se à AGU a formulação de tal pedido.

Não prevalece no sistema jurídico brasileiro a denominada prova tarifada, razão pela qual não se pode tentar afastar a validade das provas juntadas aos autos, sob o fundamento de que o procedimento instituído pelo referido dispositivo legal seria o único passível de comprovação.

Tal procedimento é previsto para busca e apreensão de documentos em decorrência apenas da existência do processo administrativo, independentemente da ação penal. Não é exclusivo e não impede a produção de outras provas, dentre as quais a documental, como se caracteriza a juntada aos autos, juntada por empréstimo daquela obtida na esfera criminal, encontrando respaldo no princípio da ampla defesa, contribuindo para o livre convencimento do julgador, em atenção ao princípio da persuasão racional.

A interpretação conferida pelos Representados, de que deveria ser observado necessariamente o procedimento do art. 35-A da lei n. 8.884/94, implicaria em obstar o Ministério Público de adotar as medidas judiciais necessárias para a colheita da prova, impedindo-o de exercer sua função constitucional de zelar pelo patrimônio público e pelos interesses difusos e coletivos, entre os quais a defesa de ordem econômica e, mais ainda, de exercer a titularidade da ação penal.

Vale salientar, porque destacado pela ProCade em seu parecer, que a captação de conversas telefônicas tem sido a prova mais eficiente no combate aos cartéis, tendo em vista a dificuldade de sua comprovação.

(11)

O empréstimo é legal porque as provas foram colhidas por determinação judicial. As partes puderam exercer o contraditório no presente feito, argüindo toda matéria de defesa, assim, como fariam naqueles autos.

O empréstimo da prova encontra respaldo legal e se harmoniza com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme os seguintes julgados:

*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.**
(Inq 2424 QO-QO / RJ, Relator Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 20/06/2007, Tribunal Pleno, DJ 24-08-2007 PP-00055)*

Os Representados também sustentam a ilegalidade da utilização dos documentos apreendidos por determinação da Justiça Estadual, ante a ocorrência de suposta quebra de sigilo, pois caberia à SDE apenas auxiliar a Justiça no seu exame e não utilizá-los no presente feito.

Os técnicos e especialistas da SDE participaram nas diligências do inquérito policial por determinação judicial, conforme se vê da decisão de fls. 1050/1055, a fim de auxiliar o procedimento cautelar de busca e apreensão e realização de perícia criminal. Destarte, na qualidade de agentes públicos, foram eles designados para atuarem como auxiliares da justiça, colaborando com o conhecimento técnico na busca da verdade real.

10

Após a busca e apreensão, os documentos foram encaminhados à SDE para realização do exame do material apreendido (fls. 51/63).

Dessa forma, não houve delegação à SDE, mas, sim, atuação desta como auxiliar do juízo criminal.

Ao tomar conhecimento de infração à ordem econômica, no exercício da função pública de auxílio ao juízo criminal, a SDE tinha o poder-dever de adotar as medidas necessárias para a sua apuração, conforme determina a norma do art. 17, III, do Decreto n. 6.061/2007.

Como sabido, o invocado direito à intimidade (e à privacidade) não é absoluto, podendo e devendo ser mitigado para a apuração de ilícitos penais em atenção à supremacia do interesse público da coletividade.

Outrossim não é absoluto o segredo de justiça, cabendo ao magistrado a análise da remessa da documentação apreendida para SDE, como ocorreu no caso. Após envio do Ofício nº 3086/2004/SDE/GS à Corregedoria do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), em 31/05/2004, o MM. Juiz Caio Farto Salles decidiu assentando a inexistência de qualquer irregularidade do envio das aludidas peças à SDE.

Nestes autos o sigilo foi mantido, mormente em relação aos documentos confidenciais das partes ante às outras, preservando-se o direito à intimidade.

Também não há que se falar em inconstitucionalidade da separação das funções entre o órgão de instrução e o órgão de julgamento. A Constituição Federal não disciplina a competência para instrução e julgamento, no âmbito da Administração Pública Federal, das infrações à ordem econômica, tendo, portanto, reservado à lei ordinária o respectivo disciplinamento.

A lei n. 8884/94 optou por separar as competências para instrução e para julgamento, conferindo a primeira à SDE, um órgão da Administração Direta, e a segunda ao CADE, autarquia federal. Considerando que a instrução ocorreu no âmbito da SDE e o julgamento será efetuado pelo CADE, não há nada que macule o processo administrativo, ora *sub examine*.

Legalidade da instauração do processo administrativo. Denúncia anônima. Indícios e motivação.

A denúncia anônima pode ensejar a abertura de averiguação preliminar, tendo em vista o poder-dever de a Administração Pública apurar a ocorrência de ilícito que tenha conhecimento, principalmente no caso dos autos em que a delação apresentou inúmeros detalhes fáticos sobre a conduta praticada pelos representados, que, posteriormente, foram confirmada pelas provas carreadas aos autos.

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES doutrina que "*Ocorrendo de a Administração vislumbrar razoável possibilidade da existência efetiva dos fatos denunciados anonimamente, deverá promover diligências e, a partir dos indícios coligidos nesse trabalho, instaurar a TCE, desvinculando-a totalmente da informação anônima*"⁴

Na esfera penal, JÚLIO FABBRINI MIRABETE destaca que:

*"Não obstante o art. 5º IV, da CF, que proíbe o anonimato na manifestação do pensamento, e de opiniões diversas, nada impede a notícia anônima do crime (notitia criminis inqualificada), mas, nessa hipótese, constitui dever funcional da autoridade pública destinatária, preliminarmente, proceder com a máxima cautela e discricção a investigações preliminares no sentido de apurar a verossimilhança das informações recebidas. Somente com a certeza da existência de indícios da ocorrência do ilícito é que deve instaurar o procedimento regular"*⁵.

⁴ In "Tomada de Contas Especial", Brasília Jurídica, 1998, p. 51.

⁵ Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., Atlas, 2000, p. 95.

O art. 14, III e VI, da lei n. 8.884/94, atribui competência à SDE para realizar averiguações preliminares para instaurar processo administrativo em face de indícios de infração à ordem econômica e para apurar e repreender tais infrações.

A denúncia anônima e a existência de inúmeras representações em desfavor das representadas constituem indícios suficientes para a abertura de averiguação preliminar.

Os indícios foram corroborados pelos documentos juntados ao feito durante a averiguação preliminar, justificando, assim, a instauração do processo administrativo, principalmente, porque, assim como na esfera penal, a apuração do ilícito à ordem econômica é matéria de interesse público, aplicando-se, pois, o princípio do *in dubio pro societate*.

O procedimento não viola o princípio da presunção de inocência, porque a sua instauração não implica em condenação prévia, sendo o devido processo legal previsto em Lei, para apuração de ocorrência de infração à ordem econômica.

O despacho instaurador foi acompanhado da respectiva motivação, cumprindo com os requisitos exigidos pelo art. 52 da Portaria da SDE n. 4/2006, bem assim as disposições da lei 9.784/99, apontando os fatos apurados e sua capitulação legal, permitindo aos representados o conhecimento da acusação e, assim, o exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Como demonstrado pelo e. Procurador Regional da República, José Elaeres Marques Teixeira, no parecer exarado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, não se pode exigir a descrição individualizada da conduta nos casos de formação de cartel:

"(...) Sobre esse ponto, é bom que fique claro que a formação de cartel constitui espécie de infração à ordem econômica cometida por meio da associação de pessoas. Essa particularidade é importante porque nos delitos que requerem participação de várias pessoas ou empresas não se pode exigir a descrição individualizada da conduta de cada uma delas. Relevante mesmo é identificar a conduta, que não é individual, mas coletiva, e aqueles que dela participaram, ou participam.

Pois bem, isso está no processo, com riqueza de detalhes. Portanto, carece de fundamento a afirmação das representadas, de que teriam sido cerceadas no seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Como já se registrou, houve ampla oportunidade para que todas promovessem suas respectivas defesas escritas e requeressem a produção das provas que entendessem necessárias ao esclarecimento da verdade sobre os fatos retratados no processo. (...)"

Por isso, não há irregularidade no despacho de instauração do presente processo administrativo.

Ausência de cerceamento de defesa e de violação ao contraditório.

Foi assegurada aos Representados a oportunidade para se manifestarem em relação a todos os documentos juntados aos autos, bem assim para produzir as provas, observando os princípios do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual não há que se falar na violação de princípios constitucionais, principalmente porque não foi demonstrado o efetivo prejuízo resultante diretamente dos fatos que respaldaram tal alegação, a amparar e justificar o reconhecimento de eventual nulidade (*pas de nullité sans grief*).

Consoante demonstrado na Nota Técnica da SDE e no Parecer da ProCade, os recursos e as medidas judiciais apresentados pelas partes ou foram rejeitados ou de forma indireta viabilizaram nova manifestação nos autos, corroborando a observância e o exercício das garantias constitucionais.

O fato de alguns dos Representados não serem partes na ação penal não ofende o princípio do contraditório, pois este há de ser assegurado no procedimento em que a parte poderá sofrer sanção, e no caso o foi, já que os

Representados puderam formular todas as alegações que entenderam necessárias para impugnar a produção da interceptação telefônica e sua utilização neste feito.

Não há ilegalidade em não se permitir a prévia participação dos interessados na produção da prova, tendo em vista que as peculiaridades da interceptação telefônica e da busca e apreensão justificam o exercício do contraditório diferido, pois a antecipada comunicação tornaria inócua alcançar-se a sua finalidade, sem embargo de ser comum no foro o cabimento de medidas cautelares concedidas *inaudita altera parte* (art. 798 do CPC).

Por fim, não há que se falar em violação ao contraditório pelo fato de as demais empresas não terem acesso aos documentos apreendidos na sede da WHITE MARTINS, por força da medida cautelar ajuizada pela AGU, tendo em vista que naquele feito a decisão decretou segredo de justiça aos autos (art. 155 do CPC), restringindo o acesso aos documentos apreendidos às partes e seus procuradores, razão pela qual sua utilização somente se dará em desfavor daquela representada, não alcançando terceiros.

Ausência de ilicitude da busca e apreensão por derivação

Os Representados alegam a nulidade da busca e apreensão em decorrência da suposta ilicitude da interceptação, com fundamento na teoria da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

Como se viu, não há que se falar em ilicitude da interceptação telefônica, nem em ocorrência de quebra de seu sigilo, tendo em vista que aquela medida observou os requisitos legais e sua utilização no presente procedimento foi autorizada pelo juízo criminal.

A busca e apreensão era e é medida autônoma, passível de ser determinada pelo juízo criminal, independentemente da interceptação telefônica,

ante a presença dos indícios de infração criminal e do perigo da demora, razão pela qual eventual nulidade desta não atingiria àqueloutra cautela.

Essa questão foi dirimida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Habeas Corpus impetrado no curso da ação penal, e afastado o vício argüido.

Desnecessidade de suspensão do processo até julgamento da ação penal

A suspensão do presente processo administrativo não se mostra necessária até que haja o desfecho da ação penal, pois não se vislumbra eventual relação de prejudicialidade ou de interdependência entre os dois feitos.

O art. 29 da lei 8.884/94 ressalta a autonomia da esfera administrativa em relação às ações judiciais, demonstrando a possibilidade de apuração e sanção do ilícito à ordem econômica, independentemente da ação penal em curso, podendo ser resolvidas neste feito todas as questões invocadas pelas partes.

Mesmo nas hipóteses do art. 265 do CPC, não há obrigatoriedade da suspensão do processo, tendo em vista que o art. 110 daquele diploma legal fala em faculdade do julgador.

Encontra-se destacado nas manifestações anteriores da SDE e da ProCade (fls. 1095/1099 e fls. 1104/1113), que o processo administrativo de defesa da ordem econômica há de ser célere, conforme preceitua o art. 40 da lei 8.884/94, o que é corroborado pelo fato de o art. 67 da lei 9.784/94 definir como excepcional a atribuição de efeito suspensivo aos recursos interpostos em processos administrativos.

Impedimento dos Conselheiros

Os representados também alegam o impedimento de dois Conselheiros do CADE e do seu Presidente para julgar o presente processo, sob o fundamento de que estaria afastada sua imparcialidade por já conhecerem do feito.

O Presidente ARTHUR BADIN estaria impedido porque conheceu do processo no exercício da Chefia de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico e Procurador-Geral do CADE. O impedimento do Conselheiro OLAVO CHINAGLIA decorreria da sua atuação, nestes autos, como procurador da AIR LIQUIDE. Já o Conselheiro CARLOS RAGAZZO estaria impedido porque teria conhecido do feito quando era Coordenador-Geral de Defesa da Concorrência da SEAE.

Como já ventilado nos autos, o MPF, por intermédio do signatário, no PARECER N.º 34/2009 - GAB/AARAS/CADE, pronunciou-se sobre questão semelhante nos autos do processo n. 08700.000456/2009-31, em consulta formulada pelo e. Presidente do CADE, que aqui vale a pena rememorar.

Na perspectiva da célebre constatação de Montesquieu, segundo a qual *"todo aquele que está no poder tende a dele abusar"*, plasmou-se o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF).

Igualmente, Thomas Jefferson pensou na Federação (art. 1º da CF) como meio de desconcentração do poder, mediante a outorga de autonomias e competências às unidades que integram o Estado, tudo isso permeado por um eficiente sistema de freios e contrapesos.

As hipóteses de impedimentos apostas às pessoas que atuam no processo, administrativo ou judicial, integram o arsenal de que dispõe a sociedade contra o arbítrio e eventuais abusos dos agentes do Estado, atentatórios do Estado de Direito, que, no Brasil, também é democrático e republicano, tudo isso com vista a prevenir conflitos, através de instrumentos capazes de institucionalizar, estabilizar e pacificar as relações sociais.

A Constituição Federal estabelece o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII da CF), que consiste na garantia de que "*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*".

Em decorrência de tal princípio constitucional, não de ser observadas as normas definidoras da competência, que identificam previamente a autoridade julgadora, tendo em vista ser vedado tribunal de exceção, bem assim a garantia de imparcialidade do julgador, pressuposto de desenvolvimento válido da relação processual.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, com fundamento nas obras de José Frederico Marques, Liebman e Andrioli, destaca que:

"É imprescindível à lisura e prestígio das decisões judiciais a inexistência da menor dúvida sobre motivos de ordem pessoal que possam influir no ânimo do julgador.

Não basta, outrossim, que o juiz, na sua consciência, sinta-se capaz de exercitar o seu ofício com a habitual imparcialidade. Faz-se necessário que não suscite em ninguém a dúvida de que motivos pessoais possam influir sobre seu ânimo. Na pitoresca comparação de Andrioli, 'o magistrado, como a mulher de César, não deve nunca ser suspeito.' ⁶

Para assegurar a imparcialidade do julgador, a norma constitucional confere aos juízes as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio, determinando-lhes, em contrapartida, as vedações elencadas no art. 95, parágrafo único, da Carta Política.

As normas processuais civis e penais estabelecem hipóteses de impedimento e suspeição (art. 134 e 135 do CPC; art. 252 e 254 do CPP), que podem obstar a atuação do magistrado, do Ministério Público, do serventuário de justiça, do perito, do intérprete ou, até mesmo, do advogado da parte.

⁶ Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Processo Civil. Vol. I. 46ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 233.

As hipóteses de impedimento são de índole objetiva, sendo consideradas mais graves, ensejando **a nulidade dos atos e a rescisão de julgado de mérito** (art. 485, II, do CPC), já que há presunção absoluta de parcialidade.

Os casos de suspeição são de natureza subjetiva, de presunção relativa de parcialidade, não impedindo a participação do julgador, se não houver sua recusa no tempo oportuno, por meio de exceção.

O art. 18 da lei 9.784/98, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê hipóteses de impedimento e suspeição, que obstem a atuação do servidor ou da autoridade.

No que toca aos processos e procedimentos necessários à prevenção e à repressão das infrações contra a ordem econômica, a lei 8.884/94 apenas estipula vedações ao Presidente e aos Conselheiros (art. 6º), também aplicáveis ao Procurador-Geral da ProCADE (art. 10, § 2º), sem, contudo, prever hipóteses de impedimento e suspeição dirigidas à garantia da imparcialidade do Órgão julgador, razão pela qual os aludidos aspectos, *mutatis mutandis*, hão de guiar a atuação nos feitos submetidos à apreciação do CADE.

O art. 83 da lei 8.884/94 determina a aplicação subsidiária do CPC, da lei 7.347/1985 e da lei 8.078/90, nos processos administrativos e judiciais de que tratam aquela norma.

O Regimento Interno do CADE também determina que:

Art. 5º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado, além das hipóteses contidas no art. 6º da Lei nº 8.884/94, exercer suas funções e atribuições, quando verificada qualquer das hipóteses de impedimento ou de suspeição de parcialidade previstas nos arts 134 e 135, do Código de Processo Civil.

11

Art. 20. Aplicam-se aos Procuradores do CADE, inclusive ao Procurador-Geral, os motivos de impedimento e suspeição aplicáveis aos Conselheiros do CADE.

Dentre as hipóteses previstas na legislação processual, o exercício das atribuições de Presidente do CADE, nos casos em que já houve atuação como Procurador-Geral da ProCADE, é passível de enquadramento, ao menos em tese, nas seguintes normas:

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

...

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; (CPC)

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;

Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição. (CPP)

Os dispositivos legais acima transcritos revelam a impossibilidade de atuação de uma mesma pessoa, em um mesmo processo, no exercício de funções distintas (advogado/procuradores, juiz, Ministério Público, peritos, intérpretes, etc)., o que também há de ser observado nos feitos submetidos à apreciação do CADE, em que as manifestações dos órgãos opinativos (SEAE, ProCADE, MPF) e

desse Eg. Conselho (órgão julgador) devem ser desempenhadas por diferentes agentes públicos.

Essa interpretação não se mostra extensiva, nem amplia o rol taxativo de impedimentos previsto na legislação processual, decorrendo apenas da necessária adequação subjetiva em relação aos agentes que participam dos feitos submetidos ao CADE, tanto que o Regimento Interno dessa Autarquia determina expressamente a aplicação das normas do art. 134 e 135 do CPC, inclusive ao Procurador-Geral da ProCADE.

No presente caso, o Presidente ARTHUR BADIN atuou no feito no como Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico e como Procurador-Geral do CADE, estando, pois, impedido para se manifestar novamente no exercício da função de Conselheiro do CADE.

O Conselheiro OLAVO CHINAGLIA teve seu nome incluído em instrumento de mandato outorgado pelo AIR LIQUIDE a advogados. Contudo, não praticou atos processuais de defesa da pretensa constituinte, nem apontou o seu impedimento ou suspeição. A inclusão do nome de um advogado em uma procuração refoge ao seu controle e não constitui, per se, o vínculo profissional ensejador de óbice processual.

Igualmente não existe impedimento em relação ao Conselheiro CARLOS RAGAZZO, pois não houve manifestação da SEAE no presente feito, não havendo que se falar em atuação de Sua Excelência como Coordenador-Geral de Defesa da Concorrência daquele órgão em relação ao presente processo. O fato de a controvérsia ter gerado repercussão e chegado ao conhecimento dos Conselheiros não o tornam impedidos para processarem e julgarem o caso, pois o que a Lei obsta é a manifestação de juízo de valor sobre a mesma questão duas vezes pela mesma pessoa, no exercício de diferentes atribuições, o que não ocorreu.



Não se sabe o posicionamento de Sua Excelência sobre a controvérsia que envolve o presente feito, já que não houve manifestação formal do Conselheiro CARLOS RAGAZZO, posicionando-se sobre as questões ventiladas pelos Representados. Também não se demonstrou qualquer fato capaz de colocar em dúvida a imparcialidade do Conselheiro CARLOS RAGAZZO, a atrair qualquer das hipóteses de suspeição.

Portanto, entende-se que o Conselheiro ARTHUR BADIN está impedido para julgar o presente processo administrativo, porque já haviam atuado nos autos, posicionando-se sobre as questões envolvidas.

Nada obsta o julgamento do feito, especialmente à luz do entendimento firmado pelo STF, quando de recente julgamento de processo que exigia a participação de todos os integrantes do Excelso Pretório e, apesar disso, ante a ausência justificada de um dos seus eminentes Ministros, por motivo de doença, dispensou-se o *quorum completo* e, assim, ocorreu a devida e regular apreciação da demanda, nos termos do art. 5º, XXXV e LIV da CF.

Mérito

A Ordem Econômica consiste no conjunto de normas constitucionais que definem os objetivos de um modelo para o sistema econômico capitalista e as respectivas modalidades de intervenção do Estado. art. 170 da Constituição Federal estabelece princípios constitucionais que devem guiá-la, os quais apontam para a observância da ordem constitucional, especialmente na vertente da função social e dignidade da pessoa humana.

A atuação do Estado na área econômica apenas se apresenta legítima para proteger esses princípios estabelecidos constitucionalmente. A correção de desvios que possam afetar a ordem econômica, como monopólios, cartéis e trustes, determina a intervenção do Poder Público.

O art. 20 da Lei n. 8.884/94 dispõe que:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

O art. 21 do referido diploma legal estabelece que:

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;

...

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

A exata função a ser desempenhada pelas autoridades competentes do SBDC é identificar a existência da prática do ajuste de vantagens na concorrência pública por parte dos Representados, e se teve aptidão de gerar efeitos prejudiciais à livre concorrência e à livre iniciativa, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/94.

O Anexo I da Resolução n. 20/99 do CADE define cartéis como "acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente mais próximos dos de monopólio."

No julgamento do cartel de britas (PA 08012.002127/02-14), o CADE assentou o entendimento quanto à desnecessidade da demonstração do dano para a caracterização do cartel, sendo suficiente a sua existência para presumir seu efeito novíço.

As manifestações da SDE e a ProCADE detalham a definição do mercado relevante (material e geográfico) e apresentam a análise do mercado ora discutido, levando em conta o poder econômico das representadas, a homogeneidade do produto, a disponibilidade de informações relevantes sobre os concorrentes, às barreiras à entrada, elucidando os elementos necessários para a apreciação da caracterização do cartel.

Os pareceres dos aludidos órgãos demonstram haver provas reveladoras das seguintes condutas dos Representados: fixação de percentagens de participação de mercado; pacto de não-agressão; conta corrente; manipulação de lances; definição de bandeiras para revendedores e tabela de preços; recusa de venda para distribuidores independentes; participantes do cartel; período de duração do cartel; possibilidade de detecção pelo CADE; indícios da ciência dos diretores estrangeiros.

O *modus operandi* dos Representados é semelhante aos fatos que geraram condenações proferidas pelas autoridades estrangeira, em casos de cartel, conforme destacado pela SDE.

A análise sistemática das provas e das alegações das partes leva à conclusão de que a infração à ordem econômica está caracterizada.

Os documentos juntados aos autos revelam que a IBG concordou em aderir a proposta de acordo encaminhada por e-mail, em 2003, a Walter Pilão da AIR LIQUIDE (fls. 93/96 dos autos principais), mesmo registrando que aquela conduta significaria um "engessamento" completo do mercado e o favorecimento aos detentores da maior participação, tendo em vista a existência de regra de "respeito total" às posições de fornecimento de todas as modalidades de clientes de gases.

As provas dos autos demonstram que os Representados elaboraram um pacto de não-agressão, conforme documento encontrado na sede de três

empresas denominado "Golden Rules" (regras de ouro), e na AGA denominado "Golden Rules II", pelos quais ficou ajustada a manutenção das carteiras de clientes, para não se alterar os "market shares".

A versão encontrada na AIR LIQUIDE foi localizada em um e-mail impresso, no qual WALTER PILÃO, em 09/04/2003, enviou o documento a NEWTON DE OLIVEIRA, da IBG. Também foi encontrada resposta deste com os comentários de sua empresa acerca do acordo proposto.

A versão também foi encontrada na AIR PRODUCTS, que cuidou de tecer comentários sobre o documento, isto em 08/04/2003 (fl. 101 dos autos principais), demonstrando sua participação no ajuste.

As regras de ouro estipulavam o respeito ao fornecedor atual e a ausência de perda de faturamento. Em caso de aumento de consumo do cliente ou de mudança de seu endereço ou de sua razão social, o fornecedor permaneceria. Se o cliente mudasse da forma líquida para a gasosa, ou vice-versa, também permanecia o fornecedor atual. Nos hospitais, também foi estipulado o respeito total, seja no mercado líquido, seja no gasoso. As novas oportunidades em clientes existentes eram administradas com a utilização da conta corrente com preferência para o fornecedor atual. O *home care* seguia a tabela de preço mínimo. As regras de ouro também definiam a divisão de multa entre as partes, considerando a receita aferida nas vendas.

Neste aspecto, convém destacar a manifestação do item 280 da Nota Técnica da SDE:

"A abrangência das regras é impressionante, pois trata de quase todos os setores do mercado de gases industriais e medicinais no Brasil. A dimensão do cartel é tamanha que as empresas estipularam, inclusive, regras para aqueles casos em que o mercado seria 'disputável'. Isso ocorreria apenas (i) em equipamentos medicinais que não significassem perdas no fornecimento do fornecedor atual, excluindo dessa exceção o

*mercado de homecare; e (ii) no mercado package (fornecimento por cilindros) naqueles clientes com consumo inferior a 50 m³, no caso de novos gases ou novos processo em clientes existente e ainda novos clientes ou novas plantas em clientes existentes. **Tais exceções ao funcionamento usual do cartel, negociadas entre seus os participantes, podem explicar algumas alterações pontuais nas parcelas de mercado detidas pelas empresas, observadas nas tabelas de participação de mercado acima.**" (fl. 86)*

Os documentos juntados aos autos demonstram que o Representado VITOR PERES, da AIR PRODUCTS, elaborou documento de monitoramento do cartel, informando as ações das concorrentes, consoante apontado nas manifestações da SDE e da ProCade.

Os documentos apreendidos na sala do Representado GILBERTO GALO, da AIR PRODUCTS, comprovam o relato da reunião realizada em Recife/PE, com anotações sobre: "perde e ganha" de clientes; divisão de revendedores por "bandeiras"; recusa de venda; fixação de preços para a região nordeste; interrupção do fornecimento a determinados clientes; fixação da data da próxima reunião.

Tais fatos revelam a troca indevida de informações entre as sociedades empresárias que atuam no mercado de gases, o que afeta a livre concorrência e, por conseqüência, o consumidor, causando grave prejuízo para a sociedade, principalmente em razão da essencialidade daquele produto.

Restou demonstrada a existência de conta corrente, utilizada como um "fundo de compensação" para o ressarcimento dos "agredidos", mediante negociação de repasse de clientes, conforme comprova o apreendido na AIR PRODUCTS, contendo a lista de clientes, com o respectivo produto adquirido, o volume e o faturamento que aquela sociedade empresária "ganhou" e "perdeu" para AIR LIQUIDE (fl. 106 dos autos principais).

Esse fato é corroborado pela planilha de "perdas e ganhos" apreendida na AIR LIQUIDE (fl. 18 do apartado de documentos apreendidos na AIR LIQUIDE – WALTER PILÃO III), com comentários de WALTER PILÃO sobre a reunião realizada.

Os comentários da IBG ao documento "Golden Rules II" demonstram a utilização do sistema de compensação, por meio da "conta corrente", informando a existência de "invasores" e a necessidade destes compensarem.

A IBG também fez os seguintes comentários às regras de ouro: *"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. O fornecedor do líquido para estes casos ficariam responsáveis pelas ações dos mesmos no mercado."* (grifou-se, fls. 93/96 dos autos principais), o que demonstrando o seu conhecimento da ilicitude da conduta.

As provas produzidas nos autos demonstram que a troca de clientes não era concorrência, mas, sim, compensação.

Outro fato que revela a gravidade do ilícito à ordem econômica é a ocorrência de manipulação de lances ("bid-rigging") em licitações em hospitais de todo o País, mediante acerto prévio de determinado vencedor e a estipulação de não-apresentação de proposta pelas concorrentes ou lances com o objetivo de permitir à vitoriosa praticar os preços fixar ("bid-supression"), tendo em vista que as representadas têm conhecimento da carteira de clientes das outras, deixando de apresentar propostas em licitações.

Os Representados definiram bandeiras para revendedores e tabelas de preços, conforme demonstra o mapa do Estado de São Paulo encontrado na WHITE MARTINS, com a divisão de regiões por cores: WHITE MARTINS – verde; AIR PRODUCTS – amarelo; AGA – vermelho e AIR LIQUIDE – azul, o que é

corroborado pelo documento apreendido na AGA (fl. 127 do apartado documentos apreendidos na AGA – MOACYR ALMEIDA – volume III).

A regra de ouro II proibia o fornecimento de gases industriais ou medicinais aos distribuidores independentes (fl. 120 dos autos principais).

Foi apreendido documento do Representado VITOR PERES com anotações manuscritas sobre alocação de parcela de mercado pelas sociedades empresárias, ora representadas, e com expressa menção quanto à determinação de não entregar produto em cliente concorrente, mencionando, inclusive, que a reunião foi realizada em 11/03/2001 (fls. 65/66 dos autos principais).

Em sua Nota Técnica, a SDE destacou que havia indícios da ciência dos diretores estrangeiros das condutas praticadas no território nacional, bem assim que *"Como visto, as Autoridades Antitruste nacionais estão diante de um cartel de tamanha abrangência que nem mesmo a doutrina pôde abarcar todas suas ramificações em uma só categoria de cartel, pois estamos diante de um cartel principalmente de tipo I, clássico, mas com diversos comportamentos de um cartel de tipo II."* (item 343, fl. 108).

Vale transcrever o seguinte trecho do parecer, elucidativo da caracterização da infração à ordem econômica:

"De fato, restou comprovado que os agentes econômicos representados são os únicos players do mercado de gases, o que demonstra o poder de mercado destes. Quedou claro também, após uma rápida análise econômica de tal mercado, que existem elementos facilitadores à colusão. Ademais, a ação coordenada dos agentes é incontroversa diante da documentação do acordo explícito firmado entre elas. Há, inclusive, nexos causal entre a conduta e o objetivo "limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa" (art. 20 da Lei nº 8.884/94). E, por fim, o resultado lesivo, em caso de cartel clássico, é presumido, apesar de ser intuitivo o prejuízo ao consumidor de uma ação cartelizada no mercado de gases medicinais." (fl. 71 do parecer)

As alegações dos Representados no sentido de que as condutas praticadas seriam lícitas apenas justificariam os fatos se estes tivessem ocorrido de forma isolada.

A existência de uma empresa contar com um executivo de outra até poderia ser natural pelo fato da troca de local de trabalho, caso tal fato não tivesse associado a outros tantos, como acima narrado, que afastam a naturalidade invocada pelos Representados.

De igual forma ocorre no que toca à alegação de que seria natural o fato de executivos estarem hospedados em um mesmo hotel para tratar de fornecimento de uma empresa por outra em determinadas regiões, caso tais encontros não envolvessem representantes de inúmeras empresas e se apenas se limitasse ao contrato de fornecimento.

Entretanto, a troca de inúmeras informações entre as sociedades empresárias do mercado de gases demonstram que as condutas excediam o exercício normal da atividade, demonstrando que a invocada rivalidade no mercado era administrada por ajustes ilegais em prejuízo da concorrência.

A análise conjunta dos fatos narrados demonstra a ocorrência de infração à ordem econômica.

O art. 20, *caput* e incisos I, da Lei n. 8.884/94, considera como infração a ordem econômica os atos que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, ainda que tais efeitos não sejam alcançados.

A interpretação sistemática e teleológica da referida norma permite concluir que infração à ordem econômica estará caracterizada quando a conduta praticada puder produzir quaisquer dos efeitos previstos nos incisos do artigo 20 e

21, não sendo necessário, portanto, a possibilidade de ocorrência de todos, de forma cumulativa.

LEONARDO VIZEU FIGUEIREDO preleciona que:

"As condutas que se traduzem em infrações à ordem econômica são as mais variadas possíveis, bastando, para sua caracterização, a existência de potencial efeito danoso ao mercado, sendo independentes de quaisquer manifestações volitivas por parte dos agentes. Logo, sua tipificação legal deverá ser aberta, com enumeração normativa meramente exemplificativa, sendo, sempre, infração administrativa de caráter objetivo. Em outras palavras, o rol legal se traduz em mera apresentação de condutas que poderão ser caracterizadas como infração à ordem econômica (ilícito de natureza administrativa), sem prejuízo de quaisquer outras que venham a ser praticadas, independentemente de estarem ou não arroladas em lei."

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) há de se guiar pelo princípio da precaução, tanto que o ordenamento jurídico prevê diversos mecanismos para se resguardar os princípios da atividade econômica, como o controle de atos e de contratos, a adoção de medida preventiva e a ordem de cessação, bem como a condenação em obrigação de não fazer, dentre outras consequências e sanções.

A prevalecer o critério da racionalidade, na perspectiva invocada pelos Representados, as infrações à ordem econômicas só estarão caracterizadas quando o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (SBDC) já estiver comprometido, hipótese em que o Estado terá que adotar medidas mais drásticas e com ônus mais elevado para o erário e para a coletividade, a fim de restabelecer a observância dos princípios constitucionais da atividade econômica.

Por essas razões é que a Lei caracteriza o ilícito independentemente de culpa, razão pela qual, caso não estivesse demonstrada a formação de cartel por parte dos Representados, estes também responderiam pelo ilícito à ordem

⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 220.

econômica, porque as condutas demonstradas nos autos ao menos poderiam "limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa", o que se mostra suficiente para a condenação.

Os elementos probatórios juntados aos autos indicam a participação de todos os Representados na conduta ilícita, ensejando a aplicação das respectivas sanções, observando-se, todavia, o princípio da proporcionalidade.

Em face do exposto, o Ministério Público Federal opina pela condenação dos Representados, na forma sugerida pela SDE.

Brasília - DF, 31 de agosto de 2009.


AUGUSTO ARAS

Procurador Regional da República
Representante do MPF perante o CADE