

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 9 número 2 - 2002

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO



São Paulo

Volume 9 número 2 - 2002

ISSN 1517-1957

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC**

**Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748**

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 2002

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado /
Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

DOCTRINA

COMENTÁRIOS SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES	
RENAULT DE FREITAS CASTRO	3
DESAGREGAÇÃO E COMPARTILHAMENTO DO USO DE REDE DE TELECOMUNICAÇÕES	
PEDRO DUTRA	15
DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	
KARIN GRAU-KUNTZ	49

JURISPRUDÊNCIA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002299/2000-18	
REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA.	
REPRESENTADOS: POSTO DIVELIN, BIG IMAGI COMBUSTÍVEIS, AUTO P. PARQUE SÃO JORGE, JÓIA POSTO LTDA., AUTO POSTO FLORIANÓPOLIS LTDA., JÓIA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., AUTO POSTO INTERLAGOS LTDA., CLÁUDIO LUIZ PEREIRA LTDA., MARIA DO ROCIO RODRIGUES RUTHES PEREIRA, AUTO POSTO DESTERRO LTDA., AUTO POSTO DESTERRO ITAJAÍ LTDA., AUTO POSTO BIG BOSS LTDA., AUTO ILHA DO NORTE COM. LUBRIFICANTES LTDA., POSTO IPIRANGA LTDA., ALEXANDRE COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS LTDA., ALEXANDRE COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS LTDA. FILIAL I, POSTO AVENIDA LTDA., AUTO POSTO ESQUINA LTDA., OS SENHORES ALEXANDRE CARIONI E FAUSTO CARIONI, ALEX SANDER GUARNIERI, CLÁUDIO LUIZ PEREIRA, JOSÉ CRISTÓVÃO VIEIRA, TADEU EMÍLIO VIEIRA, ZOÉLIO HUGO VALENTE, GILBERTO ROLLIN E O SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS MINERAIS DE FLORIANÓPOLIS.	
DECISÃO	73
PARECER DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO - SEAE.....	75
PARECER DA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE.....	91
VOTO DO CONS. RELATOR AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO.....	227
VOTO DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR	263
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO PFEIFFER.....	271
ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC.....	305

COMENTÁRIOS SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES¹

Renault de Freitas Castro²

1. INTRODUÇÃO

O mundo tem experimentado uma forte onda de reorganização industrial nos últimos anos, evidenciada por uma intensificação das fusões e aquisições nas mais variadas atividades econômicas. O aumento da concentração econômica daí decorrente tem exigido aperfeiçoamento cada vez maior da atividade regulatória, com o objetivo de assegurar a distribuição equitativa dos frutos do crescimento econômico.

O que se percebe atualmente é que os mais conservadores representantes do capitalismo e até instituições como o FMI, que tradicionalmente são menos atentos a aspectos relacionados à justiça social, reclamam medidas redutoras de desigualdades econômicas e sociais, não exatamente por altruísmo, mas por reconhecerem que isso implica, em última análise, ampliação de mercados.

Desse modo, sendo reconhecido que a concorrência promove a igualdade no mercado e é indutora de maior eficiência econômica, deve a atividade regulatória estimulá-la com vistas ao máximo bem-estar da sociedade, reprimindo abusos de poder e disciplinando a índole concentradora da empresa capitalista, atitude hoje reclamada até por instituições do quilate da UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento).

2. TELECOMUNICAÇÕES E CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Com a preocupação de garantir qualidade, rentabilidade e baixo preço foi inevitável que o modelo de privatização das telecomunicações adotado no Brasil tivesse de se contentar com um nível mínimo de concorrência no setor, dando margem a que em alguns casos, principalmente na telefonia fixa, o setor privado "herdasse" parte do poder de mercado do

¹ Artigo apresentado no 14º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações, realizado pela Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações - ABDI, em São Paulo-SP, em 23 e 24 de outubro de 2000.

² Economista, formado pela UnB, mestre pela Universidade de Oxford - Inglaterra, MBA em Direito Econômico pela FGV e ex-Conselheiro do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

monopólio estatal antes existente (o serviço de telefonia local é um claro exemplo disso). Essa característica do modelo de privatização não reduz sua eficácia potencial, mas aumenta a responsabilidade do Estado quanto à fiscalização e controle do uso que o setor privado faz desse poder, já que tal transferência foi deliberada e prevista como parte de uma política de governo.

Com a introdução da competição no setor de telecomunicações, as questões envolvendo as condições de acesso e compartilhamento de infra-estruturas passam a ser centrais para o bom funcionamento do mercado, sendo determinantes para subsidiar as decisões de investimento e cruciais para que a atividade regulatória atinja seus objetivos. A grande capacidade operacional das redes e demais infra-estruturas de telecomunicações torna sua multiplicação uma solução freqüentemente inviável e, mais do que isso, ineficiente do ponto de vista econômico³, razão pela qual deve ser esse o ponto focal das autoridades regulatórias, se o objetivo for o de construir um ambiente de justa e efetiva competição no setor.

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.07.97), ao prever em seu art. 7º a aplicação das normas gerais de proteção à ordem econômica ao setor de telecomunicações, fez menção expressa ao caso das concentrações econômicas (§1º) e deu especial destaque à caracterização como infração à ordem econômica da adoção de práticas anticoncorrenciais de prestadoras de serviço de telecomunicações na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços (§3º). A atenção especial conferida a esses contratos é uma demonstração de que o legislador, conhecendo a organização planejada para o setor, já previa que os contratos de fornecimento seriam campo de grande incidência de conflitos concorrenciais.

3. POSIÇÃO DOMINANTE E MERCADOS RELEVANTES

Diz-se que uma firma tem **poder de mercado** ou **posição dominante** num certo mercado quando ela tem capacidade de agir com independência em relação a concorrentes e até a consumidores ou clientes, principalmente com relação à fixação dos preços do bem ou serviço produzido e à imposição de outras condições de negociação. A análise da existência de posição dominante requer, portanto, a prévia definição do mercado onde atua a empresa estudada, o chamado **mercado relevante**, conceito que, simplificadamente, abrange o grupo de produtos ou serviços razoavelmente

³ Ineficiência econômica, aqui, significando, simplificadamente, um emprego relativamente pouco produtivo dos recursos escassos da sociedade. Noutros termos, a utilização economicamente eficiente de uma certa infra-estrutura é aquela que maximiza seu aproveitamento racional para a geração de benefícios para a coletividade, conceituação muito próxima do princípio constitucional da função social da propriedade.

semelhantes ao que se estuda (**mercado relevante em termos de produto/serviço**) e a área onde atuam, em bases razoavelmente semelhantes, os produtores/fornecedores de um determinado bem ou serviço (**mercado relevante em termos geográficos**).

A análise econômica do poder de mercado pode ser realizada com o auxílio de instrumental tão complexo quanto o estudo das elasticidades da demanda dos produtos ou a construção de modelos econométricos mais sofisticados. Intuitivamente, porém, quanto menor for a possibilidade de se encontrar um substituto para um bem ou serviço, maior o poder de mercado de quem o produz ou vende. De outro ângulo, quanto mais fácil for a entrada de novos produtores/fornecedores num certo mercado, menor será o poder de mercado dos participantes. Percebe-se, portanto, que as questões relacionadas à **substituibilidade de bens e serviços** e à existência de **barreiras à entrada de concorrentes** são cruciais para o estudo do poder de mercado de uma empresa.

A substituibilidade do ponto de vista da demanda, ou seja, a existência ou não de produtos ou serviços substitutos imediatamente disponíveis para o consumidor, é, sem dúvida, o indicador de maior importância a ser estudado, o que se deve à sua maior capacidade de detectar uma situação de domínio ou de eliminar, de uma vez, qualquer preocupação nesse sentido. De importância complementar é a avaliação da substituibilidade do ponto de vista da oferta e da existência de concorrentes potenciais, o que nada mais é do que a verificação da possibilidade de que outro produtor entre oportunamente no mercado em análise, aspecto que evidencia a necessidade de que sejam estudadas as exigências de escala mínima de produção e a existência de impedimentos regulatórios, dentre outros possíveis obstáculos ou barreiras à entrada no mercado em estudo.

A rapidez da evolução da tecnologia torna mais difícil a delimitação de mercados relevantes no ramo de telecomunicações, o que recomenda o exame cuidadoso de cada caso. Pelo mesmo motivo, definições usadas em casos antigos não devem ser aceitas automaticamente, requerendo atenta revisão para que se tenha certeza de que o recorte anterior não foi afetado por mudanças tecnológicas recentes. Aquilo que se convencionou denominar-se de "convergência tecnológica" também complica essa delimitação, sobretudo porque aumenta as possibilidades de substituição entre serviços (*e.g.* a telefonia fixa é cada vez mais substituível pela móvel e por serviços de voz sobre IP etc.) fazendo com que a competição passe a se dar não mais apenas entre serviços de um mesmo tipo, mas também entre serviços múltiplos ou conjunto de serviços.

Mesmo na dimensão geográfica, a delimitação dos mercados relevantes não é questão trivial, em se tratando de telecomunicações. A título

de exemplo, parece natural aceitar que o mercado relevante, em termos geográficos, para um determinado serviço de telecomunicações seja aquele definido pela região ou área de operação definida no contrato de concessão ou autorização, o que, provavelmente, será delimitação aceitável em grande parte dos casos. Mas, sabendo-se que os limites territoriais ou espaciais impostos aos prestadores via regulação são geralmente mais restritos do que as possibilidades de alcance dos equipamentos e meios utilizados na prestação daqueles serviços, é possível admitir – numa abstração apenas exemplificativa – a possibilidade de que o exercício abusivo de poder de mercado em certo espaço geográfico seja combatido com alterações na delimitação da área de operação de concorrentes, de forma a permitir que se incremente a competição na área onde ocorre o abuso.

Na mesma direção, ou seja, também com o objetivo de aumentar a competição em certo mercado, pode agir também a redução de barreiras regulatórias como a limitação ao número de empresas prestadoras de um certo serviço, a limitação da área de concessão ou mesmo a mudança da caracterização de um certo serviço. O serviço conhecido como *trunking* (no Brasil, Serviço Móvel Especializado) pode ajudar a entender melhor essa possibilidade: considerando a grande semelhança desse serviço com o serviço celular, do qual se diferencia principalmente por dispor do serviço de despacho, é possível imaginar a "fusão" desses dois serviços, do ponto de vista regulatório, como forma de combater um hipotético abuso de posição dominante por parte de um prestador de qualquer um desses serviços. Parece claro que, quanto mais razoável for a possibilidade de consolidar esses dois serviços, por meio da retirada de barreiras regulatórias, mais difícil se torna caracterizar-se o poder de mercado de qualquer dos prestadores desses serviços.

Ainda com vistas ao permanente estímulo à concorrência, é importante que a regulamentação, no exercício da administração do espectro de radiofrequências e de órbitas, imponha o mínimo possível de restrições de uso, limitando-se àquelas requeridas para manter padrões de qualidade tecnicamente estabelecidos, com base em critérios transparentes e não discriminatórios. Seria inaceitável que a escassez artificial de radiofrequências contribuísse para o reforço ou para o surgimento de posições dominantes.

Vê-se, portanto, que no caso das telecomunicações, como, de resto, em outros setores regulados, as barreiras impostas pela regulamentação representam poderoso instrumento capaz de influenciar as condições de concorrência.

4. A CARACTERIZAÇÃO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A participação relativa de uma empresa em determinado mercado é a medida mais utilizada para aferir o seu poder naquele mercado. Para efeito da aplicação da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884, de 11.06.94), a existência de posição dominante é presumida quando uma empresa detém 20% ou mais de um mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Assim, além de não ser índice fixo ou único, deve-se ter em mente que esse é apenas um dos possíveis indicadores da existência de posição dominante que, por suas reconhecidas limitações, não deve ser considerado isoladamente. A título de ilustração, vale lembrar que há manifestações de tribunais europeus no sentido de presumir a existência de posição dominante somente se a participação de mercado for persistentemente superior a 50%.

As limitações da participação de mercado como indicador do grau de domínio são ainda maiores no caso de setores regulados onde há qualquer tipo de controle de preços ou onde a entrada de concorrentes é controlada pelo órgão regulador. A participação de mercado, nesses casos, pode ser resultante unicamente das restrições impostas pela regulação, não refletindo, necessariamente, o resultado de estratégias comerciais ou concorrenciais da empresa. Assim, no caso dos setores regulados, é recomendável que o foco da análise do poder de mercado de uma empresa se dirija para sua capacidade de impor preços, condições de negociações e de excluir concorrentes, tendo como pano de fundo o ambiente regulatório.

5. POSIÇÃO DOMINANTE: SITUAÇÕES ESPECIAIS

5.1. Posição dominante num conjunto de mercados

O surgimento de empresas com forte poder de controle sobre áreas específicas do setor de telecomunicações decorreu, em grande parte, do próprio modelo de privatização adotado em vários países, inclusive no Brasil, o que não deixa dúvidas quanto à existência ou legitimidade dessas chamadas posições dominantes⁴. Entretanto, o simples reconhecimento de que tais posições dominantes existem confere aos seus detentores especial responsabilidade de zelar pela preservação das regras de concorrência não apenas no mercado onde isso ocorre, especificamente, mas também em mercados adjacentes onde aquele poder pode ser exercido de maneira indireta.

⁴ Vale lembrar que a lei reprime apenas o uso abusivo de posição dominante e não a posição dominante em si.

Aplica-se às telecomunicações a linha de raciocínio das cortes europeias na apreciação do chamado caso *Tetra Pak*⁵, no qual sustentou-se que a existência de poder de mercado num setor (um mercado relevante específico) pode levar ao domínio de outro mercado, em geral contíguo ao primeiro, fazendo surgir uma **posição dominante no conjunto desses mercados**, o que se torna tanto mais provável quanto maior a proximidade dos mercados envolvidos. A importância dessa construção está em admitir a possibilidade de que atos praticados no mercado A por empresa em posição dominante no mercado B podem ser considerados ilegais, independentemente da caracterização de posição dominante no mercado A, como seria normalmente requerido.

O setor de telecomunicações é terreno especialmente fértil para a ocorrência do fenômeno da posição dominante conjunta, dada a integração cada vez maior entre os vários tipos de serviço em decorrência da crescente convergência tecnológica. A título de exemplo, é possível aplicar essa linha de raciocínio no caso de uma empresa que detenha posição dominante no mercado de televisão aberta que resolva ampliar suas atividades para o segmento de TV por assinatura e, daí, para o segmento de comunicações em banda larga, usando para isso, indevidamente, seu poder no mercado de TV aberta. Ou, ainda, no caso de uma operadora com posição dominante nos serviços de telefonia local que se utilize desse poder para prejudicar concorrentes no mercado de interconexão.

Na Comunidade Européia, estabeleceram-se diretrizes especiais para os acordos de acesso e a interpretação vigente é a de esses acordos não se confundem com atos de concentração, principalmente por não resultarem na criação de entidade autônoma distinta das partes nos acordos. Mas, independentemente do tratamento formal que seja dado aos acordos de acesso, quanto a seus efeitos estruturais, é importante que o órgão regulador esteja atento para a possibilidade de surgimento de posição dominante conjunta a partir de um determinado acordo de compartilhamento, por exemplo. Mais do que isso, é preciso ter ciência do risco de surgimento de condutas colusivas e de coordenação de preços, especialmente nos casos em que os acordos representem altos custos unitários para a parte adquirente do serviço de interconexão, por exemplo, limitando a concorrência via preços e estimulando práticas como a divisão de mercados.

⁵ Cf. Comunicação da Comissão [Européia] sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no setor das telecomunicações - Enquadramento, mercados relevantes e princípios. Jornal Oficial [da Comissão Européia] n° C 265, de 22.08.1998, p. 0002 a 0028.

No Brasil, a ampla abertura para a concorrência prevista para 2002 certamente fará aumentar a atenção dos reguladores para esse assunto de extrema importância para a preservação da concorrência no setor.

5.2. Posição dominante coletiva

A existência de **posições dominantes exercidas coletivamente**, isto é, por mais de uma empresa num mesmo mercado, é uma variação do caso clássico de domínio que também tem fortes possibilidades de ocorrer no setor de telecomunicações, graças à presença de condições especialmente favoráveis como, por exemplo, a existência de estruturas oligopolísticas com serviços homogêneos. A Comissão Europeia tem sido particularmente rigorosa na verificação de possibilidades como essa, dispensando até mesmo o requisito – usualmente necessário – de que as empresas tenham ligações formais entre si. Vale dizer, a interpretação tende a ser a de que, mesmo pertencendo a grupos econômicos distintos, duas ou mais empresas podem exercer, coletivamente, posição dominante num certo mercado.

Exemplificando, a existência de estratégias coordenadas entre uma empresa operadora de TV a cabo e uma operadora de telefonia fixa detentoras de rede de telecomunicações numa mesma região, pode levar essas duas empresas a dominarem, em conjunto, o mercado de acesso a redes nessa área⁶, o que as sujeitaria ao rigor da lei de prevenção e repressão ao abuso de poder econômico mesmo se elas não detiverem posição dominante individualmente em seus respectivos mercados.

6. ABUSOS DE POSIÇÃO DOMINANTE

Abusos de posição dominante em questões relacionadas a acesso podem variar desde recusas a negociar até a imposição de condições contratuais injustas ou discriminatórias, passando pela lentidão injustificada nas negociações, com a utilização de artifícios protelatórios. Outros exemplos são a criação de dificuldades relacionadas à configuração de rede, preços excessivos ou predatórios, discriminação de compradores e a imposição de venda casada de serviços. Essa última tipificação pode, em princípio, incluir a recusa à venda seletiva de elementos discretos de redes (*unbundling of network elements*), questão da maior importância para a concorrência nas telecomunicações e que, nos Estados Unidos, já mereceu tratamento objetivo da FCC⁷ que, ao especificar os elementos que devem obrigatoriamente ser disponibilizados separadamente pelas operadoras

⁶ Os mercados relevantes de telecomunicações podem ser divididos em dois grandes grupos, quais sejam, o de prestação de serviços de telecomunicações e o de acesso a infraestruturas, esse último compreendendo, por exemplo, acordos de interconexão e de compartilhamento de instalações, contratos de utilização de informações ou bancos de dados etc.

⁷ Cf. FCC promotes local telecommunications competition. FCC News Release, 15.09.99.

locais de telefonia, facilitou em muito a negociação de contratos dessa natureza.

O Regulamento de Interconexão baixado pela Anatel prevê a livre negociação de contratos e aborda os aspectos mais críticos das negociações sobre esse tema, o que coloca o Brasil entre os países com regulação mais moderna com relação a esse assunto. Mas, é impossível antecipar todos os tipos de conflito que podem ser suscitados por contratos dessa natureza e a previsão de mecanismos de arbitramento na norma original já denunciava a correta expectativa da Agência de que seria indispensável sua intervenção nas negociações.

O tempo há de mostrar outras maneiras pelas quais a agência reguladora poderá ajudar a simplificar a negociação de contratos dessa natureza, aperfeiçoando as normas existentes. Mas a regulação sobre o setor de TV por assinatura nos Estados Unidos oferece exemplo tão interessante quanto recente de como o órgão regulador pode contribuir para evitar o surgimento de conflitos como os acima mencionados. Naquele país, os serviços de TV por assinatura via satélite (conhecidos como *direct-to-home* ou, simplesmente, *DTH*) eram praticamente proibidos de retransmitir o sinal dos canais abertos até novembro de 1999. Após ter sido objeto de importantes processos judiciais⁸, essa restrição foi considerada anticoncorrencial e foi eliminada com a promulgação, em 29 de novembro de 1999, da lei denominada "*Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999*", cujo objetivo principal foi o de "promover a concorrência entre os serviços de distribuição de programação de televisão, como, por exemplo, as empresas de *DTH* e as operadoras de TV a cabo, e, ao mesmo tempo, aumentar o leque de escolha de programações disponíveis para o consumidor".⁹

A nova lei também proíbe as emissoras de TV aberta de firmarem contratos de exclusividade para a retransmissão de sua programação até dezembro de 2006, bem como de se recusarem a negociar contratos de retransmissão dessa programação.

Para evitar ao máximo que as aludidas recusas fossem utilizadas com finalidades anticompetitivas, a lei determinou que a *FCC* estabelecesse critérios para diferenciar entre recusas de boa-fé e de má-fé, o que resultou na adoção dos seguintes pontos a serem observados nas negociações para retransmissão:

⁸ E. g. caso *Primestar (US versus Primestar)* e caso *Turner (Turner versus FCC)*.

⁹ *Federal Communications Commission, Fact Sheet, Satellite Home Viewer Improvement Act [SHVIA] of 1999*, julho de 2000. O texto original da *FCC* (Comissão Federal de Comunicações dos Estados Unidos da América), aqui livremente traduzido, é: "*SHVIA is designed to promote competition among multichannel video programming distributors, such as satellite companies and cable television operators while, at the same time, increasing the programming choices available to consumers*" (p. 1).

a) Uma rede aberta não poderá se recusar a negociar com um prestador de serviço de TV por assinatura;

b) A rede aberta deverá indicar representante que disponha de autonomia para negociar;

c) O representante da rede aberta deverá concordar em reunir-se com a outra parte em locais e horários razoáveis e não poderá procrastinar a negociação;

d) A rede aberta não pode oferecer apenas uma única proposta unilateral de negociação;

e) Ao responder proposta de negociação apresentada por um prestador de serviço de TV por assinatura, a rede aberta deverá apresentar justificativas para qualquer aspecto da proposta que tenha sido rejeitado;

f) É proibido à rede aberta firmar qualquer tipo de contrato do qual conste a condição de negar para outrem permissão para retransmissão de seus sinais;

g) A rede aberta deverá concordar em cumprir integralmente os termos de um contrato de permissão de retransmissão, reconhecendo que esse traduz a totalidade dos entendimentos mantidos (o objetivo, aqui, parece ser o de inibir a utilização de "cláusulas não escritas").¹⁰

A atitude da FCC no caso acima mencionado é um exemplo de intervenção objetivamente concebida com o fim de equilibrar o poder de barganha de concorrentes numa relação vertical, e que pode efetivamente desencorajar a adoção de condutas abusivas, contribuindo para reduzir o custo privado e social de contratos de acesso. É claro que outras formas de atuação do órgão regulador podem ser preferidas ou até recomendáveis,

¹⁰ Cf. *FCC News Release, FCC ADOPTS RULES FOR RETRANSMISSION CONSENT NINE MONTHS AHEAD OF DEADLINE - Establishes a Two-Part Test for "Good Faith" Negotiations and Prohibits Exclusivity*, 15.03.00 (disponível na página da FCC na Internet). O texto original é o seguinte: "*The first part of the two-part good faith test consists of a brief, objective list of procedural standards applicable to broadcast stations negotiating retransmission consent agreements: 1) a broadcaster may not refuse to negotiate with [a multichannel video programming distributors - MVPD]; 2) a broadcaster must appoint a negotiating representative with the authority to bargain; -more- 3) a broadcaster must agree to meet at reasonable times and locations and cannot delay the course of negotiations; 4) a broadcaster may not offer a single, unilateral proposal; 5) in responding to an offer proposed by an MVPD, a broadcaster must provide reasons for rejecting any aspects of the offer; 6) a broadcaster is prohibited from entering into an agreement with any party conditioned upon denying retransmission consent to any MVPD; and 7) a broadcaster must agree to execute a written retransmission consent agreement that sets forth the full agreement between the broadcaster and the MVPD. Under the second part of the good faith test, an MVPD may present facts to the FCC which, even though they are not a specific violation listed above, given the totality of the circumstances constitute a failure to negotiate in good faith.*"

dependendo das circunstâncias. Mas em casos onde se sabe, de antemão, da existência de forte assimetria entre as partes, a atitude pró-ativa da agência reguladora é necessária, além de ser totalmente coerente com sua missão de preservar e promover a concorrência.

7. CONCLUSÃO

O que se delineia para o futuro, principalmente no campo dos acordos de compartilhamento e interconexão, é a perda crescente de importância da regulação setorial específica e o aumento de importância da aplicação da legislação de defesa da concorrência como forma de impedir o surgimento de posições dominantes e de reprimir condutas anticompetitivas. O relacionamento entre os grandes provedores de redes (*backbones*) de Internet e as grandes redes de telecomunicações em todo o mundo é um exemplo de que as regras de mercado, disciplinadas pela legislação de defesa da concorrência, podem ser suficientes para garantir a livre e justa concorrência, dispensando, em parte, a intervenção da regulação setorial específica.

Observadores do setor asseguram que, apesar de existirem conflitos entre grandes e pequenos provedores, a negociação privada tem sido suficiente para encontrar soluções satisfatórias. Exemplo disso é a recusa de grandes provedores de estabelecerem acordos de intercâmbio de tráfego (*peering*) com provedores menores, problema cuja solução foi a de substituir o acordo de intercâmbio por um mais restrito acordo de trânsito (*transit*) que, feito em condições razoáveis, protege o interesse dos grandes provedores contra os aproveitadores e oportunistas (*free riders*), sem impedir a permanência dos pequenos no mercado, em condições de competir.¹¹

Ao invés de pretender que a regulação antecipe todos os problemas e respectivas soluções relacionados com acordos de acesso de um modo geral, o que é virtualmente impossível, o melhor uso que se pode fazer da atividade regulatória nesse caso específico é o de reduzir as assimetrias de informação entre os diversos participantes do mercado, o que pode ser feito, por exemplo, por meio da divulgação de orientação e diretrizes gerais acerca da aplicação da norma antitruste ao setor, a exemplo do que fazem as autoridades antitruste e de telecomunicações em outros países.

É de suma importância, portanto, que os aplicadores da lei antitruste, aí incluída a Anatel, estejam preparados para analisar, com agilidade, casos tecnicamente complexos e para aplicar as normas setoriais em combinação harmônica com as normas de defesa da concorrência.

¹¹ Cf. FCC releases study of Internet backbone market. FCC News Release, 26.09.00

DESAGREGAÇÃO E COMPARTILHAMENTO DO USO DE REDE DE TELECOMUNICAÇÕES

*Pedro Dutra**

1. Unbundling: desagregação - 1.1. A questão em exame - 2. Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC: disciplina legal - 2.1. A primariedade da prestação do STFC - 3. Compartilhamento do uso de rede: inteligência dos artigos 154 e 155 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT - 3.1. O princípio constitucional da livre concorrência e a LGT - 3.2. Pressupostos do compartilhamento do uso de rede: casos e condições - 3.3. A doutrina da instalação essencial - 3.3.1. A função social da propriedade e a doutrina da instalação essencial - 3.3.2. Pressupostos da aplicação da doutrina da instalação essencial - 3.3.3. O mercado de STFC - 3.3.4. O mercado de serviços de transmissão de dados em alta velocidade - 3.3.5. Os pressupostos aplicáveis à espécie - 3.3.5.1. A viabilidade técnica do compartilhamento - 3.3.5.2. A impossibilidade da duplicação da instalação - 3.3.5.3. Recusa ao compartilhamento: justificativa - 3.3.5.4. O preço do compartilhamento - 4. Condições do compartilhamento - 4.1. Desestímulo ao investimento - 4.2. Ineficiência econômica - 4.3. Transferência de renda - 4.4. Cherry picking e cream skimming - 4.5. Limite - 5. A disciplina regulamentar e o ato administrativo autorizador do compartilhamento: o dever da ANATEL - 6. Conclusão - 7. Bibliografia.

1. Unbundling: desagregação

Unbundling quer dizer desenfeixamento; *bundle*¹, em inglês, corresponde a *fascia*, feixe, em latim². O verbo *to bundle*, enfeixar, encontra o seu contrário pela adição do prefixo *un*, e o vocábulo assim composto, acrescido do sufixo *ing*, forma o gerúndio desse verbo, de onde provêm o substantivo *unbundling*. Na linguagem específica de telecomunicações, optou-se pelo vocábulo *desagregação* como versão do vocábulo inglês, e em francês *degroupage*, desagrupamento³.

* Advogado.

¹ cf. The Oxford Dictionary of English Etymology, edited by C.T. Onions, Oxford, 1966, p. 126.

² cf. Novíssimo Dicionário Latino-Portuguez, SARAIVA, F.R. dos Santos. 5ª. ed., Rio de Janeiro: H. Garnier. 1905, p. 474/5.

³ “Ce terme, traduction de l’anglais ‘unbundling’, désigne l’obligation, pour le fournisseur, de ‘segmenter’ sa prestation, (...)”. TRAN THIET, Jean-Paul.

Desagregação é a segmentação de elementos de uma rede instalada de telecomunicações. Embora o processo de desagregação possa ser promovido, em princípio, em qualquer elemento de rede ou, ainda, em determinados serviços, aqui examinaremos a hipótese do compartilhamento do uso de rede que se segue à desagregação de elementos da rede de telecomunicações, que serve à prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, em seu acesso local. Neste caso, a desagregação permite liberar uma faixa de frequência alta, em paralelo à faixa de frequência baixa desta rede já utilizada ordinariamente para prestação do STFC, e destiná-la à transmissão de dados em alta velocidade⁴. A exploração dos serviços que utilizam esta faixa desagregada de alta frequência atraiu o interesse de terceiros prestadores de outros serviços de telecomunicações não proprietários e não titulares dos direitos de exploração da rede destinada à prestação de STFC, na modalidade local. Estes reclamam, avançando argumentos diversos, compartilhar o uso da rede instalada destinada à prestação do STFC, de propriedade e explorada pelas Concessionárias destes serviços, para transmitir dados por meio da faixa de frequência alta, desagregada dessa rede. De outro lado, as Concessionárias de STFC, titulares das redes destinadas à prestação desses serviços, em especial aqueles prestados em âmbito local – de ora por diante, Concessionárias – não se recusariam ao compartilhamento, senão reclamam fixe a ANATEL – conforme dispõe a Lei Geral de Telecomunicações, artigos 154 e 155 – os casos e condições em que tal compartilhamento pode ocorrer.

“Télécommunications! Nouvelle Donne”. Paris: Les Éditions d’Organisation. 1997. p. 55.

⁴ Existem diferentes tipos de *unbundling*, que essencialmente variam quanto ao grau de compartilhamento de rede:

- *full unbundling*: nessa modalidade, a empresa entrante tem acesso direto e exclusivo ao par de cobre do assinante. Tendo acesso ao par, a prestadora opera seu sistema de transmissão, sendo o ponto de interconexão no distribuidor geral da estação local de comutação (ponto final da “última milha”) ou em uma unidade concentradora remota.
- *shared line*: diversos serviços são prestados por mais de uma operadora, com acesso ao par. Assim como no *full unbundling*, o ponto de interconexão situa-se no distribuidor geral da estação ou em uma unidade remota, fazendo-se necessário o gerenciamento do uso dado ao espectro do cabo, em razão do seu uso para prestação de diversos serviços.
- *bit stream*: essa modalidade de *unbundling* envolve tanto o meio físico como o sistema de transmissão. A incumbente gerencia todo o sistema, evitando as interferências decorrentes do uso descontrolado do espectro. O ponto de interconexão geralmente está na estação local.

1.1 A questão em exame

O cerne da questão, cujo exame dos aspectos jurídicos aqui se faz, é o *compartilhamento* do uso do acesso local de uma mesma rede já instalada, aquela de propriedade de Concessionária e utilizada primariamente para a prestação de STFC, em seqüência à *desagregação* de seus elementos – qualquer o tipo que a desagregação observe – por terceiros prestadores de serviços de transmissão de dados em alta velocidade.

Vale dizer, a incidência dos artigos 154 e 155, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97, de ora por diante, LGT).

2. Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC: disciplina legal

O serviço de telefonia inscreve-se entre os serviços de telecomunicações que o artigo 60, §1º, da LGT, refere, embora aí haja referência à *transmissão de sons*; a referência à *telefonia*, como *forma de telecomunicação*, acha-se adiante, art. 69, parágrafo único, e a referência à *transmissão de voz* encontra-se nas regras infra-legais que disciplinam a prestação do serviço de telefonia fixa comutada, que o definem: *serviço telefônico fixo comutado: serviço de telecomunicação que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre dois pontos fixos determinados, utilizando-se processos de telefonia*⁵.

Quanto à natureza do interesse que afetam, a LGT classifica os serviços de telecomunicações em os de interesse coletivo e os de interesse restrito, sendo que a exploração destes serviços não pode prejudicar a exploração daqueles serviços (art. 62, da LGT). Designa a Lei serviços prestados em regime jurídico público e em regime privado, dizendo que os primeiros são prestados mediante concessão ou permissão; dispõe que ao prestador destes serviços estipular-se-á a obrigação de promover-lhes a universalização e assegurar-lhes a continuidade, explicitando que a obrigação de universalização será cumprida por meio do atendimento de prescrições específicas, estas fixadas em maior número e de maior complexidade às Concessionárias de SFTC prestado em âmbito local, mensuradas por critério determinado, e que o seu descumprimento, assim como o descumprimento da

⁵ Regulamento de Serviço Telefônico Fixo Comutado, artigo 3º, XX, aprovado pela Resolução 85, de 30/dezembro/1998.

obrigação de continuidade, sujeitará a Concessionária às sanções previstas (artigo 82, *citado*).

À vista dos dispositivos legais incidentes, o serviço de telefonia fixa comutada classifica-se como serviço de interesse coletivo, prestado sob regime jurídico público, mediante concessão, sendo estipulada à Concessionária, sobretudo quando o presta em âmbito local, a obrigação de promover a sua universalização pelo atendimento às prescrições específicas a ela estipuladas em maior número e complexidade do que às estipuladas às prestadoras de STFC na modalidade de longa distância nacional e internacional, e, ainda, a obrigação de assegurar a continuidade desses serviços na forma e em índice determinados, sujeitando-se à sanção legal em caso de inadimplência dessas obrigações (artigos 79 e 82⁶, da LGT).

Mas não só. A especialidade do serviço prestado pelas Concessionárias de STFC afirma-se, sobre os demais serviços de telecomunicações, em razão de este serviço ser destinado ao atendimento direto da demanda primária dos serviços de telecomunicações, a reunir a totalidade dos seus usuários, desde os de menor renda até os de maior renda. Em uma palavra, a demanda por esses serviços é a maior e mais complexa registrada no mercado de serviços de telecomunicações, pois reúne o maior número de faixas e contingente de usuários do que a demanda pelos demais serviços ofertados nesse mercado. O legislador, atendendo à significação desse fato, acertadamente⁷ o pôs à base da definição legal das “*obrigações de universalização*”: “*as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações independentemente de sua localização e condição sócio-econômica...*”⁸.

Desse contexto ressalta, indiscutível, o fato de que a prestação de STFC, sobretudo em âmbito local, cumpre diretamente a finalidade primeira da

⁶ “Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.”

⁷ Seguindo, aliás, a experiência normativa européia, que considera igual suporte fático: “‘Universal Service’ shall mean a defined minimum set of services of specified quality which is available to users regardless of their geographical location and, in the light of specific national conditions, at an affordable price;”. ONP Framework Directive - Council Directive 90/387/EEC - of 28 June 1990. In: WATSON, Christopher / WHEADON, Tom. *Telecommunications - the EU law*. Palladian Law. 1999. p. 36). Igualmente, o direito francês: “Le service universal permet d’organiser un droit au téléphone pour tous à un prix abordable”. In: *Télécom – aspects juridiques*. BEUSOUSSAN, Alain. s.L. Hermes, 1998, p. 39.

⁸ §1º do Artigo 79, da LGT.

prestação de serviços de telecomunicações, fixada na LGT de forma preambular no inciso II do artigo 2º: “o Poder Público tem o dever de (...) estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira.

2.1. A primariedade da prestação do STFC

Vale dizer, a *expansão dos serviços de telecomunicações, em benefício da população brasileira*, dar-se-á obrigatoriamente por meio da prestação dos serviços que atendam *primariamente ao interesse público*, serviços que possibilitem *o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica*⁹. Este serviço é o serviço de telefonia fixa comutada, sobretudo o prestado em âmbito local, e cuja prestação reveste-se, por conseguinte, de um caráter prioritário afirmado em Lei, em relação à prestação dos demais serviços de telecomunicações. Assim, em função dessa prioridade, é que a Lei põe, como dever do Poder Público, – da ANATEL – a promoção da prestação desse serviço em primeiro lugar, em relação aos demais serviços de telecomunicações¹⁰, prioridade que a regra do artigo 127, da LGT, ratifica, ao dizer que *a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público*. Ou seja, observada a prioridade da prestação de STFC.

⁹ Artigo 79, §1º da LGT: “A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.”

¹⁰ O artigo 127, da LGT, desdobra o comando do citado artigo 2º: “Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das Leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

(...)

IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, [dar-se-á] observada a prevalência do interesse público; (...).”

Nesse sentido também, a proteção conferida à prestação de STFC, expressa no dispositivo do artigo 66 da mesma Lei: “*Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.*” Este dispositivo, e o do artigo 127, citado, guardam a integridade absoluta da prestação de STFC, a compreender necessariamente o equilíbrio econômico-financeiro da prestadora, o qual, agravado, comprometerá a prestação daquele serviço. Claro está, ao dizer *inviabilidade* não referiu o legislador apenas o estado de inviabilidade plena, senão qualquer agravo capaz de comprometer a prestação do STFC. Surge, então, à Agência o dever de *adotar as medidas que impeçam* tal inviabilidade, que dizer, medidas protetivas a assegurar a continuidade íntegra – íntegros os aspectos técnicos e econômicos – da prestação de STFC.

3.Compartilhamento do uso de rede: inteligência dos artigos 154 e 155 da LGT

O compartilhamento do uso de redes está disciplinado nos artigos 154 e 155, da LGT; respectivamente:

“Art. 154. As redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito.

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.”

Embora em forma prolixa, inquestionavelmente a regra dos artigos citados assegura o compartilhamento do uso de rede instalada por terceiro: *as redes de telecomunicações poderão ser (...) utilizadas (...) por outrem; e (...) as empresas deverão disponibilizar suas redes (...) a outras prestadoras.*

Todavia, o compartilhamento do uso da rede não se apresenta como um direito irrestrito assegurado a terceiro; o seu exercício deve observar os pressupostos fixados na Lei, a saber: possibilitar ou promover a concorrência no mercado em causa; o caráter prioritário da prestação de STFC, sobretudo em âmbito local, e portanto o uso prioritário da rede instalada para

esse fim; os *casos* e as *condições* em que o compartilhamento pode ocorrer, estes e estas fixados pela ANATEL.

Ao dispor que *as redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem*, diz o legislador que o uso compartilhado da rede dar-se-á em forma estrita: *secundariamente*. Por óbvio, essa utilização secundária refere a função primária da rede destinada à prestação de STFC. A secundariedade do uso por *outrem* – do compartilhamento – da rede traduz o caráter prioritário que, de forma preambular, o legislador conferiu à prestação do STFC em razão das suas características e finalidade fixadas em Lei. Objetivamente, visa a regra do artigo 154 preservar a integridade – assegurando-lhe a continuidade e a universalização – da prestação do STFC, advertido porém o legislador de que o uso compartilhado da rede destinada à prestação desse serviço, embora devido e desejado como meio de aperfeiçoamento tecnológico e de formação ou afirmação da concorrência no mercado geral de telecomunicações, requer detida análise pela ANATEL.

É nesse sentido que a regra do artigo 155 complementa a do artigo anterior: *para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo* (art. 155, da LGT). Corretamente, o legislador aduziu à regra do artigo 154 regra a fixar que o compartilhamento ali referido deverá ter, obrigatoriamente, por finalidade *desenvolver a competição*. E não poderia ser por outra forma, uma vez que a prestação dos serviços de telecomunicações inscreve-se no regime jurídico, de extração constitucional, de defesa da livre concorrência.

O uso compartilhado da rede submete-se, portanto, à condição de que a prestação do STFC, em especial em âmbito local, não seja, por forma alguma, prejudicada, bem como seja atendida a finalidade legal de desenvolver a competição. A verificação do implemento dessa condição e do cumprimento dessa finalidade está cometida à ANATEL, e ela deverá promovê-la fixando, obrigatoriamente, os *casos* e as *condições*, isto é, os termos em que o compartilhamento poderá ocorrer.

3.1. O princípio constitucional da livre concorrência e a LGT

Atendendo à norma constitucional, que pôs a defesa da livre concorrência como princípio regente da ordem econômica¹¹ e tem por destinatário primeiro o legislador ordinário, este, ao disciplinar a prestação dos *serviços de telecomunicações* e a *criação e funcionamento de seu órgão regulador*, observando o comando constitucional, dispôs que as *relações econômicas* que se travem no mercado de serviços de telecomunicações observarão o princípio constitucional da *livre concorrência*, a ser afirmado pela *repressão ao abuso do poder econômico*¹².

Sob controle estatal, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações agiam em regime de monopólio e, por conseguinte, nesse mercado inexistia concorrência; a oferta desses serviços era ditada à margem de qualquer disputa entre as empresas ofertantes. Uma vez privatizadas essas empresas, e já vigente a atual Constituição Federal, em obediência às regras deste novo estatuto, determinou a lei ordinária, a LGT, fosse o mercado de serviços de telecomunicações estruturado sob o regime de livre concorrência. Assim, as empresas privatizadas de telecomunicações, e as empresas entrantes nesse mercado, submetem-se todas às regras de defesa da concorrência, e a ação reguladora da ANATEL acha-se vinculada legalmente, em toda a sua extensão, ao estabelecimento de condições objetivas necessárias à criação e à afirmação de um mercado concorrencial; nas palavras exatas da LGT, seu artigo 6º: *Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.*

3.2. Pressupostos do compartilhamento do uso de rede: casos e condições

¹¹ Art. 170, IV, da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IV - livre concorrência;”

§ 4º do artigo 173, da Constituição Federal: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

¹² Art. 5º, da LGT: “Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.”

Nesse quadro normativo de extração constitucional devidamente desdobrado na LGT¹³, artigos 5º¹⁴ e 6º (citado acima), os casos e as condições – em que o compartilhamento do uso da rede é admissível – deverão ser fixados pela ANATEL, tendo por finalidade *desenvolver a competição*, nos termos dos artigos 154 e 155 da LGT.

Como exposto acima, a questão em causa assim se resume. A Concessionária prestadora de STFC, inclusive o prestado em âmbito local, utiliza-se para execução desse serviço de rede de sua propriedade. Terceiras empresas querem compartilhar o uso do acesso local desta rede para ofertarem serviços de transmissão de dados em alta velocidade, valendo-se da faixa de alta frequência desagregada dessa rede. Não negariam compartilhamento as Concessionárias senão reclamariam a ação reguladora da ANATEL, a fixar os *casos* e as *condições* em que o compartilhamento poderá ocorrer, como dispõe a LGT. Assim, não se pode, em princípio, falar em conduta violadora das regras de defesa da concorrência por parte das Concessionárias, titulares da rede destinada à prestação de STFC, em especial em âmbito local, ao contrário do que ocorre na maioria dos casos que vêm consistindo a jurisprudência norte-americana e a comunitária européia.

¹³ O mesmo quadro normativo, de subordinação do mercado de serviços de telecomunicações à regra da livre concorrência, se têm no regime jurídico da comunidade européia. “The timetable for full liberalisation in the telecommunications sector has now been established, and most Member States had to remove the last barriers to the provision of telecommunications networks and services in a competitive environment to consumers by 1 January 1998. As a result of this liberalisation a second set of related products or services will emerge as well as the need for access to facilities necessary to provide these services. In this sector, interconnection to the public switched telecommunications network is a typical, but not the only, example of such access. The commission has stated that it will define the treatment of access agreements in the telecommunications sector under the competition rules. This notice, therefore, addresses the issue of how competition rules and procedures apply to access agreements in the context of harmonised EC and national regulation in the telecommunications sector. (in NOTICE on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector. FRAMEWORK, RELEVANT MARKETS AND PRINCIPLES. In: *Official Journal of the European Communities*. 22.8.98. c 265/02).

¹⁴ v. nota 12.

3.3. A doutrina da instalação essencial

Na experiência norte-americana, os pressupostos objetivos a justificar o uso compartilhado de um bem por terceiro foram sendo definidos em sucessivas decisões judiciais. Na recente experiência comunitária européia, a questão é enfrentada em normas diversas – “diretivas”, “avisos”, etc. - e também pelo órgão judiciário da União Européia e de alguns estados membros, aquele na qualidade de revisor de decisões do órgão comunitário de defesa da concorrência. Na atual fase da ação regulatória no Brasil, o Poder Judiciário vem sendo chamado a se manifestar sobre a ação de órgãos reguladores, mas a maioria das questões refere ainda a revisão dos aspectos formais, e não questões substantivas, relativas aos atos expedidos por tais órgãos.

O uso de um entroncamento ferroviário em St. Louis, nos Estados Unidos, em 1912, por terceiros que por ele queriam fazer trafegar suas composições, encontrou resistência de seus proprietários; a Suprema Corte decidiu em favor dos terceiros, reconhecendo que, mesmo não sendo coproprietários do entroncamento, ao seu uso teriam direito¹⁵. Uma série de decisões subseqüentes, não necessariamente tendo por objeto o uso compartilhado de instalações por terceiros¹⁶, permitiram a construção da *essential facility doctrine* – doutrina da instalação essencial – largamente disseminada, e cuja crítica, em face do atual significado das indústrias de rede na economia mundial, vem sendo renovada, especialmente em relação à delimitação do caso – do suporte fáctico – ao qual é pertinente invocar a doutrina como fundamento à aplicação das regras legais de defesa da livre concorrência, sobretudo em mercados regulados.

Pois foi precisamente no mercado regulado de telecomunicações que surgiu a controvérsia que permitiu à Suprema Corte dos Estados Unidos formular os pressupostos objetivos à aplicação da doutrina da instalação essencial. A *MCI Communications Corp.* reclamava o direito de conectar sua rede, destinada à prestação de serviço local, à rede da *AT&T*, utilizada para prestação de serviço em âmbito nacional; argüia a *MCI* que, valendo-se da rede da *AT&T*, a esta oporia concorrência e assim beneficiaria o usuário final. A Suprema Corte julgou procedente o pedido formulado pela *MCI*,

¹⁵ United States v. Terminal T.T. Ass'n, 224 U.S. 383 (1912). In: *ANTITRUST law developments*. 4. ed. Chicago: American Bar Association, 1997. v. I. p. 275-276.

¹⁶ Uma síntese se tem em: AREEDA, Phillip. “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”. In: *Antitrust Law Journal*, vol. 58. 1989-90, p. 841 e segs.

dizendo, em resumo, que o uso da rede da ATT pela MCI beneficiaria a concorrência¹⁷.

A experiência comunitária europeia recepcionou a doutrina da instalação essencial ao decidir o caso *B&I Line plc v. Sealink*. Esta empresa operava barcaças para transporte de automóveis (*car ferry boats*), entre o País de Gales e a Irlanda, e era proprietária do porto onde as barcaças ancoravam; *B&I*, prestava o mesmo serviço e utilizava o mesmo porto, que, dado às suas características, não permitia às barcaças das duas empresas descarregassem simultaneamente, obrigando as empresas a um rodízio pré-determinado. A *Sealink* unilateralmente alterou seus horários de tráfego, em prejuízo de sua competidora. A Comissão, embora reconhecendo que a alteração beneficiaria os consumidores, entendeu a conduta como abusiva, uma vez que a *Sealink* valia-se do seu poder monopólico sobre a instalação essencial – o porto – “*para reforçar sua posição em um mercado conexo, especialmente por dar ao seu concorrente acesso a esse mercado conexo em condições menos favoráveis do que aquelas reservadas à prestação de seu serviço*”¹⁸.

3.3.1. A função social de propriedade e a doutrina da instalação essencial

A qualidade de *essencial*, atribuída a uma instalação, diz que o seu uso compartilhado possibilita terceiro competir com o titular da instalação e assim preservar a livre concorrência ou promovê-la no mercado em causa. Note-se, desde já, que a essencialidade a ser declarada refere-se à concorrência, existente ou a existir, e não ao ingresso de terceiro ao mercado simplesmente. Essencial é a instalação cujo uso, por terceiro, possibilita ou promove a concorrência em um dado mercado.

A essencialidade de um determinado bem é o fundamento a justificar a restrição excepcional ao livre uso desse bem – da instalação – por seu proprietário, que o fez compartilhá-lo com terceiro. Essa exceção ao pleno exercício do direito da propriedade é admitida no direito brasileiro e acha o seu fundamento no princípio constitucional da *função social da propriedade*, disposto em linha com os princípios da livre concorrência e da livre

¹⁷ *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d at 1123-33. (7th. Circuit) 464 U.S. 891 (1983). In: *ANTITRUST law developments*. 4. ed. Chicago: American Bar Association, 1997. v. I. p. 276-277.

¹⁸ In *BISHOP, Simon / WALKER, Mike. The Economics of EC Competition Law*. 1999. p. 115.

iniciativa, princípios complementares entre si e regentes da ordem econômica, a dizer prevalecer, eventualmente e na forma da Lei, a atribuída *função social* da propriedade sobre o pleno exercício das prerrogativas a ela inerentes, e ordinariamente asseguradas nas regras de direito privado ao titular do bem. **PIETRO BARCELLONA** analisa a regra excepcionante:

“A função social não opera no interior da propriedade, não é a propriedade de que é disciplinada de forma a realizar a função social; ao contrário, a função social é realizada pela Lei; não é a propriedade que é dirigida para a realização da função social, é a lei que actua a função social. A função social é a ‘ratio’, a justificação das intervenções do legislador que estabelecem uma série de limites, que definem o âmbito dos poderes proprietários; no interior desta faixa externa o proprietário continua a comportar-se como titular de uma competência exclusiva”. (“Diritto privato e processo economico”. Napole, 1974. págs. 179 e 180, apud Ana Prata em *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra. 1982, p. 163).

A qualificação excepcionante indica a limitação, estendida à ordem econômica, ao exercício do direito de propriedade; e, como todas as demais formas de intervenção estatal na ordem econômica, está disposta em Lei, em cumprimento à regra do artigo 174 da Constituição Federal¹⁹. É, precisamente, o que se tem em relação à defesa da concorrência e em relação à regulação do mercado de serviços de telecomunicações, subsistemas normativos objetivamente harmonizados, como visto acima. A Lei de repressão ao abuso do poder econômico, de nº 8.884/94, desdobra o princípio constitucional da função social da propriedade, ao prever, entre outras medidas, a venda de bens, cessão ou suspensão de direitos, quando necessário à preservação da livre concorrência, pela prevenção e repressão ao abuso do poder econômico²⁰. A LGT, a sua vez, em exata proporção, inscreve os

¹⁹ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

²⁰ Artigo 54, § 9º, da Lei 8.884/94: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à

princípios constitucionais da *função social da propriedade* e da *livre concorrência*, na disciplina do mercado de serviços de telecomunicações, como se tem, respectivamente nos seus artigos 7º e 146, III²¹.

Portanto, o exercício dos direitos relativos à propriedade de rede – instalação – que pode ser declarada essencial no mercado de serviços de telecomunicações, submete-se ao interesse *social*, ao interesse de todos, ao *interesse público*, e assim o seu uso pode ser excepcionado ao proprietário do bem, em favor do interesse social; no caso, *promover a competição*, a livre concorrência no mercado de serviços de telecomunicações, desde que atendidos os pressupostos especialmente fixados nos artigos 154 e 155, da LGT.

3.3.2. Pressupostos da aplicação da doutrina da instalação essencial

O suporte fático a reclamar a incidência da regra legal a determinar o compartilhamento deve ser cuidadosamente analisado para que terceiro possa ser autorizado compartilhar o uso de determinada instalação, tendo-se em conta que a restrição ao livre exercício dos direitos da propriedade por seu titular, que o compartilhamento legal do uso a este impõe, ergue-se como um fator dominante nesta análise, como mostra a doutrina italiana:

ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.”.

²¹ “Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

“Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

(...)

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.”

“Da ciò discende, a nostro avviso, che la speciale responsabilità gravante sull’impresa in posizione dominante di non ridurre o escludere la concorrenza, in questa particolare situazione, viene ad incidere sulle prerogative stesse del diritto di proprietà di un bene, in particolare limitando una delle facoltà tradizionalmente riconosciute al proprietario, quella di escludere i terzi del próprio bene.

In tal caso, l’obbligo di contrarre dell’impresa che controlla un’essential facility si configurerebbe come un limite al diritto di proprietà del bene e nel correlativo riconoscimento di un vero e próprio diritto di accesso all’essential facility da parte di imprese concorrenti attuali o potenziali, previo pagamento di un corrispettivo che copra l’investimento del proprietario.”. (BERTI, Iacopo / BIANCARDI, Alberto. “Essential facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche”. In: *Concorrenza e Mercato*. Milão: Giuffrè Editore. 4/1996. p. 447)

AREEDA, o autor mais citado nos Estados Unidos no âmbito do direito da concorrência, mostra não existir o dever incondicionado de compartilhar, e, quando admitido o compartilhamento, revela-se ele inteiramente excepcional na ordem jurídica, uma vez que é um propósito legítimo do proprietário da instalação, cujo compartilhamento terceiro reclama, defender a sua posição no mercado concorrencial, e mesmo ampliá-la; é, conclui, uma reação natural no mercado competitivo; contrária à Lei, se o titular da rede conduzir-se de forma a obstar a livre concorrência²². O mesmo dizem **BISHOP & WALKER**, no âmbito do direito comunitário europeu:

“The concept of an essential facility runs contrary to that of property rights. It is a fundamental right of firms and individuals to exercise their property rights; hence, the application of refusal to supply and essential facility arguments must be examined carefully and confined to appropriate conditions, rather than providing broad grounds for regulatory intervention.” (BISHOP, Simon / WALKER, Mike. *The Economics of EC Competition Law*. London: Sweet & Maxwell. 1999. p. 115)

A excepcionalidade, a marcar a doutrina da instalação essencial, requer, portanto, à sua aplicação na determinação do dever de compartilhar, análise caso a caso, a cada qual fixadas as condições a serem observadas. Anudou bem, portanto, o legislador brasileiro, ao determinar à ANATEL iden-

²² cf. AREEDA, Phillip. “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”. In: *Antitrust Law Journal*. vol. 58, n.1 - part 1. April 5-7. 1989. p. 852-853.

tificar e fixar o *caso* e as *condições* em que o compartilhamento do uso de rede usado para prestação de serviços de telecomunicações poderá ser admitido²³.

Na questão em exame, essa análise deve iniciar-se por distinguir a posição das Concessionárias nos mercados envolvidos: o mercado de prestação de STFC, e o mercado de prestação de serviços de transmissão de dados em alta velocidade. Observe-se, desde já, que o tipo de desagregação dos elementos da rede de propriedade das Concessionárias, eventualmente a ser promovido para atender a terceiro, submetem-se a considerações de ordem técnica não jurídica e econômica que serão considerações também objeto da análise, caso a caso, para fixar as condições do compartilhamento, que a Lei obriga a ANATEL promover.

3.3.3. O mercado de STFC

Terceiro, entrante, ao compartilhar o uso de uma instalação, disputará no mercado de serviço a que a instalação serve primariamente ou secundariamente. No caso sob exame, o mercado primário, como visto acima, é o de STFC, sobretudo o prestado em âmbito local, e secundário o mercado de transmissão de dados em alta velocidade, este contudo sob diversa situação regulatória em relação àquele, como adiante se verá.

Na área geográfica em que atuam, pode-se dizer que as Concessionárias têm posição dominante no mercado de STFC, e assim poder-se-ia cogitar extenso esse poder ao mercado à jusante, de transmissão de dados em alta velocidade, que poderá utilizar elemento desagregado do acesso local da rede de propriedade das Concessionárias. Mas, como acima apontado, não há exercício abusivo do domínio por parte das Concessionárias no mercado de prestação de STFC e no mercado de transmissão de dados em alta velocidade, não apenas em razão do fato de, em mercados regulados como o de STFC, o poder de mercado não se expressar, porque assim não se consubstancia, por forma igual a dos mercados não regulados, senão porque não

²³ Nessa linha a experiência norte-americana, mesmo versando sobre a hipótese oposta a aqui analisada, de existir um monopolista natural e, por parte dele, recusa em ceder acesso a terceiro que lhe queira compartilhar o uso da instalação da qual é titular, OWEN observa: “The first remedy is to regulate the terms of access on a case-by-case basis, so as to ensure that all efficient competitors obtain access, but that the optimal degree of vertical integration is maintained.” (“Determining optimal access to regulated essential facilities”. OWEN, Bruce M. In: *Antitrust Law Journal*, v. 58. 1989-90. p. 890)

há, por parte das Concessionárias, recusa em compartilhar o uso de sua rede, e sim a pretensão de a ANATEL, em cumprimento à Lei, fixar os *casos* e as *condições* em que tal compartilhamento poderá ter lugar.

Que o poder de mercado em mercados regulados revela-se diverso, essencialmente, em relação aos mercados não regulados, a doutrina demonstra claramente²⁴. E, note-se, ainda, que a posição dominante ostentada pelas Concessionárias no mercado de STFC tem extração legal: foi-lhes outorgada pelo poder concedente, nos termos das normas disciplinadoras do processo de privatização e da LGT.

3.3.4. O mercado de serviços de transmissão de dados em alta velocidade

O mercado de serviços de transmissão de dados em alta velocidade difere essencialmente daquele de prestação de STFC, em especial o prestado em âmbito local, já pela natureza do serviço. Trata-se de transmissão de dados e não de voz, o que afasta a possibilidade de substitutibilidade direta entre ambos os serviços de que o usuário de qualquer desses serviços pudesse valer-se; por igual, o preço dos serviços: enquanto o preço do STFC é fixado pela Agência, livre é o preço da transmissão de dados, e é alta a disparidade entre eles. Do ponto de vista regulatório, a prestação de serviços de transmissão de dados inscreve-se em outro padrão normativo: é um serviço de interesse coletivo, porém prestado sob regime privado, o que isenta o seu prestador dos deveres de universalização e continuidade, que gravam a prestação do STFC.

Prestação de STFC e de transmissão de dados são serviços de telecomunicações, mas constituem mercados relevantes²⁵ – ou segmentos daquele mercado mais amplo – distintos. No caso presente, a disputa dar-se-á em

²⁴ “The second factor is the presence of regulation itself, which may do two different things. First, it may give the firm an exclusive right to deal in a defined area. Second, regulation may designate the price at which a firm must sell. On the one hand, courts have said that market power is measured by a dominant share of a relevant market. On the other, they have defined power as the ability to control prices. A price regulated public utility may be thought to have substantial market power under the market share test, but perhaps no market power at all under the test of power to control price. Some courts have held that dominant market share is relatively less important to the assessment of market power in the case of a regulated public utility than for dominant firms generally.” (HOVENKAMP, Herbert. “Antitrust and Federal Regulatory Policy”. In: *Federal Antitrust Policy - The law of competition and its practice*. s.L. 1994. p. 658).

²⁵ Isto é, área geográfica onde serviços ou produtos são ofertados e procurados.

um mercado de serviço diverso do mercado de STFC, o de transmissão de dados em alta velocidade, a utilizar elemento desagregado da rede primariamente destinada à prestação de STFC, mas que com o mercado formado por este serviço não se confunde.

O mercado de serviços de transmissão de dados em alta velocidade e seus figurantes deverão fazer objeto preferencial de análise da ANATEL, ao esta fixar os casos e as condições em que o compartilhamento do uso da rede hoje destinada à prestação de STFC poderá ocorrer, para permitir que naquele mercado seja *desenvolvida* a competição. Ou seja, serão os termos do mercado de transmissão de dados em alta velocidade que deverão ser analisados detidamente pela ANATEL, pois o desenvolvimento de que fala a regra do artigo 155, citado, refere este mercado.

3.3.5. Os pressupostos aplicáveis à espécie

Excluído o uso abusivo de posição dominante, do qual se valha o titular da rede para negar o compartilhamento devido de seu uso a terceiro – o que não ocorre na questão aqui examinada e assim tem-se afastada a hipótese de infração à ordem econômica, os demais pressupostos a justificar a aplicação de doutrina da instalação essencial permanecem válidos. Tais pressupostos viram-se consagrados a partir da sua fixação pela jurisprudência norte-americana e pela experiência regulatória comunitária europeia, como acima apontados; à hipótese em exame são aplicáveis os seguintes²⁶:

²⁶ Estes os pressupostos deduzidos do caso MCI Communications Corp. v. AT&T, referido acima: “(1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility.”

Como se vê, à hipótese em exame não se aplicam os itens (1) e (3).

Na experiência europeia, são os seguintes os pressupostos fixados na “Commision’s Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in Telecommunications Sector” – “Access Notice” , 1998, OJ. C265/2:

(1) availability of sufficient capacity to provide access;

(2) the facility owner fails to satisfy demand on an existing service or product market, blocks the emergence of a potential new service or product, or impedes competition on an existing or potential service or product market;

(3) the requesting party is prepared to pay a reasonable and non-discriminatory price for the access;

(4) there is no objective justification for refusing access.”. Não se aplicam ao caso em exame, como se vê, os itens (2) e (4).

- i) a viabilidade técnica do compartilhamento;
- ii) a impossibilidade de duplicação, por parte de terceiro, da instalação em causa²⁷;
- iii) inexistência de justificativa objetiva a fundamentar a recusa em compartilhar²⁸; e
- iv) terceiro compartilhador achar-se preparado para pagar preço razoável e não discriminatório pelo direito de compartilhar²⁹.

3.3.5.1. A viabilidade técnica do compartilhamento

A **i**) viabilidade técnica não se contém apenas na possibilidade física do compartilhamento. Ela não pode acarretar ônus excessivo ao proprietário da rede, uma vez que o compartilhamento não tem caráter sancionatório, nem tem por finalidade assegurar renda ao terceiro compartilhador, entrante no mercado; o seu propósito é permitir terceiro disputar, e assim ser a livre concorrência estimulada, para promover o bem-estar do usuário final. É sob esse ângulo que deverão ser, inclusive, definidos a forma e o local da instalação a que terceiro compartilhador terá acesso físico para compartilhar-lhe o uso. A forma e o local serão os mais vantajosos à promoção da competição, e não os mais vantajosos ao terceiro; a vantagem ao terceiro só será considerada se coincidir com a promoção da concorrência, e, portanto, não poderá ser considerada a partir da pretensão dele, pois não está em causa a disputa de posições concorrenciais entre o titular da rede, o incumbente, e o entrante, e sim a competição a ser promovida no mercado em causa³⁰. Isto é, terceiro sempre arguirá ao postular o compartilhamento, que a sua negação constitui uma restrição à concorrência.

O item (1) acha-se compreendido no pressuposto (1) fixado pela jurisprudência norte-americana, e relacionado acima - viabilidade técnica do compartilhamento.

²⁶ “Commission’s Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in Telecommunications Sector” – “Access Notice”, 1998, OJ. C265/2.

²⁷ Idem nota anterior.

²⁸ Idem nota anterior.

²⁹ Idem nota anterior.

³⁰ Como mostra a jurisprudência norte-americana: “*Since any entrant will request the most efficient network element that the incumbent has to offer, it is hard to imagine when the incumbent’s failure to give access to the element would not constitute an ‘impairment’ under this standard.*” (in “AT&T Corp. et al. v. Iowa Utilities Board et al.” - certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit - No. 97-826. Argued October 13, 1998 - Decided January 25, 1999).

3.3.5.2. A impossibilidade da duplicação da instalação

A ii) impossibilidade da duplicação da instalação deve ser apurada concretamente, e não estimada, ou presumida. Não se admite a presunção ao compartilhamento³¹; é clara a norma legal ao assegurar o compartilhamento em caso identificado e em condições estipuladas pela ANATEL, e desde que promova a competição. Os pressupostos factuais do compartilhamento exigem demonstração, e esta, nos termos da Lei, cabe ao órgão regulador fazer. Tampouco pode ser estimado o fato da impossibilidade da duplicação da instalação; há que ser medido. Não basta indicação de ser a duplicação onerosa do ponto de vista econômico, ou complexa do ponto de vista técnico: deve ser demonstrada que qualquer alternativa à instalação existente, econômica ou tecnicamente, é inviável. Igualmente, não cabe a justificativa de ser a instalação existente a melhor instalação disponível³² em relação à instalação cuja construção seja viável. E, ainda, há de ser examinado se outra rede existente, ou cuja implantação não seja gravosa, com perfil tecnológico diverso, pode ser utilizada para a prestação do serviço em questão, atendendo igualmente à concorrência, pois, em caso afirmativo, não haverá fundamento ao compartilhamento do uso da instalação existente.

Assim **MOGLIA & DURANTE**:

“Secondo la Corte, occorre in primo luogo stabilire se l’infrastruttura di cui trattasi costituisca un mercato distinto. A tal fine si deve verificare se altre facility, anche strutturalmente diverse, possano essere considerate ‘sufficientemente intercambiabili’ nel senso che consentono all’ utente di raggiungere lo stesso risultato.”. (MOGLIA, Giovanni G. / DURANTE, Domenico. “Le essential facility e la creazione di nuovi mercato concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione.” In: *Concorrenza e Mercato*. Giuffrè Editore. 1999. p. 303-304).

Enfim, deve ser demonstrada a inviabilidade, em termos concretos ou razoáveis³³, de terceiro duplicar a instalação, sempre tendo-se em conta a finalidade do compartilhamento: promover a concorrência, pela rivalidade a

³¹ “There is no general duty to share. Compulsory access, if it exists at all, is and should be very exceptional.” (AREEDA, Phillip. “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”. In: *Antitrust Law Journal*. vol. 58, n.1 – part 1. April 5-7. 1989. p. 852).

³² cf. *Blue Cross & Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic*, 65 F 3d 1406 (7th Cir. 1995). In: “Antitrust Law”, v. IIIA, 1996. p. 203, nota 16.

³³ cf. MCI Communication corp., ob. cit.

ser oposta por terceiro entrante ao incumbente, ao titular da instalação, como mostra **AREEDA**:

“A single firm’s facility, as distinct from that of a combination, is ‘essential’ only when it is both critical to the plaintiff’s competitive vitality and the plaintiff is essential for competition in the marketplace. ‘Critical to the plaintiff’s competitive vitality’ means that the plaintiff cannot compete effectively without it and that duplication or practical alternatives are not available.” (Essential facilities: an epithet in need of limiting principles. AREEDA, Phillip. In: *Antitrust Law Journal*. Volume 58, Issue 1 - Part 1. April 5-7, 1989. p. 852-853).

Ambas opiniões são confirmadas pela jurisprudência norte-americana, re- vendo decisão do órgão regulador dos serviços de telecomunicações daquele país, e enfatizando caber a ele demonstrar estarem presentes os pressu- postos factuais à base da determinação do compartilhamento do uso que expedir:

“The FCC cannot, consistent with the statute, blind itself to the availability of elements outside the incumbent’s network. In addition, the FCC’s as- sumption that any increase in cost (or decrease in quality) imposed by denial of a network element renders access to that element ‘necessary’, and causes the failure to provide that element to ‘impair’ the entrant’s ability to furnish its desired services, is simply not in accord with the ordi- nary and fair meaning of those terms. Section 251(d)(2) requires the FCC to determine on a rational basis which network elements must be made available, taking into account the 1996 Act’s objectives and giving some substance to the ‘necessary’ and ‘impair’ requirements.” (in “AT&T Corp. et al. v. Iowa Utilities Board et al.” - certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit - No. 97-826. Argued October 13, 1998 - Decided January 25, 1999.)

3.3.5.3. Recusa ao compartilhamento: justificativa

iii) Inexistência de justificativa objetiva a fundamentar a recusa em compartilhar é um pressuposto negativo, a saber, não haver fato capaz de isentar o proprietário do compartilhamento, quando os demais pressupostos nesse sentido existem. Apesar da extraordinariedade desse pressuposto, ele se vincula, diretamente ao dever de preservação da integridade da rede em

sentido amplo, e acha elementos de explicitação nas próprias diretivas da União Européia; em uma palavra, a justificativa não se radica na vontade, ou interesse, do titular da rede, mas sim na atenção a que este deve dar à preservação da rede, esta sendo o meio físico de prestação de serviço a afetar diretamente o interesse público. Como mostra **NIKOLINAKOS**:

“One example of such an objectively justified refusal to provide access is ‘an overriding difficulty of providing access to the requesting company’. It is a safe assumption that the term ‘overriding difficulty’ includes the essential requirements which are laid down in the Interconnection Directive, i.e. security of network operations, maintenance of network integrity, interoperability of services and protection of data. Besides, the Access Notice’s reference to ‘technical feasibility’ as a potential objective justification strengthens this argument.” (“Access Agreements in the Telecommunications Sector - Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under E.C. Competition Law”. NIKOLINAKOS, Nikos Th. In: *European Competition Law Review*. Vol. 20, n. 8, December 1999. p. 405)

A integridade da rede refere, portanto, a sua plena capacidade de servir à prestação do serviço concedido, que incumbe ao concessionário prestar para o fim, fixado em Lei, de atender ao interesse público, qual seja, posta a hipótese no quadro normativo brasileiro, a prestação de STFC, em especial em âmbito local.

Assim, ainda que viável tecnicamente o compartilhamento, pode-se, por meio de uma justificativa objetiva, excluir-se a hipótese do compartilhamento na questão que aqui se examina, uma vez que a prestação de STFC não pode ser afetada em qualquer grau ou forma. A prestação de STFC, em especial a de âmbito local, tem prioridade em relação à prestação dos demais serviços de telecomunicações, e assim na utilização da rede; secundariamente, diz a Lei, o seu uso será compartilhado. Prioridade, e não preferência; não se trata de primazia da prestação de STFC sobre a prestação de serviços de transmissão de dados em alta velocidade, e sim de precedência da prestação de STFC sobre todos os demais serviços de telecomunicações. Tal prioridade, como visto, atende ao interesse público, na medida em que esse serviço alcança o maior e mais diversificado contingente de usuários, e, note-se, é por meio dele que os serviços essenciais à toda a população são prestados ordinariamente³⁴. Portanto, a viabilidade técnica do compar-

³⁴ “Since public networks must be available in cases of emergency, technical integrity must be maintained at all times of operation.” (GLASL, Daniel. “Essential

tilhamento submete-se à prioridade do uso da rede para prestação do STFC. Não é por outra razão que a jurisprudência norte-americana já decidiu ser lícita a recusa ou a restrição ao compartilhamento, feita pelo proprietário de rede de telecomunicações, que as entendia devida, à vista dos seus deveres de prestador de serviço regulado³⁵, a afetar o interesse público.

3.3.5.4. O preço do compartilhamento

iv) Terceiro compartilhador achar-se preparado para pagar preço razoável e não discriminatório pelo direito de compartilhar. O compartilhamento do uso de rede põe-se como clara exceção ao exercício do direito da propriedade, em atendimento ao interesse público objetivado na defesa e na promoção da livre concorrência, em um mercado econômico regulado ou não; em mercado regulado, o propósito de se promover a livre concorrência avulta, na medida em que, mostra a experiência, a concorrência deve prevalecer, sempre que permitam as condições estruturais do mercado, sobre a sua regulação, mais onerosa e complexa.

Claro está, essa prevalência sugere a livre concorrência a se dar nos limites fixados pela Lei, isto é, reprimido e prevenido o abuso do poder econômico, e não a concorrência livre, sem limites legais. A vinculação do compartilhamento ao atendimento do interesse público, no quadro da prestação privada dos serviços que se valem do uso compartilhado de rede, não haveria, porém, de eximir o beneficiário do compartilhamento do dever de, a um só tempo e pela forma disposta pelo órgão regulador especial, ressarcir e remunerar o proprietário da rede, respectivamente pelos investimentos nela feitos e pelo seu uso.

Não se há de admitir a disposição de pagar preço *razoável* fora desses pressupostos, assim como não se há de admitir o inverso, a saber, cobrar o proprietário preço *não razoável*, a inviabilizar o compartilhamento. Na ordem jurídica brasileira, incide a Lei, artigo 155, da LGT: cabe à ANATEL identificar os casos e fixar as condições em que o compartilhamento terá lugar. Essa regra é inafastável, e tem a Agência por destinatária: a ela não apenas cabe fixar as condições, mas fixá-las de forma a ressarcir os investimentos feitos e a remunerar o uso da rede, ao seu titular.

facilities doctrine in EC anti-trust law: a contribution to the current debate". In: *European Competition Law Review*. v. 15. n. 1, January/February 1994. p. 312)

³⁵ cf. *Southern Pacific Communications Co. V. AT&T*, 740 F.2d 980 (D.C. Cir. 1984). In: *ANTITRUST law developments*, ob. cit., p. 282.

4. Condições do compartilhamento

Nos termos da LGT, as *condições* a reger o compartilhamento serão fixadas pela ANATEL, em seqüência à definição dos *casos* de compartilhamento do uso de rede. O legislador brasileiro não deixou às partes envolvidas decidir tais condições, e nos regimes jurídicos onde há essa possibilidade a definição delas, ao fim, decorre da ação estatal, regulatória ou judicial. É da experiência assim formada – tal como em relação aos pressupostos definidores dos casos em que cabe o compartilhamento de rede – que se pode recolher as situações negativas adiante expostas que a ação regulatória pode inadvertidamente induzir, e por essa razão devem fazer objeto de cuidadosa análise pelo órgão regulador na fixação das condições do compartilhamento.

4.1. Desestímulo ao investimento

A primeira dessas situações negativas é o desestímulo ao investimento, a afetar tanto ao incumbente quanto ao entrante. O proprietário da rede instalada, que dela se vale na prestação de serviço do qual aufere renda, ao tê-la compartilhado com terceiro sofre uma restrição econômica que a remuneração por esse uso compartilhado busca compensar; porém, se esta remuneração não compensar a restrição econômica imposta (note-se: juridicamente justificada, na medida em que serve à satisfação do interesse público; no caso, a promoção da concorrência), o incumbente, em seqüência ao compartilhamento, não terá motivo para investir em seu negócio; por outras palavras, não podendo beneficiar-se do uso de seu bem e não sendo por tanto devidamente compensado, restará ao incumbente acomodar-se; como mostra **BERGMAN**:

“It can be observed that all competition legislation restricts property rights. However, application of the essential facilities doctrine is typically considered particularly delicate, as too wide an application of the concept would jeopardise a firm’s incentive to invest. If a firm cannot exclusively benefit from its own assets, there is a substantial risk that there will be too little investment, to the detriment of efficiency and the economy as a whole.” (BERGMAN, Mats A. “The Bronner Case - A turning point for the essential facilities doctrine?” In: *European Competition Law Review*. Vol. 21 - n. 2 - february 2000. p. 59)

Em relação ao entrante, a situação negativa amplia-se, no entender de **OVERD & BISHOP**. Sendo deferido o compartilhamento sem a atenção

devida aos pressupostos que o autorizem, em especial as condições em que ele pode-se dar, não só o entrante mas entrantes potenciais sentir-se-ão também desestimulados a investir; mais, sentir-se-ão estimulados a, primeiramente, reclamar o compartilhamento, o qual, por si só, alegarão, irá promover a concorrência:

“From an economist’s point of view (a view we think is shared by most lawyers), the key issue is that we do not normally think that it is a good idea to require third-party access to a private asset. The argument against such requirements is that it might undermine the incentive to develop the asset in the first place. Moreover, the effect could extend beyond the asset in question and might affect the incentives of all firms that came to know that requests for such access were often granted. The argument for such a requirement is that it might increase competition in a downstream market to the benefit of consumers.” (Essential Facilities: the Rising Tide. Alan Overd and Bill Bishop. in “European Competition Law Review” - Vol. 19. 1998. p. 183)

Em estudo recente, KNEIPS distende esse ponto, mostrando que, no compartilhamento do uso de rede destinada à prestação de serviços de telecomunicações, não basta haver uma situação em que o entrante não se sinta desestimulado a investir, ou seja, haja uma situação neutra; é preciso, insiste, que o compartilhamento do uso seja autorizado em condições tais que o entrante sinta-se compelido a investir em infra-estrutura; só assim, diz, ter-se-á a concorrência estendida à infra-estrutura que possibilita, por meio das redes que a articulam, a prestação de serviços de telecomunicações:

“The important necessity in competitive telecommunications markets is to provide equal support to service competition and infrastructure competition and not to distort them through regulatory measures. Asymmetrical regulatory requirements that unilaterally inhibit infrastructure competition create the wrong incentives over the long term. The goal must be to create incentives in particular for market entrants to make worthwhile infrastructure investments themselves. A regulation that would require interconnection services to be offered below cost constitutes discrimination against the incumbent network operator. Truly, no one would provide network components voluntarily under such conditions. It can also be assumed that the facilities would never have been built if such regulatory requirements had been taken into consideration ex ante. The result of asymmetrical regulation imposing disadvantages on the operators of public telecommunications networks would first of all be to create strategic incentives for competitors not to invest, or to invest less, in

the construction of their own telecommunications networks; this constitutes a regulatory restraint of infrastructure competition.” (KNEIEPS, Günter. “Costing and pricing in liberalized telecommunications markets”, In: *COMPETITION and regulation in telecommunications - Examining Germany and America*. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 43).

4.2. Ineficiência econômica

A situação de desestímulo ao investimento, a afetar seja o incumbente, seja o entrante ou entrantes potenciais, leva a uma situação de ineficiência econômica abrangente, a traduzir um processo concorrencial de baixa vitalidade; pode ela ocorrer já em curto prazo, seguinte à autorização do compartilhamento. A ineficiência resultará, sempre, como mostra **BERGMAN**, da ação regulatória desatenta aos pressupostos que devem informar a autorização de compartilhar:

“A well-chosen criterion for when the doctrine should be applied should have the property that there is a close correspondence between situations when the criterion is fulfilled and situations when the application of the doctrine would result in both short-run and long-run efficiency improvements.” (BERGMAN, Mats A. “The Bronner Case - A turning point for the essential facilities doctrine?” In: *European Competition Law Review*. Vol. 21 - n. 2 - February 2000. p. 63)

4.3. Transferência de renda

A remuneração a ser paga ao titular da instalação cujo uso terceiro vai compartilhar – o preço do compartilhamento, que é, de entre as *condições*, a mais significativa – deve também ser um fator de estímulo à concorrência. Por conseguinte, na análise dos seus fatores, mostra **TOFFOLETTI** ser indispensável ponderar a possibilidade de se alcançar um maior índice de concorrência em prazo curto, seguinte ao compartilhamento, e o risco de essa situação acarretar, a longo termo, uma transferência indevida de renda, entre incumbente e entrante:

“(…) in relazione al problema della essential facility la discussione sull’opportunità di un livello di intervento antitrust così elevato viene ad incentrarsi sul bilancio tra i benefici di un maggiore concorrenza nell’immediato e una possibile ricaduta negativa, in una prospettiva di lungoperiodo, sul trado di appropriabilità dei risultati attesi da investimenti produttivi. In questo senso, si paventa che quanto più si adotti

una nozione ampia di essential facility, tanto più si circoscrive l'ambito di liceità delle strategie di rent-seeking, quindi il profitto estraibile dall'uso delle risorse possedute e in ultima analisi l'incentivo ad intraprendere nuove iniziative d'impresa." (TOFFOLETTI, Luca. "La nozione di essential facility." In: *Concorrenza e Mercato*. Giuffrè Editore. v.6. 1998. p. 335).

Tal situação desestimularia investimentos nos mercados afetados, e ainda configuraria uma situação contrária à Lei, a consistir possível abuso do poder econômico do agente beneficiário da transferência indevida de renda, a gerar aumento arbitrário de lucros, este pressuposto do abuso do poder econômico que a Lei manda prevenir e reprimir. Situação análoga, potencialmente violadora à ordem concorrencial, é aquela onde o *cherry picking* e o *cream skimming* podem ocorrer.

4.4. Cherry picking e cream skimming

Literalmente, "colher a cereja", "separar a nata"; figurativamente colher o(s) melhor(es) usuário(s) do mercado, hipótese viável quando ao entrante abre-se a possibilidade de ofertar seus serviços seletivamente aos melhores usuários, em condições mais competitivas do que as ofertadas pelo incumbente, pois desonerado o entrante do custo de instalação com que o incumbente arcou, e, assim, contratar com os usuários a prestação de seus serviços, a ser executada por meio do uso compartilhado da rede de propriedade do incumbente. O *cherry picking* ou o *cream skimming* deriva de uma situação especial, a ocorrer em um mercado que foi aberto à concorrência; nele o incumbente vê-se impossibilitado de recuperar os custos de aquisição, ampliação e atualização tecnológica da rede, pois a competição, que passou a existir nesse mercado, não o permite. Esses custos, denominados *stranded costs*³⁶, em uma de suas formas enseja o *cherry picking* e o *cream skimming*, como mostram **MACAVOY & SIDAK**, examinando, em obra recente, o mercado de serviços de telecomunicações:

"A third kind to open stranded cost, also prospective in nature, can arise if, after the move to open network access, the incumbent firm continues

³⁶ "Stranded costs are costs that a regulated firm has been authorized to recover through regulated prices, but which the firm is no longer able to recover once the market in which it provides is open to competition." (MACAVOY, Paul W. & SIDAK, Gregory J. "What is wrong with American telecommunications?". In: *COMPETITION and regulation in telecommunications - Examining Germany and America*. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 72)

obligations or requirements to provide service to certain preferred customers. As selective entry takes place and picks off the high-margin customers who provide the source of funds to subsidize those negative-margin activities, there is a revenue shortfall. Again, this cost recovery shortfall takes place each day into the future that the incumbent firm operates under that regulatory structure.

*This form of targeted entry is often called 'cherry picking' or 'cream skimming'. The term that has been coined to describe the circumstances that give rise to vulnerability to cherry picking or cream skimming is 'incumbent burdens'. An incumbent burden is the opposite of a barrier of entry. It is a burden that is asymmetrically borne by an incumbent firm but not the entrant. So, when the entrant arrives, that firm does not face that cost when competing against the regulated firm that is already serving the entire market." (MACAVOY, Paul W. & SIDAK, Gregory J. "What is wrong with American telecommunications?". In: *COMPETITION and regulation in telecommunications - Examining Germany and America*. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 73)*

Existente uma situação onde seja o *cherry picking* ou o *cream skimming* possível, revelar-se-á um falha regulatória a conferir ao entrante uma vantagem competitiva gratuita, a ofender à ordem concorrencial, tal como se tem na hipótese de transferência indevida de renda.

4.5. Limite

As condições a reger o compartilhamento, a serem fixadas, segundo a LGT, pela ANATEL, centram-se no preço a ser pago por terceiro ao proprietário da rede – pelo entrante ao incumbente – como ressarcimento e remuneração ao seu uso compartilhado. Esse preço, porém, deve atender às situações próprias que o mercado pode criar, das quais acima foram expostas as de efeitos negativos, capazes de frustrar a finalidade legal do compartilhamento, qual seja, a promoção da concorrência.

Casos e condições definem e configuram a hipótese do compartilhamento do uso de rede de telecomunicações, segundo dispõe os artigos 154 e 155, da LGT. Põe-se, portanto, uma questão de limite a ser observado pelo órgão regulador na fixação dos casos e condições em que o compartilhamento do uso de instalação essencial deve-se dar. Isto é, o limite entre a promoção da concorrência em um dado mercado, que a aplicação da doutrina da instalação essencial permite divisar ao identificar os casos em que o compartilhamento do uso de determinada instalação deve-se dar, e as situa-

ções negativas, que a autorização em compartilhar pode acarretar frustrando a promoção da concorrência. Como resume **TOFFOLETTI**:

“Il problema della dottrina dell’essential facility viene in effetti proposto dalla maggior parte dei commentatori come un problema di limiti. (...)”

La principale preoccupazione che muove il dissenso è però senza dubbio il timore che un’applicazione estesa e indiscriminata del principio della condivisione di risorse essenziali con i concorrenti possa condurre ad una disincentivazione degli investimenti produttivi, per la ridotta appropriabilità dei risultati. Sotto questo profilo soprattutto, dunque, il problema dell’essential facility doctrine viene analizzato come un problema di limiti.” (La nozione di essential facility. Luca Toffoletti. In: *Concorrenza e Mercato*. Giuffrè Editore. v.6. 1998. p. 331).

5. A disciplina regulamentar e o ato administrativo autorizador do compartilhamento: o dever da ANATEL

O legislador, com a regra do artigo 155 da LGT, afastou a possibilidade de o titular da rede e terceiro, que lhe quer compartilhar o uso, definirem entre si os termos do compartilhamento. A regra desse artigo é clara ao determinar que caberá à *Agência* fixar os *casos e as condições* em que o compartilhamento deve ocorrer. Essa fixação, porém, à vista dos termos gerais da regra legal – e outra não poderia ser a sua forma – e da inerente complexidade da matéria que faz seu objeto, não poderá ser feita pela Agência sem que os critérios que a explicitem tenham sido previamente disciplinados em norma infra-legal, sob a forma de resolução expedida pelo Conselho Diretor da ANATEL³⁷ submetida, previamente, à consulta pública. Não bastará, ainda, haver a regra infra-legal expedida pela Agência

³⁷ Conforme dispõe o artigo 22, IV, da LGT:

“Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

IV - editar normas sobre matérias de competência da Agência;”

Artigo 17, XXVI, do Regulamento da ANATEL (aprovado pelo Decreto 2.338, de 7/out/1997):

“Art.17. No exercício de seu poder normativo relativamente às telecomunicações, caberá à Agência disciplinar, entre outros aspectos, a outorga, prestação, a comercialização e o uso dos serviços, a implantação e o funcionamento das redes, a utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências, bem como:

(...)

XXVI - fixar os casos e condições em que, para desenvolver a competição, um prestador de serviço de telecomunicações de interesse coletivo deverá disponibilizar sua rede a outro prestador;”

para esse fim: será necessário que o ato administrativo, a determinar o compartilhamento do uso de rede de telecomunicações, referindo o *caso* e as *condições* em que ele terá lugar, explicita as razões de fato e de direito a motivá-lo. A Lei e a jurisprudência nacional são claras quanto ao dever de o agente administrativo motivar ato que pratique, sendo a jurisprudência norte-americana igualmente precisa quanto ao dever de o órgão regulador federal dos serviços de telecomunicações daquele país, a *Federal Communication Commission*, motivar ato administrativo que pratique:

“The FCC might have attempted to justify its rule through the use of expert economic anticompetitive behavior has taken place. It chose not to do this. Instead, it claims that its conclusion - that an entity with a twenty or more percent interest in a Cellular provider would not compete with that Cellular provider as a Personal Communications Service licensee - is simply ‘common sense’. It appears to us, obtaining a Personal Communication license, the strict build-out requirements for licensees, and the existence of at least two other large Personal Communications Service providers in each market - is that a business competing at a less than efficient level will soon be driven out of the marketplace. We may be wrong. This Court certainly is not prescient, and we do not demand this from the FCC. What we do demand, however, is that the FCC provide at least some support for its predictive conclusions. See Century Communications Corp. v. Federal Communications Comm’n, 835 F.2d 292, 300-02 (D.C. Circ. 1987) (rejecting FCC’s judgment where supported by ‘scant’ evidence), cert. denied, 486 U.S. 1032 (1988). Here, the FCC simply has not provided anything resembling support for its forecasts of possible future economic behavior.” (in *Cincinnati Bell Telephone, et al. v. FCC, et al.* 1995 FED App. 0326P (6th Cir.) - Nos. 94-3701/4113; 95-3023/3238/3315).

Assim, incumbe à ANATEL exercer o seu poder normativo³⁸ para explicitar a regra dos artigos 154 e 155, da LGT, expedindo resolução em que fixe os critérios que irá seguir no exame das solicitações de compartilhamento de uso de rede, e ao fim compor na fundamentação do ato administrativo por meio do qual eventualmente determine o compartilhamento.

³⁸ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;”

6. Conclusão

À vista de todo o exposto, pode-se concluir:

a) a desagregação, aqui referida, permite segmentar elementos do acesso local de uma rede instalada de telecomunicações; a utilização desse acesso local desagregado – no caso, a possibilitar a transmissão de dados em alta velocidade – faz objeto de pedidos de compartilhamento do uso de redes de propriedade das Concessionárias de STFC, em especial em âmbito local;

b) a prestação de STFC, sobretudo em âmbito local, atende primariamente ao interesse público, caracterizado pela universalização e a continuidade desse serviço, e assim a sua prestação tem prioridade em relação à prestação de todos os demais serviços de telecomunicações, objetos ou não de compartilhamento do uso de rede;

c) o compartilhamento do uso de rede destinada à prestação de serviços de telecomunicações está disciplinado na LGT, artigos 154 e 155;

d) a regra constitucional de defesa da livre concorrência, de repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da livre concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, recebida pela LGT, aplica-se na fixação, pela ANATEL, dos casos e condições em que o compartilhamento terá lugar;

e) nos termos da LGT, o compartilhamento só será autorizado para possibilitar ou promover a competição;

f) atendendo à finalidade legal, ao possibilitar ou promover a competição, o compartilhamento dar-se-á nos casos indicados e nas condições fixadas expressamente pela ANATEL;

g) a ANATEL deverá editar norma infra-legal para explicitar a regra dos artigos 154 e 155, da LGT, na qual estejam alinhados os critérios que deverá seguir na indicação dos casos e na fixação das condições em que o compartilhamento terá lugar; e

h) atendendo às normas legais incidentes, incumbe à ANATEL, por meio de ato específico devidamente motivado, indicar os casos e fixar as condições em que o compartilhamento terá lugar.

BIBLIOGRAFIA

- ANTITRUST law developments*. 4. ed. Chicago: American Bar Association, 1997. v. I. p. 275, 276, 277 e 282.
- AREEDA, Phillip. "Essential facilities: an epithet in need of limiting principles". In: *Antitrust Law Journal*, vol. 58. 1989-90, p. 841 e segs.
- "AT&T Corp. et al. v. Iowa Utilities Board et al." - certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit - No. 97-826. Argued October 13, 1998 - Decided January 25, 1999.
- BARCELLONA, Pietro. "Diritto privato e processo economico". Napole, 1974. págs. 179 e 180, apud Ana Prata em *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra. 1982, p. 163.
- BERGMAN, Mats. A. "The Bronner Case - A turning point for the essential facilities doctrine?" In: *European Competition Law Review*. Vol. 21 - n. 2 - February 2000. p. 59 e 63.
- BERTI, Iacopo / BIANCARDI, Alberto. "Essential facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche". In: *Concorrenza e Mercato*. Milão: Giuffrè Editore. 4/1996. p. 447.
- BEUSOUSSAN, Alain. "Le service universal permet d'organiser um droit au téléphone pour tous à un prix abordable". In: *Télécom – aspects juridiques*. s.L. Hermes, 1998, p. 39.
- BISHOP, Simon / WALKER, Mike. *The Economics of EC Competition Law*. London: Sweet & Maxwell. 1999. p. 115.
- Cincinnati Bell Telephone, et al. v. FCC, et al. 1995 FED App. 0326P (6th Cir.) - Nos. 94-3701/4113; 95-3023/3238/3315.
- "Commision's Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in Telecommunications Sector" – "Access Notice", 1998, OJ. C265/2.
- Blue Cross & Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406 (7th Cir. 1995). In: *Antitrust Law*, v. IIIA, 1996. p. 203, nota 16.
- GLASL, Daniel. "Essential facilities doctrine in EC anti-trust law: a contribution to the corrent debate". In: *European Competition Law Review*. v. 15. n. 1, January/February 1994. p. 312.
- HOVENKAMP, Herbert. "Antitrust and Federal Regulatory Policy". In: *Federal Antitrust Policy - The law of competition and its practice*. s.L. 1994. p. 658.
- KNIEPS, Günter. "Costing and pricing in liberalized telecommunications markets", In: *COMPETITION and regulation in telecommunications - Examining Germany and America*. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 43.

MACAVOY, Paul W. & SIDAK, Gregory J. "What is wrong with American telecommunications?". In: *COMPETITION and regulation in telecommunications - Examining Germany and America*. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 72 e 73.

MOGLIA, Giovanni G. / DURANTE, Domenico. "Le essential facility e la creazione di nuovi mercato concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione." In: *Concorrenza e Mercato*. Milano: Giuffrè. 1999. p. 303-304.

NIKOLINAKOS, Nikos Th. "Access Agreements in the Telecommunications Sector - Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under E.C. Competition Law". In: *European Competition Law Review*. v. 20, n. 8, December 1999. p. 405.

NOTICE on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector: FRAMEWORK, RELEVANT MARKETS AND PRINCIPLES. In: *Official Journal of the European Communities*. 22.8.98. c265/02.

OVERD, Alan / BISHOP, Bill. "Essential Facilities: the Rising Tide". In: *European Competition Law Review* - v. 19. 1998. p. 183.

OWEN, Bruce M. "Determining optimal access to regulated essential facilities". In: *Antitrust Law Journal*. v. 58. 1989-90. p. 890.

SARAIVA, F.R. dos Santos. *Novíssimo Dicionário Latino-Portuguez*, 5^a. ed., Rio de Janeiro: H. Garnier. 1905, p. 474/5.

THE OXFORD Dictionary of English Etymology, edited by C.T. Onions, Oxford, 1966, p. 126.

TOFFOLETTI, Luca. "La nozione di essential facility". In: *Concorrenza e Mercato*. Giuffrè Editore. v. 6. 1998. p. 331 e 335.

TRAN THIET, Jean-Paul. "Télécommunications! Nouvelle Donne". Paris: Les Éditions d'Organisation. 1997. p. 55.

WATSON, Christopher / WHEADON, Tom. *Telecommunications - the EU law*. Bembridge: Palladian Law. 1999. p. 36.

DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Karin Grau-Kuntz

I. Da defesa da concorrência

1. Concorrência pressupõe a existência de duas ou mais pessoas --- concorrentes --- almejando um objetivo comum. Cada concorrente pretende atingir o objetivo comum primeiro ou, pelo menos, manter passo com seus concorrentes¹. É, portanto, um fenômeno natural, antropológico, exprimido nas mais diversas ocasiões. Objeto do presente estudo é a concorrência manifestada nas relações econômicas.

A expressão concorrência é utilizada no âmbito econômico para expressar diferentes conteúdos. Ora expressa a concorrência entre bens diferentes, mas substituíveis entre si; ora é utilizada no sentido dos efeitos do aumento de alternativas no mercado; e, por fim, para expressar o comportamento dos agentes econômicos no mercado².

É neste último sentido que passamos a empregar a expressão concorrência, ou seja, como comportamento dos agentes econômicos em um determinado mercado, visando a promoção de sua própria empresa (atividade econômica) e, especialmente, o lucro.

2. A noção de concorrência, no sentido da economia moderna, é relativamente recente. É somente após o triunfo do liberalismo que as normas reguladoras da concorrência passam a ter como finalidade a ordenação econômica do mercado capitalista e, portanto, conotadas de sentido técnico-econômico como hoje a compreendemos³.

O Estado liberal, por sua vez, defendia uma ordem econômica livre de qualquer interferência estatal; o meio de coordenação das relações econômicas seria exercido pela livre concorrência. Ao Estado caberia apenas a função de garantir a propriedade privada e a segurança pessoal. É este o berço das idéias de Adam Smith.

As imperfeições do liberalismo, expressas nos comportamentos desleais e na criação de monopólios que punham em risco a própria existência da concorrência, nas crises econômicas e na incapacidade de autoregulamen-

¹ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 18. Ed., München: C.H.Beck, 1995, p. 36, nº1.

² Vide *Baumbach/Hefermehl*, ob.cit., p. 36 e 37, nº 2, 3 e 4.

³ Lembremos, por exemplo, das severas normas de repressão à concorrência desleal das corporações de ofício: estas não tinham por fim a ordenação econômica do mercado, mas a expansão do seu comércio.

tação dos mercados, obrigaram o Estado a interferir na ordem econômica criando regras que garantissem a própria existência da concorrência. Em outras palavras: criando regras que garantissem a própria existência do mercado capitalista. As regras que regulam a concorrência despontam, neste momento, com a finalidade precípua de organização do mercado; são, assim, um instrumento de garantia do mercado capitalista.

Posteriormente, as crises econômicas do pós primeira grande guerra vêm exigir que o Estado intervenha na economia impulsionando-a, dirigindo-a. É neste momento que nasce o direito econômico, o conjunto de preceitos dos quais o Estado se vale para realizar a sua política econômica pública.

As normas que regulam a liberdade de concorrência acompanham as transformações econômicas: passam a servir não mais apenas como instrumento de garantia do capitalismo mas, valendo-se da expressão de Forgioni⁴, como instrumento de implementação de política econômica pública.

Também as normas voltadas a coibir a concorrência desleal acompanham as transformações econômicas: neste período começa a ser superada a tendência de ver no interesse do concorrente unitariamente considerado o bem jurídico protegido pelas normas de concorrência desleal. O interesse geral passa a ser considerado.

3. Compreendida a instrumentalidade econômica das normas de defesa da concorrência fica patente sua vinculação à realidade econômica e ao momento histórico a que serve como instrumento. Assim é que um conceito universal de concorrência, como aquele fornecido pelas teorias econômicas, terá valor no sentido de fornecer elementos para a compreensão da realidade que comporta o instrumento: o estudo das normas de concorrência deverá ser feito, porém, a partir das peculiaridades sociais, econômicas e históricas de cada ordenamento jurídico.

Neste sentido o ensinado por Nusdeo⁵: “a tutela da concorrência e a repressão aos abusos de poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar uma necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e muito mais as preocupações com as metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos.”

Feita esta ressalva, passemos à uma breve análise das teorias econômicas.

⁴ Cf. *Forgioni*, Paula A., Os fundamentos do antitruste, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1988, p. 30.

⁵ *Nusdeo*, Fábio, in Enciclopédia Saraiva de Direito, Vol.2, Saraiva, São Paulo, 1977.

4. A idéia principal do liberalismo clássico repousa na autonomia e liberdade individual. Partindo do princípio de que cada um conhece melhor seus interesses e pode perseguí-los, os representantes do liberalismo clássico defendiam a liberdade de decisão na aplicação dos fatores de produção e a soberania dos consumidores. Assim é livre a cada indivíduo dispor de sua força de trabalho, de seu capital ou propriedade, da maneira que mais lhe aprouver. Os consumidores também são livres para consumir os bens que desejarem, na quantidade que mais lhe aprouver (até o ponto que a sua receita permita).

A importância emprestada ao individualismo pode ser explicada pelas idéias antropocêntricas que dominavam à época: o homem era tomado como medida das coisas⁶. Entende-se o indivíduo como um ser dotado de bom senso, que age racionalmente e tem, por isso, um direito natural à liberdade. A livre iniciativa desponta aqui não apenas como postulado econômico, mas como postulado natural. No âmbito econômico o direito à liberdade encontrou a sua maior expressão na economia de mercado livre, caracterizada pela concorrência ilimitada e autoregulação do mercado.

A idéia de autoregulação da economia pode ser explicada da seguinte forma: na economia de mercado livre os agentes econômicos concorrem livremente e se esforçam em conquistar a preferência do consumidor. A preferência do consumidor, por sua vez, é oscilante. Os agentes econômicos que não se orientam pelas preferências dos consumidores perderão o seu lugar no mercado. A realização do interesse próprio, força motor da economia de mercado, será, deste modo, sempre aplicada em conformidade com os interesses gerais da sociedade. Ou seja, à concorrência cabe o papel de harmonizar a liberdade econômica de cada particular com os interesses gerais da sociedade.

O preço ideal seria aquele resultante da relação entre oferta e procura do produto, livre de qualquer interferência estatal. A concorrência ampla e livre influenciaria também a qualidade dos produtos: ganham o mercado aqueles com melhores preços e qualidades.

Note-se que o liberalismo econômico, como até aqui exposto, em sua forma pura e absoluta, é um modelo de pensamento, uma forma econômica “ideal” (ideal no sentido de imaginário). Grau⁷ observa que o princípio da liberdade de iniciativa econômica teve na França as suas origens, respecti-

⁶ As idéias antropocêntricas, que haviam sido desenvolvidas na antiguidade, foram aproveitadas em parte pelo iluminismo e pelo neohumanismo do século XVIII e desenvolveram-se livremente no século XIX. Esta tendência vem bem expressa, por exemplo, nas obras de *Feuerbach*.

⁷ *Grau*, Eros, A ordem econômica na constituição de 1988, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pág. 225.

vamente no édito de Tugot, de 9 de fevereiro de 1776, vindo a ser repetido no posterior decreto d'Allarde, de 1791. O artigo 7 deste último determinava que, a partir de 1 de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, desde que ela se munisse previamente de uma "patente" (imposto direto), pagasse as taxas exigíveis e se sujeitasse aos regulamentos de polícia aplicáveis. "Percebe-se desde logo nestas condições", diz o mencionado autor, que no princípio da liberdade de iniciativa econômica, "nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à economia privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas."

Se o Estado "inteiramente omissivo" nunca existiu, o fato é que os princípios do liberalismo que orientavam as relações econômicas à época criaram diversas distorções. Os mercados não lograram se autoregular gerando elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns --- criando monopólios --- o que poria em perigo a própria existência da concorrência. Além disso o monopolista encontra-se em condições de não só eliminar os concorrentes, mas também de exigir os preços que bem desejar, conferindo a si mesmo altos lucros a serem pagos pelos consumidores. A distribuição desigual de receitas e riquezas gerou grandes crises sociais, o conflito capital versus trabalho tomou grandes proporções, o clima que se apresentou era de insatisfação.

A experiência do liberalismo demonstrou que o modelo da economia de mercado necessita de regras, mesmo que mínimas, que garantam o seu funcionamento ou, em outras palavras, que garantam o funcionamento da livre concorrência. Estas regras, note-se, têm por fim apenas a correção do sistema, preservando o espírito do liberalismo econômico.

A este respeito as palavras de Grau⁸: "o modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado – passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis antitruste, que preservaram as estruturas dos mercados, sem contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios."

⁸ Grau, Eros Roberto, ob.cit., p. 16. Neste sentido também *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p. 64.

A teoria clássica dos preços partiu da noção de concorrência perfeita, em oposição à de monopólio perfeito. Quatro requisitos a caracterizam: a presença de um grande número de parceiros econômicos de tamanho semelhante ofertando e procurando, de bens homogêneos a serem oferecidos (bens equivalentes entre si), de um preço unitário e de um mercado aberto à todos. Nestas circunstâncias não há formação de poder econômico: a relação entre oferta e procura é equilibrada e todos têm de a ela se adaptar. A concorrência é atomista, estática.

Este modelo vai, porém, de encontro à realidade: a concorrência real é dinâmica, e não um sistema estático de condições, de requisitos, invariáveis. A concorrência real é, na verdade, imperfeita.

Na realidade a concorrência apresenta elementos monopolísticos e competitivos; do grau de combinação destes dois elementos resultam diferentes estruturas de mercado⁹.

A verificação destas imperfeições não significa que se tenha aberto mão do ideal “concorrência perfeita”. As legislações que pretendem proteger a concorrência têm como propulsor exatamente a superação destas imperfeições.

Nos Estados Unidos da América, diante da verificação da necessidade de normas protetoras da concorrência, já que provada a sua incapacidade de autoregulação, ocupou-se o legislador de promulgar leis¹⁰ que, partindo da noção da concorrência perfeita, visavam regular o mercado corrigindo as distorções da acumulação de capital.

Naquele país Clark¹¹ observou que, apesar da ausência de concorrência perfeita na realidade, o sistema imperfeito “conseguiu de algum modo atingir um estado de crescente produtividade que o colocou no primeiro plano das economias mundiais, difundindo os benefícios de renda real crescente entre a população em grau jamais sonhado”. Em outras palavras, a concorrência imperfeita não é danosa a longo prazo. Assim, a eliminação de elementos imperfeitos não leva necessariamente à bons resultados econômicos, mas, pelo contrário, o desenvolvimento pode ser incentivado pelo

⁹ *Baumbach/Hefermehl*, ob.cit., p. 42.

¹⁰ A concentração da economia nos Estados Unidos e principalmente o descontentamento do setor agrário naquele país levam à promulgação, em 1890, do *Sherman Act*. Este diploma era muito vago: não continha regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas; não definia se para a configuração do ilícito bastariam os atos encadeados tendentes a formar o monopólio ou se a existência de monopólio era suficiente. Em 1914 surge o *Clayton Act* exemplificando e condenando algumas práticas restritivas da concorrência e cria-se a *Federal Trade Commission Act* (1914), posteriormente emendada pela *Robinson-Patman Act*.

¹¹ *Clark*, John M., A concorrência como processo dinâmico, *apud Forgioni*, Paula A., ob.cit., p.155.

monopólio. Aqui está expressa a idéia da chamada, por Clark, de *workable competition* (concorrência viável).

A idéia de concorrência viável penetrou na chamada “Escola de Harvard”. Seus representantes sustentaram a proteção da concorrência como um valor em si mesma. As concentrações excessivas de poder devem ser evitadas e o número de agente no mercado deve ser preservado. Esta multiplicidade igualitária de agentes econômicos evitaria a disfunção no mercado (daí a frase *small is beautiful*). A Escola de Harvard praticamente desaparece nos anos 70 predominando as noções desenvolvidas pela Escola de Chicago.

Também partindo da verificação de que as imperfeições no mercado não são tão nocivas, os seguidores da Escola de Chicago afirmam que a eficiência alocativa, ou seja, a habilidade de produzir a custos menores, se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Admite-se a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, se voltadas à maximização da eficiência alocativa.

Diminuindo-se o custo diminui-se o preço; o consumidor, por sua vez, colherá as vantagens. A proteção do bem-estar do consumidor é erigida a princípio norteador do direito antitruste (claro que partindo do pressuposto de que o monopolista dividirá os seus lucros com o consumidor, baixando o preço na mesma proporção do ganho de eficiência ocorrido), princípio que pode ser oposto aos demais objetivos do antitruste¹².

Salomão Filho¹³ ilustra argumentando que a proteção exclusiva da concorrência pode levar, às vezes, a concluir pela ilicitude de uma concentração econômica que, contando com ganhos de produtividade e eficiência, poderia vir a ser benéfica aos consumidores. O mesmo no pensamento inverso, a preocupação exclusiva com o interesse dos consumidores pode levar a aprovar concentrações que levem a forte dominação de certos agentes econômico sobre o mercado, o que pode ser bastante prejudicial aos concorrentes. Ou seja, a proteção do consumidor e a defesa da concorrência podem indicar direções opostas¹⁴.

¹² Em sua origem (*Sherman Act*) a legislação americana baseava-se na noção de concorrência perfeita e tendia à proibição absoluta daquelas convenções destinadas a restringir a concorrência e os monopólios. Partindo das idéias propostas pela escola de Chicago esta orientação foi perdendo vigor com o tempo. Foi então adotada a regra de razoabilidade (*rule of reason*) para a valoração da nocividade da concentração de poder no mercado tendo por escopo a noção de eficiência.

¹³ Salomão Filho, Calixto, *Direito Concorrencial: as estruturas*, Malheiros Editores, 1998, p.20-21

¹⁴ Salomão Filho, Calixto, *ob.cit.*, p. 19, nota 5, lembra ser importante observar, no entanto, que, apesar de ainda predominante em matéria de controle de estruturas, a escola de Chicago sofre hoje importantes críticas doutrinárias tratando-se de disciplina de compor-

Por sua vez a teoria ordo-liberal, produto dos estudos, nos anos 30, de um grupo de professores da Universidade de Freiburg, parte da noção de economia de mercado em concorrência perfeita.

Para os ordo-liberais a liberdade de concorrência exerce a função econômica e política daquele modelo de mercado. A liberdade de iniciativa econômica tem como base jurídica a propriedade dos meios de produção e a liberdade de contratação; o direito à propriedade e o direito das obrigações apresentam valor organizativo fundamental.

Nas palavras de Böhm¹⁵ este modelo econômico se caracteriza da seguinte forma: os integrantes do mercado são, na verdade, impotentes --- no sentido de que sejam completamente incapazes de influenciar conscientemente o destino de um outro agente no mercado através de seu comportamento econômico isolado --- e independentes --- ou seja, seus próprios destinos são livres de influências geradas pela ação ou omissão de outros integrantes do mercado.

Ao Estado caberia a função de criador de condições para que as garantias de autocoordenação e autocontrole se efetivem. Valendo-se de metáfora usada pelo próprio Böhm: os ordo-liberais buscavam, na falta da mencionada “impotência” dos integrantes do mercado, compensar a ausência da mão invisível da concorrência pela mão visível do Estado.

Note-se, porém, que a liberdade econômica apregoada pelos ordo-liberais não se confunde com aquela apregoada pelo liberalismo. Os ordo-liberais defendem que a liberdade econômica e de concorrência deve ser protegida apenas pela sua utilidade social. Esta utilidade, por sua vez, será garantida pelo mecanismo de preço do mercado, cuja tarefa consiste em transformar o interesse do lucro dos produtores privados em um motor de comportamento individual economicamente útil à sociedade. A liberdade tem, em outras palavras, de se justificar socialmente.

tamentos. Nesse campo ela é, na realidade, considerada superada, chegando-se a falar em uma era “pró-Chicago.” Com relação à atualidade da importância da escola de Chicago citamos um pequeno trecho de matéria veiculada na Revista *Der Spiegel*, Nr. 30 (27/07/01) sobre a globalização, intitulada “Widerspruch!” (Protesto!): “De repente ali está um George Bush, onde apenas o W. faz lembrar que aqui é o Júnior quem governa. O velho clã familiar, os velhos ideologistas da Escola de Chicago, o mesmo bolor da era Reagan estão novamente presentes: defesa por meio de mísseis, aforismos de conotação guerreira e uma política que, acima de tudo, cuida da prosperidade dos grandes trustes, para os quais tudo o mais --- meio ambiente, os pobres, os sentimentos dos jovens --- é indiferente.”

¹⁵ Böhm, *apud* Gotthold, Jürgen, *Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie: Kritische Bemerkungen zur neo-neoliberalen Theorie der Wettbewerbspolitik*, in ZHR 145 (1981) p. 301.

De acordo com v. Hayek¹⁶ a concorrência é um processo de descoberta de fatos que, sem a sua existência, ficariam desconhecidos ou, pelo menos, não seriam aproveitados. A sua tarefa consiste, então, em coordenar os atos de todo os participantes do processo de mercado, produtores e consumidores, e, com isto, dar utilidade às informações espalhadas no mercado¹⁷. As escolhas serão feitas com base nelas. A formação de poder econômico tem efeitos nocivos sobre o processo de descoberta, pois elimina (ou diminui) a pluralidade dos participantes no mercado e dos produtos, limitando a liberdade de escolha dos produtores e dos consumidores.

Dada esta dinâmica, fica claro porque os *ordo-liberais* defendem não ser possível admitir ao direito concorrencial qualquer objetivo econômico predeterminado, como eficiência, por exemplo¹⁸.

Resumidamente: a primeira corrente analisada vê na concorrência instrumento para atingir determinado objetivo político-econômico. Para tanto será legítimo até mesmo limitar a liberdade de concorrência. Assim, diante da constatação de poder econômico no mercado, deverá ser feita uma valoração de sua eficiência. Só o poder econômico não eficiente é proibido.

A segunda corrente analisada vê na liberdade de concorrência, e na sua proteção, a norma máxima da política concorrencial. Apresentada concentração de poder no mercado a decisão de sua proibição, ou não, será feita com base na avaliação das possíveis barreiras criadas para a entrada de outros competidores no mercado: só a multiplicidade de concorrentes e de produtos viabiliza o “processo de escolha.”

5. Uma ordem jurídica que tenha na concorrência o princípio organizador dos acontecimentos no mercado deve, por um lado, garantir a possibilidade a todos os agentes econômicos de livre acesso ao mercado e, por outro, impedir as limitações à liberdade de ação no mercado.

A concorrência é livre quando --- pelo menos em tese ---- a cada um é garantida a chance de poder entrar no mercado como novo agente econômico e poder levar à cabo as suas decisões de acordo com suas próprias convicções.

¹⁶ v. Hayek, *Wirtschaftstheorie und Wissen* (Vortrag 1936), ap. Lehmann, Michael, *Das Prinzip Wettbewerb*, in *Juristische Zeitung*, 90, p. 63

¹⁷ As informações sobre o preço, por exemplo, são importantes, uma vez que ele é índice da escassez do produto no mercado.

¹⁸ Nas palavras de v. Hayek, *Wirtschaftstheorie und Wissen* (Vortrag 1936), ap. Lehmann, Michael, ob. cit., p. 63: “...no esporte e nas provas, para a poesia e ainda, não por fim, para a ciência, seria obviamente sem sentido organizar uma competição se nós já soubéssemos por antecedência quem seria o vencedor. Com isto quero encarar a concorrência de forma sistemática, como o título desta palestra expressa, como um processo de descoberta de fatos que sem a sua existência ficariam desconhecidos ou, pelo menos, sem utilidade.”

As leis antitrustes ocupam-se com a liberdade da concorrência, enquanto que as normas sobre concorrência desleal ocupam-se com a qualidade da concorrência. Ambas, liberdade e qualidade pressupõe, necessariamente, existência da concorrência: daí afirmar que a proteção à concorrência se procede por duas vias.

6. As leis antitrustes e as de repressão da concorrência desleal ainda apresentam outro importante ponto em comum: ambas têm por fundamento um conceito unitário de concorrência, nomeadamente a idéia da Leistungswettbewerb (concorrência de prestação) desenvolvida por Lobes¹⁹, que usou como paradigma à concorrência econômica a competição esportiva, onde apenas o emprego de forças e recursos determinados é permitido, de modo que o uso de outros meios, que não aqueles, é tido como desleal. Apesar da comparação proposta ser passível de críticas²⁰, dela sobressai a noção de que as vantagens alcançadas na concorrência devem ser obtidas com base nas prestações --- contribuições --- trazidas para o mercado, e não de outra maneira.

Posteriormente Nipperdey e Böhm completaram o pensamento de Lobes trazendo à baila o antagonismo entre concorrência de prestação e concorrência de não prestação (Nichtleistungswettbewerb). Se é certo que para a concretização das normas de defesa da concorrência estes conceitos são tão subjetivos quanto aqueles referentes à lealdade e deslealdade, deles abstrai-se a importante noção de que as normas antitrustes, bem como as normas que coíbem a concorrência desleal, devem respeitar as regras do capitalismo.

As normas que regulam a concorrência econômica não proíbem a eliminação, ou o prejuízo, do concorrente se alcançados por meio de prestações “positivas” (leais, no sentido capitalista). O capitalismo pressupõe a “luta” entre os concorrentes --- “vencem” no mercado os mais competentes --- porém, desde que esta “luta” não venha a por em risco a sua própria estrutura (e neste sentido é o capitalismo um “jogo”, um conflito que tem como regra primordial a preservação dos adversários pois, exterminados estes,

¹⁹ Lobes, in *Über den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, SächsArchiv 5 (1895), 59, 63, *apud Rittner*, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis, 6. Ed. Heidelberg: CF Müller, 1999.

²⁰ Rittner, Fritz, *ob.cit.*, p. 3 critica a definição de Lobes lembrando que “a concorrência esportiva não se apresenta, na verdade, ilimitadamente aberta como a comercial, mas antes realiza-se em um sistema determinado, onde esforços bem determinados dos – possivelmente com as mesmas condições – participantes serão comparados entre sí.” No mesmo sentido crítico *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 18. Ed., München: C.H.Beck, 1995, p.41, n°12.

desaparece a possibilidade de jogar²¹). Por isso é que são reprimidas aquelas vantagens sobre concorrentes alcançadas por meios contrários (desleais, no sentido capitalista) aos princípios de funcionamento do mercado. Deste modo as normas sobre concorrência --- as que se ocupam com a proteção da liberdade, bem como aquelas que têm por objeto a qualidade da concorrência --- ao preservarem as estruturas do mercado funcionam como viabilizador do capitalismo.

7. O ponto de partida das leis antitruste são as medidas e condições artificiais que limitam a liberdade de concorrência no mercado. Insistindo, seu objeto é a proteção da liberdade da concorrência (e não o consumidor, como alguns defendem). A sua manifestação no mercado permite que sirvam não só como normas de proteção à existência da concorrência, mas também como instrumento de implementação de políticas públicas. São, assim, normas de caráter político-econômico.

Já o ponto de partida das leis que reprimem a concorrência desleal vem expresso nas condutas de cunho ético dos agentes econômicos, condutas estas que afetam as relações microeconômicas. Apesar de dotadas de caráter econômico são, no que diz respeito às características político-econômicas, neutras.

A proteção pela concorrência desleal pode muitas vezes não coincidir com a proteção da liberdade da concorrência, como a seguir ilustraremos, mas sempre implicará na proteção da existência da concorrência.

8. Um comportamento concorrencial proibido por lei não é livre. A liberdade de concorrência somente é instituída pela ordem jurídica nos limites do comportamento ético permitido. A liberdade garantida pela lei é somente aquela qualificada como ética (leal).

Surge aqui um ponto de atrito entre liberdade e lealdade de concorrência. Quanto maior a liberdade da concorrência, menos restritos apresentar-se-ão os atos entendidos como desleais; por outro lado, quanto maior o espectro de atos entendidos como desleais, menor será a liberdade de concorrência.

Por mais que legítimas as normas que protegem a lealdade na concorrência não se pode negar seu potencial limitador da liberdade de concorrência. O grande desafio nesta matéria será harmonizar os princípios da lealdade e da liberdade.

Sabemos que, ao contrário das regras jurídicas, o conflito entre princípios jurídicos não implica na incompatibilidade entre ambos. Pelo contrário,

²¹ Vide *Grau*, Eros Roberto, *Direito conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 13.

ensina Grau²² valendo-se dos ensinamentos de Dworkin, “ a circunstância de, em determinado caso, a adoção de um princípio, pelo aplicador do direito ou pelo intérprete, implicar o afastamento de outro, que com aquele entre em testilhas, não importa em que este seja eliminado do sistema, até porque – repito – em outro caso, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer”.

Com relação ao procurado equilíbrio entre aqueles dois princípios assevera Salomão Filho²³ dever ser feita a consideração concreta da pluralidade dos interesses envolvidos no direito concorrencial. “Isto significa”, em suas palavras “que, para determinar o correto ponto de equilíbrio entre a liberdade que se deve dar aos concorrentes e os padrões éticos de comportamento que deles é preciso exigir, faz-se necessário ir além da relação entre os concorrentes e verificar se aquele específico comportamento pode limitar ou de qualquer forma falsear a liberdade de escolha do consumidor. É a consideração dos interesses do consumidor ao lado dos interesses do concorrente que permite resolver eventuais impasses”. Alerta a seguir que “o fato do consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em seu destinatário jurídico direto. Muitas vezes é através da proteção da ‘instituição’ concorrência que o seu interesse será protegido”. (grifo nosso)

9. A experiência histórica ensina que a concorrência só será efetiva se defendida a liberdade e a lealdade. Para ilustrarmos passamos a abordar, brevemente, o desenvolvimento legislativo da proteção da concorrência na Alemanha.

Enquanto nos Estados Unidos da América a preocupação com a proibição dos cartéis despontava, na Alemanha procurava-se conciliar os monopólios e os cartéis com o recentemente introduzido (em 1869) princípio da livre iniciativa.

Na fase anterior à primeira grande guerra a Alemanha passou por uma fase de aquecimento das relações concorrenciais e acentuado desenvolvimento industrial. Como conseqüência a concorrência se intensificou, as práticas desleais tornaram-se corriqueiras. O Estado não proporcionou, por sua vez, qualquer proteção e a falta de normas que regulassem o comportamento concorrencial levaram os tribunais a entenderem como lícita qualquer prática não proibida por lei.

A partir dos anos setenta daquele século os agentes econômicos começaram a se organizar com o objetivo de evitar a concorrência predatória entre si. Aqui a origem do processo de concentração do poder econômico. No

²² Grau, Eros Roberto, ob.cit., p. 100.

²³ Salomão Filho, Calixto, ob.cit., p.64.

ano de 1875 verificou-se a existência de 4 cartéis, em 1890 de 106 e, em 1905, de 385 cartéis com a participação de 12000 empresas²⁴. A cartelização da economia na Alemanha tomou proporções tão grandes, que Möschel referiu-se à Alemanha daquela época como “país dos cartéis” (Land der Kartelle).

Em 1909 foi promulgada a Lei contra a concorrência desleal (UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). O artigo primeiro desta lei oferece uma cláusula geral onde todos os atos contrários aos padrões comerciais éticos são considerados desleais.

Em 1923 foi promulgada uma tímida lei sobre cartéis, a Kartellverordnung, que além de não conter norma nenhuma contra a formação de cartéis ou agrupamentos --- portanto os reconhecendo! --- só sujeitava-os ao controle do Estado se contrários ao interesse público. Lembrando que a concentração do poder foi fundamental à ascensão do nazismo, não é de se estranhar que tal controle nunca tenha se realizado na prática.

A proteção da concorrência concentrou-se, assim, na proteção concedida pela UWG.

Em 1931 o Reichsgericht (Tribunal do Império), por exemplo, foi confrontado com o seguinte problema: um posto, que não fazia parte de um cartel de gasolina, reduziu seu preço de venda do combustível, vendendo mais barato do que os membros do cartel. O cartel, por sua vez, reagiu abaixando também seus preços. O vendedor de gasolina reduziu, mais uma vez, seus preços. O cartel reagiu novamente baixando seu preço somente para a região onde estava situado o concorrente e instruindo seus membros a cobrirem qualquer oferta daquele pequeno empresário. Deste modo pretendia-se ou arruinar o pequeno comerciante ou forçá-lo a integrar o cartel. Um típico caso a ser resolvido por leis que regulem a liberdade de concorrência.

A Alemanha não tinha, porém, legislação eficiente que combatesse a formação de cartéis (lembre-se que a Kartellverordnung era um instrumento jurídico inócuo). O Reichsgericht solucionou a questão valendo-se das noções de concorrência de prestação e concorrência de aniquilamento²⁵. Partindo da máxima de que a concorrência só é permitida se praticada através de atos que exprimam uma contribuição “positiva” (leal) para o mercado pôde, o mencionado Tribunal, lançar mão da cláusula geral da UWG, proibindo o cartel baixar seus preços: o comportamento do cartel era ilícito

²⁴ Pohl, Die Entwicklung der Kartelle in Deutschland und die Diskussion im Verein für Socialpolitik, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19 Jahrhundert, Coing/Wilhelm, Band VI, 1979, S. 211, 215 apud Lehmann, ob.cit., p. 61.

²⁵ *Behinderungswettbewerb* uma categoria da *concorrência de não prestação*, vide ítem 6, supra.

por que visava eliminar o pequeno comerciante não por meio do emprego de esforços construtivos, mas por meio de atos que apenas objetivavam a aniquilação e o prejuízo do concorrente, ou seja, atos que poriam em risco a própria estrutura do mercado.

A decisão naquele caso foi, sem dúvida, engenhosa. Porém, na verdade, a cláusula geral do UWG não tinha como objetivo e não era suficiente para impedir a formação de cartéis.

Após a segunda guerra as forças de ocupação impuseram à Alemanha uma política de descartelização da indústria.

Em 1.1.1958, depois de mais de 7 anos de discussões, entrou em vigor a primeira lei contra limitações concorrenciais, a chamada “Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen” (GWB), que hoje, após diversas reformas, dispõe de um controle preventivo das concentrações e parte da noção de abuso de poder econômico no mercado para distinguir entre bons e maus monopólios.

É possível que o aqui assinalado desenvolvimento histórico das legislações de proteção da concorrência explique a terminologia adotada pela doutrina alemã, que refere-se à concorrência em sentido amplo, como sendo aquela que abrange, por um lado, as leis de proteção contra limitações concorrenciais e, por outro lado, a concorrência em sentido estrito, ou seja, aquela relativa à lealdade na concorrência.

II. Defesa da concorrência no Brasil

1. Iniciaremos o estudo da defesa da concorrência no Brasil com a referência ao modelo de exploração econômica adotado na colonização dos trópicos: este modelo impregnou de tal forma a estrutura econômica do país, que não se pode cogitar analisar o fenômeno concorrência dentro desta ordem jurídica sem antes determinar este ponto de partida.

As colônias tropicais, diferentemente das temperadas, se caracterizaram pela exploração dos recursos naturais por elas oferecidos em proveito do comércio europeu. Nas palavras de Caio Prado Júnior²⁶, “se vamos à essência de nossa formação, veremos que na realidade nos constituímos para fornecer açúcar, tabaco, alguns outros gêneros; mais tarde, ouro e diamante; depois algodão, e em seguida café, para o comércio europeu. Nada mais que isto. É com tal objetivo, objetivo exterior, voltado para fora do país e sem atenção a considerações que não fossem o interesse daquele comércio, que se organizarão a sociedade e a economia brasileiras. Tudo se disporá naquele sentido: a estrutura social, bem como as atividades do país. Virá o branco europeu para especular, realizar um negócio; inverterá seus cabe-

²⁶ Prado Júnior, Caio, *História Econômica do Brasil*, São Paulo: Editora Brasiliense, 42ª ed., 1995, p. 22 e 23.

dais e recrutará mão-de-obra de que precisa: indígenas ou negros importados. Com tais elementos, articulados numa organização puramente produtora, mercantil, constituir-se-á a colônia brasileira.”

A política fiscalista exercida pela metrópole vem complementar este quadro: as restrições econômicas e opressão administrativa abafam as tentativas de desenvolvimento industrial do país²⁷.

Neste quadro, a única manifestação significativa de concorrência ocorre entre os grandes latifundiários. A única forma existente, e desde o início combatida, de concorrência desleal era o aliciamento rural, punido no Livro IV, Tit. 30, das Ordenações do Reino. Com a abolição da escravidão o problema se agravou. O Código Penal de 1890 previu, em seu artigo 205, pena de prisão e multa àquele que desviasse “operários ou trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças, constrangimento ou manobras fraudulentas.” Durante a elaboração do Código Civil o tema foi pauta em inúmeras discussões, consolidadas, por fim, nos artigos 1.230 --- que institui a obrigação do locatário agrícola de fornecer um atestado ao locador atestando que a obrigação contratual estaria finda --- e 1.235 --- que prevê multa para o aliciamento de “pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas”.

A preocupação com o aliciamento rural vem bem explicada no comentário de João Luiz Alves²⁸, que transcrevemos: “ a defeituosa organização do trabalho rural, sobretudo na época das colheitas, em que o braço se torna mais procurado, permitindo a alliciação de trabalhadores, que abandonam o locatario no momento em que seus serviços mais necessarios se tornam, estava exigindo um conjunto de medidas que, assegurando e protegendo os direitos do locador, amparasse também os legitimos interesses do locatario.” Colocando em risco a plantação e a colheita, o aliciamento rural colocava em risco a integridade da empresa agrícola e, com isto, a própria base

²⁷ Pensemos, a título de exemplo, no monopólio do sal, na proibição do cultivo da oliveira, da vinha, da especiarias, do mel, da proibição das atividades de ourives...

²⁸ Apud *Carvalho Santos*, Código Civil Brasileiro Interpretado, Vol. XVII, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p.308.

da economia nacional²⁹. As instrumentalidade das normas que defendem a concorrência aparece bem clara neste episódio³⁰.

2. Retornando ao relato histórico, com a mudança de D. João VI para o Brasil é iniciada a implementação de uma política econômica, já que a corte tinha lá as suas necessidades de consumo, que acabou por incentivar o desenvolvimento do país. O sabor desta aceleração econômica foi inclusive, posteriormente, a força motriz da independência política do Brasil.

Inicialmente a abertura dos portos ao livre comércio exterior em 1808 e as baixas taxas alfandegárias permitiram que produtos estrangeiros, de melhor qualidade, mais variados e mais baratos do que os nacionais, entrassem no mercado aniquilando a pequena indústria artesanal existente na então colônia.

A partir de 1844 as taxas alfandegárias vão sendo, paulatinamente, elevadas. A produção local do algodão vai criando condições para o surgimento de atividade industrial no setor têxtil.

Esta tendência de industrialização se mantém durante toda a República Velha; o desenvolvimento brasileiro dependerá cada vez mais das atividades urbanas. A indústria de juta, por exemplo, era uma das mais importantes do país à época, uma vez que a produção de café era acondicionada em sacos produzidos por esta fibra.

O governo continuava, porém, nas mãos dos fazendeiros que privilegiavam a atividade agricultora à indústria, encontrando oposição na ascendente classe industrial, clamante por uma política voltada ao desenvolvimento industrial.

As conseqüências da primeira grande guerra no mercado internacional vêm, nas décadas de 1910 e 1920, estimular ainda mais este processo industrial.

A trama que envolveu um julgado de 1911, que teve por objeto a questão de cessão de clientela, é extremamente curiosa.

A pouco mencionamos que a indústria de juta ocupava no final do século retrasado posição econômica importante. Caio Prado Júnior³¹ lembra o

²⁹ É por isso que *Queiroz*, Manoel Elpidio P. de, in *Revista dos Tribunais*, 34, 1920, p. 159, nas conclusões de seu arrazoado perante a 1ª Vara Cível do Comércio de São Paulo, argumenta, “portanto, insophismavel que, para serem applicados em casos como o deste autos, cuja gravidade assume proporção fóra do commum, *pois que não se trata do allciamento duma só familia de colonos, mas de oito ao mesmo tempo (!!!)* foi que se crearam as disposições radicaes do Cod. Civil, citados no libello e sobre as quaes bordamos descobertos commentarios, no inico destas razões.” (Itálico nosso).

³⁰ Note-se que o Código Penal de 1940 passa a prever o aliciamento de trabalhadores “com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional”. A preocupação econômica que se coloca é outra.

nome do pioneiro da indústria da juta, o Conde Antônio Álvares Penteado, que instalou a sua primeira fábrica em 1892, com capital formado na exploração de fazenda de café. O autor assinala a importância deste detalhe como forma de ilustrar a maneira como se financiou, em boa parte, o início da indústria paulista.

Este mesmo fazendeiro e industrial alienou ao Sr. Jorge Street sua fábrica de exploração de juta, a Fábrica Santa Anna. Alguns meses depois o Conde fundou, no mesmo bairro daquela sua antiga fábrica, agora chamada de Cia. Nacional de Tecidos de Juta, outra grande fábrica para a fiação e tecelagem de juta, a Cia. Paulista de Aniagens. Diante de rumores que o Conde pretendia vender ou transferir para o nome de terceiro aquela fábrica que acabara de construir protestou o Sr. Jorge Street, argumentando que com a Cia. Paulista de Aniagens o réu teria retirado os bens incorpóreos com que havia entrado para a formação do capital da fábrica vendida --- a clientela. Em outras palavras, a questão consistia em saber se o vendedor de uma empresa, na falta de estipulação contratual que o proibisse, poderia tornar a se restabelecer com o mesmo gênero de comércio, ou indústria, desviando para si a clientela que implicitamente transferira ao comprador com a alienação do negócio.

Não bastasse o calibre dos advogados das partes --- J.X. Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa (na segunda instância)--- a questão torna-se mais interessante pela acusação do advogado do Conde na 1º instância, José Ulpiano, publicada no jornal O Estado de São Paulo de 19.11.1911, de que o Sr. Jorge Street pretendia formar um trust para monopolizar a indústria de tecido de juta³².

A decisão proferida na primeira instância entendeu pela aplicação da obrigação de garantia disposta nos artigos 209, 214 e 215 do Código Comercial, condenando o réu em perdas e danos. A decisão proferida em segunda instância veio, porém, modificá-la. Note-se que esta última foi muito peculiar aos acontecimentos que se sucederam à decisão em primeira instância (o réu veio a falecer criando um problema de co-responsabilidade do Espólio), vindo ser superada pela esmagadora maioria dos acórdãos subsequentes, que entendem válida a cláusula restritiva³³.

³¹ Prado Júnior, Caio, ob.cit. p.261, nota 86.

³² Os limites deste ensaio nos impedem de transcrever as acusações do artigo e de nos aprofundarmos nos detalhes da ação. Para aqueles que queiram mais informações sobre esta famosa causa *Silveira*, Newton, Limites Convencionais à Concorrência, in Revista de Direito Mercantil, Julho-Setembro/1981, p. 47-58, oferece a transcrição do mencionado artigo e as indicações bibliográficas necessárias. Vide também Revista dos Tribunais, 6, 1913, p. 239.

³³ Vide por exemplo Ac. 7.038 de 21.08.1914, in: Revista dos Tribunais, 11, 1914, p. 69-70; Ac. Da 1ª Vara Cível de São Paulo, de 15.08.22, in: Revista dos Tribunais, 43, 1922,

A quase totalidade da jurisprudência da primeira metade do século passado sobre concorrência desleal versou sobre o problema da cessão de clientela. Se, por um lado, o crescimento dos centros urbanos vêm justificar o acirramento da competição entre os agentes econômicos, por outro entendia-se ser a clientela o bem tutelado pelos ilícitos da concorrência desleal.

Apesar deste ponto de vista estar superado, percebemos ainda hoje seus resquícios na jurisprudência brasileira, que persiste em afirmar a legalidade da cláusula de não restabelecimento do sócio retirante, com base na necessidade de preservar o *good will* da empresa, deixando de proceder, como lembra Salomão Filho³⁴, a necessária análise do efeito provável deste tipo de proibição sobre aquele mercado específico.

A repressão à concorrência desleal só poderia ser feita pelos dispositivos gerais dos Códigos Civil artigos 524, § único, 649, 673, Comercial e Penal.

3. As revisões de Bruxelas (1900), Washington (1911) e Haia (1925) trataram de trazer a concorrência desleal para o bojo da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, que havia sido fundada em 1883 e promulgada no Brasil pelo Decreto 9.233, de 28.06.1884. Foi a primeira vez que disposições sobre concorrência desleal apareceram em um diploma voltado à proteção da propriedade industrial. A adoção desta sistematização pode ser explicada e justificada.

No fim do século XIX a França já contava com uma desenvolvida jurisprudência a respeito da “*action en concurrence déloyale*”: naquele país a proteção contra os atos de concorrência desleal era, e ainda o é, realizada através das figuras da responsabilidade civil e do abuso do direito; as suas bases são criação jurisprudencial.

Diante deste estágio desenvolvido de proteção e da preocupação de ter os seus nacionais também protegidos no estrangeiro, os representantes da França tentaram trazer ao bojo da Convenção uma cláusula geral semelhante ao disposto no artigo 1.382 de seu Código Civil. A resistência dos países anglo-americanos, que se indispuseram com a idéia de uma cláusula geral, explica por que a revisão de Bruxelas (1900) introduziu apenas disposição pela qual os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal (art. 10 bis, §1).

Se por um lado o novo artigo 10 bis teve por mérito prever a proteção contra a concorrência desleal, não mostrou-se eficiente naqueles países que, como o Brasil, ainda não concediam proteção aos seus nacionais contra

p. 491-493; Ac. 15.626, de 12.12.28, in: Revista dos Tribunais 69, 1929, p. 532-533; Ac.º 22.399, de 17.02..37, in: Revista dos Tribunais 107, 1937, p. 571-572.

³⁴ *Salomão Filho*, Calixto, ob.cit., p.70, nota 81

atos de concorrência desleal. Assim sendo a segunda revisão da Convenção, feita em Washington em 1911, inovou ao incluir a repressão à concorrência desleal no elenco dos objetos de proteção da propriedade industrial (art. 1, §2): em outras palavras, na Convenção a repressão da concorrência desleal é considerada parte da propriedade industrial.

Henning-Bodewig³⁵ nos lembra que a França, exatamente por ter uma construção jurisprudencial tão avançada nas questões sobre concorrência desleal, representava a força motriz no desenvolvimento do direito da concorrência do início do século XX. A autora sugere uma análise cuidadosa dos delitos coibidos naquele tempo pela “*action en concurrence déloyale*” e conclui que eram delitos, como por exemplo a diluição de marca, que poderiam, já à época, serem regulados com a mesma eficiência pela legislação que trata da proteção das marcas (atualmente é, inclusive, a lei de marcas quem deles se ocupa). A opção por trazer regras sobre concorrência desleal para o bojo de Convenção sobre propriedade industrial é, então, reflexo de um determinado estágio no desenvolvimento da matéria. Na verdade os direitos privativos industriais não se confundem com a proteção concedida pelas norma de concorrência: os primeiros têm por fim assegurar posições exclusivas nas relações de concorrência, os segundos têm por fim proteger através da lealdade a própria existência da concorrência.

Ainda a respeito do desenvolvimento das regras sobre concorrência desleal dentro da Convenção, a revisão de Haia de 1925 veio, finalmente, complementar o artigo 10 bis com uma cláusula geral (§2) e com a enunciação de hipóteses (§3), exprimindo um acordo entre as expectativas francesas e as anglo-americanas.

4. A crise econômica de outubro de 1929 e a Revolução de 1930 terminam com o sistema político adotado pela República Velha, abrindo novas perspectivas para uma ordem econômica e social.

Getúlio Vargas tomou posse como presidente da República em 1930 apresentando um programa de governo que seguia, basicamente, duas direções: sanar os males dos governos anteriores e implantar uma política desenvolvimentista. Inicia-se um período de intensificação de mecanismos de intervenção do Estado no domínio econômico, não só para minimizar as sérias conseqüências da crise de 1929, mas também na regulamentação do comportamento dos agentes econômicos.

Uma das primeiras medidas de centralização econômica de Vargas foi proibir que os Estados membros negociassem empréstimos externos sem autorização federal, extirpando, assim, uma das bases do sistema federalista

³⁵ Henning-Bodewig, Frauke, *Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb*, in *Neuordnung des Wettbewerbsrechts*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998/1999, p.25

adotado na República Velha de autonomia financeira dos Estados. Seguiu-se com a organização de instituições para intervir no setor agrícola do país, enfraquecendo o poder dos fazendeiros (a constante na vida econômica do país: o poder econômico dos monocultores). Altas taxas de importação foram adotadas agora com objetivo deliberado de protecionismo industrial. Para evitar a saída de moedas fortes do Brasil, típica reação em tempos de crise econômica, o governo de Vargas impõe um controle total sobre o câmbio.

Estas medidas protecionistas estimularam a indústria, por outro lado, porém, criaram condições para que a maior parte delas passasse a viver parasitariamente, “não conhecendo a luta pela conquista e alargamento de mercados que constituiu o grande estímulo das empresas capitalistas, e o responsável principal pelo progresso vertiginoso da indústria moderna.”³⁶

É nesta fase que é promulgado o Decreto 24.507, de 29 de junho de 1934, dispondo sobre propriedade industrial e concorrência desleal³⁷.

De outra banda é na Constituição deste ano que a expressão “economia popular” aparece mencionada pela primeira vez.

Posteriormente, a Constituição de 1937, em seu artigo 141, referiu-se novamente à proteção da “economia popular”. Um ano depois, em 1938, o disposto no artigo 141 da Constituição foi regulado pelo Decreto-lei 869, de novembro de 1938.

Este Decreto-lei apresentava-se nitidamente, em muitos de seus aspectos, como uma lei antitruste³⁸. Por ter surgido com uma função constitucional definida de tutelar a economia popular, tutelava o consumidor “contra qualquer tipo de falseamento de seu processo de escolha”.³⁹

Sustentando-se no desenvolvimento histórico-econômico do Brasil Forgioni⁴⁰ vai mais além e conclui que “o antitruste não nasce, no Brasil, como

³⁶ Prado Junior, Caio, ob.cit. p. 262.

³⁷ O Decreto 22.989, de 26 de julho de 1933, autorizava na letra c de seu artigo 1º o diretor do Departamento Nacional de Propriedade Industrial a, na medida de suas atribuições, reprimir a concorrência desleal. Mas, como nota *Silva Pacheco*, José da, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, na rubrica sobre Desvio de Clientela, p. 89, “aquela autoridade só poderia se basear legalmente nos termos vagos e gerais do art. 10 bis da Convenção de Paris. Era pouco (...)”

³⁸ A propósito as palavras do então ministro da Justiça, Sr. Francisco Campos (*Shieber*, Benjamin M., *Abusos do poder econômico - direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 4): “O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do país.”

³⁹ *Salomão Filho*, Calixto, ob.cit. p. 66. Também neste sentido *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p. 106.

⁴⁰ *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p. 106.

elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor”. Nasce, assim, não apenas como instrumento para garantir o funcionamento básico do capitalismo, mas como instrumento de dirigismo econômico.

De acordo com Shieber⁴¹, na falta de um órgão especializado com competência para executar os dispositivos do Decreto-lei 869, ele só se mostrou apto a corrigir algumas disfunções no campo dos preços, artifícios e fraudes contra os consumidores, não tendo maior aplicação no campo antitruste.

5. A preocupação com a proteção do consumidor não se deixa antever apenas no Decreto-lei de 1938, mas no já mencionado Decreto 24.507 de 1934, que tinha no concorrente e no consumidor os sujeitos ativos dos atos de concorrência desleal.

Lembrando que à época, como mencionamos anteriormente, prevalecia o entendimento de que o bem tutelado pelas normas de proteção à concorrência leal era a clientela do concorrente, parece claro que também o Decreto 24.507 de 1934 surge não só com aquela sua função econômica peculiar de garantia do capitalismo, mas também como instrumento de dirigismo econômico!

Esta situação *sui generis* persistirá por 6 anos. O Código Penal de 1940 revoga o mencionado Decreto; o consumidor não é mais mencionado.

6. O Decreto 24.507 de 1934 inaugurou a coibição da concorrência desleal por meio de ação penal.

Em 1930 defendia Carvalho de Mendonça⁴² a escolha do caminho penal para a tutela da concorrência leal argumentando: “a repressão nessa matéria precisa ser especialmente de caráter penal, pois os atos provenientes da concorrência desleal ofendem quase sempre todos os negociantes do mesmo ramo de comércio, e, assim, torna-se impossível, a um ou a outro isoladamente, pedir a reparação do prejuízo causado.”⁴³

Com a opção pela coibição penal da concorrência desleal, que se firmará também nos diplomas legais subsequentes, coloca-se patente o interesse público na proteção da lealdade (da qualidade) da concorrência como me-

⁴¹ Shieber, Benjamin M., *ob.cit.*, p. 6.

⁴² Carvalho de Mendonça, J.X., *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I, 6ª edição, Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 308, nota 8.

⁴³ Criticando a sistemática penal escolhida vide Gama Cerqueira, João da, *Tratado da Propriedade Industrial*, volume 2, 2ª ed., São Paulo: RT, 1982, p.1.265.

canismo voltado à defesa da concorrência, um fenômeno econômico. Assim, ao contrário daquilo que ainda hoje vem sendo repetido --- que o interesse imediatamente tutelado pela coibição dos atos desleais de concorrência é o concorrente (o interesse egoístico do agente econômico individualmente considerado) --- o bem tutelado pelos ilícitos de concorrência desleal é a própria concorrência.

Tomemos, por exemplo, o artigo 235 do Código Penal, que prevê o crime de bigamia, sistematizado sobre o Título “dos crimes contra o casamento”. É óbvio que o mencionado artigo não tem por objetivo, em primeira linha, a proteção da noiva, ou do noivo, ludibriado, mas antes o instituto do casamento. E mais, a concessão da proteção ao instituto do casamento não ocorre por razões acidentais, mas em razão da importância do casamento para o ordenamento social do país.

Por outro lado é certo que a proteção penal ao instituto do casamento não elimina os direitos pessoais do noivo, ou da noiva, ludibriados. Em outras palavras, a proteção individual e institucional não conflitam entre si, pelo contrário, são simultâneas e harmoniosas.

Os preceitos sobre concorrência desleal pedem a mesma sistemática interpretativa.

7. A sistemática casuística adotada explica a revogação do Decreto de 1934. Ressentia-se, à época da falta de um dispositivo amplo que abrangesse a concorrência desleal em todas suas diversas manifestações. O inciso III do artigo 196 do Código Penal (atual inc. III do art. 195 da Lei 9.279/96), --- que configurava crime de concorrência desleal empregar meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem --- veio, de acordo com a doutrina da época, suprir aquela falha.

A sistemática adotada pelo Código Penal de 1940, tipificando hipóteses consideradas como crime de concorrência desleal, parece ter a sua origem no direito português. Portugal foi o primeiro país do mundo, já em 1894, a adotar uma disciplina legislativa global sobre concorrência desleal e é o único país do mundo cujos preceitos reguladores da concorrência desleal são exclusivamente preceitos penais.

8. Em 1945 é promulgado o decreto-lei 7.666, de 22.06.45, conhecido como “Lei Malaia”, caracterizado especialmente como legislação “antitruste”.

O Decreto-lei 7.666 surge num clima nacionalista⁴⁴, disciplina a matéria antitruste de modo sistemático, corrigindo o problema da diluição das normas referentes à repressão ao abuso de poder econômico, que apresentavam-se esparsas, sem sistematização.

Este Decreto, que colocava nas mãos do Governo um instrumento apto a controlar a atividade do poder econômico no Brasil, foi revogado após a queda de Getúlio Vargas, não logrando nem três meses de vigência.

A Constituição de 1946 mencionou, pela primeira vez expressamente, o princípio de repressão de abuso de poder econômico.

Em 1948 foi apresentado à Câmara Federal um projeto de lei que em suas linhas básicas reeditava o Decreto-lei de 1945. Catorze anos mais tarde, com algumas alterações, este projeto foi transformado na Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962.

De acordo com Salomão Filho⁴⁵, valendo-se das palavras do próprio Agamenon Magalhães, autor do projeto da referida lei, este diploma foi quase exclusivamente influenciado pela experiência americana, apenas adaptado às condições econômicas e políticas peculiares ao país. Aquele autor, considerando a pouca familiaridade do legislador brasileiro à época com conceitos econômicos jurídicos e com as necessidades de uma economia concorrencial, e considerando a própria forma casuística e assistemática típica do *Common Law* entende ser “razoável pressupor que o que ocorreu foi mais uma transposição de conceitos do que uma análise crítica e comparativa dos sistemas”.

Este quadro vem explicar as informações oferecidas mais uma vez por Forgioni⁴⁶, a respeito da eficácia do diploma: “ao que tudo indica, em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surtos’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência.”

9. Ainda em 1945 foi promulgado o primeiro Código de Propriedade Industrial⁴⁷ (CPI) que enumerava, no artigo 178, doze hipóteses de crime de concorrência desleal.

⁴⁴ *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p.111, refere-se a Moniz Bandeira, que notícia que o Departamento de estado norte-americano interpretou a Lei Malaia como “um ato de nacionalismo econômico, que desencorajava a entrada de capitais estrangeiros no Brasil”.

⁴⁵ *Salomão Filho*, Calixto, ob.cit. p.64.

⁴⁶ *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p.131.

⁴⁷ Decreto-lei 7.903, de 27.8.45.

Seu parágrafo único previa a possibilidade do prejudicado de haver perdas e danos em ressarcimento por prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal, que não aqueles tipificados como crime.

Os subsequentes Códigos de Propriedade Industrial, de 1967 e 1969⁴⁸, nada dispuseram sobre concorrência desleal e revogaram todas as “disposições em contrário”: a matéria esteve assim, desde a revogação do do Código de 1945 pelo Código de 1967, até o início da vigência do Código de 1971, sem tratamento penal legislativo.⁴⁹

Este último, o CPI de 1971⁵⁰, declarou, por sua vez, continuarem em vigor as disposições sobre concorrência desleal do CPI de 1945. Estes artigos perduraram até a promulgação da Lei 9.279 de 14.05.1996, que trouxe para seu bojo os crimes de concorrência desleal, inovando ao acrescentar algumas novas hipóteses de crime de concorrência desleal.

A possibilidade do prejudicado de haver perdas e danos em ressarcimento por prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal, prevista no § único do CPI de 1945, continua expressa no artigo 209 da Lei 9.279/96.

10. A Constituição de 1988 afirma dever estar a ordem econômica fundada na livre iniciativa e refere-se à livre concorrência (no sentido de liberdade de concorrência)⁵¹ como um dos princípios constitucionais⁵². O princípio latente⁵³ da repressão aos abusos de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, disposto no artigo 173, § 4, surge como instrumento constitucional de garantia do sistema econômico escolhido pela Constituição: o capitalista.

11. Em 1990 Fernando Collor de Mello foi eleito presidente do Brasil. Uma de suas várias promessas de campanha foi a de modernização do país tomando por pauta as idéias neoliberais: prometia a abertura do mercado nacional à concorrência externa, facilitando a entrada de capitais e produtos estrangeiros no país e a liberalização da economia, reduzindo o a intervenção do Estado na economia.

⁴⁸ Decreto-lei 254, de 28.02.1967 e Decreto-lei 1.005, de 21.10.1969.

⁴⁹ Vide artigo de *Villaça Azevedo*, Álvaro, Crime de concorrência desleal, in RT-498/1977, pp. 255-265.

⁵⁰ Lei 5.772, de 21.12.1971.

⁵¹ Vide *Grau*, Eros Roberto, ob.cit., p. 230-231.

⁵² *Grau*, Eros Roberto, ob. cit., p. 225-226, ensina que a liberdade de iniciativa econômica abarca a idéia de liberdade de comércio e indústria e a de liberdade de concorrência: a liberdade de concorrência é, assim, uma das facetas da liberdade de iniciativa econômica, sua menção no texto constitucional era desnecessária.

⁵³ Vide *Grau*, Eros Roberto, ob.cit., p. 231.

A autoregulação do mercado implícita na política econômica adotada por aquele governo reclamava, como sempre reclamou ao longo da história, normas corretivas que evitassem o processo autofágico da concorrência. Assim, da Medida Provisória 204, de 02 de agosto de 1990, nasceu a Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991, voltada a superar as ineficiências da lei antitruste anterior (a já analisada, de 1962) e a viabilizar a política econômica que se objetivava implementar. A Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 vem definir os crimes contra a ordem econômica.

As crises do Governo e a incapacidade de controle da inflação levaram a lei 8.158/91 a ser usada com fins populistas: nas palavras de Forgioni⁵⁴ como “um instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia.”

Houve um desvio na instrumentalidade político-econômica da lei: ao invés de agir viabilizando a política econômica que se propunha o governo realizar, a lei passou a ser usada como instrumento político de autopromoção ao servir para coibir os “lucros abusivos”.

No intuito de superar as suas imperfeições, que entre outros problemas revogava apenas em parte a Lei Antitruste de 1962, criando assim uma dualidade indesejável de legislações concorrenciais, foi promulgada, em 1994, a Lei 8.884, que sistematiza a matéria antitruste, vigente na atualidade e que, nas palavras de Grau⁵⁵, “trata-se de lei voltada à preservação do modo de produção capitalista.”

III- Conclusão

- a concorrência é o coordenador do sistema econômico capitalista: o sistema adotado pela ordem econômica brasileira na Constituição de 1988 é o capitalista.
- no intuito de evitar o processo autofágico das forças econômicas sem peias no mercado deve-se instituir regras que defendam a existência da concorrência: o artigo 173 § 4 da Constituição brasileira de 1988 reconhece esta necessidade ao erigir a repressão aos abusos de poder econômico a princípio constitucional.
- a defesa da existência da concorrência se procede por duas via, quais sejam a proteção da qualidade da concorrência e a proteção da liberdade da concorrência: no Brasil a legislação antitruste e as disposições sobre a repressão da concorrência cuidam de garantir a existência da concorrência.

⁵⁴ Forgioni, Paula A., ob.cit., p. 132.

⁵⁵ Grau, Eros Roberto, ob.cit., p. 233.

Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18**Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina.**

Representados: Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, Auto P. Parque São Jorge, Jóia Posto Ltda., Auto Posto Florianópolis Ltda., Jóia Comércio de Combustíveis Ltda., Auto Posto Interlagos Ltda., Cláudio Luiz Pereira Ltda., Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Auto Posto Desterro Ltda., Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., Auto Posto Big Boss Ltda., Auto Ilha do Norte Com. Lubrificantes Ltda., Posto Ipiranga Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda. Filial I, Posto Avenida Ltda., Auto Posto Esquina Ltda., os Senhores Alexandre Carioni e Fausto Carioni, Alex Sander Guarnieri, Cláudio Luiz Pereira, José Cristóvão Vieira, Tadeu Emílio Vieira, Zoélio Hugo Valente, Gilberto Rollin e o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis.

Relator: Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto

DECISÃO:

O Tribunal, por unanimidade, considerou as Representadas incursoas no artigo 20, inciso I c/c o artigo 21, inciso II, ambos da Lei nº 8.884/94, aplicando, quanto às pessoas jurídicas Representadas, multa no valor equivalente a 10% do faturamento de cada uma delas, verificado no ano de 1999, além de outras cominações. No tocante à pessoa do Sr. Alexandre Carioni, aplicou multa no valor correspondente a 15% da sanção imposta às pessoas jurídicas representadas, nas quais o mesmo tenha participação como sócio-gerente, controlador ou responsável legal e, às demais pessoas físicas Representadas, determinou sanção pecuniária no valor equivalente a 10% da multa imposta às pessoas jurídicas, nas quais participe como sócio-gerente, controlador ou responsável legal, além de outras cominações, bem como demais determinações gerais, nos termos de seu voto. Por unanimidade, aplicou multa ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, em razão de ter sido provado nos autos que o referido sindicato foi agente promotor e indispensável para viabilizar o cartel, além de outras cominações, que, por maioria, estipulou seu valor em R\$ 400.000,00. Vencidos nesse tocante os Conselheiros Thompson Andrade e Ronaldo Macedo, que propunham multa no valor equivalente a 25% do orçamento do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, no ano de 1999.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico
Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência - DF

**PARECER DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔ-
MICO - SEAE**

Parecer n.º / 2001/ MF/ SEAE/ COGDC-DF
Brasília, 15 de março de 2001.

Referência: Ofício MJ/ SDE/ DPDE n.º 340, de 23 de janeiro de 2001.

Assunto: Processo Administrativo n.º 08012.002299/2000-18
Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais
de Florianópolis e outros.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça solicita à SE-
AE, nos termos da Lei n.º 8.884/94, parecer técnico referente ao Processo
Administrativo n.º 08012.0022992/2000-18

1. INTRODUÇÃO

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça instaurou Pro-
cedimento Administrativo n.º 08012000775/2000-66 a partir de uma Repre-
sentação encaminhada à mesma pelo Ministério Público do Estado de Santa
Catarina denunciando acordo de preços praticado por postos revendedo-
res de combustíveis sob a influência do Sindicato do Comércio Varejista de
Combustíveis Minerais de Florianópolis. A partir da análise desta Repre-
sentação, acompanhadas da denúncia e do pedido de prisão preventiva
contra as pessoas físicas citadas, dos termos de declarações de represen-
tantes dos postos revendedores da cidade de Florianópolis, cópias de fotogra-
fias dos estabelecimentos ora representados, cópias de artigos publicados
em jornais e cópias das transcrições de fitas magnéticas de áudio, a SDE
concluiu pela instauração do Processo Administrativo n.
08012.0022992/2000-18 em razão da existência de indícios suficientes de
práticas infrativas à ordem econômica tipicadas nos incisos I a IV do art.

20 c/c os incisos I, II e XXIV do art. 21, todos da Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994. O despacho do Secretário de Direito Econômico, de 06 de julho de 2000, instaurador do Processo Administrativo, adotou MEDIDA PREVENTIVA, com base no art. 52, da Lei nº 8.884/94 determinando a imediata cessação de todas as práticas anticoncorrenciais que lhes são imputados e a prática dos preços de combustíveis vigentes no dia 17 de junho e 2000, por período não inferior a 20 dias.

2. CARACTERIZAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE PARA A ANÁLISE

Para efeitos da análise sobre possíveis infrações à ordem econômica, pode-se definir a dimensão produto do mercado relevante como sendo os serviços de revenda de combustíveis. Não existem serviços substitutos à revenda de combustíveis, pois os proprietários de veículos necessariamente são servidos pelos postos de abastecimento de combustíveis.

Dado que o produto álcool combustível abastece somente 2% da frota de carros do país, a análise da SEAE teve como referência o comportamento dos preços do produto gasolina comum.

Para efeitos de definição de mercado relevante geográfico, a cidade de Florianópolis foi escolhida. Isso se deve ao fato de ser uma cidade média com 300.000 habitantes e cujas cidades vizinhas estão num raio mínimo de 15 km. Tais fatores tornam inviáveis a seus cidadãos clientes de postos de combustíveis a alternativa de compra em outras cidades, posto que o custo de deslocamento até tais cidades não compensaria, eventualmente, o preço mais baixo do combustível. Daí a impossibilidade de substituição, e a explicação para a referida definição do mercado relevante geográfico.

3. DAS CARACTERÍSTICAS DA ESTRUTURA DO MERCADO

São características da oferta do mercado em comento:

- i. por si só, o produto gasolina comum é homogêneo, isto é, não apresenta diferenciação; no entanto, para o mercado de revenda de gasolina comum existem diferenciações locacionais, ou seja, a posição geográfica do ponto de venda representa um diferencial competitivo, e diferenciações de marca, associadas aos investimentos em marketing efetuados pelas distribuidoras de combustíveis, também se traduzem em diferencial competitivo;

- ii. a estrutura e o nível de custos dos agentes revendedores se assemelham;
- iii. as firmas (postos revendedores) são semelhantes no que diz respeito a tamanho e eficiência produtiva ;
- iv. a entrada de novos ofertantes depende, em certo grau, de aspectos legais das esferas de governo o que confere certo grau de barreiras institucionais à entrada, uma vez que os postos de revenda de combustíveis dependem de autorização para funcionamento emitida pela ANP, além de licenças emitidas pelo município, condicionadas ao atendimento de restrições na legislação do ordenamento urbano;
- v. com exceção do álcool (fornecido por diversos produtores), a gasolina é fornecida por um único produtor (Petrobrás) e seu preço, cobrado às distribuidoras, é regulado pelo governo federal em todo país, de forma que suas variações ocorrem numa mesma data e são transferidas simultaneamente para a cadeia de comercialização (distribuição e revenda);
- vi. não há, pelo lado da demanda, bens substitutos próximos que representem opção aos consumidores de álcool e gasolina;
- vii. a demanda dos postos de combustíveis é formada por agentes que apresentam-se de uma forma totalmente atomizada, ou seja, motoristas que buscam abastecer os veículos que conduzem.

4. DOS FATOS

Desde o início do ano 2000, instalou-se um sentimento de insatisfação dos consumidores de combustíveis da cidade de Florianópolis com os altos preços na revenda de combustíveis. A imprensa falada e escrita disponibilizou uma série de matérias acerca dos preços de combustíveis da cidade alertando para seus altos valores se comparados com os preços de outras cidades de Santa Catarina e de outros estados da Federação. O clamor popular foi-se intensificando o que urgia das autoridades uma pronta resposta. Assim surgiu, por iniciativa de alguns deputados da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina sediada em Florianópolis, a Comissão Parlamentar Externa (CPE) que realizou duas audiências públicas com a presença de representantes de alguns setores do mercado de combustíveis, dos consumidores, além do Procon/SC, Ministério Público Estadual, e membros do Poder Legislativo.

Na Audiência Pública realizada em 22 de maio de 2000, após longas horas de discussão, foi feita uma sugestão aos revendedores para que todos eles tivessem uma margem bruta de lucro de 15,5% mais o frete sobre a nota fiscal de compra das distribuidoras.

Após essa Audiência Pública foi realizada uma reunião no dia 25 de maio de 2000 no Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais para decidir sobre a margem de lucro de 15,5%. Com um percentual pouco representativo de revendedores presentes à reunião, foi aprovada a sugestão da CPE por maioria. Poucos dias após a reunião, foi deflagrada uma guerra de preços entre os revendedores de combustíveis da cidade.

Paralelamente, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina já há muito realizava investigações para apurar os fortes indícios de condutas infrativas à ordem econômica por parte dos revendedores de combustíveis na cidade. O Órgão, tendo participado da CPE na pessoa do Promotor Fábio Trajano, sentiu as resistências de alguns revendedores de combustível e cumulativamente aos indícios já bastantes fortes de infração à ordem econômica solicitou ao Poder Judiciário a quebra do sigilo telefônico do Sr. Alexandre Carioni, presidente do Sindicato. Ao mesmo tempo, o Ministério Público do Estado enviou representação à SDE. Diante dos fatos narrados abaixo, a SDE decidiu pela instauração do Processo Administrativo e pela Medida Interventiva obrigando os postos revendedores a colocarem nas bombas os preços referentes ao dia 17 de junho de 2000 por 20 dias.

As conversas foram gravadas, sob consentimento judicial, a partir de 19 de maio terminando em 28 de junho de 2000. A partir do exame das transcrições, o Ministério Público, diante das evidências de condutas delituosas à ordem econômica, ofereceu denúncia ao Poder Judiciário, onde relata os fatos da seguinte forma:

.....
.....CONFIDENCIAL.....

Diante de tantas evidências, não há como esta Secretaria não corroborar a análise desses e de outros trechos gravados pelo Ministério Público de Santa Catarina, para atestar a intenção dos revendedores de combustíveis em ludibriar os consumidores e fixar, os preços que lhes conviessem para auferir maiores lucros.

Tudo era feito de forma minuciosa e arranjada. As transcrições revelam vários nomes de revendedores, que ao que parece são os responsáveis pela

determinação e fiscalização dos preços dentre os quais, Alex Sander Guarneri, Cláudio Luiz Pereira Gilberto Rolim, Fausto Carioni, Tadeu Emílio Vieira, Zoélio Hugo Valente.

O Sr. Alexandre Carioni, proprietário de um dos telefones interceptados, é o presidente do Sindicato cuja sede fica ao lado do seu posto de revenda e possivelmente é o líder de todo o esquema de cartel. Todas as negociações eram comandadas por ele que, muitas vezes por dia, recebia ligações de revendedores para receberem orientações sobre o curso de ação, ou melhor, sobre que preço deveriam colocar, ou como em outras ocasiões, para reclamar de outros revendedores que não cumpriam com o acordo pré-determinado. O Sr. Alexandre e os demais envolvidos, quando não conseguiam convencer os revendedores por meio da pura e simples conversa costumavam persuadi-los, possivelmente por meio de ameaças, como nos trechos de fls. 256/258, 274/278 e 352/363 e outras.

É importante ressaltar que as transcrições revelam incessantes negociações, combinações que aconteceram a partir do dia 19 de maio e se estenderam pelo mês de junho e que tiveram como resultado o alinhamento dos preços a partir do dia 21 de junho de 2000, que foi justamente o dia em que houve o aumento generalizado nos postos, conforme comprova a relação dos preços do PROCON, incluso nos autos.

5. DOS DEPOIMENTOS

Como parte da instrução processual, representantes da SDE e SEAE participaram de oitivas, no período de 29/01/00 a 02/02/01, dos representados Maria Inês Koerich, Tadeu Emílio Vieira, Alex Sander Guarneri, Cláudio Luiz Pereira, José Cristóvão Vieira, Gilberto Rolim, Fausto Carioni, Zoélio Hugo Valente e o presidente do sindicato dos revendedores, o Sr. Alexandre Carioni. Em todos os trechos dos depoimentos fica clara a estratégia de defesa de negar veementemente qualquer acordo para fixação de preços e o reconhecimento das vozes dos representados nas fitas gravadas, apesar de em algumas partes da mesma ser mais do que evidente a semelhança de sotaque das vozes apresentadas com a dos representados. Além disso, em vários trechos são citados nomes de representados, alguns até na forma diminutiva como “Zezinho”, “Genesin”, denotando um certo grau de intimidade que só através de contatos frequentes se faz possível ter.

Interessante notar que a maioria dos ouvidos sabe o que é cartel, sabe que isso é ilegal, e consideram que conversas/discussões para fixar preços é

ilegal. Dos representados ouvidos, somente Alex Sander e Maria Inês entendem que discussões de preços entre os colegas de profissão é legal, enquanto isso, os que reconhecem a ilegalidade das discussões de preços, dentre os quais os senhores Cláudio Pereira, Tadeu Vieira, Gilberto Rollin e Alexandre Carioni, alegam que não houve essas conversas/discussões/cominações sobre preços de revenda de combustíveis.

A primeira depoente Maria Inês diz inclusive, in verbis:

“...Que indagada sobre o seu conhecimento da ilegalidade da conduta de combinação de preços, disse que sabia ser a mesma ilegal se houvesse prejuízo ao consumidor.”

O representado Alex Sander, diz:

“Que imagina que a discussão de preços entre os proprietários de postos não é uma prática ilegal, embora saiba que a prática da qual é acusado, formação de cartel, é ilegal.”

Já o representado Tadeu Vieira, diz:

“Que sabe que discussão e combinação de preços entre concorrentes constitui uma prática ilegal.”(...)

“Que entende que cartel é uma combinação de preços abusivos para lesar o consumidor”

“Que não sabe se várias pessoas ligavam para o Sr. Alexandre Carioni para perguntar sobre preços e nem porque fariam isso.”

Ainda tratando da questão das discussões de preços, o próprio Alexandre Carioni, em seu depoimento, afirma, in verbis:

“Que sabe que a discussão ou combinação de preços entre concorrentes é uma conduta ilegal.”(...)

“Que não acha normal que um concorrente anuncie para outro quando irá alterar seus preços...”

“Que essas conversas não têm nenhum conteúdo ilegal.”

Já o Sr. Cláudio, em seu depoimento afirma, in verbis:

“Que sabe que a combinação de preços entre concorrentes é uma prática ilegal. Confrontado com as fls. 730/736, 751/755 e 177/180 dos autos, disse que não se recorda daquelas conversas e que as mesmas não refletem uma combinação de preços.”

O Sr. Gilberto Rollin, afirma, in verbis:

“Que sabe que se tais conversas existissem caracterizariam uma conduta ilegal.”(...)

“Que a gravação que ouviu não refletia nenhuma atividade ilegal, pois as pessoas estariam apenas conversando sobre o acordo feito com a CPE”(...)

“Que entende por cartel uma combinação de preços com a finalidade de auferir vantagens.”(...)

A alegada inexistência de tais conversas não merece qualquer contra-argumentação diante das gravações/transcrições efetuadas pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em razão de tal órgão ser dotado de fé pública

Outros representados argumentaram que as conversas nada tinham de ilegal, já que refletiam comentários sobre o mercado; já outros afirmaram que tais conversas refletiam disposição dos revendedores de se adequarem ao acordo proposto pela CPE.

Ora, as transcrições revelam negociações de preços, reclamações de um ou outro revendedor ao Sr. Alexandre Carioni pelo fato de tal preço não estar sendo seguido pelos outros concorrentes, ameaças veladas, combinação de preços entre os concorrentes estipulando até os preços em função da região

de localização do posto. Não são conversas comuns, nem comentários sobre o mercado; são conversas cujo objetivo era a fixação de preços visando maior lucro e a estabilidade do cartel.

Quanto à alegação de que as gravações não demonstrariam nenhuma ilegalidade em função das mesmas refletirem tão-somente o acordo feito com a CPE, nada tem de sentido já que existiam conversas anteriormente à definição do acordo. Além do mais, a decisão da CPE foi meramente indicativa, uma sugestão, e que mesmo que tivesse sido acatada, o que não ocorreu por parte de todos, ela não seria uma restrição à livre concorrência já que o mercado de distribuição é livre e portanto, os revendedores poderiam perfeitamente obter preços diferenciados nas várias distribuidoras do mercado.

Outra constatação interessante é que os representados afirmam que não sabiam da existência de combinação/discussão de preços antes dos noticiários de jornal, mas as gravações demonstram claramente a intenção e o conhecimento que os representados tinham do que estavam fazendo, conforme atesta este trecho em que o representado José Cristóvão em conversa com Alexandre Carioni, diz, *in verbis*:

“(...) eu você sabe que sô, não sô a favor de cartel, não participo de cartel e além do mais...”

Apesar de não reconhecerem suas próprias vozes após ouvirem as gravações, alguns representados confirmaram várias informações que estão evidenciadas nas transcrições. Por exemplo, num determinado trecho das gravações, a gerente do posto do Sr. Zezinho (José Cristóvão) atende o telefone e identifica-se como Ju. Tal informação é consistente com a declaração do Sr. José Cristóvão quando afirmou, *in verbis*:

“Que no seu posto sua gerente chama-se Juraci, que é conhecida por ‘Ju’.”

Adicionalmente, quando perguntado sobre quem atendia as ligações no seu posto, o representado José Cristóvão afirma, *in verbis*:

“Que no seu posto atendem o telefone a sua gerente, a sua esposa e ele próprio.”

E logicamente quando afirma que só essas três pessoas atendem o telefone, sendo só uma delas do sexo masculino, ele próprio, automaticamente está admitindo que a voz masculina que fala do seu posto e a qual se atribui o nome de Zezinho só pode ser dele próprio.

As declarações também revelam a preocupação dos depoentes em justificar as declarações registradas em fita, embora os mesmos tenham afirmado não reconhecer as vozes que lhes são atribuídas. Por exemplo, tem-se a afirmação do Sr. Alexandre Carioni , in verbis:

“Que as gravações escutadas, nas quais se fala em “bala” eram em tom de brincadeira, nelas não havendo nada demais.” (grifo nosso)

Também pode se depreender que o Sr. Carioni não reconhecendo a voz masculina ouvida na gravação como sua, como afirmou durante o depoimento, nunca poderia dizer com certeza se o trecho que fala de bala teria sido uma brincadeira ou não, sem ter conhecimento do contexto em que tal frase foi dita. Só existiria uma única maneira de ele ter tal certeza; caso ter sido o próprio Alexandre Carioni o autor da frase.

O Sr. Alexandre alegou nunca ter participado de conversas que objetivassem a fixação de preços. Afirmou não reconhecer sua própria voz nas gravações apesar da nitidez de seu sotaque. Mas pelo que afirmou no depoimento, “Que ao escutar as três gravações, transcritas às fls. 298/320 não soube dizer se em alguma delas a voz era sua, ou seja, não pode afirmar que nenhuma das vozes não seja sua.” (grifo nosso), pode-se concluir que ele reconhece que tal voz poderia ser a sua, ou seja, ele não refuta a possibilidade de a mesma ser sua. Ora, uma pessoa que diz que não participou de tais conversas e em outra situação não elimina a chance de tal voz ser a sua, deve estar admitindo que participou de tais conversas.

Quando perguntado se reconhecia sua voz na gravação transcrita às fls. 787/789, e quem mais poderia ter atendido às ligações, o Sr. Alexandre Carioni apresentou algumas hipóteses pouco plausíveis para explicar que pessoa, exceto ele próprio, poderia estar ao telefone, conforme os depoimentos abaixo:

“Que a pessoa que se identifica como Alexandre nessa gravação, pode ser uma pessoa que tenha se passado pelo depoente, possivelmente, para poupá-lo”.

Nesta hipótese, o Sr. Carioni cai em contradição posto que afirmara em seu depoimento “Que essas conversas não têm nenhum conteúdo ilegal”. Logicamente, não se entende porque ele diz que algum suposto benfeitor o substituiria para atender às ligações para poupá-lo. Mas poupá-lo de quê? Das conversas que segundo ele próprio não tinham nada de ilegal? Isso é no mínimo um contra-senso.

Quando perguntado sobre quem atenderia as ligações em seu posto, o Sr Alexandre Carioni afirmou, in verbis:

“Que outra pessoa de nome Alexandre, por exemplo um associado do sindicato, pode chegar no seu posto e atender o telefone. Que acredita que alguém que ligasse de fora para o seu posto e tivesse a ligação atendida, por outra pessoa de nome Alexandre, que não o depoente, não estaria querendo falar com esse outro Alexandre, mas com o proprietário do posto, ou o sobrinho do mesmo.”

“Que seu sobrinho, Alexandre, tem cerca de 37 anos, que não vai a reuniões com distribuidoras e não trabalha no posto do depoente nem no Sindicato.”

“Que o seu sobrinho, Alexandre, possui uma indústria gráfica, na qual trabalha até 8 (oito) horas por dia. Que na Diretoria do Sindicato só há uma pessoa de nome Alexandre, que é o próprio depoente.”

“Que o Alexandre que aparece na gravação pode ser uma terceira pessoa, além dele e de seu sobrinho, como por exemplo um cliente ou “alguém que convive por ali”, embora não saiba que poderia ser esse alguém.”

“Que não se recorda de outro Alexandre, trabalhando no Sindicato, seja como funcionário ou como membro da Diretoria, mas que entre a categoria existem diversas pessoas com esse nome. Que, embora ache que ninguém na categoria teria o mesmo poder de argumentação e os mesmos contatos que ele, o tema “combustíveis” está hoje tão em voga na mídia, que qual-

quer pessoa poderia ter os diálogos que ouviu nas gravações e se passar pelo depoente. Que seu sobrinho, Alexandre, passa todos os dias pelo posto para trocar cheques que recebe em pagamento dos seus clientes, mas que não pode afirmar se seu sobrinho teria condições de manter os diálogos registrados nas gravações, dispondo de dados tão precisos.”

O próprio Alexandre Carioni reconhece que as ligações para o seu número de telefone objetivavam encontrá-lo e não procuravam outro Alexandre qualquer, ou até mesmo seu sobrinho. Mas, mesmo assim, ele supõe que qualquer Alexandre poderia ter atendido as ligações inadvertidamente, na sala de seu posto, e falado por várias horas, como constam das gravações, sem ser notado por qualquer pessoa como um intruso e também sem ser reconhecido como estranho pelas pessoas que ligavam para ele procurando pelo Sr. Alexandre Carioni. Além disso, tal pessoa teria que ser um experto em postos de combustíveis vivenciando o dia-a-dia do mercado, ser reconhecido por todos como uma liderança, teria que conhecer praticamente todos os revendedores que aparecem nas gravações, e ainda precisaria ter uma voz idêntica à do Sr. Carioni para não soar estranho aos seus interlocutores. Não parece razoável que qualquer pessoa que adentrasse em seu posto pudesse ter todos esses atributos; o mesmo vale para a hipótese que supõe ser do seu sobrinho Alexandre a voz gravada atribuída ao Sr. Alexandre Carioni. Como poderia seu sobrinho atender tais telefonemas em vários dias do mês, falando com vários representados para combinar preços (já que trabalha 8 horas por dia em seu negócio)? Seu sobrinho poderia ter atendido o telefonema uma, duas ou três vezes, quando de suas visitas ao tio, mas é improvável que ele pudesse atender a vários telefonemas por dia durante um mês para tratar dos mesmos assuntos (discussões de preços e estratégias de aumento dos mesmos) com diferentes pessoas com as quais não tem contato há um bom tempo (já que não está no mercado há alguns anos). Logicamente, tais hipóteses são bastante implausíveis, nos restando concluir apenas que a voz masculina da gravação era mesmo do Sr. Alexandre Carioni.

Esclarecidos tais fatos e apontadas as contradições encontradas nos depoimentos dos representados nos foi possível sustentar que há evidências de infração à ordem econômica por parte dos representados.

6. DA EXISTÊNCIA DE GUERRA DE PREÇOS E DA COLUSÃO

O modelo de concorrência perfeita (ideal) se sustenta sobre cinco premissas básicas: fornecedores atomizados, homogeneidade do produto, perfeição da informação, igualdade de acesso dos concorrentes à tecnologia e livre acesso ao mercado. Nesse modelo ideal os preços dos bens e serviços igualam seu custo marginal, há eficiência econômica e o bem-estar social é máximo para a sociedade. Cada fornecedor nesse mercado é um price taker, ou seja, é tão pequeno que suas ações não tem impacto significativo no comportamento do concorrente e nos preços vigentes. Quanto mais próximo esteja um determinado mercado deste modelo ideal, maior será o bem-estar social obtido.

Como em um mercado real existem inicialmente empresas com diferentes tecnologias e custos, deixadas à livre concorrência, fatalmente, haveria firmas vencedoras e outras perdedoras, devido às diferenças de eficiência entre elas. É nesse contexto, que na realidade, surge o fenômeno da colusão como a prévia comunicação entre as empresas (não através do mercado, mas agora diretamente) de forma a combinarem uma estratégia de preços comum acima do custo marginal (normalmente, às expensas do consumidor) no intuito de aumentar lucros para todas as empresas participantes. Uma vez que o poder de monopólio é definido como $PCM = (P-C)/P$, em que P = preço e CM = custo marginal, observa-se que quando $P > CM$, temos então um comportamento típico de mercados não-competitivos.

A literatura especializada aponta alguns fatores facilitadores da existência da colusão na economia entre outros: homogeneidade do produto, mercado em crescimento, número reduzido de empresas fornecedoras e do tamanho de cada uma delas, firmas competindo em mais de um mercado, facilidade de interação entre as firmas.

No caso em tela, há particularidades no mercado de revenda de combustíveis da cidade de Florianópolis que também facilitam o comportamento colusivo das empresas. Conforme já mencionado na seção mercado relevante, algumas características são marcantes:

- a) o produto combustível (gasolina e álcool) é homogêneo não tendo substitutos próximos limitando as possibilidades de escolha dos consumidores;
- b) revendedores têm tamanho similar com estrutura de custos semelhantes e similar eficiência produtiva, facilitando a observação dos

preços pelos eventuais participantes de uma colusão o que pode aumentar muito o custo de uma deserção do conluio;

c) monopólio na produção da Petrobrás, a despeito da liberação no mercado de distribuição, aliado ao passado recente de controle de preços na revenda;

d) prova da participação do Sindicato, por meio da figura de seu presidente, na articulação para a fixação de preços e para a estabilização da conduta colusiva dos representados.

Interessante notar que a Teoria Econômica cita o número reduzido de empresas fornecedoras como um dos fatores facilitadores para existência de condutas colusivas, cartéis, fixações de preços. Aparentemente, tal condição não se verifica no mercado de revenda em Florianópolis, pois, existem mais de 100 postos de revenda de combustíveis na cidade. No entanto, a aparente pulverização do mercado é fortemente atenuada por alguns fatores importantes. Em primeiro lugar, muitos desses postos estão concentrados em poucos grupos econômicos: por exemplo, o representado Cláudio Pereira é operador, proprietário ou arrendatário de 8 postos. A relação de parentesco entre os donos de postos é outro fator que atenua a aparente pulverização do mercado: por exemplo, os representados Alexandre e Fausto Carioni são irmãos e o Sr. Túlio Carioni ainda é irmão dos mesmos (total de 5 postos); os representados Maria Inês Koerich, Tadeu Emílio Vieira e José Cristóvão também são irmãos (total 3 postos). Caso a definição do mercado relevante seja estabelecida em função do volume de vendas, pode-se observar que a participação de mercado de alguns dos representados seria ainda mais significativa, em função da elevada capacidade de seus postos. Além disso, fundamental para a existência da colusão e para a estabilidade desta foi a participação do Sindicato dos revendedores, por meio de seu presidente Alexandre Carioni, que, como constatam as gravações, articulava entre outros revendedores dia e noite os preços visando o aumento dos lucros do grupo em detrimento dos consumidores.

Importante notar que quando perguntados sobre a existência de concorrência ou não na revenda de combustíveis de Florianópolis, todos os ouvidos confirmaram que havia concorrência ferrenha no setor, alguns inclusive apontando como prova disso, a existência recorrente de guerra de preços. No entanto há estudiosos sobre tema da colusão que argumentam ser necessária a guerra de preços para manter a estabilidade da mesma, como afirma Luís M. B. Cabral no livro *Introduction to Industrial Organization*:

“...price wars are a necessary evil of equilibrium collusion: If firms never engaged in price wars, the incentives for cheating would be too great for the collusive agreements to be stable.”

Ou seja, a guerra de preços pode revelar uma tentativa de readequação de forças dentro do grupo de forma que os ora insatisfeitos almejem ganhar mercado e melhorar sua situação dentro da colusão. Portanto, a argumentação de que o mercado de revenda de combustíveis na cidade de Florianópolis é marcado por forte concorrência em função das constantes guerras de preços é, na verdade, uma falácia.

De fato, a hipótese mais provável para explicar o acontecido no período de março a junho de 2000, quando em 21 desse mês a grande maioria dos postos amanheceram com preços quase idênticos é outra. Desde março daquele ano cresciam manifestações de descontentamento dos consumidores e dos meios de comunicação pela alta dos preços dos combustíveis, muito acima dos de outras cidades, até mesmo em relação ao Estado de Santa Catarina. Em 22 de maio foi realizada a Audiência Pública da CPE na Assembléia Legislativa do Estado com a presença de representantes do Ministério Público, do Procon, dos revendedores, de sindicatos de revendedores de Santa Catarina e de representantes das distribuidoras, além dos deputados. De lá tirou-se a sugestão do acordo sobre a margem de 15,5% sobre o lucro bruto mais o frete. Logo depois desta Audiência, foi detectado o início de uma guerra de preços que só foi terminada com a medida preventiva adotada pela SDE em 06 de julho de 2000 obrigando o retorno dos preços referentes ao dia 17 de junho por 20 dias a partir daquela data.

Segundo consta dos autos e dos depoimentos de alguns representados, houve uma segunda reunião, desta vez somente com a presença de alguns revendedores, na qual foi aprovada por margem apertada de votos o acordo sugerido em Audiência Pública na CPE. A reduzida presença de revendedores nesta reunião indica que já havia defecções no grupo, pois muitos não concordavam com a sugestão da CPE. Tal fato se alinha perfeitamente com o que foi reproduzido nas gravações de 19 de maio até o final de junho. Na verdade, um conjunto de fatores, como a pressão popular e das autoridades constituídas, combinada com os descontos oferecidos por algumas distribuidoras para reduzir excedentes de gasolina em estoques, além do desejo de alguns revendedores de ganhar mercado numa época de instabilidade explica a deflagração da guerra de preços.

Os participantes de um acordo colusivo se deparam com um eterno trade off entre a defecção com lucros imediatos e a adesão com lucros no médio e longo prazos. Essa é a essência da questão da estabilidade do cartel. As empresas menores que não têm grande esperança de obter lucros a longo prazo são mais suscetíveis à defecção, pois estimam que os lucros obtidos no curto prazo compensariam uma eventual punição. As gravações revelam uma incessante articulação dos representados com vistas à uma reorganização da colusão afetada pela então guerra de preços. Tais tratativas culminaram com a uniformização dos preços no dia 21 de junho de 2000. Na realidade, a guerra de preços nada mais representou para alguns do que uma tentativa de reorganização dentro da colusão.

7. RECOMENDAÇÕES

Diante do exposto, a SEAE considera que houve infração da ordem econômica praticada pelos representados, empresas revendedoras de combustíveis da cidade de Florianópolis juntamente com o presidente do Sindicato, Sr. Alexandre Carioni, por manterem e intermediarem conversações visando à combinação de preços que resultou no aumento uniforme dos preços a partir do dia 21 de junho de 2000. Tais condutas estas tipificadas nos incisos I a IV do art. 20 c/c os incisos I, II e XXIV do art. 21, todos da Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994.

Desta feita esta Secretaria afirma a disposição de ver punidas tais práticas, visto não haver justificativa plausível para tais atos.

À consideração superior.

ALMIR CUNHA DA SILVA
Gestor Governamental

FREDERICO CAMPOS GUANAIS
Coordenador-Geral de Defesa da Concorrência – DF

De acordo.

CLAUDIO MONTEIRO CONSIDERA
Secretário de Acompanhamento Econômico

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002299/2000-18

Representante: Ministério público do estado de santa catarina.

REPRESENTADOS: Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, Auto P. Parque São Jorge, Jóia Posto Ltda., Auto Posto Florianópolis Ltda., Jóia Comércio de Combustíveis Ltda., Auto Posto Interlagos Ltda., Cláudio Luiz Pereira Ltda., Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Auto Posto Desterro Ltda., Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., Auto Posto Big Boss Ltda., Auto Ilha do Norte Com. Lubrificantes Ltda., Posto Ipiranga Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda. Filial I, Posto Avenida Ltda., Auto Posto Esquina Ltda., os Senhores Alexandre Carioni e Fausto Carioni, Alex Sander Guarnieri, Cláudio Luiz Pereira, José Cristóvão Vieira, Tadeu Emílio Vieira, Zoélio Hugo Valente, Gilberto Rollin e o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis.

**PARECER DA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO -
SDE**

Senhor Coordenador,

1. RELATÓRIO

1.1. Da Representação

Trata o presente da instrução do Processo Administrativo em epígrafe, iniciado em função de representação encaminhada a esta Secretaria de Direito Econômico pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, denunciando acordo de preços praticado por postos revendedores de combustíveis, sob a influência do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis.

À época da representação o Ministério Público informou que havia oferecido denúncia e pedido de prisão preventiva contra as pessoas físicas supracitadas, que são proprietárias de 19 postos revendedores de combustíveis no município de Florianópolis. Ao final, requereu a adoção de Medida

Preventiva na forma do art. 52 da Lei nº 8.884/94, para que fosse determinado o desfazimento das práticas e o retorno à situação anterior à conduta infrativa.

Com a representação supra, vieram os documentos de fls. 06/510, sendo, os mesmos, 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, cópias de artigos publicados em jornais, cópias de fotografias dos estabelecimentos ora representados e cópias de transcrições de fitas magnéticas de áudio.

Em anexo à representação e aos documentos vieram uma fita de vídeo e seis de áudio, contendo gravações obtidas por meio de interceptação telefônica aprovada por ordem judicial.

Na representação encaminhada, o Ministério Público anexou a denúncia oferecida ao Judiciário, onde relatava os fatos registrados inclusive citando trechos das gravações, in verbis:

“Conforme consta da documentação anexa, a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor da Capital instaurou o Procedimento Investigatório nº 27/99, visando apurar eventual aumento abusivo no preço dos combustíveis, neste município.

Várias e exaustivas investigações foram implementadas, dentre elas a interceptação das comunicações telefônicas de alguns suspeitos. Após a autorização, por esse Juízo, da interceptação telefônica, em 19/5/00, restou comprovado que os denunciados associaram-se em bando, nesta comarca, com o fim de praticarem crimes contra a ordem econômica, abusando do poder econômico, eliminando, parcialmente, a concorrência, e, mediante ajuste entre empresas ou representantes destas, fixaram artificialmente preços de combustíveis, violando, assim, um dos princípios da ordem econômica assegurados pela Constituição Federal no seu art. 170, inciso IV, e seu § 4º.

A prova da "associação criminosa" resulta, dentre outros, da utilização do termo "comitiva" para identificar o bando, a qual tinha por missão percorrer os postos de combustíveis, no intuito de "fiscalizar" se o ajuste estava sendo cumprido e se a igualdade de preço encontrava-se sendo respeitada, conforme constou da transcrição da terceira gravação, do lado A, da fita 1.

Na verdade, convém ressaltar que há muito se suspeitava da existência de um cartel entre vários revendedores de combustíveis de Florianópolis, diante da quase igualdade dos preços pelos mesmos praticados, com "varia-

ção", no máximo, de um ou dois centavos, por litro de combustíveis, de um estabelecimento para outro.

Outro fato que indicava a fixação artificial de preços e obstáculos à livre concorrência era a colocação dos preços em valores bem superiores aos de outras regiões. Só para exemplificar, em março do corrente ano, o preço da gasolina mais barata, em Florianópolis, estava em R\$ 1,399, muito acima dos preços praticados em outras capitais.

Segundo apurou-se, o preço da gasolina comum, em um mercado competitivo, deveria representar, pelo menos, em alguns postos, uma diferença entre R\$ 0,13 e R\$ 0,15 em relação ao seu preço de aquisição. Corroborando tal assertiva, temos a informação do SINDICOM - Sindicato que reúne as distribuidoras tradicionais - segundo notícia publicada pelo Jornal Folha de São Paulo do último dia 19/6, págs. B1 e B3 (fls. 1546/1547). O próprio denunciado Alexandre Carioni disse, em Audiência Pública realizada na Assembléia Legislativa pela Comissão Parlamentar Externa, em maio do corrente, que o revendedor que estivesse cobrando mais de R\$ 1,31 por litro estava "enganando", "roubando" o consumidor (reportagem jornalística extraída do Diário Catarinense de 23/6/00, pág. de Economia - a transcrição taquigráfica será juntada oportunamente).

O principal "modus operandi" dos denunciados, como integrantes do bando que criou o cartel, são conversas telefônicas e reuniões capitaneadas pelo denunciado Alexandre Carioni, presidente, há mais de 18 anos, do Sindicato do Comércio Varejista dos Combustíveis Minerais da Grande Florianópolis, buscando, promovendo, liderando e obtendo o ajuste entre as empresas dos denunciados.

Tal denunciado tem mais de nove terminais telefônicos, porém, todas as chamadas são canalizadas para o terminal de nº 048 – 222-3579, que está instalado junto ao Posto de sua propriedade, localizado na Rua Silva Jardim, 73, Prainha, nesta cidade, onde, 'coincidentemente', fica a sede do sindicato que preside.

Praticamente todos os dias, o denunciado Alexandre Carioni permanece no mencionado endereço para tratar dos seus 'negócios', dentre eles o monitoramento dos preços e a combinação dos mesmos, forçando sua elevação caso algum revendedor resolvesse praticar um preço diferenciado dos demais.

Nessa empreitada delituosa, o denunciado Alexandre Carioni, por óbvio, não estava sozinho, havendo a participação de outros agentes, dentre eles os demais denunciados, formando uma verdadeira "associação criminosa".

Para majoração do preço de determinado revendedor que ouse praticar um preço diferente do acordado é marcada, inclusive, hora certa, normalmente na calada da noite, para dificultar o conhecimento da população das manobras do empreendimento do cartel.

As placas contendo o preço dos diversos tipos de combustíveis servem, na verdade, para facilitar a fiscalização do cumprimento do ajuste entre os denunciados - concorrentes cartelizados - e não só para informar o consumidor sobre os preços dos combustíveis. De modo tal, que sua visualização pelos denunciados ou seus representantes assegure a manutenção, a sintonia e a continuidade do ajuste para a fixação artificial dos preços, conforme se infere de conversa gravada entre os denunciados Alexandre e Tadeu com reclamação que o Fausto estava "sem placa" (fita 1, lado "b", quinta gravação, fls. 1593).

Com efeito, no dia 23 de maio próximo passado, o denunciado Cláudio contactou, via telefone, com o denunciado Alexandre para combinar os preços de diversos revendedores, citando o nome dos denunciados Alex, Zezinho, Tadeu, Zélio, Zapelini e Fausto, conforme se observa da terceira gravação (fls. 1554/1556, fita 1, lado "a").

No dia seguinte, pela manhã, o denunciado Cláudio novamente contactou com o denunciado Alexandre que, até então, não havia conseguido falar com o denunciado Alex Sander, proprietário do Posto Esquina, localizado no bairro Estreito, apesar de estar desde a noite anterior à "caça dele" (sic - quarta gravação, fls. 1556).

O denunciado Alexandre continuou, por telefone, 'tratativas' referentes à fixação de preços. Com seu filho, mencionou a realização de reunião entre os denunciados Zezinho e Cláudio, sendo informado que foi mandado o "tio Beto" (sic) passar o preço para R\$ 1,37, uma vez que já havia subido o preço nos postos da Avenida Mauro Ramos (de propriedade dos referidos denunciados) de R\$ 1,31 para R\$ 1,34 e R\$ 1,35 (fita I, gravações efetuadas entre 23/05 e 24/05, lado "a", sexta gravação, fls. 1557).

Na seqüência, o denunciado Alexandre Carioni conversou com o denunciado Tadeu, onde o primeiro cobrou do segundo a conversa com o denunciado Alex Sander, informando que o mesmo já se encontrava nas dependências do seu posto, sugerindo que o denunciado Alexandre marcasse hora para a mudança do preço no Posto Esquina (fita I, lado "a", sétima gravação, fls. 1557 usque 1559).

Finalmente, o denunciado Alexandre conseguiu encontrar sua "caça", ou seja, o denunciado Alex. Destaca-se da referida conversa o pedido do denunciado Alexandre para o denunciado Alex elevar o preço para R\$ 1,35,

esclarecendo que o "Zezinho" (denunciado José Cristóvão Vieira) estava praticando R\$ 1,34 e o "resto" (sic) a R\$ 1,35.

Disse o denunciado Alexandre, verbis:

"... Não existe mais diferença de lugar nenhum... não queres fica aí com um e trinta e um, isto? Se o Zezinho ta pra um e trinta e quatro, o Chinês tá um e trinta e quatro é um e trinta e quatro, se quiseres um e quarenta vai pra um e quarenta..." (fita I, "a", oitava gravação, fls. 11/13).

Após conversar com uma pessoa não identificada e, longamente, com os denunciados Tadeu e Zélio, sobre o ajuste dos preços (fita I, lado "a", nona e décima gravações, fls. 1561/1566), o denunciado Alexandre voltou a conversar com o denunciado Alex Sander, quando ficou selado o ajuste para majoração do preço da gasolina de R\$ 1,34 para R\$ 1,35, às 23 horas do dia 24 de maio do corrente (fita I, lado "a", décima primeira gravação, fls. 1566/1568), o que se confirmou, conforme depoimento de fls. 1739 e fotos de fls. 1740.

Dando seqüência à ação criminosa, mais uma vez o denunciado Tadeu contactou com o denunciado Alexandre, ultimando as "tratativas" para o ajuste dos preços, comprometendo-se o primeiro a falar com "todo mundo" que havia baixado (fita I, lado "a", décima segunda gravação, fls. 1568/1570).

No dia seguinte, os denunciados Alexandre e Tadeu voltaram a conversar (fita I, lado "a", décima quarta gravação, fls. 1571/1573). O segundo (Tadeu) esclareceu que havia mandado pessoas no posto do Fausto e do Túlio, sendo constatado que "o álcool tá certo" e a "gasolina tá um centavo errado" (sic). Informou, ainda, que o denunciado Zapelini estava praticando R\$ 1,34 e o álcool R\$ 0,84. Diante de tal informação, Alexandre que estava acompanhado, na ocasião, do também denunciado Alex, exercendo a função de chefe do bando, através de outro telefone, ligou para Zapelini, perguntando, sutilmente:

"(...) não dá pra passá um e trinta e cinco (1,35) e oitenta e cinco?... que nós acertâmo ônte com o Zezinho vai ficar com oitenta e quatro (0,84) e o Cláudio com um e trinta e cinco (1,35) e tu também... e o Fausto e o Túlio lá... ta bom então?... então ta bom. Tchau".

Após informar o denunciado Tadeu (que aguardava na outra linha) das tratativas com Zapelini, o denunciado Alexandre fez outra ligação, agora para o denunciado Fausto, também pedindo para que aumentasse o valor da gasolina para R\$ 1,35. Como tal pedido foi atendido, o denunciado Alexandre disse para o denunciado Tadeu, verbis: "... Tá tudo certo..."

As conversas, todavia, para acompanhamento dos preços e sua majoração não paravam, como aquela havida entre os denunciados Alexandre e Zoélio (fita I, lado "b", 2ª gravação, fls. 1583/1584) e Tadeu (fita I, lado "b", 53 gravação, fls. 1592/1594).

Nesta última conversa, o denunciado Tadeu reclamou para o denunciado Alexandre que o "japonês lá da Costeira" tinha reduzido o valor da gasolina comum para R\$ 1,31, esclarecendo, também, que o "Crespo e o Túlio não tinham 'mexido' e o Fausto estava 'sem placa'". Alexandre reagiu com indignação em relação a Crespo, asseverando, verbis:

"... p... q... p...! Mas tem certeza, eu falei ontem ainda..."

Em relação a Túlio e Crespo, o denunciado Alexandre, como o chefe do bando, disse para o denunciado Tadeu que estava no "preço certo".

Após esses fatos, a partir dos últimos dias do mês de maio do corrente ano, alguns revendedores de combustíveis resolveram dar um basta a esta situação, fixando seus preços independentes do ajuste, o que provocou uma verdadeira "guerra" de preços, conforme verifica-se nas relações elaboradas a partir da coleta realizada pelo PROCON/SC (fls. 1355/1357) e fotos (fls. 1755/1777).

Tal situação persistiu por um curto período, até que na data de 21/6/00, o preço da gasolina comum subiu em quase todos os postos de combustíveis de Florianópolis e região, passando, através de um "passe de mágica" ou "mera coincidência", para R\$ 1,34 (relação de preços do PROCON, fotos e reportagens jornalísticas inclusas).

Salienta-se que o denunciado José Cristóvão Vieira, como de hábito, fixou o preço da gasolina comum em R\$ 1,33 (foto de fls. 1787 e relação de preços de fls. 1749), ou seja, R\$ 0,01 abaixo dos demais. Na verdade, no acordo existente, o posto do denunciado José sempre praticou no preço da gasolina uma diferença, a menor, em relação aos demais, entre R\$ 0,01 e R\$ 0,02. Registre-se, ainda, que o único que não subiu o preço foi o Posto Angeloni, localizado no bairro Agrônômica, nesta cidade, que continuava a vender a gasolina comum a R\$ 1,05 (relação de preços coletados pelo Procon/SC, de fls. 1742/1744 e fotografias de fls. 1779/1819 e depoimento de fls. 1737/1738).

Cumpra salientar que tal majoração não foi fruto, por óbvio, de um "passe de mágica" ou de uma "mera coincidência", mas sim, do "trabalho" incessante do "bando do combustível", conforme verifica-se das conversas a seguir mencionadas, iniciadas em 3/6/00.

O denunciado Alexandre conversou com o denunciado Gilberto Rolim e indagou-lhe por que "todo mundo não vai para R\$ 1,34, R\$ 1,35". Como resposta, foi informado pelo denunciado Gilberto que o motivo seria a não aceitação por parte do Angeloni, esclarecendo, verbis:

"O Angeloni qué assim. O Angeloni que passá o dele pra um e trinta e nove (1,39)" (fita 4, lado "a", terceira gravação, fls. 1655/1657).

Com outra pessoa não identificada, o denunciado Carioni continuou buscando um ajuste para a majoração dos preços (fita 4, lado "a", quinta (leia-se quarta gravação, fls. 1657/1658)).

Na seqüência, o denunciado Alexandre conversou com a pessoa identificada como Zé Pedro, afirmando que, no dia seguinte, passaria para R\$ 1,35, R\$ 1,34, esclarecendo, verbis:

"... tâmo acertando aí, eu to tentando aí fala com o Angeloni pra vê se acerto..." (fita 4, lado "a", quinta gravação, fls. 1659 e 1660).

Após, o denunciado Alexandre conversou longamente com uma pessoa identificada como Genesin, girando o diálogo, da mesma forma, sobre a majoração do preço da gasolina (fita 4, lado "a", sexta gravação, fls. 1660/1671).

Em seguida, o denunciado Alexandre deu seqüência a suas "tratativas" para o majoramento do preço, em conversas com uma pessoa não identificada e com seu filho (fita 4, lado "a", sétima gravação e primeira gravação do lado "b", fls. 1672/1677 respectivamente).

Continuando, o denunciado Alexandre conversou com "Zezinho" (denunciado José Cristóvão), formulando um convite para uma reunião para um "acerto", juntamente com o "Cláudio" (denunciado), o "Angeloni"... e o "Esquina" (posto de propriedade do denunciado Alex Sander). Ressaltou, ainda que a reunião não seria "aberta", mas com apenas "meia dúzia de pessoas" (fita 4, lado "b", segunda gravação, fls. 1677/1681).

Em nova conversa entre os denunciados Alexandre e José Cristóvão, destaca-se o trecho em que o segundo (José Cristóvão) propõe o ajuste, ressaltando, todavia, que seu preço ficaria R\$ 0,02 abaixo dos demais, in verbis:

"... Então, você pega, você pega convida aí a tua patotinha, tua turminha, fala com o teu amigo Cláudio, fala com teus amigo, liga aí eu aumento, não tem problema, só que oh! Mocinho! É dois centavos..." (fita 4, lado "b", terceira gravação, fls. 1681/1697).

Nesta mesma conversa, o denunciado José Cristóvão relatou proposta feita pelo denunciado Alexandre em reunião realizada anteriormente, no seguinte sentido, verbis:

“... os outros iam prum um e trinta e oito, o Cláudio (denunciado) ia ficar um trinta e sete e ia ficar um e trinta e seis (1,36) palavras suas. Aceita? Aceito. Só que no meu posto um e trinta e oito (1,38) e do lado da... Rio Branco não pode ser um e trinta e sete (1,37). Propostas tua quando me levô naquele dia praquela reunião, que só foi você e o Cláudio, chego depois, tá. E aquela... e você falou olha só nós e aí veio aquela muntueira de gente que são seus convidados”.

Na sequência, o denunciado Alexandre, dando prosseguimento às "tratativas", conversou com Márcio, formulando um convite para o mesmo participar de uma reunião (fita 4, lado "b", quarta gravação, fls. 1697/1699).

Diante da resistência de alguns revendedores em aceitar o acordo na forma proposta, o denunciado Alexandre conversou com "Angeloni", combinando que ficaria 24 horas “em cima deles” e que "não iria desistir" (fita 4, lado "b", quinta gravação, fls 1699/1701) Expressou, desta forma, a manifesta intenção de fechar, completamente, a cartelização do mercado de combustíveis em Florianópolis através da fixação artificial de preços.

Na transcrição da fita número 5, lado “a”, segunda gravação, fls 1709/1710 o denunciado Alexandre esclareceu para a pessoa identificada por Zé Pedro, após indagado se tinha alguma novidade, verbis:

“...Não, talvez hoje a gente muda, hoje à noite, só tá dependendo de uns acertos pequeno aí...”

Indagado se havia falado com mais alguém, respondeu:

“... Falei, falei, tenho fiado (sic - leia-se falado) aí com, com o pessoal ali do Cláudio e do Jóia. Os dois aí que tá, tá mais difícil aí. O Jóia queria dois, agora já que um, já acerta, então só falta acertá uma parte aí de Bi-guaçu, aí fica tudo certo...”.

Finalmente, Alexandre esclareceu que iria ficar em R\$ 1,33, R\$ 1,34, todavia, quem quisesse colocar a R\$ 1,35 poderia.

Com as pessoas identificadas por Agripino, Genezinho e Marlene (fita número 5, lado "a", terceira, quarta e quinta gravações, fls. 1709/1716), Alexandre, tratando do aumento dos preços, disse que estava bem próximo de sair alguma coisa e que achava que deveria sair o acordo.

Para Marlene, Alexandre esclareceu, verbis:

"... Agora já tá nos finalmente aí, só falta uma parte lá de, de Biguaçu, aí a gente se acerta..."

Salientou, ainda, para Marlene, que ficaria em R\$ 1,33 e R\$ 1,34, e que o primeiro preço seria praticado por Zezinho (denunciado José Cristóvão Vieira).

O denunciado Alexandre disse para o denunciado Alex (fita número 5, lado "a", sétima gravação, fls. 1722/1726), que o denunciado Cláudio concordava com a diferença de preço em relação ao posto do denunciado José Cristóvão, sito na Mauro Ramos, porém exigia "dois (centavos) lá em Biguaçu e nas Praias". Ficou combinado que a mudança dos preços não poderia ser de manhã, mas sim, à noite. Alexandre disse, também, que o preço iria ficar R\$ 1,34 e ele (José Cristóvão) R\$ 1,33.

Finalmente, o denunciado Alexandre conversou, longamente, com a pessoa identificada por Geraldo (fita número 5, lado "a", oitava gravação, fls. 1726/1736), esclarecendo-lhe, detalhadamente, todas as "tratativas" e a possibilidade de majoração dos preços para o dia seguinte.

Registre-se que todas as conversas transcritas da fita número cinco ocorreram a partir do dia 19/6/00, sendo que no dia 21/6 as previsões se confirmaram, conforme já narrado anteriormente.

Da narrativa supra, depreende-se, claramente, que, em meados do mês de maio do corrente ano, os denunciados já estavam associados para a prática de crimes contra a ordem econômica. Demonstrou-se, também, que mediante o ajuste de empresas, os denunciados abusaram do poder econômico, eliminando parcialmente a concorrência, bem como que, por meio do referido ajuste, fixaram artificialmente os preços dos combustíveis praticados nas empresas das quais eram representantes e/ou proprietários.

Observa-se, também, que várias pessoas foram contactadas pelos denunciados para integrarem o bando e o cartel, todavia, as investigações até então realizadas demonstram, de forma incontestável, que apenas os denunciados anuíram na prática dos referidos ilícitos penais, razão pela qual continuam as investigações, buscando elementos indiciários da participação de outras pessoas nas referidas infrações.

(...)"

Das transcrições das fitas de áudio observa-se que muitos foram os trechos onde os interlocutores (representados) combinaram preços para a comercialização de combustíveis automotivos (gasolina e álcool) e ainda percebe-se pelas mesmas que os representados, Alexandre Carioni, Alex Sander Guarneri, Cláudio Luiz Pereira, Gilberto Rollin,

José Cristóvão Vieira, Tadeu Emilio Valente, Zoélio Hugo Valente e Fausto Carioni, eram os mentores do cartel sendo os mesmos responsáveis pela determinação e fiscalização dos preços, isso conforme trechos constantes às fls. 174/175, 189/191, 217/220, 244/245 e 280/281 e outras. Por esses trechos também se constatou que os mesmos combinaram uma margem de lucro e para que os preços não ficassem muito dispersos, orientavam os revendedores para que acrescentassem custos, por exemplo, colocando R\$ 0,10 de frete.

Observa-se, ainda, alguns trechos onde ficam implícitas pressões para conseguir controlar os preços de seus concorrentes possivelmente por meio de ameaças, conforme se observa, entre outros, nos trechos de fls. 273, 274 e 354 transcritos abaixo:

(...)

Outra Pessoa – Eles tão aumen... dir..ta..ã..é pegá um...um saco de merda daqueles ali, e pegá ele pelo peito e perguntá assim ‘vem cá seu filho de uma puta, seu corno, tu quando...era...tinhas aquele negócio ‘não tem que sê tal hora, porque não pode muda tal hora’...’

Eduardo – Cabalístico, número cabalístico.

Outra Pessoa - ...número cabalístico, tá qui na tua boca, oh puto.

Eduardo – É.

Outra Pessoa - ...bota tudo pra dentro.

Eduardo – Vagabundo mesmo.

Outra Pessoa – Será que ninguém vai dá um balaço nesses filha da puta, não?!

Eduardo – Nã...não mais vai...eles ...eles tem a hora

Outra Pessoa – Vê se passo por cima quando ele tiver com a boca....

Eduardo – Eles vão tê a sua hora.

Outra pessoa - ...por cima deles. Certo pegá o Papa João Paulo II...

Eduardo – É...é.

Outra Pessoa – Não esse eu tenho que matá.

Eduardo – Rhê! Rhê! Rhê Ele vai agradecê ainda.

(...)"

“(…)

Marcelo - Não né, depois daquela briga.

Aliatar - Não, não, não é por causa daquela briga. Depois desses dois filha da puta aqui, que tão a um e treze (1,13).

Marcelo - Como é, a um e treze (1,13)?

Aliatar - Um e treze (1,13) esses dois filhos da puta aqui da...da Mauro Ramos aqueles dois corno. Tá, um eu vô matá... enchê ele de bala, aquele gorducho. Aquele saco de merda.

Marcelo - O Cláudio.

Aliatar - É. Aquele é um filho da puta. Que o ôtro ainda ele te respeita ainda, e não te coisa. Mais que ele é um filho da puta. Agora, e os ôtro tão caindo na esparrela deles, tão aí nego vendendo sem condições. Tu acha...eu compro a um e dezesseis de vocês, dezesseis cinqüenta e cinco (16,55), pago dezessete (17) ...

Marcelo - Como é que vai vendê a um e treze (1,13)?

(...)”.

“(…)

Geraldo – Né, eles não sabem o que tão fazendo.

Alexandre – É.

Geraldo – Botando gente aí na rua.

Alexandre – É.

Geraldo – Né, gente sem vendê, gente que...agora eu quero um que...ele quebre um pelo menos, quebre um, que vai e dá um tiro na cara de cada um.

(…)

Geraldo – Talvez tem que chegá botá o dedo na cara deles e dizê assim ‘oh vocês fazem a coisa direito ou não vô.. ou vão pro inferno!’

Alexandre – É.

Geraldo – Entende, que não dá mais pra aturá esses cara.

Alexandre – É.

Geraldo – Eu tenho um primo lá em Mato Grosso.

Alexandre – Aí não dá.

Geraldo - .. eu vô ele me ofereceu um cara pra matá um cara aqui, mais eu vô ligá pra ele.

Alexandre – É, fogo.

Geraldo – Manda um baixinho daqueles aí, dá um tiro na cara de cada um pronto!

(...)”.

A partir desses fatos, foi sugerida, e de pronto aprovada pelo Sr. Secretário de Direito econômico, a imediata instauração de Processo Administrativo em desfavor dos postos de combustíveis e de seus administradores, nos termos dos art. 16 e 32 da Lei nº 8.884/94, para se apurar a existência de prováveis infrações à ordem econômica, consistentes nas práticas de fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço do bem, com base nos incisos I a IV do art. 20 c/c incisos I, II e XXIV do art. 21, todos da Lei 8.884/94.

Foi instaurado também Processo Administrativo em face do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, para apurar sua influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, cujo efeito também era a limitação à concorrência (art. 20, I c/c art. 21, II).

Diante da gravidade dos acontecimentos e da existência do *fumus boni iuris* consubstanciado nas gravações produzidas por interceptação telefônica, notas fiscais, pesquisas de preços, fotografias dos estabelecimentos e notícias da imprensa local, bem como do *periculum in mora*, presente na necessidade de se evitar a sua consolidação pela delonga, o que facilitaria a consolidação do cartel, com o possível apoio dos que ainda não tinham aderido, foi adotada Medida Preventiva, nos termos do art. 52 da Lei nº 8.884/94. Em tal decisão foi determinado que os representados cessassem imediatamente todas as práticas anticoncorrenciais de que foram imputados, abstendo-se de adotar preços de combustíveis comercializados na cidade de Florianópolis-SC relacionados ou decorrentes dessas condutas ilícitas, bem como a reversão à situação anterior, para que voltassem a praticar os preços de combustíveis vigentes no dia 17 de junho do corrente ano, por um período

não inferior a vinte dias, ficando, a partir daí, liberada a fixação dos preços, desde que não se afigurasse violação à Lei nº 8.884/94.

Contribuiu para a adoção da Medida Preventiva, a necessidade de atender ao clamor popular que se verificava em Florianópolis, a exemplo de outras capitais, desestimulando a formação de novos cartéis.

1.2. Da Medida Preventiva

Às fls. 582/586, consta pedido de reconsideração da Medida Preventiva adotada, por parte do sindicato representado, baseado no fato de que os postos representados estavam adquirindo a gasolina por valores que variavam de R\$ 1,02 a R\$ 1,14 e repassando ao consumidor pelos preços de R\$ 1,06 a R\$ 1,12.

Consta também petição formulada pelo representante, às fls. 587/595, solicitando a prorrogação da Medida em período idêntico ao de falta de combustíveis nos postos representados, a inclusão no pólo passivo do presente do Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., pela existência de provas de que o mesmo participou das práticas investigadas no presente processo, e a inclusão da Sra. Maria Inez Koerich Vieira, no rol dos representados, por ser ela a administradora e representante do posto Jóia Comércio de Combustíveis Ltda.

A respeito desses pedidos, esta Secretaria emitiu em 12 de julho de 2000, Nota Técnica de fls. 575/579, sugerindo o acolhimento dos pedidos, o que foi seguido pelo Sr. Secretário de Direito Econômico, que exarou o despacho de fls. 580/581, datado de 12 de julho de 2000 e publicado no D.O.U. de 13 de julho de 2000, que incluiu no pólo passivo do presente o Auto Posto Desterro Itajaí Ltda. e a Sra. Maria Inez Koerich Vieira, bem como reformou a Medida Preventiva para que os postos representados, que em 17 de junho de 2000 adquiriam combustíveis beneficiados por liminares judiciais, passassem a praticar as margens de lucro que impunham em 17 de junho do ano passado, desde que o valor final ao consumidor dos combustíveis não ultrapassasse R\$ 1,19. Por fim, determinou a prorrogação do prazo de vigência da aludida Medida Preventiva, relativamente aos representados que, de qualquer forma, tivessem se recusado ou deixado de vender combustíveis aos consumidores, pelo número de dias em que se tivesse verificado essa prática.

1.3. Das Defesas dos Representados

Após a devida notificação dos representados para que apresentassem esclarecimentos, os quais podem ser encontrados acostados aos autos às fls. 540/574 e 647/648, foi protocolado novo ofício (fls. 650) da parte do Ministério Público de Santa Catarina encaminhando a esta Secretaria de Direito Econômico cópias de novas transcrições de fita magnética de interceptação telefônica programada e autorizada por ordem judicial, bem como cópia das fitas com as gravações obtidas.

Às fls. 796/832 e 833/1139, constam, respectivamente, a defesa e os documentos apresentados por parte do Jóia Posto Ltda. e do Sr. José Cristóvão Vieira e, às fls. 1141/1170 e 1171/1570, por parte dos demais representados.

1.3.1. Das Preliminares

Na defesa apresentada pelo Jóia Posto Ltda. E pelo Sr. José Cristóvão Vieira, consta preliminar de nulidade da notificação feita à empresa defendente, vez que a mesma foi entregue a terceira pessoa, que segundo os representados não possui qualquer vínculo com a empresa, acrescentando que:

“Ainda, é formalmente nula porque não consignou sequer o nome da empresa petionária e o documento em anexo, nem ao menos, chegou às mãos do representante legal.”

Na defesa apresentada conjuntamente pelos demais representados, também foram argüidas algumas preliminares.

Como primeira preliminar, os representados alegaram a inexistência da empresa Cláudio Luiz Pereira Combustíveis.

Também como preliminar, foi alegada a ilegitimidade passiva do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis e do Posto Desterro Itajaí Ltda.

Com relação à ilegitimidade passiva do sindicato, os representantes argumentam que:

“Ocorre senhor julgador, que o Presidente da instituição supra, Alexandre Carioni foi Representado, e na condição de pessoa física e também jurídica – Posto Ipiranga Ltda. – sobre os fatos narrados na Representação do Mi-

nistério Público de Santa Catarina, não podendo ser confundido com a pessoa jurídica do Sindicato que preside.

Não se pode imputar os fatos denunciados na Representação ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis de Florianópolis, cuja base territorial estende-se de Florianópolis até o município de Tubarão, ao sul da Capital, posto que os fatos narrados não envolveram todos os associados da entidade sindical.

A figura do presidente de uma pessoa jurídica não deve ser confundida com a entidade que representa sob pena de se tentar punir três entes distintos o sindicato, o presidente da entidade e o posto de sua propriedade – Posto Ipiranga Ltda., o que não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio”.

Essas foram as razões em que se fundamentaram os representados para ver deferida tal preliminar.

Com relação à ilegitimidade argüida do Posto Desterro Itajaí Ltda., os representados fundamentaram tal pedido no fato do citado estabelecimento estar situado no município de Biguaçu, sendo o mesmo o único representado de tal município, o que caracterizaria a impossibilidade de o mesmo ter praticado a conduta de ação concertada.

Também como preliminar, os representados requereram a suspensão do Processo Administrativo, até decisão final do Processo em trâmite na Justiça Criminal a respeito dos mesmos fatos. Para tanto invocam o princípio prescrito no art. 110 do Código de Processo Civil.

“Art. 110 – Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal”.

Por último, alegaram a de poder de mercado dos representados, diante do grande número de postos revendedores de combustíveis situados no Município de Florianópolis e na Grande Florianópolis, o que impossibilitaria a ocorrência de infração à ordem econômica, vez que, esse seria um requisito fundamental do tipo penal descrito no art. 4º da Lei nº 8.137/90.

Face às preliminares argüidas, foi elaborada nova nota técnica no intuito de rebater seu conteúdo.

Inicialmente, no que diz respeito à preliminar de nulidade da notificação feita ao Jóia Posto Ltda., o indeferimento foi baseado na própria notificação àquele posto, a qual se encontra às fls. 562, onde se verifica que a mesma continha o nome correto da empresa e foi entregue à pessoa que se

identificou como subgerente do posto. Mesmo que assim não o fosse, a notificação tornou-se válida quando o representado apresentou suas razões de defesa, o que não seria possível se esse não a tivesse recebido.

Acrescentou-se, ainda, que a notificação tinha por objetivo apenas noticiar o ato instaurador do processo administrativo para que o representado pudesse apresentar a sua defesa quanto aos fatos a si imputados. Assim, a mesma atingiu seu objetivo, pois o Jóia Posto Ltda. Apresentou sua defesa, razão essa que tornou desnecessária a emissão de nova notificação ao representado, vez que esse já tinha tomado conhecimento dos fatos que lhes foram imputados, bem como já havia apresentado defesa quanto aos mesmos.

Quanto ao fato de inexistir a empresa Cláudio Luiz Pereira, reconheceu-se razão aos representados, vez que havia sido informado pela Agência Nacional do Petróleo – ANP que a citada empresa não existia, sendo que naquele local se situa o Auto Posto Esquina Ltda., de propriedade do Sr. Alex Sander Guarnieri. Assim, entendeu-se que a citada preliminar procede, de forma que foi acolhida por esta Secretaria para determinar a exclusão da empresa Cláudio Luiz Pereira Ltda. do pólo passivo do presente.

Com relação à alegada ilegitimidade passiva do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis e do Posto Desterro Itajaí Ltda, o indeferimento teve como base a inquestionável existência de indícios da participação de ambos nas possíveis infrações investigadas, como fora constatado nos documentos apresentados pelo representante. Em verdade o sindicato funcionava como núcleo do conluio para acertar preços entre concorrentes e o segundo também foi identificado nos autos como participante da combinação ilícita.

Assim, essa preliminar não pôde ser deferida, mesmo porque ela se confundiria com o mérito da questão, ou seja, a participação ou não da entidade nas infrações investigadas.

Já no que diz respeito à ilegitimidade argüida do Posto Desterro Itajaí Ltda., embora tal preliminar também se confunda com o mérito das condutas investigadas, a Secretaria teceu alguns comentários que demonstraram a improcedência do pedido, in verbis:

“Primeiramente, cita-se novamente a existência de indícios da participação do mesmo nas infrações investigadas e, para esclarecer aos representados, observa-se que o mercado relevante tratado nos autos, no momento, é o da Grande Florianópolis, de onde faz parte o município de Biguaçu. Assim, existe a possibilidade da participação do citado estabelecimento. Acrescen-

te-se que a possível prática envolve mais pessoas, as quais, no entanto, ainda não foram identificadas, podendo vir a sê-lo, no decorrer do processo.

Por esses fatos, tal preliminar também deve ser julgada improcedente”.

Também como preliminar, os representados requereram a suspensão do Processo Administrativo, com base no art. 110 do CPC, o que também não foi deferido, visto que, o citado preceito (art. 110 CPC) diz respeito unicamente à Ação Civil ex delicto, onde se busca a reparação do dano sofrido por uma infração criminal. A preliminar não pôde ser aceita, já que o procedimento administrativo em análise não dependia da verificação de crime. O que se investigava era infração à ordem econômica na esfera administrativa (e não cível), diferentemente do processo em trâmite na Justiça Comum Criminal, onde é tratado o crime por formação de cartel.

Por esses fatos, entendeu-se que o Processo Administrativo é independente do processo criminal, sendo os mesmos fundados em leis diferentes, que prevêm infrações diversas e sanções diversas aos agentes. Além disso, a Secretaria de Direito Econômico investiga não o ilícito penal, mas infrações à ordem econômica previstas nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94,

Por último, alegaram a ausência de poder de mercado dos representados, o que também foi indeferido, uma vez que, embora um posto, sozinho, não disponha de poder de mercado, quando há uma associação articulando as ações (no caso em concreto, o Sindicato) ou um grupo de postos agindo de modo coordenado, surge o tal poder, vez que os agentes somados controlam uma parcela razoável do mercado. A maior prova de que os representados detinham esse poder é o fato de terem conseguido estabelecer um preço único para quase todos os postos da capital catarinense num determinado dia de junho de 2000.

1.3.2. Do Mérito

Na sua defesa, no que tange ao mérito, o representado José Cristóvão definiu o mercado relevante de combustíveis (produto) em sete mercados distintos: gasolina comum, gasolina aditivada, gasolina premium, álcool comum, álcool aditivado e diesel.

Definiu o mercado relevante geográfico como sendo o país inteiro e não a cidade de Florianópolis. Isso porque considerou os postos como sendo um

desdobramento da atividade mercantil das companhias distribuidoras de combustíveis que atuam no Brasil.

Disse que o mercado relevante de combustíveis apresenta subdivisões absolutamente definidas, quais sejam: refinaria, distribuidoras e revendedores varejistas, atividades essas que, em hipótese alguma, podem ser exercidas pela mesma empresa.

Segundo o representado, o que existe é um cartel na distribuição e não na revenda. Apesar de existirem mais de 160 distribuidoras de combustíveis regularmente registradas na ANP, o cartel de Florianópolis seria dominado apenas pelas seis grandes empresas do ramo: SHELL, ESSO, BR, IPI-RANGA, TEXACO, AGIP/SÃO PAULO.

Dessa forma, as grandes distribuidoras teriam imposto políticas comerciais aos revendedores de modo a obrigá-los a praticar um único preço, em prejuízo do consumidor final.

Nas palavras do representado, os fatos verificados em Florianópolis se deram por manipulação de mercado por parte dos grandes distribuidores:

“Outrossim, é tão verdadeira a manipulação de mercado pelo cartel das companhias distribuidoras tradicionais que, quando estas empresas desejam, derrubam drasticamente os preços, vendendo abaixo do custo, com a finalidade de eliminação da concorrência, consoante o capítulo de imposição monopolista de preços predatórios, o que faz mediante tratamento discriminatório à própria rede, o que foi justamente o acontecido em Florianópolis.”

Quanto aos fatos em questão no presente processo administrativo, disse que jamais entrou em acordo com outros concorrentes, o que justifica pelo fato de ser “bandeira branca” e sempre ter praticado o menor preço da praça.

Constam informações na defesa do representado de que o Procon de Campinas – SP estaria investigando uma suposta fixação de margem de lucro por parte dos grandes revendedores. Igualmente, o Ministério Público Federal teria ajuizado Ação Civil Pública para investigar possível infração à ordem econômica nas cidades de Franca e Ribeirão Preto – SP, contra as mesmas seis grandes distribuidoras.

De acordo com o entendimento do representado, “cartel é controle de mercado, de forma que o posto representado, sozinho ou em conjunto, não tem qualquer condição de manipulação do mercado já controlado pelo cartel das distribuidoras”.

Os outros representados, Alexandre Carioni, Fausto Carioni, Alex Sander Guarnieri, Gilberto Rollin, Zoélio Hugo Valente, Cláudio Luiz Pereira, Maria Inês Koerich Vieira e Tadeu Vieira, trouxeram suas defesas nos termos que se seguem.

No tocante ao mérito, começaram narrando alguns acontecimentos anteriores à instauração do presente processo administrativo, fatos esses envolvendo os representados, a Assembléia Legislativa de Santa Catarina e o Ministério Público.

Segundo os representados, ao final da instrução do Ministério Público e dos trabalhos da CPE, ocorreram algumas coincidências que chamaram a atenção dos postos. Primeiramente, estranharam o fato de nenhum dos postos da cidade vizinha a Florianópolis, São José, ter sido representado e, ainda, o fato de que o único posto representado fora de Florianópolis foi o Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., na cidade de Biguaçu, e que pertence à rede Divelin.

Dando continuidade às suas defesas, apresentam longos comentários a respeito da instrução processual e da importância da fase probatória para a formação de um livre convencimento, aduzindo, nesse sentido, conceitos e princípios constitucionais.

Logo em seguida, acusam o Ministério Público de ter feito uma representação sem que, para isso, contasse com elementos probatórios suficientes. Entendem que tal foi feito de forma arbitrária e que, com a acusação injustificada, feita com base em provas, muitas vezes, irregulares, os representados correriam o risco de sofrer condenações indevidas. Alguns argumentos elencados foram, *in verbis*:

“1 - ausência de tipicidade:

- a) ausência de poder econômico;
- b) ausência de prejuízo à concorrência – nº de postos incapaz de mudar o mercado;
- c) ausência de acordo com fim de prejudicar o consumidor;
- d) a não especificação da conduta criminosa.”

Em continuidade à sua defesa, alegam que “o que se identifica, obviamente é um sem número de ligações telefônicas que em momento algum identificam o dolo de qualquer dos acusados em dominar o mercado, eliminar a

concorrência ou prejudicar o mercado consumidor. O que se evidencia é uma preocupação dos acusados em cumprirem um acordo que anteriormente fora realizado com os representantes do Ministério Público, Procon e membros da Assembléia Legislativa Estadual, objetivando homogeneizar os lucros em até 15,5%, a fim de evitar prejuízos aos consumidores^{1[1]}. Tal acordo, os acusados disseram, nos seus depoimentos, não saber se fora efetivamente firmado.

Aduziram, ainda, que se tal acusação fosse aceita, estar-se-ia restringindo a aplicação do Princípio da Legalidade e da Presunção de Inocência, aplicável também aos procedimentos administrativos. No tocante ao aspecto material da conduta, alega a defesa que não há qualquer prova capaz de identificar os elementos subjetivos do tipo ou de intencionalidade essenciais para o estabelecimento de um juízo condenatório. Disse ainda que o dolo nesse tipo de delito é específico e não genérico.

Em seqüência, a defesa argumenta contrariamente às provas trazidas pelo Ministério Público, afirmando que não trazem seqüência lógica, obrigando o interlocutor a estabelecer ilações para que alcance o objetivo proposto, sendo necessária sua harmonização, obtida apenas com os elementos probatórios juntados pelos representados.

No item III.6 (fls. 1163) de sua defesa, que trata de suposto acordo entre os representados e a Comissão Parlamentar Externa, eles insistem em dizer que não houve combinação entre os proprietários e o sindicato, mas apenas o cumprimento do combinado com a Assembléia Legislativa.

As representadas também contestam as gravações, alegando que teriam sido editadas pelo Ministério Público antes de terem sido enviadas à Secretaria de Direito Econômico e à imprensa local.

Ao comentar a atitude do Ministério Público de apresentar representação a essa Secretaria de Direito Econômico contra os representados, a defesa, praticamente, taxa os membros do MP de manipuladores:

“O Ministério Público tenta dessa forma, constituir sozinho e com pleno poder, uma suposta verdade com a qual investem contra os representados, com que querendo mostrar a força que possui.”

Por fim disse ter sido essa Secretaria ludibriada pelo Ministério Público que, em decorrência desse fato, puniu as representadas ao determinar que elas retornassem o preço dos combustíveis ao patamar de preços em que se encontravam no dia 17 de junho de 2000.

^{1[1]} Grifo no original

1.4. Das Provas Requeridas

Após o saneamento, foi proferido despacho de fls. 1582, acolhendo os argumentos da Nota Técnica de fls. 1572/1581, decidindo-se pelo deferimento da preliminar de inexistência da empresa Cláudio Luiz Pereira Ltda, excluindo-a do pólo passivo do presente, indeferindo as demais preliminares argüidas pelos representados e encaminhando ofício aos procuradores dos representados, para que os mesmos especificassem as provas que pretendiam produzir, bem como os pontos que demonstrariam com cada uma.

Após a apresentação dos pedidos de provas a serem produzidas, foi emitida nova Nota Técnica por essa Secretaria de Direito Econômico, analisando os pedidos.

O Jóia Posto Ltda. e o Sr. José Cristóvão Vieira, requereram a produção de provas periciais e testemunhal e, ainda, a expedição de ofício aos Juízos processantes das ações civis públicas noticiadas na peça, solicitando dos mesmos, cópias integrais dos respectivos processos.

Pelos demais representados, também foi requerida produção de provas orais, periciais e juntada de novos documentos, e ainda, a tomada do depoimento pessoal dos representantes do Ministério Público Estadual.

Ante os pedidos, foi sugerido e acatado pelo Sr. Secretário, a designação de dia, hora e local para a realização das oitivas das testemunhas, momento em que os representados foram intimados para apresentarem rol de testemunhas, no prazo de 10 dias para que fosse procedida a intimação das mesmas. Esse prazo se encerrou em 28 de dezembro de 2000, e apenas o Sindicato apresentou seu rol.

Contudo, as oitivas requeridas pelos representados, solicitando a intimação dos representantes do Ministério Público de Santa Catarina foram indeferidas, vez que, na condição de representantes, já tinham agregado todas as informações de que dispunham.

As provas periciais foram consideradas dispensáveis e por isso foi indeferida a sua realização por parte dessa Secretaria. Entretanto, foi dada a oportunidade aos representados de produzi-las por conta própria, para, querendo, requerer a posterior juntada.

A expedição de ofício solicitando cópias de autos de Ações Civis Públicas também foi indeferida pelo fato de que tais ações, noticiadas na defesa apresentada pelo posto Jóia e pelo Sr. José Cristóvão Vieira, com exceção

das existentes em Florianópolis, não guardavam qualquer relação com os fatos investigados no presente. Ainda assim, foi dada a oportunidade aos representados para que providenciassem tais cópias e solicitassem a junta da aos autos, se entendessem relevantes.

As testemunhas arroladas pelo sindicato foram: Luiz Gil Siuffo Pereira, Aldo Guarda, José Alberto Paiva Gouveia, Edson Andrião Andrino de Oliveira e Gervásio José da Silva, sendo os dois últimos apresentados simplesmente como empresários, embora sejam Deputados Federais, dispondo, por essa condição, de prerrogativas estabelecidas no art. 411 do CPC.

No dia 26 de janeiro foi juntada petição enviada via fax pelo Sindicato representado (fls 663/666), informando que os Srs. Edson Andrião e Gervásio da Silva são Deputados Federais. Foi informado também que o Presidente do Sindicato, Sr. Alexandre Carioni, teria sido “convocado” a participar de uma reunião no Rio de Janeiro para discutir interesses da categoria. Ao final, requereu o Sindicato, que fosse remetida nova intimação aos Deputados Federais e anuladas as oitivas do restante das testemunhas residentes em outros estados, de forma que a oitiva fosse realizada por carta precatória, nos seus respectivos domicílios. Também requereu nova data para a oitiva do Sr. Carioni, “em virtude de outro compromisso de relevante monta”, item que foi atendido pela Secretaria.

É importante ressaltar que cada representado, conforme dispõe o art. 37 da Lei nº 8.884/94, teria direito a até três testemunhas e o Sindicato representado arrolou cinco.

Todos os representados e as testemunhas foram devidamente intimados para as oitivas que se realizaram em Florianópolis nos dias 29 de janeiro a 02 de fevereiro. As atas das oitivas já foram anexadas aos autos.

Todos os representados que participaram, direta ou indiretamente dos fatos revelados na representação, compareceram às oitivas, inclusive o presidente do sindicato local, Sr. Alexandre Carioni.

Com relação às testemunhas arroladas pelo sindicato, os senhores Luiz Gil Siuffo Pereira, Aldo Guarda, José Alberto Paiva Gouveia, Edson Andrião Andrino de Oliveira e Gervásio José da Silva, todos foram apresentados como empresários e comerciantes, inclusive os dois últimos.

Essa condição especial dos dois últimos foi ocultada pelo representado e anunciada pelos seus representantes legais com menos de 24 horas úteis da data de início das oitivas, quando solicitaram que os mesmos fossem ouvidos em Brasília, invocando o disposto no art. 411, VI do CPC, o que configurou a má-fé dos representantes legais, pois, segundo o parágrafo único

desse artigo, cabe aos deputados federais marcar a data em que serão ouvidos, sem que a SDE tenha qualquer ingerência sobre a decisão dos parlamentares, uma vez que não possui poderes para obrigá-los a depor.

Ressalte-se, ainda, que os referidos congressistas não residem em Florianópolis (mas em Brasília) e durante o período em que ocorreram os fatos que estão sendo apurados, o Congresso Nacional estava em funcionamento normal e não em período de recesso.

O Secretário de Direito Econômico indeferiu o já mencionado requerimento de nova intimação aos deputados federais, bem como o pedido de designação de nova data e local para a realização de oitivas das demais testemunhas, que se dariam por carta precatória, em seus domicílios. Isso porque nenhuma das testemunhas arroladas participou dos fatos investigados ou reside no local em que os mesmos se deram, não havendo nada que pudessem acrescentar às investigações em tela, sendo os pedidos meramente protelatórios.

Também foram consideradas desnecessárias as oitivas das testemunhas arroladas pelo representante.

1.5. Dos Depoimentos dos Representados

1.5.1 - Maria Inez Koerich Vieira

A primeira pessoa a depor foi a Sra. Maria Inez Koerich Vieira. Disse operar um posto de propriedade de seus pais, de nome Jóia Comércio de Combustíveis, o qual opera no mercado há 33 anos. Confrontada com os diálogos registrados às fls. 653 e 654 dos autos afirmou: que não se recordava daquela conversa; que não ficou sabendo de discussões sobre combinação de preços de combustíveis, a não ser pelo noticiário; que tampouco soube de qualquer fato estranho relativo ao mercado de combustíveis em Florianópolis no mês de junho de 2000; que não sabia a que atribuir todo o noticiário, nem a representação do Ministério Público, e que aqueles fatos noticiados, com certeza, foram criados pela própria imprensa.

Afirmou saber que a combinação de preços seria uma conduta ilegal, mas não sabia dizer se os seus irmãos tinham participado de alguma combinação.

Como operadora de posto de combustível, disse que sempre procurou acompanhar os preços dos postos vizinhos e que a recíproca é verdadeira, mas no dia em que os postos de combustíveis estavam praticando preços

idênticos, a representada não lembra se seguiu os seus concorrentes ou se foi seguida por eles, não sabendo dizer quem modificou os preços inicialmente. Disse, também, que mesmo sendo sindicalizada, raramente comparece às reuniões do sindicato e que há muito tempo não vai a essas reuniões. Afirmou, ainda, que nunca ouviu falar que algum posto de gasolina tivesse sofrido ameaça ou represália caso não desejasse participar de algum acordo.

A depoente disse, também, que o sindicato dos postos de Florianópolis tem uma sala alugada no centro da cidade, na R. Jerônimo Coelho, mas que nem todas as reuniões do sindicato acontecem lá. Que quando tem algum assunto a tratar com o sindicato, liga para um telefone, cujo número não dispunha naquele momento. Que o sindicato oferece um serviço de cobrança de cheques, o qual funcionava no posto do Sr. Alexandre Carioni (presidente do sindicato), mas que, como não utiliza esse serviço há três anos, não saberia dizer se o referido serviço ainda é prestado naquele local.

Não soube dizer por que varias pessoas telefonavam para o Sr. Carioni para pedir orientação sobre preços.

Confrontada com a transcrição às fls. 654, dos autos, afirmou que a palavra “movimento” refere-se ao número de abastecimentos realizado pelos postos diariamente, e diante da expressão “você ficou de decidir” não se lembra que decisão estaria aguardando que fosse tomada por seu irmão, Tadeu Vieira. Questionada sobre o motivo pelo qual teria perguntado a seu irmão Tadeu sobre os preços de combustíveis, disse não se lembrar, nem soube como tais palavras foram gravadas, pois não se recorda de tê-las pronunciado. Disse, no entanto, que o telefone 248-7700 pertence à empresa que administra.

Quanto aos preços dos combustíveis, disse que uma diferença de décimos de centavo pode ser determinante para que o cliente decida escolher um outro posto para abastecimento, sendo a concorrência nesse mercado muito acirrada. Falou, ainda, que também há outros fatores que podem influenciar a escolha do consumidor, mas não soube precisar qual o mais importante. Disse também acompanhar os preços dos seus concorrentes do continente, mas que outros postos da Ilha também têm influência no preço que pratica, embora não de maneira direta, e que o gerente do seu posto pesquisava o preço de seus concorrentes diversas vezes ao dia, entre as oito da manhã até as dez da noite, mas que hoje isso não é feito com tanta frequência. Essa pesquisa, segundo ela, era feita percorrendo os postos concorrentes, que não incluía os postos operados pelos seus irmãos.

A depoente informou que a área de influência de seu posto envolve os bairros de Estreito, Balneário, Capoeiras, Coqueiros e o princípio do município de São José e o bairro de Barreiros naquele município. Disse não ter participado da reunião que ocorreu na Assembléia Legislativa, envolvendo o Deputado Nelson Goetten, Procon, Ministério Público e entidades de classe, embora lembre que ocorreu tal reunião, quando a Comissão Parlamentar Externa da Assembléia Legislativa fez uma proposta de acordo de preços aos sindicatos dos postos de gasolina, sendo que o único que aceitou foi o de Florianópolis. Tal acordo de preços, aceito pelo Sindicato, estipulava uma margem de lucro para os postos em torno de 15 % (quinze por cento). Contudo, não soube responder quando foi feito esse acordo, nem durante quanto tempo o mesmo vigorou.

1.5.2 – Alex Sander Guarnieri

O segundo depoente foi o Sr. Alex Sander Guarnieri, que é operador de dois postos de gasolina, ambos de nome “Esquina”, sendo um na cidade de Florianópolis e outro no município de Palhoça.

Afirmou o depoente, que trabalha no ramo de revenda de combustíveis há 07 (sete) anos, mas que nunca ouviu falar que houvesse qualquer discussão de preços entre proprietários ou operadores de postos de combustível em Florianópolis. Disse que ouviu falar em combinação de preços depois do que chamou de “problemão”, mas não disse a que se referia. Falou que os donos de postos também não discutiam, entre si, margens de lucro e entende que a discussão de preços entre os proprietários de postos não é uma prática ilegal, embora saiba que a prática da qual é acusado, formação de cartel, seja.

Confrontado com a transcrição de fls. 348/352, disse não se recordar de ter tido esse diálogo, tampouco dos diálogos constantes às fls. 182/184, e muito menos dos diálogos transcritos às fls. 189/191. Também não reconheceu nenhuma das vozes constantes nas gravações transcritas, às fls. 348/352, 182/184 e 189/191. Reconheceu apenas que houve, em junho do ano passado, uma guerra de preços, restando os preços dos combustíveis muito baixos. Embora não soubesse explicar o que aconteceu, quando o seu concorrente próximo aumentou o preço, ele também aumentou. À época, trabalhava com uma margem de 02 (dois) centavos por litro, ou até menor.

Afirmou que as gravações transcritas nos autos mostram, evidentemente, pessoas combinando preços e que entende por cartel um grupo de pessoas combinar para praticar um mesmo preço.

Disse que não se lembrava de que em algum dia no mês de junho de 2000, os postos de Florianópolis estiveram, quase todos, cobrando o mesmo preço e decidiu mudar o seu preço quando viu que o posto que é seu concorrente mais próximo, o Posto Interlagos, de propriedade do Sr. Zoélio Hugo Valente, havia aumentado seus preços. Imaginou que o mesmo havia desistido da guerra de preços e decidiu, então, desistir da guerra também. Alegou não saber a razão de todos os postos estarem praticando, no mesmo dia, o mesmo preço, atribuindo tal fato a uma possível reação em cadeia, na qual, cada um foi observando o preço de seu concorrente e mudando o seu próprio.

Quanto ao seu posto, afirmou ser sindicalizado, mas que nunca foi às reuniões do Sindicato, sabendo informar apenas que o Sindicato funciona no Posto Ipiranga, de propriedade do Sr. Alexandre Carioni. É lá que ele paga suas mensalidades, plano de saúde e resgata os cheques sem fundo, pois o Sindicato tem um serviço de cobrança de cheques. Chegou a ouvir comentários de que o Sindicato possui uma sede no Centro, mas não soube dizer o endereço, pois nunca esteve lá. Não sabe também a razão pela qual tantas pessoas, nas gravações transcritas nos autos, ligam para o Sr. Carioni, para discutir preços.

Afirmou que nunca ouviu falar que alguém que não concordasse com um acordo de preços tivesse sofrido ameaças ou represálias.

Com relação às reuniões com o Deputado Nelson Goetten, sabe apenas que elas se realizaram e que tinham o objetivo de discutir o preço dos combustíveis, mas nunca participou delas. Disse que nessas reuniões buscou-se um acordo para que os postos praticassem uma margem de lucro em torno de 15 % (quinze por cento). Todavia, ao que se recorda, tal acordo não chegou a ser fechado.

No tocante à sua empresa, afirma que possui diversos tipos de clientes, os quais podem ser atraídos para o posto em razão do preço, do atendimento, do prazo de pagamento e pela própria bandeira. Dos clientes que se preocupam mais com o preço, a diferença de 01 (um) centavo pode levá-lo a mudar de fornecedor, pois é o que ele faria. Na sua decisão sobre preços, disse que leva em conta os custos e a ação da concorrência. Segundo o declarante, ele acompanha o comportamento dos concorrentes pedindo aos seus funcionários que observem os preços praticados por eles, ou então, por intermédio dos clientes, que reclamam quando o seu preço está acima

dos postos vizinhos. Afirmou, ainda, que sempre se preocupou em reduzir custos e que procura diferenciar o seu estabelecimento pela qualidade do serviço prestado. Disse existir efetiva concorrência no mercado de revenda de combustíveis e que a guerra de preços foi incentivada pelas próprias distribuidoras, que ofereceram descontos aos postos sobre sua bandeira. Já a concorrência que afeta o seu negócio está situada entre 1 (um) e 1,5 (um inteiro e cinco décimos) quilômetros em torno de seu posto. Asseverou que nunca conversa com os concorrentes ou com outros donos de postos, pois não frequenta reuniões e, nem mesmo, confraternizações.

Disse também que nunca ouviu falar em adulteração de combustível em Florianópolis, mas ouviu falar em sonegação de impostos, já tendo sido abordado por distribuidores que ofereciam produto mais barato, embora isso hoje, não seja mais possível.

1.5.3 – Cláudio Luiz Pereira

O terceiro e último depoente do dia 29 de janeiro de 2001, foi Cláudio Luiz Pereira, que é proprietário, operador e arrendatário de 08 (oito) postos de combustível, sendo 06 (seis) em Florianópolis, 01(um) em Biguaçu e outro em Camboriú, os quais compõem a rede Dívelin, embora nem todos utilizem esta marca de fantasia de forma ostensiva. Todavia todos estão submetidos à administração do depoente.

O Sr. Cláudio trabalha na revenda de combustíveis há mais de 13 (treze) anos, mas afirmou que nunca ouviu falar de combinação de preços entre postos de combustíveis. Informou que houve uma reunião pública na Assembléia Legislativa, da qual participaram a Comissão Parlamentar Externa da Assembléia, as distribuidoras, o Ministério Público, os revendedores, o Procon e os sindicatos de postos. A essa reunião seguiu-se outra, reservada, sem a presença dos revendedores, que se fizeram representar por meio de seus sindicatos. Dessa reunião surgiu uma proposta de acordo em relação à margem máxima de lucro que os postos deveriam praticar. Foi feita, então, posteriormente, uma reunião em um hotel, entre os revendedores e os sindicatos, para discutir o acordo proposto. O depoente não se recorda em que hotel ocorreu a reunião, pois lá não esteve, mas sabe que a categoria aprovou a proposta com uma margem apertada de votos e, a partir de então, o presidente do sindicato desencadeou uma série de ações no sentido de por em prática o referido acordo. Tratavam-se essas ações de conversas entre o presidente do sindicato e os postos, no sentido de fazer cumprir o acordo, não tendo notícia de outro tipo de ação. Contudo não sabe dizer se

o acordo chegou a ser implementado, se recordando apenas que as distribuidoras chegaram a baixar os seus preços a níveis inferiores ao custo de aquisição na refinaria. Também não se recorda de nada estranho no comércio de combustíveis de Florianópolis, no mês de junho de 2000, mesmo porque estava fora do país, entre os dias 15 e 25 daquele mês. Disse saber que a combinação de preços entre concorrentes é uma prática ilegal.

Confrontado com as fls. 730/736, 751/755 e 177/180 dos autos, disse que não se recorda daquelas conversas e que as mesmas não refletem uma combinação de preços. Ao ouvir a gravação referente às fls. 751/754, não reconheceu nenhuma das duas vozes que lá aparecem, reafirmando que tal gravação não reflete uma combinação de preços. Também afirmou não ter nenhuma preocupação especial com o posto Angeloni, sendo que cada gerente de seus postos se preocupa com seus concorrentes mais próximos.

Indagado sobre o que significaria a expressão “eles tão resolvendo pra comitiva lá, pra resolver”, não soube dizer o significado da palavra “comitiva” e que problema tal comitiva iria resolver. Segundo o declarante, não houve nenhum tipo de ameaça ou represália aos que não aderiram ao acordo de preços.

O depoente disse que a sede do Sindicato representado está localizada na R. Osmar Cunha, mas que lá não há qualquer funcionário. Falou, ainda, que os associados dirigem-se diretamente ao Sr. Alexandre Carioni, no posto de propriedade daquele.

O representado afirmou cada gerente dos seus postos (de nomes Marcos, Pedro, Galego, Roberto, Íris, Márcio, Beth e Rui) pesquisa os preços dos concorrentes e, a partir daí, fixa o seu preço, caso esteja perdendo clientes. Assegurou, ainda, que só é possível uma guerra de preços se houver o apoio das distribuidoras, vez que os revendedores, sozinhos, não tem condições financeiras de suportar essa guerra. Não encontrou nenhuma anormalidade nos comentários trocados entre os proprietários de postos de combustíveis, vez que, no seu modo de ver, ninguém está alheio ao mercado, mas que isso não significa estar combinando preços. As mudanças de preços em seus postos são realizadas às 7 (sete), 15 (quinze) ou 23 (vinte e três) horas, que são os momentos de fechamento do caixa. Em momentos de guerra de preços já chegou a realizar várias mudanças de preços ao longo do dia.

Segundo as explicações do depoente, no mercado de distribuição de combustíveis há basicamente dois níveis de preços: um praticado pelas grandes distribuidoras, entre as quais não há grande diferença, e outro praticado pelas pequenas distribuidoras, as quais também têm preços bastante seme-

lhantes. Todavia, entre as grandes e pequenas, a diferença fica em torno de 3 (três) centavos de real por litro e a diferença de preço de 1 ou 2 centavos é suficiente para que o consumidor, dependendo da distância, mude de fornecedor. Entretanto, não tem notícia de adulteração de combustíveis ou sonegação de impostos no setor em que atua.

Disse que firmou um compromisso com a Shell, com validade de 30 (trinta) dias, durante os quais aquela distribuidora garantiria o aluguel e os custos operacionais do posto, desde que o posto acompanhasse a guerra de preços no mercado. Não sabe ao certo, mas acredita que tal acordo ocorreu em maio ou junho do ano de 2000. Explicou o mercado de combustíveis dizendo que aquele é controlado pelas grandes distribuidoras, às quais interessa a guerra de preços, como mecanismo de enfraquecimento das pequenas distribuidoras e pequenos revendedores, para que possam, no futuro, operar diretamente os postos, como já vêm fazendo a Esso e a Shell, por meio de prepostos conhecidos como “cães perdigueiros” (dealers). Ao que se recorda, os seus contratos não prevêm cláusula de transferência para uma futura aquisição dos postos pelas distribuidoras.

1.5.4 – Gilberto Rollin

O primeiro a ser interrogado no dia 30 de janeiro foi o Sr. Gilberto Rollin, que afirmou que à época dos fatos investigados era arrendatário de um único posto, o Auto Posto Parque São Jorge Ltda., no município de Florianópolis. Disse trabalhar nesse ramo há quatro anos, como arrendatário. Questionado quanto aos fatos ocorridos no ano anterior, disse não ter ouvido falar que houvesse discussões ou combinações de preços entre proprietários de postos de combustíveis da cidade, mas sabe que, se tais conversas existissem, caracterizariam uma conduta ilegal. Informou que na época dos fatos houve uma reunião, na Assembléia Legislativa do Estado com a Comissão Parlamentar Externa e dessa reunião resultou um acordo segundo o qual os postos deveriam praticar uma margem máxima de lucro de 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento) sobre o preço do combustível acrescido do valor do frete. Falou que, após a reunião na Assembléia, houve uma reunião promovida pelo Sindicato na qual os donos de postos, por maioria, decidiram aceitar o referido acordo, o qual foi posto em prática. Contudo, não se recorda quando se implementou o acordo, mas que esse limite de 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento) vigora até hoje. Apesar de não se recordar dos fatos narrados na representação, afirmou que se recorda que, em determinado dia de junho de 2000, muitos postos

aumentaram seus preços, mas que seu posto não mudou. Recorda, ainda, que o seu posto não foi afetado diretamente pela Medida Preventiva adotada quando da instauração do processo, pois não teve que retroagir reduzindo preços. Disse que, indiretamente, seu posto foi afetado, pois a redução de preços nos outros postos provocou a queda de movimento no seu estabelecimento. Ainda segundo o declarante, o fato que motivou vários postos a aumentar seus preços no mesmo dia foi o acordo feito com a CPE, Procon e Ministério Público. Essa elevação, em função do acordo, ocorreu porque no início das negociações os preços eram mais altos e foram caindo ao longo dessas negociações, devido a uma guerra de preços. Dessa forma, quando realizado o acordo com a CPE, os preços de mercado estavam mais baixos do que o nível proposto no referido acordo. Apesar de não ter ficado até o final, disse que esteve presente nessa assembléia, tendo, porém, se manifestado contra o referido acordo.

Confrontado com a gravação transcrita às fls. 738/741 dos autos não conseguiu identificar uma das vozes, a qual estaria muito baixa, enquanto que a outra lhe pareceu ser a do presidente do Sindicato. Confrontado com a transcrição às fls. 740 dos autos, no trecho que se refere a uma “imposição” afirmou que, se a gravação fosse realmente dele, estaria se referindo aos 15,5%, impostos pelo acordo. Não admitiu que as gravações escutadas refletissem qualquer atividade ilegal, pois as pessoas estariam apenas conversando sobre o acordo feito com a CPE.

Quanto a ameaças ou represálias aos que não participaram, disse não ter conhecimento de qualquer caso. Confrontado com os termos constantes às fls. 363/364 dos autos achou muito estranha a afirmação de que teria sugerido ao gerente do Posto Angeloni que olhasse o preço dos demais postos e colocasse igual. Apesar de sindicalizado disse não saber se há funcionários na sede do sindicato e que, quando tem algum problema a resolver, procura o presidente do Sindicato em seu estabelecimento comercial. Afirmou, ainda, não saber porque tantas pessoas ligavam para o presidente do sindicato, Sr. Alexandre Carioni para discutir preços.

O mercado de combustíveis, segundo ele, não possui regra definida. Alguns clientes mesmo com a diferença de quatro ou cinco centavos permanecem fiéis ao posto, enquanto que outros, por meio centavo de diferença, mudam o local de abastecimento. Para a fixação do preço do seu combustível leva em consideração os seus custos e o mercado, ou seja, se suas vendas começam a cair, percebe que está trabalhando com preço acima do mercado. Apesar de não fazer pesquisa de preços, observa, ao longo do seu trajeto entre a residência e o posto, o comportamento de seus concorrentes. Considera que Florianópolis é muito pequena para ser dividida em vários

mercados, de modo que, quando um posto altera os seus preços, por uma reação em cadeia, os preços, até mesmo de postos distantes, são afetados. Afirmo que o mercado de combustíveis é muito concorrido, sendo freqüentes as guerras de preços, as quais muitas vezes são bancadas pelas distribuidoras, mas que normalmente não participa, pois não tem condições para isso. Nesses casos, apenas diminui um pouco os preços, mas não acompanha totalmente seus concorrentes, pois acha que o seu prejuízo, em função da redução de preços, seria maior do que aquele derivado da perda de clientela. Falou que durante as guerras de preços, a distribuidora com a qual opera, a Ipiranga, lhe oferece descontos, desde que trabalhe com o preço determinado por ela, mas que não aceita, pois normalmente não participa de guerra de preços. Informou que alguns postos não têm uma autonomia total para fixar seus preços, pois o mercado é muito influenciado pelas distribuidoras, as quais, atualmente, de forma disfarçada, operam postos por meio dos chamados dealers. Durante a guerra de preços, do mês de junho de 2000, a diferença entre os preços do posto do depoente e outros postos chegou até mais de 10 (dez) centavos por litro e que alguns deles chegaram a oferecer preços inferiores ao preço de aquisição que o depoente enfrentava.

Disse ainda que entende por cartel uma combinação de preços com a finalidade de auferir vantagens.

1.5.5 – José Cristóvão Vieira

O segundo interrogado do dia 30 de janeiro foi José Cristóvão Vieira, que é proprietário do Jóia Posto Ltda. e que atua no mercado de combustíveis há 34 (trinta e quatro) anos. Indagado, o depoente afirmou que não ouviu falar que houvesse qualquer discussão ou combinação de preços entre proprietários de postos de combustíveis na cidade de Florianópolis. Os fatos reportados pela imprensa em meados de 2000, referentes ao mercado de combustíveis, na cidade de Florianópolis, de acordo com o depoente, não têm nada de verídico e aquele noticiário constituiu-se num abuso por parte da imprensa, que jogou os clientes contra os donos de postos. Concorda que a discussão ou combinação de preços entre empresários do mesmo ramo pode ser uma atividade ilegal, mas que isso nunca aconteceu no ramo de combustíveis em Florianópolis.

Ao escutar as gravações transcritas nas fls. 304/320 não identificou nenhuma das duas vozes e também não soube dizer se as gravações eram uma conversa sobre preços. Disse que nunca havia escutado sua voz gravada e

que tudo pareceu muito confuso. Também não soube dizer, após escutar as gravações, que assunto estava sendo discutido entre os interlocutores. À época dos fatos investigados esteve com o Promotor Fábio Trajano e lhe esclareceu todos os pontos que lhe foram indagados sobre o funcionamento do mercado de combustíveis e teve a impressão que o Promotor havia aceitado todas as explicações dadas. Falou-lhe que havia o cartel dos distribuidores e que sempre fora o maior revendedor de combustíveis do estado e sempre praticara os menores preços, mas quando decidiu tornar-se um revendedor “bandeira branca” passou a sofrer represálias da distribuidora com a qual trabalhava – Esso. Desde então, durante um certo período, outros postos da Esso passaram a vender ao consumidor a preços inferiores ao de custo.

O depoente acredita que o Promotor apresentou a Representação na SDE e iniciou o Processo Criminal por má-fé e que o Deputado Nelson Goetten usou os acontecimentos no setor de combustíveis para se promover. Ao escutar a gravação transcrita entre as fls. 662/671, não reconheceu as vozes, e lendo a transcrição enquanto escutava a fita correspondente também não soube dizer que assunto era tratado, vez que o som não era claro. Afirmou que no seu posto sua gerente chama-se Juraci, que é conhecida por “Ju”, e estranhou a transcrição da sexta gravação, fls. 662, onde em seu início se lê “Posto Jóia, boa tarde”, pois no seu posto quando os telefones são atendidos a expressão que se usa é “Jóia Posto”. Confirmou que o telefone de seu posto é 224-0592, e que o telefone do posto de seu pai, administrado por sua irmã, Maria Inez, é 248-7700. Informou também que no seu posto atendem ao telefone sua gerente, sua esposa e ele próprio. Indagado sobre de quem poderia ser a voz masculina identificada na transcrição das fls. 662/671 dos autos, não soube identificar quem seria ela. Informado que a ligação referente a essa transcrição foi feita a partir de gravação feita no telefone do posto de seu pai e sendo lembrado que no seu posto só três pessoas atendiam ao telefone, das quais apenas ele é do sexo masculino e que também tem o apelido de “Zezinho”, mesmo assim, afirmou não poder reconhecer de quem seria aquela voz, sendo que à época não havia nenhum funcionário seu com o nome de José. Disse que às vezes o escritório fica aberto e alguém poderia ter atendido ao telefone. Assim, não pode confirmar o conteúdo da gravação, assim como não a reconhece.

Disse “com suas sinceras explicações”, que os preços em Florianópolis nunca foram abusivos nem iguais. O depoente falou, também, estar muito preocupado “porque estão procurando cartel”, dizendo que, no seu entendimento, o cartel deve envolver um grande número de pessoas para praticar

preços elevados e que não acredita que alguém irá combinar para praticar preços baixos.

Questionado quanto ao fato de todos os postos de combustíveis terem amanhado com preços iguais no dia 21 de junho de 2000, disse não se recordar de tal fato. Indagado sobre as declarações do Sr. Giovanio da Silva, às fls. 363/364 dos autos, afirmou que o posto Angeloni normalmente é o que pratica os preços mais altos, em virtude de seus custos operacionais, ao passo que o depoente sempre pratica preços inferiores.

Segundo o depoente, das conversas ocorridas com a CPE, não resultou, até onde sabe, um acordo que tivesse proporcionado uma queda dos preços e que, se houve algum acordo, dele não participou nem foi procurado por ninguém para implementar o que teria sido acordado.

Disse ser sindicalizado desde a fundação do Sindicato e que chegou a ser presidente do Sindicato e que, até onde se lembra, foi sucedido pelo Sr. Alexandre Carioni.

Quanto ao acompanhamento dos preços dos concorrentes, disse fazê-lo de carro pelos postos situados na área de seu posto, de forma a, observando os preços que praticam os concorrentes, procurar sempre manter os seus preços os mais baixos possíveis. Entretanto, disse não utilizar uma regra específica para estabelecer seus preços, nem considerar nenhum concorrente específico como mais importante, uma vez que tem clientes de todas as partes da ilha. Contudo, entende que postos que pagam aluguel ou têm custos operacionais mais elevados precisariam de uma margem maior. Falou, ainda, que nem sempre o consumidor busca apenas o preço, mas também procura outras vantagens como prazo para pagamento.

Quanto ao sindicato, não soube informar se possui sede própria e disse que, se tiver funcionários, são um ou dois.

Disse não saber de ninguém que tivesse sofrido ameaças ou represálias, caso não cumprisse um acordo de preços.

Ao final de seu depoimento a Presidência da Mesa fez constar que a transcrição da sexta gravação, às fls. 662, encontra-se diferente do que se escuta na fita gravada, vez que na transcrição lê-se “Posto Jóia, boa tarde” ao passo que na fita consta “Jóia Posto, boa tarde”, como, aliás, o depoente asseverou que as ligações eram atendidas no seu estabelecimento.

1.5.6 – Zoélio Hugo Valente

O terceiro e último depoente do dia 30 de janeiro foi o Sr. Zoélio Hugo Valente, que atua no ramo há 4 (quatro) anos e afirmou ser arrendatário de um posto de combustível denominado Auto Posto Interlagos Ltda, o qual está situado no Bairro do Estreito.

Disse nunca ter ouvido falar que houvesse qualquer discussão ou combinação de preços entre donos de postos de combustíveis na cidade de Florianópolis entre os meses de maio e junho de 2000, mas que se recorda de conversações dos postos com a CPE, no mês de julho. Em decorrência dessas conversações, o Sindicato promoveu uma assembléia de seus associados para discutir se a categoria aceitaria ou não a proposta da CPE, Ministério Público e Procon, no sentido de que os postos de combustíveis operassem com uma margem de lucro de 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento). Essa assembléia ocorreu num hotel, no final da Rua Felipe Schmidt. O depoente votou contrariamente à aprovação do acordo, mas a assembléia, à qual compareceram cerca de cinquenta pessoas, aprovou o referido acordo. A partir de então, o presidente do Sindicato, Sr. Alexandre Carioni, passou a conversar com os proprietários de postos, para que eles seguissem o acordo ratificado pela assembléia. O resultado dessas ações foi que se instaurou uma guerra de preços na cidade e, desde então, os postos de combustíveis não conseguiram mais praticar, sequer, a margem proposta no acordo, ou mesmo os 15 (quinze) centavos de real de margem que a ANP considera adequada.

Quanto ao fato de quase todos os postos de Florianópolis terem amanhecido praticando um preço de R\$ 1,34 (um real e trinta e quatro centavos), num certo dia do mês de junho, disse não se recordar do acontecimento e tampouco imagina a razão pela qual isso tenha se dado, mesmo porque não se recorda de que tal fato tenha efetivamente ocorrido. Todavia, disse lembrar-se de que o fato foi largamente noticiado na imprensa, que, no seu entender, direcionava os consumidores contra os revendedores de combustível.

Confrontado com a gravação, transcrita às fls. 311, não soube identificar as vozes e também não soube dizer se aquela conversa refletia uma combinação de preços, embora estivessem falando sobre preços. Também afirmou que o acordo com a CPE, embora aprovado, não chegou a ser implementado efetivamente.

Para efeito de constatação das vozes reproduzidas nas fitas degreadas, o depoente assistiu a um vídeo com a participação do Sr. Alexandre Carioni em um debate no canal 36, onde o reconheceu. No entanto, após ouvir uma

gravação em fita, não foi capaz de reconhecer essa a voz como a mesma que ouvira na televisão.

No que tange ao Sindicato local, disse que na época dos fatos investigados o Sr. Carioni exercia uma certa liderança e que o Sindicato funcionava bem, sendo que os assuntos dos associados com o Sindicato eram tratados ou na sua sede ou no posto do Sr. Carioni. No entanto, não soube dizer porque tantas pessoas ligavam para o Sr. Alexandre Carioni para tratar de preços a serem praticados nos postos de combustível.

Quanto aos preços que pratica em seu posto, disse que são estabelecidos seguindo seus concorrentes mais próximos, que são seis, num raio de 500 m em torno de seu posto, de cujos preços fica sabendo por meio de seus clientes.

De acordo com o depoente, desde a instalação da CPE que o mercado de Florianópolis vem registrando guerras de preços, nas quais os postos chegaram a vender o combustível pelo preço de custo. Afirma que existe diferença de preços, embora pequena, entre as distribuidoras, mas que na época dos fatos investigados, por razões tributárias, a diferença era significativa.

1.5.7 – Fausto Carioni

O terceiro dia de oitivas começou com o Sr. Fausto Carioni, que é proprietário do Posto Avenida Ltda., na cidade de Florianópolis e que atua no mercado de combustíveis há 25 anos.

Afirmou, inicialmente, que nunca soube que houvesse discussões ou combinações de preços entre proprietários de postos de combustíveis na cidade de Florianópolis, mas que sabia que, se tal conduta existisse, ela seria ilegal. Segundo informou, nos meses de maio a junho de 2000 a situação do mercado de combustíveis em Florianópolis era uma situação tranquila. Mesmo com o noticiário da imprensa e as reuniões entre a CPE e Ministério Público, seguia com seus negócios sem ser afetado. Apenas no mês de junho, alguns proprietários de postos de combustíveis baixaram seus preços quase ao nível do custo, o que não provocou reclamação dos consumidores. Contudo, quando tentaram retornar aos preços normais, houve um aumento de 20% ou 30%, o que desencadeou toda a reação da imprensa. Apesar de afirmar que tinha sido feito um acordo entre os proprietários e o Deputado Nelson Goetten, referente à obtenção de uma margem de lucro de 15,5%, não sabe dizer como foi feito esse acordo, se de modo informal ou por um documento escrito, nem se havia uma data para ser implementa-

do. Também não soube informar porque a maioria dos postos da cidade de Florianópolis amanheceu com o mesmo preço, de R\$ 1,34 (um real e trinta e quatro centavos), no dia 21 de junho de 2000, mas confirmou que os postos de combustíveis praticavam preços semelhantes, em junho de 2000, porque um posto deve acompanhar o preço do concorrente próximo, para não perder a freguesia.

Indagado da razão da atual dispersão dos preços em Florianópolis, disse que ela se deve à pressão dos consumidores e que não sabia se no mês de junho de 2000 havia alguma pressão, apesar das ações a CPE, do Ministério Público, do Procon e do noticiário da imprensa, inclusive com as reportagens na televisão, mostrando longas filas no posto Angeloni.

O depoente afirmou ser sindicalizado e que na sede do sindicato, no centro da cidade, há um funcionário e que é lá que os sindicalizados pagam as mensalidades e o plano de saúde, não sabendo se o sindicato oferece serviço de cobrança de cheques. Disse que paga as mensalidades, pessoalmente, na sede do sindicato.

Antes de escutar as fitas, informou que seu irmão, Alexandre Carioni, possui dois postos de combustíveis e o gerente de um deles chama-se Mário, o qual trabalha nesse estabelecimento há cerca de 10 anos. Ao escutar a gravação, transcrita às fls. 232/233, não soube reconhecer nenhuma das vozes, mas afirmou que o telefone 222-3579, no qual foi feita a escuta telefônica, cujas vozes não reconheceu, pertence ao posto do seu irmão Alexandre Carioni. O escritório do posto do Sr. Alexandre Carioni, segundo o depoente, é um lugar onde entra e sai muita gente e, ao ser perguntado se acha muita coincidência que uma pessoa de nome Mário ligue para outra pessoa de nome Fausto, a partir desse telefone, disse que sim e que não sabia dizer quem seria esse Mário. Também não soube informar que assunto era discutido pelas vozes da gravação transcrita às fls. 233. Não reconheceu nenhuma das vozes das gravações transcritas às fls. 787/790, nem mesmo a voz masculina da fita transcrita às fl. 787/789, que seria de seu irmão, Alexandre Carioni.

Em seu posto, o nome do gerente é Reginaldo. Mesmo já tendo falado diversas vezes ao telefone com o Sr. Reginaldo, com o qual trabalha há cinco anos, e conhecendo a sua voz, não foi capaz de reconhecê-la na gravação transcrita às fls. 789/790.

No tocante à fixação dos preços de seus produtos, disse que considera apenas o custo de aquisição do combustível, frete, despesas do posto (pessoal, água, luz, etc.), impostos e a margem de 15,5% e que não leva em conside-

ração os preços praticados por seus concorrentes, pois o preço é “ele mesmo quem faz”.

Quando questionado sobre o que entendia por cartel, disse não saber o que significava, mas considerava que no mercado de combustíveis de Florianópolis existe muita concorrência, e que a tendência é se normalizar, acabando a guerra de preços entre os concorrentes. Disse também que não mudava com frequência seus preços alterando-os apenas quando havia aumentos da companhia distribuidora, sendo indiferente ao preço dos concorrentes, pois trabalhava sempre abaixo da margem máxima de lucro.

Disse ainda que acreditava que o principal fator para manter elevadas as suas vendas era a qualidade do produto oferecido, mas que infelizmente o consumidor busca o menor preço.

Por fim, disse que usava como referência, para concorrer, o Posto Jóia, de propriedade do Sr. José Cristóvão, situado à Avenida Mauro Ramos, e que monitorava o preço do concorrente no seu trajeto entre o trabalho e a residência.

1.5.8 – Tadeu Emílio Vieira

O segundo e último depoente do dia 31 de janeiro foi o Sr. Tadeu Emílio Vieira, que é arrendatário de um posto pertencente à Esso, o Auto Posto Florianópolis Ltda. Seu pai também possui um posto que é administrado pela irmã do depoente, Maria Inez Koerich Vieira, sendo que um outro irmão, José Cristóvão Vieira, é proprietário de um terceiro posto.

O depoente afirmou que atua no ramo de combustíveis há cerca de 28 (vinte e oito) anos e que, portanto, conhece bem o mercado de combustíveis, o qual entende estar passando por grandes mudanças ultimamente. Essas mudanças começaram a partir da liberação dos preços dos combustíveis, o que alterou o funcionamento dos parâmetros do mercado, tornando a concorrência mais acirrada. Que entre julho e dezembro de 1998, a Esso pediu a rescisão do contrato de aluguel, não havendo, todavia, acordo entre ele e a distribuidora. Em função da falta de apoio da distribuidora, reduziu seus preços ao máximo que pôde, chegando ao mínimo de R\$1,29 (um real e vinte e nove centavos), enquanto que seus concorrentes vendiam a gasolina por R\$1,09 (um real e nove centavos) e até menos.

Disse não se recordar de nenhum fato especialmente marcante, no mercado de combustíveis de Florianópolis ter ocorrido no dia 21 de junho de 2000.

Lembra que por volta dessa época, havia postos trabalhando com uma margem muito próxima de zero e que isso não podia continuar por muito tempo.

O depoente entende que essa guerra de preços gera uma concorrência predatória e que, ao seu final, em alguns postos que dela participam, resta uma clientela chamada residual, a qual, durante a guerra de preços, é atraída para esses postos. Como não participou da guerra de preços, a sua clientela residual é negativa. Lembra que pouco antes da guerra de preços foi instalada a CPE e que participou de uma audiência pública, na qual estavam presentes também o Procon, Ministério Público, três Sindicatos de Postos de Combustíveis e o Sindicato das Distribuidoras.

O depoente falou que houve uma assembléia do Sindicato de Florianópolis, na qual havia em torno de 50 (cinquenta) pessoas, quando foi aprovado o acordo proposto pelo Deputado Néelson Goetten. Tal assembléia foi muito tumultuada e o depoente manifestou-se contra o referido acordo. Além dessa assembléia, houve uma recomendação do Sindicato para que os postos adotassem uma margem de lucro de 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento), a qual foi seguida por alguns postos, mas não por todos.

Confrontado com a gravação transcrita às fls. 180/182, não reconheceu nenhuma das duas vozes. Também não identificou nenhuma das vozes da gravação transcrita às fls. 191/193. Informado que a escuta fora feita no telefone do Sr. Alexandre Carioni, também não identificou a voz do mesmo. Ao escutar ainda a gravação transcrita às fls. 653/654, não reconheceu nenhuma das vozes. Informado de que essa gravação foi feita no telefone do posto de seu pai, reafirmou que não reconhecia as vozes. Indagado sobre quem, naquele posto, atende pelo nome de “Inez”, disse que tem uma irmã chamada Maria Inez, a qual também é representada no presente processo administrativo. Segundo ele, sua irmã trabalha no posto onde está instalado o referido telefone. Confrontado ainda com as transcrições das fls. 194/196 reafirmou que não identificava nenhuma das vozes. Mesmo assim, afirmou que acha que no posto do Sr. Alexandre Carioni, onde foi feita a escuta telefônica, não trabalha outra pessoa de nome “Alexandre”, e que acha que ninguém atenderia o telefone no posto do Sr. Carioni como “Dr. Alexandre”, a não ser o próprio Alexandre Carioni. Também não soube informar se haveria alguém no posto do Sr. Alexandre Carioni que pudesse ligar para os Sr. Zapelini, Zezinho, Cláudio, Fausto e Túlio para falar sobre preços de combustíveis.

O depoente disse que é sindicalizado, mas que não vem pagando as mensalidades. Afirmou, ainda, saber que a discussão ou combinação de preços entre concorrentes pode ser uma conduta ilegal.

Questionado da existência de uma pessoa de nome “Aliatar”, disse ser um primo do Sr. Alexandre Carioni, mas não sabe informar se também é dono de posto. Asseverou que desconhece que seu irmão, José Cristóvão Vieira, tenha recebido qualquer ameaça ou insinuação de que poderia morrer atingido por uma “bala perdida”.

Confrontado com outra gravação, de fls. 329/330, a qual foi feita do telefone do Sr. Alexandre Carioni, disse não reconhecer a voz da pessoa que aparece na dita gravação, como sendo de uma pessoa chamada “Aliatar”. Tampouco identificou a voz da pessoa que aparece como “Zezinho” e que poderia morrer “de bala perdida”, apesar de ter um irmão cujo apelido, em família, é “Zezinho” e que também opera no ramo de combustíveis.

O depoente disse não saber se várias pessoas ligavam para o Sr. Alexandre Carioni para falar sobre preços e nem porque elas fariam isso. Afirmou que, no seu entender, cartel é uma combinação de preços abusivos para lesar o consumidor. Disse saber que discussão e combinação de preços entre concorrentes é uma conduta ilegal.

Quanto à questão de compra de combustível, disse que as grandes distribuidoras têm preços muito próximos, ao passo que as menores oferecem um produto com diferencial de preço que chega a 04 (quatro) centavos de real por litro, que é a diferença que ele paga em relação ao que é pago pelo posto de seu pai.

Segundo o entendimento do depoente, uma diferença de frações de centavo é suficiente para que o consumidor mude de fornecedor, porque o consumidor, de modo geral, entende a terceira casa decimal como se fossem centavos.

Alegou que, para a formação de seu preço, observa o comportamento dos concorrentes, cerca de 12 (doze) postos de combustíveis, situados num raio aproximado de 01 (um) quilômetro de seu posto. Para tanto, percorre os postos dos concorrentes ou os observa no trajeto entre a casa e o trabalho. Outro meio de informação são os próprios clientes que reclamam quando a gasolina está mais cara. Na reunião em que isso foi discutida uma parceria entre os postos e o Diário Catarinense, o depoente deu seu testemunho pessoal de que a campanha não era compensadora, o que o leva a acreditar que seria possível que essa atitude dos postos, aliada à ação do Deputado Nelson Goetten, tenha desencadeado uma série de notícias desfavoráveis aos revendedores de combustíveis.

O depoente informou que atualmente participa do programa “Gasolina Garantida” da Esso, o que lhe permite trabalhar com um preço 9 décimos de centavo acima dos concorrentes e, assim, recuperar um pouco as suas vendas. Disse, também, que tal programa ainda é recente e que depende de uma melhor avaliação.

1.5.9 – Alexandre Carioni

O último a depor nas oitivas realizadas, em 02 de março, foi o Presidente do Sindicato e também proprietário de postos, Sr. Alexandre Carioni.

Inicialmente o depoente afirmou que conhece uma pessoa chamada Mário, que trabalha no Sindicato o qual o depoente preside e que tem um primo de nome Aliatar, o qual é aposentado e está sempre no posto de propriedade do depoente ou no Sindicato. Porém, disse que não conhece ninguém com o nome de Igomar ou Edson. Sua esposa chama-se Maria da Graça, mas não conhece ninguém com o nome ou apelido de Tatai.

Seus irmãos, Fausto e Túlio, também são proprietários de postos de combustíveis. Seu filho Eduardo administra um posto que está em nome do depoente.

O depoente atua no ramo de combustíveis há 31 (trinta e um) anos. É o atual presidente do Sindicato da categoria, cargo que exerce há 18 (dezoito) anos.

O depoente afirmou saber que a discussão ou combinação de preços entre concorrentes é uma conduta ilegal.

Segundo relata, o mercado de combustíveis de Florianópolis estaria operando em condições quase normais nos meses de maio e junho de 2000, não fosse o excesso de oferta no mercado, decorrente da entrada de fornecedores de São Paulo, o que, por conseqüência, gerou um excesso de oferta por parte das distribuidoras, que têm depósito em Biguaçu, cidade próxima a Florianópolis. Isso as obrigou a reduzir bastante seus preços, em níveis até inferiores aos de custo, de maneira que pudessem desovar seus estoques, o que terminou por gerar uma guerra de preços promovida pelas distribuidoras, mas já em meados do mês de junho o mercado começou a se normalizar. Disse ser normal o funcionamento do mercado quando os postos operam com preços que permitem cobrir seus custos e proporcionar um lucro de 15% (quinze por cento) a 16% (dezesseis por cento). Ele considerou que atualmente o mercado está operando de forma normal. Nessas con-

dições, de mercado normalizado, ele entende que os preços podem ser iguais ou diferentes entre os diversos postos, e que isso se deve ao fato de que existe o monopólio de refino, pois a refinaria vende para todas as distribuidoras ao mesmo preço.

Quanto à CPE, disse que em 23 de maio de 2000 houve uma reunião com a CPE, Procon, Ministério Público e os Sindicatos de Revendedores, onde foi acordado que seria praticada uma margem de 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento) sobre o preço dos combustíveis adquiridos nas distribuidoras, acrescido de frete. Na ocasião dessa reunião, ponderou junto aos representantes do Ministério Público, Drs. Fábio Trajano e Fabrício Albuquerque, que, em função desse acordo, haveria o risco de os preços se tornarem iguais, ao que eles responderam que, havendo o acordo, isso não seria problema. Esse acordo foi referendado em 25 de maio de 2000, pela assembléia da categoria, porém não foi formalizado, constituindo-se apenas um acordo de cavalheiros. Contudo, afirma que havia a possibilidade de aquisição, pelos postos, de combustível a preços diferenciados.

Segundo relata, os menores preços eram praticados pelas distribuidoras que vendiam a partir de São Paulo, que contavam com o benefício de liminares isentando-as do pagamento de PIS e COFINS, o que tornava o frete a partir de São Paulo mais caro que o frete a partir de Biguaçu, mas, mesmo assim, era compensador comprar em São Paulo.

Com relação à formação de preços, segundo o depoente, existem outros fatores que podem contribuir para a sua diversidade, tais como, prazo dado pela distribuidora para pagamento, o fato de o posto possuir ou não caminhão próprio para o transporte, se o posto paga aluguel ou não, se oferece prazos para pagamento aos seus clientes ou aceita cartão de crédito, etc.

Disse nunca ter ouvido falar em nenhuma discussão ou combinação de preços entre concorrentes no mercado de combustíveis de Florianópolis e que não acha normal que um concorrente anuncie para outro quando irá alterar seus preços. Todavia, considerou que são normais as conversas sobre o mercado, mesmo porque, sendo o presidente do Sindicato da categoria, seus associados o procuram para conversar sobre os mais diversos assuntos, inclusive negócios.

Perguntado se conhecia uma pessoa chamada Marlene, que é dona de um posto de combustíveis, respondeu afirmativamente. Conhece, também, uma pessoa que atende pelo nome de “Genesinho”, que, ao que se lembra, era dono de uma pequena distribuidora chamada “Meridional”. Confirmou que o telefone 222-3579 é do posto de sua propriedade, mas não reconheceu nenhuma das duas vozes ouvidas na gravação transcrita às fls. 787/789,

uma das quais é atribuída como a ele próprio. Disse que outra pessoa de nome Alexandre, por exemplo, um associado do sindicato, pode chegar no seu posto e atender ao telefone, mas que acredita que alguém que ligasse de fora para o seu posto e tivesse a ligação atendida, por outra pessoa de nome Alexandre, que não o depoente, não estaria querendo falar com esse outro Alexandre, mas com o proprietário do posto ou o sobrinho do mesmo.

Disse que sua esposa não trabalha no posto e quase nunca vai lá. Perguntado se outra pessoa de nome Aliatar, que não seu primo, poderia ter atendido ao telefone do seu posto, disse não ser possível.

Confrontado quanto às gravações transcritas às fls. 329/332, 337/338, 252/255, disse não reconhecer nenhuma das vozes ali presentes. Também disse nunca ter ouvido falar em compra de notas fiscais. Afirma o depoente que nenhuma das vozes escutadas, até o presente momento, é a sua voz e que não sabe se alguém chama a pessoa de nome Aliatar de “Tatai”. Segundo o depoente, sua esposa trata o Sr. Aliatar por “Aliatar” ou “Melo” e que o depoente trata o Sr. Aliatar de “Teits”. Seu sobrinho, Alexandre, tem cerca de 37 anos, não vai a reuniões com distribuidoras, não trabalha no posto do depoente nem no Sindicato, vez que possui uma gráfica onde trabalha oito horas por dia.

Também não reconheceu as vozes ouvidas na gravação transcrita às fls. 261/263, não sabendo se a gravação foi feita, realmente, em seu telefone. Considerou a hipótese de que o Alexandre que aparece na gravação poderia ser uma terceira pessoa, além dele e de seu sobrinho, como por exemplo, um cliente ou “alguém que convive por ali”, embora não saiba quem poderia ser esse alguém. Confrontado com as gravações transcritas às fls. 272/278, disse não identificar nenhuma delas. Também disse não fazer idéia de quem possa ser a pessoa que se identifica como “Aliatar” na gravação transcrita às fls. 274/278. Ao escutar a gravação transcrita às fls. 283/291, não soube afirmar se uma das vozes ali constantes era a sua, tampouco identificou a outra voz, não se recordando de ter tido tal diálogo. Entretanto, não vislumbrou, nos diálogos escutados, nada de ilegal no que se refere às conversas sobre preços. Disse que não sabe de ninguém que tenha recebido ameaças ou sofrido represálias por não cumprir qualquer acordo de preços, sendo que o único acordo de que tem conhecimento aquele feito com a CPE. Entendeu que nas gravações nas quais se fala em “bala”, tais ameaças foram em tom de brincadeira, nelas não havendo nada demais.

Ao ouvir três gravações realizadas em seu telefone, transcritas às fls. 298/320, disse não poder afirmar que nenhuma das vozes registradas era sua, mesmo sem admitir reconhecê-la, ou seja, admitiu a hipótese de que poderia ser sua uma das vozes gravadas.

Disse que seu antecessor na presidência do sindicato foi o Sr. José Cristóvão Vieira. Todavia, não reconhece a voz do mesmo na gravação de fls. 304/320, embora, uma das vozes dessa gravação se identifique como “José Cristóvão Vieira”. Perguntado sobre quem poderia ser o “Alexandre” dessa última gravação, onde é dito que a pessoa tem um irmão de nome Fausto, que participou de uma eleição de sindicato no dia 07 de dezembro, que negocia com combustível, que fez um apelo à outra pessoa da gravação para que não saísse do Sindicato e que foi colocado no Sindicato pela pessoa que se identifica como “José Cristóvão Vieira”, disse não poder afirmar, taxativamente, que não seria sua a outra voz da gravação. Admite, assim, mais uma vez, que a tal voz poderia ser a sua.

Perguntado se conhecia algum Reginaldo, o qual aparece na gravação de fls. 177/179, disse que o gerente de seu posto possui esse nome e que seu posto chama-se Ipiranga. Logo em seguida, confirmou que seu irmão Fausto, que também é proprietário de posto de combustível, possui um gerente com o mesmo nome, mas lembra que o nome do posto de seu irmão é Avenida. Nessa gravação, onde aparece uma pessoa que se identifica como Alexandre, mas que o depoente não identifica como sendo a si próprio, disse que pode ser uma pessoa que tenha se passado pelo depoente, possivelmente, “para poupá-lo”.

Também não afirmou ter certeza de que nenhuma das vozes das gravações transcritas às fls. 748/758 lhe pertence, mas não admite que tais conversas tenham qualquer conteúdo ilegal. A orientação do Sindicato, segundo o depoente, era no sentido de que os donos de postos seguissem o acordo aprovado na assembléia, mas nunca telefonou para os proprietários para pedir isso, limitando-se, apenas, a dar essa orientação àqueles que o procuravam. Isso porque a preocupação do Sindicato, além do cumprimento do referido acordo, era manter a saúde financeira dos postos, de modo a evitar fatos que acabaram acontecendo, como a falência de 26 estabelecimentos.

O depoente informou que as mensalidades do sindicato são pagas no seu posto ou na sede da entidade, mas que o serviço de cobrança de cheques funciona no seu posto.

O depoente disse, também que cartel é uma combinação de preços num segmento econômico.

O depoente entende que no período entre maio e junho de 2000 houve dumping no setor de postos de combustíveis, ou seja, alguns vendiam por um preço inferior ao de custo, com a finalidade de tomar mercado dos concorrentes.

O depoente afirmou ter começado sua participação no Sindicato na gestão do Sr. José Cristóvão Vieira, como tesoureiro, há 21 anos, e, desde então, não se recorda de outro Alexandre, trabalhando no Sindicato, seja como funcionário seja como membro da Diretoria, mas que na categoria existem diversas pessoas com esse nome. Que, embora ache que ninguém na categoria teria o mesmo poder de argumentação e os mesmos contatos que ele, o tema “combustíveis” está hoje tão em voga na mídia, que qualquer pessoa poderia ter os diálogos que ouviu nas gravações e se passar pelo depoente. Afirmou que seu sobrinho vai ao seu posto todos os dias, mas não sabe se ele teria condições de manter um diálogo como aqueles registrados, com dados tão precisos.

No tocante ao dia 21 de junho de 2000, disse lembrar-se que um número significativo de postos de Florianópolis amanheceu praticando o mesmo preço, correspondente a R\$1,34 (um real e trinta e quatro centavos), para a gasolina. Todavia, nesse dia não estava na cidade e atribui essa semelhança de preços ao fato de as distribuidoras terem cessado a guerra de preços.

Disse, ainda, que na ocasião da assembléia, foi feita uma carta circular a todos os associados comunicando o resultado da assembléia que aprovou o acordo da CPE, Ministério Público e Procon.

O depoente atribuiu o farto noticiário da imprensa a respeito de um possível cartel de preços ao fato de um dos principais jornais de Santa Catarina ter feito uma proposta aos postos no sentido de que esses adquirissem exemplares do jornal para distribuir gratuitamente aos clientes que abastecessem nos postos participantes da promoção. Como tal proposta não foi aceita pelos proprietários dos postos, o noticiário negativo em relação à categoria seria uma represália por parte do jornal e do grupo empresarial ao qual o mesmo pertencia. Essa mesma explicação foi dada pelos representantes Maria Inez Koerich Vieira, Gilberto Rollin, Zoélio Hugo Valente e Tadeu Emílio Vieira.

1.6. Dos Depoimentos na 1ª Vara Criminal de Florianópolis

Em seguida às atas das oitivas, foram anexadas as cópias dos depoimentos no Processo Criminal nº 179/00 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis (fls. 1781/1797), a que os representados estão respondendo.

Todos os interrogados alegaram que não estavam tendo nenhum lucro por causa do preço do combustível. Alguns ainda disseram que estavam operando com prejuízo.

O Sr. Alexandre, em seu depoimento, disse que o preço de seu combustível em maio de 2000 era de R\$ 1,34, e que esse preço foi firmado em função dos preços terem sido liberados pelo Governo Federal. Quando questionado sobre as conversas gravadas, disse que todas elas, incluindo as conversas em seu telefone celular particular, foram no sentido de que prevalecesse a vontade do acordo pré-elaborado (referindo-se ao acordo com a Comissão Parlamentar, Procon e Ministério Público).

Disse ainda que enfrentou resistência de associados à adesão ao referido acordo. Segundo ele, a resistência surgiu especialmente dos associados que pagam aluguel proporcional ao volume de vendas. Por fim confirmou “que sem dúvida alguma, tal posicionamento inibia a livre concorrência”.

O seu irmão, Sr. Fausto Carioni, disse que, à época dos fatos, recebeu um telefonema de seu irmão Alexandre, pedindo para que igualasse seu preço ao dos demais em função de um acordo firmado com o Deputado Nelson Goetten. Segundo relatou, vendia seu combustível a R\$ 1,27 passando para R\$ 1,34 a mando de seu irmão, sendo que esse pedido foi feito a todos os donos de postos filiados ao sindicato.

O Sr. Cláudio Pereira confirmou a informação do Sr. Alexandre de que houve resistência de alguns donos de postos. Segundo relatou, os postos que tinham custos maiores não queriam aderir ao acordo pré estabelecido.

1.7. Do Parecer da SEAE

A SEAE trouxe em resposta ao ofício nº 340/01/DPDE/SDE de 23 de janeiro de 2001, manifestação a respeito dos fatos aqui tratados, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.884/94.

Para efeitos de definição de mercado relevante disse que seria o serviço de revenda de combustíveis, não havendo encontrado nenhum substituto.

Dado que o produto álcool abastece apenas 2% da frota nacional, a análise daquela secretaria levou em consideração apenas o combustível gasolina comum.

O mercado relevante geográfico foi definido como sendo a cidade de Florianópolis, em função da sua população (300.000 habitantes) e também pela distância das outras cidades vizinhas que inviabilizariam o abastecimento de carros da capital.

Traçou algumas características da estrutura do mercado de combustíveis, tais como: a) a homogeneidade do produto, em contrapartida ao diferencial competitivo da posição geográfica, bem como o marketing efetuado por cada distribuidora; b) a semelhança do nível de custos dos revendedores e eficiência produtiva; c) as barreiras institucionais, compreendidas na autorização e registro legal, junto à ANP; d) a produção única pela Petrobrás; e) a inexistência de produto substituto; e f) a existência de demanda otimizada.

No tocante às oitivas, teceu alguns comentários a respeito do que foi registrado e apontou as contradições encontradas entre os depoimentos.

Em seguida, trouxe alguns comentários sobre guerra de preços e uma suposta colusão. In verbis:

“O modelo de concorrência perfeita (ideal) se sustenta sobre cinco premissas básicas: fornecedores atomizados, homogeneidade do produto, perfeição da informação, igualdade de acesso dos concorrentes à tecnologia e livre acesso ao mercado. Nesse modelo ideal, os preços dos bens e serviços igualam seu custo marginal, há eficiência econômica e o bem estar social é máximo para a sociedade. Cada fornecedor nesse mercado é um price taker, ou seja, é tão pequeno que suas ações não tem impacto significativo no comportamento do concorrente e nos preços vigentes. Quanto mais próximo esteja um determinado mercado deste modelo ideal, maior será o bem-estar social obtido.

Como em um mercado real existem inicialmente empresas com diferentes tecnologias e custos, deixadas à livre concorrência, fatalmente, haveria firmas vencedoras e outras perdedoras, devido às diferenças de eficiências entre elas. É nesse contexto, que na realidade surge o fenômeno da colusão como a prévia comunicação entre as empresas (não através do mercado, mas agora diretamente) de forma a combinarem uma estratégia de preços comum acima do custo marginal (normalmente às expensas do consumidor) no intuito de aumentar lucros para todas as empresas participantes. Uma vez que o poder de monopólio é definido como $PCM = (P - C)/P$, em

que $P = \text{preço}$ e $CM = \text{custo marginal}$, observa-se que quando $P > CM$, temos então um comportamento típico de mercados não-competitivos.

Interessante notar que a teoria econômica cita o número reduzido de empresas fornecedoras como um dos fatores facilitadores para existência de condutas colusivas, cartéis, fixações de preços. Aparentemente, tal condição não se verifica no mercado de revenda em Florianópolis, pois, existem mais de 100 postos de revenda de combustíveis na cidade. No entanto, a aparente pulverização do mercado é fortemente atenuada por alguns fatores importantes. Em primeiro lugar, muitos desses postos estão concentrados em poucos grupos econômicos: por exemplo, o representado Cláudio Pereira é operador, proprietário ou arrendatário de 8 postos. A relação de parentesco entre os donos de postos é outro fator que atenua a aparente pulverização do mercado: por exemplo os representados Alexandre e Fausto Carioni são irmãos e o Sr. Túlio Carioni ainda é irmão dos mesmos (total de 5 postos). Os representados Maria Inês Koerich, Tadeu Emílio Vieira e José Cristóvão também são irmãos (total 3 postos). Caso a definição do mercado relevante seja estabelecida em função do volume de vendas, pode-se observar que a participação de mercado de alguns representados seria ainda mais significativa, em função da elevada capacidade de seus postos. Além disso, fundamental para a existência da colusão e para a estabilidade desta foi a participação do Sindicato dos revendedores, por meio de seu presidente Alexandre Carioni, que, como constatam as gravações, articulava entre outros revendedores dia e noite os preços visando o aumento dos lucros do grupo em detrimento dos consumidores.

Importante notar que quando perguntados sobre a existência de concorrência ou não na revenda de combustíveis de Florianópolis, todos os ouvidos confirmaram que havia concorrência ferrenha no setor, alguns inclusive apontando como prova disso, a existência recorrente de guerra de preços. No entanto há estudiosos sobre o tema da colusão que argumentam ser necessária a guerra de preços para manter a estabilidade da mesma, como afirma Luís M.B. Cabral no livro *Introduction to Industrial Organization*:

‘...price wars are a necessary evil of equilibrium collusion: if firms never engaged in price wars, the incentives for cheating would be too great for the collusive agreements to be estable.’

Ou seja, a guerra de preços pode revelar uma tentativa de readequação de forças dentro do grupo de forma que os ora insatisfeitos almejem ganhar mercado e melhorar sua situação dentro da colusão. Portanto, a argumentação de que o mercado de revenda de combustíveis na cidade de Florianópolis é marcado por forte concorrência em função das constantes guerras de preços é, na verdade, uma falácia.”

Por fim, manifestou-se aquela Secretaria no sentido de recomendar a punição dos representados, por entender constituírem as condutas por eles praticadas infrativas à ordem econômica, conforme dispõem os incisos I a IV do art. 20 c/c os incisos I, II e XXIV do art. 21, todos da Lei nº 8.884/94.

1.7.1. Das objeções dos Representados ao Parecer da SEAE

Em seguida à juntada do parecer da SEAE, ingressou nos autos uma petição do Sr. Hélio Barreto dos Santos Filho, representante legal do Sr. Cláudio Pereira devidamente constituído em 10 de abril de 2001.

O representado trouxe petição que denominou de “manifestação anti-preclusiva de direito”, que, segundo ele, estaria prevista na combinação do disposto no art. 38 c/c art. 54 e seu § 6º, não citando a que diploma legal pertenceriam esses dispositivos, embora possa-se supor que seriam da Lei nº 8.884/94.

Os representados pleitearam a nulidade da emissão do parecer da SEAE, por entenderem não haver previsão legal para tanto, bem como contestaram o despacho de fls. do Secretário que indeferiu a produção de provas do representado, por estar cerceando o direito constitucional à ampla defesa dos representados.

O representado alegou, em suma, que não compete à SEAE se manifestar sobre questões de direito econômico, vez que sua competência se restringe a questões fazendárias.

1.8. Do Novo Mandado de Segurança Impetrado pelos Representados

Em 04 de junho do corrente, esta SDE recebeu notificação da Justiça Federal para prestação de informações acerca de Mandado de Segurança impetrado por quase todos os representados, o Sindicato à frente. Esse mandado se insurgia contra o indeferimento da oitiva de testemunhas que foi considerada impertinente e meramente protelatória por esta Secretaria.

As informações solicitadas pelo Judiciário foram prestadas tempestivamente (Volume Apartado). Até a presente data o pedido dos representados não foi apreciado.

1.9. Dos Pedidos de Oposição

Entre os dias 12 e 13 de junho, ingressaram doze petições, constantes às fls. 2.019 a 2.050, das quais constam pedidos de vistas para requerimento de oposição “formal e geral” ou “articulada caso a caso”. Dessas petições, três são do Auto Posto Santa Mônica (fls. 2.019/20, 2.025-2.028, 2.038-2.039), que não figura entre os representados, e que alega que “nunca teve oportunidade de ver comprovada e narrada sua penúria de prejuízos praticados por medida de governo não planejada em todas as suas repercussões...”, sem mencionar qual teria sido essa medida.

1.10. Das Alegações Finais

1.10.1. Das Alegações Finais do Sr. Cláudio Luiz Pereira e seus postos

Em 18 de junho ingressou nesta SDE o documento com as alegações finais dos representados Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, Cláudio Luiz Pereira Ltda., Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Auto Posto Desterro Ltda., Auto Posto Big Boss Ltda., Auto Ilha do Norte Com. Lubrificantes Ltda, Auto Posto Desterro Itajaí Ltda. e Sr. Cláudio Luiz Pereira.

Nas suas alegações, esses representados argumentam, basicamente, o seguinte:

- a) que as gravações telefônicas obtidas pelo Ministério Público não são uma prova válida e que “o fabrico de provas foi tônica e voz corrente ao longo do procedimento”, não havendo provas para a condenação dos representados e tendo a autoridade impedido a produção de provas;
- b) que a autoridade baseou suas conclusões no pressuposto de que os donos de postos de combustíveis teriam um “temor reverencial” ao presidente do Sindicato e que ninguém o teme, pois os donos de postos têm “perfil de bravura e coragem”;
- c) que não houve a formação de um grupo de comando ilícito e que a autoridade não apresentou quem teria se alinhado ao comando desse grupo;
- d) que não houve eliminação parcial da concorrência e que isso não foi demonstrado nos autos;

Constam ainda acusações genéricas e veladas às distribuidoras de petróleo, com o argumento de que para a conclusão do presente processo é necessário investigar todo o mercado de combustíveis.

Ao final, requerem a “impugnação dos fatos e razões” constantes às fls. 1.867 a 2.015, vez que não teriam ocorrido as infrações de que acusados os representados.

1.10.2. Das Alegações Finais do Sr. José Cristóvão Vieira e do Jóia Posto Ltda.

As alegações do Sr. José Cristóvão Vieira e do Jóia Posto Ltda. de sua propriedade foram apresentadas tempestivamente em 20 de junho do corrente. Em resumo, os representados dividiram em quatro partes a sua argumentação: (i) requerimento de um compromisso de cessação; (ii) irregularidades processuais; (iii) mérito e (iv) pedido. Em suma, alegam e requerem:

- a) a celebração de compromisso de cessação, nos termos do art. 53 da Lei nº 8.884/94;
- b) que as gravações obtidas pelo Ministério Público constituem prova ilícita e devem ser desentranhadas do processo;
- c) que requereu perícia para demonstrar a participação das distribuidoras de combustíveis dos problemas desse mercado em Florianópolis, bem como para demonstrar que os representados praticaram preços em acordo com a concorrência no ano de 2000 e a ausência de poder de mercado dos representados;
- d) que requereu perícia para comprovar que sempre recolheu tributos sobre um preço básico acima do praticado, bem como praticou preços compatíveis com o mercado;
- e) que o alinhamento de preços ocorrido nada prova, pois a gasolina vem de uma fonte única e é produto homogêneo e que o Ministro de Minas e Energia e a ANP orientaram o varejo a praticar a margem de lucro de quinze centavos por litro;
- f) que a SDE e a SEAE não analisaram o mercado relevante pois estavam acomodadas em seu trabalho baseado em prova ilícita que baseou a instauração do processo;

- g) que os representados não controlam 20% do mercado relevante de combustíveis em Florianópolis;
- h) que os técnicos da SDE não realizaram análise econômica, e simplesmente, agindo como numa delegacia de polícia, coligiram depoimentos, “costurando as estorinhas contadas”;
- i) que os depoimentos se basearam nas gravações e a ilicitude dessas contamina a legitimidade dos depoimentos;
- j) que os representados são independentes dos demais porque contrataram um advogado diferente e que não faz parte do grupo dos demais representados, já tendo prestado queixa na polícia contra os demais por prática de concorrência desleal;
- k) que sofreu ameaças de morte conforme consta no relatório da SDE, embora negue que as gravações em que tais ameaças surgem contenham a sua voz;
- l) que o alinhamento de preços não surgiu da falta, mas do excesso de concorrência, pois se um posto reduz o seu preço, todos os outros o seguem;
- m) que se existe cartel é das distribuidoras (e segue trecho de decisão, em caráter liminar, da Justiça Federal em Piracicaba admitindo a possibilidade de haver um cartel de distribuidoras, além de uma série de considerações sobre a ação das distribuidoras no mercado relevante de combustíveis, que os representados entendem que seria nacional);
- n) que o alegado cartel das distribuidoras se reflete no mercado de distribuição, vez que os postos vivem sob regime de “coação irresistível” das grandes distribuidoras;
- o) que existem várias ações civis públicas contra práticas cartelizadoras das companhias de distribuição de derivados de petróleo;
- p) que os postos de combustível não podem formar seus preços, pois as companhias distribuidoras impõem a sua margem de lucro sobre o combustível que vendem;
- q) que as distribuidoras praticam discriminação de preços vendendo combustíveis em outros municípios por preços superiores ou inferiores aos que praticam em Florianópolis;
- r) que o processo deve ter reaberta a sua instrução, para que possam ser realizadas as perícias anteriormente requeridas, pois são imprescindíveis ao julgamento do mesmo;

s) arquivamento do processo administrativo ou, ao menos, a exclusão dos representados do pólo passivo, por serem independentes dos demais.

1.10.3. Das Alegações Finais dos Demais Representados

Os demais representados as trouxeram, tempestivamente, em 18 de junho último e nelas constam, mais uma vez, o Sr. Cláudio Luiz Pereira e os postos sob o seu comando. Assim, esse último representado e seus postos apresentaram alegações finais duas vezes, por meio de patronos distintos. Embora tal procedimento seja irregular, entende-se não haver prejuízo ao processo.

O conteúdo das alegações finais não traz novos argumentos em defesa dos representados. Em suma, aduziram suas razões subdividindo-as em três partes, a seguir: (i) inobservância do Princípio do Devido Processo Legal, (ii) mérito e (iii) requerimento, que, de maneira sucinta, têm o seguinte conteúdo:

a) que houve cerceamento de defesa, o que teria desrespeitado o Princípio do Devido Processo Legal, no sentido de ter sido impedida por essa Secretaria a oitiva das testemunhas por eles arroladas, especificamente, os Srs. Luiz Gil Siuffo Pereira, Aldo Guarda, José Alberto Paiva Gouveia, Edson Andrião Andrino de Oliveira e Gervásio José da Silva. Aduziram que não consta nenhuma determinação no Código de Processo Civil, que obrigue a testemunha a ser intimada em sua residência e não em seu endereço comercial, como o que informado;

b) que a qualidade de deputados federais dos dois últimos citados acima, é “pública e notória” e que é obrigação dessa Secretaria ter conhecimento desse fato, mesmo porque, consta na Ata da Audiência Pública promovida pela Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, a presença dos dois legisladores;

c) que “os membros da Secretaria foram devidamente informados da condição destas duas testemunhas após serem intimadas e antes da inquirição dos representados que se realizou em Florianópolis no final do mês de janeiro de 2001”;

d) que não havia razão para essa Secretaria argumentar que os deputados arrolados não estavam em Florianópolis na época dos fatos que teriam autorizado a instauração do presente Processo Administrativo, “posto que é fato notório que os deputados não permanecem a semana inteira em suas

atividades junto ao Distrito Federal, prova disto é que as testemunhas Ger-vásio Silva e Edson Andrino estiveram presentes na noticiada Audiência Pública realizada em Florianópolis/SC na data de 22 de maio de 2000, segunda-feira”;

e) que não foi aberto prazo para vista, aos representados, dos documentos trazidos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (fls. 1852/1865), restringindo assim, a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa contidos na Constituição da República Federativa do Brasil;

f) no tocante ao mérito, que a Nota Técnica da SEAE^{2[2]} teria citado textualmente toda a representação encaminhada pelo Ministério Público de Santa Catarina a essa Secretaria, não sendo analisados os argumentos trazidos pelos representados;

g) que nada devem representar as escutas telefônicas, vez que os representados não reconheceram o teor das conversas, “nem mesmo qualquer sotaque ou outro tipo de reconhecimento”;

h) que o número dos representados no universo de postos da grande Florianópolis, deve ser entendido como fato que confirma a falta de poder de mercado necessário para a concretização do cartel e, conseqüentemente, os exime de culpa;

i) que a participação da imprensa foi leviana, pois “a imprensa no afã de vender mais jornal, iniciou uma série de reportagens onde deixava de lado qualquer acontecimento importante na região, para fazer reportagens sobre combustíveis” e que fatos semelhantes acontecem em Lages, no mesmo estado e não recebem o mesmo destaque;

j) que surgiu, ainda, um movimento paralelo ao da mídia, conduzido pela Comissão Parlamentar Externa da Assembléia Legislativa, que propôs aos revendedores uma margem de lucro para os combustíveis de 15,5%;

k) que os levantamentos de preços realizados pelo Procon, os quais foram utilizados para a ilustração do cartel em questão não têm essa serventia, pois as pesquisas de preços se davam sempre às terças-feiras, o que impedia que fosse registrada a variação dos preços no decorrer da semana.

l) ao final foi aduzida uma série de excertos das declarações feitas pelos representados no momento dos depoimentos realizados no presente Processo Administrativo.

^{2[2]} Para a devida compreensão do conjunto entenda-se SDE, visto que não existe Secretaria de Acompanhamento Econômico no Ministério da Justiça.

Após as alegações consta o requerimento do arquivamento do Processo “ante a impossibilidade de apreciação pelo CADE”.

É O RELATÓRIO.

2. ANÁLISE

2.1 Do Mérito das Defesas

2.1.1. Da Defesa do Sr. José Cristóvão Vieira e do Jóia Posto Ltda.

Toda a argumentação trazida pelo representado poderia ser considerada se não fossem alguns detalhes que merecem ser observados.

Existem dois mercados distintos que, em hipótese alguma, podem ser confundidos como sendo um único, mormente da maneira que está sendo tratada pelo representado: a) venda a varejo, ou seja, aos consumidores finais, o qual é formado pelos postos de combustíveis; e b) venda em atacado, ou seja, das distribuidoras aos postos de combustíveis.

Os distribuidores não possuem domínio do mercado de venda de combustíveis a varejo, assim como os postos de combustíveis não têm poder no mercado de venda em atacado.

No caso em tela, os revendedores possuem, sem dúvida, poder de mercado capaz de causar oscilações na venda a varejo. Tanto que foi esse o resultado verificado nos meses de maio e junho do ano de 2000.

Note-se que, se o mercado varejista fosse controlado firmemente pelas seis grandes distribuidoras, conforme alega o representado, os postos “bandeira branca” não teriam condição de incomodar, em nenhum momento, aqueles vinculados a uma das grandes distribuidoras. Não é o que percebe das conversas gravadas. Havia uma grande preocupação de alguns postos com os baixos preços praticados pelos postos “bandeira branca”.

Também não assiste razão ao representado no momento em que acusa as distribuidoras de estarem praticando preços predatórios e não preços elevados, ao passo que o fato verificado no dia 21 de junho de 2000 foi um aumento de preços e não uma diminuição.

Ainda segundo o representado, as distribuidoras tradicionais, partícipes do suposto cartel, é que estavam e sempre estiveram ditando o preço da revenda e impondo a prática de preços predatórios, reduzindo as margens do comércio varejista, deixando os postos “‘bandeira branca’ sem alternativa a não ser acompanhá-los, sob pena de falência”.

Essa afirmativa é desmentida pela ação do representado, que durante todo o período em que se montava o cartel, vendia a gasolina comum com uma diferença de dois centavos abaixo dos outros postos (prática combinada previamente). Se realmente existisse um conluio por parte das grandes distribuidoras para impedir a entrada e permanência das pequenas no mercado, como conseguiria um posto “bandeira branca” praticar preços abaixo daqueles dos chamados postos “de bandeira”? Note-se que, aliás, a exigência de praticar preços mais baixos que os das distribuidoras era uma condição do Sr. José Cristóvão para participar do conluio, conforme se pode observar das transcrições de fls. 304/320:

(...)

Zezinho - Então, você pega, você pega convida aí a tua patotinha, tua turminha, fala com teu amigo Cláudio, fala com teus amigo, liga aí eu aumento, não tem problema, só que oh! Mocinho! É dois centavos...

Alexandre - Não. Isso aí..

(...)

Alexandre - Não, mais eu quero que tu baixe mais um poquinho,

Zezinho – Não.. não mais eu vô baxá... bom se você qué que eu baixe mais um poquinho..

Alexandre – Não.. não eu não quero, eu não quero.

Zezinho - Não, eu sei mais só observa o seguinte, cê qué vê, não se preocupe que você vai vê.

Alexandre - Cê não tá um zero oito, não qué dois?

Zezinho - Não. Olha aqui oh.. u.. u.. o preço de.. o quê você falô, um zero oito o que?

Alexandre - Não. Tu não tás cum um zero nove (1,09)?

Zezinho - Sim.

Alexandre - E ele não tá cum um zero oito (1,08)?

Zezinho - Tá.

Alexandre - E os dois que tu queres?

Zezinho - Que dois?

Alexandre - Não, tu não queres uma diferença de dois?

Zezinho - Quero!

Alexandre - Então, bota um zero seis (1,06).

Zezinho - Não, mais é.. mais é que eu.. a diferença de dois, não é uma exigência minha que eu quero, ou que eu não quero.

Alexandre - Ah, acho, mas tu falasse lá pros ôtros.

Zezinho - Não, não.. como?

Alexandre - Tu falasse lá com o Crespo, com todo mundo lá.

Zezinho - Não.. não

Alexandre - Tem a diferença de dois.

Zezinho - Não, mais isso fais tempo já..

Alexandre - É.. não..

Zezinho - é vencido, entendeu, naquela reunião que vocês me convi.. vocês ligaram lá pra participá de um cartel, que você me convidô...

Alexandre - Rhê! Rhê! Rhê!

Zezinho - Eu falei dos dois, pelo seguinte, porque nós estamos a bastante tempo e se eu não tivé dois de diferença, eu não sobrevivo pelo estado do meu posto.

Alexandre - Claro, tamém..

Zezinho - Você veja.. não, você veja a aparência do meu posto. Você veja o

tipo da minha bomba. Você veja que eu trabalho com os pé no chão...

Alexandre - Pois é.

(...)

2.1.2. Das Defesas dos Demais Representados

Inicialmente, no que toca à inclusão do Auto Posto Desterro Itajaí Ltda. no pólo passivo, nada há de estranho nesse fato. A instauração do presente Processo Administrativo, com os postos de combustíveis situados no pólo passivo, bem como os seus donos, foi feita com base nas gravações do Ministério Público, que revelavam as combinações de preços entre os proprietários desses postos, valendo-se, para tal, da cumplicidade e da colaboração ativa do Sindicato.

Ainda quanto às “coincidências”, disseram que, dos nove representados, cinco são administradores de postos que pertencem às próprias companhias distribuidoras (categoria na qual os representados incluíram o Sr. Cláudio Luiz), três são proprietários de postos de combustíveis que se desvincularam de suas bandeiras, e dois encerraram recentemente seus contratos com as distribuidoras.

Na verdade, o único fato a causar estranheza é o fato de os representados classificarem o senhor Cláudio Luiz Pereira como administrador de posto de companhia distribuidora e não como proprietário de uma rede de postos, conforme ele mesmo alegou em seu depoimento. Todos os representados são administradores, arrendatários ou proprietários de postos “de bandeira” ou “bandeira branca”. Em outras palavras, todos eles comandam negócios no ramo de revenda de combustíveis, o que não poderia ser diferente.

Ademais, isso não prova em nada que os representados estariam enfrentando problemas com as distribuidoras, conforme afirmam. Muito pelo contrário, uma vez que estivessem insatisfeitos com suas distribuidoras, os donos de postos teriam mais uma razão para se unir e diminuir as chances de enfrentar prejuízos. De fato, uma saída atraente seria articular um conluio.

Quanto ao posto situado em Biguaçu, o Auto Posto Desterro Itajaí Ltda, sua inclusão no rol ocorreu porque constava como participante do cartel revelado na escuta telefônica do Ministério Público, o que não se aplica ao município de São José, visto que não consta da representação nenhum indício que leve a crer que os postos daquela cidade estivessem participando do acordo investigado no processo administrativo em epígrafe.

Com relação à pretendida “ausência de provas” na representação do Ministério Público, é preciso tecer alguns comentários. Com efeito, conforme mencionado pela defesa, a produção de provas constitui fase fundamental para se assegurar o fiel cumprimento do Princípio do Devido Processo Legal, de forma a permitir uma decisão clara e cristalina, sem a existência de vícios que maculem o livre convencimento do julgador.

Ressalte-se que, até o presente momento, não existe manifestação final da SDE nos autos, mas apenas conclusões preliminares conforme determina a

Portaria MJ nº 849/00. Além disso, não cabe a esta Secretaria o julgamento dos processos administrativos, mas apenas a instrução processual. Aquela fase é de responsabilidade do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Ainda mais, a representação é apenas o primeiro passo no processo, ao longo do qual outras provas são produzidas, e a sugestão de condenação, quando ocorre, é porque as provas são suficientes para isso.

Quanto aos argumentos citados, deve-se contestar um a um:

Ausência de poder econômico - Deve-se dizer que as empresas possuem não apenas poder econômico, como, também, poder de mercado. Caso isso não fosse verdade, não teria sido possível uma oscilação nos preços do mercado de combustíveis da cidade de Florianópolis, como o verificado no ano passado.

Ausência de prejuízo à concorrência (número de postos incapaz de mudar o mercado) - Tanto não eram incapazes que mudaram. O argumento seria válido se o mercado tivesse se mantido em condições concorrenciais, mas não foi o que ocorreu. Embora um posto, isoladamente, não tenha condições de influenciar a formação de preços no mercado, a sua atuação em conjunto e com o apoio do sindicato, confere ao grupo poder de mercado.

Ausência de acordo com o fim de prejudicar o consumidor – Se, por qualquer hipótese, isso fosse aceito, estar-se-ia dizendo que as gravações das escutas telefônicas são falsas, o que jamais poderá ser alegado, vez que se estaria contestando a legitimidade e a fé pública concedida aos atos do Ministério Público Estadual. Como se verá adiante, os acusados confessam que as gravações, realmente, foram de conversas suas. Além disso, as gravações foram feitas com autorização judicial, sendo a prova válida.

Ausência de especificação da conduta criminosa - De fato não lhes foi imputada conduta criminosa por essa Secretaria, vez que não tem competência para tanto, mas apenas a conduta infrativa prevista nos artigos 20, I a IV c/c 21, I, III, XXIV, todos da Lei nº 8.884/94.

Quanto à alegação de que o tema das conversas gravadas era a busca do cumprimento do acordo com a Comissão Parlamentar, Ministério Público e Procon, os representados parecem ter se esquecido de que o acordo proposto era no sentido de se estabelecer uma margem máxima de lucro de 15,5%. Todavia, isso não lhes alivia a posição, pois a igualdade de margem para todos é outra forma de cartelização, prestando-se, num momento posterior a propiciar a igualdade de preços. Ademais, se os revendedores, conforme alegam, tivessem praticado uma margem de 15,5% sobre o preço dos

distribuidores, jamais haveria preços idênticos, o que demonstra que o citado acordo nunca foi implementado, não indo além, no máximo, dos seus atos preparatórios. Destaque-se, ainda, que, conforme se pode observar das oitivas realizadas com os donos de postos aqui representados, nenhum deles soube dizer categoricamente se o acordo foi firmado ou não. Aliás, mesmo se tivesse sido, seria ilícito nos termos da Lei Antitruste.

Note-se também que na sua defesa os acusados não negam que as gravações sejam de suas vozes, apenas alegando que o seu conteúdo não contém nada de ilícito. Ou seja, confirmam como suas as conversas que em seus depoimentos, repetidamente, negariam conhecer.

No que tange aos Princípios da Legalidade e de Presunção da Inocência, a restrição aos mesmos apenas teria ocorrido se fossem aplicadas as penas previstas em lei antes da decisão condenatória por parte do CADE, o que em momento algum se verificou ou se pretende. Até onde consta, o entendimento da doutrina e jurisprudência das cortes, das mais baixas às mais altas, é no sentido de que a violação a tais princípios ocorre se for aplicada decisão condenatória, o que foge completamente à competência da Secretaria de Direito Econômico e mesmo do Ministério Público. A simples aceitação da representação não é capaz de ferir tais princípios.

É importante lembrar que em matéria antitruste a culpa ou o dolo é irrelevante, como dispõe o art. 20, caput, da Lei no 8.884/94, ainda que os efeitos nocivos não venham a ocorrer. Assim, não se requer, para que se caracterize infração, qualquer ato doloso. O dolo será importante apenas na dosimetria da pena (art. 27 da Lei no 8.884/94).

No que diz respeito ao Ministério Público ter apresentado provas sem seqüência lógica, é de notar que, se as representadas não alcançaram entender o que o representante quis dizer em suas alegações, isso é uma apreciação subjetiva, sem qualquer respaldo no teor da representação. Além do mais, a nota de instauração do processo delimita claramente o seu objeto, não havendo, portanto, qualquer prejuízo para a defesa.

Também não deve restar o entendimento das representadas de que se estaria invertendo o ônus da prova e admitindo a condenação com base em indícios.

Em primeiro lugar, não existe condenação no caso em tela no âmbito da SDE. Em segundo lugar, não se pode mais falar em indícios. O processo administrativo propiciou a colheita de provas substanciais, o que é fartamente observado pelos documentos acostados aos autos.

Muito embora as representadas assim não entendam, as gravações telefônicas trazidas pelo representante por si só seriam capazes de embasar um juízo condenatório. Sem contar as planilhas fornecidas pelo Procon Estadual, que fiscalizou regularmente os valores praticados pelos postos representados, montando planilhas que demonstram claramente o resultado das combinações de preços.

As representadas insistem em afirmar que não seria possível uma formação de cartel por parte delas, porque entendem que apenas 19 postos não teriam poder de mercado para influenciar o comércio de combustíveis de uma cidade como Florianópolis. Alegam, ainda, que se trata de um mercado que possui concorrência perfeita, já que o produto é homogêneo.

Em verdade, são 21 postos e não 19 como afirma. Foram incluídos mais dois, pertencentes, respectivamente, à Sra. Maria Inez e ao Sr. Cláudio Luiz.

Quanto à homogeneidade do produto, deve-se esclarecer alguns aspectos. De fato o produto é refinado por uma única empresa e vendido às distribuidoras. O combustível adquirido por essas distribuidoras é idêntico para todas elas. Contudo, o preço de aquisição não é obrigatoriamente o mesmo. Não que exista uma diferenciação entre adquirentes, mas, como em todo negócio, a formação do preço depende de fatores como quantidade adquirida, forma, prazos e condições de pagamento, etc.

Uma vez adquirido esse combustível pela distribuidora, ele é revendido aos postos de combustíveis. Aquelas, como não poderia deixar de ser, também possuem gastos em sua revenda, o que varia de acordo com uma série de fatores, que fazem justamente a diferença entre as empresas.

Os postos de combustíveis elaboram seu preço aos consumidores finais com base nos seus custos e margem de lucro que desejam. Como reconhecido pelos representados, um posto que vende 100 mil litros por mês, não pode praticar o mesmo preço que um concorrente que venda um milhão de litros. Isso porque, como é óbvio, as condições de compra do produto das distribuidoras, os custos das empresas são completamente diferentes.

Logo, percebe-se que, embora se trate de produto homogêneo, os preços podem e efetivamente, em condições normais de mercado, variam de acordo com os fatores acima. Isso só não ocorre quando há cartelização do mercado, como se verificou no caso em concreto.

Note-se, ainda, que o simples fato de um determinado produto ser homogêneo é condição necessária, mas não suficiente, para que o mercado se

comporte como um mercado competitivo. Assim, esse argumento dos representados também não pode ser aceito.

No que tange à edição e divulgação das gravações pelo Ministério Público, é mister dizer-se que tais escutas telefônicas jamais foram entregues à imprensa. Mesmo que o fossem, aí não residiria qualquer problema, vez que elas constam de processo penal que não corre em segredo de justiça.

Quanto ao fato de que o Ministério Público teria editado as fitas antes de enviá-las a esta Secretaria, não se vislumbra qualquer problema, muito pelo contrário. Note-se que as gravações foram feitas ao longo de 40 dias, o que, obviamente, gerou uma quantidade imensa de registros, com os mais variados conteúdos, o que tornava a sua “edição” uma necessidade. Aliás, a “edição” é a maior prova da legitimidade da atitude do MP, porque: a) O Ministério Público não poderia ter publicado conversas entre os representados e seus representantes legais, as quais ocorreram durante o período em que foi realizada a escuta; b) assuntos comerciais lícitos das empresas também foram tratados durante o período de escuta, os quais também não podem ter divulgação e não têm interesse processual; c) da mesma forma, conversas de cunho privado foram registradas e não teriam razão para constar dos autos. Assim sendo, o Ministério Público, tão somente encaminhou os trechos com interesse processual.

Ressalte-se, mais uma vez, que as gravações foram obtidas com permissão da competente autoridade judicial e, portanto, não há como contestar a legitimidade da mesma, ao mesmo tempo em que o representante goza da presunção de fé pública. Frise-se, também, que a referida “edição” não foi feita sobre os diálogos, ou seja, cada um dos diálogos encaminhados à SDE é integral, tem começo, meio e fim, sem cortes ou montagens. O que houve foi apenas a retirada de diálogos sem interesse para o caso em análise. Além disso, as mesmas gravações entregues à SDE foram a base de abertura de ação penal e seu conteúdo “editado” foi aceito na esfera judicial, ou seja, o Judiciário admite que não são necessários, para apurar a existência do cartel, que constem dos autos diálogos de cunho familiar ou de temas comerciais do cotidiano das empresas, os quais poderiam conter assuntos privados de terceiros completamente alheios aos fatos apurados.

Em relação à afirmação de que o Ministério Público estaria querendo “constituir...uma suposta verdade”, cumpre colacionar trecho de gravação por escuta telefônica realizada pelo Ministério Público, entre o Sr. Alexandre Carioni e a Sra. Marlene, dona de posto de combustível em Florianópolis (fls. 787/788):

“(…)”

Marlene – Tá. E seu Alexandre, e a respeito daquele negócio do...do...do...do vai dizê que vão fazê aquele coisa tudo.

Alexandre – Do quê?

Marlene – De.. que saiu no jornal hoje, o senhor leu o jornal?

Alexandre – É ta.. ta.. ta é da...

Marlene – É..

Alexandre – É aquilo ali a gente tá se defendendo. Vâmo vê o quê a gente pode fazê.

Marlene – De quê? Nós tâmo errado?

Alexandre – É um poquinho tâmo né?! Mais vâmo vê se a gente acerta aí, muda o quadro aí.

(...)”.

Como se pode ver, não é exatamente o Ministério Público que está imputando “condenações” irreais e absurdas, como querem fazer acreditar os representados, vez que, pelo menos o presidente do Sindicato sabia estar fazendo algo ilícito.

Finalmente, quanto à afirmação de que esta SDE teria sido “ludibriada”, faz-se necessário esclarecer que, em momento algum, foi a Secretaria de Direito Econômico enganada pelo Ministério Público ou por qualquer outra pessoa.

No que diz respeito à adoção da Medida Preventiva, tal decisão foi baseada em informações consistentes e cristalinas, pautadas nos pressupostos jurídicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conforme previsto no art. 52 da Lei nº 8.884/94.

Outrossim, a decisão adotada pelo Secretário foi confirmada pelo Judiciário, quando do indeferimento do Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado pelas representadas na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 3/5 do Volume Apartado), no tocante ao pedido liminar, que posteriormente foi confirmado no mérito.

2.2. Dos Depoimentos

Antes que sejam abordados os depoimentos propriamente ditos, é de suma importância que sejam feitas algumas observações a respeito das gravações realizadas. Constam dos autos registros feitos nos telefones (048)222-3579, de propriedade do Sr. Alexandre Carioni, (048)248-7700, de propriedade do Sr. José Cristóvão Vieira e (048)9984-3727, pertencente ao Sr. Luiz Antônio Amin. Inicialmente, é importante frisar, mais uma vez, que tais gravações foram realizadas por requisição do Ministério Público do Estado de Santa Catarina e autorizadas pela autoridade judicial competente, pelo que não há que se questionar a sua validade como prova ou a sua autenticidade, ou seja, não há como questionar a fidelidade da transcrição dos diálogos.

Ainda que restasse qualquer dúvida sobre as gravações, ou seja, se os telefones alvo da escuta teriam sido realmente aqueles solicitados pelo Ministério Público, ou se poderiam ter sido outros, “grampeados” por engano, ou mesmo por má-fé, os nomes citados, os temas discutidos, os detalhes mencionados, tudo contribui no sentido de reforçar a veracidade e a credibilidade das gravações.

Além disso, a qualidade das gravações é boa e os sons são escutados com clareza. Ressalte-se, ainda, que uma gravação de vozes não é um mero registro de diálogos. Na verdade, a gravação de uma conversa envolve o timbre da voz, o sotaque, eventuais defeitos da fala, o tom de voz (alto, baixo, sussurrante, etc.), vícios de linguagem, vocabulário, teor da conversa, inflexões vocais (denotando ironia, intimidade, irritação, surpresa, tranquilidade, etc.), modo de sorrir, identidade do interlocutor e circunstâncias da conversa, entre outros aspectos.

É útil lembrar que consta dos autos uma fita em vídeo (a qual foi apresentada ao representado Zoélio Hugo Valente) na qual consta um debate televisivo com a participação do Sr. Alexandre Carioni. Dada a existência da imagem, é possível associar, sem margem a dúvidas, a pessoa do Sr. Alexandre Carioni à sua voz, com suas peculiaridades (modo de sorrir, sotaque, vocabulário, etc.). Essas características, unidas a outras mencionadas acima e ao fato de a maioria das gravações ter sido feita no telefone de seu posto, permitem afirmar, sem a menor dúvida, que a voz identificada como de Alexandre Carioni nas gravações transcritas pelo Ministério Público, não pode pertencer a ninguém mais, a não ser ao Sr. Alexandre Carioni.

Quanto aos depoimentos em si mesmos, note-se que, a se acreditar no que dizem os representados nos depoimentos, os postos de combustíveis em Florianópolis permitem trânsito livre a qualquer pessoa que queira utilizar

os aposentos em que funcionam as gerências e fazer ligações telefônicas a partir desses locais. Observe-se que nesses locais, onde ficam as administrações dos postos, é que se guarda dinheiro, livros, etc. Mesmo assim, se críveis fossem os depoimentos, seriam áreas sem qualquer controle, nem de acesso nem do uso de telefones.

Conforme visto, vários depoentes levantaram a hipótese de pessoas estranhas ligarem ou atenderem ao telefone dos estabelecimentos comerciais, identificando-se como sendo os próprios donos ou gerentes, e dialogarem longamente com outrem, com um conhecimento surpreendente sobre o assunto tratado, e sem que esses terceiros percebessem qualquer fato estranho. Ainda mais absurda, é a versão, quando se nota que esse outro interlocutor, tão desatento, está, “coincidentemente”, tratando de uma prática ilegal. Mas como explicar que dois intrusos entrassem, simultaneamente, em dois postos e um resolvesse ligar exatamente para aquele posto onde havia o outro intruso e esse atendesse ao telefone e ambos passassem a conversar animadamente, sobre um determinado assunto, sem erros nem vacilações?

Tais hipóteses são, no mínimo, fantasiosas e dificilmente se verificariam, nem mesmo em um único estabelecimento, quanto mais em diversos, simultaneamente, como, com notável desfaçatez, pretendem fazer crer os depoentes. Assim sendo, situações tão mirabolantes sequer devem ser levadas em consideração.

Ante as contradições e obscuridades observadas nos depoimentos dos representados, não há outra conclusão a se chegar senão a de que aos representados não havia alternativa à confissão pura e simples do seu delito, a não ser criar uma versão qualquer, por mais inverossímil que fosse, dos fatos que aqui se buscava apurar. Não era possível esperar deles qualquer compromisso com a verdade, pois essa era a última coisa que gostariam que viesse à tona. Olvidaram-se de que na defesa apresentada, bem como nos depoimentos prestados em juízo, no curso do Processo Criminal nº 179/00 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis (fls. 1781/1797), ao qual respondem, já haviam confessado serem seus os diálogos.

Além disso, pelo fato de serem os próprios representados, os depoentes não têm compromisso legal com a verdade, pois não se pode esperar que façam prova contra si próprios. No entanto, versões tão disparatadas de pouco servem ao seu intuito de escapar à lei, tornando-se, em verdade, uma forma envergonhada e canhestra de confissão. Ver-se-á o porque na análise dos depoimentos.

2.2.1 - Maria Inez Koerich Vieira

A Sra. Maria Inez Koerich Vieira disse que o telefone 248-7700 pertence à empresa que administra (um posto de propriedade de seus pais). Desse telefone foram gravadas conversas de pessoas que se identificam como ela própria e seus irmãos Tadeu e José Cristóvão, ambos representados neste processo. Mas disse também que não se recordava de nenhum fato estranho relativo ao mercado de combustíveis de Florianópolis em junho de 2000. Esqueceu até mesmo a “guerra de preços” que todos os outros representados mencionaram nos seus depoimentos. Não sabia, nem sequer, a que atribuir o farto noticiário da imprensa (que teria inventado todos os fatos) sobre o mercado de combustíveis em Florianópolis.

É difícil aceitar alguém que dirige um negócio estabelecido há 33 anos possa ser tão alheio ao que se passa no seu mercado, ainda mais em meio a um farto noticiário da imprensa, uma Comissão Parlamentar na Assembléia Legislativa e o Ministério Público investigando e dois irmãos operando no mesmo mercado. Seria crível que os irmãos da Sra. Maria Inez, em momento algum, sequer tivessem comentado a ebulição no mercado de combustíveis com a sua irmã, que se afirma tão desatenta?

Não, a Sra. Maria Inez não pareceu desatenta no comando dos seus negócios. Afirmou que acompanha os preços dos seus concorrentes várias vezes ao dia. Embora sem lembrar de nada estranho, curiosamente, lembrou-se que em um dia de junho de 2000, os postos de combustíveis estavam praticando preços idênticos. Mas não foi capaz de lembrar se seguiu os concorrentes ou foi seguida por eles. Note-se que, apenas nesse dia, a Sra. Maria Inez não sabe que procedimento adotou para fixar os seus preços.

A memória da representada parece dotada de seletividade, vez que também não lhe permitiu lembrar da conversa em que menciona uma “decisão” que estaria aguardando que fosse tomada por seu irmão Tadeu, mas soube dizer qual o significado da palavra “movimento” registrada no mesmo diálogo, ou seja, numa parte da conversa, mesmo sem admitir reconhecer os interlocutores, a Sra. Inez entende o sentido do que se fala, mas a outra parte lhe parece obscura.

Em suas declarações, a representada admitiu que não concorre com os postos operados por seus irmãos. Ora, sendo três empresas diferentes, porque os postos da Sra. Maria Inez, do Sr. José Cristóvão e do Sr. Tadeu não concorrem? Afinal, sendo o posto do Sr. Tadeu muito próximo daquele administrado pela Sra. Maria Inez, como eles procedem para não concorrer entre si? Disse, ainda, a Sra. Maria Inez, que atualmente as mudanças de

preços não são tão freqüentes. Pergunta-se: quando eram freqüentes, então? Essas mudanças constantes de preços não representavam um comportamento anormal no mercado? Como saber? Afinal, a Sra. Maria Inez diz que não se recorda de nada em especial no mercado de combustíveis de Florianópolis em junho de 2000.

A Sra. Maria Inez disse que houve uma assembléia do sindicato na qual foi aprovada uma margem de lucro a ser praticada pelos postos, a qual havia sido combinada com o Ministério Público e a Comissão Parlamentar Externa. Disse mais, que o único sindicato do estado que aprovou tal acordo foi o de Florianópolis. Mas por que haveria uma assembléia do Sindicato para discutir um acordo se o mercado estivesse funcionando normalmente? Mas como a Sra. Maria Inez pôde lembrar-se disso, sem recordar nada estranho no mercado de combustíveis em junho de 2000? Não é plausível que a Sra. Maria Inez só lembre de uma parcela tão estrita dos fatos, esquecendo-se completamente da conjuntura em que os mesmos aconteceram.

Quanto ao sindicato, o depoimento da Sra. Maria Inez é revelador. Informou que a sede da entidade fica na R. Jerônimo Coelho, mas, como se verá adiante, nos depoimentos dos outros representados, não há uma certeza de onde a entidade funciona ou se tem empregados. Contudo, num ponto a unanimidade é quase total: se os associados precisam falar com o presidente do sindicato ou resolver algum problema (cobrança de cheques, mensalidades, plano de saúde), se dirigem ao posto do Sr. Alexandre Carioni.

Mais uma contradição no seu depoimento surgiu quando afirmou que uma diferença de décimos de centavo pode ser determinante para que o cliente decida escolher um outro posto para abastecimento, sendo a concorrência nesse mercado muito acirrada. Todavia, mais adiante, admitiu que também há outros fatores que podem influenciar a escolha do consumidor, mas não soube precisar qual o mais importante. De todo modo, a conclusão é óbvia: não há uma razão plausível para que os preços dos combustíveis sejam iguais ou extremamente próximos em todos os postos de uma cidade^{3[3]}. Esse aspecto de mercado, por demais óbvio, foi confirmado em outros depoimentos.

A depoente, embora negando a sua participação no conluio, afirmou saber que a conduta investigada era ilegal. A esse respeito, ensina Damásio de Jesus.

^{3[3]} Durante a semana em que ocorreram as oitivas, os encarregados de realizá-las puderam constatar, numa rápida inspeção, diferenças de até 10 centavos por litro entre os postos da cidade de Florianópolis.

“A teoria da vontade foi exposta de forma orgânica na obra de Carrara: ‘Dolo é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um fato que se conhece contrário à lei’. Para os partidários dessa teoria, o dolo exige os seguintes requisitos:

- a) quem realiza o ato deve conhecer os atos e sua significação;
- b) o autor deve estar disposto a produzir o resultado;

Assim, para a teoria da vontade, é preciso que o agente tenha a representação do fato (consciência do fato) e a vontade de causar o resultado.

É aceita a teoria da vontade.O CP brasileiro adotou a teoria da vontade,.....”^{4[4]}

Observando-se, pelas gravações, que a Sra. Maria Inez não foi forçada a ingressar no conluio, há que se concluir que o fez por sua própria vontade. Sabendo tratar-se de conduta ilegal, comprovada a sua participação voluntária no conluio, não há como fugir do dolo.

2.2.2 – Alex Sander Guarnieri

A série de contradições prosseguiu no depoimento do Sr. Alex Sander Guarnieri, que afirmou que os donos de postos não discutiam entre si preços ou margens de lucro, mas admitiu que as gravações mostravam pessoas discutindo preços. Ora, se as gravações são de donos de postos, as duas afirmações são incompatíveis entre si e uma delas, certamente, é incompatível com a verdade dos fatos.

Quanto ao Sindicato, afirmou que funciona no Posto Ipiranga, de propriedade do Sr. Alexandre Carioni, sendo lá que paga as suas mensalidades, plano de saúde e resgata os cheques sem fundo, pois o Sindicato tem um serviço de cobrança de cheques. Chegou a ouvir comentários de que o Sindicato possui uma sede no Centro, mas não soube dizer o endereço, pois nunca esteve lá. Observe-se, nesse aspecto, a contradição com o depoimento anterior.

Afirmou que possui diversos tipos de clientes, os quais podem ser atraídos para o posto em razão do preço, do atendimento, do prazo de pagamento e pela própria bandeira e que, entre os clientes que se preocupam mais com o preço, a diferença de 01 (um) centavo pode levá-lo a mudar de fornecedor.

^{4[4]} JESUS, Damásio de, Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1, Editora Saraiva, pp. 245/6

Note-se, neste ponto, que a conquista de clientes, como já se sabia, não é função apenas do preço, inexistindo qualquer justificativa econômica para a sua igualdade entre os diversos concorrentes.

Quanto ao acordo que o Sindicato teria decidido fazer com a Comissão Parlamentar e o Ministério Público, não soube dizer se o mesmo foi fechado. Como se verá adiante, este é um outro ponto controverso. O Sr. Alex é o único dos representados que afirmou não saber do tal acordo, do qual até a Sra. Maria Inez, que no seu depoimento procurou mostrar-se desatenta aos fatos que ocorriam no mercado àquela época, afirmou conhecer. Ao aceitar-se como verdadeiras as declarações dos depoentes, estar-se-ia diante de um mercado no qual os seus agentes se mostram muito alheios aos acontecimentos que os cercam, mas se reúnem para formar um cartel.

O Sr. Alex reconhece que a prática de cartel é ilegal, ou seja, se provada a sua participação voluntária no conluio, pelas razões já elencadas acima, está configurado o dolo.

2.2.3 – Cláudio Luiz Pereira

O Sr. Cláudio Luiz Pereira afirmou que durante o processo de discussões com a Comissão Parlamentar Externa da Assembléia Legislativa e o Ministério Público, houve uma reunião entre os membros do Sindicato e nela foi feito um acordo. Logo após, o presidente do sindicato teria desencadeado uma série de ações no sentido de por em prática o referido acordo. Tratavam-se essas ações de conversas entre o presidente do sindicato e os postos, no sentido de fazer cumprir o acordo, não tendo notícia de outro tipo de ação. Mas, surpreendentemente, também não se recorda de nada estranho no comércio de combustíveis de Florianópolis, no mês de junho de 2000. Mas será que reuniões para discutir acordos de preços com parlamentares e promotores são tão comuns assim no mercado de combustíveis de Florianópolis, a ponto de não chamar a atenção do Sr. Cláudio? Em nenhum momento ele se deu conta do que estaria gerando essa movimentação? Difícil de acreditar.

O depoente busca um alibi ao dizer que estava fora do país, entre os dias 15 e 25 de junho de 2000. Tal alibi não pode ser aceito, por três motivos: 1) as gravações foram feitas antes desse período e nelas consta a voz do Sr. Cláudio; 2) a combinação de preços poderia ser monitorada por ele do exterior, com alguns simples telefonemas; 3) os seus gerentes poderiam ter delegação dele para participar do conluio. De fato, há uma gravação (fls.

322) na qual uma pessoa de nome Márcio menciona o Sr. Cláudio, como se tivesse recebido instruções dele. Coincidentemente (ou não), um dos gerentes dos postos do Sr. Cláudio chama-se Márcio. Observe-se o teor do diálogo:

“(…)

Márcio - ... então o Cláudio disse, “oh, pra não estragá a praça, pra não quebrá os companhêro que trabalham ali, se o Zezinho quizé um centavo, é a única pessoa que vai ganhá vantagem na cidade intêra é ele.

Alexandre – É claro.

Márcio – É o único. Não tem ôtra pessoa que ganhe vantagem, o senhor sabe disso. Eu quero sabê qual é o posto que tá fazendo uma... uma vantagem dessa boa pro vizinho.

Alexandre – Claro.

Márcio – Hoje não é... como ele é o único beneficiado da cidade, ele vai ganhá um centavo dele. Se ele não quizé fica assim.

Alexandre – Pra ficá quietinho.”

(...)”

O descompromisso do depoente para com a verdade ficou patente quando ele disse, após ouvir as gravações de fls. 730/736, 751/755 e 177/180, que em tais gravações não se discutia preços. Qual o assunto daqueles diálogos então?

“(…)”

Cláudio - Tá, o pessoal ontem a noite, o chinês baixou e tal.

Alexandre - Tá.

Cláudio - É nós tamo acompanhando, e lá no Estreito, tem uma resistência pra não baixá, não sei o que, não sei o que, o que que vai haver, aí eu li-guei pras companhias, ninguém baixou o preço ainda, né!? Que ninguém sabe nada da Petrobrás.

Alexandre - E, eu recebi agora, ainda, ainda não baixô.

Cláudio - Hã?

Alexandre - Eu tô recebendo produto agora.

Cláudio - Hã. Não baixaram?

Alexandre - O mesmo preço, e sem redução.

Cláudio - Tá. Qual foi?

Alexandre - E, eu só baixei minha parte aqui, que tá um trinta e sete (1,37), o nosso preço.

Cláudio - É?

Alexandre - É.

Cláudio - Mais baixasse, não, né?

Alexandre - Baixeí, tá um trinta e sete (1,37).

Cláudio - Um trinta e sete (1,37).

Alexandre - Um trinta e sete (1,37), esse é o nosso preço, um trinta e sete (1,37) e oitenta e seis (86).

Cláudio — Certo.

Alexandre - Agora, a parte da companhia e do Governo, nós não temo nada ainda.

Cláudio - É.

Alexandre - Se reduzi, nós temos que reduzi.

Cláudio - Pois é.

Alexandre - Que dizê, se reduzi dois (2), nós passamo para um trinta e cinco (1,35), agora aquele que tá, por exemplo, a um e trinta e cinco (1,35), e a maioria, esse aí permanece, ou espera e compra o produto do primeiro, né?

Cláudio - É, né.

Alexandre - É.

Cláudio - É só que o pessoal baixô, né.

Alexandre - Ah, já baixô?

Cláudio - É, por exemplo, o chinês já baixô, ontem à noite.

Alexandre - Tá, quanto é que tá o chinês?

Cláudio - Um trinta e dois (1,32).

Alexandre - Um trinta e dois (1,32), tá!

Cláudio - Ué!

Alexandre - Tá bom.

Cláudio - (?)

Alexandre - Tá bom, porque a Petrobrás, a Petrobrás eles, ela já baixô a Petrobrás.

Cláudio - É?

Alexandre - E, então vai vê que ele telefonou pra Petrobrás, aí a Petrobrás já tinha dado, da Petrobrás o preço é um trinta e dois (1,32), um trinta e três (1,33).

Cláudio - É?

Alexandre - Disso a gente sabe.

Cláudio - Então, tá bom.

Alexandre - Ah, ele baixô, aí?

Cláudio - Ele baixô aqui, é.

(...)

Alexandre - Tá, e a Shell não

Cláudio - E o preço é igual, o preço é igual o de ontem que ela te entregou.

Alexandre - A Shell, não te reduziu?

Cláudio - Nada.

Alexandre - Nada!

Cláudio - O mesmo preço de ontem e o de hoje.

Alexandre - Tá. Mais essa diferença aí, ela vai te cobri, né?

Cláudio - Ah, não sei, a pois é.

Alexandre—Dentro daquilo lá, e ao menos ela falô com o meu guri, aí não sei se vai cumpri.

Cláudio - É, né.

Alexandre - A mais o preço vai virá nisso aí, ô Cláudio.

Cláudio - É, né.

Alexandre - Um trinta e dois (1,32), um trinta e um (1,31), aqueles lá que tavam um trinta e um (1,31), lá na pro aeroporto.

Cláudio - Os da Shell vão permanecê igual.

(...)”

“Cláudio - Ô, tu tens conversado muito com os deputado e as coisa.

Alexandre — Tenho, tenho.

Cláudio - Tem, né?

Alexandre - Tenho, tenho.

Cláudio - Então, tu devias passá pra eles também, que existe uma coisa de mercado.

Alexandre - Hum!

Cláudio - Que é assim, o, que por exemplo, que um baixa o outro baixa também, porque senão perde o movimento.

Alexandre - Isso.

Cláudio - Isso é uma coisa até independente do custo, entendeu?

Alexandre - Certo.

Cláudio - Certo? Que a pessoa não quer perdê espaço, mesmo perdendo dinheiro não quer perdê espaço.

Alexandre - Tá.

Cláudio - Tá, isso e uma coisa que devias ter frisado, né?

Alexandre - Ah tá, sei.

Cláudio - Porque o mercado, não é por exemplo assim, vamo supor,

Alexandre - Isso aí nos dizemo, que o mercado.

Cláudio - mesmo que a Shell não baixe

Alexandre - Quem faz, não é o preço, é o vizinho.

Cláudio - É, mesmo que a Shell não baixe, sou obrigado a acompanhá o chinês

Alexandre - Isso, isso.

Cláudio - Entendeu?

Alexandre - É.

(...)

Alexandre - Mais independente disso, nos temos que cobrá aí dessas que não querem baixá.

Cláudio - Tem que cobrá

Alexandre - porque também não justifica, se a Petrobrás baixô e tá pegando aqui em Itajaí, aqui em Biguaçu, as outras também vão fazê o mesmo procedimento.

Cláudio — Exato.

Alexandre - Não tem, né, elas tem que se explicá.

Cláudio - Então, tá okei.

Alexandre - Mais eu acho, né, ontem elas tiveram reunida outra vez, nós tivemos reunido ontem lá, em

Cláudio - É?

Alexandre - em Balneário Camboriú, também vi eles lá, né.

Cláudio - Lá, né?

Alexandre - Eles vão baixá.

Cláudio - É, né?

Alexandre - E, eles não vão ficá, querê, fica fora do mercado, nem querê atrito.

Cláudio - É claro.

Alexandre - Primeiro, é trinta dias, pô.

Cláudio – É trinta dias.

Alexandre – É trinta dias, trinta dias e amanhã, passa isso pronto.

Cláudio - É.

Alexandre - Porque aí nos normalizamo aí, esse caso aí, diferença aí, a gente acerta outra vez, né?

Cláudio - Exato.

Alexandre - Né.

Cláudio - Então tá bom.

Alexandre - Da nossa parte e nem do Governo, tem interesse em vê aí posto quebrando, né?

Cláudio - É.

Alexandre - Isso não é interesse deles.

Cláudio - É. Porque se vier guerra de preço, dai quebra tudo, né?

Alexandre - Quebra, quebra.

Cláudio - Lá em Itajaí, Camboriú lá, diz que tem nego lá, que fico mais enroscado que não sei o que, agora com essa briga lá, né.

Alexandre - É, mais agora eu tive lá ontem.

Cláudio - Foi?

Alexandre - Eu até, uma parte das pessoas lá tem interesse em acertá, evita que a comissão vá lá, porque se for lá vai ser um desastre.

Cláudio - É.

(...)

Alexandre - Mais, em Balneário Camboriú, Balneário Camboriú tava certo, pelo menos eu vi, né.

Cláudio - É, tava certo.

Alexandre - É um e trinta e seis (1,36), né?

Cláudio - É.

Alexandre - Hoje provavelmente, deve baixá um pouquinho, eu vi aí no jornal que...

Cláudio - É.

Alexandre - que os outros Sindicatos aí, já aceitaram a nossa proposta, então.

Cláudio - Certo.

Alexandre - Tá bom. Mais vamo vê, isso aí, dois três dias vai ser assim, mais depois acerta, né?

Cláudio - Beleza.”

“Voz masculina 1 - Alô!

Voz masculina 2 - Oh, Alexandre!

Alexandre - Oh, Cláudio!

Cláudio - Tudo bem?

Alexandre - Tudo certinho!

Cláudio - Agora, acabo mermo, né?

Alexandre - Pois é, e o que que foi isso aí, pô?

Cláudio - O que que foi isso aí, não, e como é que deixaram o Angeloni chegá.

Alexandre - Ah, bom, pois agora o Angeloni em

Cláudio - Né, eu sempre avisei, fui a reunião e tudo quanto é vez 'olha o Angeloni'.

Alexandre - Exatamente.

Cláudio - Olha a Shell, olha a coisa.

Alexandre - É.

Cláudio - Aí, o cara me larga um vinte nove, nove (1,299), todo mundo de um trinta e um (1,31), a um e trinta e quatro (1,34), por ali, tava tudo certinho.

Alexandre - É.

Cláudio - Esse aí que é o problema, agora acabô.

(...)

Alexandre - Tá, mais escuta, se ficá um e vinte nove (1,29), vocês ficam vendendo igual.

Cláudio - Não, não tem mais pra ele, ele, é a mesma coisa eu não faço concorrência nas lojas com posto, com supermercado, entendeu, pô cada um no seu ramo, ele foi lento em baixá e acompanhá a gente, e quando baixô o que fez? Fez cagada.

Alexandre - Tá, mais ele tem, vamo com calma, mais ele tem suas razões também, pô.

Cláudio - Ah, tinha razão, por que que ele não foi abaixando?

Alexandre - É.

Cláudio - De um e quarenta e seis (1,46) pra

Alexandre - É que chego um ponto, avisô, avisô, chegô um ponto que não aguentô mais.

Cláudio - É, tá certo, pois é.

Alexandre - Isso aí, ele reagiu num único tempo.

Cláudio - Em nenhum momento ele foi o primeiro a baixá, tá.

Alexandre - Não, não.

Cláudio - Todo mundo abaixava, baixava um, baixava outro, nos ia só apagando, agora

Alexandre - O que ele

Cláudio - agora eles vão onde eles quisé i, entendeu, eu vô onde o Angeloni

for.

(...)

Cláudio - Mais por que que o Angeloni não ficô no um e trinta e pouco?

Alexandre - É, é.

Cláudio - A própria Shell falô pra ele, um trinta e quatro nove (1,349), por que que ele vai a um vinte e nove e nove (1,299)?

Alexandre - E mesmo, ele disse mesmo, eu tive lá hoje, o que que ele disse é seguinte, e que fizeram tanto agora eu vô até o fim

Cláudio - manda ele i.

Alexandre - pois é.

Cláudio - Manda ele i, vai te que i agora, entendeu.

Alexandre - Eu acho que não deve agredi, eu acho que um vinte e nove (1,29) é ruim.

Cláudio - Não, não, ele vende cartão, cartão Angeloni, cartão de tudo quanto é jeito, como é que a gente vai fazê o preço dele.

Alexandre - Não, não, vocês vão vendê tão bem como ele, a um vinte e nove (1,29), agora se vocês vendê a menos, vocês vão vendê menos, porque ele vai vendê igual, vocês vão passá pra um vinte e sete (1,27), ele vai passa pra um vinte e sete (1,27).

Cláudio - Manda ele vim.

Alexandre - Mais pra que?

Cláudio - Manda ele vim, Rha!Rha! (risos).

Alexandre - Agora acabô, ô Cláudio, agora acabô, acabô de subi no outro dia não tem mais.

Cláudio - Não, acabô!

Alexandre - Agora, até o dia trinta (30) de junho, o preço que vocês botaram não sobe, não tem aquele negócio de podê acertar, até o dia trinta (30) de junho.

(...)

Cláudio - Ah, o que que ele qué, o que? Que, pensa o que? Oh, ele pensa que ramo de gasolina é igual ramo de supermercado, monta o agrilho daí daqui a vinte dias ele vai agredi, aí quando agridi, agride de uma forma errada.

Alexandre - Hum.

Cláudio - Pô, porque que ele não baixô, não acompanhou o mercado, que é totalmente diferente do dele?

Alexandre - Hum.

Cláudio - Entendeu?

Alexandre - Mais ele tava achando, que nos íamos aumentar gradativamente.

Cláudio - É, pois é.

Alexandre - Oh oh.

Cláudio - Mais tu sabe que não ia mais, tu sabe que quem entrô, tu participô do processo, tu sabe que quem determinou o preço de um trinta e um (1,31), um trinta e dois (1,32), foi a Petrobrás.

Alexandre - Tá, eu sei que foi, eu sei que foi.

Cláudio - Não é verdade? E nós tava acompanhando o preço da Petrobrás.

Alexandre - Então, e por que que não ficam no preço da Petrobrás?

Cláudio - Nós íamos ficar, mais aí.

Alexandre - Por que que tem que sê abaixo, hã?

Cláudio - .. por que que ele botô abaixo da Petrobras?

Alexandre - Ah, bom, isso aí ..

Cláudio - Ha, aí ele pode?

Alexandre - Acontece o seguinte que ...

Cláudio - Aí o Angeloni pode?

Alexandre - Não, não é que o Angeloni pode, é que hoje de manhã, me falaram que o Zezinho começô com um e trinta e um (1,31).

Cláudio - Hum.

Alexandre - Tá. Aí ele reagiu.

Cláudio - Não era o preço que ele ia ficar.

Alexandre - Por que que o Zezinho não ficô um trinta e quatro (1,34)?

Cláudio - Hum.

Alexandre - Não, tens que me respondê, se ele tivesse a

Cláudio - Eu tava a um e trinta e dois (1,32), e o Zezinho a um trinta e um (1,31), né.

Alexandre - Não, não, mais isso, tu passasse pra um trinta e dois (1,32), que é natural, se o Zezinho vai a um trinta e um (1,31), tu tens que i a um trinta e dois (1,32) ou trinta e um (1,31), a mesma coisa, e não é o problema.

Cláudio - Não, nós tamo um trinta e dois (1,32).

Alexandre - Um trinta e dois (1,32), tá.

Cláudio - Nós tava tudo calmo, mais por que que o Angeloni

Alexandre - Não mais por que

Cláudio - o Angeloni foi a um trinta e quatro e nove (1,349)

Alexandre - . mais o Cláudio, por que que o Zezinho não esperô pra hoje?

Cláudio - Ah, pois é.

Alexandre - Por que que tinha que se amanhecê, alguma coisa, não precisava nada. Por que que tinha todo mundo mudá o preço hoje, ninguém disse pra mudá.

Cláudio - Pois é.

Alexandre - O acordo que tá, que se pôs aí

Cláudio - Mais oh, mais o chinês mudô ontem a noite, já.

Alexandre - Não, não

Cláudio - Quem mudô foi o chinês.

Alexandre - não o chinês tá um trinta e um (1,31), um trinta e um (1,31), lá na Costeira uns dez (10) dia, quinze (15) dia.

Cláudio - Não ele mudô aqui no centro

Alexandre — Não

Cláudio - ontem à noite.

Alexandre - não um e trinta e dois (1,32), que tu me avisasse hoje de manhã.

Cláudio - Ontem à noite, ele já tinha mudado, era

Alexandre - Tá.

Cláudio - era vinte (20) pra meia noite, me avisaram que ele tinha mudado.

Alexandre - Tudo bem, mais tá pra vigorá agora, vigorá agora

Cláudio - Hoje de manhã.

Alexandre - dia primeiro (1°), hoje de manhã, um e trinta e dois (1,32), porque, porque a Petrobras era um e trinta e dois (1,32), o que que eu disse pra ti, bota um e trinta e dois (1,32).

Cláudio - É o que nós fizemo

Alexandre - Então.

Cláudio - e o que todo mundo fez.

Alexandre - Tá.

Cláudio - Mais por que que o Angeloni foi a um e vinte e nove (1,29)?

Alexandre - Não, não, porque já tinha gente menos de que isso aí, não é da Petrobras, ô Cláudio.

Cláudio - Hã?

Alexandre - O Zezinho que tava com um e trinta e um (1,31), tava lá na Costeira com o pessoal de um e trinta e um (1,31).

Cláudio - Não, pra mim o problema foi com o Angeloni, ô Alexandre.

Alexandre - Eu sei.

Cláudio - O Angeloni que devia, ele devia fica ali na média de um e trinta e quatro (1,34), um trinta e cinco (1,35), tava tudo legal.

Alexandre - Também acho.

Cláudio - Satisfazia a Petrobrás, satisfazia

Alexandre - Ah é.

Cláudio - Satisfazia a distribuidora, satisfazia o Estado, todo mundo.

Alexandre - Ele podia ficá um trinta e sete (1,37), que tava bom.

Cláudio - Ah, um e trinta e quatro (1,34), tava jóia.

Alexandre - Ele baixô dezesseis centavos (0,16).

Cláudio - É.

Alexandre - Muita coisa, agora tu tens que calmá, e todos nós temo que calmá que sabe que é um e vinte nove, pra baixo.

Cláudio - Pra baixo?

Alexandre - Pra baixo, um e vinte nove (1,29) pra cima, não vai pra cima.

Cláudio - E, agora acabô.

Alexandre - Agora acabô.

Cláudio - É.

(...)

Alexandre - Pra não cutucá o Angeloni?

Cláudio - Exato.

Alexandre - Não foi cutucado.

Cláudio - Alias, isso eu cansei de avisá, né?

Alexandre - Então, agora a gente tem que

Cláudio - É.

Alexandre - tem que se recolhê.

Cláudio - Só que é o seguinte ô, e tem outra coisa.

Alexandre - Briga com ele, não vai dá. Isso eu já vô te dizendo que não vai dá porque

Cláudio - Não, eu vô enfrenta o Angeloni, eu já botei na minha cabeça.

Alexandre - Pois é, mais não dá prá enfrenta com igualdade?

Cláudio - Não, não tem igualdade pra isso.

Alexandre - É.

Cláudio - Eu não sou igual a ele, ele vende com cartão, vende com cartão Angeloni, faz cheque pré-datado pra até quarenta e cinco dias.

Alexandre - Não, não, olha aqui Cláudio.

Cláudio - Hã.

Alexandre - Tudo que ele vende fora, com cartão, com essas coisa toda, não esse preço.

Cláudio - É o mesmo preço.

Alexandre - Não.

Cláudio - Cartão é.

Alexandre - Não, não, ele vende não com cartão.

Cláudio — Então tá, eu vô lá amanhã com cartão e vô te mostrá.

Alexandre - Com cartão do Angeloni?

Cláudio - Não, com cartão meu.

Alexandre - Ah, com cartão Dinners, Visa

Cláudio - Visa.

Alexandre - ele vende, quanto?

Cláudio - Ele vende, ele vende mesmo cartão, ele vende todos os cartões mais o cartão Angeloni.

Alexandre - É.

Cláudio — É foda.

Alexandre - Nos precisamos vê isso aí, então.

(...)”

Será que o representado é incapaz de distinguir qual assunto duas pessoas discutem, mesmo em se tratando de tema do seu cotidiano? De todo modo, mesmo sem reconhecer as vozes das gravações, não encontrou nenhuma anormalidade nos comentários trocados entre os proprietários de postos de combustíveis, vez que, no seu modo de ver, ninguém está alheio ao merca-

do, mas que isso não significa estar combinando preços. Ora, mas se não sabia qual era o assunto dos diálogos, como sabia que neles não havia nada ilícito?

Também afirmou não ter nenhuma preocupação especial com o Posto Angeloni, sendo que cada gerente de seus postos se preocupa com seus concorrentes mais próximos. O gerente do Posto Angeloni, em depoimento prestado no Ministério Público (fls. 363/364) o desmente. Mais: ele próprio, de modo incontestável, se desmente nas gravações.

Novamente, o endereço da sede do Sindicato é um mistério. O depoente acha (quem tem certeza?) que a sede do Sindicato representado está localizada na R. Osmar Cunha, e afirma que lá não há qualquer funcionário. Falou, ainda, que os associados dirigem-se diretamente ao Sr. Alexandre Carioni, no posto de propriedade daquele.

Informou que a diferença de preço de combustível entre as grandes e pequenas distribuidoras fica em torno de 3 (três) centavos de real por litro e a diferença de preço de 1 ou 2 centavos é suficiente para que o consumidor, dependendo da distância, mude de fornecedor. Mais uma vez, confirma-se o óbvio, ou seja, o preço não é o único fator na decisão de compra do consumidor de combustível.

Como os anteriores, a sua participação do conluio foi voluntária e sabendo que a combinação de preços é conduta ilegal, se culpado, terá agido dolosamente. Note-se, em relação ao Sr. Cláudio, que as gravações não registram ameaças feitas a ele diretamente. Em mais de uma ocasião, alguém fala que vai pressioná-lo e parece até disposto a levar as ameaças a cabo. Todavia, não há dúvidas sobre a participação espontânea dele no acerto. As ameaças não eram fazer forçá-lo a entrar no cartel, mas apenas no sentido de obrigá-lo a aceitar os termos do acordo, ou seja, o nível de preços a praticar.

2.2.4 – Gilberto Rollin

O Sr. Gilberto foi o primeiro depoente a admitir um fato inegável, ou seja, que em um determinado dia de junho, muitos postos aumentaram os seus preços. Aliás, esse era um fato sobre o qual não era possível controvérsia. Na verdade, esse aspecto, isoladamente, nem é o objeto deste processo. O que se apura aqui é o porquê desse aumento simultâneo.

Quanto à decisão do Sindicato de aceitar o acordo com a Comissão Parlamentar e o Ministério Público, disse que o referido acordo, foi posto em prática. Contudo, não se recorda quando se implementou o acordo, mas que esse limite de 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento) vigora até hoje. Note-se que os três depoentes anteriores ou não sabiam do acordo, ou não sabiam se ele chegara a ser implementado. Como se verá adiante, nem a pessoa encarregada de implementá-lo, o Sr. Alexandre Carioni, se recorda de ter feito algo nesse sentido. Tudo indica que só o Sr. Gilberto Rollin lembra da sua implementação, mas nem ele sabe quando isso começou.

Segundo o declarante, foi o acordo feito com a CPE, Procon e Ministério Público que motivou o aumento dos preços. Essa elevação teria ocorrido porque no início das negociações os preços eram mais altos e foram caindo ao longo dessas negociações, devido a uma guerra de preços. Dessa forma, quando realizado o acordo com a CPE, os preços de mercado estavam mais baixos do que o nível proposto no referido acordo. Ou seja, o depoente quer fazer crer que o acordo proposto pelo Ministério Público e pela Comissão Parlamentar era no sentido de aumentar preços, o que é, obviamente, absurdo. Na verdade, todas as negociações com a Assembléia e o MP ocorriam porque os preços já eram considerados excessivos.

Confrontado com a gravação transcrita às fls. 738/741 embora não afirme categoricamente, disse que uma das vozes lhe pareceu ser a do presidente do Sindicato. Confrontado com a transcrição às fls. 740 dos autos, no trecho que se refere a uma “imposição” afirmou que, se a gravação fosse realmente dele, estaria se referindo aos 15,5%, impostos pelo acordo.

“Voz masculina 1 - Alô!

Voz masculina 2 - Alexandre, bom dia!

Alexandre - Bom dia, Dr.Rollin!

Rollin - Tudo bem?

Alexandre - Que que posso ser útil ao amigo?

Rollin - Quero sabê sua opinião, a respeito dessa nota aqui, que saiu no Diário Catarinense de hoje.

Alexandre - Hã?

Rollin - É parece que você deu aquela volta ali.

Alexandre - É, isso aí é, bom, eu te considero mais inteligente que eu, o cara é um babaca.

Rollin - É?

Alexandre - É claro, primeiro ele dá uma nota que não pode e no meio, ele baixô.

Rollin - Mais ele baixô, em função da imposição, ou ele baixô em função do mercado.

Alexandre - Naturalmente, da

Rollin - Por exemplo, eu sou contra, mais tô baixando.

Alexandre - E, eu baixei naturalmente, meu preço era um quarenta e dois (1,42), passei pra um trinta e sete (1,37).

Rollin - E, o meu era um trinta e nove (1,39), baixei pra um e trinta e seis (1,36)

Alexandre - Pois é, meu vizinho tá com um e trinta e um (1,31), tudo bem, não tô discutindo nada.

Rollin - Qual é o vizinho que tá um e trinta e um (1,31)?

Alexandre - O Jóia.

Rollin - Ah, o Zezinho passô para um e trinta e um (1,31)?

Alexandre - Um trinta e um (1,31). Que dizê, a gente tem que ser coerente, né eu tô baixando a coisa, né, tô baixando certinho, o cara lá de Joinville, ele é candidato a Deputado Estadual, tá indo pelo um lado errado, ele tá se queixando bobamente, já disse pra ele, tudo bem.

Rollin — Mais outro é de Blumenau, né.

Alexandre - Não, os dois ali, né?

Rollin - Hã.

Alexandre - Não e os dois?

Rollin - E os dois?, não sei.

Alexandre - É, me falaram que eram os dois, mais eu não vi não, me telefonaram que era os dois.

Rollin - O deputado e outro são de Blumenau, aquele outro eu não reparei, tu é contra a, então?

Alexandre - Sou, sou contra, pô, sou contra porque isso aí é besteira, meu Deus.

Rollin - É.

Alexandre - Vem cá, ô Rollin, o pessoal tá vendendo menos de que o acordo que impor uma coisa, menos de trinta dias, não vai subi dia primeiro (1°) de julho? Dai nós fazemo preço certo.

Rollin - Aí, não existe a obrigatoriedade.

Alexandre - Alô?

Rollin - Aí, não existe a obrigatoriedade, entende?

Alexandre - Ah não, eu tô, eu entendo o que tu qué dizê.

Rollin - Que nós baixamo por que, porque baixamo, porque nós tamo na livre concorrência.

Alexandre -É.

Rollin - Então, um baixa o outro acaba baixando, uai, isso sempre existiu, né?

Alexandre - Hã.

Rollin - Em vinte e quatro (24) anos. Mais uma imposição, eu sou contra.
Alexandre - É.

Rollin - Mais tudo bem.

Alexandre - Orra, eu até poderia ser contra, se nos tivéssemos juízo, nós erramos.

Rollin - Eu acho, eu também acho.

Alexandre - Né?

Rollin - O que nós tamo passando, é culpa nossa.

Alexandre - É, exatamente.

Rollin - Também acho.

Alexandre - O que que nós vamo fazê, infelizmente, vai tê um retrocesso, nós vamo passá uma época aí, meia ruinzinha, tal, e vamo criá juízo e voltá a fazê coisa certa.

Rollin - Tá bom, então, tá legal.

Alexandre - Né, eu não mudo assim do meu pensamento, eu tô fazendo o pensamento que a categoria qué, a categoria qué isso aí, o que que é, nós

tivemo preço engessado, lutamo a vida toda pra sê preço liberado, fomo liberado, não tivemo juízo, vai tê que voltá, quem quis o tabelamento fomos nós, né, quando imprensa e o Ministério Público veio em cima de nós, todo mundo não se reunia nem nada, vamo botá todo mundo pra baixo, botaram pra baixo, agora eu quero vê, como é que vão ficá aqueles que tão vendendo a um trinta e um (1,31) antes de hoje, que dizé do dia que seria hoje, que dizé, já tinha gente vendendo a um e trinta e um (1,31), agora como é que eles vão se explicá, se antes, se antes de baixa vocês já tavam a um e trinta e um (1,31) e agora, como e que vocês vão continua a trinta e um (1,31) ?

Rollin - Vão tê que baixá mais ainda.

Alexandre—É, exatamente, e isso aí.

Rollin — Tá bom.

Alexandre - Provavelmente, provavelmente pelo fato aí, que tá mundo aí, um trinta e um (1,31), um trinta e dois (1,32), a maioria. E essa maioria vai fazê com que, a imprensa, o Deputado não vai se preocupá lá com a Costeira, deixa como tá. Aí eles vão também, dessa vez eles vão se livrá. Rollin - Tá bom.

Alexandre - Tá bom?

Rollin - Tá legal.

Alexandre - No mais, vamo tocando.

Rollin - Um abraço!

Alexandre- Igualmente, tchau.

Rollin – Tchau.”

Note-se que, neste ponto, o depoente admite a possibilidade de que a gravação, ainda que no seu entender esteja muito baixa, seja da sua voz e, mais ainda, explica qual o sentido do diálogo. Como o Sr. Gilberto saberia o significado da palavra “imposição” naquela conversa se não tivesse ele a pronunciado? Num caso como este, a admissão da possibilidade equivale a uma confissão.

Quanto a ameaças ou represálias aos que não participaram, disse não ter conhecimento de qualquer caso. Achou muito estranha a afirmação de que teria sugerido ao gerente do Posto Angeloni que olhasse o preço dos de-

mais postos e colocasse igual (fls. 363/364, transcrição adiante). Note-se que o depoente não negou a afirmação, apenas disse achá-la estranha.

O seu depoimento não conseguiu dirimir a dúvida em torno do Sindicato, vez que disse não saber se há funcionários na sede da entidade e que, quando tem algum problema a resolver, procura o presidente do Sindicato em seu estabelecimento comercial.

Ao analisar o mercado de combustíveis, falou que alguns clientes, mesmo com a diferença de quatro ou cinco centavos permanecem fiéis ao posto, enquanto que outros, por meio centavo de diferença, mudam o local de abastecimento. Mais uma vez, reforça-se o entendimento de que preço não é o único fator que pesa na decisão do consumidor, pelo que não há justificativa para a sua igualdade.

Disse ainda que entende por cartel uma combinação de preços com a finalidade de auferir vantagens e que, se houvesse discussões ou combinações de preços entre proprietários de postos de combustíveis da cidade, isso caracterizaria uma conduta ilegal. Tendo participado voluntariamente do conluio, no seu caso, portanto, pelas razões já expostas, estaria configurado o dolo. Todavia, não admitiu que as gravações escutadas refletissem qualquer atividade ilegal, pois as pessoas estariam apenas conversando sobre o acordo feito com a CPE.

2.2.5 – José Cristóvão Vieira

O Sr. José Cristóvão afirmou que não ouviu falar que houvesse qualquer discussão ou combinação de preços entre proprietários de postos de combustíveis na cidade de Florianópolis, atribuindo os fatos amplamente noticiados à pura invencionice da imprensa e o processo à busca de autopromoção do Deputado Estadual Nelson Goetten e à má-fé do Ministério Público. No entanto, não soube dizer o que teria o MP a ganhar para agir dessa maneira.

O depoente não se constrangeu em afirmar, não apenas, que não reconhecia a própria voz nem a da sua gerente, mas foi além, dizendo que nem sequer sabia que assunto estava sendo tratado. Ressalte-se mais uma vez, a boa qualidade das gravações, mas o depoente disse que o som não era claro. Sua incapacidade de reconhecer o assunto discutido permaneceu mesmo enquanto lia as transcrições, em especial a gravação às fls. 662/671. In verbis:

Voz feminina - Posto Jóia, boa tarde.

Voz masculina - Oi Ju!

Ju -Oi.

Voz masculina - O Zezinho está?

Ju - Ah, tá sim, só um pouquinho.

Voz masculina - Tá.

(...)

Zezinho—Quem falô isso aí pra você?

Voz masculina - O Alexandre.

Zezinho - Mas porque que ele falô isso?

Voz masculina - Não, porque eu tava, eu conversei com ele agora há pouco.

Zezinho - Ah, sei.

Voz masculina - Cobrando diversas coisas, reclamando lá do, do aeroporto, e reclamando do irmão dele que não mexeu ainda.

Zezinho - Hum! Hum. Qual é o irmão dele que não mexeu?

Voz masculina - O Túlio e o Fausto.

Zezinho - Mas não mexeu pra quanto?

Voz masculina - Pra um e trinta e quatro (1,34).

Zezinho - Não, tá um e trinta e cinco (1,35)!

Voz masculina - Você viu?

Zezinho - Vi agora!

Voz masculina - Ah não, então tá jóia.

Zezinho - Tá, mas que horas cê reclamô pra ele?

Voz masculina - Eu, não, eu reclamei agora, ele falo até onze horas da manhã.

Zezinho - Tá, e onze horas tava, não tava mexido?

Voz masculina - Não. Eu passei lá.

Zezinho—Então trocáro agora.

Voz masculina - Trocáro depois do almoço.

Zezinho - Naquela hora que eu táva falando com você por telefone?

Voz masculina—Tu tava lá.

Zezinho - Eu tava passando na frente dos postos dele.

Voz masculina - Então tá bom.

Zezinho - Tá bom?

Voz masculina - Tá certo.

Zezinho - Então inclusive o do filho dele, o do

Voz masculina - Do Fausto encostei na bomba.

Zezinho - Do Fausto na bomba.

Voz masculina - É.

Zezinho - Aí eu encostei perto da bomba

Voz masculina - Tá bom.

Zezinho - um e trinta e zero oitenta e cinco e um e trinta e cinco, na bomba, o do Fausto.

Voz masculina - Certo.

Zezinho - Tá?

Voz masculina - Então tá bom.

Zezinho - Então qué dizé, de ontem pra hoje até as onze horas ele não me-xeu.

Voz masculina - Certo, de qualquer forma...

Zezinho - Sim.

(...)”

Não é possível admitir que um empresário que trabalha no ramo há 34 anos e, nem de longe, pareceu iletrado, teria dificuldade em entender o que lê, principalmente em se tratando de tema afeto ao seu cotidiano.

Contudo, a inverdade contida nas declarações do depoente ficou patente quando, num provável ato falho e visando a desacreditar as gravações,

disse estranhar a transcrição da sexta gravação, fls. 662, pois ali se lia “Posto Jóia, boa tarde”, enquanto no seu posto quando os telefonemas são atendidos a expressão que se usa é “Jóia Posto”. Ao ouvir novamente a gravação, constatou-se que a expressão usada era conforme asseverado pelo depoente, que assim, involuntariamente, chancelou a autenticidade indubitável das gravações.

O depoente informou que no seu posto atendem ao telefone sua gerente, sua esposa e ele próprio. Indagado sobre de quem poderia ser a voz masculina identificada na transcrição das fls. 662/671 dos autos, não soube identificar de quem seria ela. Informado de que a ligação referente a essa transcrição foi feita a partir do posto de seu pai e sendo lembrado que no seu próprio posto só três pessoas atendiam ao telefone, das quais apenas ele é do sexo masculino e que também tem o apelido de “Zezinho”, mesmo assim, afirmou não poder reconhecer de quem seria aquela voz, sendo que à época não havia nenhum funcionário seu com o nome de José. De fato, seria muito esperar que o Sr. José Cristóvão admitisse reconhecer as vozes, pois se o fizesse, estaria simplesmente confessando o que já se sabia. Preferiu inventar uma estapafúrdia versão de que às vezes o escritório do seu posto fica aberto e alguém poderia ter atendido ao telefone. Imagine-se então, alguém ligar do posto administrado pela Sra. Maria Inez, irmã do representado, para o posto do Sr. José Cristóvão e chamá-lo pelo apelido familiar; do outro lado, alguém atende e a pessoa que ligou chama a gerente pelo apelido, não percebendo que “Ju” seria uma “falsa Ju”, que estaria se passando pela gerente; essa impostora passa o telefone para outro farsante já a postos, um homem, sabe-se lá quem, que fala longamente com a pessoa que ligou e essa, ingênua que é, não percebe nada de estranho. Quem ligou para o Sr. José Cristóvão do posto da sua irmã foi um homem, mas nem a Sra. Maria Inez, que no seu depoimento quis se mostrar alheia aos acontecimentos, deixaria de perceber que essa absurda história só poderia ocorrer no terreno da fantasia.

Tentando parecer lembrar-se apenas dos acontecimentos que podiam lhe interessar, o Sr. José Cristóvão disse não se recordar do fato de todos os postos de combustíveis terem amanhecido com preços iguais no dia 21 de junho de 2000. Afirmou também que o posto Angeloni normalmente é o que pratica os preços mais altos, em virtude de seus custos operacionais, ao passo que o depoente sempre pratica preços inferiores. Curiosamente, nas gravações e nas reportagens da imprensa, a preocupação maior dos membros do conluio era exatamente com os baixos preços do Posto Angeloni. Como alguém pode trabalhar no mercado há 34 anos e ser tão desinformado?

Segundo o depoente, das conversas ocorridas com a CPE, não resultou, até onde sabe, um acordo que tivesse proporcionado uma queda dos preços e que, se houve algum acordo, dele não participou nem foi procurado por ninguém para implementar o que teria sido acordado. Eis aí mais uma contradição entre os representados. Para esse tal acordo, há, por assim dizer, uma versão para cada depoente.

Disse ser sindicalizado desde a fundação do Sindicato e que chegou a ser presidente do Sindicato e que, “até onde se lembra” (note-se a fragilidade da memória do depoente), foi sucedido pelo Sr. Alexandre Carioni. Mesmo assim, não sabe se o sindicato possui sede própria, nem se possui funcionários e, se os tivesse, se seriam um ou dois.

O ápice da temeridade no depoimento do Sr. José Cristóvão talvez tenha ocorrido quando negou saber que alguém tivesse sofrido ameaças. Logo ele, que, de maneira bem pouco velada, chegou a ser ameaçado de morte.

No único momento em que, talvez, falou a verdade no seu depoimento, o Sr. José Cristóvão disse que tem clientes de todas as partes da ilha de Santa Catarina, considerando que postos que pagam aluguel ou têm custos operacionais mais elevados precisam trabalhar uma margem de lucro maior. Falou, ainda, que nem sempre o consumidor busca apenas o preço, procurando outras vantagens, como prazo para pagamento.

O representado sabe que a discussão ou combinação de preços entre empresários do mesmo ramo é um ato ilegal, mas afirmou que isso nunca aconteceu no ramo de combustíveis em Florianópolis. O depoente falou, também, estar muito preocupado (ao que tudo indica, com razão) “porque estão procurando cartel”. No seu entender, o cartel envolve um grande número de pessoas para praticar preços elevados e não acredita que alguém iria combinar para praticar preços baixos. Disse, ainda, “com suas sinceras explicações”, que os preços em Florianópolis nunca foram abusivos nem iguais. Em suma, confirmada a sua participação voluntária na conduta colusiva, não há como fugir à caracterização do dolo.

2.2.6 – Zoélio Hugo Valente

No mesmo diapasão de outros, o Sr. Zoélio disse nunca ter ouvido falar que houvesse qualquer discussão ou combinação de preços entre donos de postos de combustíveis na cidade de Florianópolis, entre os meses de maio e junho de 2000, mas que se recorda de conversações dos postos com a CPE, no mês de julho. Falou também do tal acordo aprovado pela assem-

bléia do Sindicato. Note-se aí a incoerência de datas. Segundo o presidente do sindicato, a assembléia que teria aprovado o tal acordo ocorreu em 25 de maio.

Nesse ponto, começa a divergência de depoimentos. O Sr. Zoélio afirmou que, a partir de então, o presidente do Sindicato, Sr. Alexandre Carioni, passou a conversar com os proprietários de postos, para que eles seguissem o acordo ratificado pela assembléia. O resultado dessas ações foi que se instaurou uma guerra de preços na cidade e, desde então, os postos de combustíveis não conseguiram mais praticar, sequer, a margem proposta no acordo, ou mesmo os 15 (quinze) centavos de real de margem que a ANP considera adequada. Curiosamente, os outros depoentes disseram que o acordo surgiu para por fim à guerra de preços, que o Sr. Zoélio diz ter começado após o acordo. Mas que acordo é esse que, ao invés de paz, provoca cizânia? Que sentido teria o presidente do Sindicato da categoria iniciar ações para prejudicar os seus liderados, fomentando a discórdia entre eles? Evidentemente, essa versão nada tem de plausível.

Mais adiante, disse que o acordo aprovado pela assembléia não chegou a ser implementado de modo efetivo. Ora, se não foi implementado, como desencadeou uma guerra de preços? As contradições parecem não ter fim.

A memória parece sempre trair o Sr. Zoélio nos momentos importantes, pois ele não se recordava do fato de quase todos os postos de Florianópolis terem amanhecido praticando um preço de R\$ 1,34 (um real e trinta e quatro centavos), num certo dia do mês de junho de 2000. Todavia, disse lembrar-se de que o fato foi largamente noticiado na imprensa, que, no seu entender, direcionava os consumidores contra os revendedores de combustível. Ou seja, leu nos jornais, atua no mercado, mas não sabe se o que dizem os diários é verdade ou não e, sequer, em meio a toda a ebulição daqueles dias, procurou sabê-lo.

A dificuldade de entendimento manifestada por outros depoentes surgiu mais uma vez. Ouvindo a gravação transcrita às fls. 311, o Sr. Zoélio não soube dizer se aquela conversa refletia uma combinação de preços.

O Sr. Zoélio assistiu a um vídeo com a participação do Sr. Alexandre Carioni em um debate no canal 36, onde o reconheceu. No entanto, após ouvir uma gravação em fita, se disse incapaz de reconhecer essa voz como a mesma que ouvira na televisão. Repise-se que a semelhança das vozes (e todas as características que a compõem) na fita de vídeo e nas gravações é absoluta.

No que diz respeito ao Sindicato local, disse que na época dos fatos investigados o Sr. Carioni exercia uma certa liderança e que os assuntos dos associados com o Sindicato eram tratados ou na sua sede ou no posto do Sr. Carioni.

2.2.7 – Fausto Carioni

O depoente afirmou que nos meses de maio a junho de 2000 a situação do mercado de combustíveis em Florianópolis era uma situação tranqüila e que, mesmo com o noticiário da imprensa e as reuniões entre a CPE e Ministério Público, seguia com seus negócios sem ser afetado. Neste ponto já surge a primeira inverdade. As gravações foram feitas no final de maio e o seu conteúdo revela um estado de verdadeiro frenesi entre os donos de postos de gasolina representados e outros não identificados. Não é possível dizer que fosse um problema de uns poucos, que não afetava o mercado, pois quem mais aparece nas gravações é o presidente do Sindicato da categoria, irmão do depoente.

Prosseguiu dizendo que apenas no mês de junho alguns proprietários de postos de combustíveis baixaram seus preços quase ao nível do custo, o que não provocou reclamação dos consumidores. Contudo, quando tentaram retornar aos preços normais, houve um aumento de 20% ou 30%, o que desencadeou toda a reação da imprensa. Mas como, logo depois, o depoente alega que não sabia se no mês de junho de 2000 havia alguma pressão no mercado? Com efeito, o depoente apenas reforça a falsidade das suas declarações. Em junho, o noticiário da imprensa, inclusive mostrando longas filas no posto Angeloni, e as investigações da Comissão Parlamentar e do Ministério Público já haviam começado. A assembléia do Sindicato para discutir o acordo proposto pela CPE e pelo MP ocorreu, segundo o presidente do sindicato, em 25 de maio.

O depoente, apesar de afirmar que tinha sido feito um acordo entre os proprietários e o Deputado Nelson Goetten, referente à obtenção de uma margem de lucro de 15,5%, não soube dizer como foi feito esse acordo, se de modo informal ou por um documento escrito, nem se havia uma data para ser implementado. É o mesmo acordo misterioso, que uns dizem que foi fechado, outros dizem que não; uns dizem que foi implementado, outros afirmam que não; uns dizem que visava estabelecer uma margem de lucro uniforme, outro disse que trouxe uma guerra de preços. Esse agora, nem sabe se foi formal ou informal.

A má-fé do depoente fica ainda mais patente se levarmos em consideração seu depoimento em juízo. Segundo ele próprio, à época dos fatos disse ter recebido um telefonema de seu irmão Alexandre, presidente do Sindicato, pedindo para que aumentasse o preço de sua gasolina comum de R\$ 1,27 para R\$ 1,34, em função de um acordo que havia sido firmado entre a categoria e o Deputado Nelson Goetten.

Obviamente que não se tratava de um acordo firmado com o Deputado ou a Comissão Parlamentar Externa, mas entre os próprios donos de postos e o presidente do sindicato local, seu irmão Alexandre. Afinal, não existiria cabimento um acordo entre a CPE e os donos de postos de combustíveis que visasse a aumentar o preço da gasolina. A intenção da CPE, do Ministério Público e do Procon era exatamente o de baixar os preços considerados abusivos que estavam sendo praticados. É simplesmente absurda a hipótese de que ele tenha aumentado seu preço por estar cumprindo tal acordo, sobretudo porque esse, em verdade, nunca chegou a ser implementado.

O Sr. Fausto confirmou que no dia 21 de junho de 2000 os postos de combustíveis praticavam preços semelhantes, justificando que um posto deve acompanhar o preço do concorrente próximo, para não perder a freguesia. Como já se viu acima, a igualdade dos preços não implica manutenção de freguesia e a diferença de preços não prejudica, necessariamente, o posto com preços mais elevados. Caso contrário, como explicar a diferença de preços em Florianópolis nos dias atuais? Além disso, se os postos têm custos muito distintos, a igualdade da margem de lucro geraria preços distintos, nunca iguais.

O depoente afirmou ser sindicalizado e que na sede do sindicato, no centro da cidade, há um funcionário e que é lá que os sindicalizados pagam as mensalidades e o plano de saúde, não sabendo se o sindicato oferece serviço de cobrança de cheques. Disse que paga as mensalidades, pessoalmente, na sede do sindicato. Não é possível saber se o Sr. Fausto nesse momento falou a verdade, mas pelo menos disse que sabia onde fica o Sindicato e que lá existe um funcionário. Os demais, nem isso souberam dizer. Em compensação, parece ser o único que paga as mensalidades na sede do Sindicato.

Ao escutar a gravação transcrita às fls. 232/233, mesmo sabendo que fora feita no telefone do seu irmão, negou reconhecer as duas vozes, a que seria a sua própria e a que seria do gerente do posto do seu irmão que trabalha lá há dez anos. Também não soube sequer identificar de que assunto que as duas vozes “desconhecidas” tratavam. Mais adiante (fls. 787/789), ouviu

uma gravação da voz do seu irmão Alexandre e, por mais espantoso que pareça, teimou em reafirmar que não reconhecia aquela voz. Ao ouvir as gravações transcritas às 789/790, o Sr. Fausto também alegou não saber que uma das vozes era a do gerente do seu posto, Reginaldo, com quem trabalha há cinco anos. Sendo tão claras as gravações, é plausível que o Sr. Fausto, como os demais representados, não identificasse qualquer das vozes? Certamente que não. O Sr. Fausto, como os outros, simplesmente faltou com a verdade: não uma, mas inúmeras vezes.

Seguindo o enredo de fazer crer que os escritórios dos postos são lugares sem qualquer restrição de acesso, onde ninguém controla o vai-e-vém de pessoas, o depoente disse que o escritório do posto do Sr. Alexandre Carioni é um lugar onde entra e sai muita gente e, ao ser perguntado se achava muita coincidência que uma pessoa de nome Mário ligue do telefone do seu irmão para outra pessoa de nome Fausto, disse, candidamente, que sim. Mas quem poderá crer que tudo foi mesmo uma grande coincidência?

Há que se fazer uma ressalva neste ponto em benefício do Sr. Fausto. Como o escritório do seu irmão, pelo que já se viu se confunde com o próprio Sindicato, é provável que lá circule um número maior de pessoas que nos outros postos. Mas daí a crer que seja um lugar sem qualquer espécie de controle, vai uma longa distância.

Mas o depoente ainda ia enredar-se mais nas próprias palavras. No tocante à fixação dos preços de seus produtos, disse que considerava apenas o custo de aquisição do combustível, frete, despesas do posto (pessoal, água, luz, etc.), impostos e a margem de 15,5% e que não levava em consideração os preços praticados por seus concorrentes, pois o preço é “ele mesmo quem faz” e que trabalhava sempre abaixo da margem máxima de lucro. Poucos minutos depois, afirmou que usava como referência, para concorrer, o Posto Jóia, de propriedade do Sr. José Cristóvão, situado à Avenida Mauro Ramos, e que monitorava o preço do concorrente no seu trajeto entre o trabalho e a residência. A contradição é flagrante. Além disso, pode-se perguntar: como concorrer, se estavam montando um cartel? Definitivamente, o conteúdo do depoimento do Sr. Fausto e a verdade são inconciliáveis.

Afirmou que nunca soube que houvesse discussões ou combinações de preços entre proprietários de postos de combustíveis na cidade de Florianópolis, mas que sabia que, se tal conduta existisse, ela seria ilegal, o que comprovará, em caso de condenação o comportamento doloso do Sr. Fausto. Quando questionado sobre o que entendia por cartel, disse não saber o que significava, mas considerava que no mercado de combustíveis de Flo-

Florianópolis existe muita concorrência. É, ao que tudo indica, o Sr. Fausto pode não saber o que é cartel, mas sabe participar da montagem de um.

2.2.8 – Tadeu Emílio Vieira

O Sr. Tadeu disse não se recordar de nenhum fato especialmente marcante, no mercado de combustíveis de Florianópolis ter ocorrido no dia 21 de junho de 2000, embora trabalhe no mercado há 28 anos e tenha afirmado conhecer bem o mercado de combustíveis. Note-se que a igualdade de preços no dia 21 de junho ocorreu, é fato incontestado, e naquele período havia um intenso noticiário sobre o mercado de combustíveis, além da ação da Comissão Parlamentar e do Ministério Público. Assim, não é aceitável que quem se jacta de conhecer bem o mercado, alegue não se lembrar do fato ocorrido.

Quanto ao controvertido acordo proposto pela Comissão Parlamentar, o depoente falou que foi seguido por alguns postos, mas não por todos. Mais uma vez, fica a dúvida sobre o tal acordo. Note-se que até aqui são oito depoimentos, com oito versões sobre o mesmo tema. Mais adiante se verá esse número subir: o Sr. Alexandre Carioni terá a sua própria versão do acordo, a nona.

Confrontado com as gravações transcritas às fls. 180/182, 191/193 e 194/196, afirmou não reconhecer nenhuma das vozes. Ao escutar a gravação transcrita às fls. 653/654, reafirmou não reconhecer nenhuma das vozes, mesmo após ser informado de que essa gravação foi feita no telefone do posto de seu pai, onde trabalha a sua irmã Maria Inez. O mais curioso, no caso deste depoente, é que ele possui uma pequena particularidade na sua dicção que torna a sua voz mais facilmente identificável para qualquer pessoa, isto é, exceto para ele próprio.

O depoente afirmou que acha que no posto do Sr. Alexandre Carioni, onde foi feita a escuta telefônica, não trabalha outra pessoa de nome “Alexandre”, e que acha que ninguém atenderia ao telefone no posto do Sr. Carioni como “Dr. Alexandre”, a não ser o próprio Alexandre Carioni.

O Sr. Tadeu foi confrontado com outra gravação, de fls. 329/330, a qual foi feita do telefone do Sr. Alexandre Carioni.

“Voz masculina - Alô? Pronto?”

Outra pessoa – Alô, oi Aliatar, eu queria falá com o Alexandre

Aliatar - Oh, Zezinho, táis vivo ainda?

Zezinho - Tô vivo.

Aliatar - rhi, rhi...

Zezinho - Vô pra um zero cinco agora também.

Aliatar - Puta merda!

Zezinho - Tem que í né?

Aliatar- Oh Zezinho tu vai morrê Zezinho.

Zezinho -Nã.. mas fazê o quê né?

Aliatar- Se tu não morrê dum enfarte, tu morre duma bala perdida!

Zezinho - Não, bala perdida não tem perigo, enfarte até que pode sê.

Aliatar - Pois é.

Zezinho - É.

Aliatar - Pára com isso meu amigo .

Zezinho - Nã.. não, mais eu não páro, eu tô, tô só seguindo, não sô eu. Aliatar - Hum, não táis seguindo não Zezinho.

Zezinho - Não, claro, tu acha que eu sô agressor então ?

Aliatar -É, contigo eu posso falá, contigo eu posso conversá.

Zezinho - Ah, qué dizê que sô eu que sô agressor então ?

Aliatar - É, vocês dois aí...

Zezinho - Ah, o quê que há ô, tu não sabe o quê que o Alexandre tá fazendo aí.

Aliatar - Hein?

Zezinho - Tá estimulando lá o Alex no Estreito a baixá preço.

Aliatar - Não, não, não tá não, não tá não, não te iluda não...

Zezinho -Tô te dizendo .

Aliatar - ... é que, é que... no, olha a gente

Zezinho - Eu quero passá essa informação pra ele agora que ele não sabe, o que tão dizendo, ao menos pra ele sabê.

Aliatar - ...a gente tá, tá tentando aí pra vê se o pessoal sobe, porque...

Zezinho - Não, eu sei, o serviço dele é só isso.

Aliatar - Esse pessoal pequeno aí Zezinho...

Zezinho - Eu sei, eu sei.

Aliatar - ... esse pessoal pequeno aí tão desesperado.

Zezinho - Eu sei.

Aliatar - Esse pessoal que paga, que paga...

Zezinho - Claro.

Aliatar - ... aluguel, tudo.

Zezinho - É verdade é.

Aliatar - É.

Zezinho - É verdade é.

Aliatar - É isso aí...

Zezinho - Esse pessoal, esses que tão baixando não tem vergonha na cara.

Aliatar - Não, não, não eu não tô ó eu não tô te a pessoa, eu tô conversando contigo.

Zezinho - É.

Aliatar - Né? Eu tô conversando contigo, contigo eu posso conversá, na minha concepção...

Zezinho - É.

Aliatar - ... tu és uma pessoa pelo menos que a gente pode dialogá.

Zezinho - Não, é verdade é.

Aliatar - Tu és uma pessoa educada.

Zezinho - Muito obrigado.

Aliatar - Né?

Zezinho - Não, mas o pessoal é ordinário, tão nos tirando a paciência.

Aliatar - É, mas o que é que a gente pode fazê?

Zezinho - Baxando, baxando, pra quê, vão chega aonde? Tão todo bobo, pois eles sabe que eles mesmo vão te que subi, porque que baxô?

Aliatar - Pois é.

Zezinho – Então o que eu tô fazendo é acompanhá.

(...)”.

Após ouvi-la, disse não reconhecer a voz da pessoa que aparece na dita gravação, como sendo de uma pessoa chamada “Aliatar”. Tampouco identificou a voz da pessoa que aparece como “Zezinho” e que poderia morrer “de bala perdida”, apesar de ter um irmão cujo apelido, em família, é “Zezinho” e que também opera no ramo de combustíveis. Bem, como o Sr. Tadeu não foi capaz de identificar a própria voz, como iria identificar a do irmão?

Afirmou que, no seu entender, cartel é uma combinação de preços abusivos para lesar o consumidor. Disse saber que discussão e combinação de preços entre concorrentes é uma conduta ilegal. Assim sendo voluntária a sua conduta, vez que não há qualquer indício de que tenha sido ameaçado, não há como escapar da caracterização do dolo.

Curiosa é a análise que faz do mercado de combustíveis, logo o Sr. Tadeu, que o conhece “tão bem”. Inicialmente, diz que as grandes distribuidoras têm preços muito próximos, ao passo que as menores oferecem um produto com diferencial de preço que chega a 04 (quatro) centavos de real por litro, que é a diferença que ele paga em relação ao que é pago pelo posto de seu pai. Segue dizendo que uma diferença de frações de centavo é suficiente para que o consumidor mude de fornecedor, porque o consumidor, de modo geral, entende a terceira casa decimal como se fossem centavos. Mas o próprio o Sr. Tadeu se desmente logo a seguir: hoje trabalha com o programa “Gasolina Garantida” da Esso, o que lhe possibilita trabalhar com um preço nove décimos de centavo acima dos concorrentes, permitindo-lhe “recuperar um pouco as vendas”. Ou seja, ao admitir que trabalha com preço mais alto e não perde vendas, corrobora o que já se sabia: o preço é um fator importante, mas não o único determinante da conquista de clientes, mormente numa época em que, volta e meia se fala em fraudes nos combustíveis. Logo não há justificativa econômica para a igualdade de preços entre postos de combustíveis.

2.2.9 – Alexandre Carioni

O depoente disse que cartel é uma combinação de preços num segmento econômico. O depoente afirmou, ainda, saber que a discussão ou combina-

ção de preços entre concorrentes é uma conduta ilegal e que não acha normal que um concorrente anuncie para outro quando irá alterar seus preços. Como o seu posto era o núcleo das combinações, não há como fugir ao fato de que sua participação no conluio era voluntária. Logo seu comportamento delituoso, se confirmado, terá tido caráter doloso.

Considerou que são normais “conversas sobre o mercado” e que, sendo o presidente do Sindicato da categoria, seus associados o procuram para conversar sobre os mais diversos assuntos, inclusive negócios. Contudo, disse nunca ter ouvido falar em nenhuma discussão ou combinação de preços entre concorrentes no mercado de combustíveis de Florianópolis. O representado insistiu nessa senda, mesmo tendo à sua frente os autos, com centenas de páginas com transcrições de gravações suas, de familiares e de empregados seus, todas feitas no telefone do seu posto.

O depoente disse que no momento das oitivas o mercado de revenda de combustíveis estaria operando normalmente, o que, segundo ele, ocorre quando os postos conseguem uma margem de lucro em torno de 15% ou 16%. Disse ainda que os problemas ocorridos no mercado em maio e junho de 2000 foram decorrentes de um “excesso de oferta no mercado”, o que gerou uma guerra de preços. Nessas condições, de mercado normalizado, ele entende que os preços podem ser iguais ou diferentes entre os diversos postos. O Sr. Alexandre, todavia, não conseguiu explicar porque numa guerra de preços eles deveriam ser iguais e não podiam ser diferentes, como afirma que pode ocorrer no mercado normal. Ora, que estranha guerra de preços seria essa, em que todos cobrassem o mesmo valor? Também não explicou porque a saída para essa guerra de preços seria a formação de um cartel.

Passando ao tão falado acordo com a CPE, disse que mesmo havendo a possibilidade de aquisição, pelos postos, de combustível a preços diferenciados, o mesmo foi referendado pela assembléia da categoria, porém não foi formalizado, constituindo-se apenas um acordo de cavalheiros. Afirmou, ainda, que nunca telefonou para ninguém pedindo que seguisse o acordo e que o Sindicato fez uma carta circular aos associados comunicando sobre o acordo, que alguns descontentes começaram a chamar de “cartel do Deputado”.

Nesse ponto, com nove versões diferentes, já é possível concluir que o tal acordo não tinha a mínima importância para os representados, ou eles teriam prestado mais atenção ao mesmo e às suas consequências. Na verdade, a reunião para discuti-lo era apenas uma fachada, vez que os representados estavam mais dispostos a outros tipos de acordo, mais lucrativos e à mar-

gem da lei. A inverossímil explicação de que as conversas gravadas seriam em decorrência desse acordo ou para implementá-lo, como alguém chegou a aventar, não convence a ninguém.

Com relação à formação de preços, o depoente confirmou o óbvio, ou seja, existem outros fatores que podem contribuir para a sua diversidade, tais como, prazo dado pela distribuidora para pagamento, o fato de o posto possuir ou não caminhão próprio para o transporte, se o posto paga aluguel ou não, se oferece prazos para pagamento aos seus clientes ou aceita cartão de crédito, etc. Mais uma vez, comprova-se que não há razão lícita para buscar a unificação de preços.

Perguntado se conhecia uma pessoa chamada Marlene, que é dona de um posto de combustíveis, respondeu afirmativamente. Os diálogos com a Sra. Marlene são os mais reveladores da atitude dolosa do representado, quando ele, abertamente, diz saber que está fazendo algo ilícito (fls. 787/789, transcrito acima).

Disse que sua esposa, Sra. Maria da Graça, não trabalha no posto e quase nunca vai lá. Perguntado se outra pessoa de nome Aliatar, que não seu primo, poderia ter atendido ao telefone do seu posto, disse não ser possível. Segundo o depoente, sua esposa trata o Sr. Aliatar por “Aliatar” ou “Melo” e que não sabe se alguém chama a pessoa de nome Aliatar por “Tatai”. Mas, talvez surpreendentemente, consta dos autos, às fls. 256/258 um diálogo entre uma pessoa de nome Maria da Graça e outra que atende por Tatai, e que foi gravada no telefone do posto do Sr. Alexandre. Nesse diálogo, a Maria da Graça (que o Sr. Alexandre diz não saber se é a sua esposa), mostra-se preocupada com o sono e os remédios que o Sr. Alexandre (que o depoente diz não saber se é ele mesmo) anda tomando e com a pressão que vem enfrentando. Afinal, que “Maria da Graça” poderia ligar para o posto do Sr. Alexandre e falar da sua preocupação com os remédios que ele deveria tomar? O Sr. Alexandre Carioni, parece desconhecer que essa pessoa era a sua esposa. Desconhece também a forma como ela trata o seu primo Aliatar. Quem ouvir o diálogo entre a Sra. Maria da Graça e Tatai e depois escutar outras gravações em que aparece alguém se identificando como Aliatar, não terá a dúvida do Sr. Alexandre, pois verificará que Tatai e Aliatar, o primo do Sr. Alexandre que trabalha com ele no posto, têm a mesma voz e são, obviamente, a mesma pessoa. Aliás, a mesma pessoa que fala em “bala”, chama o Sr. Cláudio de “saco de merda” e que insinua que o Sr. José Cristóvão pode morrer de “bala perdida”.

Confrontado quanto às gravações transcritas às fls. 329/332, 337/338, 252/255, disse não reconhecer nenhuma das vozes ali presentes.

Também não reconheceu as vozes ouvidas na gravação transcrita às fls. 261/263, não sabendo se a gravação foi feita, realmente, em seu telefone. Essa hipótese já foi descartada. Longe da verdade, considerou a hipótese de que o Alexandre que aparece na gravação poderia ser uma terceira pessoa, além dele e de seu sobrinho, como por exemplo, um cliente ou “alguém que convive por ali”, embora não saiba quem poderia ser esse alguém. Tal versão não merece o mínimo crédito. Dizer que “alguém que convive por ali” podia ter usado o telefone, quando o “ali” é o escritório do depoente e ele não sabe quem é esse “alguém”, dispensa comentários.

Confrontado com as gravações transcritas às fls. 272/278, disse não identificar nenhuma delas. Também disse não fazer idéia de quem possa ser a pessoa que se identifica como “Aliatar” na gravação transcrita às fls. 274/278. Afinal, quantos “Aliatar” usam o telefone do posto do Sr. Alexandre? Pouco antes o Sr. Alexandre disse ser impossível que outra pessoa, de nome Aliatar, que não o seu primo, atendesse ao telefone do posto. Como sair dessa contradição?

O depoente disse, ainda, que as conversas em que se fala em “bala” eram “simples brincadeira”, nelas não havendo nada demais. A escuta das conversas gravadas jamais permitiria essa interpretação. O tom dos diálogos não dá qualquer margem a dúvidas.

Ao escutar a gravação transcrita às fls. 283/291, não soube afirmar se alguma das vozes ali constantes era a sua, mas ao ouvir três gravações realizadas em seu telefone, transcritas às fls. 298/320, o depoente não teve como resistir mais e chegou ao limite da confissão. Disse que não poderia afirmar que nenhuma das vozes registradas era sua, ou seja, admitiu que podia ser a sua voz. Nem precisava confessar, pois diante da pleora de evidências e da identificação dos interlocutores, não havia como fugir. Afinal, o “Alexandre” da gravação negocia com combustível, tem um irmão de nome Fausto, que também trabalha com combustíveis, ganhou uma eleição de Sindicato na mesma data da eleição do Sr. Alexandre Carioni e faz um apelo ao interlocutor, que o colocou no Sindicato, para que não saia da entidade. Quem seria esse Alexandre, senão o Carioni? Não havia como negar. Note-se que o outro interlocutor, que se identifica nominalmente, e fala em formação de cartel, é o Sr. José Cristóvão Vieira, ex-presidente do Sindicato representado e foi na gestão dele que o Sr. Alexandre começou a sua vida sindical, como tesoureiro da entidade. Desde então, não se lembra de outro Alexandre trabalhando no Sindicato, seja como funcionário, seja como diretor. Como o Sr. Alexandre preside o Sindicato há 18 anos e o

mandato é de três anos, ele conhece o Sr. José Cristóvão há, no mínimo 21 anos, mas não conhece a voz dele, nem mesmo quando esse se identifica pelo nome completo.

O representado ouviu a gravação de fls. 177/179:

“Voz masculina - Ipiranga bom dia.

Outra Pessoa - Bom dia, quem que eu falo?

Reginaldo - Reginaldo.

Outra Pessoa - Seu Carione se encontra?

Reginaldo - Só um minuto por favor (espera).

Alexandre - Alô.

Outra Pessoa - Seu Alexandre?

Alexandre - Pois não, só um minutinho. (fala com alguém ao fundo - Não depois eu levo, tá.)

Alexandre - Tá. Pois não.

Outra Pessoa - Oi Alexandre, Cláudio.

Alexandre - Fala Cláudio.

Cláudio - Tudo bem?

Alexandre - Tudo certinho.

Cláudio - Tá é o seguinte, o Alex tá aqui com um e trinta e um (1,31) a trinta e um (31) e aí não dá pra continuá, né. Eu a ..

Alexandre - Não mais eu vô ..

Cláudio - Chegasse a falá com ele?

Alexandre - Não, vô falá agora.

Cláudio - É?

Alexandre - É.

Cláudio - Tá.

Alexandre - Tu pode aguardá uns dez minutinho, já te telefono.

Cláudio - Tá. E aí eu .. segunda ..

Alexandre - Aonde tu tá? Não o .. segunda é o seguinte aí tem .. eu tô no celular ..

Alexandre - Tá.

Cláudio - ..nove nove oito dois, zero um sete um (9982.0171)

Alexandre - Tá.

Cláudio - Aí tem o Zapelini que ficá um e trinta e quatro (1,34) ..

Alexandre - Tá, ele não chegá, eu já telefonei.

Cláudio - ... tem o Fausto ..

Alexandre - Já telefonei, não chegô.

Cláudio - E tem o Túlio.

Alexandre - Tá, não vã .. não posso muda, o Túlio eu mando em seguida.

Cláudio - Então tá bom.

Alexandre - Tá bom?

Cláudio - Beleza.

Alexandre - Mais eu vô telefoná já pro Alex., tá?!

Cláudio - Tã tá bom. Um abraço.

Alexandre - Até já então.

Cláudio - Dá .. dás um retorno pra mim, né?

Alexandre -Dô, dô, dô, tá okei

Cláudio - Tá okei.

Alexandre- Tá.

Cláudio - É porque é o seguinte, tem que dizê pra eles. . .

Alexandre - Hã.

Cláudio - .. que é o jeí... essa é o jeito de segurá, entendeu?

Alexandre - Tá.

Cláudio - Não tem .. por que senão.. não .. aí vai desgringolá mesmo, vai pra um e dezoito (1,18) aí tá perdido.

Alexandre - Tá. Eu vô perguntá pra ele ..

Cláudio - Hã.

Alexandre - Por quê que ele chegá a esse valor aí, qual é o . .

Cláudio - Não. Ele chegô porque o Zezinho botô um e trinta e um (1,31) ônte.

Alexandre - Não, mais ele nunca me fala do Zezinho, ele fala do Tadeu.

Cláudio - É mais o Tadeu táva um e trinta e cinco (1,35), nós táva tudo parado aqui.

Alexandre - Pois é, exatamente.

Cláudio - Né?

Alexandre - Por isso é que ele .. por isso é que eu quero sabê porquê que...

Cláudio - E lá em Barreiros, eles tão resolvendo pra comitiva lá, pra resolvê...

Alexandre - E um e trinta e cinco (1,35)

Cláudio - ... até à nove e meia tá tudo pronto. É.

Alexandre - Isso, isso.

Cláudio - Tá okei?

Alexandre - Até já então.

Cláudio - Beleza então. Um abraço.

Alexandre - Tás igualmente.

Cláudio - Tchau! Tchau!

Alexandre - Tchau!"

Perguntado se conhecia algum Reginaldo, o qual aparece na gravação, disse que o gerente de seu posto possui esse nome e que seu posto chama-se Ipiranga. Logo em seguida, disse que o gerente do posto do seu irmão Fausto tem o mesmo nome, mas que o nome do posto de seu irmão é Avenida. Sobre essa gravação, onde aparece uma pessoa que se identifica como Alexandre, mas que o depoente não identifica como sendo a si próprio, disse que o “Alexandre” pode ser uma pessoa que tenha se passado pelo depoente, possivelmente, “para poupá-lo”. Ora, poupá-lo de que? Do trabalho, talvez cansativo, mas certamente profícuo, de organizar um conluio para cometer atos ilícitos? Quem poderia ser o Reginaldo da gravação, senão o seu gerente e o Alexandre, o próprio depoente?

O representado admitiu, mais uma vez, a possibilidade de que seja a sua voz uma das presentes nas gravações transcritas às fls. 748/758, mas acha que tais diálogos não têm qualquer conteúdo ilegal, quando é óbvio que se tratava de uma conversa de conteúdo ilícito.

O depoente informou que as mensalidades do sindicato são pagas no seu posto ou na sede da entidade, mas que o serviço de cobrança de cheques funciona no seu posto, o que confirma a impressão que o sindicato se confunde com a empresa e a pessoa do Sr. Alexandre.

Tentando achar uma saída para o inexplicável, disse que, embora ache que ninguém na categoria teria o mesmo poder de argumentação e os mesmos contatos que ele, o tema “combustíveis” está hoje tão em voga na mídia, que qualquer pessoa poderia ter os diálogos que ouviu nas gravações e se passar pelo depoente. Não lhe é possível dar qualquer crédito nessa afirmação também. O conteúdo dos diálogos é arrasador. Ninguém além do Sr. Alexandre Carioni poderia ter pronunciado as palavras registradas, com tantos detalhes e com tantos interlocutores diferentes, usando aquele telefone. E não aparece apenas ele nas gravações. Nos diálogos surgem seu irmão, seu primo, sua esposa, seu filho, seu gerente e claro, seus companheiros de conluio. E esses são apenas os identificados, quiçá haja outros.

Uma curiosidade que se nota nas transcrições das fitas do Ministério Público é que, das 50 gravações em que aparece o Sr. Alexandre Carioni, em 21 delas ele começa cumprimentando o outro interlocutor com a expressão “tudo certinho”, ou seja, é uma forma particular que o representado tem de cumprimentar e que reforça a convicção de que as gravações são, realmente, da mesma pessoa.

No tocante ao dia 21 de junho de 2000, confessou lembrar-se que um número significativo de postos de Florianópolis amanheceu praticando o mesmo preço, correspondente a R\$1,34 (um real e trinta e quatro centavos), para a gasolina. Em busca de um álibi semelhante ao do Sr. Cláudio, disse que nesse dia não estava na cidade e atribui essa semelhança de preços ao fato de as distribuidoras terem cessado a guerra de preços. Isso, como se, num passe de mágica, as distribuidoras tivessem tomado essa decisão e, no meio da noite, os postos tivessem tomado conhecimento disso, para amanhecer todos, sem se comunicar entre si, praticando preços iguaizinhos. Inverossímil demais para merecer crédito.

O depoente atribuiu o farto noticiário da imprensa a respeito de um possível cartel de preços ao fato de um dos principais jornais de Santa Catarina ter feito uma proposta aos postos no sentido de que esses adquirissem exemplares do jornal para distribuir gratuitamente aos clientes que abaste-

cessem nos postos participantes da promoção. Como tal proposta não foi aceita pelos proprietários dos postos, o noticiário negativo em relação à categoria seria uma represália por parte do jornal e do grupo empresarial ao qual o mesmo pertencia. Essa mesma explicação foi dada pelos representantes Maria Inez Koerich Vieira, Gilberto Rollin, Zoélio Hugo Valente e Tadeu Emílio Vieira. Ora, de fato, muitas vezes jornais cometem equívocos, exageram, mas é muito improvável sustentar um farto noticiário durante semanas sem a existência de nenhum fato concreto que o sustente. Afinal, os levantamentos de preços do Procon divergem frontalmente dos fatos noticiados? Foi a imprensa quem colocou os consumidores em longas filas diante do Posto Angeloni? É possível que houvesse animosidade entre a imprensa e alguns donos de postos e talvez isso tenha aumentado o interesse dos jornais em fazer a cobertura, mas não é plausível que tudo seja simples invenção.

2.3 Da Pertinência do Parecer da SEAE

É fato que o direito é uma arte, pois comporta os mais diversos tipos de raciocínios e interpretações, que traduzem exatamente a dinâmica e beleza dessa ciência. Porém, existem limites.

O representante do Sr. Cláudio Pereira quis fazer acreditar que a SEAE não possui competência para emitir parecer em Processos Administrativos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico. Acrescenta que seu argumento fundamenta-se na letra do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Os atos de que trata o art. 54 da Lei 8.884/94 se referem a atos de concentração econômica. Ou seja, atos de concentração (fusão, incorporação, joint ventures, etc) entre agentes econômicos, e não condutas, práticas anticoncorrenciais previstas no art. 21 do mesmo diploma legal.

A SEAE em momento algum ultrapassou suas atribuições, como imagina o representado. É obrigação da SDE informar a SEAE dos processos administrativos que aqui tramitam, “para, querendo, emitir parecer sobre as matérias...” (art. 38 da lei nº 8.884/94). Assim sendo, a presença do parecer da SEAE está amparada em lei, pelo que o pedido de desentranhamento do referido parecer dispensa maiores argumentações.

Ao final o representado requereu que fosse revogado o despacho do Secretário de Direito Econômico que indeferiu a produção de provas dos representados, bem como que ele determinasse o desentranhamento do parecer da SEAE e abrisse novo prazo para produção de provas.

O despacho a que se referem os representados foi devidamente fundamentado nas razões expostas na nota técnica emitida por esta Secretaria, dispensando-se a repetição dos comentários já aduzidos.

O último pedido (novo prazo para produção de provas) também não deve ser deferido por não encontrar guarida na legislação vigente. A procuração juntada demonstra a vontade dos representados que a assinaram de verem suas defesas serem patrocinadas pelo outorgado. Porém, suas manifestações devem se ater ao momento processual em que se encontra o feito. Logo, não caberia retroceder a fase instrutória, simplesmente porque houve o ingresso de um novo representante legal.

2.4. Do Descabimento dos Pedidos de Oposição

A Lei nº 8.884/94 não menciona a figura processual da oposição. Portanto, para analisar o pedido dos representados, é necessário recorrer ao CPC.

Oposição é uma figura processual na qual um terceiro, interessado no objeto em disputa por autor e réu no âmbito de uma ação judicial, interfere, pedindo para si o objeto disputado. Assim, não se admite oposição em Processo Administrativo e, ainda que isso fosse possível, não se admite a oposição por parte de réu ou, no caso, por parte do representado.

A esse respeito, ensina Nelson Nery Jr.^{5[5]}:

“1. Natureza Jurídica. A oposição é instituto de intervenção de terceiros que tem natureza jurídica de ação judicial de conhecimento ajuizada por terceiro (oponente) contra autor e réu (opostos), em litisconsórcio passivo necessário. Forma outra relação processual em processo alheio.....

.....

3. Objeto Controvertido. Na verdade, o oponente não concorda com o pedido do autor e deduz pretensão contra este e contra o réu. Deseja o direito ou coisa disputada em juízo...

.....

^{5[5]} Nery Jr., Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade – Código de processo Civil Comentado, 4ª edição revista e ampliada, Editora revista dos Tribunais, 1999, São Paulo, fl. 488

4. Requisitos.....b) que o oponente deduza pretensão contra autor e réu ao mesmo tempo;.....d) que seja deduzida antes da sentença de primeiro grau.....”

Como se observa, a oposição não cabe em processo administrativo. Além disso, não é possível a sua pretensão por parte daqueles colocados no pólo passivo da ação. Também não é apreciada no mesmo processo, constituindo outro feito. Por fim, a SDE não profere sentenças, mas tão somente pareceres de caráter não vinculativo. É de se notar que, no presente caso, admitir a oposição seria o mesmo que admitir que os representados estão peticionando contra si próprios, o que é, obviamente, absurdo.

No que se refere aos documentos citados de fls. 1.852 a 1.865, são ofícios enviados à ANP, solicitando elementos para instrução do processo, e suas respectivas respostas. Quanto aos pedidos de vistas constantes das referidas petições, é importante mencionar que os autos sempre estiveram à inteira disposição dos representados, tendo sido deferido o último de cópias em 12 de junho último (fls. 2.018), após a publicação do despacho determinando prazo para apresentação de alegações finais.

No que concerne aos “prejuízos” do Auto Posto Santa Mônica, faz-se necessário salientar que: a) não foi mencionada a medida governamental que o prejudicou; b) a sede adequada para a discussão desses prejuízos não é o presente Processo Administrativo; c) o instrumento processual invocado não é o adequado; d) o direito em disputa nesse processo não pode ser invocado pelo Auto Posto Santa Mônica, pelo que seu pedido de oposição é juridicamente impossível.

Assim sendo, por todas as razões já expostas, todas as doze petições constantes às fls. 2.019 a 2.050 devem ser indeferidas.

3. DAS ALEGAÇÕES FINAIS

3.1.1. Das Alegações Finais do Sr. Cláudio Luiz Pereira (e seus postos)

Não podem ser acatadas as alegações trazidas pelo Sr. Cláudio Luiz Pereira e os postos sob seu controle, vez que, como já dito várias vezes as gravações foram obtidas com autorização judicial competente e a fé de ofício do Ministério Público é presumida. Por conseguinte, não há qualquer elemento que autorize a presunção de que as gravações foram adulteradas de forma desonesta, como insinua o representado às fls. 2.053.

Jamais houve qualquer impedimento à produção de provas. O que houve foi a tentativa de um grupo de representados de tumultuar o andamento do processo, vez que, na ausência de um bom direito, só lhe restava agir no sentido de tentar postergar ad eternum o andamento do feito. Nessa armadilha a autoridade não se deixou apanhar, mesmo porque, nos autos há provas à farta, para a condenação dos representados.

Também não prospera a sua argumentação no sentido de que a autoridade teria presumido um “temor reverencial” dos donos de postos em relação ao Sr. Alexandre Carioni. Jamais houve essa presunção. O que se encontra nos autos são ameaças de morte feitas por um parente do Sr. Carioni, que trabalha com o mesmo, a partir do seu estabelecimento e usando o telefone de propriedade daquele. Além disso, para que um cartel se forme não é necessário temor reverencial algum. Basta o temor aos riscos que implica a concorrência, ou seja, o cartel surge, basicamente, da comunhão de interesses em eliminar riscos. As ameaças são apenas mais um recurso dos que desejam fraudar a concorrência, usado para submeter os recalitrantes que se negam a entrar no conluio (ou não concordam com a forma do mesmo) à sua decisão de praticar o ilícito.

As alegações de que não houve uma formação de um grupo de comando ilícito afronta a realidade e tudo o que se pode ler nos autos. É absolutamente cristalino que havia um comando e que esse comando se centrava no posto do Sr. Alexandre Carioni. Que a partir dali eram tomadas as medidas para se chegar a um conluio e fiscalizar, pressionar, a todos que não se comportassem conforme combinado.

Também descabe a afirmação de que não teriam aparecido as pessoas que obedeceram ao tal comando. Ora, mas se no dia 21 de junho de 2000 os quase todos os postos amanheceram praticando preços idênticos e ninguém entre os representados foi capaz de explicar tal “coincidência”, como não concluir que havia um grupo no comando da ação colusiva e que esse grupo foi capaz de impor a sua vontade aos demais agentes do mercado?

Além disso, diante das ameaças praticadas por algumas pessoas ligadas aos representados, dificilmente alguém se disporia, de bom grado, a testemunhar e depois ficar com o ônus de ter sido o responsável pela condenação

de tal grupo, arcando sozinho com os riscos de tal atitude, por mais digna que fosse. Por fim, o aparecimento de tal pessoa (ou pessoas) é inteiramente dispensável para a comprovação da conduta infrativa. Aqui não se está apurando um homicídio, no qual se aplica a máxima “se não há corpo, não há crime”.

Também não pode ser aceita a alegação de que não houve eliminação parcial da concorrência. Inicialmente, ainda que isso não tivesse ocorrido, a infração estaria caracterizada, conforme se depreende da leitura do caput do art. 20 da Lei nº 8.884/94. Mais ainda, a simples igualdade de preços, arquitetada no conluio já demonstram o objetivo do mesmo, mormente quando se sabe que o preço é um dos mais fortes elementos no processo competitivo. Isso, aliás, é afirmado peremptoriamente pelos representados nos seus depoimentos. Ora, se o preço é capaz de fazer o cliente mudar de fornecedor, a sua igualdade visa, exatamente, a retirar o estímulo do consumidor em buscar outro fornecedor, ou seja, visa reduzir as possibilidades de disputa pelo cliente. Quando essa igualdade deriva de uma combinação, como é o caso, caracterizado está o cartel.

Por fim, quanto às acusações genéricas contra as representadas não há o que dizer, vez que as acusações carecem, não só de uma definição mais clara de quais infrações estariam sendo cometidas e de elementos fáticos que as comprovem. Além disso, nesse processo os representados não são as distribuidoras de petróleo, pelo que não caberia analisar a ação dessas empresas sobre o mercado no presente feito.

3.1.2. Das Alegações Finais do Sr. José Cristóvão Vieira e do Jóia Posto Ltda.

Inicialmente, a celebração de compromisso de cessação não é um direito líquido e certo do administrado, como imaginam os representados. Depende de coincidência de vontades entre o administrado e a Secretaria de Direito Econômico ou o CADE. No caso específico, não há sentido num compromisso de cessação (o qual não implica confissão da ilicitude da conduta e acarreta a eliminação da punibilidade), vez que há provas suficientes para a condenação dos representados. Elaborar um compromisso de cessação, nessas condições, seria cometer prevaricação, pois implicaria deixar de cumprir mandamento legal (a punição da infração) quando há a certeza da ilegalidade da conduta, conforme dispõe o Parágrafo Único do art. 40 da Portaria MJ nº 849/00.

Deve-se notar, ainda, que a norma referente ao compromisso de cessação, contida no art. 53 da Lei nº 8.884/94, com nova redação, é de caráter processual, passando os seus efeitos a vigorar na data de sua publicação. Assim sendo, a elaboração de tal compromisso pela SDE, ou mesmo pelo CADE, se constituiria em ato ilegal.

A alegada ilicitude das gravações obtidas pelo Ministério Público é uma argumentação que já foi exaustivamente rejeitada, sendo despiciendas novas explicações sobre o tema. Por conseguinte, sobre as outras provas obtidas a partir das gravações (como os depoimentos pessoais dos representados) também não paira qualquer vício.

Quanto às perícias requeridas, essas são absolutamente desnecessárias, vez que neste processo não se apura as ações das distribuidoras de petróleo, que se contiverem algum ilícito, o mesmo deverá ser apurado em procedimento próprio. Tampouco se apura se em outros períodos de 2000 os representados agiram conforme a lei, ou pagam corretamente os seus impostos. A esta Secretaria interessam as ações dos representados que ferem a lei e são essas ações o objeto deste processo.

Os representados se contradizem ao afirmar que o MME e a ANP sugerem o alinhamento de preços ao propor a margem de quinze centavos para a gasolina (o que, aliás, não é verdade), vez que a ser seguida essa margem os preços nunca seriam iguais. É verdade que o alinhamento de preços, por si só, não prova a existência do cartel. O alinhamento injustificado de preços (em valor e/ou data, por exemplo) é sintoma de cartel. Por isso, esta SDE precisou de outras provas para demonstrar a conduta ilícita dos representados e as provas vieram de várias maneiras, entre as quais os depoimentos cheios de contradições, como o do Sr. José Cristóvão Vieira.

Quanto ao poder de mercado dos representados, tal aspecto também já foi abordado nas Notas Técnicas que estão presentes nos autos, sendo desnecessário repeti-lo aqui.

No que tange à ausência de análise econômica, realmente não foi feita a que os representados desejavam, vez que a mesma era desnecessária para caracterizar a sua infração. A costura de “estorinhas” a partir do depoimento dos representados foi o resultado dos tais depoimentos. Se naquele momento os depoentes só contaram “estorinhas” inverossímeis, só resta a esta SDE registrá-las e apontar as suas incongruências. Aliás, os representados esquecem que a infração apurada caracteriza crime, devendo, também, ser apurada na esfera policial e penal, como, aliás, já ocorre.

No que tange à independência em relação aos demais participantes, ao longo do processo se pode comprovar que essa independência pode ter ocorrido em outros momentos, mas que as divergências entre o Sr. José Cristóvão e os demais era referentes apenas aos preços que ele praticaria no seu posto, vez que ele exigia, para aderir ao conluio, poder praticar um preço um ou dois centavos menor que os demais.

Pelo exposto, pode-se concluir que não cabe a reabertura do presente processo, por falta de amparo legal, devendo o mesmo prosseguir o seu trâmite normal.

3.1.3. Das Alegações Finais dos Demais Representados

Inicialmente, é preciso esclarecer que a prova oral requerida pelos representados foi indeferida por ser impertinente e protelatória, com fulcro no que dispõe o art. 400, I, do CPC, vez que a prova documental já contida nos autos e os depoimentos dos próprios representantes são suficientes para a elucidação dos fatos e sua autoria. Com efeito, o acervo probatório do processo administrativo compreende:

- a) gravação de interceptação telefônica autorizada judicialmente;
- b) depoimentos dos representados perante o MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis, onde os próprios representados confirmaram a autenticidade dessas gravações telefônicas;
- c) depoimentos dos representados perante a SDE, e
- d) outros documentos que acompanharam a representação do Ministério Público no Estado de Santa Catarina, como pesquisas de preços de combustíveis demonstrando os efeitos do cartel formado pelos representados.

Como já esclarecido na nota de indeferimento das oitivas, três das testemunhas arroladas (Srs. Luiz Gil Siuffo Pereira, Aldo Guarda, José Alberto Paiva Gouveia) não residiam em Florianópolis, não tendo presenciado os fatos investigados no processo. As outras duas testemunhas, Srs. Edson Andrião Andriano Oliveira e Gervásio José da Silva, ambos deputados federais, embora oriundos de Santa Catarina, também não participaram dos fatos investigados nem os presenciaram, vez que ambos residem em Brasília.

Aliás, os argumentos trazidos a justificar a “pertinência” do testemunho dessas pessoas já autorizam desde logo a sua refutação: a) não interessa ao

processo uma mera descrição do funcionamento do mercado de combustíveis no país ou em Florianópolis; b) tampouco tem serventia conhecer do que se tratou na audiência pública da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina no dia 22 de maio de 2000 ou em outras datas.

Como se sabe, o cartel é um crime contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90) e um ilícito administrativo (Lei nº 8.884/94, art. 20, I, c/c art. 21, I) consistente na conduta de combinar, ajustar ou fixar, em acordo com concorrente, preços de bens ou serviços ofertados no mercado. Dessa forma, a prova legal do cartel consiste na demonstração dessa combinação ou acordo de preços entre concorrentes. Tudo o que não for relacionado a isso é irrelevante no processo, seja ele administrativo ou penal.

Daí pode-se claramente compreender a impertinência da prova oral requerida pelos representados: as testemunhas que pretendem ouvir, segundo se infere pelos argumentos apresentados na exordial do presente, nada terão a dizer sobre a existência ou não dessa combinação de preços. Aliás, os próprios representados confessaram a combinação preços que faziam seja por meio da interceptação telefônica autorizada judicialmente, seja pela confirmação da autenticidade dessa escuta, feita perante as autoridades criminais de Florianópolis.

Além disso, a alegação de que essas pessoas conhecem profundamente o mercado de combustíveis não pode ser considerada como elemento a justificar a pertinência da prova oral. Afinal, o papel das testemunhas no feito não é o de perito. No processo não se busca conhecer o funcionamento daquele setor econômico, mas apurar a formação, ou não, de um cartel.

A simples participação de alguns dos arrolados em reuniões na Assembléia Legislativa de Santa Catarina não indica que soubessem o que os donos de postos faziam nos bastidores (combinar preços). Além disso, é sabido que houve uma série de reuniões com o Deputado Estadual Nelson Goetten, mas também não é esse o objeto do processo, vez que naquelas reuniões não se tratava de cometer ilícitos administrativos capitulados na Lei nº 8.884/94, nem de tipos penais descritos na Lei nº 8.137/90.

Aquelas conversas não eram ilegais, ao contrário do que se investiga no âmbito do processo administrativo. Assim, não se apura o tema das reuniões na Assembléia Legislativa, mas o que ocorria fora das tais reuniões, os ilícitos perpetrados pelos representados, exaustivamente provados nos autos, inclusive por meio de interceptação telefônica autorizada pelo juiz competente.

A Lei nº 8.884/94 prevê que os representados possam arrolar até três testemunhas, que deverão ser ouvidas em local e horário a ser determinado pelo Secretário de Direito Econômico. Dispõe o art. 37 do referido diploma legal:

“Art. 37. O representado apresentará as provas de seu interesse no prazo máximo de quarenta e cinco dias contado da apresentação da defesa, podendo apresentar novos documentos a qualquer momento, antes de encerrada a instrução processual.

Parágrafo Único. O representado poderá requerer ao Secretário da SDE que designe dia, hora e local para a oitiva de testemunhas, em número não superior a três.”

Observe-se que os representados arrolaram cinco testemunhas, cuja oitiva foi inicialmente deferida. Poderia o Secretário da SDE ter indeferido, de plano, duas delas, entre as quais os deputados federais. Aliás, a oitiva dos dois últimos arrolados (precisamente os deputados federais) só foi deferida inicialmente por se imaginar que ambos eram pessoas que viviam em Florianópolis e poderiam esclarecer melhor os fatos sob investigação. Todavia, os representados agiram com inquestionável má-fé, possivelmente por saberem que, carecendo de um bom direito, só lhes restaria postergar, ao máximo, o andamento regular do processo.

Note-se que das cinco testemunhas nomeadas, nenhuma delas reside em Florianópolis. Ora, com que intuito as escolheram? Afinal, para o melhor esclarecimento dos fatos seria óbvio que se buscasse alguém que tivesse vivenciado os acontecimentos de perto, que residisse em Florianópolis, mas preferiram pessoas que “conhecem bem o mercado” mas que não viram o que se passava no caso concreto (prática de combinação de preços provada por interceptação telefônica).

Além disso, omitiram a condição de deputados federais de duas das testemunhas, o que só vieram a revelar na tarde de 26 de janeiro, na sexta-feira anterior aos depoimentos que se iniciaram na manhã de 29 de janeiro do corrente, quando já não haveria mais tempo hábil para alterar qualquer intimação. A alternativa para esta Secretaria seria o simples cancelamento das oitivas das testemunhas, o que terminou por acontecer.

Note-se que a Portaria MJ nº 849/00 dispõe que as testemunhas têm que ser intimadas com, no mínimo, três dias de antecedência. A intimação dos deputados federais (e dos demais arrolados) foi feita por fax com muita antecedência (em 15 de janeiro de 2001, para oitivas em 01 e 02 de fevereiro), mas os deputados não alegaram as prerrogativas estabelecidas no art. 411 do CPC e os representados só se “lembraram” desse aspecto na

undécima hora. Ressalte-se que os representados apresentaram os deputados como “comerciantes” e forneceram endereços de Florianópolis, quando deputados federais tem a prerrogativa de depor conforme o seu domicílio e não conforme o local onde têm negócios. Por que teriam os representados fornecido o endereço comercial e não o domiciliar dos deputados (ou até mesmo o endereço da Câmara dos Deputados), senão para induzir a autoridade a erro? Por que, ao arrolá-los como testemunhas, omitiram exatamente a prerrogativa que definiria o local para o depoimento?

Verifique-se, ainda, que os deputados federais têm outro privilégio legal, que é o de marcar a data dos seus depoimentos e não há como obrigá-los a depor em data que não se disponham a fazê-lo (art. 411, Parágrafo Único do CPC). Ou seja, basta que o deputado não encontre, conforme a sua agenda, data adequada para o seu depoimento, que o processo ficará parado, indefinidamente. Essa é mais uma razão que caracteriza a atitude dos representados, ao escolher tais testemunhas, como de caráter exclusivamente protelatório.

Ressalte-se que um dos deputados federais arrolados diz, em declaração datada de 06 de abril do corrente ano (juntada às fls. 30 do Volume Apartado), que tem interesse em depor. Além da estranheza do fato de uma testemunha se manifestar “interessada em depor” e justificar tal interesse pelo fato de ser dono de um “conhecimento capaz de informar e instruir o processo”, cabe reiterar, que o conhecimento de mercado dessa testemunha não interessa ao processo, que apura, como dito várias vezes, a combinação de preços praticada pelos representados e não aspectos genéricos de funcionamento do mercado de combustíveis.

A alegação de que informaram o endereço comercial dos deputados porque o CPC não determina que sejam intimados na sua residência só serve para confirmar a má-fé dos representados. Se é verdade que o CPC não contém tal determinação, é óbvio que cabe às partes que desejam se defender, prover a autoridade dos meios mais fáceis de localização das testemunhas que fortalecerão a sua defesa. Como não é plausível que alguém arrole testemunhas imaginando que elas irão incriminá-lo, uma atitude como essas, de informar como endereço de uma testemunha um local diverso daquele em que ela reside, omitindo uma prerrogativa legal da maior importância, só é compreensível numa hipótese: os acusados não querem que o depoimento ocorra, para depois alegar, como já o fazem, cerceamento de defesa, que geraria nulidade processual e sua impunidade em relação aos delitos soberbamente provados ao longo do processo. A omissão da condição de parlamentares e a diversidade de endereços fazem parte de um estratagema anti-

go, o de cometer um erro para depois tentar beneficiar-se disso. Um ardid tão malicioso não pode ser admitido pela autoridade.

A alegação de que a condição de deputados dos Exmos. Srs. Edson Andriano e Gervásio Silva é pública e notória não procede. Ninguém é obrigado a conhecer os 513 deputados federais e não há qualquer certeza de que nenhum deles tenha homônimo (ou mesmo um filho ou pai com o mesmo nome), mormente quando os representados dão o endereço em uma cidade e a testemunha reside em outra. Além disso, cabe às partes qualificar as testemunhas que arrolam e não à autoridade adivinhar onde residem e que profissão ou atividade exercem. Mais ainda, mesmo que os referidos parlamentares sejam notoriamente conhecidos, não é obrigação da autoridade saber que eles estão no exercício dos seus mandatos podendo estar ocupando Secretarias de Estado, estar licenciados, ou mesmo ter renunciado aos seus mandatos para assumir outros (como, por exemplo, o de prefeitos).

Argüir que os deputados arrolados estavam presentes em Florianópolis à “época dos fatos autorizadores da abertura do Processo Administrativo” é, também, uma alegação inaceitável, ainda mais com a justificativa de que “a testemunha Gervásio José da Silva esteve presente na noticiada Audiência Pública realizada em22 de maio de 2000”. A esta altura, não é possível que os representados não saibam porque estão sendo investigados. O processo, como já dito, não versa sobre a referida audiência pública, mas sobre uma combinação de preços ocorrida fora dela.

Quanto aos demais arrolados, os representados peticionaram no sentido de que fossem ouvidos por meio de carta. Inicialmente, uma oitiva procedida dessa maneira teria pouquíssimo a acrescentar, ainda mais em se tratando de pessoas que não presenciaram os fatos sob apuração nem vivem na cidade em que os acontecimentos investigados se sucederam. Se as testemunhas têm algo a dizer e admitem fazê-lo por escrito, estranha-se o fato de que os representados não tenham, jamais, apresentado nos autos tais esclarecimentos.

Os representados de tudo fizeram para protelar a instrução processual. Não bastasse a astuciosa manobra com as testemunhas, alegaram que o Sr. Alexandre Carioni, presidente do Sindicato representado, havia sido “convocado” para participar de uma reunião no Rio de Janeiro na data da sua oitiva e que, por isso, não poderia comparecer à oitiva na data marcada. Note-se que a tal “convocação” era um convite da Fecombustíveis, ou seja, de uma entidade privada, para tratar de assuntos de interesse igualmente privado.

É tal a presunção dos representados de que se encontram acima da lei, que imaginaram que uma “convocação” da sua entidade de classe serviria como escusa para não atender a uma intimação, da autoridade legalmente competente, para prestar depoimento em processo no qual o representado figura no pólo passivo. Ou seja, o Sr. Carioni se dispunha a depor, mas quando houvesse espaço na sua agenda. Para evitar qualquer alegação cavilosa de cerceamento de defesa e havendo tempo disponível (em razão do cancelamento dos depoimentos das testemunhas), preferiu o Secretário de Direito Econômico não manter a data da oitiva e não aplicar a multa cominada em lei pelo não comparecimento do Sr. Alexandre Carioni, alterando a data para um dia no qual o representado não teria desculpas para o seu não comparecimento.

Quanto às contribuições que as testemunhas arroladas teriam a fornecer acerca do mercado de combustíveis, nada impediu os representados de agregá-las às suas alegações finais. Por que não o fizeram? Poderiam tê-lo feito já, aqui, mas não é possível encontrá-las nos autos. Contudo, ainda poderão trazê-las na época em que o processo estiver tramitando no CADE. As referidas testemunhas poderão ser ouvidas naquele Egrégio Conselho e os representados poderão lá tentar provar a licitude das conversas entre os representantes, quando esses combinavam preços, faziam ameaças e, enfim, montavam o seu conluio criminoso, em proveito próprio e em prejuízo da comunidade florianopolitana. Oportunidade não lhes faltará por certo, para apresentar as suas teses, pelo que não há como aceitar o argumento do cerceamento de defesa.

É indispensável ressaltar que a produção de provas não é uma etapa interminável do processo. Não é cabível que o acusado exija sempre mais e mais provas quando já as há em medida suficiente para a conclusão do feito. A propósito, dispõe o CPC no seu art. 400:

“Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispendo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

I- -já provados por documento ou confissão da parte:

.....”

No caso em tela, há centenas de páginas com transcrições de gravações de conversas autorizadas judicialmente, cuja autenticidade os representados reconheceram em juízo em depoimento no Processo Criminal nº 179/00 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis (fls. 1781/1797 dos autos do Processo Administrativo), embora, com impressionante desfaçatez, as te-

nham negado^{6[6]} nos depoimentos prestados à SDE. Este é mais um ponto a ressaltar: todos os representados foram ouvidos e não é possível que qualquer testemunha saiba melhor do que eles o que eles fizeram, conversaram, tramaram.

Finalmente, após o depoimento dos representados, constatou-se a profusão de contradições e a impossibilidade de se justificar como lícita a sua conduta, tornando-se impertinente e protelatória a oitiva das testemunhas então arroladas, que, claramente, nada de útil teriam a dizer sobre os fatos objeto do processo.

Como aduzido, as gravações telefônicas são uma prova esmagadora. O que poderiam dizer as testemunhas? Que tais conversas não existiram? Que o conteúdo das mesmas era lícito? Que os preços dos combustíveis não foram alinhados em 21 de junho de 2000 na cidade de Florianópolis, apesar da prova documental desse fato? Que tal alinhamento ocorreu por mera coincidência? Que ninguém ameaçou ninguém? Ora, se evidentemente não podem afirmar nada disso em favor da defesa dos ora representados, seu depoimento é inútil como prova. Seu conhecimento do mercado de combustíveis pode ser até útil, mas não para o processo administrativo.

Frise-se, mais uma vez, que não se investiga o funcionamento desse mercado, mas a ação dos representados sobre esse mercado. Se os depoentes têm alguma acusação a fazer às distribuidoras de petróleo, podem fazê-lo em outro procedimento, bastando representar junto à SDE, que dará o encaminhamento de praxe à denúncia.

É importante mencionar que as provas disponíveis são tão abundantes que, não apenas as testemunhas arroladas pelos representados foram dispensadas, mas também aquelas arroladas pelo representante, o Ministério Público. Assim, pugnar por produzir mais provas, sabendo (como certamente o sabem os representados) que tais provas são inservíveis para o seu desiderato, configurava-se como atitude meramente protelatória, caracterizadora de litigância de má-fé.

Quanto à alegação de que teriam sido juntados documentos “dos quais não foi aberto vista aos Representados”, tal afirmação é absolutamente descabida, vez que os autos estão permanentemente disponíveis para vistas e cópias, conforme o sabem os representados, vez que obtiveram cópias dos mesmos quantas vezes necessitaram e requereram. A insistência na tese de que seria necessária nova instrução processual, decorrente dessa imaginária

^{6[6]} O Sr. Alexandre Carioni e o Sr. Gilberto Rollin admitem a possibilidade, em algumas das conversas gravadas, de que as vozes registradas sejam, efetivamente, deles.

falta de vistas, é tão desprovida de sentido que só pode ser entendida como mais uma tentativa, ainda que desesperada, de delongar a instrução do feito.

Quanto à representação trazida pelo Ministério Público, é de se notar que a SDE não a considerou como verdade a priori, mas apenas diante das provas e dos fatos ocorridos ao longo da instrução chegou à conclusão da culpabilidade dos representados. Feita uma acusação, a qual veio acompanhada de provas, lhes caberia demonstrar que as provas não serviam para comprovar a acusação, seja por um erro formal ou material contido nas mesmas. Como tal não conseguiram, não restam dúvidas sobre a culpabilidade dos representados. Além disso, a Nota Técnica que fundamentou o Despacho que determinou o prazo para alegações finais continha 149 páginas, nas quais são relatados todos os fatos até então acontecidos no presente processo, sem contar a análise minuciosa de todos os fatos trazidos, incluindo as atas das oitivas dos representados. Lá se pode constatar que a representação do Ministério Público não é o único elemento usado para adoção do convencimento desta SDE.

Por oportuno, ressalte-se não é necessário que haja sentença criminal transitada em julgado para que se possa conferir credibilidade às informações acostadas pelo Ministério Público. De fato, a sentença definitiva confirma a autoria dos agentes e produz a aplicação de sanção na esfera criminal. Contudo, a absolvição criminal pode ocorrer em decorrência de outro fato (algum aspecto processual, por exemplo) e não necessariamente por ser inverídica a acusação. Além disso, não existe relação de vínculo necessário entre a esfera penal e a esfera administrativa, vez que a absolvição criminal não elimina a possibilidade de condenação na outra jurisdição, salvo se constatada a inexistência do fato ou da autoria.

No que tange à alegação de que os representados não reconheceram as gravações, trata-se de afirmação igualmente sem fundamento. Primeiro, porque esse reconhecimento já havia sido feito em juízo, onde disseram que nelas não havia nenhum conteúdo comprometedor. Segundo, porque é desnecessária a confissão dos representados, diante da existência de outras provas. Afinal, a simples negação pelos acusados não tem o condão de apagar os sons registrados, frise-se, legitimamente, nas fitas. Além disso, ninguém é obrigado a fazer prova contra si próprio e, portanto, a confissão, além de despicienda, não era esperada. Finalmente, as gravações e as circunstâncias em que ocorreram, como já exaustivamente demonstrado, não dão margem à mínima dúvida que pudesse vir a socorrer os representados: as gravações são, sim, das vozes dos representados e mostram, sim, a sua participação num conluio ilícito.

Ademais, admitir que a negativa de autoria fosse suficiente para inocular alguém seria a forma mais rápida de resolução dos processos administrativos que tramitam nesta Secretaria. Porém, não se pode considerar esse tipo de devaneio na apuração de infrações à ordem econômica.

Quanto à suposta ausência de poder de mercado dos representados, essa é uma questão que já foi abordada em outros momentos nos autos. A aparente pequena participação de mercado dos postos representados é compensada pelo poder de articulação do Sindicato, que ao reunir, sob a influência direta do seu presidente, um número muito maior de postos, possibilita o exercício coordenado do poder de mercado, como, de fato, ocorreu em junho de 2000 em Florianópolis. Sem a participação do Sindicato, dificilmente alguém teria a liderança necessária para articular o conluio. A presidência da entidade é que deu ao Sr. Alexandre Carioni condições para liderar a conduta ilícita, vez que aos olhos de qualquer categoria profissional as decisões do sindicato tendem a oferecer uma aparência de legitimidade que uma voz isolada, geralmente, não possui. Os associados tendem a seguir as orientações do órgão de classe, mormente, como neste caso, tal atitude lhes traz lucros.

Quanto às manipulações da imprensa, essas não foram usadas como prova neste processo. Ou seja, a imprensa apenas refletia o verdadeiro clamor social que ocorria na cidade entre maio e junho de 2000 e o teor mais ou menos exacerbado do noticiário não era capaz de alterar as atitudes delituosas dos representados. Eles não fizeram um conluio por causa das manchetes da mídia. Não foi a imprensa quem os lançou no caminho do ilícito. Aliás, bem ao contrário, apesar de toda a pressão da imprensa e da opinião pública, não desistiram e levaram seu intento delituoso até o fim.

Contudo é importante frisar que é absurdo imaginar que todo o noticiário da imprensa, durante mais de um mês, com matérias diárias detalhadas, pudesse ter sido sustentado por período tão longo se não tivesse nenhuma base verídica. De todo modo, o destaque que os jornais atribuem aos fatos não é da alçada desta SDE, vez que não é nesta Secretaria que é feita a pauta das respectivas redações. Quanto ao que ocorre em Lages no setor de combustíveis, esta SDE ainda não foi comunicada formalmente de nenhuma conduta ilícita, e de qualquer forma isso não tem nada a ver com o presente caso.

Além disso, se realmente fossem os fatos investigados uma mera criação da imprensa e de políticos “sem o compromisso da verdade”, porque o Sr. Alexandre Carioni, em conversa com a Sra. Marlene, dona de posto em Florianópolis, disse, em alto e bom tom, quando por ela questionado se estavam agindo de modo errado: “é, um pouquinho nós tâmo, né!”.

No que tange à suposta “guerra de preços” promovida pelas distribuidoras, é de se ressaltar que tal tema não é objeto deste processo. Mesmo assim, é necessário mencionar que, se os donos de postos estavam se sentindo desconfortáveis com as suas distribuidoras, a solução dos problemas não poderia descambar para condutas à margem da lei.

O argumento de que os preços dos combustíveis deveriam sofrer poucas variações entre os diversos postos poderia ser aceito se não fossem dois aspectos: a) a realidade constatada em Florianópolis, quando se verificou in loco, em fevereiro, uma diferença, entre postos de gasolina, de até dez centavos por litro de gasolina comum; b) se a similaridade dos preços fosse algo tão natural, não precisaria ser combinada, da maneira como o foi.

O argumento de que as “tratativas” eram no sentido de por em prática um suposto acordo feito com a Comissão Parlamentar Externa, o Procon e o Ministério Público já foi trazido anteriormente e não pode prosperar. Como se viu nos depoimentos, os representados sequer chegaram a um consenso sobre a existência do tal acordo. Como imaginar que discutiam a implementação de algo que nem sabem ao certo que existia? Ademais, o próprio presidente do Sindicato, em seu depoimento, afirmou que nunca telefonou a ninguém para pedir que cumprissem o acordo, tendo se limitado a enviar uma carta circular. Ora, tal afirmação lança por terra o argumento da defesa de que ele tentava obter o cumprimento do suposto acordo. A alternativa a essa hipótese é que o Sr. Alexandre Carioni teria, pura e simplesmente, faltado com a verdade no seu depoimento. Nesse caso, porque teria agido dessa maneira, se o teor das conversas fosse, como alega, legítimo?

Quanto ao teor do suposto acordo fechado na reunião de 22/05/2000^{7[7]} não é possível considerá-lo como uma “autorização” para a prática de preços iguais ou, muito menos, como um tabelamento branco. Os preços dos combustíveis estão liberados e, independentemente da suposta legitimidade do acordo, se os postos praticassem margens de lucro iguais, os preços seriam diferentes e, jamais, os mesmos, vez que os postos têm custos muito diferentes e compravam combustível de fornecedores que também têm preços diferentes.

A defesa, finalmente, admite que havia, por parte dos representados, a busca de preços iguais (e não de margens iguais), sob o argumento de que seria “lícito acordar sobre preço em benefício do consumidor”. Essa afirmação equivale à confissão de que foi esse, acordar preços, o propósito dos representados. Usam o argumento na suposição de que a ilicitude da con-

^{7[7]} E não em 22/06/2000, como consta das alegações finais. O Sr. Alexandre Carioni, em seu depoimento disse que a data dessa reunião foi 25/05/2000.

duta seria eliminada em decorrência das “boas intenções” dos donos de postos. Tal suposição é absolutamente descabida. Inicialmente, não compete aos empresários decidir o que é bom para o consumidor. Além disso, a lei proíbe esse tipo de conduta, exatamente porque é nociva ao consumidor e à sociedade em geral.

Quanto à metodologia de coleta de preços utilizada pelo Procon, é interessante que os representados só agora venham a questioná-la. Claro, é humanamente impossível à estrutura reduzida dos Procons, coletar preços em todos os postos de uma cidade grande, todos os dias. Ainda que assim fosse feito, os representados, para desvalorizar a evidência dos fatos, poderiam alegar que não teriam sido anotadas as mudanças ao longo do dia.

Não cabe aqui discutir a autenticidade dos procedimentos adotados pelo Procon. As planilhas apresentadas têm, da mesma forma que os documentos apresentados pelo Ministério Público, a qualidade da fé pública, não cabendo aos representados contestá-la com uma simples argumentação desprovida de embasamento probatório. Ademais, as representadas trazem a alegação sem mesmo saber os dias exatos em que foram feitas as coletas dos preços por parte do Procon nos postos de combustíveis da cidade de Florianópolis, o que retira, de vez, toda a credibilidade da argumentação.

Alegam, também, que os preços não se aproximaram da igualdade em 21 de junho de 2000, algo que nunca tinham feito anteriormente, mas que o Sr. Alexandre Carioni admitiu no seu depoimento.

Na verdade, ninguém discorda que ao longo da semana ocorriam diversas mudanças nos preços dos postos e que as alterações ocorriam, às vezes, em mais de uma oportunidade ao longo do dia. Aliás, era essa diferença de preços que incomodava os líderes do cartel e que eles tanto lutaram para eliminar. O que a defesa não menciona é que muitas vezes essas mudanças de preços eram, como se ouve em diversas gravações, combinadas, inclusive, em termos de horário. A conferência dos preços era feita por meio das placas que os postos exibem ao público com os preços dos combustíveis. Embora a determinação de uso das placas decorra de legislação, eram usadas pelos representados como meio de conferir o sucesso do seu esquema ilícito.

A defesa insiste na tese da culpa das distribuidoras pelo ocorrido no mercado de combustíveis em Florianópolis. Tal aspecto já foi abordado anteriormente e refutado.

4. CONCLUSÕES

As versões dos representados para os fatos constantes deste processo, especialmente no que se refere às gravações telefônicas, são tão inverossímeis, os lapsos de memória tão convenientes, as contradições tão numerosas e o desplante tantas vezes demonstrado por todos, ao negar o reconhecimento das próprias vozes, dos seus familiares, empregados e conhecidos de longa data, que não resistem à fatura de evidências e, por que não dizer, provas da participação ativa nos acontecimentos investigados.

Note-se que os representados negaram até mesmo a sua participação em diálogos que não consideraram comprometedores. Ora, se as conversas eram lícitas, então porque não admitir aquilo que todos sabiam, ou seja, que eram suas as vozes? A própria negativa de evidências tão avassaladoras é mais uma evidência de culpa, pois se não houvesse nada a esconder, porque não admitir a autoria dos diálogos?

Ademais, não se pode esquecer que esses mesmos diálogos aos quais negam insistentemente autoria foram exatamente os diálogos mencionados nos depoimentos em juízo, no processo criminal ao qual respondem, onde assumiram categoricamente sua inteira autoria, justificando apenas que eram conversas no sentido de por em prática o acordo firmado com a CPE daquele Estado.

Dessa forma, não há como fugir do fato de que pelo menos em um dos dois depoimentos, em juízo ou nas oitivas do processo administrativo em epígrafe, os representados falsearam a verdade, pois, no primeiro afirmam que os diálogos existiram e no segundo negam categoricamente que sejam suas as vozes escutadas.

Se somarmos ainda o fato de que os representados não souberam responder se o acordo foi efetivamente firmado ou não, chega-se, no mínimo, a uma flagrante contradição.

Além dos diálogos já mencionados há muitos outros bastante comprometedores, o que deixa os representados sem explicação que justifique a sua ação ilícita. Exemplos desses diálogos são aqueles constantes nas fls.261/264, 180/182, 184, 194/196 e 311 dos autos:

“Alexandre - Alô?

Voz masculina - Quem fala?

Alexandre - É o Alexandre.

Voz masculina - Bom dia seu Alexandre.

Alexandre - Bom dia.

Voz masculina - Tudo bem?

Alexandre - Tudo bem.

Voz masculina - Aguarda só um minutinho que a Marlene vai falá?

Alexandre - Pois não.

Marlene - Alô?

Alexandre - Pois não?

Marlene - Seu Alexandre, a respeito da gasolina?

Alexandre - Que é que tem, dona Marlene?

Marlene - Ah, bom, o senhor ouviu ontem no jornal?

Alexandre - Vi.

Marlene - Então,vão baixá, o que é que vão fazê?

Alexandre - É, a senhora, a senhora aguarda, a nota aí da sua companhia, a senhora pediu gasolina pra amanhã?

Marlene - Não, não pedi.

Alexandre - Então tá, então vê se a senhora pedi amanhã, gasolina e álcool, e t...

Marlene – Gasolin... já pedisse? Ah, ele pediu sim.

Alexandre - Tá, e não dá pra pedi cinco mil de álcool pra amanhã?

Marlene - Cinco mil de álcool pra amanhã, dá? Cinco mil de álcool, pra quê Seu... porque?

Alexandre - Não, não, pra vê se houve a redução lá, né?

Marlene - Ah, pra vê se houve a redução?

Alexandre - É, é. Aí a partir da hora que a senhora vê a redução, ai eu vô, eu vô dize pra senhora qual o preço, o que a senhora tem que praticá.

Marlene - É porque, eu vô baixá o meu.

Alexandre - Tá, a senhora...

(...)”.

“(…)

Alexandre - Alô.

Outra Pessoa - Dotor Alexandre Carione!

Alexandre - Fala Dotor Tadeu!

Tadeu - Como ficô?

Alexandre - Não consegui falá com ele ainda.

Tadeu - Tá, ele acabô de chegá no posto.

Alexandre - Isso, isso, isso. Tá, telefonei mas táva ocupado, mais eu telefono e já te dô o retomo. Tás em casa ou no Posto?

Tadeu - Não, tô no Posto junto com o pai.

Alexandre - É, no centro?

Tadeu - Não ..

Alexandre - Aqui no ... ã ..

Tadeu - Gaspar Dutra.

Alexandre - Gaspar Dutra, né ?

Tadeu - Dezessete sete zero (1770)

Alexandre - Tá, já tô te telefonando em seguida.

Tadeu - Olha aqui, óh.

Alexandre - Hã.

Tadeu - Diga pra ele que nós não querêmo pressioná ele ..

Alexandre - Tá.

Tadeu - .. a mudá. Ele decida se ele quizé que fique como tá, fica como tá.

Alexandre - Tá.

Tadeu - Se ele quizé .. e que ..nós só não mudâmo de ontem pra hoje, pô.. por causa de uma classe intêra.

Alexandre - Tá.

Tadeu - Se a gente nivelá por cima, melhor se nivelá por baixo, ele é que sabe.

Alexandre - Tá bom. Já te telefono já em seguida.

Tadeu - Se ele dissé que muda à tarde, não tem problema.

Alexandre - Tá bom.

Tadeu - Marca a hora pra mudá.

Alexandre - Tá bom.

Tadeu - Nós mudâmos e à tarde mudamos novamente.

Alexandre - Oitenta e cinco (85)

Tadeu - Oitenta e cinco ..

Alexandre - E um e trinta e dois (1,32), né?

Tadeu - Nós já tâmo, oitenta e cinco e e trinta e dois.

Alexandre - E ele tem que mudá no mínimo isso, né.

Tadeu - É. E se eles disserem que vão mudá à tarde só, daí a gente vai passá pra um e trinta e um (1,31) ..

Alexandre - Tá.

Tadeu - .. igual ele tá, e quando ele for mudá à tarde nós mudâmo também.

Alexandre - Tá bom então,

Tadeu - Tá bom?

Alexandre - Eu já falo já e telefono em seguida.

Tadeu - Até já então.

Alexandre - Até já”.

“(..)

Alexandre – Ah, então tá bom. Alex, não dá pra nós passá pra um e trinta e cinco (1,35)? O quê que ..

Alex - A .. o ..

Alexandre - O quê que tá havendo aí?

Alex - Eles fazem o Estreito aumentá ? Aí nós aumentâmo aqui pra depois o Estreito lá tá trabalhando com um trinta e um (1,31).

Alexandre - Tá, qualé que u ..

Alex - E o .. e o .. os dois posto da Mauro Ramos aí com um trinta e um (1,31).

Alexandre - Não, não, aqui .. não aqui já subiram. Aqui tá um ..

Alex - Aí já subiram.

Alexandre - .. é aqui tá um trinta e quatro (1,34) o Zezinho e o resto à um e trinta e cinco (1,35).

Alex - Subiram quanto então?

Alexandre - Não, subiram hoje de manhã. De manhã cedo já táva tudo certinho.

Alex - Barreiros tá um e trinta e dois (I ,32) os de...

Alexandre - Não, não, já tão acertando agora às nove e meia.

Alex - Ahã!

Alexandre - Tá. Tu queres que eu passe isso, e te dô o retorno desde que eles aumentem lá?

Alex - Não, porque se eles aumentá lá eu ajeito aqui. Só que é o seguinte Alexandre...

Alexandre - Hã.

Alex - ... se por exemplo o Zezinho ficá um e trinta e quatro (1,34) como tu me falô, vô botá um e trinta e quatro (1,34).

Alexandre - Tá bom. Então tá ..

Alex - O que fazê a mais ...

Alexandre - ... então ...

Alex - O maior trabalho do mundo trazê o pessoal pra cá .. pra agora ..

Alexandre - Isso, tá certo, tá certo, tá certo.

Alex - .. pra ficá esculhambando

Alexandre - Tudo bem. Isso é uma posição boa.

Alex - Que a empresa que já tá reclamando que o cara abastece um dia no preço e no outro dia já é outro o fulano abaxô.

Alexandre - Ah, tá.

Alex - Aí fulano abaxô. Os cara vem reclamá, vem enchê o saco.

Alexandre - Tá, pode dexá. Dêxa comigo. Eu dô ..eu te dô o retorno.

Alex - Mais não tem problema, se eles aumentá eu aumento.

Alexandre - Tá bom então.

Alex - Só que eu não mais dexá pessoal í embora daqui.

Alexandre - Não existe mais diferença de lugar nenhum. Não é isso ? Não, existe uma diferença. Qué dizê, não. .não. .não queres ficá aí com um e trinta e cinco, e aqui em baixo com um e trinta e um (1.31) , isto?

Alex - Isso.

Alexandre - É se o Zezinho tá pra um e trinta e quatro, o Chinês tá um e trinta e quatro é um e trinta e quatro, se quiseres um e quarenta vai pra um e quarenta.

Alex - Lógico.

Alexandre - Lógico é.

Alex - Não tem problema.

Alexandre - Não tem problema.

Alex - Então não tem por que eu acho os cara querê, acho que tem direito de tê um centavo a menos que a gente.

Alexandre - É, isso, isso. Então tá bom.

Alex - Tá bom?

Alexandre - Dêxa que eujá telefono já.

Alex - Falô então Alexandre.

Alexandre - Qualqué coisa eu te telefono.

Alex - Qualqué coisa me liga.

(...)”.

“Alexandre - Alô.

Tadeu - Dotor Alexandre.

Alexandre - Fala dotor Tadeu.

Tadeu - Hoje é o dia.

Alexandre - Oh, vâmo lá ..

Tadeu - Só um momentinho ..

Alexandre - Tá.

(pessoa conversa com alguém ao fundo. Ruídos parecendo máquina de escrever)

Tadeu - Oh Alexandre, o seguinte. .

Alexandre - Hã.

Tadeu - ... mandei uma pessoa ficá lá no Fausto e no Túlio ..

Alexandre - Hã.

Tadeu - ... e no Zapelini

Alexandre - Tá.

Tadeu - No Fausto e no Túlio o álcool tá certo, a gasolina tá um centavo errada.

Alexandre - Tá.

Tadeu - Tá um e trinta e quatro (1,34) e um e trinta e quatro (1,34) Alexandre - Tá, já vô telefoná já.

Tadeu - E o Zapelini é um e trinta e quatro (1,34) e o álcool oitenta e quatro (0,84).

Alexandre - Não, o Zepelini não tem aparecido e já dexei recado lá há tempo. Mais só um instantinho, fica na linha aí. Tás no telefone?

Tadeu - Tô no telefone, pode ligá.

Alexandre - Tão tá, só um minutinho. (fala com alguém no fundo - Oh Alex vê aquele telefone ali) espera - (conversa com outra pessoa pelo telefone)

Alexandre - Boa tarde, tudo bem Zapelini .. tá, tá, quando é que tu vai passá aqui? ...Ah, então tá ... dá um tempinho e a gente passa aí ... ôtra coisa, não dá pra passá um e trinta e cinco (1,35) e oitenta e cinco (0,85)? ... que nós acertâmo ônte com o Cláudio e com o Zezinho ... tá ? ... Tudo bem? ... que o Zezinho vai ficá com oitenta e quatro (0,84) e o Cláudio com um e trinta e cinco (1,35) e tu também .. e o Fausto e o Túlio lá... tá bom então? ... então tá bom. Tchau! (ruídos de máquina de escrever) - volta à falar com a pessoa anterior - Tadeu.

Alexandre - Alô .

Tadeu - Oi?

Alexandre - Tá, já vai passá.

Tadeu - O .. o Zapelini certo.

Alexandre - Certo.

Tadeu - E o Túlio e o Fausto.

Alexandre - Vâmo telefoná pro Fausto. Só um instantinho aí.

(ruídos de máquina de escrever) - (fala com outra pessoa pelo telefone)

Alexandre - Alô, Fausto? ... não dá pra subí aquele um (1) aí? ... é ... hã ..
aí fica tudo certo, um e trinta e cinco (1,35) o Zezinho fica um e trinta e
quatro (1,34) e depois a gente vê o quê que pode melhorá. ... tá bom? ..
Tão tá bom. .. Tchau! - volta à falar com a pessoa anterior - Tadeu.

Alexandre - Alô.

Tadeu - Oi?

Alexandre - Tá tudo certo.

Tadeu - Tá.

Alexandre - E agora ..

Tadeu - E daí o Túlio vai junto.

Alexandre - Vai, vai junto.

Tadeu - Tá certo.

Alexandre - Tá, mais ...

Tadeu - Tá agora vâmo esperá pelo Alex.

Alexandre - É vâmo esperá pelo Alex então o

Tadeu - Bom eu tô no teu aguardo.

Alexandre - Tá bom.

Tadeu - Tá legal.

Alexandre - Pode dexá, quando eu terminá aí, eu passo lá.

Tadeu - Eu aguardo vocês é só me ligá que eu vá lá.

Alexandre - Tá bom então.

Tadeu - Tchau!

Alexandre - Tchau!"

“(...)

Alexandre - Tu vai no teu valor aí!

Zézinho - Isso existe na tua cabeça.

Alexandre - Por que não bota no teu valor aí pra vê se todo mundo não vai.

Zézinho - Não, mais que meu valor?

Alexandre - Não, bota o valor de mercado.

Zézinho - Não .. não mais o valor de mer .. mais eu não tenho nada que puxá preço pra cima.

Alexandre - Rhá! Rhá! Então ..

Zeinho - Eu não faço isso, eu não tenho nada a vê com isso.

Alexandre - É, tá.

Zeinho - O preço que tiver, quando todos tiverem, inclusive o teu irmão Fausto também, quando todos tivé com um preço normal ..

Alexandre - Ah ..

Zeinho - ... que eles achá que é, que eu não sei que preço é esse, eu vô colocá dois abaixo do teu,

Alexandre - Ah, eu não sei ..

Zeinho - ... dois abaixo do Cláudio nesse posto né, qué dizê dos ôtros postos fica um só, pelo que eu tô sabendo, a .. a idéia foi dada aí, de que vocês que fazem cartel não participam pro lado de cá ..

Alexandre - Rhá! Rhá! Rhá!

Zeinho - ... foi dada a seguinte idéia, de que ficaria, você mesmo me falô naquele dia, um e trinta e nove (1,39), o .. o Angeloni, ai os ôtro ..

Alexandre - Nã.. nã.. não ..

Zeinho - ... um e trinta e oito (1,38) ..

Alexandre - Nã.. nã.. não .. Nã.. nã.. não ..

Zeinho - Não, não dêxa só eu teminá.

Alexandre - Rhá! Rhá! Rhá!

Zeinho - Os ôtros íam prum e trinta e oito, o Cláudio ia ficá um e trinta e sete e eu ficaria um e trinta e seis (1,36) palavras suas. Aceita? Aceito. Só que no meu posto um e trinta e seis (1,36), o do Cláudio então do lado um e trinta e oito (1,38) e do lado da .. Rio Branco não pode sê um e trinta e sete (1,37). Proposta tua quando me levô naquele dia praquela reunião, que

só foi você e o Cláudio chegá depois, tá. E aquela .. e você falô olha só nós e aí veio aquela muntueira de gente que são seus convidados.

Alexandre - Nã. .nã. .não .

Zezinho - Nã... nã... não”.

A possibilidade de que as conversas registradas tenham ocorrido em função do suposto acordo com a Comissão Parlamentar e com o Ministério Público desmorona quando se observa, não apenas o teor, mas as datas das gravações. Muitas foram feitas antes da assembléia do Sindicato, que ocorreu, segundo o Sr. Alexandre Carioni, em 25 de maio de 2000.

Há ainda outros depoimentos, como o do gerente do Posto Angeloni, às fls. 363/364, perante os promotores da 15ª Promotoria de Justiça da Capital, tomado no calor dos acontecimentos, ou seja, sem tempo hábil para ensaios, que também labora no sentido de incriminar os representados. In verbis:

“...; o declarante diz que na data de hoje recebeu duas ligações de pessoas que não se identificaram dizendo que 'uns quinhentos homens iriam quebrar o posto todinho', o declarante esclarece que quem atendeu as ligações foi o seu chefe de pista de nome Vanderlei Sala;.....; que na data de hoje o Sr. Rollin ligou para o declarante pela manhã em torno de 8:00 horas e sugeriu para que o posto Angeloni acompanhasse o mercado; o declarante diz que nesta conversa o Sr. Rollin disse para o que o depoente olhar o preço dos demais postos e sugeriu para colocar igual, mas que o declarante disse que não iria acompanhar, tanto que manteve o preço da gasolina em R\$ 1,059;...”

Como se não bastasse aos representados terem falseado a verdade quanto às gravações das escutas telefônicas, inventando as mais mirabolantes hipóteses para a autoria dessas gravações, agiram de má-fé, também, ao tentar protelar o curso do presente Processo Administrativo.

Não restou nenhuma dúvida de que a petição protocolada pelos representados às vésperas da oitava marcada em Florianópolis tinha a nítida intenção de estender o trâmite do feito. Mas mesmo não existindo a menor razão para que fosse mudado o dia da oitava do Sr. Alexandre Carioni, visto que o interesse público prevalece sobre o interesse particular, para evitar qualquer nova manobra, essa Secretaria consentiu no pedido e marcou nova data.

Com relação à omissão do fato de que duas das testemunhas arroladas pela defesa eram Deputados Federais, e não apenas empresários, como fora anunciado, reafirma-se a má-fé dos representados. É extremamente improvável que eles não soubessem dessa condição no momento em que arrolaram suas testemunhas. Ficou mais do que claro que a ação dos representados tinha a intenção de paralisar o Processo Administrativo em curso e não de instruir as suas defesas.

Se todas essas tentativas já não fossem suficientes, o Sr. Cláudio Luiz Pereira, representante legal da rede Divelin, outorgou procuração a outro advogado no intuito de ganhar tempo, requerendo, surpreendentemente, a abertura de novo prazo para apresentação de provas e o desentranhamento do parecer da SEAE por considerá-lo ilegítimo. Tal propositura, como explicado anteriormente, não poderia ser aceita.

Por último tentaram, por meio de Mandado de Segurança, forçar o atraso do trâmite deste feito, usando para isso um pedido de oitiva de testemunhas que nada teriam a acrescentar ao esclarecimento dos fatos investigados.

Por oportuno, deve-se ressaltar um fato que, mais que qualquer outro, demonstra que as acusações às quais foram submetidos os representados, representam nada mais que a verdade. Observando-se os preços praticados nos postos de combustíveis de Florianópolis nos dias de hoje, encontra-se uma dispersão em torno de R\$ 0,10 no principal produto, qual seja, a gasolina comum.

Isso, melhor que qualquer outro fato, demonstra que um mercado normal funciona com preços diferentes. Hoje por força do Processo Administrativo que está sendo movido por esta Secretaria, o conluio foi desfeito e a resposta que se observa é um mercado com concorrência efetiva entre os agentes, em que os preços são formulados de acordo com a capacidade administrativa e a vontade de cada proprietário de posto.

Finalmente, é de se notar que entre os diálogos gravados é possível perceber que há outras infrações praticadas pelos representados, entre eles delitos de caráter tributário. A manipulação de notas fiscais, várias vezes mencionada, tem o propósito de, em caso de haver alguma acusação de que os preços seriam abusivos, poder exibir notas fiscais que “comprovassem” os altos custos enfrentados pelos postos, descaracterizando a imputação de que os altos preços cobrados seriam injustificáveis. Assim, é bastante possível que os donos de postos busquem notas fiscais com valores artificialmente altos (no caso de compra de combustíveis) ou distorcidos (no caso de fretes) para justificar determinados resultados. A apuração desses possíveis delitos, todavia, foge à competência desta SDE, devendo ser objeto de

investigação específica por parte do Ministério Público de Santa Catarina e da Secretaria de Fazenda daquele estado. Sugere-se, assim, envio de ofícios nesse sentido àqueles órgãos, para que procedam às averiguações que considerarem necessárias.

Por último, sugere-se o encaminhamento do presente feito ao CADE, com sugestão de condenação de todos os representados no presente Processo Administrativo, por prática das condutas tipificadas nos arts. 20, I a IV e 21, I, II e XXIV da Lei nº 8.884/94, conforme provado ao longo da sua instrução.

Brasília, de junho de 2001.

CÁSSIO LOPES CASSEMIRO DOS SANTOS

Chefe de Serviço

De acordo.

À consideração do Sr. Diretor do DPDE.

Brasília, de junho de 2001.

ISAAC PINTO AVERBUCH

Coordenador-Geral

De acordo.

À consideração do Sr. Secretário de Direito Econômico.

Brasília, de junho de 2001.

DARWIN CORRÊA

Diretor do DPDE

Ministério da Justiça

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Gabinete do Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002299/2000-18

REPRESENTANTE: Ministério público do estado de santa catarina.

REPRESENTADOS: Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, Auto P. Parque São Jorge, Jóia Posto Ltda., Auto Posto Florianópolis Ltda., Jóia Comércio de Combustíveis Ltda., Auto Posto Interlagos Ltda., Cláudio Luiz Pereira Ltda., Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Auto Posto Desterro Ltda., Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., Auto Posto Big Boss Ltda., Auto Ilha do Norte Com. Lubrificantes Ltda., Posto Ipiranga Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda. Filial I, Posto Avenida Ltda., Auto Posto Esquina Ltda., os Senhores Alexandre Carioni e Fausto Carioni, Alex Sander Guarneri, Cláudio Luiz Pereira, José Cristóvão Vieira, Tadeu Emílio Vieira, Zoélio Hugo Valente, Gilberto Rollin e o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis.

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO

1. Breve relato dos fatos

O presente Processo Administrativo trata de representação encaminhada à SDE pelo Ministério Público do Estado de SC, denunciando acordo de preços praticado na revenda a varejo de combustíveis automotivos na região do Município de Florianópolis.

Por iniciativa de deputados da Assembléia Legislativa do Estado de SC, formou-se uma Comissão Parlamentar Externa (CPE) com a finalidade de responder à insatisfação popular com supostos preços abusivos praticados pela revenda de combustíveis em Florianópolis.

Em audiência pública da CPE de 22 de maio de 2000 foi encaminhada sugestão aos postos revendedores para que estes praticassem uma margem bruta de lucro de 15,5% sobre o valor da nota fiscal de compra da distribuidora.

Em reunião posterior do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, que tem abrangência nos municípios da grande Florianópolis (Florianópolis, São José, Palhoça, Biguaçu, Santo Amaro da Imperatriz) e parte do litoral sul do Estado, realizada no dia 25 de maio de 2000, com presença pouco representativa dos associados, foi aprovada, por maioria dos votantes presentes, a sugestão da CPE.

Paralelamente à atuação da CPE, o Ministério Público de SC já realizava investigações sobre uma possível conduta infrativa da ordem econômica por parte dos revendedores e solicitou ao Poder Judiciário a quebra do sigilo telefônico do Sr. Alexandre Carioni, presidente do Sindicato, e ao mesmo tempo, enviou representação à SDE. A autorização judicial para a interceptação telefônica foi obtida e foram realizadas gravações entre as datas de 19 de maio de 2000 e 28 de junho de 2000.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, através da Coordenadoria de Defesa do consumidor e pela 15ª Promotoria de Justiça de Florianópolis, abriu junto à SDE representação para apurar e reprimir infrações à ordem econômica praticados por proprietários de postos de combustíveis de Florianópolis. Os fatos foram levantados em procedimento investigatórios daquela Promotoria com vistas a apurar denúncias de formação de cartel, de formação de quadrilha e de fixação artificial de preços contra diversos proprietários de postos de combustíveis daquela capital.

Diante dos indícios verificados o Ministério Público ofereceu denúncia com pedido de prisão preventiva contra 8 proprietários de 20 postos de combustíveis de Florianópolis perante à 1ª Vara Criminal do Fórum da Capital. O Ministério Público requereu, na representação, a adoção de Medida Preventiva na forma do art. 52 da Lei 8.884/94, determinando a cessação da prática e o restabelecimento das condições vigentes anteriormente.

Amparada nos fatos relatados na denúncia do Ministério Público a SDE instaurou Processo Administrativo em 06 de julho de 2000 (publicado em 07 de julho de 2000) contra os postos revendedores de combustíveis, seus administradores e o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, nos termos dos artigos 16 e 32 da Lei 8.884/94. O PA visa apurar, especificamente, as infrações à ordem econômica previstas nos incisos I a IV do art. 20 c/c incisos I, II e XXIV do art. 21, da Lei 8.884/94.

Com base no conjunto de evidências constituído pelas gravações de interceptações telefônicas, notas fiscais, pesquisas de preços, fotografias e notícias da imprensa, na mesma data de abertura do Processo Administrativo a SDE adotou Medida Preventiva nos termos do art. 52 da Lei 8.884/94. A Medida Preventiva, cuja vigência iniciou na data de publicação, 07 de julho de 2000, determinou a imediata cessação das práticas anti-concorrenciais imputadas bem como a reversão à prática dos preços vigentes no dia 17 de junho do corrente, por um período não inferior a 20 dias:

"(i) a imediata cessação de todas as práticas anti-concorrenciais que lhe são ora imputadas, abstendo-se de praticar preços de combustíveis decorrentes dessas condutas ilícitas; (ii) a prática dos preços de combustíveis vigentes no dia 17 de junho do corrente ano, por período não inferior a vinte dias. Em caso de autorização oficial de aumento dos preços dos combustíveis, permitir-se-á o repasse do percentual do aumento sobre os preços praticados no dia 17 de junho de 2000. "

2. Informações sobre os representados

De acordo com dados dos autos, seguem algumas informações sobre os representados pessoas físicas e jurídicas, e de suas inter-relações.

O denunciado Alexandre Carioni é presidente do Sindicato do Comércio Varejista dos Combustíveis Minerais da Grande Florianópolis há mais de 18 anos. Endereço do Sindicato é o mesmo do posto de sua propriedade (Rua Silva Jardim 73, Prainha, Florianópolis, tel 48-222-3579).

Segundo dados da ANP, são as seguintes as relações de controle dos indivíduos representados sobre os postos representados:

Cláudio Luiz Pereira e Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira são sócios proprietários em 6 postos (nos postos Posto Divelin Ltda, Big Imagi Combustíveis, Auto Posto Desterro Ltda, Auto Posto Big Boss Ltda, Auto Posto Ilha do Norte Comércio e Lubrificantes Ltda, ele tem 90% e ela 10%, no posto Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira ela tem 100%).

Os irmãos José Cristóvão Vieira, Tadeu Emílio Vieira e Maria Inez K. Vieira são proprietários, arrendatários ou operadores de 3 postos (Jóia Posto Ltda, Auto Posto Florianópolis Ltda, e Jóia Comércio de Combustíveis Ltda).

Os irmãos Alexandre Carioni, Fausto Carioni e Túlio Carioni são proprietários de 4 postos (Posto Ipiranga Ltda, Alexandre Comércio de Automóveis Ltda e Alexandre Comércio de Automóveis Ltda Filial 1 e Posto Avenida Ltda).

Além desses, Alex Sander Guarnieri é operador do Auto Posto Esquina Ltda, e Gilberto Rollim é proprietário do Auto Posto Parque São Jorge.

Verifica-se, assim, que 14 dos 16 postos representados e localizados em Florianópolis são controlados, direta ou indiretamente, por apenas 3 grupos familiares.

Os dezesseis postos representados se distribuem por nove bairros vizinhos da cidade de Florianópolis, segundo o quadro a seguir:

Bairro	n° de postos representados localizados no bairro	n° total de postos por bairro	participação dos postos representados em cada bairro, em número
Estreito	5	16	31%
Trindade	1	5	20%
Saco Grande	1	3	33%
Agromômica	1	2	50%
Centro	4	13	31%
Capoeiras	1	7	14%
Sto Antônio de Lisboa	1	3	33%
Saco Grande II	1	2	50%
Itacorubi	1	4	25%

3. Parecer da SEAE

O parecer da SEAE definiu o mercado relevante de produto como o de serviços de revenda de combustíveis, restringindo a análise ao mercado de gasolina comum, amparada no fato de que somente 2% da frota nacional de veículos utilizar o álcool combustível.

Quanto ao mercado geográfico, o parecer da SEAE o definiu como sendo a área da cidade de Florianópolis, dando como razões da sua escolha, o porte da população (300 mil habitantes) e a distância das cidades vizinhas (raio

mínimo de 15 km), que seriam fatores que desencorajariam o deslocamento de residentes até outras localidades em busca de preços eventualmente mais baixos.

Segundo a SEAE, o mercado de serviços de revenda de combustíveis é caracterizado por:

i) homogeneidade do produto com diferenciação locacional e de marca: a gasolina (comum) em si é um produto sem distinções, no entanto, a localização do posto significa uma distinção em custos de acesso para diferentes usuários e bandeira da distribuidora, um diferencial de qualidade associado à imagem produzida pelos investimento de marketing.

ii) semelhança de estrutura e nível dos custos dos revendedores.

iii) semelhança do tamanho e da eficiência dos revendedores.

iv) presença de barreiras institucionais à entrada de novos ofertantes, representadas pelo requerimento de autorização para funcionamento da ANP e de licenças municipais condicionadas ao atendimento das restrições da legislação de ordenamento urbano.

v) atuação da Petrobrás como único fornecedor primário da gasolina, que é vendida pelo mesmo preço a toda para todos os participantes da cadeia de comercialização (distribuidores e revendedores).

vi) inexistência de bens substitutos próximos.

vii) existência de demanda atomizada

O parecer da SEAE observa que tais particularidades do mercado relevante são características facilitadoras do comportamento colusivo das empresas. Observa também que a existência de mais de 100 postos de revenda na cidade (tida como âmbito do mercado relevante geográfico) não pode limitar a implementação de acordos colusivos, pois a pulverização seria apenas aparente, com muitos dos postos concentrados em poucos grupos econômicos.

O parecer da SEAE considera que há evidências suficientes nas gravações para se identificar como participante das conversas o presidente do Sindi-

cato, Sr. Alexandre Carioni. Pelo teor dos diálogos registrados, a SDE concluiu que o Sr. Alexandre Carioni participou ativamente na articulação para a fixação de preços e para a estabilização da conduta colusiva dos representados.

Diante de tais fatos a SEAE recomenda a condenação de todos os representados no presente Processo administrativo, por prática das condutas tipificadas no art. 20 incisos I a IV e 21 incisos. I, II e XXIV da Lei 8.884/94.

4. Parecer da SDE

Segundo a SDE, existem dois mercados distintos que, em hipótese alguma, podem ser confundidos como sendo um único, mormente da maneira pela qual está sendo tratada pelos representados: a) venda a varejo, ou seja, aos consumidores finais, em que atuam os postos de combustíveis; e b) venda em atacado, ou seja, pelas distribuidoras aos postos de combustíveis.

Segundo a SDE, os distribuidores não possuem domínio do mercado de venda de combustíveis a varejo, assim como os postos de combustíveis não têm poder no mercado de venda por atacado. Segundo a SDE, no caso em tela, os revendedores possuíam, sem dúvida, poder de mercado capaz de causar oscilações na venda a varejo. Tanto que foi esse o resultado verificado nos meses de maio e junho do ano de 2000, levantados nos autos.

Com relação à pretendida “ausência de provas” na representação do Ministério Público, a SDE concluiu que a produção de provas constitui fase fundamental para se assegurar o fiel cumprimento do Princípio do Devido Processo Legal, de forma a permitir uma decisão clara e cristalina, sem a existência de vícios que maculem o livre convencimento do julgador.

Para a SDE, se por qualquer hipótese fosse aceita a tese de que não houve acordo em prejuízo ao consumidor, estar-se-ia dizendo que as gravações das escutas telefônicas são falsas, o que jamais poderá ser alegado, vez que se estaria contestando a legitimidade e a fé pública concedida aos atos do Ministério Público Estadual. A SDE, afirma que os acusados admitem sua participação nas conversas gravadas, e ressalta que as gravações foram realizadas com autorização judicial, e sendo assim, que a prova é válida.

A SDE concluiu que as empresas possuem não apenas poder econômico, como, também, poder de mercado. Caso isso não fosse verdade, não lhes teria sido possível provocar a oscilação nos preços do mercado de combus-

tíveis da cidade de Florianópolis, verificada no ano passado. Afirma que, embora um posto isolado não tenha condições de influenciar o processo de formação de preços no mercado, a atuação conjunta dos representados, com o apoio do sindicato, confere ao grupo o poder de mercado necessário.

Quanto à alegação de que as conversas gravadas tratavam da busca do cumprimento do acordo com a Comissão Parlamentar Externa, Ministério Público e Procon, a SDE ressalta que o acordo proposto visava estabelecer a prática de margem máxima de lucro de 15,5%. Adverte, todavia, que tal intento não alivia a posição dos representados, pois a imposição de igualdade de margem para os revendedores constitui nova forma de cartelização, prestando-se, até mesmo, num momento posterior, a propiciar a igualdade dos preços de revenda. A SDE deduz que, se os revendedores, conforme alegam, tivessem praticado uma margem de 15,5% sobre o preço dos distribuidores, tal prática jamais teria produzido preços idênticos, demonstrando que o citado acordo nunca foi implementado, não tendo avançado além dos seus atos preparatórios. A SDE destaca, ainda, que, conforme se pôde constatar das oitivas realizadas com os donos de postos aqui representados, nenhum deles confirmou categoricamente a aceitação do acordo.

A SDE afirma que a adoção da Medida Preventiva foi baseada em informações consistentes e cristalinas, pautadas nos pressupostos jurídicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conforme previsto no art. 52 da Lei no 8.884/94. Outrossim, que a decisão adotada pelo Secretário foi confirmada pelo Judiciário, quando do indeferimento do Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado pelas representadas na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 3/5 do Volume Apartado).

Por fim, a SDE opina pela condenação de todos os representados no presente Processo administrativo, por prática das condutas tipificadas no art. 20, incisos I a IV, e art. 21, incisos. I, II e XXIV, da Lei 8.884/94.

5. Parecer da Procuradoria Geral do CADE

Em seu parecer, a Procuradoria do CADE adota definição de mercado relevante como o de venda de combustíveis na cidade de Florianópolis.

A Procuradoria salientou que não houve qualquer irregularidade processual no tocante às oportunidades de defesa, visto que em todo o **processo** as representadas tiveram acesso aos autos e foram devidamente intimadas para prestarem seus esclarecimentos.

A Procuradoria considerou que não merece ser acolhida a tese de insuficiência de provas do conluio entre os representados, já que a simples influência através de um esforço de coordenação implica em infração à ordem econômica, segundo a tipificação legal da prática de conduta uniforme.

Para a Procuradoria, a prova de ação de cartéis é feita mais freqüentemente através de indícios de ação concertada do que pela comprovação de existência de acordos formais. Tal regra se aplica em todos os países que adotam o sistema de proteção antitruste, tendo em vista que dificilmente encontrar-se-á documento formal assinado entre os partícipes da conduta, afirmando as condições do ajuste. A jurisprudência do CADE, nesse sentido, tem demonstrado que o indício mais marcante de coordenação é o nivelamento de preços ou a adoção de tabelas de preços estabelecidas em comum acordo ou exaradas por entidades de classe.

Quanto à ilicitude da prova, mais especificamente das gravações e escutas telefônicas, a Procuradoria contesta a aplicação da Teoria dos frutos da árvore envenenada, ou Teoria da Derivação, argüida pela defesa, uma vez que a formação das escutas foi autorizada judicialmente pelo órgão competente, sendo a prova, portanto, oriunda de procedimento inquisitorial corretamente elaborado.

A Procuradoria salienta que as gravações que serviram de prova ao MP/SC e à SDE não são prova única ou isolada das condutas, havendo outros conjuntos de dados capazes de amparar a conclusão lógica de existência de esforço de coordenação para fixação de preços entre os concorrentes no mercado relevante em comento.

Analisando os pressupostos do art. 20 da Lei n.º 8.884/94, a Procuradoria afirma que o esforço de coordenação já pode ser nocivo apenas pelo potencial de influência sobre os agente do mercado, e assim, mesmo a não configuração do poder dominante dos Representados no mercado relevante, não descaracteriza a infração à ordem econômica. Ressalta que a legislação em vigor não elege apenas a condições de verificação de domínio de mercado como relevante para determinar a possibilidade de geração de efeitos infrativos.

Segundo a Procuradoria, o caso está circunscrito pelo inciso I do referido artigo 20, considerado por muitos doutrinadores como a base da tipificação de condutas infrativas. A Procuradoria considera, que o falseamento ou a

limitação do exercício do livre jogo de mercado, são fatos suficientes para a caracterização da existência da conduta infrativa no processo em análise. De tal modo, julga que a manipulação artificial dos preços provocada pelos Representados é fator suficiente para os enquadrar na prática de cartelização.

Para a Procuradoria, mesmo que, ad argumentandum, tal comportamento tenha sido influenciado por uma interpretação equivocada do Poder Legislativo local e do Ministério Público, que teriam supostamente induzido a adoção generalizada de um percentual máximo de margem bruta, os preços dos combustíveis em Florianópolis foram praticados de forma concertada e uniforme, por um período de tempo superior ao alcançado pelos eventos provocados pelos agentes do governo.

Ao final, a Procuradoria opina pela condenação, com base no inciso I do art. 20, afastada a incidência dos incisos II, III e IV por insuficiência de dados capazes de caracterizar a situação de dominância e a arbitrariedade no aumento de lucros, c/c os incisos I, II e XXIV, do art. 21, ambos da Lei nº 8.884/94.

6. Preliminar - PA nº 08012.000794/01 - 73

Em 29 de novembro de 2001 foi encaminhado a este Gabinete, pelo pelo Despacho 24/01 do i. Conselheiro-Relator Celso Campilongo, pedido de "instauração de processo administrativo de averiguação de nulidades por vício de ilicitude", com arrimo no art.7º, incisos I, II e III da Lei 8.884/94, em que são representantes Auto Posto BIG Ltda, Auto Posto Desterro Ltda, Auto Posto Ilha Norte Comércio de Combustíveis e Lubrificantes Ltda, Big Imagi Combustíveis e Serviços Ltda, Maria Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Posto Divelin Ltda e Posto Santa Mônica Ltda.

Por este pedido as requerentes se insurgem contra o teor da Medida Preventiva concedida no presente processo. A Procuradoria do CADE se manifestou opinando pelo apensamento do pedido aos autos do presente processo. O Conselheiro-Relator determinou o encaminhamento do pedido a este Gabinete por força de conexão.

Em síntese os postos reclamam dos efeitos da Medida Preventiva aplicada ao caso, que teria provocado prejuízo aos postos afetados, determinando a prática de preços abaixo dos custos de aquisição dos combustíveis. O Posto

Santa Mônica, em particular, alega que não está relacionado entre os Representados e praticava livre jogo de mercado.

Considerando os termos do pedido formulado, e tendo em conta o direito geral de petição, acolhi o processo na modalidade de Recurso Voluntário, vez que trata tão somente de inconformismo contra os efeitos ocasionados em relação a Medida Preventiva aplicada ao processo principal em análise.

A questão, no entanto, restou imediatamente prejudicada, em razão da expiração do prazo de vigência da Medida Preventiva, consideradas as prorrogações solicitadas pelo Ministério Público de SC e concedidas pela SDE. Não havendo mais ato a ser reformado, nada resta, portanto, à competência do CADE, que não tem atribuição de reconhecer ou responsabilizar órgãos públicos por danos decorrentes de ato administrativo constritor.

7. Argumentos de defesa

Três questões foram trazidas reiteradamente na defesas das Representadas à respeito do valor e do significado das provas produzidas pelo Ministério Público de Santa Catarina, que serviram de motivação para a abertura do Processo Administrativo pela SDE.

A primeira questão diz respeito à validade das provas produzidas pelo MP de SC através de gravações e escutas telefônicas. A segunda questão trata da inoportunidade das provas frente às circunstâncias da época das gravações. A terceira e última questão se refere ao tratamento das gravações como prova suficiente para caracterização "per se" do ato anti-concorrencial.

7.1 A validade das provas

O questionamento da validade das provas teve como principal baliza a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada", ou "Teoria da Derivação" (The bad fruits of the poisonous tree), segundo a qual são ilícitas as provas adquiridas por procedimento legalmente não autorizado. Os representados sustentam que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal autoriza a interceptação telefônica exclusivamente para fins de investigação criminal ou de instrução de processo penal, e que o inciso LVI garante que as provas obtidas por meio ilícito são inadmissíveis em qualquer processo, pretendendo assim a sua invalidade no presente processo Administrativo.

Em seu parecer, a douta Procuradoria do CADE nota, quanto a estas alegações, que:

"Data Venia, laboraram em equívoco os Representados. Não se pode cogitar de existência de prova ilícita no que concerne à interceptação telefônica, uma vez que decorrente de autorização judicial após requerimento do Ministério Público, que tinha como destinação justamente a investigação criminal e a instrução processual penal. Dessa forma, como a prova foi lícita na origem, uma vez que foi autorizada judicialmente, e para os fins que a Constituição Federal permite, não há que se falar na aplicabilidade da Teoria da Derivação ou doutrina dos Fruits of the poisonous tree (frutos da árvore envenenada).

Ademais, sendo a sanção administrativa um minus em relação à sanção penal, impossível admitir-se que o Estado tendo legitimidade para utilizar a prova decorrente de interceptação telefônica no processo penal e não a tenha para utilizá-la no processo administrativo."

De tal modo, por princípios de preservação da fé-pública dos agentes governamentais, considero autênticas e válidas as gravações promovidas pelo Ministério Público para a instrução do presente Processo Administrativo. Ressalte-se, ademais, que as representadas não apresentaram ao longo do feito, qualquer menção de que tivessem questionado a veracidade das gravações junto ao Poder Judiciário.

7.2. O acordo com a CPE

De acordo com os representantes (fls 06 apartado), a CPE da Assembléia Legislativa de SC realizou duas Audiências Públicas.

A primeira teve a presença dos presidentes dos quatro sindicatos de postos revendedores de combustíveis existentes no Estado, proprietários de postos, representantes de Distribuidoras, representantes de grupos de consumidores, Governo do Estado, Poder Legislativo, Procon/SC e Ministério Público Estadual. Nesta primeira reunião nada foi acordado, a não ser a concordância das distribuidoras em repassar aos revendedores a redução de recolhimento de ICMS sobre as vendas de gasolina correspondente à redução da base de cálculo de R\$1,55 para R\$1,45, oferecida pelo governo do Estado.

A segunda Audiência realizou-se em 22 de maio de 2000 com a presença apenas das partes envolvidas nas negociações sobre uma solução para a

prática de preços excessivamente altos verificada no mercado. Segundo as requerentes, nessa reunião, estavam presentes o Secretário de Finanças, membros do Procom e do Ministério Público de SC, representantes de duas distribuidoras, presidentes de sindicatos e os Deputados Nelson Goetten de Lima e Jaime Mantelli, respectivamente presidente e relator da CPE.

Nessa reunião foi negociado um acordo entre as partes em termos descritos pelos requerentes como: "O preço final dos combustíveis aos consumidores seria estabelecido obedecendo a seguinte fórmula: preço de aquisição dos combustíveis, mais frete, acrescentado o percentual de 15,5% de margem de lucro, mais os custos frete, encontrando desta forma o valor máximo a ser observado pelos varejistas."(fls 14 apartado)

Os presidentes dos quatro Sindicatos de Revendedores Varejistas do Estado de SC alegaram não terem poderes para aprovar o acordo naquela ocasião, e requereram prazo para realizar assembléias dos respectivos associados, nas quais se deliberaria sobre a aceitação do acordo entabulado na CPE.

Na data de 25 de maio de 2000 foi realizada Assembléia do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis - SINDIPOLIS, na qual, segundo as representadas, por maioria apertada de votos, foi aprovada a proposta acordada na reunião da CPE, o que foi amplamente divulgado pela imprensa.

Pelos termos do acordo sancionado, as requerentes alegam (fls 15 apartado) que, em função dos preços vigentes para a compra, o preço da gasolina C deveria ter o valor aproximado de R\$ 1,34.

A partir desses fatos, as requerentes alegam que as ações de coordenação de preços praticadas pelo presidente do SINDIPOLIS, Sr. Alexandre Carioni, e flagradas nas gravações realizadas pelo Ministério Público de SC, não teriam passado de esforços para fazer cumprir os termos do acordo com a CPE entre os associados do Sindicato. De acordo com os representados,

"Diante do acordo fechado entre Ministério Público, PROCON, Membros da Assembléia Legislativa e Distribuidoras, de que o patamar máximo seria aquele acertado na reunião posterior à segunda Audiência pública, o presidente do Sindipolis, quando do encerramento da oferta de combustíveis realizada pelas distribuidoras, trabalhou e alertou no sentido de que os

preços não poderiam exceder aquele acertado com as partes acima nominadas, função esta que lhe cabia na qualidade de líder da categoria em sua base territorial."(fls 15 apartado)

Note-se, entretanto, que tais alegações suscitam vários argumentos lógicos que as contradizem:

a) A decisão de aceitação da proposta da CPE, que segundo as representadas ocorreu em Assembléia do Sindipolis na data de 25 de maio de 2000, não foi formalizada por nenhum instrumento que tenha sido trazido aos autos.

b) O Poder Legislativo não têm atribuição de poderes para o exercício de atos executivos com vistas à promoção de políticas econômicas, de condições de abastecimento ou de restrições da atuação de agentes econômicos nos mercados. O poder ou a competência efetiva para o exercício da imposição e da validação de regras nas relações de mercado é matéria exclusiva do Poder Executivo, detentor dos instrumentos coercitivos adequados para tal ingerência. Desta forma, a CPE não teria poderes de coerção e repressão para fazer valer qualquer acordo com os postos revendedores, restando a ela apenas poderes de representação ao órgão executivo competente para estabelecer as políticas pretendidas. Tais limitações tornam o compromisso praticamente voluntário e volúvel, já que livre de qualquer sanção punitiva.

c) Antes da data de 25 de maio de 2000, data da Assembléia do Sindipolis na qual teria sido aprovada a proposta da CPE, já havia várias manifestações registradas das condutas tratadas aqui, já que as gravações foram iniciadas no dia 19 de maio de 2000.

d) Se os postos representados estivessem comprometidos com a manutenção dos termos do alegado acordo com a CPE, em fixar o percentual de 15,5% de margem bruta para os postos, não haveria qualquer necessidade ou razão prática de intervenção do presidente do sindicato para a fixação dos preços. Cada operador de posto conhece perfeitamente, e melhor do que ninguém, os preços que lhe são cobrados pelos distribuidores e transportadores, e portanto está plenamente apto a fazer, independentemente, a adequação dos seus preços de venda ao consumidor aos parâmetros do acordo.

e) Por fim e talvez o mais importante, segundo os próprios representados o alegado acordo previa o parâmetro de 15,5% como valor máximo de mar-

gem bruta, sendo portanto a prática de preços que implicassem margem bruta menor plenamente aceitável. Pelo teor dos diálogos gravados, contudo, percebe-se que todo o esforço do Presidente do Sindipolis transcorreu no sentido de impedir a prática de preços baixos pelos associados, e nunca o contrário. Por outro lado, em nenhum momento o Presidente do Sindipolis se opôs a que os postos praticassem preços tão altos quanto quisessem, demonstrando, assim, que o esforço de coordenação se deu no sentido de garantir margens mínimas e não máximas⁸.

Pode-se verificar, pelo exposto, que não se pode interpretar os atos registrados nas gravações e por outras evidências dos autos como reflexos da obediência aos termos do acordo com a CPE. O alegado acordo não foi formalizado, não encerrou qualquer incentivo real para fazer valer os alegados compromissos, não tem relação de causalidade com os vários eventos relevantes para a caracterização das condutas que o antecederam, não ofereceu justificativa de ordem prática para intervenção do presidente do Sindicato na coordenação para a fixação de preços dos associados e, finalmente, também não descaracterizou o esforço do Sindicato na manutenção de preços mínimos como cartelização de preços, já que permitia que as margens fossem menores do que 15,5%. Concluo, assim, que os alegados compromissos com a CPE, além de encerrarem, por si mesmos, conteúdo infrativo, jamais foram confirmados por qualquer dos participantes, e mesmo que tivessem sido, os seus termos originais não justificam logicamente os atos realizados pelos representados.

7.3. Caracterização da infração "per se"

Os representados alegam que a legislação brasileira de defesa da concorrência não admite a condenação por tipificação de conduta "per se", e desse modo não se poderia qualificar as condutas aqui tipificadas nos incisos I, II e XXIV do art.21 da Lei 8.884/94 apenas tendo como base o teor das gra-

⁸ De acordo com trecho da representação do MP/SC às fls 2274 dos autos:

"Destaca-se da referida conversa o pedido do denunciado Alexandre paera o denunciado Alex elevar o preço para R\$ 1,35, esclarecendo que o "Zezinho" (denunciado José Cristóvão Vieira) estava praticando R\$ 1,34 e "resto" (sic) a R\$ 1,35.

Disse o denunciado Alexandre, verbis:

"... Não existe mais diferença de lugar nenhum... não queres fica aí com um e trinta e um, isto? Se o Zezinho ta pra um e trinta e quatro, o Chinês tá um e trinta e quatro é um e trinta e quatro, se quiseres um e quarenta vai pra um e quarenta..." (fita I, "a", oitava gravação, fls. 11/13)."

vações realizadas pelo Ministério Público de SC, e sem levar em consideração os efeitos anti-concorrenciais por ventura ocasionados.

O presente Processo Administrativo enquadrando a conduta dos representados nos incisos I, II e XXIV do art.21 da Lei 8.884/94, segundo os quais:

"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;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço;"

Tais foram as condutas observadas pelo representante e documentadas nos autos por diversas fontes de informação. As condutas alegadas, assim como as outras condutas listadas nos incisos do art.21 constituem, contudo, padrões de comportamento que, por si só, não tipificam o ato infrativo. Como simples descrições de um padrão observado de atuação no mercado, as condutas do art.21 carecem de uma contextualização que revele os vínculos potenciais de causalidade com efeitos prejudiciais à concorrência.

O arcabouço para esta contextualização está expresso no art. 20 da Lei 8.884/94, que diz:

"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;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante."

O art. 20 da Lei 8.884/94 põe em perspectiva as condutas listadas pelo art. 21 como apenas algumas, dentre as várias caracterizações possíveis, de que se revestem os atos infrativos à concorrência. Uma conduta é uma ação ou um padrão de comportamento observável, que caracterizam uma infração. Uma infração por sua vez se constitui por atos que têm efeitos deletérios à concorrência.

Além disso, o art. 20 provê as hipóteses necessárias para que um ato, seja qual for a forma pela qual ele se manifesta, e sejam quais forem as características que o tornam visível como condutas na realidade dos mercados, se qualifique como anti-concorrencial. Tais hipóteses se referem à identificação de certas relações entre o ato os efeitos que ele gera sobre a organização dos mercados.

A interpretação direta e literal do texto da lei não deixa dúvidas sobre o critério legal de identificação das relações entre os atos infrativos e os efeitos nos mercados: são infrativos aqueles atos que "tenham por objeto" e aqueles que "possam produzir" os efeitos listados nos incisos do art. 20, qualquer que seja sua forma de manifestação e independentemente de culpa dos agentes.

Assim, conclui-se que a existência de evidências, seja da intencionalidade do ato em produzir os efeitos dos incisos, seja da capacidade do ato de produzir aqueles efeitos, são condições suficientes para a identificação da sua natureza infrativa.

É de se ressaltar que, verificadas as relações de intencionalidade ou de causalidade potencial entre o ato e os efeitos dos incisos do art. 21, são dispensáveis, em particular, evidências da instalação efetiva dos efeitos e aferições dos eventuais danos causados aos mercados.

Deve se ressaltar a distinção importante entre a regra de identificação do ato anti-concorrencial pela evidência de que seu objeto é o efeito danoso à concorrência e a regra de condenação de conduta como anti-concorrencial "per se".

A regra de condenação de condutas "per se" parte do pressuposto de que a conduta em questão não precisa ser examinada quanto aos seus efeitos, ainda que potenciais, porque tipicamente não encerra qualquer perspectiva de benefício colateral aos mercados, enquanto por outro lado, traz malefícios garantidos à concorrência. Na aplicação da regra "per se" após eviden-

ciada a conduta, a consideração de que qualquer outra circunstância adicional seria dispensada para a análise de mérito, em nome da economia e da conveniência administrativa.

Este, todavia, não é o caso da diretiva do art. 20 que, ao contrário, exige justamente a avaliação dos efeitos do comportamento guerreado sobre a concorrência, de acordo com as categorias dos incisos. Nesse sentido, as vias de prova de ato anti-concorrencial pela conjugação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 adotam explicitamente a "regra da razão" como metodologia geral de análise do mérito. Nesse espírito estão a exigência de prova da intencionalidade de efeito nocivo à concorrência ou de prova de potencialidade de geração de efeitos anti-concorrenciais para a identificação do ato infrativo.

8. Análise do mérito

O ato é infrativo se as seguintes hipóteses, alternativa ou cumuladamente, podem ser verificadas:

- i) Se há intenção consciente, declarada ou revelada, nos atos praticados, de produzir qualquer um dos efeitos danosos à concorrência mencionados nos incisos do art 20.
- ii) Se qualquer um dos efeitos danosos à concorrência mencionados nos incisos do art 20 é uma consequência factível do ato praticado, isto é, se as capacidades dos agentes e as características da interação entre eles nos mercados atingidos permitem a produção dos efeitos danosos à concorrência mencionados nos incisos do art 20.

No caso em tela, as condutas alegadas caracterizam atos que promovem acordo para fixação de preços entre os postos representados, com a participação do Sindicato como agente de coordenação dos esforços. Adoto as conclusões do Despacho do I. Procurador Geral do CADE quanto à consideração dos efeitos do inciso I do art. 20 como aqueles mais plausíveis de estarem relacionados às condutas tipificadas.

A identificação do ato infrativo pelo art. 20 depende, portanto, de se poder exibir qualquer um dos seguintes conjuntos de evidências:

i) Evidências de que as tentativas de acordo para fixação de preços tinham a intenção deliberada de impedir que os participantes praticassem preços mais baixos do que aqueles estabelecidos em comum acordo, mantendo-os em níveis acima dos preços não cooperativos, que seriam os vigentes caso não houvesse restrição à concorrência.

ii) Evidências de que as tentativas de acordo para fixação de preços fossem capazes de induzir os participantes do cartel a manter os preços dos combustíveis em níveis acima dos preços não cooperativos, por um período de tempo significativo.

8.1. Evidências da intenção de formação de cartel

Conforme a discussão anterior sobre o critério legal de identificação do ato infrativo, é preciso distinguir as naturezas e os significados diferentes das informações trazidas pelas gravações realizadas pelo Ministério Público de SC.

Em um primeiro nível de significado, as gravações informam que os representados se comunicaram entre si frequentemente, que o assunto das conversas eram essencialmente os preços praticados por cada um, que tal hábito não era recente nem esporádico, e que a prática viabilizava a coordenação dos preços entre os participantes.

Nesse primeiro nível de significação, as evidências trazidas nas gravações já são suficientes para a tipificação das condutas dos incisos I, II e XXIV do art. 21. Esses elementos já são suficientes para se identificar a oportunidade de fixar ou praticar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda dos combustíveis e influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

Em um segundo nível de significação, contudo, o teor das gravações revela uma realidade muito mais detalhada e coerente. Os representados se comunicavam para negociar uma política comum de preços. Cada um vigiava os preços praticados pelos outros e comunicava ao Presidente do Sindicato qualquer desvio com relação a valores pré-estabelecidos de comum acordo. O Presidente do Sindicato intercedia como mediador dos compromissos com o papel evidente de viabilizar um mecanismo centralizado de coordenação.

Os diálogos revelam o esforço de coordenação contra os incentivos típicos de comportamento individual oportunista dos participantes de um cartel. Assim que todos parecem estar coordenados em torno de preços acordados, surge algum participante que reduz seu preço relativamente aos outros com a óbvia intenção de se apropriar de uma fração maior da demanda com as altas margens somente viabilizadas pelo acordo conjunto. Tais desvios de conduta suscitam a freqüente intervenção do Presidente do Sindicato que insiste na manutenção de preços altos, com o intuito declarado de evitar a guerra de preços e manter as margens de lucro permanentemente acima do nível não cooperativo.

Tal significação do teor das gravações, que pode ser exemplificada à exaustão remetendo-se aos excertos dos diálogos transcritos no Parecer da SDE, tem, contudo, conseqüências mais graves à luz do critério do art. 20.

O teor das gravações, no seu sentido mais completo, na composição coerente de um quadro de conspiração com intento declarado de não permitir a formação de preços pela competição individual, não cooperativa, entre os revendedores de combustíveis, constitui evidência suficiente para se concluir que a limitação ou o falseamento da livre concorrência era o próprio objeto do ato.

Conclui-se, portanto, que o teor das gravações realizadas pelo Ministério Público de SC se constituem em evidência não somente da existência de conspiração entre os representados para coordenar suas políticas de preços, com a centralização das mensagens através do Sindipolis, mas também de que o objeto de tal conspiração foi o de limitar a concorrência no mercado de revenda de combustíveis em Florianópolis. Estando dessa maneira evidenciada a relação de intencionalidade do ato com os efeitos anti-concorrenciais do inciso I do art 20, fica identificada, pela regra da razão, a infração à ordem econômica.

8.2. Evidências da potencialidade dos efeitos anti-concorrenciais

Além da via de evidenciação da intencionalidade do ato quanto aos efeitos anti-concorrenciais, devemos também examinar as possibilidades de identificação de infração através da via de efetivação ou potencialidade dos efeitos nocivos à concorrência. Para tal fim pretende-se ilustrar os efeitos da conduta dos representados a partir da análise dos dados disponibilizados pelo Ministério Público de SC e pela ANP, e analisar suas características segundo a disciplina da regra da razão.

Pretendemos demonstrar que, apesar dos impecilhos de ordem legal e econômica à formação e à manutenção de cartéis, os representados juntamente com o Sindicato, conseguiram pôr em prática um mecanismo de coordenação de preços de revenda de combustíveis com efeitos nocivos à concorrência.

Para tanto é necessário, em primeiro lugar, provar que o comportamento observado dos preços não decorreu de uma simples resposta concorrencial dos postos às políticas de preços praticadas pelos distribuidores. Em segundo lugar é necessário demonstrar que o comportamento dos preços praticados pelos representados não é reflexo de políticas de preços praticadas por outro agentes, e ao contrário é autônomo e típico de um grupo de participantes de um mercado que possuem poder de mercado, e que efetivamente o exerceram em vários períodos, com o efeito de aumento das margens acima dos níveis de concorrência não-cooperativa.

Dificuldades na formação do cartel

A conduta dos representantes tipificada na instrução do processo é uma de colusão para fixação de preços.

Antes de examinarmos as evidências factuais da conduta, devemos entender os elementos teóricos que a incentivam, favorecem ou dificultam, considerando as características gerais e particulares da situação enfrentada pelos representados.

Chama-se cartel, na terminologia mais usual, um grupo de firmas independentes que resolve tomar decisões de preço, produção ou de outras variáveis, conjuntamente. Um cartel pode ser explícito ou tácito, dependendo de se seus membros tem acesso a canais de comunicação que lhes permitam renegociar frequentemente os termos do seu acordo ou se, ao contrário, não há interação negocial possível entre os participantes que, portanto, seguem uma regra de comportamento estabelecida implicitamente entre si.

No caso em tela, as gravações realizadas pelo MP/SC demonstram claramente que os operadores dos postos representados mantinham um canal de comunicação permanente através do Sindicato, que servia para veicular as tratativas sobre os níveis de preço a serem praticados por cada membro do cartel.

Mesmo em se tratando de um cartel explícito, a colusão de firmas para a prática de políticas comerciais concertadas em comum acordo envolve várias dificuldades, além daquelas relacionadas com a manutenção do segredo das suas negociações.

O primeiro problema das firmas que procuram fixar preços em acordo é de estabelecer que firmas irão praticar que preços. Este não é um problema simples porque representa, na realidade uma disputa pela divisão dos lucros do cartel.

Os mercados relevantes de produto da conduta são os de revenda de combustíveis: gasolina comum e aditivada, álcool combustível e diesel. Por terem composição física controlada pelo Governo, os combustíveis são produtos homogêneos, com pouca diferenciação na dimensão da qualidade ou de outras características intrínsecas, além de não se oferecerem substitutos próximos ao consumidor.

Dadas essas características dos produtos vendidos, a substituição entre os serviços de dois postos revendedores pelo consumidor se dá, essencialmente, em função do preço e do custo de acesso.

Sendo o custo de acesso uma função da distância entre o posto e o consumidor, a demanda pelos serviços prestados por cada posto se define pelo conjunto de consumidores situados nos limites de um certo raio de influência a partir do local onde se estabelece o posto. A interseção dessas áreas de influência é maior quanto mais próximas estão localizados os postos entre si. Para consumidores localizados nas regiões de interseção, abstraindo-se de outras dimensões do produto, como a disponibilidade de lojas de conveniência, e outros atrativos possíveis dos postos, o preço é a variável principal para definir a escolha entre os postos.

Assim como há postos localizados tão próximos uns dos outros que lhes sobram poder de mercado insignificante, também há postos que são localizados de tal modo que não sofrem concorrência em uma grande área de influência. Esses últimos gozam de maior poder de mercado, devido ao controle de uma demanda cativa de maior porte.

Postos que enfrentam demandas mis fortes, ou menos elásticas ao preço do produto, naturalmente têm capacidade de cobrar preços mais altos e auferirem maiores lucros.

Mas não são apenas as especificidades de demanda que diferenciam as lucratividades dos postos, há também diferenças entre as suas estruturas de custos. O valor de aluguel do terreno, o preço dos equipamentos e o preço de fornecimento de combustíveis pela distribuidora a que está filiado, são fatores específicos de custos para cada posto revendedor.

Todas essas particularidades tornam árdua a tarefa de estabelecer os preços a serem praticados por cada membro do cartel, já que o preço designado para um participante pode desagradar o resto, devido à interdependência das demandas e às suas diferenças de custos. Para ingressar no cartel, cada posto pode exigir um tratamento que lhe garanta, no mínimo, as possibilidades de lucro que tem agindo isoladamente em concorrência.

Vários trechos das gravações demonstram as dificuldades dessa natureza enfrentadas pelo cartel. São comuns as exigências dos participantes de praticar preços alguns centavos menores do que os dos postos vizinhos, como condição para participar do cartel (fls 2278, 2280, 2366, dos autos, reproduzindo trechos da representação do MP/SC)⁹.

⁹ De acordo com trecho da representação do MP/SC às fls 2278 dos autos:

Em nova conversa entre os denunciados Alexandre e José Cristóvão, destaca-se o trecho em que o segundo (José Cristóvão) propõe o ajuste, ressaltando, todavia, que seu preço ficaria R\$ 0,02 abaixo dos demais, in verbis:

"... Então, você pega, você pega convida aí a tua patotinha, tua turminha, fala com o teu amigo Cláudio, fala com teus amigo, liga aí eu aumento, não tem problema, só que oh! Mocinho! É dois centavos..." (fita 4, lado "b", terceira gravação, fls. 1681/1697).

Nesta mesma conversa, o denunciado José Cristóvão relatou proposta feita pelo denunciado Alexandre em reunião realizada anteriormente, no seguinte sentido, verbis:

"... os otrôs iam prum um e trinta e oito, o Cláudio (denunciado) ia fica um trinta e sete e ia ficaria um e trinta e seis (1,36) palavras suas. Aceita? Aceito. Só que no meu posto um e trinta e oito (1,38) e do lado da... Rio Branco não pode sê um e trinta e sete (1,37). Propostas tua quando me levô naquele dia praquela reunião, que só foi você e o Cláudio, chego depois, tá. E aquela... e você falou olha só nós e aí veio aquela muntueira de gente que são seus convidados".

De acordo com trecho da representação do MP/SC às fls 2280 dos autos:

"O denunciado Alexandre disse para o denunciado Alex (fita número 5, lado "a", sétima gravação, fls. 1722/1726), que o denunciado Cláudio concordava com a diferença de preço em relação ao posto do denunciado José Cristóvão, sito na Mauro Ramos, porém exigia "dois (centavos) lá em Biguaçu e nas Praias". Ficou combinado que a mudança dos preços não poderia ser de manhã, mas sim, à noite. Alexandre disse, também, que o preço iria ficar R\$ 1,34 e ele (José Cristóvão) R\$ 1,33. "

O segundo problema enfrentado na manutenção do cartel é a detecção de desvios dos participantes, dos preços previamente acordados. A partir do momento em que o cartel consegue um acordo e todos os participantes começam a praticar preços acima dos níveis não cooperativos, aumenta o Incentivo para que cada um invista em ações oportunistas. Reduzindo um pouco seu preço abaixo do nível acordado, o defector consegue atrair a demanda dos seus vizinhos, o que lhe renderá um alto retorno às margens, ainda altas, que mantém às custas da obediência dos outros participantes. É necessário, portanto, que o cartel tenha meios de vigiar o comportamento dos participantes e identificar os desvios dos acordos estabelecidos.

Manifestações dessa função de supervisão e controle mútuo da obediência ao acordo do cartel também estão presentes nas gravações. Há diálogos que contém reclamações de algum representado sobre a defecção de um outro com relação aos preços previamente acertados, e a requisição da interveniência do Presidente do Sindicato para obter o re-enquadramento do traidor (fls 2275 dos autos, transcrição da representação do MP/SC)¹⁰.

¹⁰ De acordo com trecho da representação do MP/SC às fls 2274 dos autos:

"No dia seguinte, os denunciados Alexandre e Tadeu voltaram a conversar (fita I, lado "a", décima quarta gravação, fls. 1571/1573). O segundo (Tadeu) esclareceu que havia mandado pessoas no posto do Fausto e do Túlio, sendo constatado que "o álcool tá certo" e a "gasolina tá um centavo errado" (sic). Informou, ainda, que o denunciado Zapelini estava praticando R\$ 1,34 e o álcool R\$ 0,84. Diante de tal informação, Alexandre que estava acompanhado, na ocasião, do também denunciado Alex, exercendo a função de chefe do bando, através de outro telefone, ligou para Zapelini, perguntando, sutilmente:

"(...) não dá pra passá um e trinta e cinco (1,35) e oitenta e cinco?... que nós acertâmo ônte com o Zezinho vai ficar com oitenta e quatro (0,84) e o Cláudio com um e trinta e cinco (1,35) e tu também... e o Fausto e o Túlio lá... ta bom então?... então ta bom. Tchou".

Após informar o denunciado Tadeu (que aguardava na outra linha) das tratativas com Zapelini, o denunciado Alexandre fez outra ligação, agora para o denunciado Fausto, também pedindo para que aumentasse o valor da gasolina para R\$ 1,35. Como tal pedido foi atendido, o denunciado Alexandre disse para o denunciado Tadeu, verbis: "... Tá tudo certo...".

As conversas, todavia, para acompanhamento dos preços e sua majoração não paravam, como aquela havida entre os denunciados Alexandre e Zoélio (fita I, lado "b", 2ª gravação, fls. 1583/1584) e Tadeu (fita I, lado "b", 53 gravação, fls. 1592/1594).

Nesta última conversa, o denunciado Tadeu reclamou para o denunciado Alexandre que o "japonês lá da Costeira" tinha reduzido o valor da gasolina comum para R\$ 1,31, esclai-

Dados os incentivos para as defecções oportunistas, o terceiro problema do cartel é o de coagir os participantes a manter seu compromisso com o acordo, possivelmente através de algum mecanismo de punição.

As gravações contém trechos em que o presidente do Sindicato intercede com o intuito de preservar os acordos, solicitando insistentemente com os participantes que mantenham seus preços em níveis mais altos (fls 2274 dos autos, transcrição da representação do MP/SC).

Apesar da maioria das intervenções pela manutenção dos preços do cartel aparentemente terem se manifestado como esforços insistentes de convencimento, há indícios de que formas mais violentas de coação também poderia ser usadas, inclusive com menções de ameaças à integridade física de concorrentes (fls 273, 274 e 354 da representação do MP/SC, e fls 2282 dos autos)

Conclui-se, portanto, que são muitos os fatores que atrapalham a operação do cartel, além das dificuldades de instalação, já que, a partir do momento em que suprime o ambiente concorrencial entre os participantes, o cartel passa a gerar os incentivos para a sua própria destruição, minado pelas ações oportunísticas individuais dos seus membros.

Do ponto de vista da análise de mérito dos atos aqui examinados e dos seus efeitos, ainda que potenciais, a questão que se impõe é, se o cartel dos postos representados, articulado em torno do Sindicato, teve condições de causar os efeitos deletérios à concorrência do art. 20 da Lei 8.884/94. Em outras palavras, para provar a natureza infrativa dos atos, é necessário mostrar que, apesar das dificuldades enfrentadas para a organização do cartel, os representados efetivamente lograram, ou poderiam ter logrado êxito, em fixar seus preços conjuntamente em benefício próprio e prejuízo dos consumidores.

No intento de avaliar os efeitos do cartel nos mercados, examinamos dados de preços de revenda e de fornecimento pelas distribuidoras, da gasolina comum, praticados durante o ano de 2000 pelos postos representados e

recendo, também, que o "Crespo e o Túlio não tinham 'mexido' e o Fausto estava 'sem placa'". Alexandre reagiu com indignação em relação a Crespo, asseverando, verbis:

"... p... q... p...! Mas tem certeza, eu falei ontem ainda..."

outros postos localizados na região da cidade de Florianópolis, e obtidos através de levantamentos amostrais realizados pelo PROCON/SC e pela ANP, esses últimos trazidos aos autos por diligências deste Gabinete.

Pela inexistência de dados tão detalhados para os outros combustíveis (gasolinas aditivadas, álcool combustível e diesel), pela proeminência das vendas de gasolina comum entre os outros combustíveis entre os postos representados, e pelos firmes indícios de que as práticas correram paralelas em todos os mercados relevantes de produto, restringe-se aqui à análise do comportamento dos preços e margens no mercado de gasolina comum.

Efeitos do cartel sobre os preços

Há eventos aparentes na série de preços praticados da gasolina comum que demonstram a capacidade de coordenação dos postos em torno da prática de preços muito próximos entre si, e por longos períodos de tempo. Tal capacidade de coordenação fica evidente pelo contraste da dispersão dos preços entre alguns períodos claramente demarcados pelos dados.

O gráfico 1 (preços da gasolina C - postos representados) mostra os preços praticados pelos postos representados no período entre 10 de março de 2000 e 02 de fevereiro de 2001. É possível se verificar uma mudança significativa de patamar nos preços, observada entre 10 de março, a primeira data para a qual se tem observações, e 13 de março, a imediatamente subsequente. O próximo período para o qual se tem observações é o da 1ª quinzena de março, onde já se pode observar uma dispersão maior mas ainda limitada dos preços. O comportamento dos preços durante o mês de junho mostra uma dispersão bastante pronunciada, que repentinamente se reverte nos primeiros dias do mês de julho, quando os preços voltam a se aproximar uns dos outros de maneira absolutamente contrastante com o padrão do período anterior.

O próximo período para o qual há dados disponíveis vai dos fins do mês de agosto até meados do mês de fevereiro de 2001. Nesse período é interessante se observar o contraste entre a dispersão da distribuição dos preços praticados no intervalo entre os meses de setembro e outubro, e a súbita concentração da distribuição observada ao final de outubro, início de novembro. Note-se também que a concentração da distribuição dos preços praticados pelos representados se mantém depois do aumento substancial

dos preços verificado nos últimos dias de novembro, e que os preços permanecem muito próximos até o final do período coberto pela amostra.

O conteúdo de principal significação do comportamento dos preços ilustrado pelos dados é o fato de que há períodos, perfeitamente discerníveis, de variação brusca na dispersão da distribuição dos preços da gasolina. Na primeira metade da amostra se percebe os efeitos de uma guerra de preços confinada entre dois períodos de estabilidade que o sucedem e o antecedem. Na segunda metade se observa a passagem brusca entre um período de relativa dispersão dos preços para outro de extrema concentração, que sobrevive, inclusive, a um aumento considerável do nível de preços.

A teoria econômica chama a atenção para o fato de que a própria observação de um período de guerra de preços bem delimitado no tempo é uma comprovação da presença de um mecanismo ou acordo de coordenação das políticas de preços, que temporariamente é quebrado quando os incentivos para a ação oportunística individual se tornam mais fortes do que o normal.

Nesse sentido, é muito pouco provável que os preços praticados tenham partido de uma situação inicial com pouquíssima variabilidade e, tendo passado por um período de desestabilização e grande dispersão, tenham posteriormente voltado ao padrão inicial de estável proximidade, se mantendo assim por um longo período de tempo, como obra do acaso, coincidência fortuita. Ao contrário, tal padrão de comportamento dos preços é uma indicação firme de que algum mecanismo de coordenação estava presente, evitando que a guerra de preços tivesse se estabelecido antes do momento em que ocorreu, e induzindo o retorno dos preços de volta à estabilidade.

Do mesmo modo, é pouco provável que a dispersão dos preços verificada em setembro e outubro pudesse ter se reduzido como se observou, de forma tão marcante e súbita, sem o suporte de um mecanismo de coordenação entre os postos, que pode também ter viabilizado o aumento sincronizado dos preços que se observou ao final de novembro.

O gráfico 2 (preços gasolina C - postos não representados) traz os preços praticados agora para um conjunto de postos não representados para os quais havia dados disponíveis das amostras realizadas pelo MP/SC e pela ANP.

É importante notar que o padrão de comportamento observado para os postos representados se reproduz aqui para os postos não representados de forma muito similar. As indicações são, portanto, de que os resultados das condutas alegadas dos representados sobre os seus preços praticados de alguma maneira se estenderam aos preços praticados por outros postos não representados. Note-se que, somente a partir da similaridade de comportamento dos preços não se pode afirmar se os outros postos não representados também participaram do cartel ou se as suas decisões de preços apenas foram induzidas pela liderança dos postos representados.

A observação de que outros postos, não representados, estabelecidos em diversas localidades da cidade de Florianópolis e Biguaçu, tiveram uma política de preços com comportamento surpreendentemente similar aos dos postos representados, é significativa para a confirmação do âmbito geográfico do mercado relevante de atuação do cartel como sendo a cidade de Florianópolis como um todo. O fato das políticas de preços de um grande número de postos, dispersos pela área da cidade, parecerem refletir as mesmas influências que determinaram os preços dos representados, unifica todos os postos revendedores da cidade em um único mercado geográfico.

Independência entre as políticas de preços dos postos e dos distribuidores

Os dados indicam que o padrão observado dos preços praticados pelos postos não pode ser entendido como reflexo imediato das políticas de preços praticadas pelas distribuidoras. Dois conjuntos de evidências, contidas nos dados amostrais, são capazes de demonstrar que, ao contrário do alegado pelas representadas, que os preços praticados dos combustíveis na revenda ao varejo não são ditados inteiramente pelos preços de venda dos combustíveis pelas distribuidoras.

O primeiro grupo de evidências é determinado pela similaridade do comportamento dos preços entre os grupos de postos que são atendidos por uma única empresa distribuidora.

Os gráficos a seguir, de n^{os} 3, 4, 5, 6, 7 e 8, (preços da gasolina C, várias bandeiras), mostram os preços praticados pelos postos, para os quais havia dados disponíveis nos autos, que são abastecidos por uma mesma empresa distribuidora.

Tomando-se como exemplo o gráfico 3 (preços da gasolina C - bandeira CBPI), note-se que há diferenças significativas, ao longo do tempo, entre os preços praticados pelos postos servidos pela distribuidora Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga. Mas ressalte-se, sobretudo, que o padrão de comportamento dos preços praticados pelos postos Ipiranga é muito similar ao padrão observado na amostra já exibida que inclui todos os postos representados e não representados (gráficos 1 e 2). Veja-se que o mesmo padrão se repete, qualitativamente, para cada conjunto de postos abastecidos por uma mesma distribuidora.

Conclui-se assim que, aparentemente, o fato de estarem filiados à mesma distribuidora não determina políticas de preços semelhantes para os postos, e nem o fato de estarem filiados a distribuidoras diferentes determina políticas de preços distintas para os postos. Pode-se inferir, portanto, que a distribuidora à qual se filia o posto não tem influência específica sobre as decisões de preços tomadas pelos postos.

Poder de mercado na fixação das margens

O terceiro e último conjunto de evidências proporcionadas pelas amostras de preços praticados, é constituído por dados de margens brutas de comercialização da gasolina C praticadas pelos postos representados e por um conjunto de postos não representados.

Os dados disponíveis para o cálculo das margens brutas foram colhidos pela ANP 19 de agosto de 2000 e 13 de fevereiro de 2001, cobrindo assim um período menor do que aquele que atinge a conduta aqui examinada. Para alguns postos e em algumas datas foram colhidos os preços de venda da gasolina C e também o preço de compra da gasolina C pago à distribuidora, conforme registrado na última nota fiscal disponível no posto na mesma data. A margem bruta calculada é a diferença em cada data entre esses dois preços.

O gráfico 9 (margens de revenda sobre o preço da Nota Fiscal - postos representados) mostra as margens brutas praticadas pelos postos representados no período. Durante a primeira parte da amostra, aproximadamente até a última semana de outubro de 2000, o nível médio das margens girava em torno de R\$0,10, com um escopo de dispersão em torno de R\$ 0,20. Tal situação se perpetua até o final do mês de outubro de 2000, quando se observa o início de um processo de elevação das margens acompanhado por

todos os postos representados. No começo de dezembro de 2000 o nível médio dos preços praticados pelos representados girava em torno dos R\$0,20, enquanto a dispersão dos preços tinha também se reduzido de maneira significativa, com a diferença entre a maior e a menor margem praticadas sendo de menos de R\$0,10. A situação final, com margens altas e de baixa dispersão, se perpetua por mais de três meses até o final da amostra, mostrando-se assim bastante estável.

Note-se que os eventos registrados pelos dados de margem bruta no gráfico 9 correspondem temporalmente aos eventos já discutidos sobre os níveis de preços praticados na segunda metade da amostra do gráfico 1. Assim, a elevação de patamar do nível médio das margens e a redução da dispersão das margens ocorrem simultaneamente ao aumento do nível dos preços e à redução da dispersão dos preços, ocorridos entre os meses de outubro e dezembro de 2000.

Tal comportamento das margens, assim como o dos preços verificado no gráfico 1, revela um evento difícil de explicar na ausência dos efeitos de um mecanismo de coordenação de políticas de preços entre os representados. Tanto a mudança súbita de patamar, quanto o fato das margens terem se mantido altas, próximas entre si, e estáveis por um longo período subsequente, são indícios fortes de que tais políticas decorreram de um acréscimo de poder de mercado, provavelmente viabilizado por um mecanismo de coordenação de preços.

Também é possível se observar, no gráfico 10, que os eventos do comportamento das margens brutas praticadas por um amplo conjunto de postos não-representados para os quais se obteve dados nas amostras foram muito semelhantes em termos qualitativos aos que marcaram o comportamento das margens praticadas pelos postos representados. Assim como para o caso dos níveis de preços, a semelhança do padrão de comportamento das margens reforça os indícios de que os efeitos do cartel das representadas se estenderam para muitos outros postos não representados, espalhados pela região da cidade de Florianópolis, amparando a hipótese de definição de mercado relevante geográfico adotada aqui.

9. Conclusões sobre o mérito

Dos elementos expostos, considero que os dados disponíveis apóiam a conclusão de que o cartel foi efetivo durante o período examinado, com

respeito à viabilização da prática de preços coordenados em níveis muito próximos uns dos outros, e seus efeitos se estenderam por toda a cidade de Florianópolis. Além disso, os dados também indicam que o comportamento observado dos níveis de preços não é um reflexo imediato dos preços praticados pelas distribuidoras, e que, portanto só pode ser interpretado como resultado da iniciativa independente e autônoma dos operadores dos postos representados. Finalmente, os dados permitem concluir que o cartel proporcionou aos seus participantes a capacidade de exercer poder de mercado adicional, com a conseqüente possibilidade de aumentar as margens brutas de comercialização.

Considero, portanto, que os dados disponíveis nos autos constituem evidência convincente, em uma análise pela regra da razão, de que os atos praticados pelos representados e pelo Sindicato não só tinha o potencial mas efetivamente causaram efeitos anti-concorrenciais nos mercados de combustíveis da cidade de Florianópolis.

Assim, adotando as razões do ilustre Procurador Geral do CADE para o enquadramento dos atos no art. 20 da Lei 8.884/94, julgo configurada a hipótese do art 20 inciso I, em conjunto com a tipificação das condutas dos incisos I, II e XXIV do art. 21, da Lei 8.884/94.

10. Efeitos da liminar concedida ao representado Jóia Posto Ltda

Em se tratando dos efeitos da liminar concedida nos autos pelo e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Agravo de Instrumento de n.º 2002005899-1/DF, interposto pelos Representados Jóia Posto Ltda, Maria Aparecida Vieira e José Cristóvão Vieira, é oportuno esclarecer os seus limites.

O feito é resultado de pedido de liminar indeferida no Processo de Ação Cautelar Inominada de n.º 2002000027983, promovida pelos Representados Jóia Posto Ltda, José Cristóvão Vieira e Maria Aparecida Vieira.

Assim sendo, não há razões de Direito Processual, pertinentes aos efeitos de decisão liminar, capazes de estender os benefícios da decisão aos demais Representados no presente Processo Administrativo, em função de clara aplicação da regra de efeito *inter pars* do referido pleito judicial.

A decisão liminar de efeitos ativos exarada pelo e. Tribunal é clara em determinar que seja atendido o pedido das três requerentes aqui representadas nos seus exatos termos, que pretendiam, em trecho do pedido do Recurso de Agravo de Instrumento citado, “sustar efeitos de eventual imposição de penalidades ou determinação de condutas omissivas ou comissivas por parte do CADE, impostas em razão de julgamento pelo seu Plenário, nos autos do Processo Administrativo n.º 08012.002299/2000-18”.

De tal modo, entendo que a liminar não prejudicou a atividade decisória do Conselho, mesmo com relação aos seus efeitos sobre os três Representados requerentes. Apenas restou prejudicada a execução, ou a externalização dos efeitos, da decisão promulgada pelo CADE.

Assim sendo, em relação aos Representados Jóia Posto Ltda, José Cristóvão Vieira e Maria Aparecida Vieira, a decisão a ser proferida pelo Conselho será existente e válida, não podendo, contudo, ser executada, até conclusão final do julgamento da Ação Cautelar Inominada, e caso sejam vencidos os requerentes.

Caso os representados tenham sucesso no seu pleito pela ação judicial, a decisão do CADE ficará prejudicada somente em relação aos referidos Representados, e o CADE no uso de suas atribuições e pressupostos legais fará cumprir a decisão no sentido de que seja realizado Termo de Compromisso de Cessação, o que seria o objetivo evidente das referidas ações judiciais.

11. Decisão

Em virtude da multiplicidade de agentes com diferentes situações e responsabilidades decorrentes da conduta, considero importante que as sanções aplicadas pelo Conselho sejam definidas para cada conjunto de Representados em separado, definidos como: a entidade sindical, as pessoas jurídicas, e as pessoas físicas.

Restrições e sanções contra o sindicato representado

Em relação ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, estabeleço as seguintes sanções:

Nos termos do art. 23, inciso III, da Lei n.º 8.884/94, aplico multa pecuniária no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), em razão de ter sido provado nos autos que o referido sindicato foi agente promotor e indispensável para viabilizar o cartel. O valor da multa é de aproximadamente 10% sobre o valor médio das multas aplicadas às pessoas jurídicas, e se baseia na probabilidade de dano causado ao mercado, na gravidade e na efetiva consumação da infração, na proporção dos efeitos econômicos negativos ao mercado e na situação econômica do infrator; todas condições agravantes do art. 27 da Lei n.º 8.884/94;

Nos termos do art. 24, inciso III da Lei n.º 8.884/94, determino que o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis seja inscrito no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

Nos termos do art. 24, inciso IV, alínea “b”, determino que não seja concedido ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, parcelamento de tributos federais por ele devidos e sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais ou subsídios públicos;

Com base no art. 24, inciso V, determino que seja incluída cláusula no Estatuto Social do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, determinando expressamente não ser finalidade ou atividade legítima do referido sindicato a promoção, a realização ou a participação em acordos ou decisões dos filiados que modifiquem, uniformizem ou condicionem o modo de comercialização de seus associados, as margens de lucro ou os preços praticados pelos mesmos.

O cumprimento da decisão referente a multa pecuniária do art. 23, inciso III, será cobrada nos termos da Lei n.º 8.884/94 por órgão competente do CADE para promoção de execução judicial da sentença.

O cumprimento da decisão referente ao inciso V do art 24 da Lei n.º 8.884/94 deverá ser realizado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, dentro de trinta dias após a data de publicação do acórdão.

Restrições e sanções contra as pessoas jurídicas representadas

São Representados pessoas jurídicas segundo determinado nos autos: Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, Auto P. Parque São Jorge, Jóia Posto

Ltda., Auto Posto Florianópolis Ltda., Jóia Comércio de Combustíveis Ltda., Auto Posto Interlagos Ltda., Auto Posto Desterro Ltda., Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., Auto Posto Big Boss Ltda., Auto Ilha do Norte Com. Lubrificantes Ltda., Posto Ipiranga Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda. Filial I, Posto Avenida Ltda., Auto Posto Esquina Ltda.

Nos termos do art. 23, inciso I, da Lei n.º 8.884/94 aplico a cada uma das pessoas jurídicas representadas multa pecuniária no valor equivalente a 10% do seu faturamento no ano de 2000.

O valor da multa tem em conta uma estimativa da vantagem auferida pelos representados, calculada em função do aumento médio das margens brutas de comercialização da gasolina C, praticadas pelos postos representados, e ocorrido entre novembro e dezembro de 2000, conforme demonstram os dados da ANP, e que pode ser observado na figura 9. Considero que tal aumento, correspondente a aproximadamente R\$ 0,10 por litro, se deveu ao acréscimo de poder de mercado proporcionado pelo cartel, e adoto tal parâmetro como estimativa do lucro proporcionado pela conduta infrativa. Sendo que durante o ano de 2000 o litro da gasolina C foi vendido a um preço médio aproximado de R\$ 1,50, a vantagem auferida como proporção do faturamento é de aproximadamente 1/15 ou 6,7%. A execução da multa seguirá o rito legalmente estabelecido pela lei 8.884/94.

Nos termos do art. 24, inciso II da Lei n.º 8.884/94, determino a proibição a cada pessoa jurídica representada de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações tendo por objetivo a aquisição, alienação, realização de obras e serviços públicos, sobretudo, concessão de serviços públicos junto à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como entidades de administração indireta, no prazo de cinco anos a contar da publicação do acórdão.

Para efeito, nos termos do art. 7º, inciso X, determino que seja encaminhada cópia da decisão ao Ministério de Minas e Energia, Agência Nacional do Petróleo – ANP, ao Governo do Estado de Santa Catarina e a Prefeitura de Florianópolis –SC, Banco do Brasil S/A, Caixa Econômica Federal e Banco Central do Brasil, para que tomem ciência da decisão ora prolatada e tomem medidas necessárias para o seu cumprimento, em relação a esta determinação.

Nos termos do art. 24, inciso III, determino a inscrição dos Representados no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência.

Com base no art. 24 inciso IV, alínea “b”, determino que não seja concedido aos representados Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, Auto P. Parque São Jorge, Jóia Posto Ltda., Auto Posto Florianópolis Ltda., Jóia Comércio de Combustíveis Ltda., Auto Posto Interlagos Ltda., Auto Posto Desterro Ltda., Cláudio Luiz Pereira Ltda., Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Auto Posto Big Boss Ltda., Auto Ilha do Norte Com. Lubrificantes Ltda., Posto Ipiranga Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda. Filial I, Posto Avenida Ltda., Auto Posto Esquina Ltda. parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos.

Restrições e sanções contra as pessoas físicas representadas

São representados pessoas físicas, conforme verificado nos termos de abertura do Processo Administrativo e, com base nos dados fornecidos pelas provas nos autos: Alexandre Carioni, Alex Sander Guarneri, Cláudio Luiz Pereira, Gilberto Rollin, José Cristóvão Vieira, Tadeu Emilio Valente, Zoélio Hugo Valente e Fausto Carioni.

Com base nos termos do art. 23 inciso II da Lei n.º 8.884/94, para cada representada pessoa física fixo multa pecuniária no valor de 10% sobre o valor da multa aplicado à empresa na qual participe como sócio gerente, controlador ou responsável legal, e que tenha sido apenada nesse processo.

À pessoa física do senhor Alexandre Carioni aplico multa no valor de 15% sobre o valor da multa aplicado à empresa na qual participe como sócio gerente, controlador ou responsável legal, e que tenha sido apenada nesse processo.¹¹

Nos termos do art. 24, inciso II da Lei n.º 8.884/94, determino a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações tendo por objetivo a aquisição, alienação, realização de obras e serviços públicos, sobretudo, concessão de serviços públicos junto à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como entidades de administra-

¹¹ Multa acrescida em função da aceitação do argumento constante do Voto de Vista do Conselheiro Roberto Pfeiffer.

ção indireta, ligados ao mercado de comércio varejista de derivados de petróleo e combustíveis, no prazo de cinco anos a contar da publicação do acórdão.

Nos termos do art. 24, inciso III, determino a inscrição dos Representados no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência.

Sanção do art. 24 inciso I da lei n.º 8.884/94

Determino a publicação, em meia página e às expensas dos Representados, no jornal diário de maior circulação na cidade de Florianópolis, por um período de dois dias consecutivos, e no prazo de 10 dias a partir da data de publicação do acórdão, de extrato descritivo da decisão condenatória, de cujo teor não constará qualquer alusão ou opinião a respeito da mesma decisão, dos Representados e deste Conselho, e contendo de forma nítida a relação dos Representados.

O texto deverá ser apresentado previamente ao CAD/CADE, que avaliará o fiel cumprimento desta determinação.

Determinações gerais

O cumprimento da decisão referente aos incisos III e IV do art 24 deverá ser procedido pelo órgão competente, devendo lhe ser encaminhada cópia da decisão pelo CAD/CADE, no prazo de 15 dias após a data de publicação do acórdão.

Para efeito do atendimento dos termos do art. 7º, inciso X, determino que seja encaminhada cópia da decisão ao Ministério de Minas e Energia, Agência Nacional do Petróleo – ANP, ao Governo do Estado de Santa Catarina e a Prefeitura de Florianópolis –SC, Banco do Brasil S/A, Caixa Econômica Federal e Banco Central do Brasil, para que tomem ciência da decisão ora prolatada e tomem as medidas necessárias para o seu cumprimento, no tocante à esta decisão.

Com base no art. 7º inciso X da Lei n.º 8.884/94, solicito à Secretaria de Receita Federal que tome as medidas necessárias para o cumprimento dessa decisão, no tocante a determinação ora proferida.

Para todos os casos, fixo multa diária de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) pelo não cumprimento das sanções conforme aplicadas, incidente a partir do primeiro dia de atraso, até a data em que o órgão competente para a aplicação da sanção se tornar ciente do atendimento efetivo das condições exigidas. A sua execução será procedida segundo reza a Resolução n.º 09/CADE.

Determino que o CAD/CADE providencie remessa de cópia do inteiro teor dos autos ao Ministério Público de Santa Catarina, para os fins que considerar oportunos.

Determino que o CAD/CADE providencie remessa de cópia do inteiro teor da decisão aos Ministérios Públicos estaduais de todo o país, para que tomem ciência da decisão.

É o voto

Brasília, 20 de março de 2002

Afonso Arinos de Mello Franco Neto

Conselheiro-Relator

Ministério da Justiça
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Gabinete do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002299/2000-18

Representante: Ministério público do estado de santa catarina.

REPRESENTADOS: Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, Auto P. Parque São Jorge, Jóia Posto Ltda., Auto Posto Florianópolis Ltda., Jóia Comércio de Combustíveis Ltda., Auto Posto Interlagos Ltda., Cláudio Luiz Pereira Ltda., Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira, Auto Posto Desterro Ltda., Auto Posto Desterro Itajaí Ltda., Auto Posto Big Boss Ltda., Auto Ilha do Norte Com. Lubrificantes Ltda., Posto Ipiranga Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda., Alexandre Comércio de Automóveis Ltda. Filial I, Posto Avenida Ltda., Auto Posto Esquina Ltda., os Senhores Alexandre Carioni e Fausto Carioni, Alex Sander Guarneri, Cláudio Luiz Pereira, José Cristóvão Vieira, Tadeu Emílio Vieira, Zoélio Hugo Valente, Gilberto Rollin e o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis.

VOTO DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR

VOTO VOGAL

Conforme já relatado em detalhes, o presente Processo Administrativo trata de representação encaminhada à SDE pelo Ministério Público do Estado de SC, denunciando acordo de preços praticado na revenda a varejo de combustíveis automotivos na região do Município de Florianópolis. Posteriormente, por iniciativa de deputados da Assembléia Legislativa do Estado de SC, formou-se uma Comissão Parlamentar Externa (CPE) com a finalidade de responder à insatisfação popular com supostos preços abusivos praticados pela revenda de combustíveis na região metropolitana de Florianópolis, a qual defino, como o mercado geográfico relevante do caso.

No curso das atividades desta foram realizadas reuniões, bem como a produção de prova em função de investigação levada a cabo pelo Ministério Público do consumidor do Estado de Santa Catarina que solicitou ao Poder Judiciário a quebra do sigilo telefônico do Sr. Alexandre Carioni, presidente do Sindicato, e ao mesmo tempo, enviou representação à SDE.

A autorização judicial para a interceptação telefônica foi dada e foram realizadas gravações entre 19 de maio de 2000 e 28 de junho de 2000. O Mi-

nistério Público do Estado de Santa Catarina, através da Coordenadoria de Defesa do consumidor e pela 15ª Promotoria de Justiça de Florianópolis abriu junto à SDE representação para apurar e reprimir infrações à ordem econômica praticadas por proprietários de postos de combustíveis de Florianópolis.

O Ministério Público informou na representação que ofereceu denúncia e pedido de prisão preventiva contra os representados e requereu a adoção de Medida Preventiva na forma do art. 52 da Lei 8.884/94 determinando a cessação da prática e o restabelecimento das condições vigentes anteriormente.

Posteriormente a SDE instaurou Processo Administrativo visando apurar as infrações à ordem econômica previstas nos incisos I a IV do art. 20 c/c incisos I, II e XXIV do art. 21, da Lei 8.884/94 em 06 de julho de 2000 (publicado em 07 de julho de 2000) contra os postos revendedores de combustíveis, seus administradores e o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis.

Os representado, devidamente qualificados no minucioso voto do conselheiro relator controlam os seguintes postos de gasolina localizados em nove bairros da região metropolitana de Florianópolis:

Bairro	nº de postos representados localizados no bairro	nº total de postos por bairro	Participação dos postos representados em cada bairro
Estreito	5	16	31%
Trindade	1	5	20%
Saco Grande	1	3	33%
Agronômica	1	2	50%
Centro	4	13	31%
Capoeiras	1	7	14%
Sto Antônio de Lisboa	1	3	33%
Saco Grande II	1	2	50%
Itacorubi	1	4	25%

O parecer da SEAE constatou que muitas particularidades do mercado relevante são características facilitadoras do comportamento colusivo das empresas considerou que há evidências suficientes nas gravações para se identificar como participante das conversas o presidente do Sindicato, Sr. Alexandre Carioni. No mesmo sentido foi a conclusão do parecer da SDE que concluiu que o Sr. Alexandre Carioni participou ativamente na articulação para a fixação de preços e para a estabilização da conduta colusiva dos representados.

No mesmo sentido foi também o parecer da Procuradoria do CADE.

Conforme salientado pelo excelente voto do conselheiro Afonso Arinos, a defesa apresentou três ordens de objeções contra a acusações que lhe foram formuladas.

A primeira questão diz respeito à validade das provas produzidas pelo MP de SC através de gravações e escutas telefônicas. A segunda questão trata da inoportunidade das provas frente às circunstâncias da época das gravações. A terceira e última questão se refere ao tratamento das gravações como prova suficiente para caracterização "per se" do ato anti-concorrencial.

A primeira alegação não tem como prevalecer. Isto porquanto as provas produzidas foram realizadas em absoluta conformidade com o que dispõe o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Muito mais se poderia dizer em apoio a tal tese, tendo em vista que a doutrina e jurisprudência são uníssonas em reconhecer a validade das provas nestas situações. Contudo, entendo desnecessário.

A prova foi feita após autorização judicial feita em sede de requerimento do Ministério Público, que tinha como destinação justamente a investigação criminal e a instrução processual penal.

Cumpra também notar que as gravações telefônicas não constituem a única prova da conduta. Na verdade elas apenas ilustram, e de maneira irrefutável o robusto conjunto probatório que excepcionalmente se conseguiu reunir num só e mesmo processo administrativo a partir, especialmente do diligente e fundamental papel do Ministério Público.

Também a alegação quanto à inoportunidade das provas deve ser repelida.

Em momento algum, e o fato já foi amplamente debatido, houve autorização em reunião para a majoração de preços. Ademais, ainda que isto tivesse ocorrido, o que se repele com veemência, tal circunstancia não elidiria a ilegalidade da conduta imputada aos representados¹. Isto porque não houve formalização do acordo supostamente firmado. Ademais, nem o Poder Legislativo nem o Ministério Público teriam poder para firmar semelhante documento e se o tivessem feito, o mesmo não poderia sobrepor-se ao que dispõe a lei de concorrência nacional. É também de se notar que antes de 25 de maio de 2000, data do suposto acordo, já havia prova da ocorrência das condutas inflacionais aqui examinadas.

Por fim, como bem acentuou o relator:

“segundo os próprios representados o alegado acordo previa o parâmetro de 15,5% como valor máximo de margem bruta, sendo, portanto a prática de preços que implicassem margem bruta menor plenamente aceitável. Pelo

¹ Conforme consta do voto do relator, houve mais de uma reunião: “A primeira teve a presença dos presidentes dos quatro sindicatos de postos revendedores de combustíveis existentes no estado, proprietários de postos, representantes de Distribuidoras, representantes de grupos de consumidores, Governo do Estado, Poder Legislativo, Procon/SC e Ministério Público Estadual. Nesta primeira reunião nada foi acordado, a não ser a concordância das distribuidoras em repassar aos revendedores a redução de recolhimento de ICMS sobre as vendas de gasolina correspondente à redução da base de cálculo de R\$1,55 para R\$1,45, oferecida pelo governo do Estado.

A segunda Audiência realizou-se em 22 de maio de 2000 com a presença apenas das partes envolvidas nas negociações sobre uma solução para a prática de preços excessivamente altos verificada no mercado. Segundo as requerentes, nessa reunião, estavam presentes o Secretário de Finanças, membros do Procom e do Ministério Público de SC, representantes de duas distribuidoras, presidentes de sindicatos e os Deputados Nelson Goetten de Lima e Jaime Mantelli, respectivamente presidente e relator da CPE.

Nessa reunião foi negociado um acordo entre as partes em termos descritos pelos requerentes como: “O preço final dos combustíveis aos consumidores seria estabelecido obedecendo a seguinte fórmula: preço de aquisição dos combustíveis, mais frete, acrescentado o percentual de 15,5% de margem de lucro, mais os custos frete, encontrando desta forma o valor máximo a ser observado pelos varejistas.”(fls 14 apartado)” (...) “Na data de 25 de maio de 2000 foi realizada Assembléia do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis - SINDIPOLIS, na qual, segundo as representadas, por maioria apertada de votos, foi aprovada a proposta acordada na reunião da CPE, o que foi amplamente divulgado pela imprensa.

Pelos termos do acordo sancionado, as requerentes alegam (fls 15 apartado) que, em função dos preços vigentes para a compra, o preço da gasolina C deveria ter o o valor aproximado de R\$ 1,34.”

teor dos diálogos gravados, contudo, percebe-se que todo o esforço do Presidente do Sindipolis transcorreu no sentido de impedir a prática de preços baixos pelos associados, e nunca o contrário. Por outro lado, em nenhum momento o Presidente do Sindipolis se opôs a que os postos praticassem preços tão altos quanto quisessem, demonstrando, assim, que o esforço de coordenação se deu no sentido de garantir margens mínimas e não máximas.”.

Ao contrário do alegado, a conduta não foi caracterizada como conduta *per se*. No caso em tela há farta evidência de que houve dolo por parte dos representados. As gravações são eloqüentes neste sentido. Em vista da clara intenção dos agentes, torna-se inclusive dispensável a comprovação da ocorrência dos efeitos visados, consoante disposto no artigo 21 da Lei 8.884/94.

Frise-se que no caso em questão restou demonstrada de maneira cabal, inclusive com a didática prova proporcionada pelos gráficos elaborados pelo ilustre conselheiro relator Afonso Arinos, que houve conduta concertada por parte dos agentes². As gravações, insista-se, constituem, no contexto do conjunto probatório, apenas ilustração de prova mais do que candente proporcionada pela análise comparativa em quadros cronológicos acerca da evolução dos preços.

A análise dos gráficos exposta no voto do relator é clara:

“Há eventos aparentes na série de preços praticados da gasolina comum que demonstram a capacidade de coordenação dos postos em torno da prática de preços muito próximos entre si, e por longos períodos de tempo. Tal capacidade de coordenação fica evidente pelo contraste da dispersão dos preços entre alguns períodos claramente demarcados pelos dados. (...) Os dados indicam que o padrão observado dos preços praticados pelos postos

² Nas palavras precisas do relator: “Os diálogos revelam o esforço de coordenação contra os incentivos típicos de comportamento individual oportunista dos participantes de um cartel. Assim que todos parecem estar coordenados em torno de preços acordados, surge algum participante que reduz seu preço relativamente aos outros com a óbvia intenção de se apropriar de uma fração maior da demanda com as altas margens somente viabilizadas pelo acordo conjunto. Tais desvios de conduta suscitam a freqüente intervenção do Presidente do Sindicato que insiste na manutenção de preços altos, com o intuito declarado de evitar a guerra de preços e manter as margens de lucro permanentemente acima do nível não cooperativo.”

não pode ser entendido como reflexo imediato das políticas de preços praticadas pelas distribuidoras. Dois grupos de evidências contidas nos dados amostrais são capazes de demonstrar que, ao contrário do alegado pelas representadas, que os preços praticados dos combustíveis na revenda ao varejo não são ditados inteiramente pelos preços de venda dos combustíveis pelas distribuidoras”.

Em face do exposto e do que mais consta do conjunto probatório, inclusive o excelente parecer da Procuradoria Geral do CADE, entendo que a condenação dos requerentes é medida de rigor que se impõe.

O conjunto probatório tornou claro que o cartel realmente atuou de maneira efetiva no período examinado e seus efeitos se estenderam por todo mercado relevante. Além disso, os dados relacionados no voto do relator são eloqüentes ao indicar que o comportamento dos níveis de preços não pode ser entendido como um reflexo imediato dos preços praticados pelas distribuidoras, visto que os preços dos varejistas acusados mantiveram-se uniformes, acompanhando o gráfico demonstrativo do concertamento de preços, mesmo diante da variação de preços dos distribuidores.

Restou patente, assim, que o cartel permitiu aos representados que exercessem seu poder de mercado “aumentando margens brutas de comercialização”.(conforme bem analisado no voto do relator). Deste modo ficou demonstrada não apenas que os atos praticados continham potencial anticoncorrencial, como efetivamente permitiram que os seus perpetradores dele se locupletassem.

Assim, adotando as razões dos votos que me antecederam e também o parecer d do ilustre Procurador Geral do CADE acompanho as conclusões do voto do relator com bem como os acréscimos apresentados pelos votos que o sucederam.

Por fim, observo que a condenação de sindicatos por prática anticoncorrencial vem se tornando um tema de crescente importância na literatura internacional. Muitos sindicatos, especialmente num momento de refluxo de seu crescimento, vêm sendo condenados por praticas anticoncorreciais

decorrentes de seu poder de articulação de comportamentos uniformes por parte dos agentes econômicos.³

O caso em questão representa, acredito eu, um passo importante na defesa antitruste no país. Isto porque a investigação e repressão ao abuso do poder econômico e das praticas anticoncorrenciais contou com um importante e novo aliado do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Refiro-me ao Ministério Público, notadamente o ministério Público estadual de Santa Catarina que, a exemplo de iniciativas tão bem conhecidas realizadas pelo Ministério Público americano (DOJ) tomou as iniciativas visando à tutela de tão importante interesse transindividual para o qual está legitimado nos termos da lei de ação civil publica. A dispersão em todo o Brasil deste órgão de defesa dos interesses difusos e coletivos constitue-se em mecanismo indispensável, cada vez mais, para a efetiva tutela da concorrência, notadamente em mercados relevantes locais ou regionais como aquele objeto deste julgamento.

Tendo em vista o caráter exemplar das investigações levadas a cabo pelo ministério Público de Santa Catarina, bem como as evidencias de que práticas semelhantes estariam sendo realizadas em outros estados da federação, determino que o CAD/CADE providencie remessa de cópia do relatório e votos aos Ministérios Públicos de todas as unidades da federação para que conheçam e se inspirem nos procedimentos, meios e resultados obtidos pela iniciativa do *Parquet* catarinense.

É o voto

Brasília, 27 de Março de 2002.

Ronaldo Porto Macedo Júnior
Conselheiro

³ Neste sentido ver “THE ANTITRUST LIABILITY OF LABOR UNIONS FOR ANTI-COMPETITIVE LITIGATION Daralyn J. Durie e Mark A. Lemley. 1992 by the California Law Review, Inc.; Daralyn J. Durie and Mark A. Lemley”

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Gabinete do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002299/2000-18

VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO PFEIFFER

O presente Processo Administrativo trata de representação encaminhada à SDE pelo Ministério Público do Estado de SC, denunciando acordo de preços praticado na revenda a varejo de combustíveis automotivos na região do Município de Florianópolis.

Na sessão do dia 20 de março o ilustre relator proferiu substancial voto, no qual entendeu configurada infração contra a ordem econômica tipificada no art. 20, I combinado com art. 21, II, da Lei nº 8.884/94, cominando multa pecuniária e uma série de outras sanções aos envolvidos.

O presente caso, além de ser o primeiro no qual o CADE analisa processo administrativo envolvendo cartel de postos de revenda de combustíveis, apresenta diversas questões intrincadas, que merecem enfrentamento, motivo pelo qual requeri vistas para melhor analisá-las, o que passo a fazer.

I- QUANTOS ÀS PRELIMINARES ARGÜIDAS PELOS REPRESENTADOS

Nas defesas oferecidas pelos representados foram oferecidas diversas preliminares, as quais passo a enfrentar, a fim demonstrar a sua insubsistência.

I.1. Preliminar de nulidade da citação do Jóia Posto Ltda. e do Sr. José Cristóvão Vieira.

Na defesa apresentada pelo Jóia Posto Ltda. e pelo Sr. José Cristóvão Vieira, consta preliminar de nulidade da notificação feita à empresa defendente, vez que a mesma foi entregue a terceira pessoa, que segundo os representados não possui qualquer vínculo com a empresa, acrescentando ser ela nula por não ter consignado o nome da empresa.

Ocorre que, como bem salientado pela nota técnica da SDE, verifica-se que a notificação foi corretamente endereçada, continha o nome exato da empresa e foi entregue à pessoa que se identificou como subgerente do posto. Ademais, qualquer eventual irregularidade tornou-se sanada a partir da circunstância de ter o representado apresentado suas razões de defesa, o que não seria possível se esse não a tivesse recebido.

Aludida empresa, assim, não teve qualquer impedimento ao pleno exercício de seu direito de defesa, tanto que recentemente ajuizou ação para obter a celebração de compromisso de cessação de prática.

I.2. Suspensão do processo administrativo até julgamento do processo criminal

Também como preliminar, os representados requereram a suspensão do Processo Administrativo, até decisão final do Processo em trâmite na Justiça Criminal em que as pessoas físicas representadas foram denunciadas como incurso no art. 4º da Lei nº 8.137/90. Para fundamentar a sua pretensão invocaram o preceito do art. 110 do Código de Processo Civil, que estatui:

“Art. 110 – Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar o andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal”.

Correto o argumento sustentado pela SDE, no sentido de que o referido preceito diz respeito unicamente à Ação Civil *ex delicto*, onde se busca a reparação do dano sofrido por uma infração criminal. Não há, desta maneira, como aplicar tal preceito ao caso concreto, já que o procedimento administrativo em análise não depende do resultado do processo criminal.

Com efeito, apura-se, no presente processo administrativo a existência de infração contra a ordem econômica, ao passo que no processo criminal apura-se a existência de crime. Muito embora a mesma conduta possa tipificar ilícito administrativo e penal os critérios de julgamento, as provas necessárias e as sanções a serem impostas são absolutamente distintas, o que impõe o seu julgamento em apartado.

Neste contexto, a corroborar o acerto de tal raciocínio, cumpre destacar a firme jurisprudência que salienta a independência entre a esfera criminal e a esfera administrativa. Destaco, a propósito, os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal:

“Pena disciplinar de demissão, corretamente capitulada, por achar-se em serviço o impetrante, quando da ocorrência da transgressão.

Cerceamento de defesa não caracterizado, perante a justificada dispensa de prova testemunhal.

Independência das esferas penal e administrativa.

Prescrição não consumada”.⁴

“HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGACAO DE CERCEAMENTO DE DEFESA.ACAO PENAL. TRANCAMENTO IMPOSSIBILIDADE). DESVINCULACAO DAS INSTANCIAS PENAIIS E **ADMINISTRATIVAS**.

INEFICAZ É O HABEAS CORPUS, QUE VISA A TUTELA DA LIBERDADE MOLESTADA PELA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER, QUANDO O QUE SE ALEGA NAO É A INEXISTENCIA DA PROVA DE FATOS PENALMENTE TIPIFICADOS, MAS, VÍCIO ESPECIFICO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

EXISTINDO PROVA, INDICIARIA QUE SEJA, DA AUTORIA E DO FATO PENALMENTE PUNIVEL, NAO HA FALAR EM FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O PROCESSO **ESFERA CRIMINAL**.

RHC IMPROVIDO.⁵

É este também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como deixa assente o acórdão abaixo transcrito:

RMS. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. SANÇÕES CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. A doutrina e a jurisprudência têm entendimento assente no sentido da independência das esferas penal e administrativa, tendo em vista seu caráter distinto pois, enquanto a primeira visa resguardar interesse essencialmente coletivo, a segunda tem por finalidade proteger interesse exclusivamente funcional da Administração Pública, razão pela qual a sanção disciplinar prescinde da ação penal.

2. Válido é o ato de demissão, sugerido pela Comissão Especial de Inquérito da Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe e acatado pelo Governador, resultante de regular procedimento administrativo disciplinar, onde restaram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

3. RMS improvido.⁶

I.3. Ausência de previsão legal para o parecer da SEAE

⁴ MS-21293 / DF - Min. OCTAVIO GALLOTTI – j. em 03/08/1992 - Tribunal Pleno.

⁵ RHC-65092Min. CELIO BORJA 25/08/1987 - SEGUNDA TURMA

⁶ ROMS 10592/SE – 6ª T. – Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES - DJ 19/06/2000 pg. 00211.

Não há como amparar a preliminar de ausência de amparo legal para o parecer da SEAE, uma vez que tal parecer encontra guarida no art. 38 da Lei nº 8.888/94.

I.4. Invalidez das provas obtidas através de escuta telefônica

As representantes sustentam, ainda, que seria inválida a prova referente à escuta telefônica.

Cumpra, inicialmente, destacar que a escuta telefônica foi regularmente obtida, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 9.296/96. Com efeito, determina a referida lei, em seu art. 1º, que “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”. Todos estes requisitos foram obedecidos.

Ademais, a prova foi requerida por representante do Ministério Público no âmbito da investigação criminal, a quem a lei atribui expressamente esta prerrogativa (Art. 3º, II).

Ressalte-se, ainda, que a decisão judicial que deferiu a realização da prova foi devidamente fundamentada, sendo regularmente indicada a forma de execução da diligência. Ademais, como foi possibilitada a gravação da interceptação telefônica, foi devidamente transcrito o teor das gravações, nos exatos termos do art. 6º do referido diploma legal.

Em suma, no caso em tela, a escuta telefônica foi determinada por decisão fundamentada do juízo competente para apreciação do processo criminal que corre contra os réus, a pedido do Ministério Público. Foi, ademais, conduzida pela autoridade policial, com o devido acompanhamento do Ministério Público. Foram, assim, preenchidos todos os pressupostos de validade para a sua obtenção.

Finalmente, não pode ser acatada alegação de impossibilidade de utilização das provas advindas de escuta telefônica no presente processo administrativo. Isto porque a nossa melhor jurisprudência admite a validade da “prova emprestada” no âmbito do processo administrativo, a exemplo do que ocorre no processo judicial cível ou até mesmo no criminal.

Início destacando julgamento do Superior Tribunal de Justiça em que foi analisada situação bastante semelhante à dos presentes autos. Tratou-se de julgamento de mandado de segurança interposto contra demissão de policial rodoviário federal efetivada pelo Ministro da Justiça. Dentre as provas utilizadas para fundamentar a demissão do servidor público existiam transcrições de conversas gravadas a partir de escuta telefônica. O Superior

Tribunal de Justiça, acatando as informações elaboradas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça entendeu que a escuta telefônica foi validamente efetivada, eis que foram cumpridos os requisitos da Lei nº 9.296/96. Diante da relevância de tal julgado, transcrevo a sua ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DEMISSÃO. PROCEDIMENTO.

ADMINISTRATIVO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ATO DE COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO. DELEGAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVA.

IMPOSSIBILIDADE. DILIGÊNCIA. NEGATIVA FUNDAMENTADA. ART. 156, § 1º DA LEI Nº 8.112/90. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REQUERIMENTO NOS TERMOS LEGAIS - PROCEDIMENTO CRIMINAL. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

É absolutamente pacífico o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, de que as esferas penal e administrativa são independentes.

Possibilidade de o Presidente da República delegar aos Ministros de Estado a competência para demitir servidores de seus respectivos quadros – parágrafo único do art. 84, CF.

A alegada ausência de materialidade importa em revolvimento de provas, o que é inviável nessa via sumária.

O indeferimento das diligências requeridas pelos impetrantes foi devidamente fundamentado, respeitando-se, dessa forma, o disposto no art. 156, § 1º da Lei nº 8.112/90.

A interceptação telefônica foi requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que os impetrantes também respondem a processo criminal.

Ordem denegada”.⁷

Também merecem destaque acórdãos em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu lícito o aproveitamento, em ação de indenização promovida perante o juízo cível, de provas obtidas no processo criminal, eis que eram relativas ao mesmo fato. Confirma-se a ementa dos seguintes julgados:

⁷ MS 7024/DF – Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA S3 - TERCEIRA SEÇÃO - DJ DATA:04/06/2001- PG:00058 - REPDJ DATA:11/06/2001 PG:00090

RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE PARA REAVALIAÇÃO DE PROVAS. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE DE QUE SEJAM CONSIDERADAS AS PRODUZIDAS NO PROCESSO CRIMINAL, RELATIVO AO MESMO FATO, POIS PERFEITAMENTE RESGUARDADO O CONTRADITÓRIO. ALEIJÃO OU DEFORMIDADE. INDENIZAÇÃO. A REGRA CONTIDA NO PAR. 1. DO ART. 1.538 DO CÓDIGO CIVIL NÃO ABRANGE TODAS AS PARCELAS PREVISTAS NO "CAPUT", MAS APENAS A MULTA CRIMINAL ACASO DEVIDA.⁸

“Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Solidariedade (pai/filho). Proprietário do veículo emprestado, o pai também responde pela reparação civil, por acidente culposo causado pelo filho. Precedentes do STJ. 2. Prova emprestada. Inocorrência, no particular, de ofensa ao art. 472 do Cód. de Pr. Civil. 3. Seguro obrigatório. Há de ser descontada da indenização. Precedentes do STJ: por todos, REsp-39.684, DJ de 3.6.96. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.”⁹

Tais precedentes, assim, já seriam suficientes para alicerçar a validade da obtenção da prova e de sua utilização no processo administrativo. Ressalte-se, ademais, que mesmo no âmbito do processo penal, em que maior rigor há de ser observado no que tange à validade das provas, há diversos julgados do Supremo Tribunal Federal admitindo a prova emprestada obtida em um determinado processo penal em um outro processo penal, mesmo que a parte no segundo processo não tenha estado presente no primeiro processo, desde que no segundo também seja ela submetida ao princípio do contraditório e não seja a única prova a embasar a condenação. Destaco os seguintes acórdãos cuja ementa a seguir transcrevo:

“I. Prova emprestada e garantia do contraditório.

A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o pro-

⁸ RESP 135777/GO - Min. EDUARDO RIBEIRO - TERCEIRA TURMA DJ DATA:16/02/1998 PG:00089 RSTJ VOL.:00104 PG:00304

⁹ RESP 146994/PR - Min. NILSON NAVES - DJ: 01/07/1999 pg. 00172 - RSTJ VOL.:00127 PG:00268 - 3ª Turma.

cesso – nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes.

Não é a hipótese de autos de apreensão de partidas de entorpecentes e de laudos periciais que como tal os identificaram, tomados de empréstimo de diversos inquéritos policiais para documentar a existência e o volume da cocaína antes apreendida e depositada na Delegacia, pressuposto de fato de sua subtração imputada aos pacientes: são provas que - além de não submetidas por lei à produção contraditória (CPrPen, art. 6º, II, III e VII e art. 159) - nas circunstâncias do caso, jamais poderiam ter sido produzidas com a participação dos acusados, pois atinentes a fatos anteriores ao delito.

II. Exame de corpo de delito: objeto. O exame de corpo de delito tem por objeto, segundo o art. 158 C.Pr.Penal, os vestígios deixados pela infração tal como concretamente praticado: imputando-se aos acusados a subtração e comercialização de entorpecente depositado em repartição policial, o objeto do exame de corpo de delito obviamente não poderia ser a droga desaparecida, mas sim os vestígios de sua subtração, entre os quais as impressões digitais deixadas nos pacotes de materiais diversos colocados no depósito onde se achava a cocaína para dissimular a retirada dela.”¹⁰

“PROVA EMPRESTADA - INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO - VALOR PRECÁRIO - PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO.

- A PROVA EMPRESTADA, ESPECIALMENTE NO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO, TEM VALOR PRECÁRIO, QUANDO PRODUZIDA SEM OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO. EMBORA ADMISSÍVEL, E QUESTIONÁVEL A SUA EFICÁCIA JURÍDICA. INOCORRE, CONTUDO, CERCEAMENTO DE DEFESA, SE, INOBTANTE A EXISTÊNCIA DE PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA, NÃO FOI ELA A ÚNICA A FUNDAMENTAR A SENTENÇA DE PRONÚNCIA.”¹¹

No caso em concreto resta claro que: a) as gravações foram obtidas de modo lícito, nos termos da legislação de regência; b) foram submetidas ao princípio do contraditório, tanto no processo original quanto no presente processo administrativo; c) não foram a única prova a alicerçar a condenação dos representados. Deste modo, a validade das transcrições telefônicas anexadas ao presente processo administrativo é de rigor até mesmo quando

¹⁰ HC-78749 /MS Min. SEPULVEDA PERTENCE j. 25/05/1999 - Primeira Turma. Votação: Unânime. Resultado: Indeferido.

¹¹ HC-67707 / RS Min. CELSO DE MELLO 07/11/1989 - PRIMEIRA TURMA RTJ VOL-00141-03 PP-00816

confrontada com a rigorosa jurisprudência concernente ao aproveitamento de prova emprestada no âmbito do processo penal.

I.5. Ilegitimidade passiva do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis

Foi alegada a ilegitimidade passiva do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, tendo sido apresentados os seguintes argumentos:

“Ocorre senhor julgador, que o Presidente da instituição supra, Alexandre Carioni foi Representado, e na condição de pessoa física e também jurídica – Posto Ipiranga Ltda. – sobre os fatos narrados na Representação do Ministério Público de Santa Catarina, não podendo ser confundido com a pessoa jurídica do Sindicato que preside.

Não se pode imputar os fatos denunciados na Representação ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis de Florianópolis, cuja base territorial estende-se de Florianópolis até o município de Tubarão, ao sul da Capital, posto que os fatos narrados não envolveram todos os associados da entidade sindical.

A figura do presidente de uma pessoa jurídica não deve ser confundida com a entidade que representa sob pena de se tentar punir três entes distintos o sindicato, o presidente da entidade e o posto de sua propriedade – Posto Ipiranga Ltda., o que não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio”.

Divido a apreciação da preliminar em dois tópicos. O primeiro acerca da possibilidade, em tese, de sindicato figurar como representado em processo administrativo que apura formação de cartel. O segundo, acerca da participação efetiva do sindicato na coordenação da conduta ora analisada.

I.5.1. Possibilidade de sindicatos serem representados em processo administrativo que apura infração contra a ordem econômica

Não se pode perder de vista que a Lei nº 8.884/94 submete à sua aplicação um amplo rol de pessoas físicas e jurídicas. Estipula, assim, o seu art. 15:

“Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

Comentando o referido preceito, Fábio Ulhoa Coelho leciona que:

“As práticas empresariais infracionais podem, por fim, se viabilizar através de associações ou sindicatos, como federações de indústria ou associações de determinado segmento de mercado ou de certa região. Essas entidades, instrumentalizadas na prática infracional, também podem ser responsabilizadas nos termos da legislação antitruste. A Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Regional de Medicina, o Sindicato dos Engenheiros e outras entidades de profissionais podem ser considerados, nos mesmos termos, agentes ativos de infração contra a ordem econômica”.¹²

No mesmo sentido, é a posição de João Bosco Leopoldino da Fonseca:

“O legislador procurou dar amplitude à norma para abranger todas aquelas situações em que se verifique a possibilidade de ocorrerem infrações à ordem econômica”.¹³

Assim, a princípio, não há qualquer impedimento a que Sindicatos e associações de classe figurem como representados em processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

Não resta dúvida de que a Constituição Federal de 1988 reservou papel extremamente nobre aos Sindicatos: defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º da C.F.). Porém, isto não significa que tais entidades possam cometer infrações contra a ordem econômica, notadamente tendo em vista que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros princípios, o da livre concorrência (art. 170, da C.F.).

No entanto, infelizmente, diversos sindicatos e associações de classe ainda extrapolam de suas funções institucionais, acabando por coordenar atitudes colusivas de seus representados no sentido da uniformização de condutas

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 40/41 (sem grifo no original).

¹³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da ordem econômica*. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 81.

comerciais, seja liderando cartéis, como é o caso observado no presente processo administrativo, seja editando tabelas de preços, dentre outras ações.

Deste entendimento não discrepa a doutrina. No sentido de que o abuso do poder econômico, na modalidade de cartel, deve considerar também a atuação de Sindicatos, merece destaque a seguinte observação de Sérgio Brunna¹⁴:

“2.8 O cartel

A análise até este ponto levada a efeito, no tocante aos oligopólios, pressupõe a inexistência entre eles de qualquer “acordo de preços”, hipótese em que se configuraria um cartel.

Em verdade não há necessidade de que haja poucos competidores para viabilizar a formação de um cartel. Um sindicato de panificação ou de motoristas de táxi pode fazê-lo, mesma na presença de muitos competidores, através da divulgação de tabelas de preço obrigatórias. Mas é indubitavelmente mais fácil que o acordo de preços se forme em mercados oligopolizados.

O cartel age como um monopolista: procura dimensionar o nível da oferta global no ponto em que se igualem os custos marginais e a receita marginal; o preço, portanto, será o de monopólio, caso o cartel abranja todos os concorrentes.”

Ademais, como bem observa Neide Malard:

“No Brasil, ainda é possível encontrar o cartel formalmente organizado através de associações. Na medida em que a legislação de defesa da concorrência é efetivamente aplicada, a tendência do cartel é a clandestinidade.”

(...)

“Muitas vezes o acordo é intermediado por uma agência central, associação ou órgão similar, que se mantém neutra em relação aos membros individualmente considerados, podendo, assim, negociar as cláusulas do acordo de forma a beneficiar a todos, ainda que os benefícios sejam desiguais”.¹⁵

¹⁴ In, O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício, Editora Revista dos Tribunais pág. 53 e segs.

¹⁵ Neide Teresinha Malard, O cartel. In: Revista de Direito Econômico n° 21, outubro-dezembro de 1995, p. 39-40

Aliás, a tradição da economia brasileira, até pouco tempo fortemente centralizada e com a adoção de controle de preços em diversos setores incentivava a participação de tais entidades no mecanismo de formação do preço. Com a liberalização da economia e a efetiva introdução do regime de concorrência, tais associações e sindicatos necessitam adaptar-se à nova realidade. É o que ocorre, sem nenhuma dúvida, no setor de revenda de combustíveis, até há pouquíssimo tempo submetido a rígido controle de preços. Neste contexto, é pertinente a transcrição das seguintes observações de Onofre Sampaio:

“Nossa tradição intervencionista fez com que nos aculturássemos a um sistema econômico patrimonialista e cartorial, em que o Estado aloca recursos e incentivos fiscais, regula as importações e fixa os preços ... Acostumamo-nos, por longos anos, ao cartel público e às suas conseqüências mais diretas: as planilhas de custos, os preços determinados pela autoridade estatal, o câmbio fixo.

Nesse contexto, as associações de classe (...) tiveram relevante papel, atuando na intermediação entre as ações de governo e o setor privado, sem que lhes fosse feita nenhuma imputação quanto a infrações à legislação antitruste em geral e, em particular relacionadas à divulgação de dados sobre o mercado. Pelo contrário, elas foram muitas vezes chamadas a servir de canal de informações e monitoramento dos mercados.

Agora, a caminho do livre-mercado, estamos todos a ensaiar aquilo que nos foi negado durante anos: o exercício da opção, da barganha nas atividades comerciais, podendo decidir por este ou por aquele fornecedor. Precisamos de ajustes de comportamento, novos juízos e um aprendizado das práticas e conceitos que ainda não dominam (...)”¹⁶.

Ressalte-se que vem o Plenário do CADE condenando ações concertadas lideradas por sindicatos e/ou associações de classe. Confira-se, a este respeito, as inúmeras decisões do CADE condenando associações e sindicatos que elaboram listas e tabelas de preços, induzindo os seus filiados ou associados à adoção de conduta comercial uniforme.

E não se alegue que a função de representação permitiria às associações e sindicatos a influenciarem a uniformização da atuação de seus membros. Tal tese já foi devidamente repelida pelo Plenário do CADE. Com efeito, por exemplo, no Processo Administrativo n. 08000.007201/97-09, instau-

¹⁶ Onofre Carlos de Arruda Sampaio, artigo *Jornal Gazeta Mercantil* (25.11.99, pág. A-2)advogado.

rado contra a Associação Médica Brasileira - AMB, esta alegou que a elaboração de listas de preços constitui o exercício regular de um direito, garantido pela Constituição Federal nos incisos XVII, XVIII e XXI do artigo 5º, que reconhecem que a liberdade de associação para fins lícitos e de criação de associações, independentemente da autorização do Estado e sem qualquer ingerência deste em seu funcionamento, e a possibilidade de estas entidades representarem seus membros. O Conselheiro-Relator Thompson Andrade, no entanto, entendeu que:

“Realmente, não paira dúvida sobre essas garantias e não se contesta a existência da AMB como entidade representativa da classe médica. Mesmo assim, não há qualquer incompatibilidade entre essas duas garantias fundamentais e a Lei 8.884/94. Em princípio a atuação de qualquer associação é aceita, como forma de preservar a democracia. Todavia, deve-se recordar que em um Estado Democrático de Direito o limite à atuação dos entes privados encontra-se na preservação do interesse público.

(...)

Não existe uma definição a priori sobre interesse público. Este interesse deve ser buscado caso a caso, e implica em uma busca de equilíbrio entre diversos direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição. Assim é que o artigo 170 da Carta Magna determina que a ordem econômica deve sempre observar a livre concorrência e a defesa do consumidor. Tão importante quanto zelar pela liberdade de associação é cuidar para que estes dois princípios não sejam atacados. Isso não significa escolha de uma garantia constitucional em detrimento de outra, mas sim harmonização entre todas, a fim de se garantir a supremacia do interesse público”.

I.5.2. Participação do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis na colusão

A averiguação da participação do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis confunde-se com o próprio mérito do presente processo, uma vez que demanda a análise das provas, a fim de averiguar se houve a participação do sindicato. Assim, apreciarei esta questão quando da análise do mérito.

I.6. Ilegitimidade passiva do Posto Desterro Itajaí Ltda.

Com relação à ilegitimidade argüida do Posto Desterro Itajaí Ltda., os representados fundamentaram tal pedido no fato do citado estabelecimento

estar situado no município de Biguaçu, sendo o único representado de tal município, o que caracterizaria a impossibilidade do mesmo ter praticado a conduta de ação concertada.

Tal preliminar deve ser afastada em coerência com o mercado geográfico que irei adotar, o qual engloba a cidade de Biguaçu, sendo certo também, a inequívoca participação do citado agente econômico no conluio que ora se investiga, o que torna de rigor a sua participação como representado no presente processo administrativo.

I.7. Ausência de Poder de Mercado

Por último, alegaram ausência de poder de mercado dos representados, diante do grande número de postos revendedores de combustíveis situados no Município de Florianópolis e na Grande Florianópolis, o que impossibilitaria a ocorrência de infração à ordem econômica, vez que, esse seria um requisito fundamental do tipo penal descrito no art. 4º da Lei nº 8.137/90. Esta preliminar também confunde-se com o mérito, motivo pelo qual será analisada quando do seu exame.

II. ANÁLISE DO MÉRITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

II.1. Identificação do mercado relevante

Adoto como mercado relevante o de serviço de revenda de combustíveis, não havendo encontrado nenhum substituto. Dado que o produto álcool abastece apenas 2% da frota nacional, creio que a análise deve centrar-se apenas no combustível gasolina comum.

Do ponto de vista geográfico adoto o mercado relevante como sendo a cidade de Florianópolis e de Biguaçu, tendo em vista que os postos de revenda representados encontram-se domiciliados em tais cidades, sendo que os dados colhidos pela ANP demonstram a ocorrência de efeitos do cartel nestas cidades. Assim, não havendo representados domiciliados em outros municípios, bem como tendo os dados colhidos pela ANP, constantes dos autos e bem sistematizados nos gráficos que se encontram em anexo ao voto do eminente relator demonstrado a extensão dos efeitos da colusão à totalidade do território destes dois municípios, entendo pertinente, para as finalidades do presente processo administrativo a delimitação geográfica ora efetivada.

II.2. Descrição da conduta

O presente processo administrativo trata da apuração de conduta atribuída a cartel. Assim, deve-se apurar a efetiva prática de conduta descrita no art. 21, I e II da Lei nº 8.884/94, ou seja: 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. Investiga-se não somente se ocorreram tais condutas como também se elas, uma vez ocorrendo enquadram-se no tipo descrito no art. 20, I, ou seja, é uma conduta que teve por objeto ou podia produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

II.3. Matéria a ser objeto de comprovação

Feitas estas considerações preliminares, passo a analisar se efetivamente houve a formação do cartel, bem como se ele tinha o potencial de causar os efeitos ou a intenção de causá-los.

Como é cediço, a tipificação de tais infrações não se encontra realmente no art. 21 da Lei nº 8.884/94, mas sim no art. 20 deste diploma legal. Isto porque o rol de condutas descrito no art. 21 é meramente exemplificativo, o que significa dizer, por um lado, que não são apenas as condutas nele descritas que configuram infração contra a ordem econômica e que, por outro lado, não basta a ocorrência de uma ação descrita no art. 21 para restar configurada infração contra a ordem econômica, devendo necessariamente tal ação estar enquadrada em alguma das hipóteses do art. 20.¹⁷

Outra observação importante é que as condutas descritas, isoladamente, não podem ser consideradas infrações à ordem econômica. Para tal caracterização faz-se necessário um *plus*: devem elas ter por objeto ou produzir, efetiva ou potencialmente, alguns dos efeitos estabelecidos no *caput* do art. 20. Sem que isso ocorra, ainda que seja praticada alguma das condutas

¹⁷ A este respeito já salientou o CADE: "É sabido que a lei estabelece no citado art. 21 formas meramente exemplificativas de indícios de práticas anticoncorrenciais, não esgotando nem limitando as práticas passíveis de punição. Assim, a eventual abusividade de tais condutas deverá ser investigada no contexto econômico que se deu, fazendo-se então necessário delimitar corretamente o mercado relevante, verificar o grau de poder dominante do agente e aferir os impactos que a conduta em análise pode eventualmente produzir nesse mercado, ou se já tenha causado algum efeito sobre o ambiente concorrencial" (PA nº 08000.020787/96-62, Rel. Conselheira Lúcia Helena Salgado, DOU de 05.11.97, seção I, p. 25083).

estabelecidas nos incisos do art. 21, ela não será considerada como infração à ordem econômica.

A este respeito, cumpre salientar as seguintes assertivas de Fábio Ulhoa Coelho:

“A Lei nº 8.884/94 manteve a mesma linha de disciplina da repressão antitruste que se encontrava na Lei nº 4.137/62, segundo se pode concluir da caracterização legal das infrações contra a ordem econômica, estabelecida pelos arts. 20 e 21, cuja interpretação revela uma complexidade a ser enfrentada pelos órgãos aplicadores do direito e pela doutrina. A caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos dois dispositivos. A conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do art. 21 somente é infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no art. 20, isto é, resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros (o exercício abusivo de posição dominante não configura categoria autônoma, conforme se comenta em seguida).¹⁸

Por outro lado, não são somente as ações descritas no art. 21 que configuram, desde que possibilitem a produção dos efeitos descritos no art. 20, que configuram infração contra a ordem econômica. Ou seja, qualquer ação que possa produzir os efeitos descritos no art. 20 configura infração contra a ordem econômica, ainda que não descrita no art. 21, que tem um conteúdo meramente exemplificativo, em *numerus apertus*.

Assim, há que se averiguar, inicialmente, se as condutas descritas nos incisos I e II do art. 21 efetivamente ocorreram. Em seguida, há de ser investigado se ocorreu a hipótese descrita no art. 20, I. Em outras palavras, passo a analisar se efetivamente houve a formação do cartel, bem como se ele tinha o potencial de causar os efeitos ou a intenção de causá-los.

II.4. Análise das provas existentes nos autos

II.4.1. Gravações que demonstram a existência de ação concertada para a uniformização de conduta comercial

¹⁸Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei nº 8.884/94, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 53-54.

As gravações telefônicas obtidas são contundentes quanto à participação dos representados em conluio para a formação artificial de preço na revenda de combustíveis. Incorporo ao meu voto, nos termos do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/99, as menções efetivadas ao teor das gravações e dos depoimentos dos representados pela nota técnica final da SDE (fls. 2268-2447).

II.4.1.1. Participação do Sindicato e de seu Presidente

Com relação à alegada ilegitimidade passiva do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, o indeferimento teve como base a inquestionável existência de indícios da participação da entidade nas infrações investigadas já que, como demonstrarei mais adiante, o sindicato funcionava como núcleo do conluio para acertar preços entre concorrentes.

Há vários depoimentos e gravações que demonstram a atuação do Sr. Alexandre Carioni, na qualidade de Presidente do Sindicato, coordenando a uniformização de condutas, ou mesmo compelindo diversos agentes econômicos a agirem de modo uniforme.

Em depoimento ao Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca de Florianópolis, o Representado FAUSTO CARIONI (fls. 1791/1792), expressamente confessa que foi influenciado por seu irmão, ALEXANDRE CARIONI – Presidente do Sindicato Representado - a aumentar seu preço de R\$ 1,27 para R\$ 1,34 o litro, *in verbis*:

“7º - que somente tem a dizer que o seu preço de combustível vendido em seu posto sempre foi diferenciado dos demais; que à época dos fatos, recebeu um telefonema de seu irmão, presidente do Sindicato, que lhe pediu que igualasse seu preço aos demais em virtude de um acordo feito com o Deputado Nelson Gueten de Lima; que à época vendia o litro de combustível a R\$ 1,27 passando a vender a R\$ 1,34; que essa orientação foi dada a todos os proprietários de postos de combustíveis filiados ao Sindicato;” (grifo nosso)

Ademais, há diversas passagens demonstrando que o Senhor Alexandre Carioni, utilizando-se da sua condição de Presidente do Sindicato, combinava detalhes da coordenação do conluio. Apenas para exemplificar, cito a seguinte conversa (fls. 177/179):

“Outra Pessoa - Oi Alexandre, Cláudio.

Alexandre - Fala Cláudio.

Cláudio - Tudo bem?

Alexandre - Tudo certinho.

Cláudio - Tá é o seguinte, o Alex tá aqui com um e trinta e um (1,31) a trinta e um (31) e aí não dá pra continuá, né. Eu a ..

Alexandre - Não mais eu vô ..

Cláudio - Chegasse a falá com ele?

Alexandre - Não, vô falá agora.”

(...)

“**Cláudio** - Aí tem o Zapelini que ficá um e trinta e quatro (1,34) ..

Alexandre - Tá, ele não chegá, eu já telefonei.”

(...)

“**Cláudio** - Não tem .. por que senão.. não .. aí vai desgringolá mesmo, vai pra um e dezoito (1,18) aí tá perdido.

Alexandre - Tá. Eu vô perguntá pra ele ..

Cláudio - Hã.

Alexandre - Por quê que ele chegá a esse valor aí, qual é o . .

Cláudio - Não. Ele chegô porque o Zezinho botô um e trinta e um (1,31) ônte.

Alexandre - Não, mais ele nunca me fala do Zezinho, ele fala do Tadeu.

Cláudio - É mais o Tadeu táva um e trinta e cinco (1,35), nós táva tudo parado aqui.

Alexandre - Pois é, exatamente.”

Assim, cuidava o Sr. Alexandre de monitorar os preços praticados pelos membros do cartel, cuidando de cobrar o cumprimento dos valores estabelecidos previamente. São, também, exemplos as gravações de fls. 261/263, 272/278 (em que consta a voz de funcionário seu, de nome Aliatar), 283/291 e 298/320.

Portanto, restou comprovado que o Sr. Alexandre participou não somente elevando e uniformizando os valores cobrados pelos postos de revenda de combustíveis dos quais é representante legal, como, na qualidade de Presidente do Sindicato da categoria, coordenando as ações do cartel e monitorando o cumprimento dos valores acertados. Ao agir desta forma, envolveu a pessoa jurídica do Sindicato, pois foi a sua condição de presidente que lhe permitiu articular e fazer surtir efeitos até mesmo sobre quem não era parte no cartel, atingindo a integralidade do mercado relevante.

II.4.1.2. Participação dos demais representados

As gravações e depoimentos colhidos demonstram de forma cabal a participação dos demais representados no conluio para uniformização de pre-

ços. A este respeito, mais uma vez incorporo de modo expresso a meu voto, nos termos do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/99, as transcrições e apreciações efetivadas pelo relatório final da SDE, que, a partir da pormenorizada análise das gravações e dos depoimentos dos representados demonstrou a participação de cada um deles no conluio para uniformização de preços.

Ressalto apenas que o teor das gravações efetivamente impressiona, pois são combinados os mínimos detalhes quanto à formação de preços, fixando-se as frações de centavos que poderiam ser cobradas por cada partícipe. Também nas gravações nota-se o exercício de monitoramento do comportamento dos partícipes, autorizações eventuais para um ou outro membro do cartel cobrar abaixo ou acima do preço uniformizado, bem como ameaças diretas à integridade física, à vida ou ao patrimônio de pessoas e empresas que não cumprissem os termos do acordo ou recusassem a participar do conluio.

São contundentes neste sentido, por exemplo, as transcrições de fls. 730/736, 751/755 e 177/180, fls. 751/754 fls. 329/332, 337/338, 252/255 fls. 329/332, 337/338, 252/255.

Transcrevo o seguinte trecho, que deixa claro o nível de detalhamento de tais conversas.

“Cláudio - Tá, o pessoal ontem a noite, o chinês baixou e tal.

Alexandre - Tá.

Cláudio - É nós tamo acompanhando, e lá no Estreito, tem uma resistência pra não baixá, não sei o que, não sei o que, o que que vai haver, aí eu liguei pras companhias, ninguém baixou o preço ainda, né!? Que ninguém sabe nada da Petrobrás.

Alexandre - E, eu recebi agora, ainda, ainda não baixô.

Cláudio - Hã?

Alexandre - Eu tô recebendo produto agora.

Cláudio - Hã. Não baixaram?

Alexandre - O mesmo preço, e sem redução.

Cláudio - Tá. Qual foi?

Alexandre - E, eu só baixei minha parte aqui, que tá um trinta e sete (1,37), o nosso preço.

Cláudio - É?

Alexandre - É.

Cláudio - Mais baixasse, não, né?

Alexandre - Baixei, tá um trinta e sete (1,37).

Cláudio - Um trinta e sete (1,37).

Alexandre - Um trinta e sete (1,37), esse é o nosso preço, um trinta e sete (1,37) e oitenta e seis (86).

Cláudio — Certo.”

Cumpra também atentar para o Termo de Declaração de fls. 363/364, onde o declarante GIOVANIO DA SILVA informou:

“que tem conhecimento que na data de hoje [21.06.00] o preço dos combustíveis nesta Capital foi elevado pelos revendedores, sendo o da gasolina em torno de R\$ 1,34 (um real e trinta e quatro centavos); o declarante esclarece que, no entanto, mesmo tendo havido o aumento acima noticiado, o posto que gerencia, ou seja, Angeloni, manteve o preço da gasolina comum em R\$ 1,059 e o do álcool em R\$ 0,799; (. . .) o declarante diz que foi convidado na data de ontem, terça-feira 20/06/00, para participar de uma reunião convocada por donos de postos; quem convidou o declarante para participar da reunião foi o Rolin; que tal convite foi feito através de telefone, atendido no posto cujo número é 333-0201; que embora tenha havido o convite para uma reunião o declarante não perguntou sobre o que se tratava; que o local da reunião era em Barreiros, às 17:00 horas; que embora o declarante não tenha perguntado do que se tratava imaginou que versaria sobre discussão de preços; que além da reunião acima noticiada, foi convidado em outras oportunidades, em número de duas, para participar de outras reuniões; o declarante diz que o Sr. Alexandre Carioni ligou para o posto Angeloni a fim de conversar com o declarante; que tal fato deu-se há uma ou duas semanas atrás; que quando conversaram o Sr. Carioni convidou o declarante a participar de uma reunião; o declarante diz que na data de hoje recebeu duas ligações de pessoas que não se identificaram dizendo que “uns quinhentos homens iriam quebrar o posto todinho”; (. . .) que na data de hoje o Sr. Rolin ligou para o declarante pela manhã em torno de 8:00 horas e sugeriu para que o posto Angeloni acompanhasse o mercado; o declarante diz que nesta conversa o Sr. Rolin disse para o depoente olhar o preço dos demais postos e sugeriu para colocar igual, mas que o declarante disse que não iria acompanhar, tanto que manteve o preço da gasolina em R\$ 1,059.” (grifos acrescidos)

II.4.2. Evidências econômicas quanto à ocorrência dos efeitos descritos no art. 20

Saliente-se a grande importância das evidências econômicas para a comprovação da efetiva existência do cartel. Isto porque não será sempre possível o acesso a provas cabais, sendo muitas vezes necessário o recurso a provas indiretas, tais como os indícios econômicos. A este propósito, leciona Neide Malard:

“6. A prova da existência do cartel

A Lei nº 8.884, de 1994, previu os três tipos tradicionais de condutas colusórias: fixação de preços e condições de venda (art. 21, I); divisão de mercados (art. 21, III); e conluio em licitação pública (art. 21, VIII). Além dessas hipóteses clássicas, previu a lei duas outras: a promoção de conduta concertada (art. 21, II) e a regulação de mercados (art. 21, X).

A conduta cartelizada exige, por óbvio, uma pluralidade de agentes. Por tratar-se de conduta transgressora da ordem jurídica, o cartel atua de forma sub-reptícia, evitando deixar vestígios da prática ilícita. Não é de se esperar, pois, que o acordo venha expresso e pelos seus membros assinado. Ao contrário, tudo farão os integrantes do cartel, para delir o menor traço que possa servir de prova da conduta colusória. Assim, as provas indiretas – as presunções e os indícios – aliadas às regras da experiência, de pleno conhecimento dos especialistas na matéria, são as que mais ajudarão na formação da convicção de que a conduta colusória existe ou existiu efetivamente.”¹⁹

Desta maneira, no presente caso, ao lado de contundentes comprovações materiais, consistentes nas gravações telefônicas e nos depoimentos dos próprios representados, temos evidências econômicas da existência do conluio, demonstrando até mesmo a produção dos efeitos descritos no art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Cumpra mais uma vez recordar que a lei nº 8.884/94 não exige que os efeitos descritos no art. 20 sejam produzidos. Exige, apenas, que haja a possibilidade de que eles pudessem ocorrer, mesmo que não tenham incidido. No caso concreto analisado, no entanto, apesar de prescindível, foi devidamente demonstrada a efetiva incidência dos efeitos, tendo ficado provado que ocorreu, de forma artificial, sem obedecer à lógica do mercado, a uniformização de preços em diversas ocasiões.

A este respeito são categóricas as seguintes observações do eminente relator, demonstrando ter havido pleno efeito da atitude colusiva na fixação dos preços, o que trouxe óbvio falseamento e prejuízos à concorrência:

“Há eventos aparentes na série de preços praticados da gasolina comum que demonstram a capacidade de coordenação dos postos em torno da prática de preços muito próximos entre si, e por longos períodos de tempo. Tal capacidade de coordenação fica evidente pelo contraste da dispersão dos preços entre alguns períodos claramente demarcados pelos dados.

¹⁹ In, Revista de Direito Econômico, número 21 – Outubro/Dezembro de 1995.

O gráfico 1 (preços da gasolina C - postos representados) mostra os preços praticados pelos postos representados no período entre 10 de março de 2000 e 02 de fevereiro de 2001. É possível se verificar uma mudança significativa de patamar nos preços, observada entre 10 de março, a primeira data para a qual se tem observações, e 13 de março, a imediatamente subsequente. O próximo período para o qual se tem observações é o da 1ª quinzena de março, onde já se pode observar uma dispersão maior mas ainda limitada dos preços. O comportamento dos preços durante o mês de junho mostra uma dispersão bastante pronunciada, que repentinamente se reverte nos primeiros dias do mês de julho, quando os preços voltam a se aproximar uns dos outros de maneira absolutamente contrastante com o padrão do período anterior.

O próximo período para o qual há dados disponíveis vai dos fins do mês de agosto até meados do mês de fevereiro de 2001. Nesse período é interessante se observar o contraste entre a dispersão da distribuição dos preços praticados no intervalo entre os meses de setembro e outubro, e a súbita concentração da distribuição observada ao final de outubro, início de novembro. Note-se também que a concentração da distribuição dos preços praticados pelos representados se mantém depois do aumento substancial dos preços verificado nos últimos dias de novembro, e que os preços permanecem muito próximos até o final do período coberto pela amostra.

O conteúdo de principal significação do comportamento dos preços ilustrado pelos dados é o fato de que há períodos, perfeitamente discerníveis, de variação brusca na dispersão da distribuição dos preços da gasolina. Na primeira metade da amostra se percebe os efeitos de uma guerra de preços confinada entre dois períodos de estabilidade que o sucedem e o antecedem. Na segunda metade se observa a passagem brusca entre um período de relativa dispersão dos preços para outro de extrema concentração, que sobrevive, inclusive, a um aumento considerável do nível de preços.

A teoria econômica chama a atenção para o fato de que a própria observação de um período de guerra de preços bem delimitado no tempo é uma comprovação da presença de um mecanismo ou acordo de coordenação das políticas de preços, que temporariamente é quebrado quando os incentivos para a ação oportunística individual se tornam mais fortes do que o normal. Nesse sentido, é muito pouco provável que os preços praticados tenham partido de uma situação inicial com pouquíssima variabilidade e, tendo passado por um período de desestabilização e grande dispersão, tenham posteriormente voltado ao padrão inicial de estável proximidade, se mantendo assim por um longo período de tempo, como obra do acaso, coincidência fortuita. Ao contrário, tal padrão de comportamento dos preços é

uma indicação firme de que algum mecanismo de coordenação estava presente, evitando que a guerra de preços tivesse se estabelecido antes do momento em que ocorreu, e induzindo o retorno dos preços de volta à estabilidade.

Do mesmo modo, é pouco provável que a dispersão dos preços verificada em setembro e outubro pudesse ter se reduzido como se observou, de forma tão marcante e súbita, sem o suporte de um mecanismo de coordenação entre os postos, que pode também ter viabilizado o aumento sincronizado dos preços que se observou ao final de novembro.

O gráfico 2 (preços gasolina C - postos não representados) traz os preços praticados agora para um conjunto de postos não representados para os quais havia dados disponíveis das amostras realizadas pelo MP/SC e pela ANP.

É importante notar que o padrão de comportamento observado para os postos representados se reproduz aqui para os postos não representados de forma muito similar. As indicações são, portanto, de que os resultados das condutas alegadas dos representados sobre os seus preços praticados de alguma maneira se estenderam aos preços praticados por outros postos não representados. Note-se que, somente a partir da similaridade de comportamento dos preços não se pode afirmar se os outros postos não representados também participaram do cartel ou se as suas decisões de preços apenas foram induzidas pela liderança dos postos representados.”

Assim, a observação do comportamento dos preços permite constatar que houve mecanismos de colusão, pois em um mercado que normalmente há dispersão de preços, a uniformidade momentânea em alguns períodos não encontra em razões da normalidade do mercado explicação racional. Assim, verifica-se que a colusão efetivada entre os membros do cartel surtiu efeitos sobre o mercado relevante fixado.

Está presente a incidência dos efeitos, tanto é que ficou provado que ocorreu, de forma artificial, sem obedecer à lógica do mercado, a uniformização de preços em diversas ocasiões, como bem demonstrado pelo voto do eminente relator.

II.4.3. Da presença de Poder de Mercado

Cabe enfrentar a alegação de ausência de poder de mercado dos representados, diante do grande número de postos revendedores de combustíveis situados no Município de Florianópolis e na Grande Florianópolis, o que impossibilitaria a ocorrência de infração à ordem econômica, vez que, esse seria um requisito fundamental do tipo penal descrito no art. 4º da Lei nº 8.137/90 e do art. 20 c/c art. 21 da Lei nº 8.884/94.

Os representados alegam que a legislação brasileira de defesa da concorrência não admite a condenação por tipificação de conduta "per se", e desse modo não se poderia qualificar as condutas aqui tipificadas nos incisos I, II e XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94 apenas tendo como base o teor das gravações realizadas pelo Ministério Público de SC, e sem levar em consideração os efeitos anti-concorrenciais por ventura ocasionados.

II.4.3.1. Poder de mercado existente devido ao estabelecimento de conluio

Quanto a este aspecto cumpre ponderar que um único posto de revenda de combustíveis, isoladamente, não deteria poder de mercado suficiente para impor uniformização de condutas comerciais no mercado relevante. Em outras palavras, se fosse um único posto que houvesse aumentado o preço de seu produto, isto não teria como consequência a elevação uniforme dos preços no mercado relevante.

No entanto, circunstância bastante distinta dá-se quando há colusão entre diversos donos de postos de revenda de combustíveis, resultando na formação de cartel liderado pelo sindicato da categoria. Nesta hipótese, há, efetivamente, possibilidade de influência do mercado como um todo, ou, pelo menos, de parcela significativa do mercado relevante, gerando, assim, uma efetiva limitação e falseamento da concorrência, em detrimento dos consumidores ou usuários do produto ou serviço.

Aliás, a maior prova de que os representados detinham esse poder é o fato de terem conseguido estabelecer um preço único para quase todos os postos da capital catarinense num determinado dia de junho de 2000, bem como de terem alcançado, em sucessivos períodos, artificial uniformização de preço.²⁰

II.4.3.2. Poder de mercado existente devido à coordenação das ações por Sindicato da categoria

²⁰ GILBERTO ROLLIN (fls. 1684/1687), arrendatário do AUTO POSTO PARQUE SÃO JORGE LTDA. reconhece que *"em determinado dia de junho de 2000, muitos postos aumentaram seus preços, mas que o posto dele não mudou os seus"*. No mesmo sentido, o depoimento de ALEXANDRE CARIONI (fls. 1704/1709), Presidente do SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS MINERAIS DE FLORIANÓPOLIS, representante legal do POSTO IPIRANGA e proprietário de cinco postos, um de bandeira branca e os demais Polipetro, Shell, Petrobrás e Ipiranga, ao afirmar que *"se recorda que no dia 21 de junho de 2000 um número significativo de postos de Florianópolis amanheceu praticando o mesmo preço, de R\$ 1,34 (um real e trinta e quatro centavos), para a gasolina."*

Há ainda um fator de suma importância que merece ser ressaltado: a participação do sindicato da categoria na coordenação do cartel. Assim, no caso em concreto a atuação do presidente do Sindicato, agindo por nome e conta deste, utilizando a sua sede ou o seu Posto como sede permitiu: a) um melhor monitoramento, devido às facilidades que um Sindicato permite, tais como acesso a cadastro e a números de telefones, conhecimento pessoal de todos os componentes da categoria, necessidade das pessoas dirigirem-se aos sindicatos para resolver problemas ou mesmo acessar serviços fornecidos (tais como desconto de cheques ou consultas); b) um caráter de “oficialidade” nas ações de coordenação, dado que o Presidente, ao coordenar as ações do cartel falava como representante do Sindicato; c) fartos contatos com todos os donos de postos, permitindo, assim, que o cartel estendesse os seus efeitos para além de seus membros, em muito contribuindo para que o mercado relevante fosse substancialmente atingido pela uniformização.

Frise-se, ainda, que não surpreende o fato do cartel que ora se analisa ser formado por poucas empresas e não pela totalidade ou maioria dos postos de revenda de combustível da cidade de Florianópolis e Biguaçu. Como bem observa Neide Malard:

“O grupo cartelizado é predominantemente pequeno, dele participando, em geral, não mais que uma dezena de empresas. Cartéis com um número maior de componentes são raros, pois a clandestinidade de suas operações exige contatos rápidos e decisões imediatas, que se tornam cada vez mais difíceis quanto maior for o número de empresas envolvidas. Os cartéis mais numerosos costumam atuar através de associações, cuja existência legal serve de subterfúgio à atividade ilícita”.²¹

Ademais, entendo assistir inteira razão à SEAE quando aponta a relativização da aparente pulverização do mercado de revenda de combustíveis em Florianópolis, devido à concentração de vários postos em um só agente econômico, às relações de parentesco e à atuação do Sindicato. Assim, acentua o aludido parecer da SEAE:

“Interessante notar que a teoria econômica cita o número reduzido de empresas fornecedoras como um dos fatores facilitadores para existência de condutas colusivas, cartéis, fixações de preços. Aparentemente, tal condição não se verifica no mercado de revenda em Florianópolis, pois, existem

²¹ Neide Teresinha Malard, O cartel. In: Revista de Direito Econômico nº 21, outubro-dezembro de 1995, p. 39-40

mais de 100 postos de revenda de combustíveis na cidade. No entanto, a aparente pulverização do mercado é fortemente atenuada por alguns fatores importantes. Em primeiro lugar, muitos desses postos estão concentrados em poucos grupos econômicos: por exemplo, o representado Cláudio Pereira é operador, proprietário ou arrendatário de 8 postos. A relação de parentesco entre os donos de postos é outro fator que atenua a aparente pulverização do mercado: por exemplo os representados Alexandre e Fausto Carioni são irmãos e o Sr. Túlio Carioni ainda é irmão dos mesmos (total de 5 postos). Os representados Maria Inês Koerich, Tadeu Emílio Vieira e José Cristóvão também são irmãos (total 3 postos). Caso a definição do mercado relevante seja estabelecida em função do volume de vendas, pode-se observar que a participação de mercado de alguns representados seria ainda mais significativa, em função da elevada capacidade de seus postos. Além disso, fundamental para a existência da colusão e para a estabilidade desta foi a participação do Sindicato dos revendedores, por meio de seu presidente Alexandre Carioni, que, como constatam as gravações, articulava entre outros revendedores dia e noite os preços visando o aumento dos lucros do grupo em detrimento dos consumidores”.²²

II.5. Intencionalidade em adotar prática comercial uniforme

O ilustre relator distingue duas situações, ou melhor, duas hipóteses para a configuração da infração: a) “quando a ação tem por objeto” a produção dos efeitos estabelecidos no art. 20 e b) quando a ação “possa produzir” qualquer um dos efeitos estabelecidos no art. 20.

Assim, na hipótese a) bastaria a intencionalidade de produzir os efeitos. Já na hipótese b) basta a mera possibilidade dos efeitos serem produzidos, independentemente da intencionalidade do agente e da sua efetiva ocorrência.

Quanto à intencionalidade, afirmou o ilustre conselheiro-relator:

“A interpretação direta e literal do texto da lei não deixa dúvidas sobre o critério legal de identificação das relações entre os atos infrativos e os efeitos nos mercados: são infrativos aqueles atos que “tenham por objeto” e aqueles que “possam produzir” os efeitos listados nos incisos do art. 20, qualquer que seja sua forma de manifestação e independentemente de culpa dos agentes.

²² Parecer da SEAE/MF, fls. 1755.

Assim, conclui-se que a existência de evidências, seja da intencionalidade do ato em produzir os efeitos dos incisos, seja da capacidade do ato de produzir aqueles efeitos, são condições suficientes para a identificação da sua natureza infrativa.

É de se ressaltar que, verificadas as relações de intencionalidade ou de causalidade potencial entre o ato e os efeitos dos incisos do art. 21, são dispensáveis, em particular, evidências da instalação efetiva dos efeitos e aferições dos eventuais danos causados aos mercados.

Deve se ressaltar a distinção importante entre a regra de identificação do ato anti-concorrencial pela evidência de que seu objeto é o efeito danoso à concorrência e a regra de condenação de conduta como anti-concorrencial "per se".

A regra de condenação de condutas "per se" parte do pressuposto de que a conduta em questão não precisa ser examinada quanto aos seus efeitos, ainda que potenciais, porque tipicamente não encerra qualquer perspectiva de benefício colateral aos mercados, enquanto por outro lado, traz malefícios garantidos à concorrência. Na aplicação da regra "per se" após evidenciada a conduta, a consideração de que qualquer outra circunstância adicional seria dispensada para a análise de mérito, em nome da economia e da conveniência administrativa.

Este, todavia, não é o caso da diretiva do art. 20 que, ao contrário, exige justamente a avaliação dos efeitos do comportamento guerreado sobre a concorrência, de acordo com as categorias dos incisos. Nesse sentido, as vias de prova de ato anti-concorrencial pela conjugação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 adotam explicitamente a "regra da razão" como metodologia geral de análise do mérito. Nesse espírito estão a exigência de prova da intencionalidade de efeito nocivo à concorrência ou de prova de potencialidade de geração de efeitos anti-concorrenciais para a identificação do ato infrativo.

Dúvida nenhuma pode haver, diante das evidências trazidas pelas transcrições, quanto à intencionalidade de produzir os efeitos narrados no art. 20, I, da Lei nº 8.884/84, motivo pelo qual é inescapável a conclusão de configuração da infração.

III- Comprovação da ocorrência de infração contra a ordem econômica e de sua correta tipificação

Comprovada, assim, que: houve intenção de provocar os efeitos descritos no inciso I do art. 20 da Lei n.º 8.884/94 e que a conduta perpetrada pelos representados não somente tinha o potencial de provoca-los como efetivamente o fez.

O legislador utilizou no inciso I do art. 20 conceitos bastante abrangentes, que abarcam qualquer medida que limite, falseie ou de qualquer forma prejudique a livre concorrência e a livre iniciativa. A expressão final é extremamente aberta, em que as duas espécies anteriores ficam englobadas e na qual praticamente qualquer conduta restritiva da concorrência subsume-se.

Interessante destacar as seguintes reflexões de Fábio Ulhoa Coelho:

“Falsear a livre concorrência ou iniciativa significa ocultar a prática restritiva, através de atos e contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado. A expressão “falsear”, também utilizada pelo legislador português, em atenção ao tratado de Roma (Dec. –Lei n.º 422/83, art. 13º), sugere idéia mais ampla que a de simulação, relativa aos defeitos dos atos jurídicos (CC. art. 102). Pode haver falseamento da concorrência sem que o negócio jurídico que o viabiliza se caracterize como simulado. Imaginem-se algumas empresas oligopolizadas celebrando contrato de troca de informações sobre custos operacionais, como vistas a ocultarem a ação concertada na fixação de preços. A caracterização da infração contra a ordem econômica e a imposição da sanção administrativa independem da prova de simulação. Quer dizer, as autoridades não precisam demonstrar a existência do defeito do ato jurídico como condição da sanção, nessa modalidade específica de infração contra a ordem econômica. Claro está, por outro lado, que a prática de negócio simulado pode servir de indício de ocorrência de infração de falseamento. Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, significa, ainda, incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado, mesmo que não limitativas ou falseadoras dessas estruturas. Trata-se de conduta difícil de se configurar em nível exemplificativo. A previsão normativa se explica como cautela do legislador, tendo em conta as imprevisíveis e variadíssimas possibilidades abertas pela múltiplas formas de relacionamento entre empresas, de que podem derivar restrições horizontais ou verticais.

23

²³ Fábio Ulhoa Coelho, Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei n.º 8.884/94, São Paulo, Saraiva, 1995, p.56/57.

Resta nítida a incursão de um cartel clássico nas figuras descritas. Ora, ao fixar um preço comum ou uma conduta comercial uniforme (como, por exemplo, a adoção da mesma margem de lucro) há um nítido falseamento da livre concorrência, pois as empresas não mais competirão baseadas nas regras de mercado, mas sim naquelas estipuladas pelo acordo entre elas firmado. Assim, não terão estímulos a oferecer menores preços ou condutas comerciais mais favoráveis aos consumidores ou destinatários de seus produtos e serviços, já que não temerão que seus “competidores” o façam. Há um falseamento à concorrência, em prejuízo da coletividade, que é justamente a titular dos direitos protegidos pela legislação de defesa da concorrência.

Portanto, a exemplo do relator, entendo configurada infração contra a ordem econômica tipificada no art. 20, I, combinado com o art. 21, I e II, todos da Lei nº 8.884/94.

Cumprе ressaltar que a alusão que os representados fazem à suposta existência de uma “guerra de preços”, longe de favorecê-los, corrobora as evidências da formação de cartel. Neste contexto pertinente a transcrição do seguinte trecho do parecer da SEAE:

Importante notar que quando perguntados sobre a existência de concorrência ou não na revenda de combustíveis de Florianópolis, todos os ouvidos confirmaram que havia concorrência ferrenha no setor, alguns inclusive apontando como prova disso, a existência recorrente de guerra de preços. No entanto há estudiosos sobre o tema da colusão que argumentam ser necessária a guerra de preços para manter a estabilidade da mesma, como afirma Luís M.B. Cabral no livro Introduction to Industrial Organization:

‘...price wars are a necessary evil of equilibrium collusion: if firms never engaged in price wars, the incentives for cheating would be too great for the collusive agreements to be estable.’

Ou seja, a guerra de preços pode revelar uma tentativa de readequação de forças dentro do grupo de forma que os ora insatisfeitos almejem ganhar mercado e melhorar sua situação dentro da colusão. Portanto, a argumentação de que o mercado de revenda de combustíveis na cidade de Florianópolis é marcado por forte concorrência em função das constantes guerras de preços é, na verdade, uma falácia.”

IV. Quanto ao estabelecimento das sanções: averiguação de sua adequação.

Não há nenhuma dúvida de que o estabelecimento de cartel é a mais grave de todas as infrações contra a ordem econômica. É o tipo de conduta que maior prejuízo traz ao ambiente concorrencial e que atinge mais diretamente o consumidor. Assim, em virtude de condutas cartelizadas o consumidor é compelido a adquirir produtos mais caros, de menor qualidade e a conviver com condutas comerciais não ideais.

A doutrina internacional define o cartel como:

“A cartel is an agreement among rivals not to compete and whose purpose it is to restrict output and raise the price of their product. If competition is a good thing, it follows that cartels are bad. The elimination of rivalry by firms that formerly competed is accomplished not by integration of productive facilities, as might be true in the case of a merger. Instead, the former rivals maintain separate firms but act jointly in fixing prices or establishing market division, or even both” (Breit & Elizinga; 1996:9).

“An association of firms that explicitly agrees to coordinate its activities is called a cartel. A cartel that includes all firms in an industry is in effect a monopoly, and the member firms share the monopoly profits” (Carlton & Perloff; 1994:175).

A colusão entre empresas sempre foi vista como um obstáculo à livre concorrência, bem como uma quase irresistível tentação para as empresas, principalmente em mercados oligopolizados. Tanto isto é verdade que Adam Smith cunhou a clássica frase que transcrevo em seguida:

“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices” (Adam Smith).

Tais acordos lesam frontalmente os consumidores, pois obviamente teriam acesso a melhores preços e a melhores práticas comerciais, caso não houvesse o cartel e as condutas de todos os partícipes fossem baseadas na livre concorrência.

A OCDE estima que a operação dos cartéis tem provocado uma elevação de 10% nos preços e uma redução 20% nas quantidades ofertadas. Em alguns casos a elevação dos preços atingiu até 50%.

O XXX Relatório sobre a política de concorrência da Comunidade Europeia dimenciona a fundamental importância que se dá à repressão a cartéis no continente europeu:

“Os cartéis são acordos horizontais secretos celebrados pelos principais operadores económicos de um determinado mercado, com vista a eliminar a concorrência entre si, aumentar artificialmente os preços e restringir a produção. Estas tentativas de substituir a concorrência – a força motriz de uma economia de mercado – por uma regulação coordenada e centralmente controlada do mercado constituem indubitavelmente as infracções mais graves ao direito da concorrência.

Os participantes nos cartéis conspiram para manter uma ilusão de concorrência enquanto, na realidade, os clientes não dispõem de qualquer escolha efectiva, devendo pagar preços mais elevados. Isto tem efeitos imediatos a nível de toda a cadeia de fornecimento, afectando, em derradeira instância, o consumidor final. Estima-se que os cartéis internacionais representam uma perda de centenas de milhões de euros para a economia europeia. Além disso, dado que os preços dos cartéis são fixados de comum acordo em função dos custos do produtor menos competitivo, desencorajam as empresas mais eficientes de melhorarem a qualidade do produto, a tecnologia e racionalizar de forma mais geral os métodos de produção e as vendas.

Num contexto de globalização económica, em que os danos potenciais provocados pelos cartéis são cada vez maiores, a Comissão reiterou o seu empenhamento em detectar e condenar estas práticas com a maior determinação possível. Neste quadro, após a criação em Dezembro de 1998 de uma unidade especializada em cartéis, a profunda reformulação do Regulamento n.º 17, actualmente em debate, representará um importante passo na intensificação da luta da Comunidade Europeia contra os cartéis. Com efeito, a Comissão propõe um reforço significativo dos seus poderes de investigação, por forma a estar em melhores condições de defrontar o desafio de cartéis cada vez mais activos e sofisticados.

Desde 1998, o número de cartéis investigados pela Comissão tem vindo a registar um aumento considerável. A maioria destas investigações estava ainda a decorrer em 2000, sendo susceptível de conduzir à adopção de decisões de proibição em 2001. Este aumento significativo de casos deve-se, em grande medida, aos efeitos positivos da comunicação da Comissão

sobre a não aplicação ou redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, adaptada em 1996 (1). “²⁴

Igualmente, a divisão antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América confere absoluta prioridade à persecução de cartéis, sendo que a política da referida divisão volta-se, atualmente, sobretudo para a investigação de cartéis internacionais.

Neste contexto, apenas para mencionar recentes resultados, sendo que mais de 90% dos montantes arrecadados foram resultantes de sanções aplicadas a cartéis internacionais²⁵:

Evolução do total de multas (por ano fiscal):

1995 – US\$ 40 milhões

1997 – US\$ 205 milhões

1998 – US\$ 267 milhões

1999 – US\$ 1,1 bilhão

Maior multa pessoal: US\$ 10 milhões

Assim, resta óbvio que as condutas descritas nos incisos I a IV e VIII do art. 21, quando praticadas por cartéis são as mais graves e que merecem, assim, as mais severas punições.

No caso em questão a circunstância do produto afetado pela atuação do cartel ser combustíveis automotores torna ainda mais grave a infração, pois se trata de produto cujo preço afeta inúmeros outros produtos e serviços, o que traz, assim, prejuízos a um elevadíssimo número de pessoas

Entendo, ademais, estarem presentes outras circunstâncias aptas a agravarem a sanção imposta às representadas. Assim, das circunstâncias previstas no art. 27 é fácil averiguar a incidência de quase todas elas, como passo a demonstrar:

- 1 - a gravidade da infração: ela foi ressaltada nos parágrafos antecedentes.
- 2 - a boa-fé do infrator: não há como se imputar boa-fé à conduta dos representados, uma vez que eles nitidamente buscavam manipulação de preços, sendo, inclusive, claro pelas conversas transcritas, que elas possuíam consciência de estarem violando a legislação de defesa da ordem econômica.

²⁴ Direção Geral de Concorrência, Bruxelas, 2000, p. 26-25

²⁵ Fonte: Department of Justice: Antitrust Division.

3 - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: o voto do eminente relator deixou bem clara a nítida vantagem auferida pelos infratores, sendo certo que a sanção deve ser superior a elas, tanto tendo em vista o teor do art. 23, como por possuir a sanção o objetivo justamente de desestimular a prática de infrações.

4 - a consumação ou não da infração: por todas as evidências trazidas a infração não somente foi consumada como apresentou nítidos efeitos.;

5 - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros: o grau de lesão foi máximo, pois atingiu a todas as pessoas elencadas no inciso V, valendo destacar mais uma vez a gravidade da infração.

6 - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado: são claramente deletérios, devendo ser salientado que o preço dos combustíveis afeta inúmeros outros setores da economia que se utilizam de tal produto, além de afetar diretamente a maior parte das pessoas que se servem de meios de transporte que utilizam postos de revenda de combustível.

7 - a situação econômica do infrator: ela foi levada em conta tendo em vista que será aplicada parcela correspondente ao faturamento dos postos. A sanção aplicada às pessoas físicas também seguiu tal parâmetro, pois foi aplicada porcentagem sobre a multa aplicada ao posto do qual são proprietários.

8 - a reincidência: a reincidência é o único fator agravante não presente. Inclusive, se houvesse reincidência, a sanção deveria ser aplicada em dobro, a teor do que estipula o art. 23, parágrafo único da Lei nº 8.884/94.

Deste modo, entendo adequadas as sanções impostas pelo eminente relator, cuja severidade é consentânea com a incidência de todas as agravantes retro-expostas. Apenas adiciono às sanções efetivadas pelo relator as seguintes:

1) aumento da sanção individual aplicada ao Sr. Alexandre Carioni, pois, sem sombra de dúvida, foi ele figura central na direção do cartel, pois foi autor de parcela majoritária das ligações, tendo atuado ativamente para o monitoramento das condutas dos integrantes do cartel. Utilizou-se, ademais, do fato de ser Presidente do sindicato para articular o conluio, ameaçando, inclusive, diversas pessoas que não estavam adotando a conduta uniforme. Assim, a sua participação mais ativa merece um agravamento de sua sanção. Com efeito, a sua participação foi, de longe aquela mais destituída de boa-fé, contribuindo para o aumento do grau de lesão à lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros, bem como tornando ainda mais contundentes os efeitos econômicos nega-

tivos produzidos no mercado. Aplico, assim, sanção correspondente a 15% da multa aplicada às empresas representadas nas quais ele tenha alguma espécie de participação.

2) O percentual de 10% imposto como sanção às empresas deve ser calculado sobre o faturamento bruto do exercício fiscal de 1999, nos termos do art. 11 da Lei 9.021/99, o qual determina que para os fins do art. 23 seja 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.

3) Determino ainda que a publicação, em meia página e às expensas do infrator, no jornal de maior circulação no mercado relevante, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, seja efetivada por três semanas consecutivas, diante da gravidade da infração cometida e do amplo rol de pessoas atingidas. O descumprimento desta determinação, assim, como de qualquer das outras impostas, implicará no pagamento da multa diária prevista no voto do ilustre relator.

É como voto.

Brasília, 27 de março de 2002.

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
Conselheiro do CADE

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º-
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Andrade Jr, Antonio Carlos Machado de	Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual	9-1
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8- 3
Andrade, Antonio Carlos Machado de	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
Andrade, Maria Cecília	A Política da Concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre Bandeira de Mello, Celso Antonio	Considerações a respeito de processo administrativo Parecer DIRECTV X GLOBO	3-6 8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Barrionuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boeing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Ake- mi; Lacerda, Eduardo Mo- dena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Camargo, Tomás Junqueira de	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2

Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Chiesa, Melisse	Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	9-1
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cruz, Tatiana Lins	Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
<i>Dias, José Carlos Vaz</i>	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3

Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Dutra, Pedro	A CVM e o dever de guardar sigilo	8-8
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionariade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10

Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúncia de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gatto, Ana Carolina dos Santos	A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor	9-1
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: A importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Guimarães, Denis Alves	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	A defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	9-1
Lira, Lucas Machado	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2

Lobão, Carla	Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto	8-8
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Loss, Giovani Ribeiro	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Mazzucato, Paolo Zupo	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Milagres, Marcelo de Oliveira	A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica	9-1
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6
OECD	Suggested Issues for Discussion III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pagotto, Leopoldo Ubiratan Carreiro	Da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	9-1
Peixoto, Bruno Vilhena Lana	Preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	9-1

Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou Regulação? Onde está o monopolista?	8-3
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Possas, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Restrições Verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica	8-8
Rainer Geiger	Opening Statement ao III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Per- nomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5

Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Stephoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Stephoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol./n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE - Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração N°16/94 -Grupo Gerdau -Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4

43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Carafba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle Gmbh e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Willianmas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil	5-10

	S.A.	
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçmeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemical Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Porducts	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
PARECER	SEAE – AMBEV	7-3

PARECER	SDE – AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6
0800.020.471/97-70	Kellog do Brasil e Superbom	8-8
08012.006762/2000-09	Banco Finasa de investimetno s/a; Brasmetal Indústria s/a; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket -Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química	2-1

	Ltda.	
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A -Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1

	lia	
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Qímicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./n
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Iris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3

Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferençz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9

Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997	6-4

Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ Nº 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA Nº 39 , DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA Nº 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA Nº 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>"Dumping e Concorrência Externa"</i>	1-3
<i>"Concorrência no Mercosul"</i>	1-3
<i>"Concentração Econômica e a Resolução -I do Cade"</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Wordkshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1

Apoio:



www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br