
PARECER - PROCADE

DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE ESCUTA
TELEFÔNICA PARA PROVA DE CARTEL

Fernando Bastos

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO Nº 08012.005495/2002-14
REPRESENTANTE: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

REPRESENTADOS: Postos de Combustíveis de Guaporé/RS: Posto Zanini Ltda, Auto Abastecedora Visentin Ltda, JJ Abastecimento, Lavagens e Lubrificação Ltda, Bresolin Auto Serviços Ltda (Matriz e filial) e seus representantes: Adalberto Zanini, Nei Ideraldo Vicentin, João Antônio Beninca Bergamini, José Fernando Tedoldi Ortiz, Jorge Bresolin.

RELATOR: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

EMENTA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. REPRESENTAÇÃO POR SUPOSTA PRÁTICA DE CARTEL. PRÁTICA ANTICOMPETITIVA. AFERIMENTO DA OCORRÊNCIA. PELA CONDENAÇÃO.

Senhor Procurador-Geral,

I – RELATÓRIO

1. Cuida-se de Procedimento Administrativo instaurado perante a Secretaria de Direito Econômico – SDE, para apurar possível ocorrência de conduta tipificada no art. 21 c/c art. 20 da Lei 8.884/94, consistente na formação de cartel por parte dos postos de combustíveis do município de Guaporé/RS.

2. Através do Ofício nº 274/2002, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, foi encaminhado à SDE cópias da ação criminal e da ação civil pública, juntamente com a decisão liminar concedida e relatório de interceptações telefônicas (com autorização judicial no processo nº 109644816 – Plantão do Foro Central de Porto Alegre) relativas à cartelização do mercado de combustíveis do município. Foi solicitado que as medidas administrativas adotadas pela Secretaria fossem informadas à Promotoria de Justiça para inclusão no Inquérito Civil instaurado.

3. Por meio do Despacho nº. 783 (fl. 185), fundamentado em nota técnica (de fls. 177 a 184), a Secretária de Direito Econômico determinou a instauração de Processo Administrativo, uma vez que os fatos mencionados apontam indícios suficientes para apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, consistente nas práticas de:

- a) fixação ou prática, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, de preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços;
- b) imposição de preços excessivos;
- c) aumento sem justa causa do preço dos combustíveis vendido aos consumidores de Guaporé – RS.

4. Através do Ofício nº 4798/2002/SDE/GAB (fl. 202) a Secretaria informou ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul sobre a instauração do Procedimento Administrativo e solicitou cópia integral dos autos do Inquérito Civil nº 11/99, destinada a auxiliar na instrução do processo administrativo. Tal solicitação foi prontamente atendida, como se verifica nas fls. 203-449.

5. Instaurado o Processo Administrativo pela SDE contra os postos revendedores de combustíveis de Guaporé e seus respectivos administradores, estes foram intimados para apresentar defesa (fls. 189-197), juntada às fls. 451-524, acompanhada dos documentos de fls. 525-970.

6. Com relação à representação feita pelo MP foi alegado na defesa, preliminarmente e no mérito, que:

- a narrativa dos fatos se deu com base em dados equivocados em relação ao preços praticados em abril e julho de 2002;
- quanto à margem de lucro, dita exorbitante, o MP não informa que esta margem é bruta e não menciona o lucro, apenas a margem bruta.
- quanto aos ditos preços praticados em 13/04/2002, na verdade correspondiam ao dia 03/04/2002;
- em 13/04/2002 os preços variavam em R\$0,05 e não em R\$0,02;
- em 17 e 18/04/2002, os preços passaram para R\$1,92 e R\$1,93.
- a prática de preços é aceita pelo mercado e os preços e as margens são similares aos praticados nas cidades vizinhas;
- a similaridade dos preços decorre da identidade de custos e dos preços praticados por cada distribuidora.
- o revendedor não tem condições de estabelecer o preço de revenda pois é dependente dos preços estabelecidos pelas distribuidoras, os representados apenas repassam o aumento dos preços;
- o preço praticado pelas distribuidoras em Guaporé é em média R\$ 0,12 mais alto do que o praticado nas demais cidades.
- o aumento real das margens de lucro fica abaixo dos níveis de inflação não incidindo em aumento excessivo ou injustificado;
- de acordo com a Lei 8.884/94 o ajuste de preços deve resultar em majoração dos preços, o que não se verifica neste caso pois, em abril de 2002, ocorreu uma redução de preços e não majoração, decorrente de uma necessidade de mercado e não de conduta concertada.
- o paralelismo de preços independe de acordo entre concorrente e decorre da proximidade dos estabelecimentos e pelo fato de o produto comercializado ser homogêneo.
- os representados não possuem condições para impedir o ingresso de nova empresa no mercado.

7. Consta dos autos a nota técnica (fls. 986-988) que examinou a preliminar suscitada na defesa, a qual foi afastada pelo Secretário de Direito Econômico, que determinou que os representados especificassem as provas a serem produzidas, além do rol de testemunhas que pretendiam que fossem ouvidas (fl. 989).
8. Por meio de ofício foi solicitado à Promotoria de Justiça de Guaporé cópia das pesquisas de preços praticados pelos representados na comercialização da gasolina nos meses de abril e julho de 2002, as quais foram juntadas às folhas 991-1013.
9. A pedido dos representados foi enviado Ofício à ANP (fl. 1033), solicitando informar:
 - a) as datas e os percentuais dos aumentos de preços dos combustíveis automotivos praticados pelo Governo Federal (Petrobrás) de 1999 a 2003;
 - b) os preços dos combustíveis automotivos praticados pelas distribuidoras (Texaco do Brasil, BR Distribuidora e Ipiranga) e pelos postos revendedores nas cidades de Guaporé, Santa Cruz do Sul, Passo Fundo, Bento Gonçalves e Lajeado, todas do Estado do Rio Grande do Sul;
 - c) informações adicionais sobre o mercado de revenda de combustíveis na região próxima a Guaporé.
10. Estas informações foram apresentadas em disquete conforme fl. 1046.
11. Também foi apresentada às fls. 1054-1058 manifestação por parte dos representados contendo:
 - a) cópia do exame topográfico da cidade de Guaporé que demonstraria a proximidade dos estabelecimentos, o que acabaria por forçar uma identidade de preços;
 - b) cópia dos depoimentos extraídos da reunião da CPI dos combustíveis da Câmara dos Deputados, de 21 de maio de 2003.
12. Foi expedido Despacho (fl. 1.111) pela Diretora do DPDE designando audiência para oitiva de testemunhas e depoimentos pessoais dos representados em 9 e 10 de dezembro de 2003, das quais foram extraídos os termos de depoimentos e juntados às fls. 1127-1145
13. Por meio da Nota Técnica do DPDE (fls. 1146-1227) foi sugerida a intimação dos representados para apresentação de alegações finais, já que constavam nos autos as provas necessárias para análise do Procedimento Administrativo. Através do Despacho do Secretário de Direito Econômico os representados foram intimados (fl. 1228) e apresentaram em suas alegações finais (fls. 1231-1254), em síntese:
 - i) Preliminarmente:
 - a) A não intimação dos representados para se manifestarem sobre a resposta apresentada pela ANP aos quesitos e questionamentos por eles requeridos e a falta de intimação para o acompanhamento da audiência de oitiva de prova testemunhal;

- b) A ilegalidade das interceptações telefônicas pois foram: b1) requeridas para fins de investigação civil, b2) deferidas por juiz incompetente para a apreciação da ação principal, b3) não agravadas na íntegra e b4) interceptadas em data posterior ao prazo deferido pelo juiz.
 - ii) Quanto ao mérito:
 - a) A SDE analisou os autos somente com base nas interceptações telefônicas acarretando em total desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa uma vez que todo o conjunto probatório e argumentos de defesa foram desconsiderados;
 - b) As margens brutas decorrem dos preços praticados pelas distribuidoras. Assim, o preço alto está relacionado a estas margens e não a vontade dos representados, o que não ocasiona em condições concorrenciais lesivas ao mercado e aos consumidores, não havendo nexo de causalidade entre a conduta praticada e a conduta delituosa prevista na Lei 8.884/94;
 - c) Não há margem abusiva se comparadas as margens brutas praticadas em Guaporé as das cidades vizinhas, tais como: Passo Fundo, Bento Gonçalves, Lajeado e Santa Cruz;
 - d) O preço praticado pelos representados não pode ser considerado excessivo na medida em que a margem bruta variou no período de janeiro de 2000 a julho de 2002 em patamares inferiores à inflação;
 - e) Os aumentos não podem ser considerados injustificados, pois decorreram de aumentos praticados pelas distribuidoras, as quais estão obrigados a contratar;
 - f) O comportamento homogêneo do mercado decorre de suas particularidades, tais como: dimensão, estrutura e oferta em demasia;
 - g) Os representados não detêm domínio do mercado;
 - h) Todos os aumentos de preços ocorreram em razão dos aumentos praticados pelas companhias distribuidoras;
 - i) Pelas condições de mercado o comportamento adotado pelos representados foi racional e livre;
 - j) Quanto aos dados trazidos, os representados informaram que, no período de janeiro de 2000 a julho de 2002, o aumento real não caracterizava preço excessivo e o aumento da margem bruta não demonstrava o lucro auferido.
14. Os representados juntaram informações das distribuidoras Ipiranga e BR Distribuidora tentando demonstrar que os preços praticados não decorrem da vontade do revendedor (fls. 1259-1268 e 1269-1425).
15. Constam dos autos ainda: a) o relatório da ANP que informa que os representados correspondem a 100% dos revendedores de combustíveis da cidade de Guaporé (fl. 176); b) as gravações das escutas telefônicas dos telefones dos representados, autorizadas pelo Poder Judiciário e a conclusão pela ocorrência de infrações à ordem econômica consistente na

fixação de preços e adoção de conduta comercial uniforme, constante dos autos apartados confidenciais.

16. A SEAE foi oficiada em 20 de janeiro de 2006, através do Ofício 274/2006/DPDE para, querendo, se manifestasse nos autos (1430-1431). E, novamente em 11 de dezembro de 2006, para que se manifestasse no presente processo administrativo. No entanto, a Secretaria informou que se reservaria o direito de não se manifestar (fl. 1494).

17. Para a adoção das medidas necessárias o CADE enviou à SDE o Ofício 2821/2006/CADE com cópia da Ação Civil Pública nº 053/1.03.0002071-0, constante das fls. 1431-479.

18. Finalmente, foram os autos encaminhados ao CADE, nos termos do Art. 39, in fine, da Lei 8.884/94, devidamente distribuídos ao i. Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e, através do Despacho de fl. 1525, vieram a esta Procuradoria para elaboração de parecer.

Eis o relatório.

II. ANÁLISE

II.A – DA INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

19. Preliminarmente, antes de ingressar no mérito do processo administrativo em análise, convém afastar as alegações dos representados de que estaria o feito eivado de vício processual, uma vez que não teria sido intimada para se manifestar sobre a resposta apresentada pela Agência Nacional de Petróleo a ofício enviado pela SDE. Da mesma forma, alega não ter sido intimada da oitiva do Sr. Evaldo Zenor Ghizzi, o que geraria nulidade absoluta do procedimento.

20. Sem qualquer razão a representada, conforme se passa a expor.

21. No que concerne a ausência de oportunidade para manifestação sobre a resposta da ANP, não há qualquer plausibilidade na alegação da Representada. Isso porque, após a juntada desta peça aos autos, a Representada foi intimada, com publicação do DOU, para apresentação de Alegações Finais, oportunidade em que poderia ter rebatido ou corroborado todos os pontos expostos pela Agência.

22. O Superior Tribunal de Justiça tem diversos julgados neste sentido, em que pacifica o entendimento de que a oportunidade de manifestação, ainda que posterior, supre a mácula processual, mesmo que a parte se quede inerte:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. DEFESA INTIMADA A MANIFESTAR SEU INTERESSE NA OITIVA DE TESTEMUNHA FALTANTE. INÉRCIA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. FALTA DE ARGÜIÇÃO NAS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A PARTE. ART. 33, §

4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO FACE À GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE.

I - A suposta nulidade decorrente da falta de manifestação expressa da defesa acerca do interesse na oitiva de testemunhas faltantes, para ser reconhecida, deveria ser argüida em momento oportuno (art. 571 do CPP) e estar acompanhada da demonstração do prejuízo para a parte (art. 563 do CPP). *In casu*, a defesa, intimada a manifestar seu interesse, *quedou-se inerte e, após o encerramento da instrução, não arguiu a suposta nulidade nas alegações finais, restando preclusa a questão*. Outrossim, em atenção ao princípio *pas de nullité sans grief*, não há que se falar em nulidade, pois não houve demonstração do prejuízo para a parte.

[...]

Ordem denegada

(HC 141695 / MS – Ministro Felix Fischer)

23. Ainda que a concessão de uma única oportunidade para manifestação sobre o aludido documento seja suficiente para afastar a alegação de ofensa ao contraditório, cumpre destacar que o trâmite processual do feito do processo administrativo no CADE tem algumas peculiaridades, de conhecimento de todos os advogados que atuam na área, sendo importante destacar (i) que não há expressa previsão legal que exija a intimação dos Representados quando da juntada de provas aos autos e também (ii) que a juntada de documentos é publicada no andamento processual que pode ser acompanhado por qualquer cidadão pela *internet*, acessando o sítio do Ministério da Justiça.

24. Sendo assim, é evidente não apenas que a Representada teve acesso à resposta da ANP antes do encerramento da instrução, mas também que foi oportunizada a possibilidade de manifestação sobre este documento, o que afasta de pronto a alegação de que teria havido ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

25. Mesma sorte merece a alegação de que não teria sido a Representada intimada da oitiva do Sr. Evaldo Zenor Ghizzi. Isto porque, em 02 de dezembro de 2003, fora publicado no Diário Oficial da União despacho que cientificava as partes desta diligência.

26. Considerando que o art. 33 da Lei nº. 8.884/94 apenas exige notificação pessoal para a instauração do processo administrativo, e ainda que as audiências para a oitiva das testemunhas ocorreram em 09 e 10 de dezembro de 2003, ou seja, com mais de uma semana de antecedência, não há que se falar em nulidade processual.

II.B – LICITUDE DA UTILIZAÇÃO DE ESCUTAS TELEFÔNICAS

27. Os representados sustentam, ainda, que não seria admissível a consideração pelo CADE de escutas telefônicas produzidas no bojo de Processo Judicial.

28. É notória a dificuldade em se carrear provas para a caracterização de um cartel. Assim, foi imprescindível no caso o uso da chamada prova emprestada.

29. Sobre aludida dificuldade de comprovação da materialidade delitiva, interessante fazer alusão aos ensinamentos do i. Presidente do CADE, Dr. Arthur Badin, no bojo de seu artigo “Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas nas Investigações de Cartéis”:

[...].

2. Introdução

[...]

A prática de cartel é considerada ao mesmo tempo infração administrativa (art. 20, da Lei 8.884/94) e crime contra a ordem econômica (art. 4º da Lei 8.137/90).

A materialidade delitiva do acordo colusivo dificilmente pode ser demonstrada através de provas tangíveis. Afinal, raras vezes a organização criminosa, cônica da ilicitude de sua conduta, comete o descuido de reduzir a termo suas deliberações anticompetitivas (embora em alguns casos, surpreendentemente, isso tenha acontecido)¹. Por essa razão, nas investigações de cartéis, assomam em importância as provas obtidas por meio de captação de conversas telefônicas, quer seja por autorização judicial, no âmbito de investigação penal (interceptação telefônica), quer seja pela gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro (gravação clandestina). Dos oito cartéis clássicos condenados pelo CADE entre 1994 e 2003, cinco envolveram esse tipo de prova: Cartel de Postos de Florianópolis (2002), Cartel dos Anestesiologistas do RS (1999), Cartel de Postos de BH (2003), Cartel de Postos de Lages (2003), Cartel de Postos de Goiânia (2003).

A partir dos direitos da pessoa humana, início e fim de todo ordenamento jurídico, o artigo pretende deduzir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça os critérios para utilização da interceptação telefônica e gravação clandestina nas investigações de cartéis.

III. Distinção de interceptação telefônica e gravação clandestina sob a ótica do regime constitucional dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana

Dentre os direitos e garantias fundamentais, declarou a Constituição Federal ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último

¹ Vide, por exemplo, Cartel dos Postos do DF (Processo Administrativo 08000.024581/1994-77, Relator Conselheiro Roberto Pfeiffer, 2004).

caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII, da CF).

Dando concreção ao referido dispositivo constitucional, o art. 3º da Lei n.º 9.296/96 dispôs que “a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: (i) da autoridade policial, na investigação criminal; ou (ii) do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal”.

Por configurar grave violação a direito e garantia fundamental, o art. 10 da Lei 9.296/96 tipificou como crime, punível com até quatro anos de reclusão, a realização de interceptação telefônica sem autorização judicial.

Está razoavelmente assentado na jurisprudência e na doutrina² que não se devem confundir interceptação telefônica e gravação telefônica (ou clandestina). Enquanto na interceptação telefônica a captação de comunicação é feita por terceiro sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores, a segunda refere-se à gravação feita por um dos interlocutores, porém sem a ciência do outro. [...]

30. No caso em tela, o arsenal probatório conta com “interceptações telefônicas” realizadas por meio de autorização judicial em processo judicial.

31. Uma vez importadas tais provas pelo processo administrativo foi garantido o acesso das Representadas ao conteúdo das gravações, em obediência ao princípio constitucional do contraditório.

32. Nesse sentido, importante o precedente do STJ que, analisando diretamente a questão no MS 9212/DF,³ assim decidiu: “sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei n.º 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar”. Logo, percebe-se que a prova é lícita e o processo administrativo foi plenamente válido.

2 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, “Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas” (FD DPD 343.14^A974p).

GRINOVER, Ada Pellegrini, “Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal” (Revista Universitária de Derecho Procesual, Madrid, n. 4, p. 419, 1990).

PITOMBO, S. M. M., “Sigilo nas comunicações: aspecto processual penal” (Ciências Jurídica, BH, v. 3, n. 24, p. 3, set/1996).

3 Vide também o MS 7024 no STJ.

4 Importante também destacar trecho do voto-relator que assim aduz: “A Lei n.º 9.296/96 prevê que a interceptação das comunicações telefônicas somente poderá ser determinada por juiz, de ofício, ou a requerimento de autoridade policial, na investigação criminal, bem como de representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, não havendo qualquer disposição acerca da utilização da prova para fins de investigação administrativa. Registre-se que na presente hipótese valeu-se a Administração das gravações realizadas, entretanto a interceptação foi requerida nos exatos termos da legislação aplicável à espécie. Consoante bem explicitado pela autoridade indicada como coatora, *‘uma vez autorizada, judicialmente, a quebra do sigilo, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei n.º 9.296/96, nada obsta o aproveitamento das provas colhidas mediante a interceptação telefônica regularmente deferida em investigação criminal ou em processo penal, como prova emprestada, em processo administrativo a que também responda o interceptado [...]’*”.

33. Ainda nesta seara, há precedente importante no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca da utilização de “prova emprestada” no processo administrativo, a seguir transcrito:

Origem: STF - Supremo Tribunal Federal

Classe: Inq-QO - QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO

Processo: 2424 UF: RJ - RIO DE JANEIRO

Fonte: DJE-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109

Relator CEZAR PELUSO

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

34. O que exige o princípio do contraditório e da ampla defesa é que a parte tenha a oportunidade de reagir contra a prova emprestada, quer para contestar a validade de sua produção ou sua fidedignidade, quer para produzir outras provas no sentido contrário.

35. Para o processo que recebe a prova emprestada, esta é, em essência, prova documental dos atos processuais praticados em outro processo. Se se trata, por exemplo, de cópia de termo de depoimento prestado perante autoridade policial, pode provar que o depoente prestou tais declarações perante tal autoridade. Trata-se de prova documental tanto quanto uma declaração firmada unilateralmente pelo depoente em um documento posteriormente juntado aos autos (com a diferença que, quando prestado perante autoridade pública, sob pena de perjúrio, ao declarado se pode conferir maior credibilidade, aferida pelo julgador segundo seu livre e racional convencimento). O laudo de perito judicial, produzido em outro processo ao cabo de prova pericial, prova que naquele processo fez-se a perícia ali descrita, segundo rito, metodologia e dados nele constantes.

36. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, embora recomendem cautelas e restrições ao uso da chamada “prova emprestada”, não lhe negam em absoluto admissibilidade e validade, mesmo no processo penal (sabidamente mais “garantista” que os processos cível e administrativo).

37. Da jurisprudência do STJ defluem quatro vertentes argumentativas a respeito da admissibilidade e validade da prova emprestada (não necessariamente contraditórias entre si). A primeira, amplamente majoritária, em consonância com a jurisprudência também majoritária do STF, reconhece a admissibilidade da prova emprestada, desde que não seja o único elemento a ensejar a condenação. A segunda reconhece a plena validade do uso, em processo administrativo sancionador, de prova produzida em procedimento penal. Uma terceira vertente considera que a prova emprestada tem força de prova documental, e como tal deve ser considerada. Por fim, a quarta vertente sustenta que, face ao princípio *pas de nullité sans grief*, a prova emprestada somente não poderá ser admitida caso demonstrado efetivo prejuízo à defesa.

- 5 “Não obstante se reconheça a precariedade do valor da prova emprestada, o fato da sentença utilizar informações obtidas em interrogatório realizado em outro processo, por si só, não enseja o reconhecimento de nulidade, se este não foi o único elemento de destaque a embasar o decreto condenatório” (HC 16175, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17.5.01); “A utilização de prova emprestada, quando não constitui o único elemento acorrorborar a condenação, não vicia o processo e a decisão proferida” (HC 17513, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 4.9.01); “Em não ocorrendo a condenação exclusivamente de prova emprestada, mas de robusto conjunto probatório, não há falar em constrangimento ilegal, firme que se mostra a jurisprudência pátria no sentido da admissibilidade dessa prova no processo penal” (HC 23721, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 2.3.04); “A prova emprestada, utilizada dentro do conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, é perfeitamente admitida, quando serve apenas como mais um dos elementos de convicção que sustentam o decreto condenatório” (HC 42559, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 4.4.06, DJ 24.4.06. Idem HC 38671, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 3.2.05. Idem HC 28785, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.8.04); “A proclamação de nulidade do processo, por prova emprestada, depende da inexistência de outras provas capazes de confirmar a autoria e a materialidade delitiva, caso contrário, deve ser mantido o decreto também fundado em outras provas” (HC 34701, Rel. Min. Quaglia Barbosa, j. 29.11.05, DJ 19.12.05); “Não obstante se reconheça a precariedade do valor da prova emprestada, o fato de a sentença utilizar informações obtidas em depoimento prestado e outro processo, por si só, não enseja o reconhecimento de nulidade, se esse não foi o único elemento de destaque a embasar o decreto condenatório (HC 41805, Rel. Min. Felix Fischer); “Em não decorrendo a condenação exclusivamente de prova emprestada, mas também e sobretudo de fortes elementos de convicção que integram o conjunto da prova, não há falar em nulidade” (HC 23721, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 7.10.03).
- 6 “Conforme precedentes, é legal a utilização de prova emprestada de processo criminal na instrução do processo administrativo disciplinar” (MS 10874, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 13.9.06, DJ 2.10.06); “A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à prova emprestada, não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar” (RMS 20066, rel. Min. Felix Fischer, j. 16.2.06, DJ 10.4.06); Idem MS 9850, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 27.4.05. idem RMS 7685, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 4.8.03.
- 7 “A prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental. [...] Como se sabe, na hipótese de prova pericial, uma vez trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental (Cfr. Ovidio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, 4.ª ed., São Paulo: RT, 1998. Vol. 1, p. 360). Assim, embora o laudo pericial produzido na ação acidentária movida pelo recorrido contra o INSS (fls. 111) tenha sido utilizado como prova emprestada para a prova de fatos pretéritos à presente demanda, o foi sob forma de documento, isto é, como prova documental, cuja autenticidade poderia a recorrente, se quisesse, ter questionado nos termos do art. 390 do Código de Processo Civil, mas que, contudo, não o fez.” (Resp 683187, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.11.05, DJ 15.5.06).
- 8 “Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito se além de alegada oportuno tempore, reste comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente. A validade de prova emprestada produzida em outro processo deve ser decidida pelos jurados, na sessão plenária do Tribunal do Júri, mormente se se mostra idônea a certificar a autoria do

38. Portanto, se consideradas todas as 4 correntes existentes no STJ, a análise das provas colhidas no processo judicial é totalmente válida, uma vez que as Representadas tiveram oportunidade de se manifestar sobre tais provas, influenciando ativamente o convencimento do Plenário do CADE a respeito da forma com que deveriam ter sido valoradas.

39. Ultrapassadas as preliminares, passa-se à análise do mérito do Processo Administrativo.

II.C – DO CONCEITO DE CARTEL

40. Antes de ingressar no mérito das alegações suscitadas pelos Representados, é importante fazer uma breve explanação sobre o que vem a ser a figura do cartel.

41. O CADE, na tentativa de elucidar o tema ora analisado, definiu no Anexo I da Resolução nº 20/99 os cartéis como “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente mais próximos dos de monopólio”.

42. Nesse sentido, Paula Forgioni leciona:

Os acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados cartéis.⁹

43. Ivo Teixeira Gico Junior, por sua vez, explicita:

O elemento conceitual central à noção de cartel é a redução da pressão competitiva entre concorrentes resultante da uniformização ou combinação de práticas aproximando seu comportamento coletivo ao de um monopolista. [...]

A idéia de agregação de concorrentes para – colusivamente – manipular o mercado também está reforçada na exigência de os agentes econômicos envolvidos manterem sua autonomia interna. [...]

Em termos conceituais, os vários tipos de efeitos competitivos resultantes de uma colusão horizontal podem ser resumidos na expressão tendência à dominação do mercado, isto é, cartéis são cooperações entre concorrentes razoavelmente não associáveis a qualquer tipo de eficiência ou efeito pró-competitivo relevante e, portanto, tendentes a aproximar um dado mercado do resultado monopolístico, dominando-o ilícitamente.¹⁰

crime” (RHC 13664, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 24.2.05); Idem HC 31091, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 2.3.04).

9 Forgioni, Paula A.; “Os Fundamentos do Antitruste”, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005; p. 398.

10 Gico Junior, Ivo Teixeira; “Cartel – Teoria Unificada da Colusão”, Lex Editora; 2006; p. 214-215

44. Importante destacar os fatores que favorecem a cartelização do setor de revenda de gasolina comum, quais sejam: a) a homogeneização do produto; b) elevada participação no mercado; e c) as elevadas barreiras à entrada de concorrentes no mercado relevante. Todos os fatores estão presentes no presente caso.

45. Sendo assim, resta verificar se as provas carreadas aos autos efetivamente apontam para o enquadramento da conduta dos representados nos arts. 20, I c/c art. 21, I, II e XXIV, da Lei nº 8884/94, conforme apontado pelo parecer da SDE:

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;

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

II.D – DA CONFIGURAÇÃO DO CARTEL FORMADO PELOS POSTOS REVENDEDORES DE GASOLINA DE GUAPORÉ/RS

46. No presente caso é possível vislumbrar um típico caso de cartel de preço, onde agentes econômicos em posição de igualdade, para eliminar os efeitos da concorrência, acordaram fixar o preço de revenda da gasolina comum no município de Guaporé/RS.

47. Em uma primeira análise, as gravações das escutas telefônicas juntadas em autos confidenciais deixam evidente que os representados frequentemente se comunicavam com o intuito de definir o preço a ser cobrado pela gasolina vendida, configurando a coordenação de todos os postos de Guaporé/RS para o falseamento da livre concorrência no mercado específico.

48. Pelas gravações, então, fica evidente a tipificação da conduta descrita no art. 21, incisos I, II e XXIV, tendo em vista que existem elementos suficientes a identificar a oportunidade de fixar ou praticar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda de gasolina, assim

como influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

49. Ultrapassada esta primeira verificação, podemos descer a minúcias do funcionamento do cartel, tendo em vista que alguns trechos das conversas interceptadas esclarecem que (i) os representados acordaram na adoção de um rodízio, de forma a possibilitar que alguns deles praticassem preços abaixo dos demais. Da mesma forma, diversos trechos evidenciam que (ii) os participantes do cartel tinham consciência de que o preço acordado estaria muito acima do praticado em municípios vizinhos, o que, inclusive, suscitava preocupação com a fiscalização da ANP.

50. Das conversas gravadas infere-se, também, que (iii) o acordo entre os representados teria se iniciado anteriormente à interceptação das conversas telefônicas e que (iv) os participantes estariam preocupados com a investigação do conluio, o que os faria pensar em elaborar uma tabela com os preços estabelecidos e na adoção de um esquema de rodízio entre os participantes, de forma a camuflar a conduta infrativa.

51. Esta interpretação, alcançada pela análise das escutas telefônicas degravadas, está ressaltada pelos excertos dos diálogos transcritos no Parecer da SDE. Destas escutas, salta a intenção dos participantes do cartel de coibir a formação de preços pela competição individual, o que demonstrar que a intenção de falsear a livre concorrência seria o próprio objeto do conluio.

52. É importante ressaltar ainda que não se faz necessária a análise dos efeitos da conduta dos representados sobre o mercado específico atingido, tendo em vista que a potencialidade lesiva da prática de cartel é suficiente para a subsunção da conduta de seus participantes ao art. 20 da Lei n.º 8.884/94. Nesse ponto, por ser totalmente pertinente, convém transcrever as lições do Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Filho, quando do julgamento do Processo Administrativo n.º 08012.002299/2000-18:

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 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.

53. Ainda que assim não fosse, os efeitos nocivos da conduta são evidentes, pois diversos trechos dos diálogos travados entre os representados versavam sobre a cobrança pelos postos participantes do cartel de preços sabidamente superiores aos cobrados por postos de cidades vizinhas, sendo que todos os postos da cidade de Guaporé/RS integravam o aludido cartel.

II.D. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS

54. Diante de todos os elementos colhidos nos autos, bem como do acima exposto, é de rigor a imposição de condenação aos representados pessoas jurídicas, a saber:

- a) Posto Zanini Ltda;
- b) Auto Abastecedora Visentin Ltda.;
- c) JJ – Abastecimento, Lavagens e Lubrificação Ltda.;
- d) Bresolin Auto Serviços Ltda.

55. Da mesma forma, opina-se pela condenação das respectivas pessoas físicas representadas, a saber os representantes legais das pessoas jurídicas acima mencionadas:

- a) Sr. Adalberto Zanini (fl. 370);
- b) Sr. Nei Ideraldo Visentin (fl. 366);
- c) Srs. João Antonio Beninca Bergamini e José Fernando Teodoldi Ortiz (fl. 367);
- d) Sr. Jorge Bresolin (fl. 369).

56. Nesse sentido, devem ser cominadas às pessoas jurídicas as penas previstas no art. 23, inciso I e às pessoas físicas, nas penas do art. 23, inciso II.

57. Convém, aqui, percorrer os parâmetros estabelecidos no art. 27 da Lei nº. 8.884/94, de forma que a pena a ser aplicada pelo CADE traduza da forma mais aproximada possível a reprovabilidade da conduta condenada pelo SBDC.

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

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

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

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

58. No tocante à “*gravidade da infração*”, estamos diante da conduta mais nociva ao ambiente concorrencial, uma vez que o cartel veda completamente a possibilidade de concorrência e a regulação de preços pelas leis de mercado, atingindo diretamente os consumidores. Sendo assim, em qualquer escala possível em que constassem as diversas possibilidades de condutas anticoncorrenciais, estaria a prática de cartel enquadrada como gravíssima.

59. A análise da “*boa-fé*” é de fácil superação, pois a própria organização do cartel pressupõe a má-fé para formação do conluio. Ainda que considerássemos que a análise da “*boa-fé*” estivesse no conhecimento da ilicitude do conluio, em diversas oportunidades os representados expressaram o receio de futura fiscalização por parte da ANP.

60. Já no que concerne à “*vantagem auferida*” pelos participantes do cartel, em diversos trechos dos diálogos travados entre os sócios-gerentes dos postos representados restou explícita a consciência de que os preços praticados pelo cartel seriam muito superiores aos praticados em municípios vizinhos, o que, inclusive, despertava a preocupação de futura fiscalização

por parte da ANP. Observa-se, portanto, que a organização não apenas tinha como objetivo mascarar a concorrência e blindar o mercado, mas, principalmente, obter lucro abusivo.

61. Mesma sorte merece a análise da “*consumação da infração*”, tendo em vista que no caso em tela não apenas ocorreram os atos preparatórios à infração. Efetivamente houve o acerto entre os participantes, o estabelecimento do rodízio e a cobrança de preço abusivo do consumidor.

62. A análise do “*grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros*” inevitavelmente, no presente caso, remeteria à “*gravidade da infração*”, por ter sido sopesado neste último tópico o grau de reprovabilidade da conduta e seus efeitos ao ambiente concorrencial, o que também dispensa novas digressões sobre os “*efeitos econômicos negativos produzidos no mercado*”.

63. A “*situação econômica*” do infrator, no caso, não foi determinante para a consolidação do ilícito. Da mesma forma, não houve configuração de reincidência.

64. Sendo assim, a consideração dos parâmetros previstos nos incisos I, II, III e IV do art. 27 impõem que as penas pecuniárias sejam arbitradas em patamares superiores ao mínimo previsto.

65. Ademais, em adição ao parecer da SDE, esta Procuradoria recomenda, ainda, a aplicação das penas previstas no art. 24, inciso III e inciso IV, alínea *b* **tanto às pessoas jurídicas como as pessoas físicas ora condenadas.**

66. Especificamente com relação à pena prevista no art. 24, inciso III, qual seja, a pena de *inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor*, tal inscrição deve ser efetuada nos termos regulamentados pelo art. 2º e 3º da Portaria Conjunta SDE/CADE nº 58/2009.

67. Já com relação à pena prevista no art. 24, inciso IV, alínea *b*, qual seja, a pena de *recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados no todo ou em parte, incentivos fiscais e subsídios públicos*, esta Procuradoria entende que esta pena se justifica – **ao menos enquanto não cumprida a decisão do CADE** -, uma vez que os representados constituem quase que a totalidade de um setor no município de Guaporé/RS, setor este que, por ser fundamental ao fornecimento de combustíveis impacta toda a economia local e o próprio desenvolvimento industrial do município afetado, prejudicando em muito o consumidor e agravando o custo de vida social.

III. CONCLUSÃO

68. Com base nas considerações acima declinadas, e com fundamento no §1º do Art. 50 da Lei nº 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e ainda com fundamento nos pareceres SDE e as respectivas notas técnicas presentes no processo, opina-se pela condenação dos Representados no presente Procedimento Administrativo, nas penas descritas no item anterior.

É o parecer.

Brasília, 27 de julho de 2010.

ISABELLE ALBUQUERQUE MENEZES

Estagiária da ProCADE

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA

Procurador Federal