



14º VOLUME

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

275
3027
941

Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

INTERESSADO:
Representante: SDE "Ex Offício"
Representada: AGA S/A, AIR Liquide Brasil e Outras

ASSUNTO: _____ CÓDIGO: _____

OUTROS DADOS:

Advogado(s): Procuração Fl n.º _____

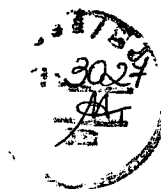
Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan

M O V I M E N T A Ç Õ E S

SIGLA	CÓDIGO	DATA	S _E .º	SIGLA	CÓDIGO	DATA
		/ /	15			/ /
		/ /	16			/ /
		/ /	17			/ /
		/ /	18			/ /
		/ /	19			/ /
		/ /	20			/ /
		/ /	21			/ /
		/ /	22			/ /
		/ /	23			/ /
		/ /	24			/ /
		/ /	25			/ /
		/ /	26			/ /
		/ /	27			/ /
		/ /	28			/ /

AS MOVIMENTAÇÕES DEVERÃO SER COMUNICADAS AO PROTOCOLO

EXOS: _____



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICO
SETOR PROCESSUAL**

TERMO DE ABERTURA DE VOLUME

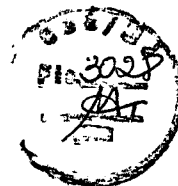
Aos vinte e quatro dias do mês de janeiro de 2007, procedemos a abertura deste volume nº 14 do Processo nº 08012.009888/2003-70, que se inicia com a folha nº 3027. Para constar, eu Marinês Torres, subscrevo e assino.



Servidor

ACO JUNTA LA ESTE PROCESSO da res
posta ao Despacho n.^o
14/07, pela Ave Products
Brasil

QUE PASSAM A CONSTITUIR AS FLS. 3028/3057
SDEIMJ, 24.1.07.
Moacirês



MACHADO, MEYER, SENDACZ E OPICE
A D V O G A D O S

ESCRITÓRIO CENTRAL - SÃO PAULO
AV. BRIG. FÁRIA LIMA, 3.144 - 11º ANDAR
01451-000 SÃO PAULO, SP, BRASIL
TEL. 55 11 3150-7000 • FAX 55 11 3150-7071
mmso@mmso.com.br
www.machadomeyer.com.br

BRASÍLIA • RIO DE JANEIRO • SALVADOR • PORTO ALEGRE • BELO HORIZONTE • NITERÓI • FORTALEZA • NOVA IORQUE

ILMO DR. SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA
JUSTIÇA

JUN 26

[Handwritten signature]
Eric Machado Meyer
Coordenador Geral
CONADPRO / SOE / MJ
24.04.07

SDE/GAB/CAPRO

Coordenação de Apoio Processual



08012.000547/2007-62

Secretaria de Direito Econômico/SDE/1
08012.000547/2007 - 22/Jan/2007 - 7:29

ROBSON

Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

AIR PRODUCTS BRASIL LTDA. ("Air Products"), empresa devidamente qualificada nos autos do Processo Administrativo acima mencionado, vem, tempestivamente, por seus procuradores abaixo assinados, tendo em vista o despacho nº 14 publicado no DOU de 11 de janeiro de 2007 que prematuramente encerra a instrução probatória do supra citado Processo Administrativo, apresentar a presente manifestação a essa respeitável Secretaria, o que faz nos seguintes termos:

I. DA TEMPESTIVIDADE

Como se pode depreender do exame dos autos do processo, o Despacho nº 14 foi publicado Diário Oficial da União do dia 11 de janeiro de 2007. Considerando que o presente processo administrativo inclui, na condição de investigadas, pessoas físicas e jurídicas representadas por diferentes procuradores, o prazo para manifestação deve ser contado em dobro, conforme determina o artigo 191 do Código de Processo Civil (aplicável

subsidiariamente aos processos administrativos, nos termos do artigo 83 da Lei 8.884/94), sendo, portanto, de 10 dias.

Demonstra-se, portanto, perfeitamente tempestiva da presente petição, tendo em vista que o prazo supra mencionado esgota-se, justamente, na data de hoje.

II. INTRODUÇÃO

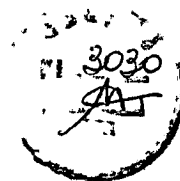
Inicialmente, cabe deixar registrado que o referido despacho dessa r. SDE, *data venia*, não se justifica. Existe, como será demonstrado a seguir, uma miríade de questões que não foram resolvidas ao longo da instrução processual ou que estão pendentes de resolução em outros processos judiciais.

Assim, tem-se, como questão de princípio, que a presente manifestação não se trata de Alegações Finais, exatamente porque, no entendimento da ora Representada, a **fase atual do presente Processo Administrativo, por modo nenhum, pode ser considerada finda!** Trata-se, tão somente, de atender ao chamamento da autoridade, o que ora se faz de maneira irresignada e por dever de ofício.

Ademais, cabe à Representada ratificar, como se no presente documento estivessem transcritos, todos os esclarecimentos e fatos já trazidos aos autos ao longo dos últimos quase três anos, que indubitavelmente expõem a total improcedência das acusações feitas pelo suposto denunciante e também demonstram e comprovam todos os vícios de procedimento ocorridos – e não sanados – até o momento.

III) DA INÉPCIA DO DESPACHO Nº 14 PUBLICADO NO DOU DE 11 DE JANEIRO DE 2007

O despacho nº 14 publicado no DOU de 11 de janeiro de 2007 estabelece que:



No- 14. Ref.: Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. (...) Tendo em vista as sentenças proferidas nos Mandados de Segurança nº 2005.3400031231-0 e 2006.3400037296-3, ambos da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e o indeferimento das liminares requeridas nos seguintes Mandados de Segurança: 2006.3400037701-0, da 17ª Vara Federal e 2006.3400037044-9, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e sendo certo que todas as mencionadas decisões se encontram juntadas aos autos públicos deste processo administrativo, determino a reabertura do prazo para que as Representadas apresentem alegações finais em 5 dias, a ser contado em dobro, nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.884/94 c/c art. 191 do CPC.

Entretanto, compulsando-se os autos observa-se que não há nenhuma nota técnica que subsidie tal despacho. Assim, a conclusão lógica é que a nota técnica que encerrou prematuramente a instrução probatória ainda está válida.

Da leitura da referida nota técnica depreende-se a seguinte determinação:

"145. Por fim, com fundamento nos argumentos apresentados na nota técnica de fls. 2583/2591 a Secretária de Direito Econômico Substituta, por meio do Despacho nº 701/2006, decidiu pelo (...); (ii) o desentranhamento e a autuação por linha em autos apartados dos demais depoimentos posteriormente renovados em concordância com a decisão liminar nº 213/2005 do Juízo Federal de Brasília."
(grifos nossos)

Ora, conforme se verifica da leitura da sentença que denegou a segurança pleiteada no processo nº 2005.34.00.031231-0, juntada aos autos, a liminar mencionada na transcrição acima foi revogada. Dessa forma, a D. SDE deve, obrigatoriamente, refazer a nota técnica que encerrou a instrução probatória uma vez que uma decisão judicial superveniente alterou as provas constantes dos autos.



Além disso, caso a nota técnica que encerrou a instrução probatória não seja refeita, a D. SDE estará cometendo mais uma ilegalidade, pois determina a retirada dos autos de todos os depoimentos que foram considerados válidos por decisão do Poder Judiciário e determina a manutenção nos autos depoimentos invalidados pela mesma decisão judicial!

Assim, a determinação da SDE, transcrita acima, viola frontalmente a decisão da Justiça Federal no Mandado de Segurança 2005.34.00.031231-0.

Para sanar esse vício, a SDE deve refazer a nota técnica que encerrou a instrução probatória, determinando a nova citação das Representadas para a apresentação de novas alegações finais.

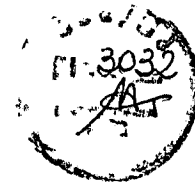
IV. DAS PRELIMINARES

Superado o item III acima, o que se admite apenas em respeito ao princípio da eventualidade, a petionária passa, minuciosamente, a analisar as questões preliminares argüidas ao longo do presente Processo Administrativo, demonstrando-se, uma vez mais, as inconsistências de procedimento que o viciam de maneira inexorável.

Efetivamente, o presente Processo Administrativo está eivado de **graves e insanáveis vícios**, que exigem a anulação, de ofício e *ex tunc*, de todo o procedimento. **Outra não pode ser a conclusão, tendo em vista que os vícios de que padece o processo não comportam convalidação, como será demonstrado a seguir.**

Porém, antes disso, vale pontuar as ilegalidades ocorridas na instrução do processo, que serão objeto de análise em seguida:

- a) Violação ao devido processo legal. Não utilização, por parte da SDE, dos instrumentos previstos na Lei 8.884/94;



- b) Da Falta de indícios para a abertura de Averiguações Preliminares;
- c) Da incompetência da Justiça Estadual e do Ministério Público estadual para investigação de crimes contra a ordem econômica de âmbito nacional;
- d) Da Notória Violação ao Princípio do Promotor Natural. Da Nulidade do Procedimento Administrativo;
- e) Da ilegalidade da interceptação telefônica e da busca e apreensão de documentos – ilicitude da prova;
- f) Da ilegalidade da utilização, pela SDE, das provas obtidas por meio da interceptação telefônica e da busca e apreensão de documentos; e
- g) Da Inépcia da Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo.

Neste diapasão, passa-se a sumariar cada uma delas, conforme segue, ressaltando-se, contudo, que se trata de fazê-lo em breves tintas, uma vez que, no entendimento da ora Representada, os vícios que macularam os procedimentos dessa r. SDE já foram sobejamente demonstrados nos autos, sendo certo que, infelizmente, as falhas demonstradas não foram corrigidas.

a) Violação ao devido processo legal. Não utilização, por parte da SDE, dos instrumentos previstos na Lei 8.884/94.

Primeiramente cabe notar que **essa preliminar não foi apreciada por essa D. Secretaria**. Com efeito, em sua defesa a ora petionária demonstrou as razões pelas quais o processo administrativo deveria ser declarado nulo, já que não foram respeitados os procedimentos previstos nas Leis 8.884/94 e 9.784/99.

Isso porque diante da existência de indícios de infração à ordem econômica pode a SDE trilhar um dos seguintes caminhos: (i) caso entenda que os indícios existentes já são suficientes para sua instauração, iniciará o devido processo administrativo; (ii) caso entenda pela insuficiência de tais indícios, promoverá averiguações preliminares, conforme preceitua o art. 30 da Lei nº 8.884/94.

Segundo dispõe o art. 30, § 1º, da Lei 8.884/94¹, a SDE poderá adotar, em

¹ “Art. 30, § 1º: Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas nos arts. 35, 35-A e 35-B, inclusive requerer esclarecimentos do representado ou de terceiros, por escrito ou pessoalmente.”

sede de averiguação preliminar, as providências previstas nos art. 35 e 35-A da mesma lei.

Conforme se verifica da simples leitura dos dispositivos acima mencionados, a SDE, entendendo necessária a obtenção de maiores indícios para instauração de processo administrativo, deveria, ter adotado uma das seguintes alternativas:

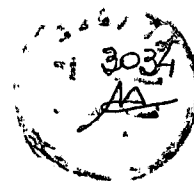
(i) nos termos do art. 35, § 2º e 3º, determinar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, **notificando-se a inspecionada com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência acerca de tal inspeção** (podendo, nessa hipótese, inspecionar, livros, papéis de qualquer natureza, computadores arquivos magnéticos etc.);

(ii) nos termos do art. 35-A, caso entendesse que os indícios já existentes justificariam a adoção de medida tão drástica (o que, conforme se verá adiante, não ocorria), **solicitar à Advocacia-Geral da União** que esta requeresse ao Poder Judiciário "*mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo*".

Em resumo, seguindo os procedimentos acima sucintamente descritos, a SDE estaria agindo em conformidade à lei e à Constituição Federal, preservando as garantias individuais das investigadas e, ao mesmo tempo, promovendo as investigações que julgava pertinentes para a preservação da ordem econômica.

A SDE, no entanto, de maneira lamentável, ignorou completamente os dispositivos supra citados, agindo em total contrariedade à lei e ao devido processo legal cuja observância constitui garantia inviolável de qualquer cidadão brasileiro.

De fato, **por motivos que esta representada ignora, preferiu a SDE, de forma arbitrária, "criar" um procedimento tão novo quanto ilegal, qual seja, enviar**



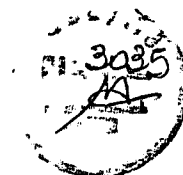
ofício a um representante (previamente escolhido, diga-se de passagem) do Ministério Público de São Paulo, a fim de que esse tomasse providências (em especial interceptação de comunicações telefônicas) para obtenção de provas de suposto crime cometido pelas investigadas, provas essas que seriam, posteriormente, utilizadas pela SDE em sede de processo administrativo.

Não é preciso muito esforço para verificar, portanto, que a SDE simplesmente ignorou o *due process of law*, adotando procedimento totalmente diverso daquele previsto na legislação, o que, por si só, é motivo de nulidade deste Processo Administrativo, já que calcado, integralmente, nas “provas” colhidas nas investigações preliminares conduzidas de modo ilegal pela SDE.

Em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, não é admissível que as autoridades, ainda que supostamente no intuito de prevenir ou reprimir crimes, utilizem-se, em suas investigações, de meios ilegais, mormente nos casos em que a legislação específica prevê, expressamente, quais os procedimentos e medidas a serem adotados pela respectiva autoridade.

No caso concreto, torna-se ainda mais injustificável a atitude da SDE na medida em que o art. 35-A da Lei 8.884/94 prevê, expressamente, a possibilidade de que seja solicitado à Advocacia Geral da União que esta tome as medidas necessárias a fim de obter, junto ao Poder Judiciário, mandado de busca e apreensão em face das empresas investigadas, motivo pelo qual, mesmo que pudesse ser legal (o que se admite apenas para fins de argumentação), seria completamente dispensável a atuação do Ministério Público.

E nem se diga que, conforme insinuado pela SDE em seu ofício encaminhado ao representante do Ministério Público na Nota Técnica que o acompanhou, a providência “criada” por referido órgão encontraria justificativa no fato de que “a maior dificuldade no combate a cartéis é a obtenção de provas da infração à ordem econômica”.



Isso porque, ainda que fosse verdadeira tal afirmação (e não é, uma vez que, com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000, a Lei 8.884/94 dispõe de uma série de mecanismos eficientes para essa finalidade), não se justificaria a adoção de providência não prevista na legislação vigente, sob pena, inclusive, de violação ao devido processo legal.

Esse ponto, aliás, prescinde de maiores comentários, já que, como não poderia deixar de ser em um Estado Democrático de Direito, há muito tempo tanto a doutrina como a jurisprudência, respaldadas principalmente nos arts. 5º, LIV e 52, LVI da Constituição Federal, repudiam a adoção de meios ilegais para obtenção de provas, considerando-as, inclusive, ilícitas e completamente imprestáveis.

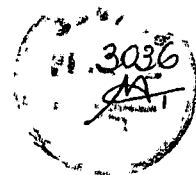
A conduta da SDE, portanto, é inadmissível seja do ponto de vista jurídico como moral, já que, entender como legítima a adoção de procedimento ilegal para a obtenção de provas, significa afastar-se do bom Direito e do texto constitucional.

Ao assim proceder, o SDE não só agiu de forma claramente ilegal, como, também, totalmente inútil, já que as “provas” colhidas não só são ilícitas pelos vícios apontados acima e por aqueles que serão salientados nos itens abaixo, como, ainda, jamais poderiam ser utilizadas fora do âmbito de um processo criminal, conforme também será demonstrado em tópico próprio.

b) Da Falta de Indícios para a Abertura de Averiguações Preliminares

Essa preliminar também não foi apreciada pela SDE. A SDE apenas tratou da preliminar, apontada por outras Representadas, da falta de indícios para a instauração do Processo Administrativo.

Para instaurar uma Averiguação Preliminar, conforme disposto no art. 30 da Lei 8.884/94, deve haver indícios de uma infração à ordem econômica e tais indícios não



podem ser fortes o suficiente para permitir a instauração do Processo Administrativo.

Todavia, a fim de tornar ainda mais evidente o caráter autoritário e ilegal das providências tomadas, cumpre analisar quais eram os indícios que, naquela oportunidade, a SDE tinha em mãos.

Conforme se verifica da Nota Técnica fls. 18 a 22, os únicos “indícios” de eventual infração à ordem econômica que a SDE dispunha, quando determinou a expedição de ofício ao representante do Ministério Público, eram: (i) a existência de 24 procedimentos administrativos contra indústrias do setor de gases; (ii) supostas denúncias telefônicas feitas anonimamente (diga-se de passagem, completamente falsas e descontextualizadas). Além desses “indícios”, nada mais constava dos autos!

Restou claro, portanto, que inexistiam quaisquer elementos que pudessem ser considerados indícios concretos de eventual infração, motivo esse que, por si só, já desautorizaria o início de averiguações preliminares.

Admitindo-se, porém, para fins de argumentação, que a valoração da suficiência de tais indícios para a abertura de averiguações preliminares constituiria poder discricionário da SDE, algumas observações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, caberia à SDE indicar, de maneira fundamentada, os motivos pelos quais o teor de tais informações (bastante genéricas, conforme acima exposto) foi considerado tão especial, a ponto de levar referido órgão a dispensar-lhe tratamento diferente daquele oferecido às diversas ligações anônimas que a SDE e outros órgãos públicos, sabidamente, recebem com grande frequência.

E mais: ainda que o teor das informações pudesse, no âmbito da discricionariedade concedida à SDE, justificar o início de averiguações preliminares, é certo que a forma de desenvolvimento de tais investigações não só deveria seguir as disposições

contidas na Lei 8.884/94 (conforme descrito no item anterior), como, também, deveria ser proporcional ao conteúdo e confiabilidade dos “indícios” até então existentes.

Conclui-se, portanto, que, diante dos indícios existentes, poderia a SDE, no máximo, caso entendesse cabível, iniciar averiguações preliminares com a adoção das medidas previstas no art. 35, § 2º e 3º da Lei 8.884/94, não lhe sendo possível, ainda que existisse previsão legal que assim permitisse (o que se admite apenas para fins de argumentação), requerer a adoção de medidas tão violentas como a interceptação de conversas telefônicas, cuja patente ilegalidade, inclusive, será melhor explorada nos tópicos seguintes.

c) Da incompetência da Justiça Estadual e do Ministério Público Estadual para Investigação de Crimes Contra a Ordem Econômica de Âmbito Nacional

A SDE tratou essa preliminar juntamente com outras que denominou como sendo “questões relativas à esfera criminal”. Nesse sentido, se absteve de proferir qualquer juízo de valor, pois a SDE “não tem competência nem poderes para declarar nulidades referentes a atos praticados em esferas jurídicas alheias.” Além disso, segundo a SDE, “documentos públicos gozam do atributo da presunção de legitimidade”. Assim, a SDE indeferiu essa preliminar.

Entretanto, a SDE errou ao encaminhar o pedido de interceptação telefônica ao Ministério Público do Estado de São Paulo. Isso porque, a competência criminal para tratar de casos envolvendo a acusação de formação de cartel envolvendo mais de um estado brasileiro é da Justiça Federal, como já foi decidido reiteradas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça.

De outra forma não poderia ser! Com efeito, conforme o disposto no art. 109, incisos I e VI da Constituição Federal, a competência para tratar de assuntos relacionados à ordem econômica e/ou em que a União tenha qualquer tipo de interesse é **exclusiva da**



Justiça Federal.

Em consonância com tais dispositivos constitucionais e com o interesse federal que inegavelmente abrange os assuntos diariamente averiguados por esta Secretaria de Direito Econômico – em especial no presente caso, conforme adiante será demonstrado -, é inquestionável que a competência para a matéria é da Justiça Federal, competência essa que é de natureza absoluta.

Isso em razão de que havia (como de fato há) claro interesse da União na averiguação e deslinde do presente procedimento investigatório, uma vez que a suposta infração ocorreria em todo o território nacional, conforme, inclusive, **reconhecido por esta D. SDE antes mesmo da investigação realizada a seu pedido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.**

Da simples análise, mesmo que perfunctória, dos autos do presente processo, constata-se que se está averiguando a prática de crime contra a ordem econômica e com reflexos no âmbito nacional, o que leva à inarredável conclusão de que o juízo competente para a análise e requisição de provas nos autos do procedimento é o juízo da Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, VI, da Constituição Federal, antes mencionado.

Resta claro, portanto, que se pode asseverar que a União tem **total interesse** no presente procedimento investigatório, seja porque a suposta infração tem dimensão nacional, como indicado pela própria Nota Técnica da SDE, seja pelo fato de a SDE ser Órgão da União, fatos estes que determinam a tutela da Justiça Federal e não a Justiça Estadual.

Neste sentido, inclusive, o posicionamento do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, manifestado em recente decisão (HC 32292/RS; Habeas Corpus 2003/0223642-5):

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. CARTELIZAÇÃO. LEI N.º 8.137/90. COMPETÊNCIA. INTERESSE NACIONAL. RESTRIÇÃO À ATIVIDADE PROFISSIONAL EM VÁRIOS ESTADOS. JUSTIÇA FEDERAL.

Inexistindo determinação expressa, os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei 8.137/90, reclamam a jurisdição estadual ou federal na medida em que restar comprovado o interesse em jogo, se local ou se nacional.

In casu, ante a figura do crime sobrevindo da prática de cartel, onde a atuação do agente teve reflexo em vários estados-membros, restringindo o livre exercício da atividade profissional de transportadores pelo Brasil afora, resta patente o interesse supra-regional pelo qual se firmam a necessidade de interferência da União e a competência da Justiça Federal.

Tal se dá porque, apesar da conduta ilícita ser oriunda de um núcleo determinado, a sua propensão ofensiva à ordem econômica se faz sentir em localidades diversas e em territórios distintos.(...)" (grifos nossos)

Mas não é só essa decisão do STJ. Em uma recente decisão em um Conflito Negativo de Competência², o Min. Felix Fischer do STJ, em decisão monocrática, esclareceu que:

"Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo/SP em face do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. (...)

Decido.

Razão assiste ao Juízo Suscitante. Narra a denúncia abuso de poder econômico revelado pela existência de cartel na fixação de preços de venda de aços, envolvendo diversas empresas. E de tal ação, resultou reflexos em vários Estados-Membros. Daí a competência da Justiça Federal.

(...)

Diante do exposto, conheço do conflito e dou por competente o Juízo Suscitado (Justiça Federal).

P. e I.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2006.

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator" (grifos nossos)

Assim, sem a necessidade de maiores delongas, pode-se verificar que a investigação do suposto cartel formado pelas Representadas seria de **competência exclusiva da Justiça Federal**, sendo, portanto, nulas todas e quaisquer decisões proferidas pela Justiça

² Conflito de Competência n.º 50.624, publicado no DJ de 24/02/2006.

Estadual de São Paulo, razão pela qual se conclui pela ilicitude e conseqüente nulidade de todas as provas produzidas nos presentes autos, já que foram obtidas por meio de requisição do Ministério Público do Estado de São Paulo e determinação da Justiça Estadual (Excelentíssimo Juiz do DIPO).

Nesse sentido é importante notar que há um Habeas Corpus³ que tem por paciente o Sr. José Antônio Bortoleto, também representado no presente processo administrativo, discutindo exatamente a competência da justiça estadual de São Paulo para processar e julgar o processo criminal que originou todos os documentos utilizados pela SDE. Vale ressaltar que o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu uma liminar no referido Habeas Corpus.

d) Da Notória Violação ao Princípio do Promotor Natural. Da Nulidade do Procedimento Administrativo.

Essa preliminar também foi considerada como sendo “questões relativas à esfera criminal”. Sendo, da mesma forma que a preliminar anterior, indeferida pela SDE com base nos mesmos argumentos utilizados anteriormente.

Ocorre que restou demonstrado que o Princípio do Promotor Natural foi de fato violado pela SDE e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Dessa forma a SDE pode, e deve, verificar a legalidade dos documentos que utiliza como prova.

É importante notar que foi a SDE quem causou esse insanável vício ao solicitar diretamente ao Promotor de Justiça Dr. Marcelo Batlouni Mendroni que requeresse ao juiz competente a interceptação telefônica dos supostos envolvidos no “cartel” (por meio do Ofício 7072/2003/DPDE/GAB).

A adoção do Princípio do Promotor Natural no sistema constitucional pátrio

³ Processo n.º 951.209.3/5-00, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

decorre da própria função do Ministério Público, qual seja, buscar a paz social e dar aos cidadãos a garantia de, quando processados, o serem por autoridade previamente prevista na Constituição Federal, imparcial e descomprometida com qualquer dos Poderes constituídos.

Trata-se, em suma, de efetivação do direito público subjetivo de todos os cidadãos de somente serem acusados por um órgão estatal escolhido de acordo com critérios legais previamente fixados, sendo vedado pelo ordenamento jurídico nacional qualquer tipo de nomeação arbitrária de membro do Ministério Público, ou em desacordo com as normas instituídas para tanto, com a finalidade de preservar o direito do acusado a um julgamento imparcial e acima de tudo justo.

É indubitável que no presente caso foi flagrante e inegavelmente violado o princípio do promotor natural, na medida em que, conforme se verifica da fls. 16 dos autos, esta D. SDE escolheu o Dr. Marcelo Batlouni Mendroni, com a seguinte justificativa.

*"Tendo em vista (i) que V.Sa. já atua em outro caso que cuida de investigar a prática de cartel no mercado de britas do Estado de São Paulo e (ii) a **urgência que a presente denúncia merece ser tratada** (esta Secretaria foi informada que os funcionários que organizam o suposto cartel ora denunciado passarão a utilizar, brevemente, celulares pré-pagos adquiridos em nome de terceiros), solicitamos a V.Sa. que adote as medidas preliminares que são aconselhadas na referida nota técnica". (destacou-se)*

Ou seja, este D. Órgão optou por solicitar providências do Promotor de Justiça Dr. Marcelo Mendroni exatamente pelo fato de que ele, conforme expressamente mencionado pela própria SDE, já atuava em caso semelhante, o que, em vez de trazer maior segurança, agilidade e efetividade do procedimento investigatório, **acabou viciando de forma absoluta o procedimento, por simplesmente suprimir o requisito essencial da imparcialidade inerente ao princípio do Promotor Natural.**

Desta forma, diante do quanto exposto no presente capítulo, indubitável que se está diante de um **procedimento nulo**, tendo em vista que as provas nele constantes foram obtidas por meio de solicitação de Promotor de Justiça escolhido, em total desrespeito

às regras basilares do processo e do princípio do Promotor Natural.

e) Da ilegalidade da interceptação telefônica e da busca e apreensão de documentos – ilicitude da prova.

A SDE informou, para indeferir essa preliminar, que “não solicitou que fossem realizadas interceptações telefônicas”. Segundo essa Secretaria, teria havido, apenas, uma sugestão por parte da SDE.

Data venia, não é o que se depreende da leitura do Ofício 7072/2003/DPDE/GAB, senão vejamos:

“(…) solicitamos a V.Sa. que adote as medidas preliminares que são aconselhadas na referida nota técnica.”⁴ (grifos nossos)

Ora, o teor do referido Ofício não é uma sugestão, é um verdadeiro pedido. Adicionalmente, a Nota Técnica de fls. 5-14, que foi encaminhada com o Ofício, é ainda mais clara:

“Por todo o exposto, sugere-se solicitar ao Ministério Público que, nos termos do inciso I do artigo 3º da Lei 9.296/96, instaure as medidas cabíveis a fim de requerer ao Poder Judiciário a interceptação das comunicações telefônicas dos funcionários das empresas denunciadas, conforme indicado no relatório acima.” (grifos nossos)

Assim, resta claro que o trecho transcrito acima não contém nenhuma sugestão da SDE. Na verdade, essa Secretaria requereu que o Ministério Público do Estado de São Paulo realizasse um procedimento investigatório.

Ainda que pudessem ser supridos os vícios narrados nos itens anteriores, o

⁴ Ofício nº 7072/2003/DPDE/GAB, encaminhando nota técnica para o Dr. Marcelo Batlouni Mendroni,

que se admite apenas para argumentar, seria completamente ilegal a interceptação telefônica dos funcionários das Representadas, bem como toda a investigação com ela iniciada.

Isso porque o sigilo telefônico é direito fundamental garantido expressamente pelo art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, que somente admite a interceptação telefônica *“por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*.

Assim, a fim de regulamentar a questão das interceptações telefônicas, foi editada a Lei nº 9.296/96, que não só estabelece que referida providência somente pode ser determinada por ordem judicial (de ofício ou por requerimento do Ministério Público), como, também, lista as hipóteses em que a mesma não será admitida.

Em primeiro lugar, a SDE dispunha de meios necessários, conforme indicados no item “a” acima, para tentar obter as evidências. Ou seja, a investigação poderia, perfeitamente, ter sido conduzida sem a adoção de medida tão drástica.

Entretanto, os *“documentos encaminhados pelo Ministério da Justiça”*, mencionados pelo D. Juiz em sua decisão, nada mais são do que um ofício da SDE, no qual eram relatadas, unicamente, como fundamentos para a pretendida quebra de sigilo telefônico, a existência de 24 processos administrativos em face de empresas que atuam no setor de gases (cujas cópias sequer foram levadas ao conhecimento do ilustre Magistrado, que tampouco foi informado do estágio de qualquer desses procedimentos), além do relato do conteúdo dos supostos três telefonemas anônimos recebidos pela SDE.

Tais elementos, contudo, conforme já exposto no item “b” acima, jamais poderiam ser considerados como suficientes para a adoção de uma medida tão drástica e excepcional em face da Air Products.

Ora, caso a simples existência de diversos procedimentos administrativos em face de empresas do setor de gases pudessem servir como justificativa para a abertura de averiguações preliminares (o que se admite apenas para argumentar, já que tal raciocínio seria completamente absurdo e contrário, inclusive, ao princípio da presunção de inocência, consagrado no inciso LVII do art. 5º da CF), deveria ter o MM Juiz do DIPO determinado a quebra do sigilo apenas das empresas que, efetivamente, aparecem em diversos desses procedimentos e contra as quais já existiam, na esteira do pensamento defendido pela SDE e acolhido pelo referido Magistrado, indícios significativos de condutas ilícitas.

Com relação às denúncias anônimas, conforme também já exposto no item “b” supra, as únicas informações precisas fornecidas em tais telefonemas eram relativas aos nomes e telefones de funcionários das Representadas, além dos supostos códigos por meio dos quais estas últimas se comunicariam.

Essas informações, todavia, como já dito, são completamente desprovidas de qualquer relevância jurídica, uma vez que ou são de domínio público (como os nomes e telefones de funcionários das Representadas), ou não caracterizam qualquer ilegalidade (como a associação do nome das empresas investigadas a determinadas cores, que não é, como supostamente afirmado pelo denunciante, um código utilizado para ocultar negociações escusas, mas, sim, uma forma, às vezes utilizada no mercado, de referir-se às empresas do setor utilizando as cores de seus logotipos, não havendo, aí, nada de “segredo”, como deflui da própria simplicidade do “código”).

Demonstrada, portanto, a ilicitude da prova obtida por meio de ilegal interceptação telefônica, não resta melhor sorte à prova obtida por meio da busca e apreensão determinada pelo ilustre Juiz do DIPO.

Isso porque, além de viciada pela maior parte das ilegalidades já apontadas acima (por exemplo, determinação por juízo absolutamente incompetente,



mediante requerimento de membro do MP escolhido sem observância do princípio do promotor natural, após solicitação ilegalmente formulada pela SDE etc.), **a prova obtida por meio da busca e apreensão é considerada ilícita também por derivar da ilegal interceptação telefônica.**

De fato, tendo em vista a relevância do direito envolvido – direito fundamental ao sigilo das ligações telefônicas, à intimidade e à privacidade – é absolutamente majoritário, tanto na doutrina como na jurisprudência, o entendimento de que todas as provas obtidas com base ou em razão da ilegal interceptação telefônica são provas ilícitas por derivação.

Referido entendimento é conhecido pela denominação de “doutrina dos frutos da árvore envenenada”, por meio da qual, utilizando-se a tese da prova ilícita por derivação, **considera-se ilícita não somente a prova inicialmente obtida em desrespeito a dispositivos legais, mas, também, todas as demais provas que foram obtidas em razão da referida prova ilícita.**

Trata-se de elaboração cunhada pela Suprema Corte Americana, conhecida como a doutrina do *Fruit of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), pela qual o veneno da árvore contamina seus frutos. Segundo tal entendimento, ainda que a prova colhida no processo fosse lícita, ela derivaria de uma outra obtida por meio ilícito, sendo, portanto, ambas nulas e imprestáveis para o fim a que foram produzidas.

Elaborando-se a subsunção da teoria ao caso ora analisado, constata-se, sem a necessidade de grandes divagações, que **não somente a interceptação telefônica é ilícita e, portanto, nula e imprestável ao presente procedimento, como também o é a busca e apreensão efetivada na sede das empresas representadas, seja porque viciada por grande parte dos vícios apontados acima, como, também, em razão de ter sido solicitada pelo Ministério Público e deferida pelo MM. Juiz do DIPO com base nos “indícios” obtidos por meio das interceptações telefônicas.**



Ou seja, o vício que maculava (como ainda macula), de forma absoluta, a prova produzida por meio das interceptações telefônicas, também se estende às buscas e apreensões realizadas, de modo que se constata o total desrespeito do presente procedimento aos mais básicos princípios e regras do *due process of law*.

Considerando que o presente processo administrativo é integralmente baseado nas provas colhidas por meio de interceptação telefônica e busca e apreensão, cuja ilegalidade restou amplamente demonstrada acima e nos demais tópicos supra elaborados, resta clara a sua flagrante nulidade⁵, sendo de rigor, portanto, seu imediato arquivamento e a devolução dos documentos ilegalmente em posse da SDE.

f) Da ilegalidade da utilização, pela SDE, das provas obtidas por meio da interceptação telefônica e da busca e apreensão de documentos

A SDE, de forma correta, afirmou que não utilizou a interceptação telefônica realizada pela Polícia Civil do Estado de São Paulo no presente processo. Entretanto, a SDE continua a utilizar os documentos ilegalmente apreendidos nos autos do inquérito policial.

Sobre os documentos, a SDE informou que:

*“Por outro lado, a SDE recebeu ofício enviado pela Autoridade Policial (fls. 46) solicitando que a SDE realizasse avaliação técnica em documentos apreendidos em busca e apreensão.”*⁶ (grifos nossos)

De fato, o Ofício encaminhado pelo Dr. Sérgio Ricardo Guarda, é muito claro nesse sentido. Segundo o referido ofício, os documentos estariam sendo encaminhados para a SDE para que essa fornecesse à polícia “relatório ou parecer técnico”.

⁵ Até mesmo porque o art. 30 da Lei nº 9784/99 prevê, expressamente, que “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁶ Fls. 1074 dos autos.



Ou seja, a SDE recebeu esses documentos como perita e não como autoridade para iniciar um processo sancionador contra as Representadas. Ao agir como perita, a SDE ficou impedida de atuar no processo administrativo. Essa conclusão é retirada do art. 18, II da Lei 9.784/99, que diz:

“Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

(...)

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau.

(...)” (grifos nossos)

Assim, resta claro que a SDE não pode utilizar os documentos apreendidos na busca e apreensão realizada no dia 18 de fevereiro de 2004 para instaurar um processo administrativo que pode culminar na punição administrativa de representados. Isso é uma clara violação ao disposto na Lei 9.784/99.

Essa violação causa a nulidade absoluta do presente processo administrativo. E, como tal, é dever de ofício da SDE reconhecer tal ilicitude.

g) Da Inépcia da Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo

Sobre a preliminar de inépcia da nota técnica de instauração do processo administrativo, a SDE afirma que seguiu os requisitos constantes do art. 32 da Lei 8.884/94. Isso porque essa nota técnica afirmaria que a instauração do processo administrativo seria para apurar condutas “passíveis de enquadramento no no [sic] art. 20, caput e seus incisos, c/c art. 21, caput, e incisos I, II, III, VIII, ambos da Lei n.º 8.884/94”. (grifos no original).

Primeiramente cabe esclarecer que, nos termos do art. 32 da Lei 8.884/94, o processo administrativo deverá ser instaurado “*por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados*” (grifos nossos).

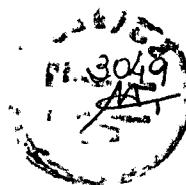
A fundamentação do despacho é uma exigência à luz do princípio da motivação inerente ao processo legal administrativo, como previsto no art. 2º da Lei 9.784/99. Como bem lembra Fernando Dias Menezes de Almeida⁷, citando Araújo Cintra, “[a motivação é] *elemento essencial do controle de sua legalidade, ao explicitar os motivos de fato e de direito que levaram à prática do ato e assim permitir a verificação de eventual desvio de poder*”.

De fato, a explicação dada pela SDE não é suficiente para motivar a instauração do processo. Isso porque tanto o despacho que instaura o presente processo administrativo, quanto a Nota Técnica que embasa tal despacho, não observaram o princípio da motivação consubstanciado no art. 32 da Lei 8.884/94, uma vez que a fundamentação não foi adequada, não tendo sido descritos, com a necessária clareza, quais os elementos de prova que foram considerados como passíveis de justificar a abertura do presente processo administrativo em face da Air Products.

Com relação à tipificação da conduta, por exemplo, o despacho foi amplo e genérico. Sabendo-se que os quatro tipos previstos no inciso 20 da Lei 8.884/94 são reconhecidamente amplos, a falta de especificação da conduta de cada uma das empresas, com fulcro nos elementos de prova obtidos, tida por subsumida naqueles tipos legais, torna impossível o pleno exercício do direito de defesa por parte da petionária.

Além disso, quer na Nota Técnica de instauração do processo administrativo quer em qualquer outro documento preparado pela SDE durante esses quase três anos de investigação, não há um único exemplo de situação fática concreta que comprovasse ou, ao menos, indicasse as práticas imputadas à Air Products, tendo a SDE se limitado a transcrever

⁷ “Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômico”, diversos autores, pg. 275.



trechos de alguns documentos, sem, contudo, esclarecer qual a interpretação a eles oferecida que, em seu entender, justificaria a abertura do processo administrativo.

Até a presente data a SDE não mencionou nem mesmo um único caso concreto em que houve uma fixação de preços entre concorrentes, tampouco houve qualquer referência a algum caso de adoção de política comercial uniforme, divisão de clientes, ou prévio acerto de preços a serem oferecidos em quaisquer licitações. Também, não conseguiu sequer indicar quando a suposta conduta teria se iniciado.

Assim, entende a Representada que o despacho de instauração do presente Processo Administrativo está em desarmonia com os requisitos básicos determinados pelo art. 32 da Lei 8.884/94, o que leva a única conclusão que ele é nulo, sendo também nulos, todos os atos dele decorrentes.

i) Das Ilegalidades cometidas durante o processo administrativo

Além das ilegalidades mencionadas anteriormente, que ocorreram antes da instauração do presente processo administrativo, a SDE cometeu diversas outras ilegalidades após a instauração do processo.

A mais grave das ilegalidades cometidas pela SDE só foi revelada na Nota Técnica que encerrou prematuramente a instrução processual que determinou o encerramento da instrução probatória. De fato, como foi indicado no item II.h.8 da referida Nota Técnica a SDE realizou, durante o ano de 2005, uma operação de busca e apreensão na sede da empresa White Martins. Nunca antes no curso do presente processo administrativo foi informado que tal procedimento havia ocorrido, **algo que leva a pergunta: será que há algum outro tipo de instrução processual realizada de forma secreta por esta SDE?**

Aliás, o fato da SDE ter utilizado o procedimento previsto na Lei 8.884/94 para realizar uma operação de busca e apreensão na sede da empresa White Martins apenas

reforça o argumento da peticionária no sentido de que a busca e apreensão realizada no dia 18 de fevereiro de 2004, na sua sede, foi irregular.

A ilegalidade de que a peticionária se refere não está, por óbvio, no fato da SDE ter realizado um busca e apreensão na sede de uma das empresas investigadas; é claro que, em vista do art. 35-A da Lei 8.884/94, a SDE tem o direito de solicitar tal procedimento. Entretanto a peticionária se revolta contra o disposto no parágrafo 169 da Nota Técnica mencionada anteriormente, *in verbis*:

“Por outro lado, os documentos que se encontram nos autos apartados [CONFIDENCIAL] – também oriundo da medida cautelar supracitada – serão utilizados por esta SDE exclusivamente na formação do convencimento da autoridade quanto à possível participação da Representada White Martins nos fatos objeto da presente investigação. Tal análise, destaque-se, ocorrerá em momento oportuno, qual seja, no bojo do relatório circunstanciado de que trata o art. 39 da Lei 8.884/94.” (grifos nossos)

Ora, como se sabe o cartel é uma infração que exige a participação de mais de uma empresa. Assim, não é possível que a SDE condene apenas uma empresa por participar de um cartel. Ou seja, utilizar as provas obtidas na busca e apreensão apenas na formação do convencimento da autoridade quanto a participação da White Martins no suposto cartel é, no mínimo, uma afronta a inteligência de qualquer pessoa!

É claro que a SDE não realizou uma operação de busca e apreensão para obter provas que inocentassem a White Martins, isso é trabalho dos patronos desta empresa. Dessa forma, resta claro que todos os documentos apreendidos na busca e apreensão deverão ser utilizados contra a referida empresa e, uma vez que não pode haver cartel envolvendo apenas uma empresa, esses documentos serão utilizados contra todas as demais empresas.

Assim, o correto seria a SDE abrir vistas para todas as Representadas. A falta desse procedimento constitui clara violação ao direito de defesa da Representada! Esse é um vício insanável que causa a nulidade do processo.



O afobamento por parte da SDE em encerrar o presente processo causa, apenas, mais nulidades insanáveis ao presente processo.

Outro fato que causa estranheza na pressa da SDE em encerrar o presente processo é que o principal argumento utilizado para indeferir as preliminares argüidas na defesa era que as ilegalidades cometidas na obtenção das provas teriam ocorrido no âmbito do Poder Judiciário e que, assim, a SDE não teria poder para rever tais procedimentos, *in verbis*:

*“A SDE, em conseqüência, não pode nem avaliar nem responder se trâmites havidos em esfera criminal são ou não legalmente válidos. Mais do que isso: **na ausência de decisão judicial a respeito, deve presumir a legitimidade das ações, tanto da autoridade policial, como do Ministério Público de São Paulo.**” (nota técnica de fls. 1060-1116) (grifos nossos)*

Ocorre que o processo criminal que gerou os documentos acima mencionados ainda não terminou. Ou seja, é muito provável que tais documentos venham a ser declarados provas ilícitas. Nessa situação, o próprio processo administrativo deixaria de existir!

Tendo em vista tais condições que podem culminar com a declaração de ilegalidade das provas utilizadas pela SDE, vale a pena verificar o Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao presente processo por força do art. 83 da Lei 8.884/94. O art. 265 do CPC estabelece que em situações como essa o processo pode ser suspenso, senão vejamos:

“Art. 265, Suspende-se o processo:

(...)

IV – quanto a sentença de mérito:

(...)

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; (...).”

Ora, o presente processo administrativo se enquadra, claramente, na situação descrita acima. A decisão final por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

("SBDC") somente poderá ser proferida após a decisão transitada em julgado que determine se as provas obtidas no processo criminal são ou não lícitas. Qualquer decisão anterior é, no mínimo, temerária e açodada.

Assim, a prudência mostra que a SDE deveria esperar que a justiça criminal confirme que as provas obtidas para o processo criminal e cedidas a esta Secretaria para a elaboração de "relatório ou parecer técnico" são lícitas, conforme consta do Ofício 0284/2004-efv juntado às fls. 46 dos autos.

V. DO MÉRITO

A Representada faz referência à sua defesa apresentada no dia 27 de maio de 2004 e ratifica todos os termos referentes ao mérito do presente processo, como se estivessem transcritos no presente.

De mais a mais, a prova testemunhal produzida que, repita-se, está em absoluta harmonia com os argumentos articulados na Defesa, coloca uma pá-de-cal nas pretensões da SDE.

De uma forma geral, as testemunhas confirmaram que não havia um cartel envolvendo as empresas de gases medicinais e industriais. De fato, segundo as testemunhas, havia uma grande concorrência no mercado.

O acima exposto, é claramente demonstrado nos depoimentos mencionados abaixo⁸:

"Ao ser questionado sobre como se dá a negociação das cláusulas do contrato, se as cláusulas são impostas pelo fornecedor ou negociadas pelas partes, respondeu que o fornecedor apresenta um modelo de contrato com sua proposta de fornecimento

⁸ Conforme indicado no item III acima, a peticionária fará referência aos únicos depoimentos considerados válidos pela SDE, quais sejam, aqueles que foram renovados. Isso porque, a SDE determinou a retirada dos autos dos termos de depoimento realizados anteriormente.

que será analisado pela instituição com posterior inclusão ou exclusão de cláusulas segundo a negociação." (Depoimento do Sr. Franklin Lindolf Bloedorn, Superintendente do Hospital Santa Catarina de Blumenau e membro da diretoria da Associação dos Hospitais do Estado de Santa Catarina, fls. 2118 dos autos) (grifos nossos)

"Ao ser questionada sobre se o contrato assinado com a Air Products teve de ser negociado, ou se minuta já constava do edital, respondeu que em todas as providências em processo licitatório, os editais sempre estiveram acompanhados de minuta de contrato, o qual era preenchido com as informações da empresa vencedora. Ao ser questionada sobre se a Air Products tentou de algum modo negociar para alterar essa minuta, respondeu que não, e que tem certeza que nem tentaria, assim como nenhuma outra empresa." (Depoimento da Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebel, atualmente coordenadora da equipe de materiais da Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura de Porto Alegre, e ex-gerente de materiais do Grupo Hospitalar Conceição, fls. 2199 dos autos) (grifos nossos)

"Ao ser questionado sobre se houve por parte da Air Products recomendações para não procurar determinados clientes, respondeu que nunca houve nenhuma orientação nesse sentido, ao contrário, a ordem sempre foi de 'agredir o mercado'" (Depoimento do Sr. Rudiberto Gustavo Ludke, revendedor autorizado de produtos Air Products em Santa Maria, fls. 2206 dos autos) (grifos nossos)

"Ao ser questionado se para assinar o contrato houve negociações sobre as cláusulas contratuais, respondeu que sim, houve bastante flexibilidade nesse aspecto e o contrato ficou como o hospital queria." (Depoimento do Sr. José Roberto Camargo, sócio minoritário do Hospital XV em Curitiba e exerceu a função de diretor administrativo do referido hospital, fls. 2254 dos autos) (grifos nossos)

Os exemplos citados acima, demonstram que para "ganhar" o cliente é necessário negociar o contrato, ou seja, apresentar boas condições comerciais. Além disso, é muito importante oferecer um bom preço, uma boa tecnologia de utilização dos produtos e boa qualidade na entrega dos produtos.

Ora, tal situação é contrária ao que se esperaria se houvesse uma divisão de clientes. Nesse caso, como o cliente teria sido designado para um determinado fornecedor, não haveria lógica em negociar o contrato abrindo mão de determinadas cláusulas. Além disso, seria esperado que os revendedores das empresas de gases não pudessem vender para todos os clientes de uma região. Entretanto, a instrução expressa da Air Products, conforme corroborado pelo depoimento do seu revendedor, caminhou sempre no sentido oposto, ou

seja, esperava-se muita agressividade para, de maneira lícita, aumentar a carteira de clientes.

Com relação ao suposto acordo envolvendo licitações públicas, vale mencionar o seguinte trecho do depoimento da Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebel:

“Ao ser questionada se foi aberta licitação para a compra de gases medicinais à época em que era gerente de materiais, respondeu que sim. Ao ser questionada por quê, respondeu que a razão foi reduzir os custos (...) Isso ocorreu da seguinte maneira: os preços subiram após a 1ª Licitação, processo que não foi homologado porque não atingiu o objetivo de reduzir custos; na 2ª Licitação não se lembra o número exato de empresas que participaram mas sabe que foram poucas, razão pela qual tal processo não foi homologado; foi aberta uma 3ª Licitação, e, desta vez, o objetivo de reduzir custos foi atingido. Ao ser questionada sobre se lembra de quanto foi a redução de custos, respondeu que os preços se reduziram à quase metade. Ao ser questionada sobre se quem foi a vencedora da licitação, respondeu que foi a empresa que Vítor Perez representava, ou seja, a Air Products.”
(Depoimento da Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebel, atualmente coordenadora da equipe de materiais da Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura de Porto Alegre, e ex-gerente de materiais do Grupo Hospitalar Conceição, fls. 2197 dos autos) (grifos nossos)

A Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebel descreveu, em seu depoimento, um cenário que nada parece com a combinação de preços em licitação pública. Ora, o complexo hospitalar que a Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebel gerenciava, o Grupo Hospital Conceição, é o maior complexo hospitalar da América Latina, o que significa que todos os fornecedores almejam ter esse complexo hospitalar na sua carteira de clientes.

Ora, segundo o cenário imaginado pela SDE, as licitações públicas seriam “cartas marcadas”, assim, todas as empresas saberiam com antecedência quem ganharia uma determinada licitação. Nessa situação, não faria sentido a Air Products oferecer um preço que era quase metade do valor cobrado pelo antigo fornecedor!

Sobre o preço que os clientes pagam pelos gases medicinais e industriais, as testemunhas foram unânimes em afirmar que eles sofreram reduções ao longo dos anos. Além disso, em geral o reajuste previsto no contrato não é integralmente aplicado. Os

trechos abaixo indicam essa redução:

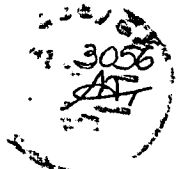
“Ao ser questionado sobre como foi a evolução dos preços no mercado de oxigênio medicinal, respondeu que tem experiência específica de um período de quatro anos, de 1998 a 2002, em que o preço caiu de R\$2,00, aproximadamente, para R\$0,98. (...) Ao ser questionado sobre a estrutura de preços ao consumidor final (paciente) do hospital, respondeu que três elementos diferentes são cobrados dos consumidores, quais sejam, diárias e taxas, materiais e medicamentos, e gasoterapia, e que, dos três o de maior rentabilidade para o hospital é a gasoterapia (...)” (Depoimento do Sr. José Roberto Camargo, sócio minoritário do Hospital XV em Curitiba e exerceu a função de diretor administrativo do referido hospital, fls. 2254 dos autos) (grifos nossos)

“Ao ser questionado sobre se houve mudança no preço, se este teria baixado ou não com a mudança de fornecedor, respondeu que o preço, à época, praticado pela White Martins era de R\$4,00, e que o preço oferecido pela Air Products era de R\$1,00. Ao ser questionado sobre qual o preço que paga hoje para a Air Products, respondeu que atualmente paga R\$1,15 em virtude de negociações a esse respeito.” (Depoimento do Sr. Franklin Lindolf Bloedorn, Superintendente do Hospital Santa Catarina de Blumenau e membro da diretoria da Associação dos Hospitais do Estado de Santa Catarina, fls. 2118 dos autos) (grifos nossos)

Adicionalmente, outro argumento utilizado pela Air Products em sua defesa e que foi amplamente corroborado pela prova testemunhal, indica que o cliente do gás não compra apenas o produto, ele adquire também uma tecnologia que varia de empresas para empresa. Os trechos abaixo ilustram bem esse ponto:

“Ao ser questionado sobre se, na proposta da Air Products, a tecnologia era tão ou mais importante do que o preço, respondeu que sim, que a tecnologia foi fator fundamental tendo em vista que reduziu os custos produtivos, tanto no presente como no futuro.” (Depoimento do Sr. Victorio Roberto Menegotto, atualmente Secretário de Desenvolvimento e Emprego da Prefeitura de Guaíba, e ex-gerente da linha de fibras da Riocell, fls. 2216 dos autos) (grifos nossos)

“Ao ser questionado sobre a razão pela qual fechou contato [sic] com a Air Products respondeu que a empresa estava reformulando o sistema de abastecimento de gases do hospital e foram à praça buscando novos fornecedores, inicialmente consultaram os fornecedores anteriores e na seqüência foi procurado pelo Sr. Cerezine em nome da Air Products e as razões da escolha da Air Products foram o sistema de fornecimento, a relação de assistência técnica e a nova tecnologia de segurança, além do preço.” (Depoimento do Sr. Naor Brisola, administrador do



Hospital Vera Cruz em Campinas, fls. 2236 dos autos) (grifos nossos)

Por fim, restou claro pelos depoimentos e pela resposta ao ofício 5613/CGAI/DPDE que a Air Products aumentou o volume produzido e vendido nos últimos anos.

Não cabe a Air Products apresentar novamente os dados indicados na resposta ao ofício 5613/CGAI/DPDE até porque eles são confidenciais, mas o depoimento abaixo demonstra claramente que o volume produzido pela Air Products cresceu ao longo dos anos.

“Ao ser questionado sobre se ao longo do tempo a produção da planta de Air Products em Guaíba foi aumentando, respondeu que sim, e que tem sido uma das cinco maiores contribuintes do município.” (Depoimento do Sr. Victorio Roberto Menegotto, atualmente Secretário de Desenvolvimento e Emprego da Prefeitura de Guaíba, e ex-gerente da linha de fibras da Riocell, fls. 2217 dos autos) (grifos nossos)

Por todo o exposto, resta claro que a instrução probatória, que resume-se à oitiva de testemunhas, demonstrou cabalmente que não havia nenhum cartel envolvendo as empresas fornecedoras de gases medicinais e industriais. Em especial, a participação da Air Products no mercado é diametralmente oposta ao que seria esperado por parte de uma empresa participante de um cartel.

VI. DOS PEDIDOS

Assim, requer-se, inicialmente, que a nota técnica que encerrou a instrução probatória seja refeita suprimindo-se a menção ao desentranhamento dos depoimentos considerados válidos pelo Poder Judiciário, retirando-se, dessa forma, os depoimentos renovados por essa SDE. Conseqüentemente, deverá ser publicado novo despacho encerrando a instrução probatória e abrindo-se prazo para a apresentação de alegações finais.

Caso esse pedido não seja observado pela SDE, o que se admite apenas em



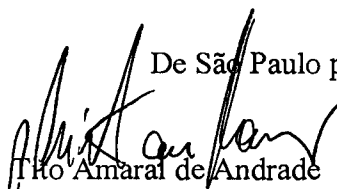
respeito ao princípio da eventualidade, requer-se o arquivamento do presente Processo Administrativo, uma vez que todas as considerações preliminares e de mérito trazidas ao longo da instrução do procedimento **comprovam de maneira irrefutável tanto a existência de falhas procedimentais como a inconsistência das acusações contra a Air Products**. Outrossim, é a presente para, uma vez mais, ratificar todos os termos da Defesa da Representada, como se estivessem transcritos no presente, requerendo, mais uma vez, o arquivamento do presente Processo Administrativo, sem julgamento de mérito.

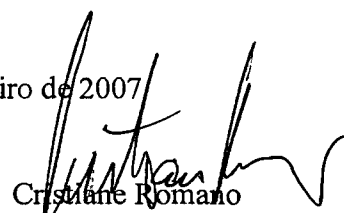
Se, por hipótese, essa r. SDE não acatar esse pedido, o que se admite unicamente por amor ao debate, a ora Representada requer a reconsideração do despacho que determinou a apresentação de Alegações Finais, dando-se continuidade à instrução probatória, vez que resta amplamente comprovado que tal instrução não se pode dar por encerrada, em face da existência de diversas questões ainda pendentes de decisão por parte dessa r. SDE!

Se, *data venia*, por absurdo, ainda assim não entender essa r. SDE, e caso a autoridade venha mesmo a considerar a presente manifestação como as Alegações Finais da ora Representada (hipótese amplamente controvertida, por tudo que já foi demonstrado), é a presente para requerer seja o presente Processo Administrativo encaminhado ao CADE, com fundamento no art. 39 da Lei n.º 8.884/94, **sugerindo o arquivamento do Processo, pelas razões amplamente suscitadas nos autos e novamente apresentadas no presente documento e amplamente comprovado pelos depoimentos colhidos!**

Termos em que,
P. E. deferimento.

De São Paulo para Brasília, 22 de janeiro de 2007


Tito Amaral de Andrade
OAB/RJ 89.032
OAB/SP 152.625-A


Cristiane Romano
OAB/SP 123.771
OAB/DF 1.503-A

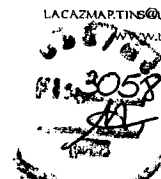
Gustavo Lage Noman
OAB/SP 195.341

· ACO JUNTADA ESTE PROCEDIM^{to} de petiç^ões
encaminhada por José
Antonio B. de Campos.

QUE PENSEM^{to} A PLS. 3058/3060
SDE MS. 24 01 / 07.
Moacirês

LACAZ MARTINS,
HALEMBECK,
PEREIRA NETO,
GUREVICH
& SCHOUERI
ADVOGADOS

R. PADRE D'ÁO MANDEI, 923 8º ANDAR
01411-001 SÃO PAULO SP BRASIL
TEL.: (55 11) 3897-0100
FAX: (55 11) 3068-0379
LACAZMARTINS@LACAZMARTINS.COM.BR
WWW.LACAZMARTINS.COM.BR



SÃO PAULO
BRASILIA
CURITIBA

RICARDO LACAZ MARTINS
LUIZ FERNANDO AMARAL HALEMBECK
MIGUEL PEREIRA NETO
LUIZ EDUARDO SCHOUERI
EDUARDO ISAIAS GUREVICH
CRISTIANO DIOGO DE FARIA
ERICA F. CAMPOS VERISSIMO
RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO
MARIA HELENA VILLELA AUTUORI
VANESSA TARLA
ALEXANDRE SICILIANO BORGES
ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA
LUCIANA ANGEIRAS FERREIRA

ROSELI LEME FREITAS
GUILHERME CEZAROTTI
DANIEL VITOR BELIAN
MARIANA CAMPOS DE SOUZA
CAROLINA ANTUNES SANTIN RIVAS
FERNANDA BOTELHO DE OLIVEIRA DIXO
MARIA BRATRIZ CAPOCHI PENETTA
MARIA EMILIA LOPES EVANGELISTA
CARDLINE BOTSMAN BRANDT
GUSTAVO PIRES RIBEIRO
EDUARDO SANTOS ARRUDA MADEIRA
HELOISA HELENA PIRES MEYER
ANA FLÁVIA GARCIA BOCHI
JULIANA VASCONCELOS BERPOGAIN
CAROLINA MOSSERI
MAURICIO ZAN BUENO

LUIZ FERNANDO SIQUEIRA ULHOA CINTRA
LÍGIA SCHPOEDER DE FREITAS ARAÚJO
RENATA FONSECA DE MELO
PAULO MEIRA QUEIROZ
CRISTIANO TAMARA VIEIRA GOMES
PAOLA CAPPARA DE SAMBRIV GOMES
CIRO CAPINHO BRASILEIRO BORGES
DANIEL CHEN
DIEGO ALEJANDRO COSTA MARCHANT
ELENICE CRISTINA T. P. DOS SANTOS
MARCIA SANZ BURMANN
HELENA DE OLIVEIRA FAUSTO
MARIA CELINA BASTO LIMA
LUIZ FERNANDO ALOUICHE
MARIANE MUFFO RANGEL PEPPER
ROBERTA BENITO DIAS

GUSTAVO GONCALVES VETTOPI
BRUNO LUIZ CASSIOLATO
EVELIZE SEIXAS MAGDO
DANIELA BEGHOLLI
LUIZ FLÁVIO NETO
MARIA LUIZA ALEICINDO FARO
MARIA CECILIA GURY CHADDAD
TAIS DO REGO MONTEIRO
CAPOLINA CALADO LIMA
AMANDA DE MORAES MODOTTI
JOANA WOLSEWICZ
ANDRÉ MACHADO CRILLO
GUILHERME SILVEIRA PEDREIRA
RENATA RIALHO DE OLIVEIRA
DANIELA ROMANO TAVARES CAMARGO
TATIANA BOSCHIM PANNI LOMBARDI

ARFUDA FIGUEIREDO
CASSIO AUGUSTO TOPRES DE CAMARGO
JONAS IPINEU LUIZ TEIXEIRA FAVARO
MAPCELO PADUA LIMA
MARIA FABIANA SEDANE DOMINGUEZ
FABIANA PINHEIRO PPEME FERREIRA
ÁVARO LUCASBECHI LOPES
CLARISSA RIBEIRO VALE
ELIZÂNCIA KELLY DE FREITAS SANTOS
AMANDA DE MORAES MODOTTI
FLAVIA DE MORAES PALLI GATTI
IVANA AMORIM DE COELHO SILVA
MARIELA BOLINA
MARIELA CANTO GUSO
SUCANA DE SÁ VIEIRA MACHADO
TATIANA BEZERRA DE SOUZA

ILUSTRÍSSIMA SENHORA SECRETÁRIA SUBSTITUTA DE DIREITO
ECONÔMICO, DOUTORA MARIANA TAVARES

Juris. CE.

Eric Hederson Junior
Coordenador Geral
COAN / DPOE / SDE / MJ

24.01.07

SDE/GAB/CAPRO

Coordenação de Apoio Processual



08012.000548/2007-15

Secretaria de Direito Econômico/SDE/MJ
08012.000548/2007 - 22/Jan/2007 - 7:30

Robson

Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS, já qualificado,
por sua advogada, nos autos do procedimento administrativo em epígrafe, instaurado
contra si e outros perante a Secretaria de Direito Econômico, vem, respeitosamente, à
presença de Vossa Senhoria, expor e requerer o seguinte:



A signatária tomou conhecimento dos termos do despacho nº 14, proferido pela Ilustre Secretária Substituta de Direito Econômico em 11.1.2007, determinando a reabertura do prazo para apresentação das alegações finais neste processo administrativo.

Tal determinação estaria fundamentada no fato de o Poder Judiciário ter posteriormente revogado as ordens judiciais que tinham sido concedidas nos autos dos Mandados de Segurança nºs 2006.34.00.037044-9, que foi impetrado em favor do Representado CARLOS ALBERTO CERZINE e que foi distribuído ao Douto Juízo da 1ª (Primeira) Vara Cível da Justiça Federal, Subseção Judiciária de Brasília, Distrito Federal, e 2006.34.00.037296-3, que foi impetrado em favor da Representada WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA. ("WHITE MARTINS") e que foi distribuído ao Excelentíssimo Juízo da 17ª (Décima Sétima) Vara Cível da Justiça Federal, Subseção Judiciária de Brasília, Distrito Federal, bem como negado a segurança naqueles *writs* e num terceiro que tinha sido previamente impetrado em favor dos Requeridos WALTER PILÃO e HELIO DE FRANCESCHI (Mandado de Segurança nº 2005.34.00.031231-0)

Foi justamente o fato de ter sido concedida ordem judicial liminar nos autos do mandado de segurança que WHITE MARTINS tinha impetrado, requerendo a suspensão deste processo administrativo até que fosse decidida questão prejudicial pendente nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.34.00.031231-0, que motivou o Requerido JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS a não apresentar suas alegações finais na primeira ocasião em que foi determinado.

Ocorre que, até o presente momento, o Requerido JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS, por intermédio de WHITE MARTINS, empresa da qual é um dos dirigentes, não tomou conhecimento da revogação da ordem judicial supracitada.

Para que o ato administrativo, conceito no qual se insere o ato jurisdicional, tenha validade é imperioso que seja observado o princípio da publicidade, consoante o disposto no artigo 37, da Constituição da República.

Sob esse enfoque, entende-se que, enquanto não for publicado na imprensa oficial, o ato jurisdicional não tem eficácia alguma.


Nesse desiderato, malgrado Vossa Senhoria tenha comunicado a suposta revogação da ordem judicial concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.34.00.037296-3, tal fato não supre a necessidade de se atender ao princípio da



publicidade, de maneira que, para todos os efeitos, continua sendo válido aquele ato jurisdicional, impedindo-se nova abertura do prazo para alegações finais.

Assim sendo, o Representado JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS se reserva no direito de apresentar suas alegações finais, quando tiver ciência da revogação da ordem judicial liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.34.00.037296-3.

Termos em que,
pede-se deferimento.
Brasília, 22 de janeiro de 2007


Maria Emilia Lopes Evangelista
OAB/DF nº 15.549

1

AO JUNTADA ESTE PROCESSO de alega
ções finais, encami
nada pela Air Biquide
Brasil.

QUE PASSAM À C. ... AS FLS. 3061/3101.
SDE/MJ, 24 / 01 / 07.

Maximês

Advocacia José Del Chiaro

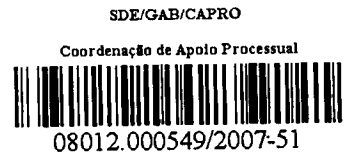
José Del Chiaro Ferreira da Rosa
Maria Augusta Fidalgo
Daniela de Carvalho Mucilo
Priscila Brólio Gonçalves
Luciano Rolo Duarte
Tatiana Lins Cruz

Maurílio Monteiro de Abreu
Mariana Duarte Garcia de Lacerda
Andréa Fabrino Hoffmann Formiga
Renata Foizer Silva
Elisandra Figueiredo
Vivian Anne Fraga



ILUSTRÍSSIMA SENHORA SECRETÁRIA DE DIREITO ECONÔMICO,
DOUTORA MARIANA TAVARES DE ARAÚJO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Jose Del Chiaro
[Signature]
Eric Hadmann Jasper
Coordenador Geral
CGAJ / DPDE / SDE / AUJ
24.01.07



Secretaria de Direito Econômico/SDE/PJ
08012.000549/2007 - 22/Jan/2007 - 7:40

Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA (“AIR LIQUIDE”), por seus advogados, nos autos do processo administrativo em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de V. Sa., com fundamento na previsão contida no artigo 39 da Lei 8.884/94, apresentar suas

ALEGAÇÕES FINAIS,

pugnando pelo **ARQUIVAMENTO** do feito, o que faz pelos motivos a seguir alinhados.



I – Da Tempestividade

Nos termos do despacho nº 14 da lavra da Secretária Substituta, Dra. Mariana Tavares de Araujo, publicado em 11 de janeiro do corrente, houve a reabertura do prazo para apresentação de Alegações Finais pelas representadas tendo em vista as sentenças proferidas nos Mandados de Segurança nº 2005.3400031231-0 e 2006.3400037296-3, ambos da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e o indeferimento das liminares requeridas nos Mandados de Segurança: 2006.3400037701-0, da 17ª Vara Federal e 2006.3400037044-9, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Desta forma, a Representada apresenta suas Alegações Finais tempestivamente, nos termos consubstanciados abaixo.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a Representada, visando apresentar adequadamente suas Alegações finais, protocolou petições, respectivamente em 11/01 e 18/01, requerendo a esta D. SDE a emissão de nova Nota Técnica de encerramento da instrução do presente processo diante das decisões acima proferidas e da juntada de novos documentos aos autos e, somente após, a abertura de prazo para que as representadas possam apresentar suas alegações finais. Entretanto, até a presente data nenhuma das petições da Air Liquide foi apreciada por esta D. SDE, maculando, mais uma vez a regularidade do presente processo.

II – Da Representação

Conforme restará demonstrado, o presente Processo Administrativo contém insanáveis vícios processuais que ensejam seu imediato arquivamento, vícios esses evidenciados na Nota Técnica de fls. 2654 a 2689 que determinou o encerramento da presente instrução, como pormenorizada e especificamente demonstrados já por ocasião da apresentação da Defesa.



Desde logo, a AIR LIQUIDE deseja consignar que reconhece e concorda com o trabalho desenvolvido por esta Secretaria no sentido de criar uma cultura de efetivo combate aos cartéis. Todavia, tal cultura não pode levar á imposição de punições a uma empresa que não participa, nem nunca participou, de práticas desta natureza. Nessa esteira, causa espécie a AIR LIQUIDE a visível pressa desta DD. Secretaria em encerrar a instrução do feito.

Como se verá, tanto a instauração quanto as provas produzidas não observaram os ditames legais. Como já explicitado pela AIR LIQUIDE, o processo ora sob análise foi instaurado *ex officio* pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, após a abertura do procedimento administrativo nº 08012.009888/2003-70, derivado de denúncias telefônicas *anônimas* de 19 e 22.12.03, as quais noticiaram a existência de formação de cartel pelas empresas investigadas, segundo se depreende da Nota Técnica expedida no próprio dia 22.12.03 (fls. 05/14).

De acordo com a mencionada Nota Técnica, *“Recebemos, hoje, no período da tarde, duas ligações telefônicas feitas por uma pessoa que não quis se identificar, mas que garantiu conhecer profundamente o setor de gases industriais”* (fls. 02 e fls. 05). Ainda conforme relatado, *“... as empresas Air Products, White Martins, Air Liquide e AGA formam um ‘poderoso’ cartel que divide o mercado de gases industriais por clientes e que participam em conluio de licitações públicas.”* (cf. fls. 02 e 05, grifos no original, nossos sublinhados).

No que toca à forma de atuação do suposto cartel, teria o denunciante esclarecido que o cartel atuava *“... por meio de reuniões em hotéis (a reserva da sala de reuniões é feita no nome de apenas uma pessoa e ou empresa), mormente realizadas na cidade de Jundiaí, São Paulo, sendo que, no início do corrente mês, tais empresas se reuniram na cidade de Recife, com a finalidade de monitorar as atividades do cartel. Participaram dessa reunião os Srs. Vitor Peres, Gilberto Galo, Moacir, Hélio Rosa, juntamente com o pessoal da White Martins do*



Nordeste. As pessoas ficaram hospedadas no mesmo hotel, sendo que o denunciante ficou de informar posteriormente o local da realização da reunião e o nome do referido hotel” (fls. 05/06, grifos no original).¹

A referida Nota Técnica de fls. 05/14 ensejou, então, naquela mesma data (22.12.03), por parte do Ilmo. Sr. Secretário de Direito Econômico, Dr. Daniel K. Goldberg, determinação no sentido do “*imediato encaminhamento de cópia da presente nota ao Ministério Público do Estado de São Paulo para que adote as providências que julgar cabíveis, ressaltando o caráter de urgência do feito*” (fls. 15)².

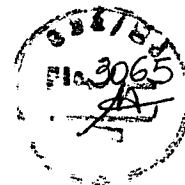
E, de fato, dando cumprimento à determinação do Ilmo. Secretário, bem assim “*De ordem da Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica*”, expediu-se o Ofício nº 7072/2003/DPDE **diretamente** ao Ilmo. Sr. Promotor de Justiça Dr. Marcelo Batlouni Mendroni³, a fim de que, “*em conformidade com o inciso I do artigo 3º da Lei nº 9.296/96*”, fosse judicialmente requerida a “*concessão da interceptação das comunicações telefônicas dos funcionários das empresas denunciadas, conforme descrito na referida nota técnica, a fim de que se ampliem os canais da investigação*⁴ realizada por esta Secretaria de Direito Econômico, no sentido de apurar as denúncias existentes referentes à existência de cartel no setor identificado” (cf. fls. 16 e 17, nossos grifos).

¹ Note-se que, até este momento, a denúncia, de acordo com a nota técnica de fls. 05/06, havia feito referência apenas ao mercado de gases industriais. A referência ao mercado de gases medicinais surge, pela primeira vez, às fls. 20, em nova Nota Técnica, como se tivesse feito parte, desde o início, da denúncia, o que, no entanto, não corresponde com fidedignidade ao relato dos próprios autos.

² É de se estranhar a remessa dos autos ao Ministério Público de São Paulo, tendo em vista que a nota técnica de fls. 05/14 menciona o mercado nacional. Igualmente, denota-se curioso que, em sendo um mercado de abrangência nacional, como por diversas vezes reiterado por essa SDE, tenha o pedido de interceptação telefônica sido encaminhado ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

³ Sem a devida observância do princípio do Promotor Natural.

⁴ Note-se que, curiosamente, até aquele momento somente havia denúncias telefônicas anônimas, sem que se tivesse sido mencionada qualquer ato de investigação pela Secretaria.



Uma vez recebido o aludido ofício, o Dr. Mendroni imediatamente requereu ao MM. Juiz do DIPO a interceptação telefônica, tendo sido deferido o pedido, com a instauração do Inquérito Policial nº 004/2004, pelo Dr. Sérgio Ricardo Guarda, DD. Delegado da 2ª Delegacia da DIVECAR – DEIC⁵.

Desta forma, foram realizadas diversas interceptações telefônicas, inclusive com prorrogação do prazo legal inicial de escuta, tendo sido feita, ainda, pelo Dr. Sérgio Guarda, a “*Transcrição Preliminar/Parcial de Conversação Telefônica*” (cf. fls. 27/46 e seguintes do Inquérito Policial – I.P.).

Posteriormente, com fulcro nas interceptações então realizadas, tanto o DD. Delegado da DIVECAR quanto o Ilmo. Promotor Mendroni requisitaram ao MM. Juiz Corregedor do DIPO a concessão de mandado judicial de busca e apreensão, tendo constado deste último requerimento do Promotor - de 16.02.04 - que o cumprimento do mandado fosse acompanhado, “*se o caso, por Promotores de Justiça e técnicos da SDE/MJ, com conhecimento técnico para que auxiliem o trabalho de coleta de evidências no que diz respeito à área criminal, de forma a tornar os trabalhos mais céleres e objetivos*”⁶ (cf. fls. 57 do I.P., grifos nossos).

A busca e apreensão foi então realizada na data de 18.02.04, conforme se verifica do respectivo “*Auto de Exibição e Apreensão*”, sendo certo que, no que toca à AIR LIQUIDE, foram apreendidos documentos que se encontravam na sala do Sr. Walter Pilão. Esclareça-se, por oportuno, que a AIR LIQUIDE somente teve vista do referido Inquérito Policial na mesma data daquela diligência. Após, não teve mais acesso aos autos, desconhecendo, portanto, o produto da diligência, eis que não juntado àqueles autos naquele dia.

⁵ O Inquérito Policial veio a ser aberto por “*Formação de Bando ou Quadrilha combinado com o Artigo 4º da Lei nº 8137/90*”.

⁶ A mesma sugestão já havia sido feita pela própria SDE ao Ilmo. Promotor, conforme se verifica de nova Nota Técnica, de fls. 18/22, acolhida pela Diretora do DPDE no dia 13.02.03 (fls. 23 do P.A.).



Após referida busca e apreensão, imperioso destacar o documento de fls. 51/63, elaborado pela SDE e denominado “*Exame do Material Apreendido em 18.02.2004*”, datado de 20.03.04, imediatamente seguido de cópias de documentos que teriam sido apreendidos nas salas dos funcionários e diretores das empresas investigadas (fls. 64/123). Na seqüência, observa-se a elaboração da Nota Técnica de fls. 124/135, de 26.03.04, em que, fundando-se nos documentos imediatamente anteriores – os de fls. 64/123 -, sugere-se a abertura de Processo Administrativo, por infração à ordem econômica, tendo a AIR LIQUIDE apresentado sua defesa em 27 de maio de 2004, cujos principais pontos estão devidamente reiterados no capítulo II abaixo.

O que se verificou nos autos após as Defesas apresentadas pelos Representados foi a vã tentativa da SDE de sanar as nulidades já perpetradas nos autos. Isso porque a SDE emitiu Notas Técnicas (fls. 872/879 e 1060/1116) contendo justificativas quanto à confidencialidade dos documentos apreendidos e utilização dos mesmos no presente processo, assim como o indeferimento das preliminares suscitadas pelos investigados. Como se verá nos capítulos abaixo, tais nulidades são flagrantes e não foram sanadas, continuando, pois, a macular este processo.

Por fim, no decorrer da instrução probatória, a SDE realizou a oitiva de diversas testemunhas e solicitou informações adicionais por meio do envio de ofícios aos Representados sem, contudo, como restará demonstrado, conseguir reunir provas – ou indícios – válidos das condutas imputadas à AIR LIQUIDE.

Este, em síntese, um resumo do quanto processado.



**III – Da Defesa da Air Liquide e das nulidades perpetradas
no processo**

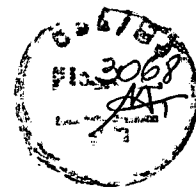
III.I. os manifestos e insanáveis vícios processuais

A AIR LIQUIDE bem demonstrou em sua defesa a seqüência de violações aos mais comezinhos princípios de Direito.

Pelo detalhado relato dos fatos que culminaram com a busca e apreensão de documentos nas dependências da Representada, desde sua requisição até a juntada dos documentos tidos como confidenciais por esta Secretaria, verifica-se um único e inasfatável propósito a impulsionar toda a investigação: o pré-concebido objetivo condenatório – não apenas investigatório, como a princípio deveria ser de rigor - que desde o início permeou este processo.

Tal como pontuado na Defesa, permeou a instrução do presente processo o claro intuito de forçar a existência de fatos que pudessem conduzir à alguma prova de existência de conluio entre as Representadas, nem que para tanto fosse dispensado – como se isso fosse possível – o princípio do devido processo legal e seus consectários constitucionais do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) -, além da **ruptura do princípio da estrita legalidade**. Inserido na previsão contida no art. 37 da Constituição Federal, vem ele expressamente reproduzido também na Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

E, com efeito, ao estabelecer os princípios que devem ser observados pelos órgãos da Administração Pública, impõe o artigo 2º da Lei nº 9.784/99 não apenas a necessidade de se obedecer ao princípio da legalidade, como ainda os da ampla defesa, do contraditório, além do preceito da segurança jurídica, dentre outros.



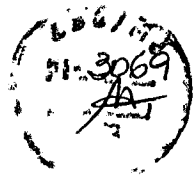
Destes princípios, como exsurgirá indefectível, descurou todavia esta DD. Secretaria no curso dos atos que ensejaram a instauração do presente processo administrativo, estando ele, pois, **eivado de inúmeras nulidades**. É o que, a seguir, se passará a demonstrar.

III.I.1. Da manifesta ilegalidade no procedimento de instauração processual (preterição de forma legal)

Conforme detalhadamente narrado na Defesa apresentada pela Representada, a SDE, sob o pretexto de que se faria necessária a interceptação telefônica daquelas pessoas que, segundo a denúncia anônima recebida, teriam sido acusadas de formação de cartel, não receou, por decisão de V. Sa., em encaminhar cópia dos autos (até então um mero procedimento administrativo) ao Ministério Público do Estado de São Paulo, *“para que adote as providências que julgar cabíveis, ressaltando o caráter de urgência do feito”* (fls. 15).

Seguiu-se, então, para tal finalidade, a expedição do Ofício nº 7072/2003, diretamente ao ilustre Promotor de Justiça Marcelo Batlouni Mendroni (fls. 16/17), sendo certo que, uma vez realizadas as referidas escutas, veio a ser pleiteada, tanto pelo DD. Delegado da DIVECAR, quanto pelo Dr. Marcelo Mendroni, a concessão de Mandado de Busca e Apreensão. Para a referida diligência fizeram-se presentes técnicos da SDE. Posteriormente, com o produto da diligência policial em mãos, foi determinada a instauração do presente processo administrativo.

Conclui-se, pois, que a única suposta prova na qual se baseou essa r. Secretaria para instauração do presente processo adveio diretamente da medida de busca e apreensão realizada pela Polícia Civil de São Paulo, nos autos de Inquérito Policial instaurado por iniciativa do Ministério Público Estadual.



Sucedo, porém, que já não fosse suficiente a ilegalidade incorrida ao se valer a SDE de elementos de prova adstritos ao âmbito judicial, o certo é que a Lei nº 8.884/94 é explícita ao determinar que, em havendo interesse para a instrução do procedimento, das averiguações preliminares, bem como do próprio processo administrativo, **deverá a SDE solicitar à Advocacia-Geral da União** que requeira ao Poder Judiciário “*mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física,...*” (Lei nº 8.884/94, art. 35-A).

Constata-se, pois, que para a finalidade desde o início perseguida por esta DD. Secretaria, expressamente consignada no despacho de fls. 16 e 17 – “*a fim de que se ampliem os canais da investigação realizada por esta Secretaria de Direito Econômico,...*” – e que veio a se consubstanciar no produto da diligência policial de busca e apreensão, **determina a lei da concorrência observância à forma própria**, vale dizer, **a procedimento a que a SDE encontra-se legalmente adstrita**, *id est*, a imperiosa e compulsória solicitação à Advocacia-Geral da União, não sendo válido, destarte, o requerimento de tal providência a qualquer outro órgão.

Esta absoluta vinculação legal, todavia, acabou sendo frontalmente desrespeitada na espécie, com explícita vulneração ao princípio da legalidade (CF, art. 37 c.c. art., 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99), bem assim com inegável preterição “*...das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados*” (§ único, inciso VIII, art. 2º, da Lei nº 9.784/99).

Como se vê, incorreu essa Secretaria em inegável e até tumultuária inversão na lógica do procedimento legal que deveria ter sido seguido, tendo havido, por via de efeito, afronta ao devido processo legal e aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, isso tudo no afã de ver provada uma denúncia telefônica.



III.I.2. A Incompetência Absoluta da Justiça Estadual e a Violação ao Primado do Promotor Natural

Conforme narrado acima, o DPDE, acatando ordem do Sr. Secretário de Direito Econômico, expediu ofício ao Dr. Marcelo Batlouni Mendroni, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, para que este requeresse a concessão de ordem judicial para que fossem interceptadas as linhas telefônicas dos funcionários das empresas denunciadas.

Por sua vez, o Dr. Marcelo Batlouni Mendroni requereu ao MM. Juiz do DIPO a interceptação telefônica, pedido este deferido pelo MM. Juiz Marcos Alexandre Coelho Zilli, tudo conforme relatado pela Nota Técnica à fl. 19⁷.

Como prova derivada da interceptação telefônica, efetivou-se a busca e apreensão de documentos encontrados nas salas dos funcionários das empresas Representadas, medida esta deferida igualmente pelo MM. Juiz do DIPO, Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Ocorre que o MM. Juiz Estadual, autorizador tanto da interceptação telefônica como da medida de busca e apreensão **era incompetente para determinar as medidas judiciais que se seguiram!**

De fato, a abrangência da suposta conduta anticoncorrencial aqui apurada atingiria o território nacional, impondo-se seja tratada qualquer determinação judicial à ela correlata pela Justiça Federal, jamais pela Justiça Estadual como se deu no presente caso.

⁷ Extrai-se da Nota Técnica: "... Posteriormente, por meio de contatos telefônicos com o Ministério Público, na figura do Promotor de Justiça Marcelo Batlouni Mendroni, esta SDE foi informada que a Justiça Estadual deferiu pedido de interceptação telefônica formulado pelo ilustre *Parquet*, diligência que se encontra em andamento" (cf. fl. 19, Nota Técnica de 12 de fevereiro de 2004).

Q



É evidente a competência da Justiça Federal para a apuração do crime em questão, já que os supostos indícios de conduta concertada, conforme se infere das Notas Técnicas constantes dos autos, dar-se-iam em mais de um Estado da federação.

Destarte, não há que se falar que os supostos atos concertados se concentrem na região de São Paulo. O que se percebe, é um evidente esforço dessa r. Secretaria para restringir o pedido de investigação no âmbito estadual, direcionando o pedido para um promotor de justiça estadual que, por sua vez, obteve a concessão para interceptação telefônica de um juiz igualmente estadual.

A competência da Justiça Federal para conhecer e julgar os crimes contra a ordem econômica vem estatuída no art. 109, VI, da Constituição Federal. Se a Lei 8.884/94 tutela a ordem econômica, no caso dos presentes autos, supostamente rompida por ação concertada praticada por empresas distribuidoras de gases medicinais e industriais atuantes em todo o território nacional, como afirma reiteradas vezes essa r. Secretaria, resta evidente o interesse da União em conhecer e julgar a questão.

Dessa forma, diante da abrangência das supostas práticas dos Representados, apenas o Juiz Federal poderia autorizar a interceptação das ligações telefônicas dos funcionários das empresas Representadas e, bem assim, determinar a busca e apreensão dos documentos encontrados em suas respectivas salas.



Entretanto, a questão da incompetência *ratione materiae* não se restringiu apenas ao Juiz. Também o Promotor de Justiça, **incumbido diretamente pela Secretaria de Direito Econômico** para solicitar a ordem judicial para interceptação telefônica dos funcionários das empresas Representadas, quer porque tal incumbência cabia ao Ministério Público Federal, quer porque se desobedeceu o Princípio do Promotor Natural.

O enfoque da incompetência do Ministério Público Estadual pode ser vista sob esses dois ângulos.

De fato. Sendo competente o Juiz Federal para conceder a ordem que determinou a interceptação telefônica já comentada e a conseqüente medida de busca e apreensão, o correto seria que tal pedido fosse formulado pelo representante do Ministério Público Federal, o que não ocorreu.

Sob o outro ângulo, atente-se ao Ofício nº 7072/2003/DPDE expedido por ordem da Sra. Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, direcionado pessoalmente ao Promotor de Justiça Estadual, Dr. Marcelo Batlouni Mendroni. Tal ofício, expressamente formulado pelo DPDE àquele Promotor de Justiça fere de morte a regra de isenção nas atribuições do Ministério Público, eis que essa própria Secretaria cuidou de indicar qual o Promotor, dentre aqueles que igualmente têm competência para designar seu mister, seria indicado para levar ao Poder Judiciário o requerimento de concessão de interceptação telefônica.

Não seria forçoso dizer que o DPDE criou a figura do “Promotor de Exceção”, já que pré-definiu quem seria incumbido de cumprir o quanto solicitado no Ofício nº 7072/2003/DPDE.



Insta frisar, que tal Ofício decorre de Nota Técnica de 22 de dezembro de 2003 (fls. 05/14) sugerindo a solicitação ao Ministério Público do Estado de São Paulo para que este por sua vez requeira ao Poder Judiciário a concessão da interceptação das comunicações telefônicas. Tal sugestão foi aceita *in totum* pelo Sr. Secretário de Direito Econômico (fl. 15).

E a única justificativa para a “designação” pelo DPDE do Dr. Marcelo Batlouni Mendroni cinge-se ao fato de tal promotor “já atuar em outro caso que cuida de investigar a prática de cartel no mercado de britas do Estado de São Paulo” (cf. fl. 16).

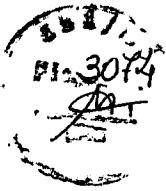
Tal assertiva é corroborada pelos depoimentos prestados pelos técnicos da SDE que participaram da operação de busca e apreensão eis que constam afirmações de que foram mantidos contatos prévios com o Dr. Mendroni, destacando o seguinte trecho do depoimento prestado pelo Dr. Guilherme Favaro Ribas (fls. 1.780/1.787)

“(...) no tocante a entrega da referida nota técnica ao Promotor Mendroni foi a testemunha pessoalmente que a levou a São Paulo, ao que se lembra. (...) Ao ser questionado sobre se houve contatos telefônicos prévios com o Promotor Mendroni neste íterim, pela testemunha ou funcionários respondeu que provavelmente sim e que provavelmente teria sido ele próprio.

(...)

Ao ser questionado sobre se partiu da testemunha a indicação do Dr. Mendroni para figurar no ofício subscrito respondeu que a indicação foi feita pelo Secretário de Direito Econômico ou pela Diretora do DPDE;

(...)



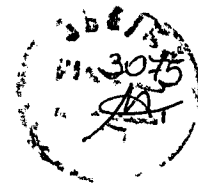
Ora, se não se admite a designação de Promotor de Justiça pelo Chefe do Ministério Público, fora dos casos especificamente previstos em lei, com maior razão não se poderá admitir a nomeação/indicação direta pela Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, apenas por que tal representante do *parquet* já atua “em outro caso que cuida de investigar a prática de cartel”.

Assim sendo, se de um lado a autorização para interceptação de comunicações telefônicas, bem como a busca e apreensão de documentos que daquela interceptação decorreu, não foi concedida por autoridade competente, não podendo, destarte, lastrear a instauração do presente processo administrativo. De outro, restou patente a violação do princípio do Promotor Natural, atribuindo a Promotor de Justiça específico a designação de solicitação de requerimento judicial para concessão da interceptação telefônica.

III.I. 3. Da Inobservância dos Requisitos de Delegação de Competências

Frise-se que, ainda que fosse possível a participação de técnicos desta Secretaria no acompanhamento das diligências efetuadas pela Polícia Civil de São Paulo, na qualidade de auxiliares do órgão judicial, o certo é que se atentou, neste sentido, contra a forma elementar de delegação de competências.

De fato, atribui o artigo 14, da Lei nº 8.884/94, poderes de instrução e competência à SDE para proceder a averiguações de possíveis infrações à ordem econômica. A competência que a lei outorga, portanto, é à SDE, órgão público representado por um agente público, no caso, V. Sa.⁸. Mais adiante, ao tratar dos atos de instrução, confere o artigo 35 e seguintes poderes exclusivamente à SDE. Muito não se precisa aduzir, pois, para que se tenha por inconcussa a conclusão de que



somente V. Sa. detém poderes e competências para realizar, pessoalmente, os atos de instrução. Em sendo o caso, entretanto, certamente poderá V. Sa., como titular do órgão administrativo, delegar parte de tais prerrogativas (art. 12 da Lei nº 9.784/99). Deve fazê-lo, no entanto, dentro de certos limites. Com efeito, conforme anota Hely Lopes MEIRELLES,

“Pela delegação de competência o Presidente da República, os Ministros de Estado e, em geral, as autoridades da Administração transferem atribuições decisórias a seus subordinados, mediante ato próprio que indique com a necessária clareza e conveniente precisão a autoridade delegante, a delegada e o objeto da delegação. O princípio visa a assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender”⁹

Ao abalizado entendimento doutrinário, há agora de se acrescentar os requisitos objetivos do artigo 14 da Lei nº 9.784/99. Com efeito, tal dispositivo legal prevê que o ato de delegação **deve ser publicado “no meio oficial”**, sendo certo que **deverá especificar “as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva da atribuição delegada”** (n.g.).

Assim, ainda que pudesse V. Sa. ter delegado a funcionários desta DD. Secretaria poderes para que acompanhassem, na qualidade de auxiliares técnicos da polícia, a diligência de busca e apreensão – o que se admite tão-somente *gratia argumentandi* -, não há dúvida de que, nesta hipótese, deveria ter observado os referidos requisitos legais, o que não foi feito, conforme se verifica da análise dos depoimentos prestados por tais técnicos (vide capítulo IV abaixo). Nenhum deles,

⁸ Aliás, assevera Hely Lopes Meirelles que *“os agentes públicos devem exercer pessoalmente suas atribuições”*, razão pela qual *“a delegação de competência depende de norma que a autorize, expressa ou implicitamente”*, in Direito Administrativo Brasileiro, p. 635, nossos grifos.

⁹ aut. e ob. cit., p. 635, n.g.



contudo, foi atendido na espécie. Aliás, os mencionados requisitos do ato de delegação que teria havido sequer constam dos autos. E, não tendo sido regular a delegação efetivada, tampouco se poderá aproveitar os atos dela decorrentes, **eis que novamente praticados com preterição de forma legal.**

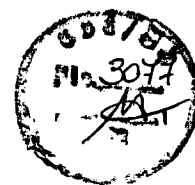
III.I.4. A inconcebível vulneração do sigilo legal, judicial e constitucional

Conforme anteriormente mencionado e, não obstante a intenção dessa r. SDE em ampliar o escopo das investigações, é manifesto nos autos o indevido aproveitamento dos elementos de prova colhidos na esfera judicial recebidos pela SDE apenas para análise e elaboração de relatório.

Isso porque, a busca e apreensão de documentos é derivada das interceptações telefônicas realizadas pelo Dr. Sérgio Ricardo Guarda, em face do acatamento das indicações sugeridas pela SDE, como já mencionado.

Cumprе ressaltar que o sigilo das interceptações telefônicas é decorrente da garantia contida no artigo 5º, XII da Constituição Federal que somente poderá ser violado para fins de investigação criminal diante de ordem judicial. Ademais, nos termos do artigo 8º, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta a parte final do artigo acima citado.

“A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas”. (nossos grifos).



Em decorrência de dispositivo legal, determinou o MM. Juiz do DIPO:

“(...)

3. Coloque-se tarja preta diante do segredo de justiça decorrente de interceptação telefônica cujos trechos estão parcialmente descritos nestes autos” (fls. 58 do I.P. - nossos grifos).

Ora, tal sigilo legal deve alcançar os documentos apreendidos na busca e apreensão, uma vez que tal ato deriva das interceptações antes realizadas como se depreende da análise do Inquérito Policial - inquérito este com traja preta!

Acrescente-se que, dentre o material apreendido, podem se encontrar documentos estritamente pessoais, cujo absoluto sigilo é assegurado pela Constituição Federal, nos termos do art. 5º, X.

O que se vê, entretanto, é a publicidade dos referidos documentos sem autorização judicial e nos autos de um processo administrativo!! A atuação da SDE surge, assim, eivada de ilegalidade, diante da publicidade dos documentos apreendidos no âmbito de um processo administrativo.

Tal ilegalidade torna-se ainda mais grave, se é que é possível, quando se verifica que tais documentos sequer deviam constar do processo administrativo em trâmite na SDE.

Isso porque, da análise dos autos do Inquérito Policial resta evidente que foi solicitado ao Secretário de Direito Econômico apenas e tão somente o fornecimento de relatório ou parecer técnico contendo avaliação técnica dos documentos pessoais e empresariais apreendidos nos autos do inquérito policial presidido pelo Dr. Sérgio R. Guarda (cf. fls. 57 do Inquérito Policial).



Ora, o próprio MM. Juiz Corregedor do DIPO ressaltou a função de auxiliar desempenhada pela SDE, nos autos do Inquérito Policial ao determinar que o cumprimento do mandado judicial de busca e apreensão fosse acompanhado “... *por técnicos da SDE/MJ, com conhecimento técnico para que auxiliem o trabalho de coleta de evidência no que diz respeito à área criminal, de forma a tornar os trabalhos mais céleres e objetivos*” (cf. fls. 46 dos presentes autos, nossos grifos).

Da análise dos autos verifica-se que a SDE, ao invés de limitar-se ao cumprimento de seu papel - auxiliar da justiça -, aproveitou-se do material recebido – destinado tão-somente à elaboração de parecer – para, indo muito além, subsidiar a investigação que vinha sendo feita no âmbito administrativo, invertendo assim, como será no capítulo abaixo melhor detalhado, a lógica do procedimento administrativo a ser seguido, incorrendo em desvio de finalidade e rompendo o princípio da segurança jurídica, tendo inclusive noticiado tal feito, como demonstrado pela AIR LIQUIDE em sua Defesa.

Desta forma, não pode a SDE conduzir um processo partindo da presunção de culpa da Representada para, ao final, emitir parecer convalidando seu ato, como resta claro da nota técnica de instauração do processo administrativo e conforme amplamente noticiado no *site* do Ministério da Justiça e agora confirmado pelo aodamento desta D. Secretaria em encerrar a instrução do feito.

Por todo o exposto, resta manifesta a ilegalidade da atuação da SDE ao utilizar documentos sigilosos integrantes de um procedimento criminal e torná-los públicos para subsidiar a elaboração de um parecer em processo administrativo, contendo uma recomendação que já parece clara antes mesmo da necessária instrução processual.



III.I.5. Do flagrante cerceamento de defesa em face da limitação do conhecimento dos elementos de prova

Desde a Defesa, a Representada manifestou a necessidade de ter amplo acesso a todas as provas que foram apreendidas nas dependências das empresas Representadas, posto que só o amplo conhecimento de todo o conjunto probatório poderia dar oportunidade à Representada de conhecer **todos** os documentos que conduziram ao convencimento da autoridade para embasar a instauração de Processo Administrativo, como de fato ocorreu.

De se lembrar que todos os documentos apreendidos na diligência policial estavam – como deveriam estar – protegidos por sigilo legal e judicial. Não obstante a referida proteção, o certo é que, tendo sido instaurado o presente processo, não há dúvida de que, para que a Representada pudesse exercer seu direito de defesa em toda a sua plenitude, à mesma deveria ter sido assegurado o prévio acesso a todo o conjunto probatório, sob pena de cerceamento.

Não apenas isso. Os documentos apreendidos pela autoridade policial jamais poderiam ter sido utilizados para os fins a que foram destinados nesse processo administrativo. Decorrendo tais documentos de busca e apreensão originada a partir de interceptação telefônica, os documentos apreendidos deveriam ficar, igualmente, mantidos sob o sigilo do Inquérito Policial, de onde originou a busca e apreensão.

A ilegalidade da utilização desses documentos como “prova” hábil a permitir a instauração de processo administrativo foi corroborada pelo Ofício nº. 0284/2004-efv então expedido pelo Dr. Sérgio Guarda, no qual se verifica que aquele Delegado havia pedido somente o fornecimento de relatório ou parecer técnico contendo avaliação técnica dos documentos pessoais e empresariais apreendidos nos autos do Inquérito Policial, estritamente para fins de investigação policial (cf. fls. 46).

Q.



Como se vê, essa r. Secretaria extrapolou – em muito – os limites do Ofício ao usar – *sponte própria* – os documentos que faziam parte de Inquérito Policial sigiloso e do qual a SDE – a rigor – só remeteria parecer técnico sobre a documentação.

Resta amplamente configurado, pois, na esteira do se vem afirmando, e à luz das considerações doutrinárias acima tecidas, o flagrante **cerceamento de defesa perpetrado**.

IV – Das Oitivas de Testemunhas

Conforme mencionado pela Nota Técnica de fls. 2654 a 2689, foram ouvidas 23 testemunhas arroladas pelos Representados, tendo sido tais testemunhos refeitos (à exceção da oitiva do Dr. Sérgio Ricardo Guarda por motivo de seu falecimento), por opção da SDE, em razão de decisão judicial liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.34.00.031231.

Entretanto, diante das decisões mencionadas no despacho que reabriu prazo para a Alegações Finais das Representadas, a AIR LIQUIDE ressalta que os depoimentos que devem ser considerados no processo e que, por consequência devem embasar a elaboração do Parecer da SDE e quaisquer outras análises futuras nos autos, são aqueles originalmente prestados (fls. 1619/1945), motivo pelo qual as Alegações Finais da Air Liquide considerarão apenas o conteúdo dos depoimentos originalmente prestados.

A análise de tais depoimentos revela a ausência de quaisquer provas de conduta anticompetitiva praticada pela AIR LIQUIDE e, ainda, evidencia a inobservância pela SDE dos ditames legais nos procedimentos de abertura da investigação, busca e apreensão e uso e confidencialidade dos documentos apreendidos.

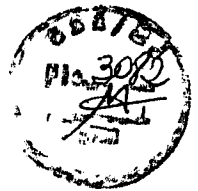


Dentre os diversos depoimentos prestados por clientes das empresas fornecedoras de gases, destacamos os trechos abaixo transcritos que evidenciam a ausência de qualquer conluio e a existência de efetiva competição entre as empresas.

O depoimento do Sr. Antônio Carlos Coral (fls. 1.794/1798) gerente de suprimentos da empresa Nuodex, que por sua vez é cliente, atualmente, da AGA, demonstrou ter havido uma disputa competitiva entre a AGA e a White Martins. A testemunha, ao ser questionada sobre se em algum momento teve notícia de acordo entre concorrentes para fixar clientes, ou se sentiu fraudado nestes termos, respondeu, taxativamente, que “*não, senão nenhuma das duas [empresas] seria suas fornecedoras*”.

De igual modo, o depoimento da Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebel (fls. 1.939/1.945), que atualmente exerce a função de coordenadora da equipe de materiais da Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura de Porto Alegre descreve em detalhes o procedimento licitatório para contratação de gases na época em que foi gerente de materiais do Grupo Hospitalar Conceição, evidenciando a transparência no procedimento e a efetiva competição das empresas para se tornarem fornecedoras do citado grupo hospitalar:

“(...) ao ser questionada sobre se foi aberta licitação para a compra de gases medicinais à época em que era gerente de materiais, respondeu que sim. Ao ser questionada por quê, respondeu que a razão foi reduzir custos e não fazer mais uso de aditamentos contratuais de contratos de gases medicinais que estavam sendo aditados por muito tempo. Ao ser questionada sobre se e como conseguiu o objetivo de reduzir os custos dos gases medicinais, respondeu que sim, conseguiu, através de processos licitatórios que se sucederam;



(...)

Ao ser questionada sobre quais as variáveis importantes incluídas no processo de licitação para a escolha da empresa vencedora, respondeu que o processo licitatório busca uma coisa só: o menor preço, sendo que existem exigências inerentes no edital, como capacidade técnica (demonstrada por atestados de capacidade técnica). A forma de pagamento é previamente estabelecida no edital”.

O depoimento do Sr. Rudiberto Gustavo Ludke (fls. 1.830/1.834), empresário, revendedor autorizado de produtos da Air Products em Santa Maria (RS) desde 2 de maio de 1999, também deixa claro a inexistência de cartel. Isso porque, indagado sobre se teria havido “... *por parte da Air Products recomendações para não procurar determinados clientes*”, respondeu a testemunha que “*nunca houve nenhuma orientação nesse sentido, ao contrário, a ordem sempre foi de “agredir o mercado”*” e que nunca soube da existência de algum acordo entre as empresas de gases.

O Sr. Carlos Kazume Oyama (1.775/1.789), diretor de suprimentos e engenharia do Hospital Albert Einstein desde 1999 também asseverou a importância do fornecimento de gases aos hospitais:

“(...) ao ser questionado sobre quais as conseqüências para os pacientes do hospital no caso de interrupção no fornecimento de gases pela White Martins respondeu que a falta de abastecimento provoca riscos à vida dos pacientes;

Por tal motivo, apontou a seriedade e importância do critério de escolha de seu fornecedor e da realização de processo licitatório para tanto:



“Ao ser questionado sobre quais os critérios utilizados pelo hospital na escolha dos fornecedores respondeu que utiliza como critérios a qualidade do produto, confiabilidade de fornecimento, tecnologia e suporte técnico, além de custo; Ao ser questionado se na compra de gases o hospital promove licitações privadas ou tomadas de preços e se há efetiva concorrência entre os fornecedores respondeu que utiliza o sistema de tomada de preços e sobre se há concorrência entre os fornecedores respondeu que sim;”

Afirmou, por fim, que sequer aceitaria que alguma empresa participasse de um processo licitatório por ele promovido caso tivesse conhecimento de que a empresa pudesse estar envolvida em conluio fraudulento:

“Ao ser questionado se já teve notícia ou experiência de conluio fraudando as tomadas de preço em geral e em especial por parte da White Martins com vistas a falsear o procedimento respondeu que não e que não aceitaria nenhuma das empresas como fornecedoras se tivesse conhecimento.”

A testemunha Sr. José Roberto Camargo, sócio do Hospital XV em Curitiba, que por sua vez é cliente da Air Products, ao ser questionado sobre se sabe da existência de acordo entre as empresas de gases medicinais afirmou em seu depoimento (fls. 1.859/1.863) que “*não tem notícia e nem percebeu isso*”. Afirmou ainda que os contratos de fornecimento de gás para o hospital do depoente sempre foram feitos nos moldes pretendidos pelo hospital e não seguindo imposição da empresa fornecedora de gás. Resta claro, portanto, a ausência de qualquer conluio entre as empresas. De fato, qual seria o interesse do cliente em não denunciar um cartel que, se existente, afetaria diretamente seu negócio?



Por outro lado, a análise dos depoimentos prestados pelos técnicos da SDE que participaram dos procedimentos para abertura da investigação e da busca e apreensão dos documentos, revela diversas inconsistências e ausência de parâmetros na atuação do órgão, como se verá a seguir.

O depoimento de Patrícia Agra Araújo (fls. 1.619/1.625) que, nos termos do depoimento, trabalhou na SDE entre outubro de 2001 e julho de 2004 na qualidade de técnica, evidencia que a SDE não possuía qualquer procedimento para a apuração de denúncias anônimas, tampouco para o procedimento de busca e apreensão dos documentos e que todo o procedimento já havia sido previamente combinado com o Promotor Marcelo Mendroni:

“Ao ser questionada sobre como foi feita a divisão de tarefas na operação, respondeu que não se lembra com detalhes, mas que a divisão deu-se por salas ou locais onde deveriam ser verificados documentos. Ao ser questionada sobre seu papel na operação, respondeu que foi o de procurar e separar documentos. Ao ser questionada sobre qual atribuição específica recebida na realização da operação, respondeu que a divisão foi aleatória a partir do quê constava no mandado de busca e apreensão.

(...)

Ao ser questionada sobre se um promotor de justiça acompanhou a busca, respondeu que sim.

(...)

Ao ser questionada sobre se quem teria feito a triagem dos documentos na delegacia foi a polícia ou foram os técnicos da SDE, respondeu que não se lembra bem, mas que os técnicos da SDE fizeram triagem em conjunto com a polícia.

(...)

Ao ser questionada sobre se já recebeu denúncias anônimas na qualidade de técnica da SDE respondeu que não. Ao ser questionada

a.



sobre se existia alguma orientação para os técnicos sobre como proceder em relação a denúncias anônimas, respondeu que não.

(...)

Ao ser questionada sobre se, não obstante a denúncia ser anônima, se houve comentários sobre a possível identidade do denunciante, respondeu que não. Ao ser questionada sobre se a SDE tem identificador de chamadas nos telefones, respondeu que apenas para alguns aparelhos. Ao ser questionada sobre se o aparelho da Dra. Alessandra tem o identificador, respondeu que não sabe. Ao ser questionada sobre se conhece o Dr. Marcelo Mendroni, respondeu que sim. Ao ser questionada sobre a razão da escolha do Dr. Marcelo Mendroni, antes de ser promotor designado para o caso criminal, foi contactado pela SDE antes de ser designado para o acompanhamento do caso, respondeu que desconhece a razão.”

O testemunho da Dra. Alessandra Viana Reis (fls. 1.635/1.644), que trabalha na SDE desde 1998 e na época do depoimento exercia o cargo de Coordenadora-Geral de Serviços e Infra-estrutura, tendo por atribuições “receber denúncias de infração à ordem econômica e dar seu processamento, analisando se é o caso de iniciar processo administrativo ou averiguação preliminar”, deixa à claro a ocorrência, em todo o procedimento adotado pela SDE, desde a denúncia anônima, das nulidades argüidas na Defesa. Senão, vejamos:

“Ao ser questionada sobre se se lembra de como ocorreu a denúncia no dia 19 de dezembro de 2003 e qual seu teor, respondeu que recebeu telefonema passado por uma das secretárias da SDE informando que haveria uma pessoa querendo fazer denúncia. (..) que inicialmente houve apenas um telefonema; (..) que a pessoa informou que teria conhecimento de que haveria cartel no setor de gases industriais, que não se identificaria, mas que poderia passar informações à Secretaria;”



A partir daí, a Dra. Alessandra Viana Reis relata que passou a fazer "*perguntas específicas sobre como funcionaria esse cartel e sobre como ele se comunicaria*"; que o informante disse que seria um "*cartel de divisão de mercado, envolveria licitações públicas, haveria reuniões em hotéis*". Destaque-se que o denunciante não esclareceu sobre quais licitações especificamente e em que hotéis ocorriam supostas reuniões. A Dra. Alessandra informou ter indagado ao informante quais pessoas participariam das reuniões e que este teria sido o fim da primeira ligação. Afirmou ter feito relatório por escrito e verbal ao Sr. Guilherme Ribas logo após receber, na sexta-feira, dia 19.12.03, a primeira ligação anônima.

Continuou a depoente a afirmar que na segunda ligação o informante teria passado o nome e telefone das pessoas que participaram do cartel e que ela pediu ao informante que fizesse novo contato, se tivesse informações adicionais. Informou ainda que nas duas vezes foi a mesma pessoa que entrou em contato com a Secretaria e que seria homem; que não teria como identificar o interlocutor; que procurou saber como o informante teria todas as informações para confirmar a veracidade dos fatos alegados (mas sequer teve a curiosidade de verificar o número do telefone do informante!!); que tentou descobrir se o informante trabalhava em alguma das empresas, mas que ele disse que não daria nenhuma pista neste sentido.

Com relação ao procedimento de denúncias anônimas, informou que é usual a SDE receber denúncias anônimas; que é comum que denúncias anônimas sejam feitas por telefone (apesar de ser comum, sequer olhou o número de onde partia a ligação e nem o verificou depois!!); que normalmente a SDE não procura identificar a origem da denúncia (o que está em **contradição com o depoimento do ex-funcionário Guilherme Ribas, abaixo analisado**); que seu telefone possui "bina", mas que não anotou o número. Contradizendo-se, ao final de seu depoimento, informou que "*essa foi a única denúncia anônima que lhe chegou por telefone de forma tão específica*".



Em aparente contradição, afirmou não existir norma interna sobre o tratamento a ser dado a denúncias anônimas e que nem a IBG nem o Sr. Newton Oliveira foram citados nominalmente pelo informante e que não sabe se a SDE tem registro das ligações. Quando questionada sobre qual o número direto em que a depoente teria recebido as denúncias, a pergunta - embora guardasse estrita correspondência com o tema relativo à forma procedimental com que foi recebida a dita denúncia e posteriormente aberto o processo investigatório - foi, todavia, *“indeferida por falta de pertinência”*, pela Diretora do DPDE, ou seja, pela própria autoridade administrativa a quem incumbe, a um só tempo, investigar e acusar, se a tanto convencida, mas que deveria manter toda a transparência acerca dos atos processuais, a bem dos princípios do contraditório e da impessoalidade. Ora, como será possível recuperar os registros de tais denúncias se o número de recebimento das mesmas não for relevado pela autoridade? Qual o motivo para tal recusa? A garantia da paridade processual, portanto, terá sido violada acaso a SDE mantenha em sigilo tais dados. Insta, assim, o seu fornecimento, com abertura de prazo para as Representadas requererem o que entenderem de direito, em complementação das diligências.

O depoimento da Dra. Fernanda Garcia Machado (fls. 1.629/1.634), Funcionária Pública Federal, corrobora as nulidades existentes no processo. Isso porque afirmou que participou da operação de busca e apreensão na AIR LIQUIDE e que foram feitas reuniões para discutir procedimentos da operação. Tais reuniões eram preparatórias e foram feitas na SDE. Houve uma reunião preparatória com a participação de promotores e com os delegados. Afirmou não ter havido orientações de como proceder na busca, porque *“isto está previsto em lei e não há necessidade de ter orientações”*.



Deixa claro, portanto, o depoimento que houve vulneração ao princípio do Promotor Natural, além de configurar que, a despeito da estrita finalidade do ofício judicial que requisitou os trabalhos da SDE, ela já estava agindo como parte, para instrumentalizar o Processo Administrativo, e não meramente como *expert*.

Quanto à formação de equipes, respondeu que uma equipe da Secretaria foi para São Paulo, sendo lá determinadas as subequipes que se dirigiram a cada uma das empresas, com representantes do Ministério Público, delegados, SDE e não tem certeza se agentes. A seleção dos documentos foi feita na presença de testemunhas avaliando-se melhor um documento que parecesse ter informações sensíveis.

Com relação à denúncia anônima informou que nunca recebera denúncia anônima e que *“não há orientação regimental, mas acredita que, como ocorrem em outros processos civis e penais, quando é recebida denúncia é lavrado termo”*. **Cumpra questionar: onde está autuado referido termo?**

Importa ainda destacar o depoimento prestado pelo Dr. Denis Alves Guimarães, servidor da SDE que trabalhou entre outubro de 2003 a maio de 2005 como técnico da CGAJ, Coordenador Geral Substituto da CGAJ e informalmente como assessor da Diretora do DPDE, uma vez que, ao contrário dos depoimentos dos servidores acima assinalados afirmou que em relação ao material apreendido na operação de busca e apreensão que outras pessoas da SDE permaneceram trabalhando na cidade por um dia a mais; que realizou trabalhos na delegacia durante os dois dias referidos, procedendo à *“uma análise mais minuciosa dos documentos”* e que acha que participaram dessa análise Guilherme Ribas, Marcel Santos, Patrícia Araújo, André Previato. Afirmou ainda que *“a idéia de se fazer uma busca e apreensão é procurar documentos que possam levar à abertura de um processo administrativo”*. Afirmou ainda o Sr. Denis que esse se trataria de caso de leniência”.

“(...) no tocante a entrega da referida nota técnica ao Promotor Mendroni foi a testemunha pessoalmente que a levou a São Paulo, ao que se lembra. (...) Ao ser questionado sobre se houve contatos telefônicos prévios com o Promotor Mendroni neste íterim, pela testemunha ou funcionários respondeu que provavelmente sim e que provavelmente teria sido ele próprio.

(...)

Ao ser questionado sobre se partiu da testemunha a indicação do Dr. Mendroni para figurar no ofício subscrito respondeu que a indicação foi feita pelo Secretário de Direito Econômico ou pela Diretora do DPDE;

(...)

Ao ser questionado se manteve contatos telefônicos periódicos a partir de dezembro de 2003 com o Dr. Mendroni sobre o andamento do procedimento de interceptação telefônica respondeu que não se recorda com exatidão, mas que provavelmente sim; Ao ser questionado se discutia com o Dr. Mendroni estratégia do procedimento criminal respondeu que não; Ao ser questionado se discutia o andamento do procedimento criminal respondeu que sim;”

(...)

Ao ser questionado se antes e depois da busca e apreensão manteve contatos com o Delegado Sérgio Guarda respondeu que sim antes e depois também para checar o andamento das investigações;”

No que se refere ao acesso às interceptações telefônicas confidenciais a testemunha afirmou que:

“Ao ser questionado se naqueles dias após a busca e apreensão teve acesso ao material de áudio resultante da interceptação telefônica respondeu que sim;” (grifos nossos)



Também merece destaque o depoimento prestado pelo Dr. **Guilherme Favaro Ribas (fls. 1.780/1.787)**, à época, Coordenador Geral de Análise de infrações nos setores de agricultura e indústria; uma vez que o mesmo, em harmonia com o depoimento prestado por Denis Alves Guimarães e em contradição com o da Alessandra Reis afirmou que recebiam denúncias por diversos modos (representações, denúncias, representações do Congresso etc.); que as *“denúncias anônimas eram profundamente investigadas e na CGAI, à época em que era coordenador geral, de modo a averiguar se a denúncia tinha cabimento dentro da estrutura de mercado em que a prática supostamente ocorria, quando a fonte, se era anônima, não tinham instrumentos para buscar sua identidade”*.

Afirmou ainda que a SDE possui “bina”, mas que pelo número identificado nem sempre é possível identificar a fonte e que não sabia se a técnica Dra. Alessandra Reis tentou alguma medida para identificar a fonte (embora ela tenha afirmado, como acima descrito ter feito relatório por escrito e verbal ao Dr. Guilherme Ribas logo após receber a primeira ligação anônima).

O restante do depoimento do Dr. Ribas revela-se um emaranhado de informações em que tenta em vão explicar a “agilidade da SDE” na elaboração de uma nota técnica em 22/12/03 a partir de uma denúncia recebida três dias antes, o acesso ao material de áudio resultante da interceptação telefônica, a atuação da SDE após a realização da busca e apreensão dos documentos, os contatos mantidos com o promotor Dr. Marcelo Mendroni e com o delegado, Dr. Sérgio Guarda, destacando-se os seguintes trechos:

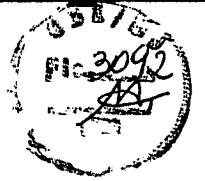


No que se refere ao vazamento de informações relativas às interceptações telefônicas, o delegado Sergio Ricardo Guarda (1.732/1.738) em seu depoimento tentou justificar o vazamento, e, ao contrário do quanto afirmado pelo Dr. Ribas, disse não lembrar-se se havia franqueado trechos do áudio ao representante da SDE ou ao jornalista César Tralli conforme se verifica nos trechos a seguir apresentados:

“Ao ser questionado sobre se tem conhecimento sobre se algum outro delegado ou agente teria dado o vazamento de informações, respondeu que não tem conhecimento e afirma ser praticamente impossível que tal tenha acontecido à luz da maneira como a investigação foi feita. Ao ser questionado sobre se existia outro órgão que teve acesso a este material colhido na interceptação telefônica, respondeu que, na totalidade não, mas parcialmente sim. Algumas cópias de trechos do áudio foram enviadas ao Ministério Público. Ao ser questionado sobre se chegou a comentar o teor das conversas interceptadas com o Sr. Guilherme Ribas, respondeu que não se recorda, mas não exclui a possibilidade que o Dr. Ribas tenha ouvido conversas havidas entre o Promotor de Justiça Marcelo Mendroni e a testemunha comentando o teor das gravações. Ressaltou que não via razão, para no entanto, ter essas conversas em frente do Dr. Ribas.

(...)

Ao ser questionado sobre se a veiculação em televisão de trechos de interceptação telefônica pelo jornalista César Tralli teria causado suspeitas na testemunha, respondeu que, após essa matéria, houve uma solicitação de informações por parte do Poder Judiciário sobre como o referido jornalista poderia ter tido acesso àquele tipo de material.”



Por fim, os depoimentos prestados pelos promotores Drs. Marcelo Mendroni (fls. 1.847/1853) e Gabriel César Zaccaria (fls. 1722/1726) e pelo Delegado de Polícia Dr. Marcelo Jacobucci (1.727/1731) tentam revestir de formalidade os “confusos” procedimentos adotados pela SDE como se pode verificar da análise dos termos constantes dos autos dos servidores envolvidos nos procedimentos aqui abordados.

V – Da ausência de provas econômicas para a conduta imputada à AIR LIQUIDE

Além das nulidades acima apontadas, no que se refere ao mérito do processo, já em sua defesa a AIR LIQUIDE evidenciou o fato de que não há nos autos qualquer análise das condutas supostamente anticompetitivas imputadas às Representadas, conforme determina a Lei n. 8.884/94 e a Resolução CADE n. 20/99. Desde a defesa até o momento presente de encerramento da instrução, verifica-se, ao contrário do que em vão pretende a SDE, a ausência de qualquer análise ou evidência econômica de qualquer conduta anticompetitiva praticada pela AIR LIQUIDE.

Na realidade, cabia à SDE demonstrar, para fins de caracterização de infrações concorrenciais, o NEXO DE CAUSALIDADE entre as práticas imputadas à AIR LIQUIDE (Lei 8.884/94, art. 21) e os efeitos mencionados no artigo 20 do mesmo diploma legal, quais sejam, restrição à concorrência, dominação de mercados relevantes, exercício abusivo de posição dominante ou obtenção de lucros arbitrários, ainda que não alcançados esses objetivos.

Para tanto, fazia-se necessária uma análise substancial do caso – certamente mais detalhada do que aquela realizada pela Nota Técnica do DPDE, que embasou a abertura de processo administrativo – passando por todas as etapas imprescindíveis às investigações dessa natureza.

3093
A

Essas etapas encontram-se sistematizadas no Anexo II, Parte A da Resolução 20/99 do CADE. São elas: (a) a caracterização da conduta; (b) a verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos; (c) a delimitação dos mercados relevantes; (d) a estimativa das participações da empresa, ou conjunto de empresas, nos mercados relevantes; (e) a análise das condições concorrenciais nos mercados relevantes; (f) a avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre estes mercados; (g) o exame dos possíveis ganhos de eficiência econômica ou outros benefícios gerados pela conduta; e (h) o balanço final dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta. Ora, tal análise até o momento, não ocorreu.

Observe-se, adicionalmente, que a mera existência de efeitos anticompetitivos, reais ou potenciais, também não é suficiente para que uma determinada conduta seja considerada prejudicial à ordem econômica e punida nos termos da Lei 8.884/94. Para tanto, **faz-se necessária a análise de eficiências e outros benefícios, seguida de um balanço final negativo, ou seja, em que os efeitos prejudiciais preponderam sobre os possíveis benefícios. Isso porque o sistema jurídico pátrio não admite infrações *per se* à ordem econômica.**

Desse modo, ainda que se admitisse, por indeclinável ônus processual, que fossem verdadeiras as acusações contra a AIR LIQUIDE – e não são! – e que as condutas investigadas prejudicam a concorrência, a análise antitruste realizada pelo SBDC não poderia deixar de considerar as eficiências inerentes às condutas em questão.

Em suma, não havia à época da defesa apresentada pela AIR LIQUIDE – e continua não havendo nos autos a adequada análise das condutas imputadas às Representadas e de seus efeitos nos mercados relevantes – os quais sequer foram delimitados adequadamente – de modo que qualquer conclusão a respeito da existência de infração à ordem econômica resta prejudicada. O que se vê

a.

3094
AAI

nos autos é meramente a existência de ofícios enviados pela SDE para coletar informações que, que ao que tudo indica, seriam utilizadas para a delimitação dos mercados relevantes. Tais ofícios foram respondidos poucos dias antes do encerramento da instrução. Cabe indagar: qual a análise que foi feita pela D. SDE de tais dados em tão pouco tempo?

Conforme mencionado pela AIR LIQUIDE em sua defesa, sua linha de produtos inclui uma variedade de gases e serviços a estes associados, que são oferecidos para diversos segmentos industriais – incluindo as indústrias siderúrgica, petroquímica, química, vidros, eletrônica, papel e celulose, metalúrgica, alimentos, e aeroespacial – e para hospitais e clínicas de saúde. O processo administrativo em curso envolve a totalidade dos produtos caracterizados como do setor de gases industriais e medicinais.

Deste modo, na dimensão do produto, o presente processo administrativo envolve quatro mercados relevantes distintos, a saber: (i) mercado de gases do ar; (ii) mercado de dióxido de carbono; (iii) mercado de hidrogênio; e (iv) mercado de gases especiais. No que se refere a sua dimensão geográfica, os elevados custos de transporte dos diversos tipos de gases sugerem uma definição de diversos mercados regionais. Contudo, verifica-se que até o momento, não há nos autos qualquer análise da SDE quanto a definição de tais mercados!

Sem que a delimitação dos mercados relevantes tenha sido realizada, é evidente que a SDE não estabeleceu as premissas necessárias para que as condições de concorrência em que as Representadas atuavam e atuam fossem analisadas com um mínimo de objetividade e rigor técnico.

338/164
3095
AD

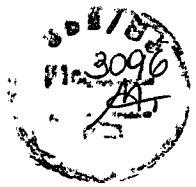
Ora, como pode a AIR LIQUIDE apresentar suas alegações finais sendo que até o momento sequer sabe quais são os mercados relevantes nos quais as autoridades consideram que a prática teria sido implementada?

Ademais, conforme apontado em sua defesa, convém ressaltar que a teoria econômica identifica algumas condições necessárias, mas não suficientes, para que empresas sejam capazes de adotar um comportamento colusivo prejudicial à concorrência, na medida em que se associam à capacidade das empresas de exercer poder de mercado. Neste sentido, uma prática restritiva de formação de cartel será bem-sucedida apenas se seus membros possuírem uma parcela significativa do mercado, a demanda for relativamente inelástica e existirem significativas barreiras à entrada, de maneira que as empresas estabelecidas se encontrem bem protegidas contra as pressões competitivas de entrantes potenciais. Além disso, a manutenção de um cartel tende a ser facilitada em mercados nos quais não há diferenciação de produto e as condições de custos e demanda são estáveis.

Uma análise dos parâmetros estruturais da concorrência nos mercados relevantes indica que, no caso dos mercados de gases industriais e medicinais, várias das condições citadas não estão presentes, dado que:

(i) estes mercados se caracterizam pela ausência de barreiras à entrada do ponto de vista do acesso à tecnologia. A tecnologia de separação e produção de gases é bem conhecida, inclusive sendo ensinada em cursos de engenharia, engenharia química e química, e reproduzida em laboratórios, não constituindo, portanto, fonte de barreiras à entrada de novos competidores. Assim, caso os preços praticados fossem persistentemente superiores aos preços competitivos, novos competidores poderiam facilmente reunir os ativos tecnológicos para atuar nos mercados relevantes;

Q-



(ii) as estimativas da AIR LIQUIDE indicam que o capital necessário para a construção de uma planta de separação de gases seria da ordem de trinta milhões de reais, investimento relativamente pequeno frente ao tamanho do mercado em questão (da ordem de dois bilhões de reais – ou setecentos e vinte e sete milhões de dólares – em 2002), o que também favorece a entrada de novos concorrentes;

(iii) não existem dificuldades, para um entrante potencial, no que se refere ao acesso às matérias-primas necessárias para a produção dos gases. É importante notar que um dos insumos de maior peso no custo de produção dos gases – a eletricidade – é oferecido em igualdade de condições para empresas incumbentes e entrantes potenciais;

(iv) embora os gases em si sejam produtos homogêneos, estes são usualmente oferecidos com a agregação de diversos serviços, o que dificulta qualquer tentativa de implementação de acordos de fixação de preços entre concorrentes.

(v) existem particularidades na formação dos preços de venda dos gases que afetam as negociações com cada cliente: nível de investimento necessário não para a sua produção, mas, também, para o seu consumo; logística de distribuição envolvidas no atendimento do cliente usuário do produto no processo produtivo; níveis de consumo.

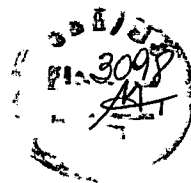
Desta forma, resta claro que os mercados em questão não reúnem as principais condições estruturais necessárias para instalação e manutenção de um cartel. Tal afirmação ganha força quando se verifica que desde a instauração do presente processo até o encerramento de sua instrução não há qualquer nova prova ou análise produzida por esta D. Secretaria!! Onde está, portanto, a prova da formação de cartel?



Como antes afirmado pela AIR LIQUIDE em sua defesa, além da ausência de provas de formação de cartel, ausência de condições estruturais para a formação de cartel no setor e da ausência de qualquer análise pela SDE, a atuação recente da AIR LIQUIDE tem sido marcada pela implementação de uma persistente estratégia de expansão da sua capacidade produtiva, detalhadamente descrita em sua defesa de fls., que resultou em um aumento expressivo da ociosidade em sua capacidade instalada. Este aumento indica a intenção de continuar com uma política de mercado agressiva em relação a seus competidores, buscando aumento ainda maior de sua participação e, portanto, a utilização eficiente dessa capacidade. Logo, a empresa possui fortes incentivos para aumentar sua produção e ampliar a taxa de utilização de suas unidades produtivas, o que significa um comprometimento irreversível com uma estratégia agressiva de expansão, que é incompatível com qualquer tipo de conduta concertada voltada para a redução ou eliminação da rivalidade em seus mercados de atuação.

Nestas condições, a participação em um cartel, que fatalmente implicaria uma manutenção das participações de mercado correntes, limitando a expansão das vendas de cada empresa ao crescimento vegetativo da demanda, seria, sem qualquer sombra de dúvida, claramente contrária aos interesses da AIR LIQUIDE.

Conforme apontado em sua defesa de fls., entre 1996 e 2002 a AIR LIQUIDE praticamente dobrou seu *market-share* (de 8,4% em 1996 para 16,5% em 2002), apresentando clara tendência de expansão, em detrimento, principalmente, da empresa líder no setor, a White Martins, cuja participação passou 71,8% para 61,3%, sofrendo uma perda da ordem de 14,6%. Ao longo da implementação de sua estratégia de expansão, a AIR LIQUIDE tornou-se a segunda maior empresa do setor, posição que antes era ocupada pela AGA - a qual, nesse processo, perdeu 7,8% de sua parcela do mercado.



Ora, não é racional supor que uma empresa comprometida com uma estratégia de expansão, que vem desde 1996 obtendo parcelas significativas de mercado (em detrimento de seus concorrentes), e que efetuou recentemente significativos investimentos em ampliação de capacidade produtiva, faria algum tipo de acordo cujo resultado fosse a preservação do *status quo* de participações nos mercados relevantes. **A hipótese de que a empresa adotaria uma conduta horizontal do tipo “cartel” torna-se, portanto, altamente irracional – e, portanto, improvável - do ponto de vista econômico.**

A diferença entre as participações de mercado da empresa-líder e da AIR LIQUIDE constitui também um fator que indica a improbabilidade desta última participar de qualquer acordo colusivo de divisão de mercado. Dadas as estruturas de mercado atuais, a White Martins certamente seria a grande beneficiada de qualquer acordo colusivo que impusesse uma preservação indefinida das participações de mercado correntes, enquanto a AIR LIQUIDE ficaria condenada a uma posição secundária nos mercados relevantes em questão, tendo que se contentar com uma expansão das vendas muito aquém da desejada, o que prejudicaria decisivamente sua lucratividade e médio e longo prazos.

No que se refere especificamente à participação da AIR LIQUIDE em licitações, a análise dos dados revela uma forte evidência de que esta empresa, durante o período 2001-2004, não participou de qualquer conluio com concorrentes com o objetivo de dividir clientes e restringir a concorrência ou rivalidade. Se tal hipótese fosse verdadeira, necessariamente se observaria que a base de clientes da AIR LIQUIDE teria pouco se alterado em sua composição durante os últimos cinco anos, quando as informações disponíveis indicam que se verificou justamente o contrário.

3099
AJ

A tabela a seguir sintetiza a participação da AIR LIQUIDE em licitações de gases industriais e medicinais, durante o período 2001-2004. A análise dos números apresentados indica que:

(i) no período considerado, a AIR LIQUIDE realizou um esforço continuado de expandir suas vendas e sua base de clientes, que se manifestou na **participação em um número crescente de licitações**. Em 2003, por exemplo, a empresa participou de 206 licitações, mais do que o dobro do número de licitações em que participou em 2001.

(ii) o esforço empreendido de conquista de novos negócios gerou resultados substanciais, como indica **o crescimento do número de licitações ganhas**, que passou de 41, em 2001, para 80 no ano seguinte e 85 em 2003;

(iii) apesar da natural tendência dos clientes de gases de serem fiéis aos seus fornecedores tradicionais, **a estratégia agressiva de expansão da AIR LIQUIDE lhe permitiu expandir sua base de clientes, conquistando um número substancial de clientes que vinham sendo atendidos por seus concorrentes**. Como se constata na última linha da tabela, a participação de novos clientes no total de clientes atendidos pela AIR LIQUIDE se expandiu continuamente ao longo do período em análise, passando de 8,5% em 2001 para 33,3% em 2004.

a.

3100
A

Tabela I Resumo das Licitações com Participação da AIR LIQUIDE				
	2001	2002	2003	2004 (até abril)
Quantidade Licitações com a Participação da AIR LIQUIDE	99	157	206	50
Licitações Ganhas pela AIR LIQUIDE	41	80	85	26
Número Total de Clientes Atendidos pela AIR LIQUIDE	35	65	63	21
Número de Novos Clientes Atendidos pela AIR LIQUIDE	3	14	20	7
Novos Clientes / Clientes Atendidos (%)	8,5%	21,5%	31,7%	33,3%

Obs: Os "novos clientes" são clientes que, imediatamente antes da licitação, não vinham sendo atendidos pela AIR LIQUIDE, mas por seus concorrentes. Incluem tanto clientes que nunca haviam sido atendidos pela AIR LIQUIDE, quanto clientes que haviam sido perdidos para concorrentes no passado e foram reconquistados no ano em referência.

Portanto, uma análise objetiva das condições de operação dos mercados em questão indica, sem sombra de dúvidas, que a estratégia de atuação da AIR LIQUIDE é claramente pró-competitiva e incompatível com a hipótese de adoção de práticas colusivas.

Verifica-se, deste modo, que a instrução do processo administrativo ora sob análise foi encerrada, sem, contudo, haver qualquer prova ou ao menos indício das condutas imputadas à AIR LIQUIDE, devendo o mesmo ser imediatamente arquivado!!

a.

33812
3101
AA

V- Do Pedido

Por todo o exposto, diante das nulidades perpetradas e considerando a ausência de provas que possam imputar à AIR LIQUIDE a prática de qualquer conduta anticompetitiva, reitera-se o pedido de **imediate arquivamento do presente processo administrativo**, recorrendo de ofício a SDE ao CADE, nos termos do artigo 39, parte final, da Lei 8.884/94.

Termos em que,

P. Deferimento.


De São Paulo para Brasília aos 22 de janeiro de 2007

José Del Chiaro Ferreira da Rosa
OAB/SP nº 57.341
OAB/DF nº 1794/A

Daniela de Carvalho Mucilo
OAB/SP nº 130.547

Tatiana Lins Cruz
OAB/SP nº 189.110

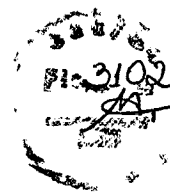
Luciano Rolo Duarte
OAB/SP 128.709


Andrea Fabrího Hoffmann Formiga
OAB/DF nº 18.575

COPIA JUNTADA ESTE PROCESSO da res-
posta ao Despacho nº
14/07, pela White Martins
Gases Industriais.

QUE PASSAM À C. DE FLG. 3102/3103.
SDE/MJ, 24 / 01 / 07.
Martins.

FRANCESCHINI
e MIRANDA
Advogados



José Inácio Gonzaga Franceschini
Custódio da Piedade U. Miranda
Fernando Eduardo F. Ferreira
Thays R. Martins Fontes Moreira
José Alberto Gonçalves da Motta
Gianni Nunes de Araujo
Ana Carolina Pinto Couri
Paulo Messias Pedrassoli
Walter Basilio Bacco Júnior
Camila Castanho Girardi
Sandra Gomes Esteves
Maria Eugênia Del Nero Poletti
Camila Pimentel Porto Doria
Bruno Greca Consentino
Flávia Maria Pelliciani
Bruna Cantergiani
Cristhiane Helena Lopes Ferrero

Av. Brfg. Faria Lima, 1461 - 13º andar - Torre Sul - São Paulo - SP - 01451-904
Tel.: + 55 11 3095-2566 - Fax: + 55 11 3813-9693
adv-fm@fm-advogados.com.br

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA
ECONÔMICA – DPDE

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO – SDE

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – MJ

J. M. S.

Eric H. J. Jasper
Coordenador Geral
CGA / DPDE / SDE / MJ

24.04.07

SDE/GAB/CAPRO

Coordenação de Apoio Processual



08012.000530/2007-13

Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70

Secretaria de Direito Econômico/SDE/MJ
08012.000530/2007 - 22/Jan/2007-14:48

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.
(doravante designada “WHITE MARTINS”), devidamente qualificada nos autos do Processo Administrativo em referência, por seus advogados, vem, respeitosamente, tendo tomado ciência do Despacho nº14, proferido pela Ilustre Secretária Substituta de Direito Econômico em 11/01/2007, que determinou a reabertura do prazo de 10 (dez) dias para apresentação das Alegações Finais, expor e requerer o que segue:

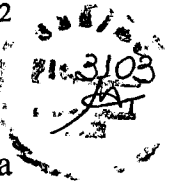
Como é sabido, em 13 de dezembro de 2006, a **WHITE MARTINS** impetrou Mandado de Segurança contra ato coator do Ilmo. Secretário de Direito Econômico, requerendo a suspensão do presente, até que fosse decidida questão prejudicial pendente.

O MM. Juízo da 17ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal concedeu medida liminar para “*para suspender o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, interrompendo o prazo para a impetrante apresentar alegações finais*”.

Assim sendo, a Representada deixou de apresentar as Alegações Finais naquela oportunidade, reservando-se o direito de fazê-lo no momento processual oportuno, quando válida e legalmente renovado o prazo para tanto.

FRANCESCHINI
e MIRANDA
Advogados

2



Nestes termos, não obstante a informação divulgada mediante o mencionado Despacho que teria sido proferida sentença nos autos do Mandado de Segurança retro e que esta teria sido juntada ao presente, esta Representada não foi intimada pelo MM. Juízo da 17ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal a esse respeito. Conseqüentemente, a decisão liminar e respectivos efeitos permanecem em vigor.

Assim sendo, a Representada informa, *data venia*, que está aguardando a intimação oficial do MM. Juízo, para então tomar as medidas que entender cabíveis na ocasião, incluindo-se a interposição dos competentes recursos, se for o caso, recursos estes que inclusive deverão ter o condão de suspender a eficácia da mencionada decisão, reservando-se, assim, o direito de apresentar respectivas Alegações Finais, quando estiver, de fato, correndo o prazo para tanto.

Termos em que,
Pede Deferimento.

De São Paulo para Brasília, 22 de janeiro de 2007.

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.

p.p. _____
José Inácio Gonzaga Franceschini
OAB/SP 28.711

p.p. _____
Camila Castanho Girardi
OAB/SP 175.500

p.p. _____
Maria Eugênia Del Nero Poletti
OAB/SP 165.104

-AÇO JUNTADA ESTE PROCESSO de alega
ções finais, encaminhada
por Carlos Alberto Cui
zine e outros

SUE PASOAM 12 15 13 FLS. 3104/3192.

SDE/MJ, 24 / 03 / 07.

Marinês



ILMO. SR. SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO –
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Paulo Albert Weyland Vieira
Cláudio J. G. Guerreiro
Fabio Leonel de Rezende
Marcelo S. Barbosa
Viviane Nunes Araújo Lima
Luiz André Nunes de Oliveira
José Luis Camargo Jr.
Giovanni C. L. Biscardi
Newton de Souza Jr.

Carlos Henrique Barroso
Fernando B. de Azevedo Barros
Claudio Oksenberg
Juliana Baptista Marçal
Fabio Cesar Galgato Gazzoni
Maria Cecília do Rego Macedo
Ricardo C. Ariani Filho
Fernanda Ferreira Bastos
Daniela Castro Peçanha
Isabel Baldaque Quintella
Breno Ladeira Kingma Orlando
Priscila Bertoldi Cesário
Rafael de Moraes Amorim
Alberto Weyland Vieira
Luiz de Jesus Tropardi Filho
Felipe Duvivier de A. Mello
Daniel Guerra Gunzburger
Lucas Maia Bisso Quevedo
Sergio Rozenblum
Simone Eliza Martins Pereira
Mariana Coelho Castello

Consultor Financeiro e de
Mercado de Capitais
L. Nelson Carvalho

Consultora de Concorrência e de
Regulação Econômica
Lucia Helena Salgado e Silva

VERSÃO PÚBLICA

SDE/GAB/CAPRO

Coordenação de Apoio Processual



08012.000552/2007-75

JUNTE-SE.

Eric Waldmann Jasper
Coordenador Geral
GAB / DPOE / SDE / MJ

24.01.07

Autos nº 08012.009888/2003-70

CARLOS ALBERTO CEREZINE, GILBERTO GALLO e
VITOR DE ANDRADE PEREZ, já qualificados no curso do
Processo Administrativo em referência, denominados em conjunto
como “Representados”, vêm, respeitosamente, por seus advogados
abaixo assinados, em atenção ao despacho do Secretário, publicado no
Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2007, apresentar suas
tempestivas

ALEGACÕES FINAIS

sob os fundamentos a seguir expostos:

Secretaria de Direito Econômico/SDE/MJ
080.2.000552/2007 - 22/Jan/2007 - 17:57

Av. Presidente Wilson 231 18º andar
20030 021 Rio de Janeiro RJ
tel (21) 2217-2888 fax (21) 2217-2887

Rua Iguatemi 192 12º andar
01451 010 São Paulo SP
tel (11) 3704-3999 fax (11) 3704-3960

www.vrbg.com.br



I – DA TEMPESTIVIDADE

Em 11 de janeiro de 2007, foi publicado no Diário Oficial da União despacho determinando às partes a apresentação de alegações finais, no prazo de 5 (cinco) dias, a ser contado em dobro, nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.884/94 cumulado com o artigo 191 do Código de Processo Civil. Tempestiva, portanto a apresentação destas alegações finais, posto que o prazo final para fazê-la é 22 de janeiro de 2007.

II – DA CONFIDENCIALIDADE

Ressalta-se, que o presente documento traz informações personalíssimas sobre a vida dos Representados, assim como dados estratégicos das empresas nas quais trabalham ou já trabalharam. Por essa razão, pede-se a confidencialidade das informações fornecidas e apresenta-se as alegações finais em uma versão confidencial e outra pública, em atenção à garantia constitucional do direito à intimidade e nos termos previstos na Portaria MJ nº 4/2006.

A confidencialidade requerida estende-se inclusive aos demais representados no Processo Administrativo, aos quais não deve ser deferida vista ou cópia da versão confidencial, à **exceção da empresa Air Products**, tendo em vista a relação empregatícia que mantém com os Representados.

III – DAS IRREGULARIDADES PROCESSUAIS COMETIDAS PELA SDE NO PRESENTE PROCESSO ADMINISTRATIVO

3.1 – DA DENÚNCIA ANÔNIMA

O Processo Administrativo em epígrafe teve início através de denúncia anônima recebida pela Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), na qual um indivíduo que pretensiosamente “garantiu conhecer profundamente o setor de gases industriais” (conforme afirma a SDE às fls. 02) lançou uma infundada suspeita de que:



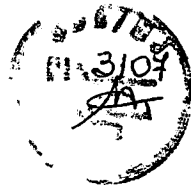
“as empresas Air Products, White Martins, Air liquid e AGA formam um ‘poderoso’ cartel que divide o mercado nacional de gases industriais por clientes e que participam em conluio de licitações públicas” (grifos nossos)

Conforme se demonstra à exaustão, o aludido denunciante incorre em absoluta ignorância quanto à estruturação do mercado de gases industriais, quanto ao comportamento dos agentes econômicos nele atuantes, bem como quanto às características de um cartel.

Desconhece o denunciante, certamente, que a concorrência nesse setor acirra-se a cada dia, quer com o aumento no volume de oferta ao mercado, quer na disputa em preços, tornando o mercado cada vez mais competitivo. Tanto isso é verdade, que o Sr. José Roberto Camargo, sócio minoritário do Hospital CV em Curitiba, que exerceu a função de diretor administrativo do referido hospital por dois anos, reconheceu, na qualidade de testemunha a variação de preços no mercado de gases:

“Ao ser questionado sobre como foi a evolução dos preços no mercado de oxigênio medicinal, respondeu que tem experiência específica de um período de quatro anos, de 1998 a 2002, em que o preço caiu de R\$ 2,00, aproximadamente, para R\$ 0,98.”

Assim, pode-se afirmar que a SDE agiu de forma imprudente e prematura, ao dar guarida a acusações promovidas por pessoa que sequer quis se identificar – certamente para não correr o risco de sofrer as medidas judiciais cabíveis em decorrência de acusações caluniosas – e que não forneceu à Secretaria qualquer indício capaz de embasar a existência da conduta que denunciava. Ao contrário, adiante restará amplamente comprovado que as alegações do denunciante não resistem a qualquer análise mais aprofundada, até mesmo porque, reforça-se *ab initio*, os dados econômicos desmentem veementemente as alegações do denunciante.



Ademais, a forma como esta Secretaria recebeu a denúncia anônima e deu o andamento subsequente, demonstra a imensa falha existente no processo administrativo, como se verificou nos depoimentos colhidos ao longo do mesmo. É o que se extrai do depoimento do coordenador da CGAI à época, Dr. Guilherme Favaro Ribas:

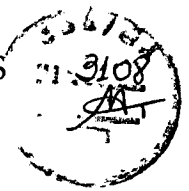
“Ao ser questionado sobre se conheceria a repulsa da Constituição Federal de 1988 ao anonimato respondeu que não; Ao ser questionado sobre a forma como a SDE averiguava a verossimilhança das eventuais denúncias ou informações a ela prestadas respondeu que as denúncias anônimas eram profundamente investigadas e na CGAI, à época em que era coordenador geral, de modo a averiguar se a denúncia tinha cabimento dentro da estrutura de mercado em que a prática supostamente ocorria, quando a fonte, se era anônima, não tinham instrumentos para buscar sua identidade”. (grifos nossos)

Embora o coordenador geral da CGAI à época da denúncia anônima não soubesse, reza a Constituição Federal em seu artigo 5º:

“IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”
(grifos nossos)

Entretanto, ao fazer tais declarações, o então coordenador geral da CGAI, embora desconhecesse a repulsa constitucional ao anonimato, e o fato de que estava violando o direito de resposta dos Representados, reconhece que denúncias anônimas deveriam ser examinadas para se verificar se teriam cabimento. Entretanto, vê-se que a SDE àquele momento, deu andamento não apenas ao início de uma averiguação preliminar, mas até sugeriu ao Ministério Público do Estado de São Paulo que buscasse a concessão de escutas



telefônicas sem sequer ter iniciado tal verificação. É o que se extrai das declarações da Dra. Fernanda Garcia Machado, à época membro da CGAI:

“Ao ser questionada sobre qual foi sua participação no caso, respondeu que estava em período de recesso à época que foi recebida a denúncia anônima e apenas após o seu retorno tomou ciência de que haveriam fatos a serem investigados; (...) Ao ser questionada sobre qual teria sido sua participação a partir do seu retorno, a partir do procedimento autuado passou a fazer pesquisas sobre o mercado de gases, e sobre os demais processos e procedimentos existentes na SDE sobre o mesmo mercado. Ao ser questionada sobre o tipo de informações que estavam sendo levantadas durante essa pesquisa, respondeu que foram levantados dados gerais para atualizar andamento das investigações em curso na secretaria, assim como informações gerais sobre o mercado de gases; (...) Ao ser questionada sobre quais informações relativas às empresas foram levantadas durante a pesquisa, respondeu que levantou informações como participação de mercado das empresas, qual era a maior, todos os agentes que atuavam no mercado, e outras informações genéricas”. (grifos nossos)

Ora, se a Secretaria, no momento do retorno do recesso da Dra. Fernanda Garcia Machado sequer sabia “qual era a maior” empresa do setor, fica óbvio que a SDE precipitou-se em seus procedimentos.

Vê-se ainda, que parece ser prática comum na SDE a desconsideração do preceito constitucional que repudia o anonimato, pelo que se entende do depoimento colhido da Dra. Alessandra Viana Reis, também coordenadora desta Secretaria:

“Ao ser questionada sobre se é usual a SDE receber denúncias anônimas, respondeu que sim. Ao ser questionada sobre se é



comum que denúncias anônimas sejam feitas por telefone, respondeu que sim. Ao ser questionada sobre se a SDE usualmente investiga a identidade do informante anônimo, afirmou que, normalmente, não é procurado identificar a origem da denúncia". (grifos nossos)

Ressalte-se que, embora ignorado pela SDE, a repulsa constitucional ao anonimato é trazida para vários textos infraconstitucionais, tais como a Lei nº 8122, de 11 de dezembro de 1990:

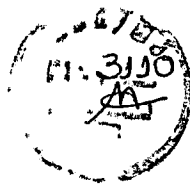
"Art. 144 As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade". (grifos nossos)

Ou ainda a Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999:

"Art. 6º O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados:

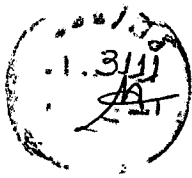
- I – órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;*
- II – identificação do interessado ou de quem o represente;*
- III – domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;*
- IV – formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;*
- V – data e assinatura do requerente ou de seu representante.*

Parágrafo único. É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas". (grifos nossos)



Como se não bastasse, o repúdio ao anonimato também é reconhecido pela jurisprudência:

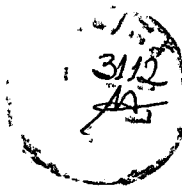
“HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. DEFLAGRAÇÃO A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. VEDAÇÃO DO ANONIMATO. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. – Hábeas Corpus cujo objeto é o trancamento do inquérito policial nº 320/02 (2002.51.02.003278-5), deflagrado a partir de denúncia anônima, com o escopo de investigar o ora paciente, Procurador-chefe do Instituto Nacional do Seguro Social em Niterói, por suposto envolvimento no rateio de honorários advocatícios com procuradores credenciados da Procuradoria de Duque de Caxias, e pela contratação de parentes, incorrendo, assim, nas sanções dos artigos 288, 316 e 317, do Código Penal. – Notícia a ação de Hábeas Corpus que o ora paciente, Procurador-chefe do Instituto Nacional do Seguro Social de Niterói, estaria sendo vítima de constrangimento ilegal, decorrente da instauração de inquérito policial deflagrado a partir de uma “carta anônima”, cujo relato atribui ao mesmo a prática de irregularidades no exercício de suas funções. - Com efeito, a deflagração de investigação criminal a partir de denúncia anônima não há que prevalecer. – A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, IV, é taxativa ao negar o anonimato. A denúncia anônima não pode, evidentemente, servir de base para qualquer condenação, questão pacífica, como não pode, da mesma forma, servir de base sequer para o deferimento de medidas que importem em restrição de direito individual. – Tais expedientes não têm validade, pois primeiro dever-se-ia averiguar da veracidade dessa informação, isto é, deve-se proceder a uma diligência prévia que verifique a procedência da notícia, e se houver indícios de que é procedente,



aí sim, eventualmente pode-se iniciar a persecução criminal. Entretanto, não se verificou nenhuma precaução nesse sentido. – É muito temerário submeter o cidadão a um degradante processo de investigação criminal, sem que haja qualquer comprovação de fatos, meramente em decorrência de constatar a falta de veracidade das alegações. – Ademais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, erigiu-se à categoria de direito fundamental o princípio da não-culpabilidade, artigo 5º, LVII, descabendo qualquer tentativa de violação de seus ditames. – Diante de tais assertivas, resta indubitoso que ambos os procedimentos apresentam-se eivados da irregularidade, posto que afrontam disciplina constitucional. – Ordem concedida, para determinar o trancamento do inquérito policial nº 320/2002, tombado sob o nº 2002.51.02.000456-0 -, em curso no Juízo Federal da 1ª Vara de Niterói”. (grifos nossos)

Ao iniciar investigação, inclusive sugerindo ao Ministério Público do Estado de São Paulo que realizasse escutas telefônicas, invadindo a privacidade dos representados, sem sequer verificar a verossimilhança das alegações contidas na denúncia, violou esta SDE direitos fundamentais dos Representados.

Portanto, em que pese os Representados desconhecerem a razão da denúncia, não pode ser outra a conclusão de que se trata de pessoa que age de má-fé, buscando induzir a autoridade em erro, ao fazê-la movimentar a máquina estatal para apurar infração à ordem econômica que jamais foi perpetrada e – pior – que não encontra um mínimo suporte no plano dos fatos.



3.2 – DA INCONSISTÊNCIA NA AFIRMAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ANÔNIMA

Deve-se ainda, diante de diversos depoimentos colhidos ao longo do processo administrativo, questionar se de fato ocorreu a denúncia anônima.

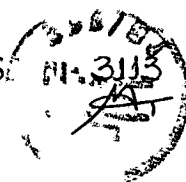
Depoimentos dos próprios integrantes da SDE, à época das investigações, geram dúvidas a respeito da existência da denúncia anônima, como o depoimento do Dr. Denis Alves Guimarães:

“Ao ser questionado se saberia se houve acordo de leniência nesse caso respondeu que acha que houve; (...) Ao ser questionado sobre de onde extraiu a impressão de que haveria um acordo de leniência respondeu que não se lembra, que há casos de acordo de leniência e há casos de denúncia e que esse se trataria de caso de leniência”. (grifos nossos)

Além da dúvida levantada pelo Dr. Denis Alves Guimarães, a descrição dos fatos pelos demais membros da SDE que participaram das investigações, em seus depoimentos, não parece descrever fatos verossímeis. Senão vejamos:

Ao descrever a forma como recebeu a denúncia anônima, a Dra. Alessandra Viana Reis, coordenadora desta SDE, declarou:

“Ao ser questionada sobre se lembra de como ocorreu a denúncia no dia 19 de dezembro de 2003 e qual o seu teor, respondeu que recebeu telefonema passado por uma das secretárias da SDE informando que haveria uma pessoa querendo fazer denúncia. Ao ser questionada sobre se teria havido apenas um telefonema, respondeu que, inicialmente, houve um telefonema. Ao ser questionada sobre qual o teor do telefonema, respondeu que a



peessoa informou que teria conhecimento de que haveria cartel no setor de gases industriais, que não se identificaria, mas que poderia passar informações à Secretaria (...) Ao ser questionada sobre se se lembra como ocorreu, o dia e o teor de uma ligação recebida no mês de dezembro, respondeu que recebeu nova ligação na segunda-feira, na qual foi informado que haveria um código de cores que identificava as empresas participantes do cartel (...) Ao ser questionada sobre qual teriam sido as providências tomadas dentro da SDE após o recebimento das ligações, respondeu que fez relatório das ligações, tanto da sexta-feira, como da segunda-feira, e na própria sexta-feira, teria dado conhecimento do relatório ao coordenador-geral responsável pelo setor de gases industriais. Ao ser questionada sobre se o relato da informação recebida foi feito por escrito, respondeu que o fez por escrito e, também, de forma verbal. Ao ser questionada sobre se a testemunha se lembra o horário que passou a informação ao coordenador geral, respondeu que não se lembra o horário, mas o fez logo após o recebimento da denúncia (...) Ao ser questionada sobre a duração aproximada de cada uma das conversas telefônicas, respondeu que não lembra exatamente, mas devem ter sido conversas breves de cerca de 20 minutos cada”

Por sua vez, o Dr. Guilherme Favaro Ribas, coordenador geral do setor, que deu encaminhamento à denúncia, declarou:

“Ao ser questionado sobre se saberia como o ofício n. 7072/2003/DPDE/GAB teria chegado às mãos do Promotor de Justiça Marcelo Mendroni no dia 22/12/2003 respondeu que em primeiro lugar a referida nota técnica de fls. 05/14 é fácil de ser feita tendo em vista que a partir de 2003 a SDE começou a trabalhar com minutas de notas técnicas (por exemplo pedido de

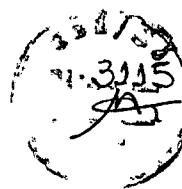


busca e apreensão a AGU, notas contendo denúncias de possíveis crimes concorrenciais e etc), e que as representadas desse processo são “velhas conhecidas” da SDE, havendo portanto, muitas informações de mercado que auxiliaram na rápida elaboração da referida nota, em segundo lugar, no tocante à entrega da referida nota técnica ao Promotor Mendroni foi a testemunha pessoalmente que levou-a a São Paulo, ao que se lembra”. (grifos nossos)

Como já apontado, apenas após o retorno da Dr. Fernanda Garcia Machado é que foram levantadas as informações genéricas sobre o setor, inclusive sobre “qual era a maior” entre as empresas, de forma que a facilidade com que se alega ter sido elaborada a nota técnica, não é real. Aliás, essa facilidade é também desmentida por outros depoimentos como o da Dra. Patrícia Agra Araújo, à época, também integrante desta SDE:

“Ao ser questionada sobre se participou de nota técnica datada de 22 de dezembro de 2002 elaborada pelo Dr. Guilherme Ribas, respondeu que não. Ao ser questionada se a referida nota técnica é considerada uma nota-padrão, respondeu que parece nota técnica como as demais elaboradas pela SDE. Ao ser questionada sobre quanto tempo demoraria para elaborar a referida nota técnica, respondeu que não sabe dizer porque trabalhava em outra coordenação-geral, diferente da do dr. Guilherme Ribas. Ao ser questionada sobre se já fez nota técnica como a referida, respondeu que a nota não parece complexa de ser feita por um técnico da SDE. Ao ser questionada, uma vez mais, sobre quanto se estima que se demoraria para fazer a nota, em horas, respondeu que de duas a três horas.” (grifos nossos)

Tal “facilidade” é desmentida também pela Dra. Alessandra Viana Reis, de forma ainda mais séria:



“ Ao ser questionada sobre quanto demoraria para fazer uma nota técnica como a de 22 de dezembro, respondeu que é muito variável, uma vez que depende dos conhecimentos prévio de setor. Ao ser questionada sobre quanto tempo deveria demorar a elaboração de nota técnica como a apresentada, respondeu que não é possível avaliar, mas que já fez notas de 10 páginas em um dia sobre setores que já conhecia”. (grifos nossos)

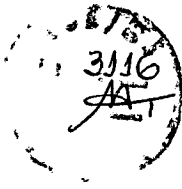
Pretende esta D. Secretaria, portanto, alegar que em um mesmo dia, a Dra. Alessandra Viana Reis, recebeu um telefonema anônimo, com os dados necessários para a realização de escutas telefônicas, passou esses dados ao Dr. Guilherme Favaro Ribas, o qual em seguida elaborou a referida nota técnica, obteve autorização de seus superiores, redigiu carta ao Dr. Marcelo Batlouni Mendroni, viajou a São Paulo e entregou, em mãos, a sugestão de realização de escuta telefônica ao Dr. Marcelo Batlouni Mendroni.

Entretanto, dados os depoimentos acima transcritos, não parece ser plausível que tais fatos tenham acontecido em um único dia, demonstrando total falta de transparência na condução do presente processo administrativo. Não seria possível realizar todos esses atos em um único dia, demonstrando ser bastante temerária a atuação da SDE no presente caso.

3.3 – ILEGALIDADES NO PROCEDIMENTO ADOTADO PELA SDE PARA A OBTENÇÃO DE PRETENSAS “PROVAS”

Em 22 de dezembro de 2003, através do despacho nº 1.461 (fls. 15), o Secretário de Direito Econômico determinou o encaminhamento de cópia da Nota Técnica de fls. 05 a 14 ao Ministério Público de São Paulo, para que adotasse *“as providências que julgar cabíveis, ressaltando o caráter de urgência do feito”*.

Em seguida, o Coordenador-Geral de Análise de Infrações nos Setores de Agricultura e Indústria endereçou carta (fls. 16 e 17) **diretamente** ao Dr. Marcelo Batlouni Mendroni,



Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

“De ordem da Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, Dra. Bárbara Rosenberg, encaminhamos para V.Sa. a anexa nota técnica anexa [sic.], na qual se sugere a adoção de providências, mormente a interceptação de comunicações telefônicas, tendo em vista tratar-se de denúncia de formação de cartel, ilícito penal e administrativo que acarreta inúmeros prejuízos à economia e aos consumidores brasileiros.

‘Tendo em vista (i) que V.Sa. já atua em outro caso que cuida de investigar a prática de cartel no mercado de britas do Estado de São Paulo e (ii) a urgência que a presente denúncia merece ser tratada (esta Secretaria foi informada que os funcionários que organizam o suposto cartel ora denunciado passarão a utilizar, brevemente, celulares pré-pagos adquiridos em nome de terceiros), solicitamos a V.Sa. que adote medidas preliminares que são aconselhadas na referida nota técnica.

(...)

‘Reforça-se a necessidade e a urgência da concessão de medida de interceptação das comunicações telefônicas, razão pela qual se requer que V. Senhoria se digne, caso entenda pertinente, em conformidade com o inciso I do artigo 3º da Lei nº 9.269/96, a requerer ao Poder Judiciário a concessão da interceptação das comunicações telefônicas dos funcionários das empresas denunciadas, conforme descrito na referida nota técnica, a fim de que se ampliem os canais da investigação realizada por esta Secretaria de Direito Econômico, no sentido de apurar as denúncias existentes referentes à existência de cartel no setor identificado’. (grifos nossos)



Conforme se confirmou ao longo de todo o Processo Administrativo, os trâmites percorridos pela SDE violam flagrantemente a garantia constitucional de impessoalidade da Administração Pública, os princípios do Promotor e do Juiz naturais, bem como apresentam ilegalidades inequívocas no que tange ao processo de obtenção de provas e sua utilização em processos administrativos.

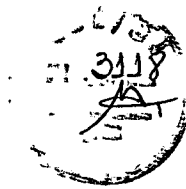
3.4 – DA SEPARAÇÃO ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E CRIMINAL

A respeito dos atos irregulares realizados em conjunto pela SDE e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, no item 7 da Nota Técnica de fls. 1060 a 1116, afirma essa D. Secretaria que: “O nó górdio a ser desatado pela SDE para cumprir a determinação do art. 18 da Portaria 849/00 e decidir sobre as eventuais questões preliminares é, justamente, isolar as questões que são atinentes à esfera administrativa – portanto, sobre as quais a Secretaria tem competência e poderes para decidir – das questões que são de competência exclusivamente criminal.”

Embora havia, sim, um “nó górdio” a ser desatado, esse nó envolvendo a separação entre as competências da SDE e das autoridades criminais deveria ter sido desfeito quando do início das investigações que deram início a esse Processo Administrativo, fazendo com que dos autos desse último constassem somente questões sobre as quais a SDE tivesse plenos poderes para apreciação.

Se há nos autos questões cuja licitude e legitimidade devem ser decididas por outras autoridades que não a SDE, certamente o processo encontra-se eivado de vícios de competência quanto a alguns dos atos praticados. Isso ocorre no caso em tela em virtude de não ter ocorrido a devida separação entre as esferas administrativa e criminal, ao contrário do afirmado na Nota Técnica, de fls. 1060 a 1116.

Quer a Nota Técnica, de fls. 1060 a 1116, demonstrar que os indícios materiais que motivaram a instauração do Processo Administrativo foram levados ao conhecimento da SDE em virtude de solicitação feita pelo Delegado do Departamento de Investigações



Sobre Crime Organizado da Polícia Civil do Estado de São Paulo, para que a SDE analisasse documentos obtidos em sede de busca e apreensão, dando seu parecer acerca dos mesmos.

Ocorre que, ao se perquirir a origem da apreensão dos documentos, pode-se perceber que a SDE sabia perfeitamente que receberia tais documentos e até realizou expedientes para tanto, encaminhando ofício diretamente à pessoa do Promotor de Justiça, Dr. Marcelo Mendroni, sugerindo providências.

A ordem dos fatos conforme os autos é a seguinte: a SDE, ao receber denúncia telefônica anônima de prática de cartel, solicitou diretamente a um determinado Promotor de Justiça do Estado de São Paulo por ela escolhido (no caso, o Dr. Marcelo Mendroni) que tomasse providências para a obtenção de provas de práticas que então passariam a ser investigadas.

O Dr. Marcelo Mendroni, recebendo direta e pessoalmente tal solicitação, sem observar os procedimentos de designação dos membros do Ministério Público ou mesmo sem verificar inicialmente se era competente o Ministério Público do Estado de São Paulo para tomar as providências cabíveis, diligenciou para que fosse feita a busca e apreensão de documentos nas sedes das empresas supostamente envolvidas na prática investigada. Tão logo apreendidos os documentos, esses foram encaminhados à SDE que, por sua vez, instaurou o Processo Administrativo com base em trechos esparsos de diversos documentos apreendidos.

Assim, não há como afirmar que houve uma atuação separada das esferas civil e criminal. Alega a SDE na Nota Técnica, de fls. 1060 a 1116, que não caberia a ela verificar (i) se o Dr. Mendroni era competente para receber o ofício que lhe fora enviado e (ii) se fora observado o procedimento correto de encaminhamento do ofício dentro do Ministério Público do Estado de São Paulo, limitando-se aquela Secretaria a enviar “*ofício ao MP aos cuidados de um promotor que sabidamente fazia parte de seus quadros*”.



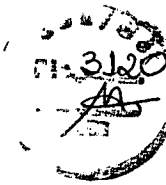
Não é esse, no entanto, o proceder que se espera de uma autoridade pública. A SDE tinha o dever de verificar se era do Ministério Público do Estado de São Paulo a competência para a investigação das práticas cominadas nos arts. 4º e 6º da Lei 8.137/90, que supostamente estariam sendo praticadas e produzindo efeitos em mais de um Estado da Federação, o que certamente não se confirma. Em segundo lugar, era dever da SDE envidar seus melhores esforços para descobrir que deveria ter enviado o ofício ao Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo para que por ele fosse designado o membro do Ministério Público que deveria atuar no caso.

Agindo dessa forma, a SDE estaria respeitando o princípio da impessoalidade da administração pública, bem como o do promotor natural. Ao invalidar provas obtidas em desatenção a esses princípios, não estaria a SDE usurpando a competência do judiciário para declarar lícita ou ilícita determinada prova. Estaria, tão somente, reconhecendo a patente nulidade de seus atos e, em consequência, daqueles que os sucederam.

Nesse sentido, também não é válido o argumento trazido pela SDE no item 37. da Nota Técnica, de fls. 1060 a 1116, de que os limites de atuação entre as esferas criminal e administrativa nem sempre são precisos. Isso porque a competência é a medida da jurisdição conforme atribuída em lei, não havendo que se falar em limites imprecisos. Não merece guarida, portanto, atuação da SDE fora de tais limites, pois, se ao particular não é dado escusar-se de conhecer a lei, que dirá, então, um ente da administração pública?

Certo é que a promiscuidade entre a SDE e o Ministério Público do Estado de São Paulo foi tamanha que aos membros da SDE eram confiadas informações que deveriam ser exclusivas do Ministério Público, como se fossem de uma mesma repartição. Tal fato é percebido pelo depoimento do Dr. Denis Alves Guimarães:

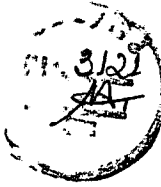
“Ao ser questionado sobre se confirma sua declaração de que o Sr Gilberto esteve sumido durante quinze minutos e aparentemente foi localizado por que seu telefone estava sendo monitorado pela policia e o Sr Gilberto teria feito um telefonema durante o tempo



que estaria sumido, no qual pelo que se lembra a testemunha teria dito – “volto quando eles estiverem ido embora respondeu que sim, mas corrigiu que a expressão foi “eu saio de onde estou escondido quando eles forem embora”; Ao ser questionado sobre como tem conhecimento desta frase, respondeu que essa frase foi comentada; Ao ser questionado por quem responde que por um policial”. (grifos nossos)

Nota-se que não havia qualquer restrição em passar à SDE, informações confidenciais tocantes apenas ao judiciário. O mesmo se percebe do depoimento do Dr. Sérgio Ricardo Guarda:

“Esclareceu ainda, antecipando-se a perguntas que imagina lhe serão feitas, que não deu causa ao vazamento de quaisquer informações relativas à interceptação telefônica. Ao ser questionado sobre se tem conhecimento sobre se algum outro delegado ou agente teria dado o vazamento de informações, respondeu que não tem conhecimento e afirma ser praticamente impossível que tal tenha acontecido à luz da maneira como a investigação foi feita. Ao ser questionado sobre se existia outro órgão que teve acesso a este material colhido na interceptação telefônica, respondeu que, na totalidade não, mas parcialmente sim. Algumas cópias de trechos do áudio foram enviadas ao Ministério Público. Ao ser questionado sobre se franqueou trechos do áudio ao Sr. Guilherme Favaro Ribas, dirigente da SDE, respondeu que não se recorda, mas que provavelmente não porque não haveria motivo para isso. Ao ser questionado sobre se chegou a comentar o teor das conversas interceptadas com o Sr. Guilherme Ribas, respondeu que não se recorda, mas não exclui a possibilidade que o Dr. Ribas tenha ouvido conversas havidas entre o Promotor de Justiça Marcelo Mendroni e a testemunha



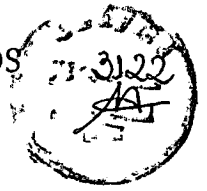
comentando o teor das gravações. Ressaltou que não via razão para, no entanto, não ter essas conversas em frente do Dr. Ribas (...) Ao ser questionado sobre para quem especificamente no Ministério Público enviou trechos do áudio, respondeu que foi para o Dr. Marcelo Mendroni”.

Parece óbvio que o Dr. Sérgio Ricardo Guarda não visse razões para não tratar de dados confidenciais perante o Dr. Ribas, afinal, de fato, as investigações estavam sendo feitas a pedido da SDE.

Vale destacar, ainda, que tanto sabia o Dr. Mendroni que não poderia ter atuado no caso sem a competente designação que, após ter tomado a frente do caso, inclusive sugerindo providências, intuiu o Dr. Promotor que seria necessária a sua designação, a qual então foi feita *a posteriori*. Apenas para deixar clara tal irregularidade, assinalam os Representados que a designação foi em 21 de janeiro de 2004, 29 (vinte e nove) dias após o Ministério Público Estadual ter requerido a interceptação telefônica.

A esse respeito, tentando explicar-se, declarou o Dr. Marcelo Batlouni Mendroni:

“Ao ser questionado sobre porque não aguardou a formalização de sua designação como promotor para o caso, respondeu que há casos em que o promotor deve agir em benefício do resguardo e obtenção da prova criminal. Casos de urgência. Em razão da urgência da coleta das evidências, portanto, agiu com a finalidade de resguardar a obtenção da prova criminal, afirmando não se lembrar se o fez antes ou depois após sua formal designação. Ao ser questionado sobre se após ter sido deferido o pedido de interceptação telefônica pela justiça criminal manteve contato com o Dr. Ribas, respondeu que sim, que manteve contato. Ressaltou que não tem necessidade nem obrigação de informar funcionários da SDE a respeito da investigação das perspectivas



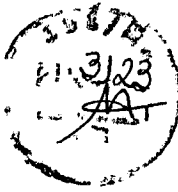
da investigação criminal. Conversou sim com o Dr. Guilherme, mas não se recorda os teores exatos de cada uma das conversas. Ao ser questionado sobre antes de formalizar os pedidos de busca e apreensão na justiça criminal manteve contato com algum servidor da SDE, em particular com Dr. Guilherme Ribas, respondeu que sim. Ao ser questionado sobre se comentou sobre o teor das conversas interceptadas com o Dr Ribas, respondeu que eventualmente possa ter comentado por alto, com vistas estabelecer estratégia quanto a continuidade das investigações”.
(grifos nossos)

Nota-se, portanto, que, mesmo nesse momento, o Dr. Marcelo Batlouni Mendroni deixa transparecer o fato de que a SDE não estava aguardando documentação para examinar na qualidade de perito, mas sim atuando como se fosse parte do Ministério Público do Estado de São Paulo, recebendo informações sobre o andamento do processo criminal e discutindo estratégias quanto à continuidade das investigações. Isso jamais poderia ter acontecido, demonstrando tamanha irregularidade processual administrativa.

3.5 – DO PAPEL DA SDE COMO PERITA

Na Nota Técnica de fls. 1060 a 1116, afirma-se que a SDE participou da busca e apreensão na qualidade de perito, a pedido do delegado responsável. Tal papel (de perito) parece ser confirmado pelo depoimento do Dr. Sérgio Ricardo Guarda:

“Ao ser questionado sobre se esteve presente a alguma reunião prévia à operação de busca e apreensão, respondeu que sim, no Ministério Público. Ao ser questionado sobre se participaram dessa reunião de técnicos da SDE, respondeu que sim, inclusive a seu pedido, com a autorização judicial, tendo muita valia sua contribuição já que a matéria é muito técnica (...) Ao ser questionado sobre qual teria sido a atribuição dos técnicos da



SDE nas operações, respondeu que, segundo entendimento tido com o Dr. Marcos Zilli, Juiz do caso, o papel dos técnicos da SDE seria consultivo tendo em vista a especialidade da Secretaria e a possibilidade de identificar documentos pertinentes à investigação". (grifos nossos)

Entretanto, caso a SDE tivesse participado da busca e apreensão como *expert* na matéria concorrencial, não poderia instruir, tampouco instaurar, processo administrativo fundado nas provas que examinou na condição de perito, conforme disposto no art. 18, II da Lei nº 9.784/99, onde se lê:

"Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

(...)

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro, parente e afins até o terceiro grau".

(grifos nossos)

Assim, evidente que eivado de irregularidades o presente processo.

3.6 DA INCOMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA ATENDER AO DESPACHO DA SDE DE FLS. 15

A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, determina ser função institucional do Ministério Público zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à atividade econômica e à defesa dos bens e interesses do patrimônio nacional.

Por sua vez, o artigo 6º, inciso XVIII, alínea "a", desta mesma lei, atribui competência ao Ministério Público da União para representar ao órgão judicial competente a quebra de



sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fim de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como se manifestar sobre a representação a ele dirigida para os mesmos fins.

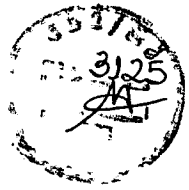
Não obstante as expressas previsões legais supracitadas, a **SDE encaminhou, com base em infundada denúncia anônima carta solicitando providências ao Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual, seguramente, não tem competência para atuar no presente caso.**

A “denúncia anônima” recebida pela SDE, dotada de extrema generalidade e desamparada de qualquer indício de comprovação fática, em nenhum momento se limitou a práticas pretensamente ocorridas apenas no Estado de São Paulo. Não há, nas Notas Técnicas que pretendem embasar o despacho de abertura do Processo Administrativo, qualquer menção ao intuito de se restringir territorialmente o objeto da investigação, pois nem o “denunciante” nem a Secretaria apresentam motivos pelos quais a pretensa prática teria se restringido a apenas um Estado da Federação.

De fato, em nenhum momento a denúncia anônima recebida pela SDE circunscreveu-se ao Estado de São Paulo. Ao contrário, até mesmo pela forma extremamente genérica com que foi dirigida à Secretaria, não havia qualquer razão que permitisse à SDE e ao Ministério Público concluírem por limitar a investigação ao Estado de São Paulo.

Além disso, o fato de o denunciante mencionar nomes de empresas sediadas em Estados distintos da federação (Rio de Janeiro e São Paulo) e com atuação em mais de uma região do País, por si só já demonstra que o denunciante jamais pretendeu ater a sua acusação ao Estado de São Paulo.

Adicionalmente, infrações à ordem econômica são matérias de interesse intrínseco da União Federal, tanto que, na esfera administrativa, sua repressão é realizada de forma centralizada em autoridades federais. Nesse sentido, observe-se que não há nos Estados da federação autoridades locais com competência para aplicar a lei nº 8.884/94. Além disso, a



lei nº 10.446/2002 expressamente menciona o crime de cartel dentre aqueles de interesse intrínseco da União, a justificar sua investigação pela polícia federal.

Portanto, dúvidas não restam de que a competência para tomar quaisquer providências solicitadas pela SDE, relativamente ao objeto do Processo Administrativo em referência, era do Ministério Público Federal, sendo o Promotor de Justiça que requereu as medidas cautelares na seara criminal absolutamente incompetente para solicitá-las. Assim, totalmente nulas a diligência de interceptação de comunicações telefônicas e a busca e apreensão de documentos realizadas pelo Ministério Público Estadual.

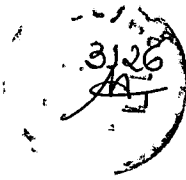
3.7 DA ILEGALIDADE DA MANIFESTAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA POR AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO PARA ATUAR NO CASO

Não bastassem as inconstitucionalidades acima mencionadas e devidamente comprovadas, o pedido manifestado pelo Promotor de Justiça, em 22 de dezembro de 2003, relativo à interceptação de comunicações telefônicas, também se encontra eivado do vício de nulidade desde a sua origem.

De fato, o Promotor Dr. Marcelo Mendroni requereu a interceptação de comunicações telefônicas **antes de ser designado para atuar no caso, faltando-lhe, portanto, atribuição para requerer à justiça qualquer medida investigativa relativamente às informações recebidas da SDE**, mormente providências extremas de restrição à garantia individual de todo cidadão, como a violação do sigilo de comunicações telefônicas.

Com efeito, conforme comprova o despacho publicado na Seção I do Diário Oficial do Estado de São Paulo, de 21 de janeiro de 2004, a designação do Dr. Marcelo Mendroni para officiar nos autos da medida cautelar nº 050.03.101369-4 somente ocorreu em 20 de janeiro de 2004.

Portanto, em 22 de dezembro de 2003, data em que requereu a interceptação telefônica, o Dr. Mendroni não era o promotor designado para o caso, de forma que lhe faltava



atribuição para requerer essa medida, cujos requisitos para deferimento, aliás, encontravam-se ausentes no presente caso, sendo essa outra razão pela qual também o seu deferimento, pelo Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital - DIPO, mostra-se ato absolutamente nulo.

3.8 DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

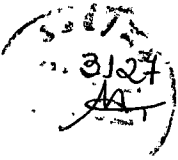
Não fosse suficiente o acima exposto, a atuação do Dr. Mendroni, no caso em tela, afronta ainda o princípio do promotor natural.

O Supremo Tribunal Federal há muito reconheceu ser o princípio do promotor natural uma garantia constitucional do acusado, conforme denota-se da decisão abaixo colacionada:

“O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja investigação se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.” (*habeas corpus* nº 67.759-RJ, in RTJ 146/794, grifos nossos).

Aliás, a Lei Orgânica do Ministério Público, que rege a organização do Ministério Público Estadual, expressamente reconhece o princípio do promotor natural em seus artigos 10, IX, (g) e 15, VIII, os quais dispõem:

“Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:



(...)

IX – designar membros do Ministério Público para:

(...)

g) por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público.” (grifos nossos)

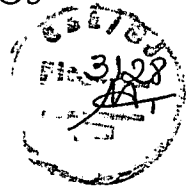
“Art. 15. Ao Conselho Superior do Ministério Público compete:

...

VIII – determinar por voto de dois terços de seus integrantes a indisponibilidade ou remoção de membros do Ministério Público, por interesse público, assegurada ampla defesa.”

No mesmo sentido, ensina Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que:

“A teoria do promotor natural ou legal, como anteriormente afirmado, decorre do princípio da independência, que é imanente à própria instituição. Ela resulta, de um lado, da garantia de toda e qualquer pessoa física ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do parquet atuando livremente com atribuição predeterminada em lei, e, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao Promotor (aqui no sentido lato) legalmente legitimado para o processo. Por outro lado, ela se constitui também como garantia constitucional do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do Promotor de officiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições.” (in O Ministério Público no processo civil e penal – promotor natural – atribuição e conflito. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 52.)



O ilustre professor supra citado vai além, recusando abrigo legal às designações de promotores para atuar especificamente em determinados processos, quando há outro promotor lotado para desempenhar as funções demandadas pela lide:

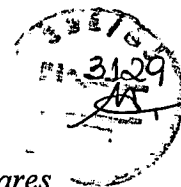
“Todo e qualquer ato do Procurador-Geral que contrarie tal princípio [do promotor natural], ainda que editado com aparência de legalidade, como designações, avocação, delegação e formação de grupos especiais, é absolutamente nulo, incapaz de produzir qualquer tipo de efeito e sujeito às medidas legais que visem ao restabelecimento da observância ao princípio do promotor natural.” (Ob. cit., p. 53/54, grifos nossos).

Portanto, o pedido de medida cautelar de interceptação telefônica, formulado pelo Promotor Marcelo Mendroni, mostra-se nulo de pleno direito, tanto pela incompetência do Ministério Público do Estado de São Paulo para conhecer de matéria inequivocamente afeta ao Ministério Público Federal, quanto pela ausência de designação do aludido Promotor para peticionar naqueles autos no momento em que requereu a interceptação, o que constitui clara violação do princípio do promotor natural.

3.9 DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Além do acima exposto, a carta encaminhada pela SDE diretamente ao Dr. Mendroni, sob a justificativa a seguir transcrita, representa inegável afronta ao princípio da impessoalidade dos atos da Administração Pública, veja-se:

“Tendo em vista (i) que V. Sa. já atua em outro caso que cuida de investigar a prática de cartel no mercado de britas do Estado de São Paulo e (ii) a urgência que a presente denúncia merece ser



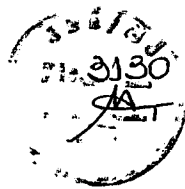
tratada (...) solicitamos a V.Sa. que adote as medidas preliminares que são aconselhadas na referida nota técnica." (fls. 16).

Nota-se que os membros da SDE não têm poderes para encaminhar pedidos de produção de provas diretamente a amigos ou conhecidos seus, integrantes do Ministério Público, muito menos sob a alegação de que o referido Promotor já teria trabalhado anteriormente – ou vinha trabalhando - com a Secretaria em outros casos.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal, é explícito nesse sentido, pois a impessoalidade é princípio geral de direito que rege todo ato da Administração Pública e constitui garantia individual do cidadão contra abusos cometidos pela autoridade pública. Assim, não pode uma autoridade pública pretender valer-se de suas relações pessoais com membros de outra entidade pública para suprimir etapas essenciais à legalidade de seus atos (tais como distribuição do feito ou designação de promotor pelo Procurador-Geral), ao arrepio de garantias constitucionais dos administrados.

Frisa-se: o ato de envio de carta pela SDE diretamente ao Dr. Mendroni, solicitando providências sobre o caso em análise, além de ofender o princípio do promotor natural, viola flagrantemente diversos outros princípios constitucionais, como legalidade, impessoalidade e moralidade da Administração Pública, bem como a garantia individual do respeito ao devido processo legal.

Portanto, trata-se de ato absolutamente nulo, tanto pela forma como foi endereçado, quanto pelo seu objeto, uma vez que a SDE é incompetente para sugerir interceptação de comunicações telefônicas.



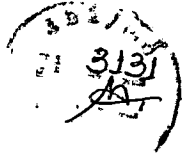
3.10 – DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL DE SÃO PAULO PARA DEFERIR OS PEDIDOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DE BUSCA E APREENSÃO NO CASO CONCRETO

Da mesma forma, é incompetente a Justiça Estadual para conhecer do pedido formulado pelo Promotor de Justiça em questão, uma vez que compete aos juízes federais processar e julgar crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, nos casos determinados por lei (art. 109, VI, da Constituição Federal), bem como as causas em que a União tenha interesse (art. 109, I, da Constituição Federal).

Não bastasse o interesse inequívoco da União em investigar e reprimir toda infração à ordem econômica, o que justifica inclusive ser a repressão administrativa atribuída a autoridades federais sediadas em Brasília, a moderna teoria penalista compreende que o legislador, ao elencar as matérias cuja investigação é de competência da polícia federal (lei nº 10.446/2002), listou, ainda que de forma não exaustiva, casos em que indubitavelmente a União tem interesse, e que, portanto, deslocam a competência para a Justiça Federal (vide art. 109, I, CRFB/1988). Dentre essas condutas, encontra-se expressamente o cartel (art. 1º, II, Lei nº 10.446/2002).

A esse respeito, veja-se ensinamento de José Ricardo Meirelles:

“Na verdade, quando o constituinte atribuiu ao legislador ordinário a competência para legislar sobre as atribuições da Polícia Federal no que tange àqueles delitos (art. 144, §1º, inc. I), já delineou que havia nítido interesse da União no combate aos mesmos, quando verificadas aquelas condições. Interesse este que se cristalizou na Lei nº 10.446/02. A partir do momento em que o legislador entendeu necessária a presença da União – por meio de sua polícia – no combate àqueles infrações, repita-se, quando se derem as hipóteses previstas no diploma sancionado, não há como negar o interesse direto da União e a competência da



Justiça Federal para o julgamento das ações penais delas decorrentes.” (MEIRELLES, José Ricardo. “A lei nº 10.446/02 – competência federal? In Boletim IBCCRIM nº 119, outubro/2002, grifos nossos).

Dessa forma, e na esteira da jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, é nula de pleno direito a interceptação telefônica realizada, pois que deferida por juízo incompetente. O Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente essa questão nos seguintes termos:

“Habeas corpus. Crime contra a ordem econômica. Cartelização. Lei n.º 8.137/90. Competência. Interesse nacional. Restrição à atividade profissional em vários estados. Justiça Federal.

Inexistindo determinação expressa, os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei 8.137/90, reclamam a jurisdição estadual ou federal na medida em que restar comprovado o interesse em jogo, se local ou se nacional.

In casu, ante a figura do crime sobrevivendo da prática de cartel, onde a atuação do agente teve reflexo em vários estados-membros, restringindo o livre exercício da atividade profissional de transportadores pelo Brasil afora, resta patente o interesse supra-regional pelo qual se firmam a necessidade de interferência da União e a competência da Justiça Federal.

Tal se dá porque, apesar de a conduta ilícita ser oriunda de um núcleo determinado, a sua propensão ofensiva à ordem econômica se faz sentir em localidades diversas e em territórios distintos.”
(STJ, 5ª Turma, habeas corpus nº 32292/RS, j. 01.04.04, v.u.)

3.11 – DA INCOMPETÊNCIA DA POLÍCIA CIVIL ESTADUAL PARA PROMOVER A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A BUSCA E APREENSÃO

Não fossem suficientes as ilegalidades acima mencionadas, cumpre ainda observar que, nos termos do art. 144, §1º, I, da Constituição Federal:

“Art. 144, §1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

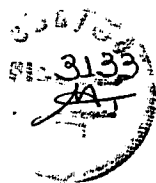
(...)

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.”

A lei nº 10.446/2002 define as infrações penais de repercussão interestadual que exigem repressão uniforme, incluindo, dentre elas, o cartel (art. 1º, II), de forma que a SDE deveria ter dirigido a sua demanda ao Ministério Público Federal, o qual, por sua vez, caso entendesse haver indícios de materialidade no caso – o que se admite apenas para argumentar – deveria acionar a polícia federal para fins de investigação. Nunca, ao arripio da lei, um delegado da polícia civil, lotado na 2ª Delegacia de Investigações sobre Furtos e Roubos de Veículos e Cargas – DIVECAR, do Departamento de Investigações sobre Crime Organizado – DEIC, poderia promover a investigação dada no processo em referência.

Sobre a necessidade de observância do princípio da competência, em sede administrativa, para a validade dos atos das autoridades administrativas, veja-se Hely Lopes Meirelles:

“Para a prática do ato administrativo, a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato – discricionário



ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é limitada. Todo ato emanado de agente incompetente ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.”

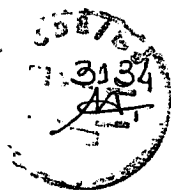
(MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 134, grifos nossos)

Dessa forma, e por todo o acima exposto, a promoção da interceptação telefônica pela polícia civil do Estado de São Paulo é ato nulo, pois realizado por autoridade incompetente.

3.12 – DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS A JUSTIFICAR A ESCUTA TELEFÔNICA

Em que pese a própria SDE reconhecer a impossibilidade de utilizar eventuais resultados da interceptação telefônica para fins do processo administrativo, a Secretaria se contradiz ao afirmar, às fls 13, que “*se de fato a prática anticoncorrencial existir, a interceptação será imprescindível para a obtenção de informações quanto à data, horário e local da realização de reuniões*”.

Ora, há de se reconhecer, de imediato, que ainda que, como resultado da interceptação telefônica, fossem obtidas as alegadas informações pretendidas – o que se admite apenas para fins de argumentação – tais “evidências” seriam imprestáveis para embasar qualquer iniciativa de autoridades administrativas, pois a interceptação constitui meio de prova adstrito à seara penal, sendo a SDE autoridade incapaz de se aproveitar de qualquer resultado dela decorrente. Nesse sentido, veja-se art. 1º da lei nº 9.296/1996:



“Art. 1º. 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.” (grifos nossos)

Mais ainda, a lei mostra-se rígida ao elencar os casos em que as autoridades não podem se utilizar desse meio probatório, nos seguintes termos:

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

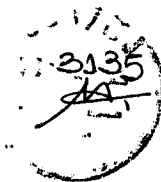
I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

Ora, mera denúncia anônima, sem qualquer dado substancial ou mínima comprovação do alegado, não constitui “*indício razoável de autoria ou participação em infração penal*”, não justificando, por conseguinte, a tomada de uma solução tão drástica quanto a determinação de interceptação telefônica, cuja excepcionalidade, aliás, constitui garantia individual do cidadão, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal. Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência pátria:

“PROVA – Denúncia anônima – Requerimento do Ministério Público de busca e apreensão em empresa particular, embasado em tal informação – Inadmissibilidade – Indício de credibilidade relativa que não pode ensejar a prática de atos que, a despeito de contribuírem para o sucesso da investigação criminal, possam acarretar malferimento a direitos e interesses individuais fundamentais.

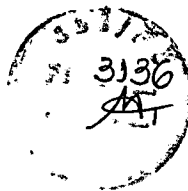


Embora admissível, em tese, dar-se início a uma investigação criminal com base em denúncia anônima, o conteúdo de tal informação não pode embasar requerimento do Ministério Público de busca e apreensão em empresa particular. Uma denúncia anônima, por sua credibilidade relativa, pode no máximo ensejar providências investigatórias ordinárias, jamais a prática de atos que, a despeito de poderem contribuir para o esclarecimento dos fatos investigados, possam acarretar malferimento a direitos e interesses individuais fundamentais.” (2ª Turma, TRF – 4ª Região, mandado de segurança nº 98.04.01959-0/PR, Rel. Juíza Tânia Escobar, j. em 14.05.98, v.u. – RT 755/770)

Conforme demonstra de maneira irretocável o acórdão acima citado, meras denúncias anônimas não podem ensejar medidas drásticas e excepcionais de investigação, como o são a interceptação de comunicações telefônicas e a busca e apreensão.

Assim, a SDE ao sugerir, o Promotor ao requerer e o Juiz ao deferir o pedido de interceptação das comunicações telefônicas dos Representados, violaram flagrantemente garantias constitucionais dos Representados, uma vez ausentes os requisitos legais para o seu deferimento.

De fato, não havia qualquer indício razoável de autoria e tampouco as autoridades buscaram, conforme exige a lei, qualquer outro meio de prova antes de se proceder à interceptação. Ao contrário, a interceptação foi requerida como medida primeira no curso da investigação, desrespeitando-se, assim, de forma flagrante, o disposto na Constituição Federal e na lei nº 9.296/1996. Portanto, nula a interceptação telefônica realizada.



3.13 - DA IMPOSSIBILIDADE DE O DELEGADO ENCAMINHAR DIRETAMENTE DOCUMENTOS À SDE

Às fls. 125/126, a SDE textualmente observa que:

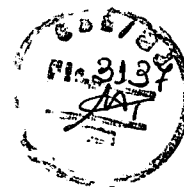
“Em 01.03.2004, o Delegado do Departamento de Investigações sobre Crime Organizado (DEIC), Dr. Sérgio Ricardo Guarda, encaminhou cópia da documentação apreendida [na busca e apreensão], solicitando avaliação técnica por esta Secretaria, a qual deverá ser encaminhada para fins de integrar o quadro probatório da investigação ali conduzida.”

Em resposta, às fls. 157, a Diretora do DPDE Substituta, através do Ofício nº 2219/2004/DPDE/GAB, encaminha informações ao Delegado de Polícia Assistente do Departamento de Investigações sobre Crime Organizado, mencionando expressamente o seguinte:

“Destaca-se que referida nota técnica é resultado de uma análise preliminar empreendida por esta SDE nos documentos enviados por V.Sa. e que apontam para a existência de indícios de infração à ordem econômica no mercado de gases industriais e medicinais”. (grifos nossos)

Tal irregularidade é ainda confirmada pelos depoimentos dos integrantes da SDE que participaram das buscas. Assim afirma o Dr. Denis Alves Guimarães:

“Ao ser questionado sobre se chegou a obter cópia dos documentos que foram apreendidos ou se alguns funcionários da SDE o fez respondeu que sim no dia seguinte após a conferência do produto da busca pelos advogados”.



Sua afirmação é reforçada pela Dra. Fernanda Garcia Machado, que declarou:

“Ao ser questionada sobre se saberia como a SDE obteve cópia dos documentos, respondeu que não se lembra ao certo, mas, salvo engano, foi retirada cópia na polícia”.

Ora, os autos do inquérito criminal no curso do qual procedeu-se à busca e apreensão correm em **segredo de justiça!** Dessa forma, é totalmente arbitrário e ilegal o ato pelo qual o delegado de polícia responsável pelas investigações, incompetente, insistimos – e à revelia do juízo condutor do processo – enviou documentos sigilosos para a SDE.

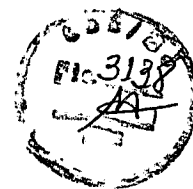
Trata-se de flagrante afronta às garantias individuais de respeito à intimidade dos investigados e ao devido processo legal (arts. 5º, X e LIV da Constituição Federal), comprovando, mais uma vez, que toda a tramitação do Processo Administrativo em referência, assim como todo o processo de obtenção de “provas”, deve ser considerado nulo e, conseqüentemente, devem ser desentranhados os documentos juntados aos autos até o presente momento, tendo em vista os meios ilícitos por que foram obtidos.

Ademais, a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados e o respeito aos seus direitos são critérios de observância necessária no âmbito de qualquer processo administrativo, conforme previsto no art. 2º, parágrafo único, VIII e IX, da Lei nº 9.784/99.

3.14 – DA PROVA EMPRESTADA

Cumpra ainda observar que as pretensas “provas” de que se vale a SDE para instaurar o Processo Administrativo em questão foram produzidas em sede de juízo criminal, razão pela qual não podem ser utilizadas em sede administrativa.

De fato, a doutrina processualista restringe enormemente as possibilidades do uso de provas obtidas em um processo em outro, mormente quando de natureza distinta e sem a



observância do princípio do contraditório. Nesse sentido, veja-se Julio Fabbrini Mirabete:

“Deve-se também mencionar a denominada prova emprestada, aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, com o fim de gerar efeitos neste. Para sua admissibilidade no processo é necessário que tenha sido produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetida ao contraditório.”
(MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 261)

Mesmo dentre aqueles que admitem a prova emprestada, está sempre presente a exigência de que essa tenha sido obtida através de procedimento em que tenha restado garantido o princípio do contraditório, o que não ocorreu, de modo algum, no presente caso.

Propugna a Nota Técnica, de fls. 1060 a 1116, pela validade da prova obtida em sede de inquérito criminal e trasladada aos autos do Processo Administrativo, contudo, não se pode reconhecer qualquer validade seja nos procedimentos de obtenção, seja nos procedimentos de traslado das provas, conforme já alegado.

Inicialmente, deve-se lembrar que as provas que deram início à instauração do Processo Administrativo sequer foram produzidas validamente na demanda de origem, posto que requeridas por promotor incompetente e obtidas por órgão policial igualmente incompetente para tanto.

Ademais, a permissão do uso da prova emprestada desenvolvida pela doutrina não pode ser aplicada indistintamente, especialmente quando se fala em diferentes esferas de investigação, como quer a SDE. Primeiramente, há que se perguntar se à prova que já nasce contaminada pela nulidade é possível aplicar a teoria da validade de prova emprestada, inquirição para qual certamente a resposta é **NEGATIVA**. **Em segundo lugar, deve-se ressaltar que jamais poderia o Delegado de Polícia ter enviado provas obtidas em sede**



de busca e apreensão, que estavam sob segredo de justiça, de ofício à SDE, sem o amparo de autorização proferida pelo juízo condutor do processo criminal. Vale dizer que tal autorização sequer foi requisitada pelo Delegado de Polícia.

O argumento da SDE de que não cabe a ela avaliar a validade da prova produzida no âmbito criminal, sem dúvida, não procede. Ora, a autoridade administrativa, como parte da administração pública que é, deve pautar-se pelo princípio da legalidade. Deve sim, portanto, adiantar-se a eventual possibilidade de manifestação do Judiciário acerca da legalidade de seus atos e examinar com cautela se as provas de que se utiliza para instaurar um processo administrativo podem ser utilizadas para tal fim. A Lei do Processo Administrativo claramente determina que a SDE tem esse dever, dirigindo-se à autoridade, bem como a seu respectivo órgão público da seguinte forma:

“Art. 1º. Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.”

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (grifos nossos)

O Judiciário poderá, certamente, avaliar a legalidade de uma prova. Mas a ele não cabe, exceto em condições especiais, dizer à Administração Pública o que significa respeitar a legalidade. A lei o faz.

O argumento trazido no item 75. da Nota Técnica, de fls. 1060 a 1116, inverte de maneira perniciosa a lógica acima apontada. Sob a ótica invocada pela SDE, o brocardo “quem



pode o mais pode o menos” daria lugar ao “quem pode o menos pode o mais”, o que, certamente, não faz qualquer sentido no presente caso.

3.15 – DA ILICITUDE DAS PROVAS

As provas em que se baseiam as investigações, além de não comprovarem a participação dos Requerentes em cartel algum, carecem de legalidade quanto à sua obtenção e seu uso.

No que se refere à obtenção das provas, indubitavelmente, houve violação da garantia constitucional do devido processo legal, eis que não foram obedecidos os princípios do promotor natural e da impessoalidade da administração pública quando a SDE “escolheu” o promotor que seria responsável pela investigação, o que fere, inclusive, determinações do âmbito de competência dos membros do Ministério Público.

O promotor “escolhido” para conduzir as investigações, Dr. Marcelo Mendroni, atua como membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. A competência para fazê-lo, no entanto, seria do Ministério Público Federal, dada a não limitação do conteúdo da denúncia (absolutamente infundada, ressalte-se) a práticas e/ou efeitos verificados no Estado de São Paulo e a natureza do interesse relacionado à proteção e defesa da concorrência.

Ademais, a interceptação de comunicações é providência cujo deferimento pelo MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquérito Policiais e Polícia Judiciária da Capital – DIPO está eivado de nulidades. Primeiramente, o Dr. Mendroni requereu tal providência antes de ser designado para atuar no caso. Em segundo lugar, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a interceptação telefônica não poderia ter sido feita, uma vez que uma mera denúncia anônima não constitui indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal e que a prova poderia ter sido, como de fato foi, produzida de outra maneira. Nessas hipóteses, conforme determina o dispositivo legal mencionado, não se justifica o uso de interceptações telefônicas.



Ainda conforme a mesma lei federal, as provas obtidas por meio de interceptações telefônicas somente podem ser produzidas no âmbito de investigação criminal. Não poderiam, portanto, servir de base para a instauração de Processo Administrativo.

A ilegalidade na obtenção dos indícios que justificaram a instauração do Processo Administrativo contamina com seus vícios, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada, também as provas obtidas por meio da busca e apreensão realizada nas empresas, tornando essas também nulas.

Por fim, deve-se mencionar o indevido encaminhamento de documentos à SDE, pelo delegado de polícia responsável, de fato, mas incompetente, de direito, pelas investigações. Tal ato foi realizado sem o amparo de determinação judicial e em violação a segredo de justiça e consistente em prova “emprestada” ao processo que corre perante a SDE, o que também é vedado, por afrontar a garantia do devido processo legal.

Forçoso, portanto, concluir que o Processo Administrativo em questão encontra-se eivado de nulidades desde a sua origem, devendo ser anulada a averiguação preliminar e arquivado o presente feito.

Por todo o acima exposto, a única medida em consonância com o direito é o imediato reconhecimento da ilicitude e imediata desqualificação – sem qualquer análise de mérito – das pretensas “provas” obtidas na seara criminal, ilicitude que, conforme se demonstra a seguir, contamina todo o procedimento e os resultados da busca e apreensão, razão pela qual também essas provas devem ser imediatamente desconsideradas no curso do Processo Administrativo, tendo-se em vista expressa previsão constitucional, refletida também no art. 30 da lei de processo administrativo:

Constituição Federal:

“Art. 5º, LVI. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”



Lei n. 9.784/1999:

“Art. 30. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.”

A doutrina processualista norte-americana desenvolveu o princípio segundo o qual eventuais vícios na obtenção de uma prova contaminam necessariamente todas as provas dela decorrentes. Trata-se da teoria dos “frutos da árvore envenenada”, amplamente acolhida pelo nosso Supremo Tribunal Federal, conforme se observa nas decisões abaixo transcritas:

“PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO. Decorrendo as demais provas do que levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem.” (habeas corpus nº 75.007/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. em 27.05.1997, grifos nossos)

“As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente dela decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.” (habeas corpus nº 72.588/PB, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 12.06.1996)

Dessa forma, no presente caso, ainda que se houvesse obtido qualquer indício da conduta investigada a partir da interceptação telefônica, o que se admite apenas para argumentação, as ilegalidades na sua obtenção contaminam o procedimento de busca e apreensão e todos os que vierem a sucedê-lo, os quais mostrar-se-ão também nulos de pleno direito.



De fato, não fosse a interceptação telefônica - determinada ilegal e apressadamente por Promotor incompetente e na ausência dos requisitos legais - não teria sido determinada a posterior busca e apreensão, concluindo-se como certa e indiscutível a nulidade das provas obtidas por meio dessa, tendo-se em vista a sua derivação direta do primeiro mecanismo probatório, cuja nulidade restou acima comprovada.

Assim, e diante da ilicitude da prova pregressa (a interceptação), a supracitada teoria determina serem as demais provas dela decorrentes contaminadas por seu vício, sendo, portanto, também nulas.

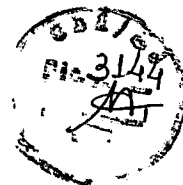
3.16 – DOS CERCEAMENTOS DE DEFESA

Não bastassem todas as inconstitucionalidades e ilegalidades já acima apontadas, o presente processo afronta, ainda, o princípio constitucional da ampla defesa, garantia de todo acusado, em processo administrativo e judicial, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 e do art. 2º da lei nº 9.784/1999.

Nota-se, no presente processo, que o cerceamento de defesa ocorreu em diversos momentos, os quais devem ser aqui retomados:

(i) Em primeiro lugar, a Nota Técnica de fls. 05 a 14 limita-se a descrever telefonema anônimo recebido pela SDE, na qual um indivíduo, sem sequer se identificar, lança uma série de suspeitas sobre as indústrias atuantes no setor de gases industriais e seus executivos, sem, contudo, apresentar uma só prova de sua alegação.

Ora, a autoridade de defesa da concorrência não pode considerar meros telefonemas anônimos como indícios suficientes para a instauração de averiguações preliminares e processos administrativos, na ausência de um mínimo de materialidade da acusação, sob pena de serem violadas diversas garantias constitucionais dos agentes econômicos, tais como o direito ao bom nome, à reputação, à presunção de inocência e à ampla defesa. De



fato, não há como os Representados se defenderem minimamente de alegações vazias, sem qualquer embasamento.

(ii) No que tange à Nota Técnica de fls. 124/135, as violações persistem. Além de referido documento fundamentar suas conclusões em provas ilícitas, conforme já demonstrado acima à exaustão, persistem as acusações genéricas, cumuladas agora com a grave ofensa caracterizada pela junção de informações soltas e fora de contexto, recolhidas dos documentos apreendidos em decorrência da busca e apreensão acima mencionada.

Nesse sentido, a SDE alega, às fls. 127:

“Com efeito, dentre os documentos apreendidos na sala do Sr. Vitor Peres, funcionário da AIR PRODUCTS, verificou-se que as Representadas (i) possuem dados de clientes dos concorrentes e dos clientes nos quais os concorrentes têm interesse, e, (ii) possivelmente, comentam sobre os preços e as condições a serem praticados com eles”.

Além de se tratar de considerações genéricas e, como se verá quando da análise do mérito, absolutamente improcedentes, os dados de que se utiliza a SDE para pretensamente “corroborar” a sua alegação foram retirados de diferentes documentos, totalmente independentes, e as informações agrupadas à revelia de qualquer ordem – seja cronológica ou de conteúdo – ao bel interesse da autoridade para pretensamente constituírem provas de conduta anticoncorrencial, em verdade, inexistente.

Tampouco se esforça a autoridade em fazer qualquer ligação entre as citações esparsas de documentos e a caracterização de qualquer ilícito previsto na lei nº 8.884/94, o que dificulta enormemente – senão mesmo impede – o exercício do direito de defesa pelos Representados.



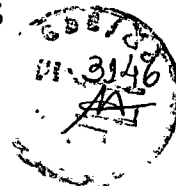
(iii) Adicionalmente, o despacho nº 355 (fls. 136) que determina a instauração do Processo Administrativo em questão sequer se preocupa em delinear minimamente o teor dos efeitos danosos à concorrência que teriam sido observados no mercado, limitando-se a mencionar todos os incisos do art. 20 da lei nº 8.884/94 como objeto da investigação.

Como podem os Representados defender-se quando sequer sabem exatamente o efeito de suas ações no mercado que a autoridade alega como razão para instaurar o Processo Administrativo? Como pode a SDE, por exemplo, acusar a Air Products – ou pior, os Representados – de abuso de posição dominante, se a Air Products constitui um dos agentes com menor participação de mercado? À toda evidência, tal generalidade e indefinição no objeto da investigação promovida pela SDE também cerceia de forma inquestionável o direito de defesa dos Representados.

Em resposta, sustenta a SDE que as partes foram devidamente notificadas dos atos processuais e tiveram oportunidade de se manifestar. Ora, tal alegação não é suficiente para descaracterizar o cerceamento de defesa. A mera notificação das partes para que apresentem defesa e se manifestem não é suficiente, sendo necessário que as partes saibam exatamente de que condutas são acusadas, para que possam se manifestar a contento. Se sequer a acusação é clara, como podem as partes exaurir suas possibilidades de defesa?

Note-se, ainda, que essa D. Secretaria acredita, conforme registrado no item 146 que “*O processo administrativo não visa a instaurar uma angularização da relação jurídica processual, em que a contraposição dialética entre acusação e defesa é dirimida por um terceiro imparcial e acima das partes, como no processo judicial, mas sim apenas oportunizar ao administrado influenciar positivamente a convicção da Autoridade Pública antes de aplicar a sanção administrativa.*”

Tal entendimento, no entanto, vem em sentido contrário à melhor doutrina, que assim ensina:

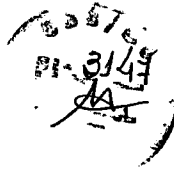


“Ora, somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando e onde possa o administrado participar da feitura do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão postular junto à Administração, com a mesma corte de garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional – particularmente, as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade.”

(S. Ferraz e A. de A. Dallari, *Processo Administrativo*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 21 e 22)

A Nota Técnica de fls. 1060 a 1116 também afirma, no item 147, que o administrado terá, ainda, o direito a socorrer-se do Judiciário, caso não concorde com a decisão proferida. Que credibilidade e, portanto, que presunção de legitimidade pode se atribuir a um órgão da administração pública que age baseado em tal premissa? O direito de recorrer ao Judiciário é uma garantia adicional do administrado, e não uma escusa da qual pode se valer a administração pública para agir em desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, vale novamente invocar a feliz lição de Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari:

“Nem se diga, sob pretextos vários (como a falaciosa invocação de fuga à burocracia), que sempre cabe ao cidadão, violado em suas prerrogativas no bojo de um processo administrativo, recorrer ao Poder Judiciário. Como anota Satta, a revisão jurisdicional de más decisões administrativas é um pobre correspondente para as boas decisões administrativas, em primeira instância (Introduzione ad un Corso Di Diritto Administrativo, p. 52). O acerto da ponderação é inequívoco: em síntese, é imperioso que ao lado do processo corretivo, repressivo, da atividade administrativa, de índole judicial, se consagre um processo administrativo que, sobre poder ser também de saneamento dos



erros, canalize a participação e a contribuição numa senda de criação.” (Op. cit., p.22)

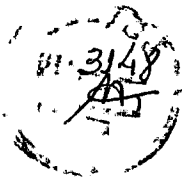
(iv) Sabendo das irregularidades que permearam toda a investigação realizada em conjunto pela SDE e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, ao ter membros que participaram das investigações arrolados como testemunhas pelos Representados, a SDE em um primeiro momento exigiu saber o que se pretendia com tais arrolamentos e, no momento da realização das oitivas das testemunhas, ainda buscou restringir as possibilidades de inquirições, reduzindo ao máximo a transparência no processo administrativo. Parte desse cerceamento pode ser percebido pelas declarações que a SDE fez constar das atas das audiências de oitivas:

“A SDE não entende as razões pelas quais determinados representados arrolaram como testemunhas pessoas que participaram, na qualidade de servidores públicos e no estrito cumprimento de deveres funcionais, do procedimento de busca e apreensão ordenado pela justiça criminal.

A SDE não entende em que medida a oitiva de ex-funcionários da secretaria pode contribuir para elucidar os fatos objeto do processo administrativo em referência.

Ainda, a SDE entende que arrolar servidores da secretaria pode ser uma forma de constranger os servidores no desempenho de suas atividades. No entanto, com vistas a evitar alegações de cerceamento de defesa, a SDE houve por bem deferir as oitivas requeridas.

*Outrossim, nos termos do art. 406 do CPC, que rege o presente processo administrativo, cabe salientar que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. **Caso a testemunha arrolada haja por bem depor, cabe informar se o fará prestando ou não compromisso de dizer a verdade”.** (grifos nossos)*



Ora, não apenas a SDE tentou intimidar os Representados em impedi-los de descobrir como suas garantias individuais foram violadas, como ainda tentou criar uma aparência de legalidade na possibilidade de as testemunhas não serem obrigadas a prestar compromisso de dizer a verdade. Como se as testemunhas que pudessem expor as irregularidades na atuação da SDE e do Ministério Público do Estado de São Paulo tivessem a obrigação de acobertar tais atos.

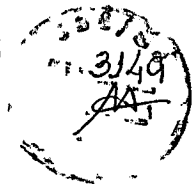
(v) Fica patente o desrespeito desta SDE ao direito à ampla defesa por parte dos Representados ao se examinar os fatos relacionados ao mandado de segurança impetrado pelos representados, Sr. Walter Pilão e Hélio de Franceschi.

De forma arbitrária, a SDE publicou despacho sem especificar os horários das oitivas de cada testemunha e sem especificar corretamente o local onde tais audiências se realizariam. Como consequência, os Srs. Walter Pilão e Hélio de Franceschi impetraram mandado de segurança, após terem sido realizadas as audiências, buscando invalidar as intimações feitas, pedido que, em sede de liminar foi concedido pelo Poder Judiciário.

Ora, como não lhe era conveniente, a SDE sequer se preocupou em recorrer de tal liminar, entendendo que estava prezando pela celeridade do processo, e apenas determinou nova realização das oitivas. Acontece que uma das testemunhas arroladas pelo Representado Carlos Alberto Cerezine, o Dr. Sérgio Ricardo Guarda havia falecido e, portanto, não poderia ser ouvido novamente.

O fato é que a SDE não estava preocupada em resguardar o direito do Representado Carlos Alberto Cerezine de se defender. Como a SDE está ignorando por completo todas as provas feitas em defesa dos Representado, entendeu que não era seu dever zelar pela manutenção da prova realizada e apenas se preocupou em recorrer de liminar quando lhe convinha.

Insistiu também esta SDE de que o depoimento do Dr. Sérgio Ricardo Guarda estava nulo, e, ao mesmo tempo, recusou-se a permitir que o Representado indicasse nova testemunha.



Para impedir que o Representado indicasse nova testemunha, aí sim, a SDE foi diligente em não medir esforços em recorrer da liminar que havia sido obtida pelo Representado.

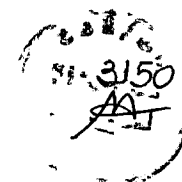
Porém, diante da sentença prolatada no mandado de segurança impetrado pelos Srs. Walter Pilão e Hélio de Franceschi, ao contrário do que defendeu veementemente a SDE, o depoimento do Dr. Sérgio Ricardo Guarda é válido. Não graças ao zelo da SDE pelos atos por ela mesma realizados quando voltados à produção de provas pela defesa.

(vi) De forma gritante se nota ainda a tentativa de restrição por parte da SDE na busca da verdade pelos Representados. Como se não bastasse buscar impedir que certas testemunhas prestassem compromisso de dizer a verdade, diante do fato de que as testemunhas prestaram tal compromisso e, em alguns casos, chegaram a expor as irregularidades da SDE, esta os intimidou, forçando-os a prestar depoimentos da forma como convinha à SDE e não de acordo com a convicção pessoal das testemunhas.

Tal fato ficou claro no depoimento do Dr. Denis Alves Guimarães:

“Aos questionamentos do Dr. Maurício Bueno respondeu que anteriormente não afirmou que “houve leniência” e sim que “achava que teria havido”; Que sua mudança de opinião deve-se ao fato da surpresa que o depoente observou do Coordenador à sua resposta no depoimento anterior”. (grifos nossos)

Por derradeiro, parece que esta SDE, além de não respeitar as garantias individuais dos Representados, acredita estar acima de qualquer possibilidade de revisão de seus atos, descarta a importância da transparência em seus trabalhos. Olvida-se, ainda, que a SDE orientava, através de expressões faciais, aprovando ou desaprovando os depoimentos, as testemunhas que participaram das investigações, demonstrando, assim, mais uma vez, que todos os atos por ela praticados revestem-se de irregularidades e nulidades.



3.17 – OUTRAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS

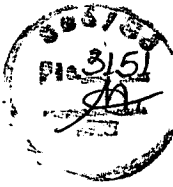
Por fim, a Nota Técnica de fls. 1060 a 1116 pretendeu repelir as alegações de que foram violados os direitos à intimidade e ao sigilo de informações comerciais ao abrir vista dos documentos obtidos com a busca e apreensão a todas as partes que figuravam no processo.

Com relação ao direito à intimidade, especificamente, sustentou a SDE, nos itens 193 e seguintes da Nota Técnica de fls. 1060 a 1116, que o direito à privacidade previsto na Constituição Federal é garantia individual e que não fazia sentido pessoas jurídicas aventarem a violação a tal direito em suas defesas. Ignorou a SDE que figuram no processo também pessoas físicas, como é o caso dos Representados, que sofreram enorme prejuízo ao terem revelados seus documentos confidenciais.

Se por um lado é verdade que dificultava a defesa das partes a impossibilidade de ter acesso a todos os documentos apreendidos, levando-se em consideração que era a totalidade dos documentos que apoiava a suspeita de condutas anticoncorrenciais levantada por essa D. Secretaria, por outro, causou enorme prejuízo às partes a exibição de documentos confidenciais aos demais integrantes do processo. Talvez, se da Nota Técnica de fls. 124 a 135 constasse descrição clara dos indícios que estavam a motivar a instauração do Processo Administrativo, bem como das condutas a serem investigadas, fosse desnecessário abrir vista de documentos tão sensíveis às partes.

Isso sem falar no dano à livre concorrência, que essa D. Secretaria quer a todo custo fomentar, decorrente da divulgação dos documentos confidenciais. Estratégias de mercado, listas de clientes e de preços de cada um dos agentes de mercado envolvidos no Processo Administrativo foram levadas a conhecimento de seus concorrentes, o que em momento algum se traduz em proteção da livre concorrência.

Ademais quando se trata de proteger o livre mercado, jamais poderia a SDE justificar sua decisão de abrir vista dos documentos a todas as partes com base na decisão dada em sede de inquérito criminal, como foi feito na Nota Técnica. A SDE deve ser a primeira a



defender condições saudáveis de concorrência, independentemente do que tenha entendido o juízo criminal a respeito. Ao assumir que abriu vista dos documentos confidenciais de cada Representado “*Tendo em vista apenas e tão-somente conferir idêntico tratamento aos documentos apreendidos no Processo Criminal ao que lhes foi dado no âmbito do Processo Administrativo*” (item 159. da Nota Técnica), a SDE contraria sua própria afirmação de que atua de maneira independente em relação à esfera criminal.

3.18 – O QUE DE FATO ACONTECEU

Esta SDE, desde o início do processo administrativo já havia formado opinião (sem sequer se preocupar com a realidade dos fatos) de que as empresas de gases industriais e medicinais deveriam ser condenadas por formação de cartel, apenas pelo fato de o mercado ser concentrado.

Na tentativa, não de investigar os fatos, mas de condenar as empresas, a SDE, de alguma forma, obteve informação sobre os números de telefones de alguns funcionários, sem se preocupar sobre o cargo ou função destes funcionários, e sabendo que não tem o direito ou o poder de determinar a realização de escutas telefônicas, buscou um “amigo” que o fizesse.

Caso a SDE tivesse um caso razoável para pleitear diligências do judiciário para investigar os fatos, deveria ter seguido o rito determinado pela Lei 8884/94:

“35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839



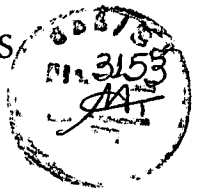
e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal”.

Ou seja, a forma correta para a SDE pleitear a realização de busca e apreensão ao Poder Judiciário, é solicitando-a à Advocacia Geral da União. Não é permitido à SDE que a solicite a qualquer outro órgão, entre eles o Ministério Público do Estado de São Paulo qualquer tipo de atuação a ensejar a investigação por ela proposta.

Porém, por saber que seu caso era fraco, a SDE buscou no Promotor Marcelo Batlouni Mendroni, que já atuava em outros casos com a SDE, a solução para seu impasse, pedindo (ou “sugerindo”) a esse que tome inclusive medidas que a SDE não poderia, para assim muni-la de eventuais “provas” que condenassem os Representados (e não “esclarecessem” os fatos).

Defende a SDE que a busca e apreensão realizada nesse caso seria diferente das buscas que realiza seguindo corretamente o rito da Lei 8884/94, entretanto o Dr. Denis Alves Guimarães deixou claro que não houve diferença entre a busca e apreensão realizada de forma distorcida nesse caso e as outras buscas e apreensões, e ainda reafirmou que a finalidade da busca era o processo administrativo, e não o criminal:

“Ao ser questionado sobre se durante o preparo da operação houve alguma menção a respeito da abertura de um processo administrativo respondeu que a idéia de se fazer uma busca e apreensão é procurar documentos que possam levar à abertura de processo administrativo; Ao ser questionado de outras buscas e apreensões respondeu que sim; Ao ser questionado sobre o preparo da equipe foi o mesmo respondeu que basicamente sim; Ao ser questionado se durante a operação o procedimento foi o mesmo respondeu que sim; Ao ser questionado sobre o se o procedimento ao final da operação foi o mesmo respondeu que daquelas que participou sim”. (grifos nossos)

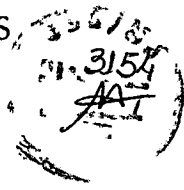


O mesmo é reconhecido pela Dra. Patrícia Agra Araújo:

“Ao ser questionada sobre se entende que a participação em operações de busca e apreensão seria uma atividade comum aos técnicos da SDE, respondeu que sim. Ao ser questionada sobre se a busca e apreensão realizada na Air Products foi mais uma operação realizada pelos técnicos da SDE, respondeu que sim (...) Ao ser questionada sobre se houve alguma diferença no preparo dessa operação em relação a outras realizadas pela Secretaria, disse que não”. (grifos nossos)

Todas as tentativas de explicar os eventos de forma diversa foram fracas e sem fundamento legal. Pelo depoimento do Dr. Guilherme Favaro Ribas, fica nítido o subterfúgio da SDE em procurar um contato favorecido dentro do Ministério Público do Estado de São Paulo para lhe render favores. Fica nítida ainda a interferência e o interesse que a SDE teve desde o começo nas interceptações telefônicas:

“Ao ser questionado se partiu da testemunha a indicação do Dr. Mendroni para figurar no ofício subscrito respondeu que a indicação foi feita pelo Secretário de Direito Econômico ou pela Diretora do DPDE (...) Ao ser questionado se manteve contatos telefônicos periódicos a partir de dezembro de 2003 com o Dr. Mendroni sobre o andamento do procedimento de interceptação telefônica respondeu que não se recorda com exatidão, mas que provavelmente sim (...) Ao ser questionado se antes e depois da busca e apreensão manteve contatos com o Delegado Sergio Guarda respondeu que sim antes e depois também para checar o andamento das investigações (...) Ao ser questionado se naqueles dias após a busca e apreensão teve acesso ao material de áudio resultante da interceptação telefônica respondeu que sim; Ao ser

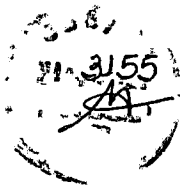


questionado sobre quem mais da SDE teve acesso ao material respondeu que não se lembra; Ao ser questionado se a Dra. Bárbara Rosenberg ouviu trechos das conversas telefônicas respondeu que não sabe; Ao ser questionado se relatou o conteúdo das conversas respondeu que quase certamente sim; Ao ser questionado se os documentos apreendidos foram xerocados e enviados a SDE respondeu que os documentos foram enviados a SDE, mas não se lembra se as cópias foram enviadas pelo delegado ou trazidos pelos funcionários da SDE, mas que possivelmente a resposta consta dos autos do processo administrativo (...) Ao ser questionado sobre quem teria dado acesso as interceptações telefônicas respondeu que não se lembra com certeza, mas que foi ou o Dr. Mendroni ou o Delegado Sergio Guarda". (grifos nossos)

Ora, é óbvio que o "amigo" escolhido pela SDE seguiria suas instruções ("sugestões"), lhes permitiria acompanhar de perto o andamento das investigações e ainda lhes daria acesso a todas as informações que obtivesse, independentemente de tal acesso ser legal ou ilegal.

Entretanto, o fato é que o acompanhamento, o acesso e toda a interferência da SDE eram ilegais. A determinação de participação por parte da SDE veio apenas posteriormente, para a busca e apreensão, e ainda assim, não deu autorização para acompanhamento posterior, como confirmou o Dr. Sérgio Ricardo Guarda:

"Ao ser questionado sobre se consta do mandado permissão para análise posterior, por parte dos técnicos da SDE, dos documentos apreendidos, respondeu que acredita que não, pois seria muito precário que o Juiz dispusesse acerca do tema naquele momento, mas também não existia qualquer restrição. Inclusive, a participação da SDE se deu a pedido do Promotor de Justiça que acompanhava a diligência."



Ressalta-se que o entendimento do Dr. Sérgio Ricardo Guarda a respeito da ausência de restrição é equivocado diante do princípio da legalidade no Direito Administrativo, pois, enquanto ao administrado, o que não for expressamente proibido é permitido, à autoridade, aquilo que não é expressamente determinado ou autorizado é vedado.

3.19 – CONCLUSÃO

De tudo até o momento exposto, dúvidas não pairam de que o Processo Administrativo em epígrafe encontra-se eivado de nulidades, de forma que a SDE deve imediatamente determinar a anulação de toda a averiguação preliminar e do Processo Administrativo em epígrafe, determinando o seu arquivamento. Nesse sentido, veja-se disposição da Lei nº 9.784/99:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.” (grifos nossos)

Aliás, o dever de a Administração Pública declarar a nulidade de seus atos, quando realizados com inobservância de requisitos legais, é objeto de dois enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais são a seguir transcritos:

“n. 346. A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.”

“n. 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.”



Dessa forma, por todo o acima exposto, a única medida a ser adotada pela SDE em consonância com os princípios constitucionais de garantia que regem o Estado Democrático de Direito, em especial, legalidade, competência, ampla defesa, inadmissibilidade das provas ilícitas, devido processo legal, moralidade e impessoalidade da Administração Pública, é a determinação imediata da anulação de todo o Processo Administrativo em referência.

Em todo caso, tendo-se em vista o princípio da eventualidade, os Representados apresentam, a seguir, as razões pelas quais, ainda que a autoridade rejeite as preliminares acima argüidas – o que se admite apenas para argumentar – não pode prosperar no mérito a alegação de infração à ordem econômica objeto do Processo Administrativo em referência.

IV – DO MÉRITO

4.1 – **CONSIDERAÇÕES SOBRE O MERCADO DE GASES INDUSTRIAIS E MEDICINAIS**

O mercado de gases pode ser segmentado, conforme o uso dado a cada tipo, em gases industriais, gases medicinais e gases especiais, esses últimos referentes a gases de alta pureza, para aplicação na indústria de semicondutores e calibração de instrumentos de medição.

Do ponto de vista da distribuição, deve-se mencionar que, para usuários de baixo e médio volume, os gases são fornecidos em cilindros. Para usuários de maior volume, os gases são fornecidos a granel e armazenados em tanques instalados nas empresas clientes, muitas vezes às expensas da empresa fornecedora. O alto custo tanto do transporte dos gases, que são altamente voláteis e apresentam, dessa forma, problemas de estocagem, quanto das instalações necessárias ao seu fornecimento, limitam a viabilidade econômica do fornecimento de gases a um raio não superior a cerca de 500 quilômetros de cada planta.

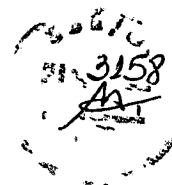


No que se refere às características de oferta, vale dizer que a necessidade de instalações essenciais para o fornecimento não inibe a concorrência de clientes de grande porte, vez que os agentes procuram negociar o aproveitamento de instalações já existentes quando ocorre troca de fornecedor. Além disso, alguns dos agentes agregam ao fornecimento de gás o oferecimento de determinadas facilidades, como “empréstimos” (comodato) de cilindros a fornecedores, tornando-se mais atrativas aos clientes e forçando a concorrência.

Do ponto de vista da demanda, é inegável o poder de barganha dos clientes, sejam eles atuantes na esfera pública ou privada. Na esfera pública, a contratação é precedida de licitação, por determinação legal. Quando se observa os resultados das licitações, é impossível concluir que as partes se apresentem ao certame já articuladas para dividir o mercado, como quer a SDE. Há grande disparidade de preços ofertados e isso não sugere prévia combinação.

Veja-se, a esse respeito, o exemplo da licitação ocorrida em 14 de março de 2003, promovida pela Fundação para o Desenvolvimento Médico e Hospitalar, cópia da grade de licitação pode ser encontrada no Anexo “Documentos apreendidos na White Martins – Carina”. No caso do oxigênio líquido medicinal, a Air Products venceu a licitação, ficando em segundo lugar a Air Liquide. Caso as empresas tivessem combinado previamente quem venceria o certame, a Air Products teria apresentado preço próximo ao do segundo colocado. No entanto, o que ocorreu foi que a Air Products, ao oferecer o produto em cotação a R\$0,59, baixou o preço em muito mais que o necessário para cobrir a oferta do segundo colocado, que apresentou preço de R\$0,89, pela mesma quantidade do mesmo produto.

No que se refere a cliente privados, estes negociam em condições de igualdade com os fornecedores, pois os primeiros não encontram dificuldades para trocar de fornecedores. Isso lhes vale como verdadeiro trunfo nas negociações, em que se comportam, muitas vezes, de maneira agressiva, chegando alguns a apresentar às empresas propostas recebidas de outras, com o intuito de pressioná-las a reduzirem seus preços.



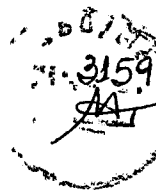
Esse fato fica evidenciado no depoimento colhido do Sr. José Roberto Camargo, sócio minoritário do Hospital CV em Curitiba que exerceu a função de diretor administrativo do referido hospital por dois anos:

“Ao ser questionado sobre a estrutura de preços ao consumidor final (paciente) do hospital, respondeu que três elementos diferentes são cobrados dos consumidores, quais sejam, diárias e taxas, materiais e medicamentos, e gasoterapia, e que, dos três o de mais rentabilidade para o hospital é a gasoterapia, e o de menor rentabilidade são as diárias e taxas. Insto porque a tabela de preços ao consumidor da Unimed está congelada desde 1994, os custos de mão-de-obra para a internação têm subido, e os custos de gases têm caído e têm compensado o aumento dos custos de mão-de-obra”. (grifos nossos)

A impossibilidade de interromper o fornecimento de gases aos clientes faz com que as empresas fornecedoras comprem gases de outras empresas, para que possam honrar seus contratos, mesmo quando enfrentem problemas de logística, ou quaisquer outras intempéries em seus processos produtivos. Isso torna os fornecedores, em dadas situações, clientes de outros fornecedores, justificando os contatos mantidos entre as empresas por meio de seus executivos, os quais, vale ressaltar, são perfeitamente lícitos.

Esses elementos, associados ao aumento de oferta e às alterações de estrutura verificáveis no mercado não levam a concluir que o mercado se comporta de forma competitiva, incompatível com o funcionamento de um cartel. Não há, portanto, qualquer incentivo ou mesmo explicação racional capaz de justificar uma tentativa por parte dos Requerentes de colaborar com a prática de ações concertadas no mercado. Forçoso, dessa forma, o reconhecimento da inexistência de cartel, bem como o arquivamento do Processo e a exclusão dos requerentes do pólo passivo da lide.

Ao contrário do que alega a denúncia anônima e a D. SDE em suas Notas Técnicas de fls.



05/14 e 124/135, o mercado objeto do processo administrativo em referência apresenta grande rivalidade entre os agentes.

Basicamente, pode-se segmentar o mercado por tipo de uso dos gases:

- (a) gases industriais (para aplicação nas indústrias de siderurgia, metalurgia e petroquímica, alimentos, papel e celulose);
- (b) gases medicinais (para uso em clínicas, hospitais e seus equipamentos); e
- (c) gases especiais (com alto grau de pureza, para aplicação na indústria de semicondutores e calibração de instrumentos de medicação).

Para usuários de baixo e médio volume, a indústria, de uma forma geral, fornece gases em cilindros. Já para usuários de maior volume, existe o fornecimento de gases a granel, os quais são armazenados em tanques instalados pelas empresas e, muitas vezes, às suas expensas, nos clientes.

Trata-se de indústria de capital intensivo, na qual são necessários vultosos investimentos, razão pela qual são poucos os agentes econômicos atuantes tanto no Brasil como nos demais países.

Gases industriais e medicinais constituem produtos de baixo valor agregado comparativamente ao custo do transporte e das instalações que são necessárias ao seu fornecimento. Nesse sentido, cumpre observar que o transporte representa um fator importante na composição dos custos da empresa, de forma que não se mostra economicamente viável entregar o produto a grandes distâncias das plantas produtoras. Dessa forma, o fornecimento direto de gás por uma empresa tende a ser limitado a um raio de aproximadamente 500 quilômetros, a partir da unidade produtora, dependendo do volume requerido por um cliente ou pelo número de clientes atendidos (soma dos volumes).



Outro fator que contribui significativamente para o preço do produto consiste na necessidade de se instalar infra-estrutura nos clientes atendidos (tais como tanques e tubulações), sendo a recuperação desses investimentos somente obtida no médio prazo.

Cumprе mencionar que a indústria de gases pode ser considerada, em certo sentido, um mercado por aplicação, no qual a finalidade para a qual o gás é produzido e o serviço agregado pelas empresas ao fornecimento apresentam importância significativa. Ou seja, muitos clientes buscam não apenas o fornecimento do gás, mas também soluções para otimização da aplicação dos gases em sua produção final.

Além disso, cumpre observar que a necessidade de instalações essenciais para o fornecimento não inibe a concorrência nesses clientes de grande porte, uma vez que os agentes procuram negociar o aproveitamento de instalações já existentes quando o cliente opta por trocar de fornecedor.

Por conseguinte, dúvidas não pairam de que o mercado de gases industriais e medicinais tem se comportado de forma competitiva, o que é comprovado pelo aumento da oferta e por alterações na estrutura do mercado, características incompatíveis com a formação de cartel. Trata-se de realidade suficiente a ensejar o arquivamento do Processo Administrativo em referência, e a exclusão imediata dos Representados do seu pólo passivo. Ora, é fática e juridicamente impossível que os Representados pudessem ter de qualquer forma colaborado para a prática de condutas anticompetitivas, se o setor econômico em análise apresenta efetiva rivalidade.

Poder de barganha dos clientes

Outro fator não condizente com a prática de cartel refere-se ao poder de barganha detido pelos clientes do setor de gases industriais e medicinais, sempre empresas que têm e exercitam poder de negociação com os agentes econômicos, por ocasião do fechamento dos contratos de fornecimento.



No que tange aos clientes públicos, a contratação é sempre precedida de licitação, muitas vezes através da modalidade de pregão, o que assegura transparência e lisura no processo. Ademais, isso pode ser verificado no caso do Grupo Conceição, maior complexo hospitalar da América Latina, todo com atendimento SUS, pelo depoimento da Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebl, que era responsável por todas as aquisições de todos os grupos de materiais que abasteciam as unidades hospitalares, quais sejam, Hospital Nossa Senhora da Conceição, Hospital Cristo Redentor, Hospital Fêmeina, Hospital Criança Conceição, e os 14 postos do chamado Programa de Saúde da Família:

“Ao ser questionada sobre sua atuação na gerência de materiais, respondeu que separava os materiais a serem licitados em três tipos, quais sejam, curva A, curva B, e curva C, sendo que os itens de curva A eram os de maior vulto, maior despesa (...) Ao ser questionada sobre se gases medicinais se encaixavam em alguma das categorias, respondeu que sim, que eram um dos itens da chamada curva A (...) Ao ser questionada sobre se, em vista da redução drástica de custos, houve repercussão, respondeu que sim. O resultado da licitação foi amplamente divulgado pelo Ministério da Saúde em seu “banco de preços praticados”, uma página na Internet. Com isso, outras unidades do Ministério da Saúde não pertencentes ao Grupo Hospitalar Conceição tiveram informação sobre a redução dos preços, e diante disso, passaram a também buscar preços mais baixos, fazendo novos processos de licitação no período entre 1995 a 2001 (...) Ao ser questionada sobre se o contrato assinado com a Air Products teve de ser negociado, ou se minuta já constava do edital, respondeu que em todas as providências em processo licitatório, os editais sempre estiveram acompanhados de minuta de contrato, o qual era preenchido com as informações da empresa vencedora. Ao ser questionada sobre se a Air Products tentou de algum modo



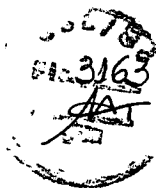
negociar para alterar essa minuta, respondeu que não, e que tem certeza que nem tentaria, assim como nenhuma outra empresa. Ao ser questionada sobre a reação da AGA ao perder a licitação, respondeu que a AGA impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar que resultou indeferida. Ao ser questionada sobre se tem conhecimento sobre se a AGA, após a perda do contrato, teve de reduzir seu pessoal, respondeu que teve a informação de que a AGA reduziu seu pessoal e a equipe comercial que a visitava mudou". (grifos nossos)

Vê-se por esse exemplo que, não apenas os clientes dos Representados têm poder de barganha para negociar os preços como também que (i) esses têm baixado, (ii) as empresas não poderiam abusar da negociação dos termos dos contratos com os clientes, (iii) as empresas concorrem acirradamente pelos clientes, impetrando nesse caso até um mandado de segurança, e (iv) a perda de um cliente tem conseqüências sérias para as empresas, nesse caso tendo a AGA até dispensado parte de seu pessoal por decorrência da perda da conta com o Grupo Hospitalar Conceição.

Já no que concerne aos privados, a prática demonstra que esses negociam, em igualdade de condições com as empresas, preços e condições de reajuste dos contratos.

Sobre a relação fornecedor-cliente, cumpre ainda esclarecer que o setor de gases industriais e medicinais apresenta a característica da essencialidade, ou seja, o fornecimento de gás ao cliente jamais pode ser interrompido. Dessa forma, e considerando a necessidade de manutenções periódicas das plantas industriais, eventuais panes, problemas de abastecimento e de logística, em algumas ocasiões um agente do mercado acaba se vendo na situação de fornecedor ou cliente de outro. Adicionalmente, alguns agentes adquirem de outros tipos de gases que não produzem, a fim de oferecer a seus clientes todo o portfólio de produtos de que estes necessitam.

Portanto, são legítimos e absolutamente lícitos eventuais contatos entre os Representados e



empregados de empresas concorrentes, de forma que não pode de maneira alguma prosperar a pretensão da SDE de, inadvertidamente, a partir de informações pinçadas de forma aleatória dos documentos apreendidos, buscar configurar a existência de um cartel no setor.

Aliás, o mercado nos últimos sete anos tem crescido em termos de quantidade de clientes atendidos e volume ofertado, sendo constante a disputa por clientes existentes e por novos negócios, o que é comprovado tanto pelo crescimento dos agentes com menor participação de mercado, como pela presença de relativa mobilidade em sua posição no mercado (a partir do segundo colocado), a depender do tipo de produto fornecido e da área de atuação estudada.

Logo, imperioso o arquivamento desse processo administrativo.

4.2 – DA EMPRESA EM QUE TRABALHAM OS REPRESENTADOS

A Air Products Brasil Ltda. é uma empresa com sede em São Paulo, a qual produz diferentes tipos de gases industriais, notadamente nitrogênio líquido, oxigênio líquido, argônio líquido e hidrogênio gasoso. Além disso, a Air Products presta os seguintes serviços: consultoria aos processos do cliente; instalação, manutenção e inspeção regular de equipamentos relacionados a gases; treinamento em segurança e análises de risco.

Conforme reconhecido pela própria SDE, a empresa em que trabalham os Representados – a Air Products – é um dos agentes com menor participação de mercado em termos de faturamento no mercado nacional (cerca de 8%, conforme dado constante das fls. 11 dos autos).

Destarte essa baixa participação, a Air Products tem empreendido significativos esforços no sentido de ampliar a sua fatia no mercado nacional, realizando constantes investimentos, os quais pretende recuperar através da expansão de sua carteira de clientes. Estima-se que, em 1999, a empresa respondia por cerca de 6% da soma do faturamento das empresas



atuantes no mercado brasileiro de gases industriais e medicinais, tendo crescido sua participação para acima de 8% em 2003.

Nesse sentido, e em grande medida devido aos esforços e à dedicação empreendidos pelos Representados, o histórico da Air Products é indubitavelmente de sucesso, tendo a empresa logrado inegável crescimento nos últimos cinco anos.

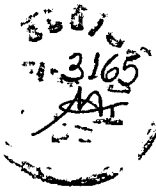
Ademais, a Air Products é empresa idônea, de correta e admirável atuação no mercado.

Dessa forma, a participação da empresa ou de seus executivos em um suposto cartel seria estratégia desprovida de qualquer racionalidade econômica, pois a Air Products apresenta uma trajetória de incremento de sua posição no mercado, tomando clientes dos agentes rivais, realidade essa frontalmente incompatível com qualquer conduta colusiva. Em breve síntese: **qualquer tentativa de conluio impediria o crescimento da Air Products, o que não se mostra compatível com a sua estratégia empresarial, muito menos com a idoneidade a ela inerente.**

Ora, o crescimento contínuo da Air Products é de todo incompatível com qualquer suposta prática cartelizante, pois inerentes ao cartel são a ausência de mobilidade de participações de mercado – *i.e.*, nenhuma empresa tenta “ganhar” clientes de outras – e a redução (ou ao menos manutenção) da quantidade ofertada. A realidade mais uma vez desmente as vazias alegações que deram origem ao presente processo.

A conduta ilibada e competitiva da Air Products fica evidenciada no depoimento da Sra. Ana Maria Del Lito Sturmhoebl:

“Ao ser questionada sobre sua impressão da conduta comercial da Air Products, respondeu que tem certeza que se trata de empresa idônea, demonstrando no dia-a-dia a realidade daquilo que é demonstrado documentalmente quando ela se habilita em um processo licitatório, ou seja, exemplar”. (grifos nossos)



4.3 – DA IMPOSSIBILIDADE DE SE CONCLUIR PELA EXISTÊNCIA DO CARTEL NO CASO CONCRETO

É característica comum aos diversos tipos de cartéis que podem surgir a redução da oferta e o aumento de preços, formas óbvias de maximização de lucros pelos oligopolistas. As condutas definidas no art. 21, incisos I, II e III, bem como no inciso VIII, que trata especificamente de prévias combinações e ajustes na concorrência pública ou administrativa, somente serão consideradas ilícitas na medida em que portem a intenção e o potencial de produzir os efeitos citados no art. 20 da citada lei, a saber:

“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.”

A realidade econômica do mercado afasta de maneira cabal o intuito e possibilidade de produção de efeitos previstos no art. 20 da Lei 8.884/94, não havendo que se falar em ilícito antitruste, tampouco em procedência da denúncia que originou o Processo em questão. O que sugere tal realidade, ao contrário, é um aumento do volume de oferta e do grau de concorrência existente, em benefício do consumidor final.

A SDE alega, em suas considerações, que o setor apresentaria indícios caracterizadores de conduta cartelizante. Nada mais equivocado e sem qualquer embasamento fático e jurídico.

A doutrina, de forma uníssona, apresenta como necessários à formação de um cartel em um determinado mercado os seguintes requisitos: pequeno número de agentes, restrição na oferta, aumento de preços a níveis supracompetitivos e mecanismos de retaliação para casos de defecção. Conforme se demonstrará a seguir, à exceção do reduzido número de agentes (existem cinco grandes *players* no mercado em questão), todos os critérios



necessários à existência de um cartel não estão presentes nessa discussão administrativa.

Sobre o tema dos cartéis, expõem a OCDE e o Banco Mundial:

“Existem vários tipos de cartéis, mas todos eles reduzem oferta e aumentam preços por meio da eliminação de concorrência entre as partes do acordo” (No original, em inglês: “There are many possible types of cartels, but all reduce output and raise prices by eliminating competition among the parties to the agreements”. OCDE; The World Bank. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. Washington: The World Bank, 1998, p.21.)

No Brasil, a lei nº 8.884/1994 definiu a prática de cartelização como infração à ordem econômica nos seguintes termos:

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

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

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

III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados, ou semi-acabados ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários”.



Especificamente com relação a processos de cartelização em decorrência de procedimentos licitatórios, o art. 21 prevê ainda:

“Art. 21.

(...)

VIII – combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa.”

Deve-se observar, em todo caso, que, nos termos do *caput* do art. 21, as condutas acima transcritas somente são sancionáveis na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20, segundo o qual:

“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;

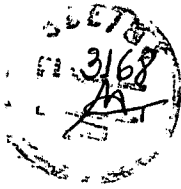
II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

Conseqüentemente, ausente o intuito e a produção dos efeitos previstos no art. 20 da lei nº 8.884/94, não se poderá falar em ilícito antitruste. Os resultados econômicos observados no mercado de gases industriais desmentem de forma irrefutável a presença de qualquer dos efeitos vislumbrados pela lei, de forma que a única conclusão possível é a da total improcedência da denúncia que originou o Processo Administrativo em referência. Senão vejamos.

O mercado de gases industriais e medicinais apresenta um histórico de aumento da oferta



(em volume), o que demonstra, à evidência, que o setor tem crescido e se desenvolvido de forma efetiva, e a concorrência tem aumentado em benefício do consumidor final. **Na ausência de qualquer indício de restrição ou controle sobre a oferta, não é possível falar-se sequer em tentativa de cartelização.**

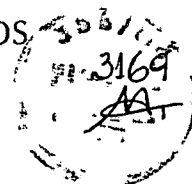
Assim, não há racionalidade econômica na representação formulada pela SDE, com base em uma denúncia anônima absolutamente desprovida de qualquer fundamento.

Em verdade, conforme observa Ruy Santacruz, ao analisar os cartéis sob o prisma da legislação brasileira:

“Para uma condenação, é preciso que se prove a existência de uma ação ou omissão praticada por um agente econômico, como nexos causal entre a ação e o resultado lesivo ou entre a ação e o possível resultado lesivo.” (“Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos”. In MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 416).

E continua o ex-Conselheiro do CADE, acerca da obtenção de provas para caracterização de cartel:

“Um desdobramento do princípio da análise econômica do direito, portanto, é a validade da prova econômica colhida dos dados do processo. De um modo geral, considera-se que a formação do cartel fica provada quando empresas concorrentes fixam preços sem qualquer racionalidade econômica em detrimento do comprador. Ou seja, a prova indireta (prova econômica) do cartel só é válida se o reajuste de preço investigado não apresentar lógica econômica, não puder ser explicado pela teoria econômica.” (Ob. cit., p. 417)



Portanto, na análise antitruste, os dados econômicos desempenham papel crucial para a conclusão sobre a existência de conduta sancionável, e não podem ser desconsiderados pela autoridade investigadora.

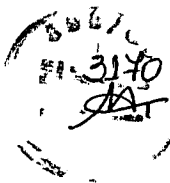
No presente caso, os dados da indústria de gases industriais e medicinais mostram um incremento significativo no volume ofertado. Essa realidade não poderia decorrer senão da efetiva rivalidade entre os agentes, os quais se encontram constantemente disputando clientes públicos e privados, assim como novas oportunidades de negócios.

Ora, a restrição da oferta é requisito essencial – ainda que não suficiente – à caracterização de um cartel.¹ **Em uma realidade de crescimento de oferta, a mera investigação de uma eventual prática cartelizante mostra-se desprovida de qualquer racionalidade econômica, e deve ser de pronto abandonada, em obediência ao princípio da eficiência da Administração Pública,** segundo o qual as autoridades administrativas devem se abster de praticar atos desnecessários e incapazes de atingir o fim público a que se destinam. Seguramente não há como se pretender investigar um cartel na presença de um mercado em que se observa crescimento de oferta.

Adicionalmente, a realidade comprova, de maneira indelével, que os clientes não encontram dificuldades em trocar de fornecedor. Na verdade, os clientes pressionam constantemente a indústria por preços mais baixos, inclusive através de práticas agressivas, chegando mesmo alguns a apresentar às empresas propostas recebidas de outras, com o intuito de forçar uma redução ainda maior de preços por parte de seu atual fornecedor.

No que tange aos clientes públicos, a competição mostra-se igualmente aguerrida, mormente em se considerando que a maioria das entidades públicas contrata fornecimento de gases industriais e medicinais por meio de licitação, procedimento pautado pelos

¹ Vide, dentre outros, Robert BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 379.



princípios da transparência e da publicidade.² Além disso, os preços praticados para o setor público são compatíveis com aqueles praticados para os clientes privados.

Não bastasse isso, todo depoimento colhido ao longo do processo administrativo veio no sentido de confirmar a inexistência de cartel no setor, como se extrai do depoimento do Sr. José Roberto Camargo:

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

Portanto, carece de embasamento econômico qualquer investigação, por parte da SDE, com fulcro no inciso VIII do art. 21 da lei n. 8.884/94, uma vez que uma análise, ainda que sumária, dos dados relativos à evolução dos preços praticados para o setor público constitui prova indelével do crescente acirramento na disputa por esses negócios, com conseqüente queda de preços.

4.4 – HISTÓRICO DE ATUAÇÃO DOS REPRESENTADOS NO MERCADO DE GASES INDUSTRIAIS E MEDICINAIS

4.4.1 Sr. Carlos Cerezine

[REDACTED]

² A esse respeito, veja-se os princípios norteadores das licitações públicas: “art. 3º da lei n. 8.666/1993: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

581.3
314
AA1

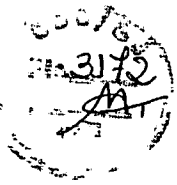
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

4.4.2 Sr. Gilberto Gallo

[REDACTED]

[REDACTED]

1007
3173
A

[REDACTED]

4.4.3 Sr. Vitor Perez

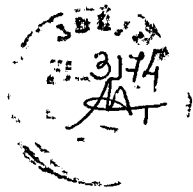
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

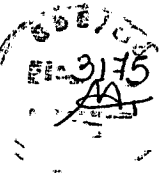


[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

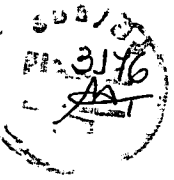
[REDACTED]

[REDACTED]

4.4.4 Conclusão necessária

A breve menção aos *curricula* e depoimentos acima já demonstra, por si só, a razão de poderem ser encontrados documentos e informações de uma empresa com um executivo que atualmente esteja prestando serviços para outra. Com efeito, a rotatividade de funcionários gabaritados e com experiência entre as empresas do setor é constante.

De fato, por se tratar de um mercado com poucos agentes atuantes, é muito comum que atuais funcionários de uma empresa tenham, no passado, sido empregados de outras. Os funcionários da Air Products mencionados no processo atuam nesse setor há muitos anos e, conforme demonstrado, já trabalharam em empresas concorrentes.



Além disso, já foi observado que, no mercado de gases industriais e medicinais, os agentes econômicos são também consumidores e fornecedores uns dos outros em algumas situações, igualmente explicitado anteriormente. Assim, não há nada de excepcional ou que mereça a atenção das autoridades no fato de haver, em poder dos executivos, documentos que evidenciem eventuais contatos entre eles.

4.5 – DAS INFUNDADAS ALEGAÇÕES DA SDE

A fim de que não parem quaisquer dúvidas sobre a legitimidade e lisura das ações adotadas por cada um dos Representados no desempenho de suas atividades funcionais, passa-se a refutar, abaixo, cada uma das infundadas alegações constantes das Notas Técnicas exaradas pela SDE.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

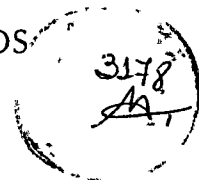
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

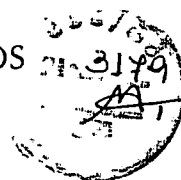
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

3180
AT

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

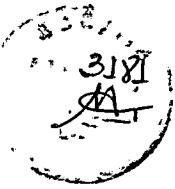
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

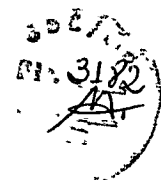
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

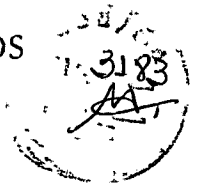


[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

3187
AT

[REDACTED]

[REDACTED]

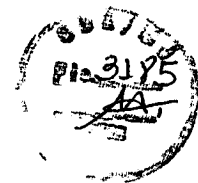
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



4.5.6 Ausência de qualquer indício relativo ao Sr. Gilberto Gallo

Por fim, há de se reconhecer a absoluta incoerência e total improcedência da presença do Sr. Gilberto Gallo no pólo passivo do Processo Administrativo em epígrafe, uma vez que não há sequer um documento vinculado ao seu nome mencionado nas Notas Técnicas que embasam o Processo Administrativo em referência.

A única referência ao Sr. Gilberto Gallo ocorre no momento da denúncia anônima, pois seu nome teria sido mencionado pelo denunciante à Secretaria. Todavia, conforme já amplamente demonstrado, mera denúncia anônima, desprovida de quaisquer indícios embasadores, não pode jamais ser considerada razão suficiente à instauração de processo – seja administrativo ou judicial – contra o denunciado.

Portanto, deve ser o Sr. Gilberto Gallo imediatamente excluído do pólo passivo do Processo Administrativo em questão.

4.5.7 Da absoluta impossibilidade de se responsabilizar os Representados por práticas anticoncorrenciais praticadas pela Air Products com base nos documentos apreendidos

Como já aventado em sede de defesa, o fato de os Requerentes manterem contato com funcionários de outras empresas para negociação de compra e venda de produtos, bem como de os Requerentes terem longo histórico de atuação no mercado de gases, faz com que possuam informações sobre as demais empresas, o que, no contexto da situação, é perfeitamente justificável. Incabível, portanto, que se dê lugar a uma interpretação tendenciosa aos documentos apreendidos, com o fim de incriminar os Requerentes.

Com a abertura de vista de todos os documentos constantes dos autos a todos os Representados, aproveitam a presente oportunidade de se manifestar para, mais uma vez, demonstrar que os documentos apreendidos não são capazes de provar a participação dos



Representados em um cartel. Para tanto, seguem comentários sobre alguns dos muitos trechos que comprovam a atuação competitiva da Air Products no mercado de gases, assim como de seus executivos.

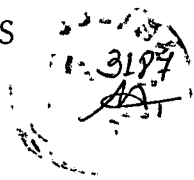
Em outros casos, os Requerentes fazem questão de comentar alguns documentos em que são mencionados, ou em que se faz menção à empresa em que trabalham, e que, de forma alguma, foram produzidos pelos Requerentes. Alguns deles são, inclusive desconhecidos dos Requerentes.

Com efeito, os Representados não possuem qualquer ingerência sobre os comentários de terceiros ou sobre documentos por esses últimos produzidos. Num estado democrático de direito, onde é dado a quem quer que seja o direito de se manifestar sobre quem quer que seja, não podem os Representados impedir que sejam mencionados por terceiros em conversas ou escritos. No entanto, também não é justo que sejam responsabilizados por tais menções, ou que das mesmas se conclua qualquer tipo de conduta ilícita por parte dos Representados. Veja-se:

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

3188
AA

[REDACTED]

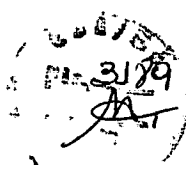
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

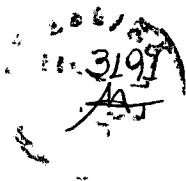
[REDACTED]

[REDACTED]

V – DESAFIO

Os Representados desafiam esta SDE a apontar de forma clara as violações que tenham cometido ao Direito Concorrencial. Os Representados, ainda, desafiam esta SDE a especificar qual o ato cometido, por quem e em qual lugar; na companhia de quem; e em que momento.

Não sendo a SDE capaz de apontar e comprovar qual dos Representados realizou qual ato, com quem, em que lugar e hora, e que artigo da Lei tal ato viola; não há que se falar em condenação dos Representados. Não há estudo econométrico, ou indício de mercado, ou,



pior ainda, denúncia anônima, que possa dar razão à autoridade a condenar os Representados por um ato que a autoridade não é capaz de especificar e comprovar.

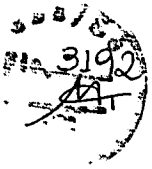
A única razão pela qual os Representados constam do presente Processo Administrativo é por terem sido mencionados em uma denúncia anônima claramente voltada unicamente para prejudicá-los, sem qualquer embasamento fático e legal.

Até o presente momento, a SDE se absteve (poderia-se dizer que, nesse caso, renunciou?) de individualizar a conduta dos Representados neste Processo Administrativo. Não teria cabimento concluir pela condenação dos Representados, portanto, sem que eles tenham tido a oportunidade de *desmentir* qualquer alegação que lhes seja imposta.

VI – PEDIDO

Por todo o exposto, os Representados respeitosamente requerem:

- (i) seja deferido tratamento confidencial a todas as informações a eles atinentes, nos termos descritos nesta Defesa;
- (ii) seja o processo arquivado por suas irregularidades;
- (iii) seja declarada a inexistência de participação dos Representados na formação de cartel; e
- (iv) seja arquivado o presente processo administrativo por ausência de comprovação fática a ensejar, com base na denúncia feita, a condenação dos Representados.



Termos em que,
pedem deferimento.

De São Paulo para Brasília, 22 de janeiro de 2007

Viviane N. Araújo Lima

OAB/SP nº 159.882

OAB/RJ nº 75.863


Fernando B. de Azevedo Barros

OAB/SP nº 180.306

OAB/RJ nº 112.694

IDENTIFICADO E DOUVE QUE foi consti-
tuído um apartado
confidencial de Carlos
Alberto Cezzine e outros

Brasília, 24/01/07
Moarães

INSTRUMENTO PROCESSUAL
ANEXO
E. 241 01 107
Moarães

FAÇO JUNTADA ESTE PROCESSO expediente
em conformidade p/da
1192 Lig. de B. S. S. L.
17 de 2

QUE PASSAM A CONSTITUIR AS FLS. 3193-3194
SDE / MJ, 24/01/07



Advocacia José Del Chiaro

José Del Chiaro Ferreira da Rosa
Maria Augusta Fidalgo
Daniela de Carvalho Mucilo
Priscila Brólio Gonçalves
Luciano Rolo Duarte
Tatiana Lins Cruz

Maurílio Monteiro de Abreu
Mariana Duarte Garcia de Lacerda
Andréa Fabrino Hoffmann Formiga
Renata Foizer Silva
Elisandra Figueiredo
Vivian Anne Fraga



**ILUSTRÍSSIMA SENHORA SECRETÁRIA DE DIREITO ECONÔMICO
INTERINA, DOUTORA MARIANA TAVARES DE ARAÚJO, DO MINISTÉRIO
DA JUSTIÇA**

Jose -> R.

Eric Hadmann Jasper
Coordenador Geral
CGAJ / DPDE / SDE / MJ
19.01.07

SDE/GAB/CAPRO

Coordenação de Apoio Processual



08012.000455/2007-82

08012.000455/2007 - 18/Jan/2007-15:17

Secretaria de Direito Economico/SDE/MJ

Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA (“Air Liquide”), por seus advogados, nos autos do processo administrativo em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de V. Sa., tendo em vista a publicação em 11 de janeiro do corrente, no Diário Oficial da União, do Despacho nº 14 desta D. SDE determinando a apresentação de Alegações Finais, expor e ao final requerer o quanto segue.

No próprio dia 11 de janeiro p.p., a ora petionária protocolou petição requerendo a emissão de nova Nota Técnica de encerramento da instrução do presente processo e, somente após, a abertura de prazo para que as Representadas apresentassem suas alegações finais, tendo em vista as decisões proferidas nos processos judiciais correlatos (mencionadas no referido despacho), bem como a juntada de documentos, tudo isso sem a devida menção naquela Nota Técnica, outrora



exarada quando tais decisões e documentos não faziam parte dos autos.

Ainda, como mencionado na petição de fls., a Nota Técnica proferida (objeto do despacho nº 738 de 06 de dezembro de 2006) considera os depoimentos das testemunhas renovados (conforme Nota Técnica de fls. 1986/1990) e, diante das decisões proferidas no despacho em comento, devem ser considerados pelas Representadas em suas Alegações Finais os depoimentos originalmente prestados pelas testemunhas.

Por todo o exposto, e considerando que até o momento não houve qualquer manifestação desta D. SDE acerca da petição de fls. e o premente prazo para apresentação de Alegações Finais, reitera a Air Liquide seu pedido de emissão de nova Nota Técnica de encerramento da instrução do presente processo e, somente após, a abertura de prazo para que as Representadas possam apresentar suas Alegações Finais.

Termos em que,


P. Deferimento.

De São Paulo para Brasília aos 18 de janeiro de 2007

José Del Chiaro Ferreira da Rosa
OAB/SP nº 57.341
OAB/DF nº 1794/A

Daniela de Carvalho Mucilo
OAB/SP nº 130.547

Tatiana Lins Cruz
OAB/SP nº 189.110


Andrea Fabrino Hoffmann Formiga
OAB/DF nº 18.575



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Secretaria de Direito Econômico DPDE
Ministério da Justiça

De ordem, defiro conforme solicitado.
Em, 22/01/2007

J.

[Assinatura]
Eric Rudmann Rasper
Coordenador Geral
CGAI / DPDE / SDE / MJ



Referência - Nº 08012.009888/2003-70

Requerente: Graziella Angela Tinari Dell'Osa

por seu representante legal abaixo assinado, vem a presença de Vossa Senhoria requerer: Cópia da folha 2901 e seguintes

Procuração: fls. _____ (preenchimento obrigatório)
Nestes termos pede Deferimento

Brasília-DF, em 19 de Janeiro de 2007

Graziella Angela Tinari Dell'Osa

(Nome do representante legal por extenso e de forma legível)

Fone: (61) 3035.7823
OAB: 173.626/SP

(Assinatura)

INFORMAÇÕES PARA O RECOLHIMENTO DA GRU

Deferido: _____ Justificativa: _____
Nº de Folhas: _____ Valor: R\$ _____

COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DO VALOR RELATIVO À EXTRAÇÃO DE CÓPIAS

Requerente: _____

Nº de Folhas: _____ (_____) Valor: R\$ 146,90

Servidor [Assinatura] Bsb, em 24 de 01 de 2007

RECIBO DO DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

CÓPIAS DOS AUTOS
 CARGA DOS AUTOS

Brasília-DF, em _____ de _____ de 2007

(Assinatura)

*Recebeu
cópias
nessa
data.*

ATENÇÃO: O prazo de carga dos processos é de 24 (vinte e quatro) horas!



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

J.

De ordem, defiro conforme solicitado.
Em 24/01/2007
[Assinatura]
Eric Hadmann Jasper
Coordenador Geral
CGAI/DPDE/SDE/MJ

SDE/MJ
FLS 3196
PA
Protocolo

Secretaria de Direito Econômico SDE
Ministério da Justiça

Referência - Nº 08012.009888/2003-70
Requerente: *White Martins*
por seu representante legal abaixo assinado, vem a presença de Vossa Senhoria requerer:

Cópia de folhas 2900 e seguintes.

Procuração: fls. _____ (preenchimento obrigatório)
Nestes termos pede Deferimento

Brasília-DF, em 22 de janeiro de 2007.

José Alberto Gonçalves da Motta
(Nome do representante legal por extenso e de forma legível)

Fone: 3327.6544
OAB: 1141 DF

J. A. G. da M.H.
(Assinatura)

INFORMAÇÕES PARA O RECOLHIMENTO DA GRU

Deferido: _____ Justificativa: _____
Nº de Folhas: _____ Valor: R\$ _____

COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DO VALOR RELATIVO À EXTRAÇÃO DE CÓPIAS

Requerente: _____
Nº de Folhas: *297* Valor: R\$ *146,50*
Servidor: *[Assinatura]* Bsb, em 24, 01 de 2006

RECIBO DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

- CÓPIAS DOS AUTOS
- CARGA DOS AUTOS

Brasília-DF, em 24 de 01 de 2006

Janine Costa de Oliveira
(Assinatura)

ATENÇÃO: O prazo de carga dos processos é de 24 (vinte e quatro) horas!



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

J.

De ordem, defiro conforme solicitado.
Em, 24/01/2007



Eric Waldmann Jasper
Coordenador Geral
LEGAT/DPDE/SDE/IMJ

Secretaria de Direito Econômico DPDE
Ministério da Justiça

Referência - Nº 08012.009888/2003-70

Requerente: Air Liquide

por seu representante legal abaixo assinado, vem a presença de Vossa Senhoria requerer: Cópia a partir da fl. 2901 até o final

Procuração: fls. _____ (preenchimento obrigatório)
Nestes termos pede Deferimento

Brasília-DF, em 22 de Janeiro de 2007

Renata Foizer
(Nome do representante legal por extenso e de forma legível)

Fone: 33281857
OAB: 23.602 DF

(Assinatura)

INFORMAÇÕES PARA O RECOLHIMENTO DA GRU

Deferido: _____ Justificativa: _____
Nº de Folhas: _____ Valor: R\$ _____

COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DO VALOR RELATIVO À EXTRAÇÃO DE CÓPIAS

Requerente: _____

Nº de Folhas: _____ (_____) Valor: R\$ _____ (_____)

Servidor _____ Bsb, em _____ / _____ de 2007

RECIBO DO DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

CÓPIAS DOS AUTOS
 CARGA DOS AUTOS

Brasília-DF, em 24 de 01 de 2007

(Assinatura)

ATENÇÃO: O prazo de carga dos processos é de 24 (vinte e quatro) horas!



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

J.

De ordem, defiro conforme solicitado.
Em, 18/01/2007

Barbara Mesquita
Bárbara Fátima de Abreu Mesquita
Coordenadora
CGAI / DPDE / SDE

Secretaria de Direito Econômico DPDE
Ministério da Justiça

Referência - Nº 08012.009888/2003-70

Requerente: Graziella Angela Tinari Dell'Osa

por seu representante legal abaixo assinado, vem a presença de Vossa Senhoria requerer: Cópia da folha 2891 e seguintes



Procuração: fis. 2 (preenchimento obrigatório)
Nestes termos pede Deferimento

1006/1008

Brasília-DF, em 17 de Janeiro de 2007

Graziella Angela Tinari Dell'Osa

(Nome do representante legal por extenso e de forma legível)

Fone: (61) 3035.7823

OAB: 173.626/SP

(Assinatura)

INFORMAÇÕES PARA O RECOLHIMENTO DA GRU

Deferido: Justificativa:
Nº de Folhas: Valor: R\$

COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DO VALOR RELATIVO À EXTRAÇÃO DE CÓPIAS

Requerente: _____
Nº de Folhas: _____ (_____) Valor: R\$ _____ (_____)
Servidor _____ Bsb, em _____ / _____ de 2007

RECIBO DO DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

- CÓPIAS DOS AUTOS
- CARGA DOS AUTOS

Brasília-DF, em 24 de 01 de 2007

[Assinatura]
(Assinatura)

ATENÇÃO: O prazo de carga dos processos é de 24 (vinte e quatro) horas!



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE DE INFRAÇÕES NOS
SETORES DE AGRICULTURA E DE INDÚSTRIA

Autos nº: 08012.009888/2003-70
Natureza: Processo Administrativo
Representante: SDE *ex officio.*
Representadas: Aga S.A., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda., S.A. White Martins, Carlos Alberto Cerezine; Gilberto Gallo; Hélio de Franceschi Junior; José Antônio Bortoleto de Campos; Moacyr de Almeida; Newton de Oliveira; Vitor de Andrade Perez e Walter Pilão.

VERSÃO PÚBLICA

Golden Rules II



A) Existing customers should be respected including : Industrial gases , Health care , Home Care , public (not using documentation problems as a way to take the customer) , privates etc...

Sra. Secretária Substituta,

I. OBJETO DA NOTA TÉCNICA.

1. Em cumprimento ao disposto no art. 39 da Lei nº 8.884/94, a CGAI encaminha o presente relatório circunstanciado contendo as conclusões sobre os fatos apurados no curso do Processo Administrativo 08012.009888/2003-70.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



2. A exposição que se segue tratará de apresentar as conclusões alcançadas após a análise das mais de 2700 páginas que compõem os 56 volumes do presente processo.
3. O que se observará abaixo é a caracterização de um cartel composto pelas principais empresas fabricantes de gases medicinais e industriais do Brasil. O cartel em tela é extremamente sofisticado e abrangente, alcançando diversos setores da economia brasileira (por exemplo, o parque industrial nacional e o setor de saúde) e atingindo diretamente a vida das pessoas que se utilizam dos serviços de hospitais públicos e privados por todo o Brasil.
4. A CGAI esclarece que, para fins expositivos, foram transcritos e/ou digitalizados apenas alguns dos diversos documentos que formaram o convencimento da Autoridade sobre a ocorrência da infração investigada. Outros documentos formadores de convicção se encontram nos autos do processo e puderam e poderão ser amplamente acessados, tanto pelo Órgão Julgador quanto pelas partes.
5. Constatou-se que o referido cartel se organizava, ao menos, desde 2001 com a finalidade de (i) fixar a percentagem de participação de mercado de cada uma das empresas por região; (ii) instituir um pacto de não-agressão, no qual as empresas “respeitariam” a carteira de clientes de cada uma, sendo que este pacto era mantido estável por meio de um sofisticado fundo de compensação denominado “Conta Corrente”; (iii) manipular e fraudar tanto licitações públicas quanto concorrências privadas de hospitais e redes de hospitais e clientes industriais por todo o Brasil; (iv) dividir os revendedores de gases por “bandeiras” e fixar uma tabela de preços mínimos para estes; e (v) instituir uma tabela de preços mínimos para o mercado de “homecare”.
6. Tamanha é a gravidade dos fatos narrados na presente nota técnica que o Ministério Público do Estado de São Paulo houve por bem denunciar parte dos Representados tendo como fundamento, entre outros, os crimes descritos na Lei nº 8.137/90 (Processo nº 583.50.2004.013926-3). A referida denúncia foi recebida pelo Juiz da 15ª Vara Criminal de São Paulo/SP e o processo se encontra em trâmite.
7. Esta nota técnica contém todos os elementos a que se refere o § único do artigo 54 da Portaria MJ nº 04/2006, quais sejam, (i) identificação dos representados; (ii) resumo dos fatos imputados aos representados, com indicação dos dispositivos legais infringidos; (iii) sumário das razões de defesa; (iv) registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; (v) apreciação da prova; e (vi) dispositivo, com a conclusão a respeito da configuração da prática infrativa, com sugestão de multa, se for o caso.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



empresas, portador da cédula de identidade RG n° 7.485.649 IIRGD-SP e inscrito no CPF/MF n° 747.811.708-20;

- **Walter Pilão** (Air Liquide Brasil Ltda), brasileiro, casado, administrador de empresas, portador da cédula de identidade RG n° 5.384.660 e inscrito no CPF/MF n° 418.044.578-68;
- **Vitor de Andrade Peres** (Air Products Brasil Ltda), brasileiro, divorciado, engenheiro, portador da cédula de identidade RG n° 299.886-MM e inscrito no CPF/MF n° 609.997.727-91;
- **Carlos Alberto Cerezine**, (Air Products Brasil Ltda), brasileiro, casado, engenheiro, portador da cédula de identidade RG n° 2.593.088 IFP e inscrito no CPF/MF n° 358.049.048-68; e
- **Gilberto Gallo** (Air Products Brasil Ltda), brasileiro, casado, administrador de empresas, portador da cédula de identidade RG n° 9.401.606 e inscrito no CPF/MF n° 014.256.778-78.

II.2. Resumo dos fatos imputados e indicação dos dispositivos legais infringidos.

10. A denúncia anônima, que deu origem ao Processo Administrativo em tela, narra a ocorrência de um cartel entre empresas do setor de gases industriais e medicinais, o qual dividiria o mercado entre os participantes, mediante a prática de condutas colusivas em licitações públicas e concorrências privadas no mercado brasileiro.
11. Tal prática, nos termos da Lei n° 8.884/94, constitui infração à ordem econômica. Diz o artigo 20 da referida lei:

“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; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

12. Ante as informações colacionadas nos presentes autos, entendeu esta Secretaria que, a título exemplificativo, as condutas imputadas às Representadas seriam, se comprovadas, passíveis de

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



enquadramento no art. 21 incisos I, II, III e VIII da Lei 8.884/94,
in verbis:

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

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e

condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

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

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

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

II.3. Registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

II. a) Denúncia Recebida.

13. Conforme expediente de fls. 02/03, em 19 de dezembro de 2003, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) recebeu denúncia anônima formulada por telefone, que foi registrada nos seguintes termos:

"Recebemos, hoje, no período da tarde, duas ligações telefônicas feitas por uma pessoa que não quis se identificar, mas que garantiu conhecer profundamente o setor de gases industriais.

Segundo o denunciante, as empresas Air Products, White Martins, Air Liquid e AGA formam um "poderoso" cartel que divide o mercado de gases industriais por clientes e que participam em conluio de licitações públicas. Com relação às licitações públicas, informou que as empresas são "donas" de cada contrato, sabendo previamente qual empresa será vencedora em cada licitação e a qual preço, o que faz com as outras empresas que participam do cartel ofertem seus produtos e preços superiores ou simplesmente não participem das licitações ou qualquer outra forma de concorrência pública.

A forma de atuação do referido cartel se dá por meio de reuniões em hotéis (a reserva da sala de reuniões é feita no nome de apenas uma pessoa e/ou empresa), mormente realizadas na cidade de Jundiaí, São Paulo, sendo que, no início do corrente mês, tais empresas se reuniram na cidade de Recife, com a finalidade de monitorar as atividades do cartel. Participaram dessa reunião os Srs. Vitor Peres, Gilberto Galo, Moacir, Hélio Rosa, juntamente com o pessoal

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



da White Martins do Nordeste. As pessoas ficaram hospedadas no mesmo hotel, sendo que o denunciante ficou de informar posteriormente o local de realização da reunião e o nome do referido hotel.

Além disso, forneceu os nomes e telefones dos principais funcionários que organizam as atividades do cartel por cada empresa, conforme se vê abaixo:

-Vitor Peres (Air Products): 9990-5783

-José Vicente Bortoleto (Gerente Geral Comercial White Martins): 019-9601-5679

-Hélio Rosa (Air Liquid): 9689-4712/ 6940-6739

-Moacir de Almeida (AGA): 11-4582-4385 (segundo o denunciante, este funcionário troca de telefone constantemente) / 9624-4566

-Gilberto Galo (Air Product): 9901-0296

-Carlos Alberto Ceresini: 019-9606-9182

-Valter Pilão (Diretor Comercial Air Liquid): 5509-8300

Referidos funcionários teriam comentado que passariam a utilizar telefones celulares pré-pagos, comprados em nome de terceiros, para se comunicarem entre si, temendo serem descobertos pelas autoridades competentes.

Além disso, informou que as empresas possuem planilhas contendo a divisão de clientes.

Informou que existem vários clientes insatisfeitos e combinou de encaminhar nomes e contatos no futuro.

Segundo ele, os presidentes das empresas envolvidas têm conhecimento do cartel."

14. Em 22 de dezembro de 2003, uma pessoa que se identificara como sendo o denunciante do cartel do setor de gases industriais, voltou a manter contato com esta SDE, retificando o nome de funcionário de uma das empresas que supostamente fariam parte do cartel e informando ainda a existência de utilização de um código por parte das empresas em suas comunicações (fls. 04):

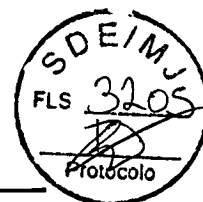
"Recebi hoje, por volta das 12:30, nova ligação telefônica feita por uma pessoa que afirmou ser o denunciante do cartel do setor de gases industriais com quem havia conversado na última sexta-feira. A esse respeito, consigno que, de fato, a voz era coincidente.

Nessa ligação, o denunciante retificou o nome completo do funcionário da White Martins que estaria envolvido na organização do cartel, como sendo o Sr. José Antonio Bortoleto de Campos e não José Vicente Bortoleto, como havia informado anteriormente.

Além disso, informou que as empresas participantes do cartel se comunicam por códigos, fornecendo os seguintes:

-Azul: Air Liquid

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



-Verde: White Martins

-Vermelho: AGA

-Amarelo: Air Product.º

15. Com base no quanto relatado, esta CGAI exarou a Nota Técnica de fls. 05/14, a qual analisou (i) a necessidade de realização de interceptação de comunicações telefônicas, (ii) as dificuldades em obtenção de provas no procedimento administrativo antitruste, (iii) o mercado de gases industriais no Brasil e (iv) a previsão legal para a interceptação das comunicações telefônicas e as razões que justificam a adoção da medida, concluindo pela necessidade de comunicação do fato ao Ministério Público, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei 9.296/96, a fim de instauração das medidas cabíveis junto ao Poder Judiciário para realização da prova.
16. A substituta legal do Sr. Secretário de Direito Econômico, no uso de suas atribuições legais, aprovou a manifestação de fls. 05/14, por intermédio do despacho de fls. 15, determinando o encaminhamento da referida manifestação ao Ministério Público do Estado de São Paulo para adoção das medidas que fossem julgadas cabíveis, ressaltando ainda o caráter de urgência do feito.
17. Por intermédio do Ofício nº 7072/2003/DPDE/GAB, foi encaminhada cópia da referida nota técnica ao órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo, solicitando-se a adoção de providências, em especial a realização de interceptação de comunicações telefônicas, dado que a formação de cartel, além de ser ilícito administrativo, é ilícito penal (fls. 16/17).
18. Em 12 de janeiro de 2004, esta CGAI, por intermédio da nota técnica de fls. 18/22, sugeriu a promoção de averiguação preliminar, em caráter sigiloso, na forma do art. 30 e seguintes da Lei nº 8.884/94 para a investigação de condutas passíveis de enquadramento nos arts. 20 e 21 do referido diploma legal e o encaminhamento de ofício à Justiça Estadual para solicitar informações acerca do andamento das investigações conduzidas pela autoridade policial.
19. O teor da nota técnica de fls. 18/22 foi aprovado pela Sra. Secretária de Direito Econômico Substituta, conforme despacho de fls. 23, com a abertura de Averiguação Preliminar e adoção das demais medidas sugeridas por esta CGAI.

II. b) Averiguação Preliminar - Documentos Apreendidos e Remetidos pela Autoridade Policial.

20. Após a abertura da referida averiguação preliminar, o Sr. Chefe de Gabinete desta SDE proferiu despacho sugerindo a abertura do sigilo processual que vigorava em relação à Averiguação Preliminar. Isto porque cessaram os motivos que o justificavam, pois foi cumprida medida de busca e apreensão em 18/02/2004, sendo o referido despacho acatado pelo Sr. Secretário de Direito Econômico (fls. 25).
21. Por intermédio do Ofício de nº 0284/2004, o Sr. Delegado de Polícia do Departamento de Investigações sobre Crime Organizado da Polícia Civil do Estado de São Paulo (DEIC) encaminhou cópia dos documentos pessoais e empresariais apreendidos nos autos do inquérito policial nº 004/2004-efv, solicitando que fosse fornecida cópia do relatório ou parecer técnico elaborado pela SDE, com o objetivo de instrução do investigação criminal em curso (fls. 46).
22. Relativamente aos documentos apreendidos em estabelecimentos dos Representados, enviados pelo DEIC, esta SDE determinou que fossem autuados em separado (mantendo-se a confidencialidade destes, de modo a permitir, até aquele momento processual, acesso apenas aos respectivos Representados), devendo estes serem identificados por empresa e local de apreensão, conforme despacho de fls. 50.
23. Os documentos apreendidos pelo DEIC - que se encontram nos autos principais - e encaminhados para esta SDE foram os seguintes:
- (i) documentos apreendidos na sala de Vitor Perez (Air Products) - docs. 1, 2 e 3 - fls. 64/91;
 - (ii) documentos apreendidos na sala de Walter Pilão (Air Liquid) - docs. 4, 5, 6 e 7 - fls. 92/99;
 - (iii) documentos apreendidos na sala de Carlos Cerezine (Air Products) - docs. 8 e 9 - fls. 100/108;
 - (iv) documento apreendido na sala de José Antônio Bortoleto de Campos (White Martins) - doc. 10 - fls. 109/110;
 - (v) documentos apreendidos na AGA - docs. 11, 12, 13, 14, 15 e 16 (fls. 111/123).
24. Por intermédio da Nota Técnica de fls. 51/63, esta CGAI procedeu ao solicitado exame do material apreendido em 18 de fevereiro de 2004 nas salas de funcionários das empresas AGA, AIR LIQUID, AIR PRODUCTS e WHITE MARTINS, ressaltando os indícios de cometimento de infração à ordem econômica (cartel).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



25. Com base nas peças de informação existentes nos autos, a SDE concluiu a Averiguação Preliminar, em face da existência de elementos suficientes para a abertura de processo administrativo em desfavor das Representadas.

II. c) Outras Denúncias Relacionadas ao Cartel de Gases.

26. Cumpre destacar, antes de se passar ao sumário do trâmite do Processo Administrativo instaurado, que além da investigação quanto ao teor da denúncia apresentada junto a esta SDE, as averiguações preliminares levadas a efeito consideraram o teor de outras denúncias apresentadas contra as Representadas.
27. Às fls. 27/36, 37 e 48/49, constam novas denúncias apresentadas contra empresas do setor de gases, as quais foram juntadas a estes autos, dada a pertinência da matéria veiculada com o objeto deste processo (existência de cartel no setor de gases industriais/medicinais).
28. Na primeira destas denúncias, o Egrégio Tribunal de Contas da União (TCU), por intermédio do Ofício nº 153-SGS-TCU-Plenário (fls. 26), encaminhou a esta SDE cópia do Acórdão nº 141/2004, proferido nos autos do processo nº TC 012.304./2002-5, cujo objeto era o processo de dispensa de licitação por situação emergencial realizada pelo Hospital Central da Aeronáutica para aquisição de gases medicinais junto à empresa AGA (fls. 27/36):
- “12. Entendo adequado o envio de cópia do Relatório de Auditoria Especial nº 001/2003, da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério de Justiça, para as providências cabíveis, haja vista a possibilidade de existência de acordo entre os fornecedores de gases medicinais a hospitais públicos. Igualmente adequados o estudo visando ao levantamento de auditoria, na forma proposta pela instrução, e as demais providências sugeridas.” (g.n.)*
29. A segunda denúncia se refere à correspondência eletrônica de fls. 37, encaminhado por uma pessoa que se identifica como sendo ex-funcionário de empresa do setor de gases e que em “*licitações públicas as cartas são previamente marcadas*” por parte das empresas integrantes do cartel, a ponto de ser possível saber com antecedência “*de quem é a vez*”.
30. A terceira e última destas denúncias foi formulada por uma pessoa que se identifica como empresário atuante do setor do agronegócio e que relata dificuldades na negociação do preço de um dos principais insumos (nitrogênio) com as empresas fornecedoras de gases industriais (fls. 48/49).

II. d) Instauração do Processo Administrativo.

31. Por conduto da Nota Técnica de fls. 124/135, esta CGAI sugeriu a instauração de processo administrativo contra as empresas Aga S.A. ("AGA"), Air Liquide Brasil Ltda. ("Air Liquide"), Air Products Brasil Ltda. ("Air Products"), Indústria Brasileira de Gases Ltda. ("IBG") e S.A. White Martins ("White Martins") e em desfavor das seguintes pessoas naturais: Carlos Alberto Cerezine ("Carlos Cerezine"), Gilberto Gallo ("Gilberto Gallo"), Hélio de Franceschi Junior ("Hélio Franceschi"), José Antônio Bortoleto de Campos ("José Bortoleto"), Moacyr de Almeida ("Moacyr Almeida"), Newton de Oliveira ("Newton Oliveira"), Vitor de Andrade Perez ("Victor Perez") e Walter Pilão ("Walter Pilão").
32. Da referida Nota Técnica destaca-se a seguinte passagem (fls. 133/134):

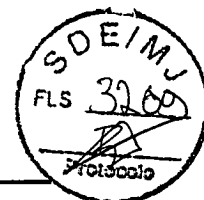
"Entende-se, portanto, que os documentos encontrados a partir de busca e apreensão apontam para a existência de uma série de atos tendentes a (i) fixar , em acordo com concorrentes, preços e condições de venda de produtos e serviços, (ii) influenciar a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes, (iii) dividir clientes públicos e privados, bem como (iv) ajustar previamente preços e vantagens em licitações, merecendo, por conseqüência, uma investigação mais detalhada por parte desta SDE.

Com efeito, a contínua troca de informações entre empresas concorrentes sobre aspectos comerciais relevantes, tais como preço e condições de venda, aponta para a caracterização de ações concertadas entre concorrentes, bem como influencia a adoção de condutas comerciais uniformes, entre as Representadas, infrações passíveis de serem enquadradas no art. 21, incisos I e II da Lei n. 8.884/94.

Ademais, ao que consta, tal comunicação e tais informações eram utilizadas para empreender a divisão de mercado e/ou clientes entre as Representadas, o que seria passível de enquadramento no art. 21, inciso III da Lei n. 8.884/94. Com efeito, a divisão de mercado pode criar condições de praticar preços mais elevados do que realmente seriam praticados em um ambiente competitivo, prejudicando os consumidores.

Merece análise, ainda, a possibilidade de as Representadas estarem combinando previamente preços e/ou vantagens em concorrência pública, fato que restou sugerido em alguns documentos apreendidos e que deve ser devidamente apurado. De fato, verificam-se várias menções a licitações e pedidos de "cobertura" em concorrências, fatos que podem ser enquadrados no art. 21, inciso VIII, da Lei n. 8.884/94 e que podem representar inegável restrição

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



e falseamento da livre concorrência em prejuízo ao Erário público.

As práticas acima mencionadas, portanto, demonstram a tentativa de dominação do mercado por parte das Representadas, bem como o possível abuso de sua posição dominante e o aumento arbitrário de lucros, em clara limitação à livre concorrência e à livre iniciativa (art. 20, incisos I, II, III e IV da Lei n. 8.884/94).

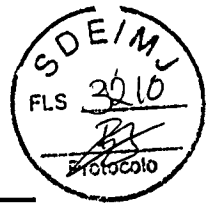
Dessa forma, há indícios suficientes da veracidade da denúncia a autorizarem o prosseguimento da presente investigação em sede de Processo Administrativo, conforme previsto na Lei n. 8.884/94." (g.n.)

33. A Nota Técnica de fls. 124/135 foi acolhida pelo Sr. Secretário de Direito Econômico, sendo adotada como motivação do despacho de fls. 136¹, o qual decidiu (i) pela abertura de processo administrativo contra as pessoas jurídicas e naturais referidas, (ii) pela intimação destes para se manifestarem sobre a necessidade de ser conferido tratamento confidencial aos documentos apreendidos em suas respectivas dependências, (iii) que, até deliberação em contrário, estes fossem mantidos em sigilo em relação às demais partes e terceiros e (iv) a intimação dos Representados nos termos do art. 14, VI c/c art. 32 da Lei n° 8.884/94.
34. Assim, foi instaurando o presente Processo Administrativo, nos termos do inciso VI do art. 14 da Lei n° 8.884/94, para fins de apuração e repressão de infrações da ordem econômica, conferindo-se aos Representados o exercício do contraditório e da ampla defesa (Constituição Federal, art. 5°, LV).
35. Conforme consta às fls. 140/152, os Representados foram devidamente notificados da instauração do presente Processo Administrativo, inclusive para fins de apresentação de defesa e especificação dos meios de prova que pretendiam produzir, de molde a atender aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.
36. Por intermédio dos documentos de fls. 158/185, 190/192, 200/226, os Representados juntaram instrumento de mandato aos autos e requereram cópia dos autos, sendo deferida a juntada e obtenção das respectivas cópias.
37. A AGA, por conduto da petição de fls. 186/187 requereu a prorrogação do prazo para manifestação sobre a confidencialidade, sendo o referido requerido indeferido com fundamento no art. 33, § 2°, da Lei 8.884/94², pois a contagem do referido prazo foi

¹ Publicado no Diário Oficial da União – Seção 1, edição de 31 de março de 2004, fls. 21.

² Fls. 196: “A fim de esclarecer o contido no despacho de fls. , esclareço que o prazo para manifestação quanto à confidencialidade dos documentos apreendidos será o mesmo da apresentação da defesa, nos termos do art. 33, § 2°, da Lei 8884/94 c/c art. 13, § 4] da Portaria MJ 849/00. Dessa forma, indefiro o pedido de dilação de prazo. Cientifique-se as Representadas.”

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



realizada considerando o prazo para apresentação da defesa (juntada do Aviso de Recebimento).

38. Para efeito de contagem do termo inicial da contagem do prazo para apresentação de defesa e para manifestação sobre a confidencialidade foi considerada a juntada do último Aviso de Recebimento, nos termos do quanto dispõe o inciso III do art. 241 do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável.

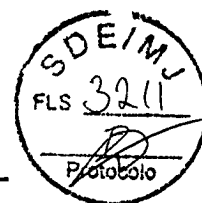
II. e) Alegações de Defesa Apresentadas pelos Representados.

39. Todos os representados apresentaram oportuna e tempestivamente suas defesas escritas, não sendo nenhum deles considerado revel. Para efeito de compreensão do alcance e extensão da defesa de cada um dos Representados, serão relatados os principais argumentos de defesa utilizados por cada um deles, seja em sede de preliminares ou no mérito propriamente dito.

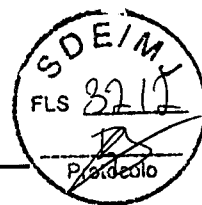
II. e.1) Defesa Apresentada pela White Martins.

40. A empresa White Martins apresentou a defesa de fls. 229/290, tendo alegado em sede de preliminar as seguintes matérias:
- (i) ofensa ao princípio do promotor natural;
 - (ii) ser competente o juízo federal, e não o estadual, para apreciar a causa;
 - (iii) a interceptação telefônica não obedeceu aos requisitos legais, de modo que os documentos não poderiam ter saído do inquérito policial, sob pena de contaminação;
 - (iv) não há sequer existência de indícios capazes de autorizar a instauração de Processo Administrativo;
 - (v) inconstitucionalidade do sistema de repartição de competências entre a SDE e o CADE; e,
 - (vi) nulidade do despacho instaurador, pois a decisão teria sido imotivada.
41. No mérito, a Representada não se manifestou sobre os documentos apreendidos, por entender que estes foram obtidos de forma ilícita, sustentando “*que não é verificado, de fato, um comportamento típico de cartel no mercado de gases*”, negando, peremptoriamente, participar ou ter participado de cartel ou qualquer outro acordo colusivo que tenha infringido a ordem econômica.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



42. Após o que, a Representada passou a fazer uma digressão sobre aspectos técnicos das condutas, definição de cartel e práticas colusivas em licitações.
43. Quanto aos aspectos fáticos da acusação, a Representada tratou do mercado atingido pelo suposto cartel, mediante a caracterização dos produtos, da oferta (limitação do produto, distribuição/comercialização de gases, logística, participantes do mercado, investimentos realizados, investimento em andamento, seus resultados econômico-financeiros e determinação do comportamento de cartel).
44. Dos argumentos que a defesa utiliza para sustentar a impossibilidade da prática de cartel, merecem destaque os seguintes: (i) houve alteração significativa das participações de mercado nos últimos cinco anos; (ii) as empresas vêm realizando investimentos com o objetivo de aumentar a capacidade produtiva e conquistar maior parcela relativa de mercado; (iii) a Representada, especificamente, vem realizando inúmeros investimentos para expansão da capacidade produtiva, desenvolvimento de novas soluções tecnológicas e estabelecimento de várias parcerias, além de envolvimento em projetos sociais e ambientais; e, (iv) os resultados econômicos-financeiros demonstram que a Representada obteve prejuízo no ano de 2003 e que a margem de lucro foi negativa (fls. 265).
45. A Representada tece considerações gerais sobre padrão de comportamento em processos licitatórios e sobre matéria publicada no Jornal "O Estado de São Paulo", referente às denúncias de fraude em licitações formuladas pelo Sr. Rogério Silva, apresentando em sua defesa dados sobre os processos licitatórios realizados pelo Hospital das Clínicas de São Paulo e refutando os demais pontos da denúncia veiculada pela imprensa (irregularidades no Hospital do Servidor Público de São Paulo e de elevação de preços disfarçada).
46. Alega que a denúncia do Sr. Rogério Silva (fls. 37) em nada contribui para a presente investigação, pois não condiz com a realidade fática, sendo que, para sustentar o quanto alegado, apresenta uma tabela com o histórico de licitações realizadas pelo Hospital das Clínicas de São Paulo no período de 1999 a 2003, concluindo pela impossibilidade de conduta colusiva com base nas informações apresentadas (fls. 267).
47. No intuito de comprovar o alegado, a White Martins juntou aos autos a seguinte documentação: (i) regulamento geral da indústria e comércio de gases industriais e medicinais - ABGIM (fls. 274/283); (ii) reportagem sobre a constituição e criação de uma joint-venture (Petrobrás e White Martins), para comercializar o gás natural liquefeito - GNL (fls. 285); (iii) reportagens sobre a responsabilidade social empresarial da White Martins (fls. 286/290) e (iv) apartado confidencial (despacho de fls. 129).



II. e.2) Defesa Apresentada por Moacyr Netto.

48. Às fls. 291/347, consta a defesa do Representado Moacyr Netto, o qual alega, em sede de preliminar, as seguintes matérias de defesa: (i) a sua ilegitimidade, eis que jamais foi detentor de poder decisório na AGA, exercendo cargo unicamente na divisão de gases especiais, de pequena expressão no faturamento da empresa; (ii) ilegalidade do procedimento adotado para requerer as interceptações telefônicas; (iii) incompetência do Ministério Público de São Paulo e escolha discricionária do promotor de justiça (ofensa ao princípio do promotor natural); (iv) ilegalidade do procedimento utilizado pela SDE para obtenção dos documentos da Representada; e, (v) cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do devido processo legal.
49. Quanto ao mérito, inicialmente apresenta fatores do mercado de gases no Brasil que, no seu entender, podem dificultar ou até mesmo impossibilitar o fornecimento seguro e contínuo de determinado produto aos clientes: (i) o custo do transporte de gases da planta até o cliente, quando a distância for elevada; (ii) a ausência de produção de alguns gases, no território nacional, como o hélio, por exemplo; (iii) eventuais atrasos na liberação de gases importados, ocasionado por fatores externos; e, (iv) eventuais manutenções preventivas ou corretivas, no caso de falha ou quebra em plantas de produção de gases (fls. 335).
50. Afirma ainda o Representado que, na hipótese de ocorrência de qualquer um dos fatores acima listados, o fornecedor se vê obrigado a adquirir de concorrentes o gás do qual necessita para atendimento de seus clientes e cumprimento dos compromissos assumidos. Dessa forma, a compra de produtos entre concorrentes se justificaria para que não fosse afetado negativamente o cliente/consumidor, sendo esta uma prática pró-competitiva e não anticoncorrencial.
51. Informa que um dos eventos de grande relevância que fez a AGA adquirir grande quantidade de gases no mercado foi o acidente ocorrido em sua planta industrial localizada no Município de Timóteo/MG ("Planta de Timóteo"), bem como o constante problema de extravio de cilindros do qual é vítima. Prova disto estaria nos documentos apreendidos na AGA.
52. Assim, conclui que eventuais contatos com concorrentes se devem a aspectos relevantes, ou seja, compra e venda de produtos ou por assuntos emergenciais que afetam institucionalmente o mercado de gases.
53. Alega o Representado que o código de cores utilizado nada mais é do que uma convenção adotada há anos por funcionários das empresas e por aqueles que atuam no mercado de gases, mediante o qual cada uma das maiores empresas do referido mercado seriam identificadas pelas cores dos logotipos das empresas.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



54. Argumenta ser impossível jurídica e economicamente a formação de cartel para eventual divisão de mercado no cenário de gases no Brasil: *“Isso porque se estima que uma das representadas, mais precisamente a líder de mercado, White Martins, detém tamanho poder de mercado que não se vislumbra a possibilidade de que tivesse interesse em dividi-lo em seu próprio detrimento. Para que existisse essa possibilidade, todos os eventuais integrantes desse cartel deveriam ter características e market share homogêneos, o que não ocorre no caso concreto”* (fls. 343).
55. Anexos a defesa, às fls.349/351, constam documentos que visam a demonstrar a função social da AGA.

II. e.3) Defesa Apresentada Conjuntamente pela IBG e por Newton Oliveira.

56. Às fls. 352/426 consta a defesa apresenta pela Representada IBG e pelo Representado Newton Oliveira.
57. Em sede de preliminar, a defesa dos Representados argúi as seguintes matérias: (i) ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal e (ii) acusação a partir de documentação apócrifa e de fácil adulteração.
58. No mérito, alegam os Representados que a divisão de mercado planejada e os acordos daí resultantes se deram somente entre a White Martins, AGA, Air Liquide e Air Products, sem qualquer interferência ou anuência da IBG ou do Sr. Newton de Oliveira.
59. No intuito de comprovar o quanto alegado, a defesa cita trechos da denúncia recebida, na qual não há menção à empresa, salientando que na cópia da representação do TCU apurando irregularidades em licitação, a IBG é citada como tendo ofertado os menores preços e que na nota técnica dessa Secretaria em que os representados apenas são incluídos no pólo passivo devido a um e-mail de autenticidade duvidosa.
60. Ressaltam ainda os Representados que, nos documentos apreendidos, é possível identificar existência de condutas cartelizadas com a divisão de mercado e que, no entender dos Representados, a IBG não participaria do citado cartel (formado entre as empresas White Martins, AGA, Air Liquide e Air Products) e que inclusive era vítima do mesmo (ver fls. 363) – *“IBG should be out of the account”*;

“Já do ponto de vista estritamente fático, a imputação de conduta cartelizada à IBG juntamente com as empresas White Martins, AGA, Air Liquide e Air Products revela-se tão inadequada quanto paradoxal por pelo menos três argumentos distintos.

.....

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Primeiramente, da leitura dos autos depreende-se, a todo momento, que a divisão de mercado planejada, bem como todos os acordos daí resultantes se deram somente entre White Martins, AGA, Air Liquide e Air Products, sem qualquer interferência ou anuência da IBG ou de seu sócio-proprietário Dr. Newton de Oliveira. As passagens que demonstram este fato são inúmeras, mas basta um pequeno histórico do processo para comprová-lo.

.....
Ou seja, durante o desenrolar de todo o processo na SDE/MJ, todos os indícios de conduta cartelizada apontam não para a IBG, que inclusive é mencionada como devendo estar "out of the account", mas sim contra a White Martins, Air Products, Air Liquide e AGA, detentoras da quase totalidade desse mercado relevante." (fls. 361/364)

61. Sustentam ainda os representados que inexistente cartel na indústria de gases industriais, porém, de forma contraditória sustentam que não participam, pois "todos os indícios de condutas cartelizadas apontam não para a IBG, que inclusive é mencionada como devendo estar "out of the account", mas sim contra a White Martins, Air Products, Air Liquide e AGA"³.
62. A fim de comprovar o alegado, os Representados trouxeram aos autos os documentos de fls. 374/422, os quais demonstrariam que: (i) a IBG move diversas ações judiciais contra a WM, buscando indenizações por práticas anticoncorrenciais; (ii) a IBG fez Representação junto à SDE/MJ, em maio de 1995, contra a WM e a AGA apontando abuso de poder econômico e conduta cartelizada (P.A 08000.002541/95-18); (iii) a IBG, embora tenha sido convidada pela WM, é a única empresa do setor que não participa da ABIGAR e da ABGIM, associações que congregam todas as outras industriais de gases; (iv) foi formulada denúncia pela IBG a diversos órgãos, incluindo carta ao Exmo. Sr. Presidente da República, apontando as vantagens que a Petrobrás vinha concedendo à WM no processo licitatório para o fornecimento de gases; (v) foi realizada denúncia da IBG no jornal "O Bandeirante" acusando a AGA de práticas anticoncorrenciais; e, (vi) foi dado ganho de causa à IBG no STJ em ação movida pela WM em que buscava impedir a IBG de utilizar-se de cilindros para comercializar seus produtos.
63. Os Representados alegam que a IBG situa-se em conjuntura financeira extremamente desvantajosa em relação às outras quatro multinacionais e que, de acordo com a Teoria Econômica seria "...totalmente irracional pressupor que pequenas empresas do porte da IBG, com market share diminuto e sem qualquer poder de mercado, possam se submeter às tentativas de cartelização, restando, pois, também sob essa perspectiva, manifesto que a IBG e o Dr. Newton de Oliveira não possuem qualquer envolvimento com práticas atentatórias à Lei 8.884/94" (fls. 373).

³ Fls. 364.

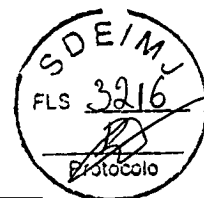
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



II. e.4) Defesa Apresentada pela Air Products.

64. A Air Products apresentou a defesa de fls. 431/485, instruindo as suas razões de defesa com documentos que foram juntados em autos apartados, nos termos do despacho proferido às fls. 431.
65. A Representada argüiu as seguintes preliminares: (i) violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (ii) falta de indícios para a abertura de Averiguação Preliminar; (iii) incompetência da justiça estadual e do Ministério Público estadual para a investigação; (iv) violação ao princípio do promotor natural; (v) ilegalidade da interceptação telefônica e da busca e apreensão de documentos; (vi) ilegalidade da utilização pela SDE das provas obtidas por tais meios; e, (vii) inépcia da nota técnica de instauração do Processo Administrativo.
66. No mérito, alegou a Representada que o fato de concorrentes comprarem produtos uns dos outros justificaria a existência de troca limitada de algumas informações relativas a preço e a existência de reuniões e negociações entre eles.
67. Alega a Representada que a utilização de cores para identificar as empresas é prática reiterada no mercado de gases, estas se referem à cor predominante do logotipo de cada empresa.
68. No que se refere às licitações, esclareceu que a Air Products não é obrigada a participar de todos os certames em que é convidada, mesmo porque em diversas licitações não há interesse comercial que justifique sua participação.
69. Salaria que caso houvesse cartel que dividisse clientes públicos não existiriam tantos recursos administrativos, como aqueles que estão anexos a sua defesa. Afirma que isso demonstra uma grande rivalidade e disputa entre as empresas fornecedoras de gases na tentativa de obter um novo contrato, pois os perdedores de uma licitação não se contentam como o resultado e buscam a reversão da decisão da licitação.
70. Aduz, ainda, que não se tem notícia de um mercado cartelizado onde o volume ofertado sofre um grande aumento, ao mesmo tempo onde há um grande e constante "*perde e ganha*" de clientes (o que ocorre em função de propostas com preços menores) por parte das empresas supostamente partes de um cartel.
71. Além disso, não há notícia de cartel em um mercado onde há uma grande empresa (White Martins), e diversas empresas menores, havendo alterações de participação de mercado, o que caracteriza inequivocamente uma grande rivalidade entre os supostos membros de um suposto cartel.
72. A estratégia comercial da Air Products, até em função do seu pequeno tamanho no Brasil, é aumentar a sua participação de

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- mercado, oferecendo produtos e serviços de maior qualidade e preços mais competitivos para os seus clientes (fls. 475).
73. Alega a inexistência de danos ao mercado, eis que não há nenhuma indicação de resultados anticoncorrenciais. O comportamento do mercado seria diametralmente oposto daquele que se esperaria de um mercado que sofre a atuação de um cartel, na medida em que existiria uma constante troca de fornecedores de gases por parte dos clientes e o volume de vendas estaria aumentando.
74. Além disso, sustenta a Air Products que tem crescido nos últimos anos, tudo a sinalizar para a total ausência de acomodação.
75. Informa que a troca de informações entre as empresas fornecedoras de gases se dava dentro de um legítimo contexto das relações comerciais típicas entre clientes/fornecedor.
76. Assim, conclui que *“não há ‘troca de informações’ e, sim, relações comerciais legítimas e que são, na verdade, pró-competitivas. Vale notar, ainda, que essas são práticas comerciais adotadas em muitos países do mundo”* (fls. 480).
77. Afirma, por último, que se houvesse divisão de mercado o número de clientes de gases que substituem seus fornecedores seria muito pequeno, o que não se verificaria no mercado específico.
78. Por fim, requer a confidencialidade de todos os documentos apreendidos na sua sede, uma vez que teriam sido ilegalmente apreendidos e contêm informações confidenciais de negócios da Air Products que se divulgados poderiam causar prejuízos às suas operações.

II. e.5) Defesa Apresentada por José Bortoleto.

79. O Representado José Bortoleto apresentou defesa às fls. 486/551, arguindo as seguintes preliminares: (i) ofensa ao princípio do devido processo legal; (ii) todas as provas produzidas nos procedimentos criminais são *“fruits of the poisonous tree”* considerando a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente; (iii) cerceamento de defesa; (iv) ausência de elemento que comprove a danosidade social de comportamento que possa ser imputado ao requerido; e, (v) não há qualquer ato praticado pelo requerido que implique infração contra a ordem econômica.
80. No mérito, sustenta apenas o Representado que *“a única solução para este processo administrativo é o [sic] da total improcedência, em virtude de não haver qualquer ato praticado pelo Requerido JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS que implique infração contra a ordem econômica, devendo de igual forma ser o processo administrativo extinto e arquivado”* (fls. 550/551).

II. e.6) Defesa Apresentada por Walter Pilão.

81. O representado Walter Pilão apresentou defesa às fls. 552/602, na qual alega (i) não ser possível a instauração do processo por denúncia anônima; (ii) ofensa ao princípio do promotor natural; (iii) ilegalidade no envio de documentos pelo delegado a essa SDE; (iv) ilegalidade da interceptação e da busca e apreensão como prova; e (v) cerceamento de defesa.

II. e.7) Defesa Apresentada por Hélio Franceschi.

82. O representado Hélio Franceschi apresentou sua defesa às fls 605/653, nos mesmo moldes dos termos da defesa apresentada por Walter Pilão, aduzindo, ainda, sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo do processo: *“não consta nos autos nenhuma referência específica quanto ao Representado e, muito menos, qualquer conduta que possa ser a ele atribuída e da qual ele tenha que se defender”* (fls. 634).

II. e.8) Defesa Apresentada pela Air Liquide.

83. A empresa Air Liquide Brasil Ltda. apresentou a sua defesa (fls. 654/723), suscitando, em sede de preliminares, as seguintes questões: (i) cerceamento de defesa; (ii) violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da legalidade e da segurança jurídica; (iii) incompetência da justiça estadual e violação do princípio do promotor natural; e, (iv) inobservância dos requisitos de delegação de competência.
84. Quanto ao mérito, a Representada argumenta que a agressiva estratégia de expansão nos mercados de gases industriais e medicinais se mostra incompatível com uma participação em qualquer forma de cartel voltado para dividir clientes ou acordar preços.
85. No entender da Representada, o mercado relevante na sua dimensão produto pode ser dividido em quatro mercados, a saber: (i) mercado de gases do ar, incluindo o oxigênio, o nitrogênio e o argônio; (ii) mercado de gases de dióxido de carbono; (iii) mercado de hidrogênio; e (iv) mercado de gases especiais. No que se refere a sua dimensão geográfica, os elevados custos de transporte dos diversos tipos de gases sugerem uma definição de diversos mercados regionais (fls. 707);
86. Apoiando-se na doutrina econômica, a Representada alega que uma prática restritiva de formação de cartel somente será bem-sucedida apenas se:

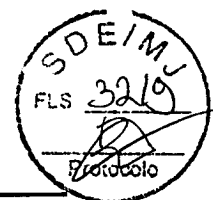
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- (i) seus membros possuírem uma parcela significativa do mercado. Tal pressuposto, conforme o alegado, não é observado no mercado em questão;
 - (ii) a demanda for relativamente inelástica e existirem significativas barreiras à entrada, de maneira que as empresas estabelecidas se encontrem bem protegidas contra as pressões competitivas de entrantes potenciais. Isso também não ocorre no mercado de gases, tendo em vista que não haveria barreiras à entrada do ponto de vista do acesso à tecnologia. Assim, caso os preços praticados fossem persistentemente superiores aos preços competitivos, novos competidores poderiam facilmente reunir os ativos tecnológicos para atuar nos mercados relevantes. Além disso, conforme as estimativas da Air Liquide o capital necessário para a construção de uma planta de separação de gases seria da ordem de trinta milhões de reais (investimento relativamente pequeno frente ao tamanho do mercado em questão). Não existem dificuldades para um entrante potencial, no que se refere ao acesso às matérias primas necessárias para a produção de gases, eis que um dos principais insumos (a eletricidade) é oferecido em igualdade de condições para empresas incumbentes e entrantes potenciais;
 - (iii) a manutenção de um cartel tende a ser facilitada em mercados nos quais não há diferenciação de produto e as condições de custos e demanda são estáveis. Embora os gases em si sejam produtos homogêneos, estes são usualmente oferecidos com a agregação de diversos serviços, o que dificultaria qualquer tentativa de implementação de acordos de fixação de preços entre concorrentes. Assim, no caso dos mercados de gases industriais e medicinais, várias das condições estruturais citadas não estão presentes. (fls. 708/709);
87. Aduz a Representada não ser racional supor que uma empresa comprometida com uma estratégia de expansão, e que efetuou recentemente significativos investimentos em ampliação de capacidade produtiva, faria algum tipo de acordo cujo resultado fosse a preservação do *status quo* de participações nos mercados relevantes. (fls. 714);

“O setor de gases industriais e medicinais se caracteriza estruturalmente pela presença de condições que estimulam uma elevada fidelidade das relações entre fornecedores de gases e seus clientes. Conseqüentemente, a constatação de que uma empresa ofertante destes produtos conquistou um número razoável de novos clientes é um forte indício de que, no período considerado, tal empresa implementou uma estratégia agressiva de expansão, o que implica uma forte

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



disputa com as rivais por maiores participações no mercado. Neste caso, tem-se uma forte evidência de que a empresa em expansão não participa de um cartel de divisão de mercado." (fls.718);

88. Alegando ter havido grande alteração em sua base de clientes nos últimos cinco anos, a Representada conclui que tal fato enfraqueceria o argumento de que tenha participado de qualquer conluio com concorrentes com o objetivo de dividir clientes e restringir a concorrência ou rivalidade.
89. Por fim, sustenta a Representada a variação observada na participação de mercado da Air Liquide só se justifica pela existência de uma efetiva concorrência nos mercados relevantes.

II. e.9) Defesa Apresentada pela AGA.

90. Às fls. 727/805, a Representada AGA apresentou sua defesa, suscitando, em sede de preliminares, as seguintes matérias: (i) cerceamento de defesa; (ii) os documentos que basearam a instauração do processo foram ilegalmente obtidos; (iii) incompetência do representante do MP e do magistrado; (iv) violação aos princípios do promotor natural; (v) inobservância do procedimento para a busca e apreensão; (vi) ilegalidade no envio dos documentos apreendidos à SDE; (vii) impossibilidade de uso de provas obtidas por meios lícitos no presente processo administrativo.
91. Quanto ao mérito, a Representada aduz não ser razoável presumir que Moacyr Almeida, que seria um mero gerente do setor de gases especiais da empresa, tivesse incorrido em qualquer conduta para, em nome da AGA ou não, discutir a formação de cartel das empresas de gases do país, pois não haveria o menor sentido em deixar que decisões a respeito de estratégias empresariais como preços e volumes fossem definidas em esferas outras que não o mais alto escalão da empresa.
92. No entender da Representada, não existiram evidências suficientes das condutas imputadas a AGA nos autos.
93. Sustenta a AGA que há efetiva concorrência entre as empresas participantes do mercado, podendo afirmar que o mercado de gases industriais e medicinais, seja ele nacional ou regional, assume algumas características de oligopólio, que obviamente diferencia-se muito de cartel.
94. A Representada admite que as empresas do mercado de gases participam de algumas negociações não-cooperativas, ressaltando que não existe qualquer tipo de negociação entre a AGA e seus concorrentes com vistas ao conluio ou à formação de cartel, alegando se tratar de um mercado em que as disputas entre concorrentes se acirraram nos últimos anos:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



"Tamanho é a concorrência no setor que os últimos anos foram marcados por disputas extremamente acirradas, entre as empresas concorrentes, pelos clientes umas das outras" (fls. 780).

95. Segundo a Representada, esta alternância de clientes seria o resultado de uma concorrência intensa entre as empresas participantes do mercado, que se beneficiariam de determinadas características técnicas para disputar clientes com suas concorrentes:

"Os contratos existentes entre as empresas do setor nada têm de anticoncorrencias; referem-se basicamente à prática recíproca de aquisição de produtos (em alguns casos, tal prática é popularmente denominada entre os operadores deste mercado por "swap", quando ocorre uma troca entre produtos de duas empresas, para que sejam satisfeitas necessidades distintas das mesmas em localidades diferentes do Brasil em relação aos seus respectivos clientes" (fls. 782);

96. Segundo a Representada os contratos existentes no setor em questão não só não ameaçariam a concorrência, pois, no seu entender, estes seriam pró-competitivos, por produzir para o cliente as vantagens resultantes da garantia da continuidade do fornecimento do produto do qual se necessita, como também na existência de efetiva concorrência.
97. Em relação à existência de utilização de código nas comunicações entre as empresas, a AGA refuta a acusação, argumentando que as empresas de fato são conhecidas no mercado pelas cores de seus respectivos logotipos, o que não configuraria um código de comunicação secreto.
98. No entender da Representada, as empresas do setor não seriam cartelizadas, pois seria o caso da existência do que a mesma denomina como sendo "oligopólio cooperativo", no qual um pequeno número de empresas ofertantes agem independentemente das outras empresas. Entretanto, essas ofertantes estão cientes da existência e ações dessas empresas; em outras palavras, a AGA não pode ignorar as outras empresas no setor quando na formação de preços, pois além dessa ciência das ações de seus concorrentes, a AGA também possui uma relação de cliente/fornecedor com tais empresas (fls. 788);

"Dadas as estruturas oligopolísticas e pontuais inerentes ao mercado em questão, não se pode concluir pela existência de qualquer tipo de divisão de mercado, impedimento ou dificuldade de atuação de empresas concorrentes. No presente caso, o mercado em tela não oferece condições favoráveis à cartelização, principalmente em decorrência da disparidade do market share entre seus concorrentes" (fls. 789/790);

99. Alega a AGA que, entre 1995 e 2003, operou no prejuízo, o que não comprovaria a prática de cartel, eis que este visa à maximização dos lucros.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

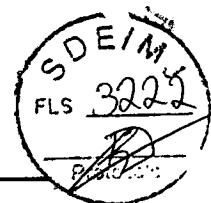


“... considerando que não há notícias de desabastecimento do mercado e que não existe nenhuma evidencia concreta relativa a aumento de preços neste setor, só se pode concluir que os mercados de gases industriais e medicinais no Brasil não experimentaram os efeitos de nenhuma das condutas imputadas pela D.SDE aos Representados” (fls. 791).

100. Por fim, sustenta a Representada não ter havido nenhum dano aos mercados de gases industriais e medicinais no país, na medida em que, segundo ela, os efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94 não teriam sido verificados.

II. e.10) Defesa Apresentada Conjuntamente por Carlos Cerezine, Gilberto Gallo e Vitor Perez.

101. Por fim, relata-se o teor da defesa apresentada conjuntamente pelos representados Carlos Cerezine, Gilberto Gallo e Vitor Perez (fls. 827/871).
102. A defesa dos Representados argüiu as seguintes preliminares: (i) ilegalidade no procedimento adotado pela SDE para a obtenção de pretensas provas; (ii) incompetência do Ministério Público do Estado de São Paulo; (iii) ofensa do principio do promotor natural; (iv) incompetência da Justiça Estadual de São Paulo para deferir os pedidos de interceptação telefônica e busca e apreensão; (v) ausência dos requisitos legais a justificar a escuta telefônica; (vi) busca e apreensão como prova contaminada pelos vícios da interceptação telefônica; (vii) impossibilidade de o delegado encaminhar diretamente documentos à SDE; (viii) cerceamento de defesa; e, (ix) inadmissibilidade de prova emprestada.
103. No mérito, os Representados alegam se tratar *“de indústria de capital intensivo, no qual são necessários vultuosos investimentos, razão pela qual são poucos os agentes econômicos atuantes tanto no Brasil como nos demais países”* (fls. 851).
104. Em sua defesa, os Representados também alegam que o mercado de gases industriais e medicinais tem se comportado de forma competitiva, o que seria comprovado pelo aumento da oferta e por alterações na estrutura do mercado, características incompatíveis com a formação de cartel, destacando, dentre elas, a existência de poder de compra pelos seus clientes:
- “... outro fator não condizente com a prática de cartel refere-se ao poder de barganha detido pelos clientes do setor de gases industriais e medicinais, sempre empresas que têm e exercitam poder de negociação com os agentes econômicos, por ocasião do fechamento dos contratos de fornecimento”* (fls. 853);
105. Aduzem os Representados que o crescimento contínuo da Air Products é de todo incompatível com qualquer suposta prática cartelizante, pois inerente ao cartel a ausência de mobilidade de



participações no mercado (nenhuma empresa tenta ganhar clientes da outra) e a redução ou ao menos a manutenção da quantidade ofertada, sendo a restrição da oferta é requisito essencial à caracterização de cartel: “*Em uma realidade de crescimento de oferta, a mera investigação de uma eventual prática cartelizante mostra-se desprovida de qualquer racionalidade econômica*” (fls. 858);

106. A defesa sustenta que os demandantes de gases não encontrariam grandes dificuldades em trocar de fornecedor, o que inviabilizaria, no sentida dos Representados, a formação de cartel naquele setor econômico.
107. Por fim, concluem os Representados pela improcedência da acusação, dada a inexistência de qualquer conduta anticoncorrencial contra a AGA e a inexistência de quaisquer indícios de participação destes na conduta anticoncorrencial investigada.

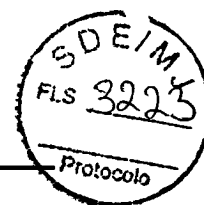
II. f) Da Análise de Confidencialidade.

108. Após a apresentação das defesas escritas de todos os Representados, esta SDE analisou a questão do tratamento a ser conferido aos documentos apreendidos em sede da investigação criminal e remetidos para a Secretaria, no que pertine a sua confidencialidade. Para tal mister, foi elaborada a Nota Técnica de fls. 879/878, assim ementada:

“(...) Pedido de confidencialidade. Documentos apreendidos em busca e apreensão criminal e remetidos à SDE. Aos documentos apreendidos em cumprimento de mandado de busca e apreensão criminal deve ser conferido idêntico tratamento ao que lhes foi conferido no âmbito do processo crime. Hipótese em que o juiz que preside o processo criminal determinou amplo acesso dos investigados a todos os documentos apreendidos, de modo que cada investigado tenha vista dos documentos apreendidos na sede das demais empresas. Tratando-se de investigação de prática criminosa que implica logicamente o concurso de uma ou mais empresas (cartel), o acesso restrito aos documentos implicaria cerceamento do direito de defesa, que é valor maior a ser preservado, em detrimento de eventual segredo comercial.” (g.n.)

109. Com base nesta Nota Técnica, o Sr. Secretário de Direito Econômico proferiu o despacho de fls. 879, facultando o amplo acesso ao teor dos documentos apreendidos por parte dos Representados (mantendo-os sigilosos em relação a terceiros), assinalando prazo para manifestação dos Representados.
110. Os representados Moacyr Netto (fls. 901-A/919), a AGA (fls. 920/925), a Air Products (fls. 932/936), a White Martins (fls. 937/943), a Air Liquide (fls. 951/960), Carlos Cerezine, Gilberto Gallo e Vitor Perez (fls. 961/970), Hélio Franceschi (fls. 971/979), Walter Pilão (fls. 980/988), a IBG e Newton Oliveira (fls. 989/991),

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



José Bortoleto (fls. 1011/1029), se manifestaram acerca dos citados despachos, reiterando, em síntese, os mesmos termos alegados nas preliminares de defesa.

111. As manifestações dos Representados cingiram-se, praticamente, a questionar a legalidade do uso dos referidos documentos como meio de prova.

II. g) Saneamento do Feito – Apreciação das Preliminares.

112. Findo o prazo para apresentação de defesa por parte dos Representados e manifestação sobre a documentação apreendida na sede das Representadas, esta SDE procedeu ao saneamento do feito, com a apreciação das várias preliminares suscitadas pelos Representados, nos termos do art. 323 e seguintes do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária aos processos administrativos disciplinados pela Lei nº 8.884/94.
113. Por intermédio da Nota Técnica de fls. 1060/1116, todas as preliminares suscitadas pelos Representados foram apreciadas, sendo sugerido o indeferimento destas e a abertura da fase instrutória do feito, com a intimação dos Representados para especificar as provas que pretendiam produzir.
114. O Sr. Secretário de Direito Econômico, por intermédio do despacho de fls. 1117, aprovou a manifestação contida na Nota Técnica de fls. 1060/1116, indeferido as preliminares suscitadas pelos Representados e determinando a produção de provas pela SDE e a intimação dos Representados para especificar as provas que pretendiam produzir, bem como a intimação dos advogados da AGA, Air Liquide White Martins para proceder a regularização de sua representação processual.
115. Air Products (fls. 1150/1160), AGA (fls. 1161/1163), Moacyr Netto (fls. 1164/1176), Air Liquide (fls. 1234/1246) e White Martins (fls. 1250/1258) reiteraram mais uma vez o alegado na defesa, requereram a reconsideração do decidido no despacho do Secretário de nº 144/2005, o qual indeferiu as preliminares apresentadas na defesa.
116. O Sr. Secretário de Direito Econômico, por intermédio do despacho de nº 255, de 30 de março de 2005, decidiu pelo não conhecimento os recursos administrativos impetrados, com base no art. 41 da Lei nº 8.884/94 c/c art. 69 da Lei nº 9.784/99, bem como foi mantido o despacho nº 144/2005, por seus próprios e jurídicos fundamentos.



II. h) Instrução Probatória.

117. Promovido o saneamento do feito, iniciou-se a fase de instrução processual com a realização das diligências e a produção das provas necessárias à análise do objeto do processo, nos termos do quanto dispõe o art. 35 da Lei nº 8.884/94.
118. Esta Secretaria de Direito Econômico, por intermédio do despacho de fls. 1117, decidiu pela realização das seguintes diligências e produção dos seguintes meios de prova: (i) oitiva de testemunhas⁴, (ii) perícia documental, (iii) requisição de informações e dados sobre a estrutura dos mercados, (iv) juntada de documentos e pareceres econômicos e (v) quaisquer outras provas previstas nos artigos 35 e 35-A da Lei nº 8.884/94, que se mostrassem necessárias durante o curso da instrução processual.
119. Os Representados, atendendo ao quanto determinado no despacho de fls. 1117, se manifestaram a respeito das provas que pretendiam produzir.

II. h.1) Prova Testemunhal

120. Relativamente à prova testemunhal, conforme consta das fls. 1224/1299 dos autos, os Representados **arrolaram 33 (trinta e três) testemunhas⁵**, quais sejam: 1) Alessandra Viana Reis; 2) Marcel Medon Santos; 3) Fernanda Garcia Machado; 4) Guilherme Favaro Ribas; 5) Denis Alves Guimarães; 6) Patrícia Agra Araújo; 7) Marcelo Bartouni Mendroni; 8) Antonio Carlos Neto; 9) Arthur Pinto de Lemos Júnior; 10) Marcelo Jacobucci; 11) Airton Rodrigues; 12) Naor Brizola, 13) Ana Maria Sturmhoebel; 14) Franklin Lindolf Bloedorn; 15) Rudiberto Gustavo Lüdtke; 16) Youssef Abou Chaim; 17) Gabriel César Zaccaria Inellas; 18) Victorio Roberto Menegotto; 19) José Roberto Camargo; 20) Tomaz Brito; 21) Carlos Kazume Oyama; 22) Luciana Carrion; 23) Antonio Mercali; 24) Hilton G. Nunes; 25) Victor Tadeu Alfarano; 26) Antônio Carlos Coral; 27) Luís Marcos Gaboardi; 28) Nilton Fréu Sottero, 29) Antônio Carlos Neto; 29) José Maria Gomes; 30)

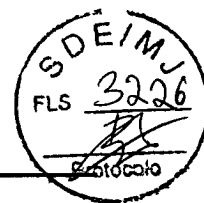
⁴ Oitiva das seguintes testemunhas: (i) os Representados: Carlos Alberto Cerezine; Gilberto Gallo; Hélio de Franceschi Junior; José Antônio Bortoleto de Campos; Moacir de Almeida; Newton de Oliveira; Vitor de Andrade Perez e Walter Pilão), (ii) os Diretores das Representadas: Aga, Air Liquide, Air Products, IBG e White Martins, (iii) o Representante da Universidade Estadual Paulista – Campus de Botucatu/Faculdade de Ciências Agrônomicas, (iv) o Representante do Hospital de Reabilitação de Anomalia Craniofaciais da Universidade de São Paulo, (v) o Representante da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, (vi) o Representante do Hospital Ernesto Dorneles em Porto Alegre e (vii) o Sr. Reginaldo Xavier de Melo.

⁵ Embora tenha manifestado interesse na produção de prova testemunhal, a Air Liquide não arrolou testemunhas no prazo que fora assinalado pela SDE.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- Denir do Nascimento; 31) Américo Antoninho Barbuio; 32) João Batista Pereira Vinhosa; e 33) Sérgio Ricardo Guarda.
121. O Secretário de Direito Econômico, por intermédio do despacho de fls. 1542, deferiu a oitiva da totalidade das testemunhas arroladas, no intuito de preservar a ampla defesa e o contraditório, bem como o devido processo legal.
122. Tendo em vista o extenso rol de testemunhas apresentado, o despacho acolhendo a supramencionada nota técnica e o princípio da celeridade processual, a SDE desistiu de ouvir as suas testemunhas anteriormente arroladas em nota técnica de fls. 1060/ 1116.
123. Em decorrência da desistência da produção da prova testemunhal pela SDE, tornaram-se sem objeto, portanto, os recursos administrativos impetrados pelos seguintes representados: Air Products, Moacyr Netto e José Bortoleto.
124. As audiências de oitiva foram marcadas em conformidade com o Despacho nº 249/05 (fls. 1542) e seu Despacho retificador publicado no DOU de 10 de outubro de 2005 (fls. 1550).
125. Conforme comprovam os Termos de Oitiva de Testemunhas existentes nos autos, esta SDE procedeu à oitiva das seguintes testemunhas: Patrícia Agra Araújo (fls. 1619/1625, Fernanda Garcia Machado (fls. 1629/1634), Alessandra Vianna Reis (fls. 1635/1644), Denir do Nascimento (fls. 1695/1703), Américo Antonino Barbuio (fls. 1708/1714), Arthur Pinto de Lemos Júnior (fls. 1716/1721), Gabriel César Zaccaria de Inellas (fls. 1722/1726), Marcelo Jacobucci (fls. 1727/1731), Sérgio Ricardo Guarda (fls. 1732/1738, Antônio Carlos Neto (fls. 1762/1766), Denis Alves Guimarães (fls. 1767/1772), Carlos Kazume Oyama (fls. 1775/1789), Guilherme Favaro Ribas (fls. 1780/1787), Naor Brisola (fls. 1790/1793), Antônio Carlos Coral (fls. 1794/1798), Luis Marcos Gaboardi (fls. 1799/1803), Victorio Roberto Menegotto (fls. 1820/1824), Antonio Mercali (fls. 1825/1829), Rudiberto Gustavo Ludke (fls. 1830/1834), Marcelo Batlouni Mendroni (fls. 1847/1853), José Roberto Camargo (fls. 1859/1863), Marcel Medon Santos (fls. 1932/1945), Ana Maria Lito Sturmhoebel (1939/1945),
126. Referidas oitivas foram acompanhadas pelos Advogados dos Representados, os quais puderam efetivamente formular perguntas e aduzir o que entendesse de direito.
127. A empresa White Martins contraditou testemunha arrolada pela empresa IBG (João Batista Pereira Vinhosa), conforme os termos da petição de fls. 1662/1666, com fundamento na aplicação subsidiária do art. 405 do Código de Processo Civil, arguindo a sua suspeição em razão do fato de a testemunha ser desafeto da White Martins, conforme comprovariam os documentos acostados com a alegação de suspeição (fls. 1667/1684) e do teor das declarações de fls. 1476, 1493 e 1513.



128. Conforme Termos de Oitiva de Testemunhas existentes nos autos, os Representados desistiram da oitiva das seguintes testemunhas por si arroladas: Hilton G. Nunes e Victor Tadeu Alfarano (fls. 1691/1692); Airton Rodrigues (fls. 1788); Nilton Freu Sottero e José Maria Gomes (fls. 1804/1805); Luciana Carrion (fls. 1864/1865), João Batista Pereira Vinhosa (1881/1882), motivo pelo qual a contradita desta última testemunha perdeu o seu objeto.
129. Com fundamento na Nota Técnica de fls. 1964/1968, O Sr. Secretário de Direito Econômico, por intermédio do despacho nº 968 (fls. 1969) não conheceu do recurso administrativo manejado por José Bortoleto contra a decisão que indeferiu as contraditas apresentadas em face das testemunhas Denir do Nascimento (fls. 1695/1703) e Américo Barbuio (fls. 1708/1714).

II. h. 2) Mandado de Segurança.

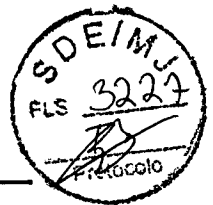
130. Os Representados Walter Pilão e Hélio Francheschi impetraram Mandado de Segurança perante o MM. Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal contra ato praticado pela Sra. Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (intimação para oitiva de testemunhas), sob o fundamento de existência de defeitos na intimação que implicariam cerceamento à ampla defesa e inobservância ao princípio do devido processo legal.
131. Referido Mandado de Segurança foi distribuído para o MM. Juízo da 17ª. Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (processo nº 2005.34.00.031231-0), o qual, após prestadas informações pela Autoridade Coatora, deferiu a liminar pleiteada para suspender os efeitos das audiências de oitivas de testemunhas realizadas no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70:

“... concedo a liminar, para suspender os efeitos das audiências de oitivas de testemunhas realizadas no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, em trâmite na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, cujas partes foram concitadas a comparecimento, conforme despachos nº 249, de 5 de outubro de 2005, publicado no DOU de 6 de outubro, às fls. 320, e despacho retificador publicado no DOU de 10 de outubro, às fls. 47, até o final julgamento da lide.

Ressalto que fica a autoridade coatora autorizada a renovar todos os atos processuais cujos efeitos são aqui suspensos, independentemente do julgamento da demanda, desde que observadas as formalidades inerentes ao devido processo legal, conforme fundamentação acima.”
(sem grifo no original)

132. Em 16 de fevereiro de 2006, o MM. Juízo Federal acolheu, em parte, a pretensão dos Representados José Bortoleto e White Martins, para “tão-somente (...) determinar à Autoridade Coatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

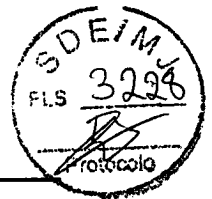


que suspenda o andamento do Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, logo após seja tomado o último depoimento testemunhal.

133. Com base nos termos do permissivo constante da decisão judicial proferida pelo MM. Juízo Federal, esta Secretaria procedeu à renovação da oitiva das testemunhas.

II. h. 3) Renovação da Oitiva das Testemunhas.

134. Acolhendo os termos da Nota Técnica de fls. 1986/1990, o Sr. Secretário de Direito Econômico, por intermédio do Despacho nº 68 (fls. 1991), determinou a renovação dos atos praticados, nos termos da liminar deferida pelo MM. Juízo Federal.
135. Assim, a SDE decidiu por renovar os atos processuais cujos efeitos foram suspensos, remarcando novas oitivas com as testemunhas anteriormente arroladas, com a exceção do Dr. Sérgio Ricardo Guarda (por motivo de falecimento da testemunha).
136. No Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico de fls. 1991 foram determinados os dias, locais e horários das oitivas, bem como foi estabelecido o prazo de 2 (dois) dias para que o representado Carlos Cerezine pudesse efetuar a substituição da testemunha falecida.
137. Embora instado a arrolar testemunha em substituição da testemunha Sérgio Ricardo Guarda, por motivo de falecimento deste, o Representado Carlos Cerezine absteve-se de fazê-lo, requerendo a manutenção do referido depoimento para todos os efeitos que contribuirão para a sua defesa (fls. 2048/2049), muito embora existisse decisão judicial determinando a suspensão dos efeitos dos depoimentos tomados.
138. Conforme comprovam os Termos de Oitiva de Testemunhas existentes nos autos, esta SDE procedeu à renovação das oitivas das seguintes testemunhas, nos termos da decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 17ª. Vara – Distrito Federal: Franklin Lindolf Bloedorn (fls. 2116/2120), Youssef Abou Chaim (fls. 2123/2127), Antônio Carlos Coral (fls. 2128/2133), Antônio Carlos Neto (fls. 2139/2142), Denir do Nascimento (fls. 2145/2150), Patrícia Agra Araújo (fls. 2155/2161), Alessandra Viana Reis (fls. 2164/2173), Fernanda Garcia Machado (fls. 2176/2182), Marcel Medon Santos (fls. 2185/2191), Ana Maria Del Lito Sturmhoebel (fls. 2194/2201), Rudiberto Gustavo Ludke (fls. 2202/2207), Antonio Mercali (fls. 2208/2212), Victorio Roberto Menegotto (fls. 2213/2218), Carlos Kazume Oyama (fls. 2219/2224), Denis Alves Guimarães (fls. 2225/2232), Naor Brisola (fls. 2233/2238), Guilherme Favaro Ribas (fls. 2240/2250), José Roberto Camargo (fls. 2251/2255), Marcelo Batlouni Mendroni (fls. 2256/2263), Arthur Pinto de Lemos Júnior (fls. 2264/2269), Marcelo Jacobucci (fls. 2270/2274), Américo Antoninho Barbuio (fls. 2275/2280),



Luis Marcos Gaboardi (fls. 2281/2285), Gabriel César Zaccaria de Inellas (fls. 2286/2292).

139. Portanto, todas as testemunhas arroladas pelos Representados foram ouvidas pela SDE, com exceção daquelas em que houve desistência de sua oitiva e da testemunha falecida no curso do processo.

II. h. 4) Concessão de Efeito Suspensivo da Liminar Deferida no Mandado de Segurança.

140. A Advocacia Geral da União, por intermédio do fax de fls. 2384, comunicou a esta SDE a concessão, por parte do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, de efeito suspensivo no Agravo de Instrumento interposto pela União contra a decisão concessiva de liminar no mandado de segurança impetrado por Walter Pilão e Hélio Franceschi, de modo a permitir o prosseguimento do tramite do presente processo administrativo:

“O presente mandado de segurança tem como causa de pedir a nulidade das intimações realizadas em procedimento a Secretaria de Direito Econômico, cujas irregularidades, segundo a agravante, já foram sanados em novo despacho que determinou a repetição das oitivas, sem as nulidades reconhecidas na decisão judicial.

.....
Considerando-se ainda que a SDE, embora instaure procedimento administrativo, não tem poderes para impor penalidades, além de que a suspensão do procedimento administrativo, mesmo após a oitiva da última testemunha, é muito desproporcional ao pleito inicial e até mesmo desnecessário, CONCEDO O EFEITO SUSPENSIVO para suspender os efeitos da decisão agravada que determinou a suspensão do Processo Administrativo 08012.009888/2003-70.”
(fls. 2387)

141. Assim, superado o óbice ao prosseguimento da marcha processual, esta SDE retomou a instrução probatória do feito.

II. h. 5) A Sentença do Mandado de Segurança.

142. Em 19/12/2006 foi proferida sentença no mandado de segurança nº 2005.34.00031231-0, até então em trâmite na 17ª Vara da Justiça Federal de Brasília/DF. **O pedido requerido inicialmente pelos impetrantes - Walter Pilão e Hélio de Franceschini Junior - foi julgado improcedente**, ou seja, foram considerados válidos os Despachos proferidos em 06/10/2005 e seu despacho retificador de 10/10/2005. Desse modo, as oitivas então realizadas com base nestes despachos foram consideradas válidas.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Todos os depoimentos são válidos, inclusive o do Dr. Sérgio Ricardo Guarda. Vejamos trecho da sentença proferida.

“No que tange à designação do local das oitivas em São Paulo, o vício não é causa de nulidade das intimações, por se tratar de omissão mínima, a qual poderia ser sanada pelas testemunhas sem exigência de qualquer esforço.

Não pode o Poder Judiciário amparar condutas tendentes a procrastinar o processo administrativo no âmbito da SDE, declarando a nulidade de atos que atingiram sua finalidade, em nome de formalismos excessivos.

Ademais, o endereço correto é encontrado no site da internet ou obtido de forma acessível a qualquer pessoa por telefone.

(...)

*Ante o exposto, **DENEGO A SEGURANÇA.***

Sem condenação em honorários advocatícios, em face do entendimento consagrado pelas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

Custas processuais pelos impetrantes.

Translade-se cópia desta sentença para os autos dos processos n.ºs. 2006.34.00.037296-3 e 2006.34.00.037701-0.”

143. Merece destaque a avaliação do Poder Judiciário – em consonância com o que esta SDE tem reiteradamente afirmado – de que alegações como as constantes do Mandado de Segurança em comento se tratam, única e exclusivamente, de expedientes que visam à procrastinar *ad aeternum* as investigações do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.
144. Por este motivo, também o mandado de segurança n.º 2006.34.00037296-3, em trâmite perante a 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal perdeu seu objeto e foi arquivado sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

II. h. 6) Ofícios encaminhados.

145. Com intuito de subsidiar o presente Processo Administrativo e visando a sua melhor instrução, às fls. 1184/1208, esta SDE oficiou todas as empresas representadas requisitando informações adicionais sobre o mercado de gases, as quais foram devidamente prestadas (fls. 2392/2458).
146. Atendendo a requerimento do Representado Moacyr Netto, a SDE oficiou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça de São Paulo (fls. 2475/2476) e ao Ilmo. Sr. Delegado-Geral de Polícia de São Paulo (fls. 2478/2479) solicitando informações, respectivamente, sobre os promotores e delegados designados para acompanhar as diligências de busca e apreensão realizadas na sede das Representadas e qual foi a autoridade responsável por estas designações.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



147. Os referidos ofícios foram respondidos pelas autoridades, respectivamente, em 16/11/2006 e 21/09/2006 e se encontram juntados às fls. 2564/2570.
148. Em 16/08/2006 esta SDE, tendo em vista o pedido de produção de prova pericial formulado pela representada IBG e pelo Sr. Newton de Oliveira, encaminhou o Ofício nº 4040/2006 ao Perito Criminal Federal, Sr. Jorilson da Silva Rodrigues, para que informasse sobre a possibilidade/viabilidade de realização de perícia em cópia impressa de e-mail. A resposta ao referido ofício foi recebida em 17/08/2006.
149. Além disso, visando a instruir o feito, esta SDE oficiou às empresas IBG, White Martins, Air Liquide, AGA e Air Products solicitando informações acerca do volume de produção, de vendas e receita com a comercialização de produtos.
150. As Representadas White Martins, IBG e Air Liquide solicitaram dilações de prazo para a resposta. Tais pedidos foram, em um primeiro momento, indeferidos, mas posteriormente reconsiderados. As referidas empresas apresentaram suas respostas em 04/12/2006.
151. As Representadas AGA e Air Products, por outro lado, protocolaram petições alegando a suposta falta de fundamentação e motivação do encaminhamento dos referidos ofícios. Tais petições foram tratadas na nota técnica de fls. 2614/2616 (vide item II. H.7 abaixo).
152. Em vista da nota técnica supramencionada, a Representada Air Products respondeu ao referido ofício no dia 04/12/2006, entretanto fez a ressalva de que “a Air Products entende que qualquer utilização das informações constantes da planilha em anexo para fins que não aqueles indicados na referida nota técnica [fls. 2614/2616] constituem desvio do ato administrativo.”
153. A Representada AGA, por outro lado, não respondeu ao Ofício nº 5612/CGAI.

II. h. 7) Nota técnica de fls. 2583/2591.

154. Em 20.11.2006 esta CGAI emitiu a nota técnica de fls. 2583/2591, na qual foi analisado o pedido de produção de prova pericial realizado pelos representados IBG e Newton de Oliveira, bem como o requerimento do representado Carlos Alberto Cerezine de fls. 2048/2049 e 2103/2104.
155. No que tange ao pedido formulado pela IBG e Newton de Oliveira, a referida nota técnica – com fundamento na resposta ao Ofício nº 4040/2006 encaminhada pelo Perito Criminal Federal Jorilson da Silva Rodrigues – sugeriu o indeferimento do pedido de prova supramencionado.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



156. Em 20/11/2006, a Sra. Secretária de Direito Econômico Substituta, acolhendo os termos da nota anteriormente mencionada, decidiu, por meio do Despacho nº 701/2006, pelo indeferimento da produção de prova pericial solicitado pelos representados IBG e Newton de Oliveira.
157. Já no tocante ao requerimento do representado Carlos Cerezine, cumpre destacar que, conforme dito no parágrafo 125 supra, o referido representado se absteve de indicar testemunha substituta ao Dr. Sérgio Ricardo Guarda e por esta razão requereu a manutenção do seu depoimento para todos os efeitos que contribuirão para sua defesa. Alegou que o testemunho já tomado é imprescindível para sua defesa e que o comparecimento dos patronos do Representado convalidou a nulidade da intimação realizada por meio do despacho nº 249/05, ao menos no que diz respeito à intimação de seus próprios patronos.
158. Às fls. 2103/2104, reiterou o pedido e requereu a manifestação da Secretaria acerca do pedido de manutenção do testemunho do Dr. Sérgio Guarda.
159. Por fim, com fundamento nos argumentos apresentados na nota técnica de fls. 2583/2591 a Secretária de Direito Econômico Substituta, por meio do Despacho nº 701/2006, decidiu pelo (i) indeferimento do pedido de convalidação da oitiva do Dr. Sérgio Guarda, mas a aceitação de tal documento como declaração pessoal devidamente produzida, conforme os arts. 367 e 368 do CPC; (ii) o desentranhamento e a autuação por linha em autos apartados dos demais depoimentos posteriormente renovados em concordância com a decisão liminar nº 213/2005 do Juízo Federal de Brasília.

II. h. 8) Nota técnica de fls. 2614/2616.

160. Conforme consta das fls. 2487/2520, esta SDE encaminhou às Representadas, IBG, White Martins, Air Liquide, AGA e Air Products, os ofícios nº 5609, 5610, 5611, 5612 e 5613, respectivamente. Tais ofícios requisitavam informações sobre a produção e vendas de gases por parte das empresas citadas (vide item II.h.5 supra)
161. As empresas White Martins, Air Liquide e IBG protocolaram suas respostas em 04/12/2006, conforme visto no item II.h.5 acima. As Representadas AGA e Air Products, por outro lado, protocolaram petições às fls. 2607/2609 e 2611/2612 nas quais sustentam a suposta ausência de fundamentação e motivação no encaminhamento dos referidos ofícios.
162. Tendo em vista tais alegações, esta SDE houve por bem elaborar a Nota Técnica de fls. 2614/2616 que afastou os argumentos expostos e sugeriu o indeferimento dos pedidos de (i)

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



esclarecimentos sobre a finalidade dos ofícios; e (ii) interrupção e devolução de prazo para resposta.

163. Por derradeiro, o despacho nº 277/2006 da Diretora do DPDE acatou as razões apresentadas na Nota Técnica da CGAI e determinou o indeferimento dos pedidos acima sintetizados.

II. h. 9) Da Medida Cautelar nº 2005.61.05.006202-4, busca e apreensão na sede da White Martins.

164. A SDE solicitou à Advocacia Geral da União (AGU) que tomasse as medidas cabíveis a fim de requerer ao Poder Judiciário a realização de busca e apreensão nas dependências do estabelecimento de Campinas da White Martins, nos termos do art. 35-A, da Lei nº 8.884/94.

165. A AGU ingressou com pedido cautelar de busca e apreensão (Medida Cautelar de nº 2005.61.05.006202-4) perante a 2ª. Vara Cível da Justiça Federal de Campinas, sendo a referida medida deferida. A Justiça Federal também decretou segredo de justiça com fulcro no art. 155, I, do CPC, ficando restrito às partes e seus procuradores o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos.

A operação de busca e apreensão foi realizada no dia [REDACTED] e foram apreendidos [REDACTED], conforme consta do auto de apreensão e depósito [REDACTED]

O procedimento de deslacramento [REDACTED], ocorreu no dia [REDACTED]

- [REDACTED]
168. Em 22/11/2006 a Representada White Martins foi intimada, por meio do Ofício nº 5930/CGAI/DPDE, para, caso quisesse, obter vista e cópia dos documentos oriundos da referida medida. Por meio do pedido de cópia às fls. 2636 se observa que a White Martins assim o fez.

II. h. 10) Dos demais Mandados de Segurança.

169. Além do mandado de segurança nº 2005.3400031231-0, anteriormente relatado, outros três mandados de segurança foram impetrados. Vejamos.
170. O **primeiro** deles foi o mandado de segurança nº 2006.34.00.037296-3, da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, impetrado pela White Martins contra ato supostamente coator do Secretário de Direito Econômico – Despacho do Secretário nº 738 –, no qual requereu a imediata suspensão do presente Processo Administrativo, até que fosse julgado o mandado de segurança nº 2005.34.00.031231-0, em trâmite na 17ª Vara Federal de Brasília.
171. Inicialmente, o pedido de liminar foi deferido “para suspender o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, interrompendo o prazo para a impetrante apresentar alegações finais”.
172. No entanto, em 19/12/2006, foi proferida sentença na qual tendo em vista o julgamento final do mandado de segurança nº 2005.3400031231-0, o mandado de segurança nº 2006.3400037296-3 foi julgado extinto por perda do objeto. Segue abaixo trecho da sentença.

“Em 19/12/2006, foi proferida sentença denegatória da segurança nos autos do referido Mandado de Segurança [2005.3400031231-0], conforme sentença trasladada para estes autos.

Logo, não há razão no prosseguimento de demanda que vise a suspensão do processo administrativo até prolação da referida sentença, posto que a mesma foi proferida em 19/12/2006. Portanto, ocorreu a perda do objeto da presente demanda.

*Pelo exposto, **JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO** pela perda do objeto, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.”*

173. O **segundo** mandado de segurança de nº 2006.34.00.037044-9, impetrado por Carlos Alberto Cerezine, em trâmite na 1ª Vara Federal, objetivava que fosse determinado ao Secretário de Direito Econômico a autorização para que o impetrante apresentasse nova testemunha a ser ouvida, bem como a suspensão do processo administrativo. Neste processo inicialmente também foi deferida

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



liminar nos seguintes termos: "... defiro o pedido de liminar para determinar à autoridade impetrada autorizar o impetrante a apresentar nova testemunha a ser ouvida, bem como suspender o processo administrativo nº 08012.009888/2003-70, até a oitiva da testemunha indicada pela parte impetrante".

174. Ocorre que, em 10/01/2007, após a apresentação – por parte da SDE – de informações com pedido de reconsideração da decisão liminar deferida, foi proferida nova decisão no mandado de segurança acima mencionado de nº 2006.3400037044-9, na qual foi analisado o pedido de reconsideração protocolado pela SDE. Nesta última decisão, o MM. Juiz **reconsiderou** a decisão anteriormente proferida. Vejamos trechos da decisão.

"(...) a Autoridade impetrada prestou as informações e vindicou a reconsideração da decisão deferitória do pedido liminar.

*Entendo haver razoabilidade nesse pedido de reconsideração, uma vez que à **Secretaria de Direito Econômico (SDE) cabe tão-somente investigar e propor a aplicação de sanção ou mesmo o arquivamento do processo administrativo.** É atribuição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) proferir julgamento e aplicar as sanções cabíveis, na esfera administrativa.*

Ademais, como bem restou explicitado nas informações (fl. 122: "... para resguardar o pleno direito de defesa do representado, ora impetrante, a SDE houve por bem aceitar o depoimento do Delegado Sérgio Guarda [testemunha falecida] como declaração pessoal devidamente produzida, conforme os artigos 367 e 368 do CPC (Doc. 4). Assim, o depoimento do referido servidor público foi mantido nos autos para a posterior apreciação do Órgão Julgador, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. ..."

Destaca-se, ainda, que as decisões proferidas pelo CADE poderão ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário, sempre que os interessados demonstrarem a existência de qualquer ilegalidade ou arbitrariedade naquela órbita.

*Nesse contexto, **revejo a minha posição anteriormente lançada na decisão de fls. 113/115, uma vez que não se mostra plausível deferir o pedido de liminar para suspender o processo administrativo nº 08012.009888/2003-70, haja vista que não restou devidamente caracterizado o cerceamento de defesa.***

Por outro lado, caso o CADE não considere válido o depoimento da testemunha falecida Sérgio Guarda, será possível a oitiva de testemunhas também nesta fase do procedimento."

175. Cabe destacar que os impetrantes deste último mandado de segurança citado pleitearam a reconsideração desta decisão em 17/01/2007. Pedido que foi indeferido por despacho datado de 18/01/2007. De modo que o MM. Juiz da 1ª Vara rechaçou os termos do pedido dos impetrantes, mantendo o indeferimento da liminar pretendida.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



176. O **terceiro** mandado de segurança de nº 2006.3400037701-0, impetrado por Hélio de Franceschi Junior e Walter Pilão, distribuído por prevenção à 17ª Vara Federal, objetivava a concessão de liminar para suspender os efeitos do despacho do Secretário nº 738, publicado no DOU de 06.12.2006. Alegaram os impetrantes que teria ocorrido ilegal omissão do impetrado sobre a proposição para produção de provas, bem como a realização das provas propostas pelos impetrantes, na busca da verdade material e na garantia do direito à ampla defesa.
177. No entanto, em 19/12/2006, foi proferida decisão, na qual foi indeferido o pedido de liminar nos seguintes termos.

“(...)

Com efeito, cabe à autoridade impetrada, à qual compete o processamento do processo administrativo e a instrução do mesmo, analisar a necessidade ou não de produção de novas provas ou prestação de novos esclarecimentos.

Ainda, caberá ao CADE, quando do julgamento do referido processo administrativo analisar se teria havido ou não necessidade de produção de outras provas ou prestação de outros esclarecimentos.

Ademais, não pode o Poder Judiciário amparar condutas tendentes a procrastinar o processo administrativo no âmbito da SDE, suspendendo o mesmo de forma temerária em face de qualquer alegação em sede de Mandado de Segurança.

Portanto, está ausente o fumus boni juris.

*Ante o exposto, **INDEFIRO O PEDIDO LIMINAR.***

Intimem-se.” (grifo nosso)

178. Como é possível observar, em outra oportunidade o Poder Judiciário examinou expedientes das Representadas e os julgou procrastinatórios.

II. i) Petições protocoladas após o encerramento da instrução processual.

179. No dia 06/12/2006, a Representada Air Liquide Brasil Ltda. apresentou petição na qual requer a substituição das planilhas, tanto impressas como eletrônicas, enviadas como resposta ao Ofício nº 5611/CGAI/DPDE em 04/12/2006, e a desconsideração dos documentos nºs 01 a 04 que instruíram a mencionada resposta.
180. Requereu, também, a juntada tanto das planilhas retificadas, acompanhadas da devida versão eletrônica (docs. nºs 01 a 04), quanto das planilhas juntadas com a petição de 04/12/06,

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- destacando-se em amarelo quais os dados foram retificados (docs. n°s 05 a 07).
181. Por fim, solicitou o tratamento confidencial, nos termos do art. 26 da Portaria MJ n° 04/06, tanto das planilhas eletrônicas quanto das planilhas impressas entregues.
 182. Ocorre que o CD-R encaminhado com a citada petição (doc. 04) encontrava-se completamente vazio, sem qualquer informação ou arquivo eletrônico.
 183. Além da petição da Representada Air Liquide, em 08/12/2006, às 17:56, foi recebida uma petição via fax da representada White Martins Gases Industriais Ltda. Nesta petição requer a autorização para imediata vista dos autos para fins de obtenção de cópias de documentos constantes de apartado confidencial da empresa e a devolução integral do prazo para apresentar alegações finais.
 184. A Representada alega que foi impossibilitado o acesso a tais documentos *“porque os responsáveis por este ilustre Departamento encontram-se em festa de confraternização de final de ano realizada durante o horário de expediente”*. Assim, conclui, requerendo a devolução integral do prazo para apresentação de Alegações Finais, até que tais cópias sejam disponibilizadas à White Martins.
 185. Ademais, em 11/12/2006, a White Martins protocolizou nova petição, na qual alega que o relatório final a ser emitido pela SDE depende do julgamento definitivo do mandado de segurança em trâmite na 17ª Vara Federal de Brasília/DF.
 186. Aduz que não se pode admitir o encerramento da instrução processual, com a desconsideração dos depoimentos tomados conforme o despacho declarado nulo pelo juiz, pois desse modo estaríamos ferindo o direito de ampla defesa da Representada.
 187. Por fim, pleiteia a suspensão do processo até que seja proferida sentença no citado mandado de segurança, evitando, no seu entender, decisões contraditórias e assegurando o seu direito à ampla defesa.
 188. Já em 18/12/2006, último dia do prazo para as alegações finais, a White Martins, a Air Liquide, a AGA, o Sr. José Antônio Bortoleto de Campos, o Sr. Moacyr de Almeida Netto, o Sr. Walter Pilão e o Sr. Hélio de Franceschini Junior apresentaram petições, nas quais informam a este Departamento da concessão de liminar no âmbito dos mandados de segurança n° 2006.34.00.037296-3, da 17ª Vara da Justiça Federal de Brasília e n° 2006.34.00.037044-9, da 1ª Vara da Justiça Federal de Brasília. Requerem ao final que seja reaberto o prazo processual para apresentarem alegações finais.
 189. A Air Liquide na petição de fls. 2803/2806, requer também que fossem juntadas as informações prestadas em resposta ao Ofício n° 5611, revisadas e ratificadas por meio da petição protocolada em 06 de dezembro, já que a fase de instrução foi reaberta.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



190. Por derradeiro, os representados Walter Pilão e Hélio de Franceschini Junior, em petição protocolada em 18/12/2006, requereram a reconsideração do Despacho do Secretário de 06 de dezembro de 2006, o qual decretou o fim da fase instrutória e abriu prazo para alegações finais no presente Processo Administrativo. Alegam que a fase instrutória não poderia ser encerrada antes do julgamento final do Mandado de Segurança nº 2005.34.00.031231-0 e do *Habeas Corpus* nº 951.209.3/5-00, impetrado em favor de Antonio Bortoleto de Campos, perante a 1ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

II. j) Das alegações finais.

191. A **IBG** e seu sócio-proprietário Sr. **Newton de Oliveira**, em 18/12/2006, apresentaram suas alegações finais às fls. 2770/2792.

192. Em sede de preliminar alegaram, em síntese, que (i) houve transgressão ao devido processo legal, pois a Averiguação Preliminar teria sido convertida em Processo Administrativo sem a manifestação prévia da IBG e do Dr. Newton de Oliveira; e (ii) “o e-mail impresso, de origem ignorada, não pode ser usado como prova para abertura de processo administrativo – imprestabilidade do documento como prova”.

193. Quanto ao mérito aduziram o que se segue:

(i) a IBG e o Dr. Newton de Oliveira não fazem parte de cartel algum relativo ao mercado de gases industriais, pelo contrário. Seriam “vítimas contumazes das demais Representadas do presente, possuindo um rol extenso de atos concretos de luta e denúncia justamente contra essas empresas” (fls. 2774);

(ii) em todos os documentos apreendidos e juntados aos autos, nos quais haveria divisão de mercado e acordos daí resultantes, não há qualquer menção à IBG e ao Dr. Newton de Oliveira;

(iii) foi evidenciado em alguns depoimentos tomados o cenário de competição entre a IBG e os demais concorrentes;

(iv) “não há qualquer prova da participação da IBG e do Dr. Newton de Oliveira em conduta cartelizada com as demais Representadas, pelo contrário. A empresa é, inclusive, mencionada como devendo estar “*out of the account*” (fls. 2782);

(v) seria irracional a IBG participar de conduta cartelizada, segundo a teoria econômica, devido aos seguintes fatores: (a) a inexistência de homogeneidade de custos

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



de produção - existiria uma enorme assimetria de custos entre a IBG e os outros quatro agentes oligopolistas neste mercado de gases industriais, como afirmar, então, que a IBG estaria apta a participar e chegar a um acordo sobre preços de produtos vantajosos tanto para ela quanto para as demais?; e (b) a situação financeira da IBG não é comparável ao porte das demais empresas representadas. A IBG é uma empresa nacional, com diminuto *market share* e sem poder de mercado.

194. A representada **AGA S/A** apresentou em 22.01.2007 suas alegações finais aduzindo, no tocante à questões preliminares, o seguinte:

- (i) que haveria ocorrido uma "secreta busca e apreensão na sede da White Martins", em referência a medida solicitada à Advocacia Geral da União e relatada no item II.h.9 supra. Neste sentido, defende a representada que o princípio do contraditório foi violado em razão de não ter tido acesso à documentação oriunda da referida busca e apreensão.
- (ii) que as sentenças e decisões proferidas pelo Poder Judiciário nos autos dos Mandados de Segurança relatados nos itens II.h.5 e II.h.10 acima haveriam causado "caos processual". Isto porque a SDE haveria atuado por linha a primeira série de depoimentos tomados e não haveria elaborado nova nota técnica de encerramento de instrução se posicionando sobre o tratamento probatório a ser dispensado aos referidos depoimentos.
- (iii) haveria ocorrido cerceamento de defesa por ter a SDE instaurado o processo com base em "análise preliminar" dos documentos apreendidos e a representada, naquele momento, não ter tido acesso aos documentos obtidos juntos às outras empresas representadas.
- (iv) que as acusações constantes da instauração do processo administrativo seriam "genéricas" e "imprecisas", não havendo a precisa imputação dos fatos.
- (v) que haveria ocorrido violação ao princípio do promotor natural e do juiz natural ao ter a SDE encaminhado a denúncia para promotor "manifestadamente incompetente". Isto acarretaria nulidade na obtenção das provas constantes do processo em tela.
- (vi) que "os requisitos previstos em lei para a busca e apreensão não foram observados, na medida em que conforme prevê a Lei nº 8.884/94, a SDE deveria ter solicitado expressamente à Advocacia Geral da União que esta requisitasse junto à autoridade federal cível

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



competente a expedição de mandados de busca e apreensão [...]"

195. Cumpre destacar que a representada, em suporte às alegações acima sumariadas, juntou aos autos parecer da Dra. Odete Medauar.
196. No tocante às alegações de mérito, a AGA defende que "não existem nos autos elementos que possam levar à conclusão de que tenha incorrido em qualquer das práticas listadas nos dispositivos acima [artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94]" nos seguintes termos:
- (i) o que se observa do mercado de gases seriam significativas variações nos percentuais de mercado detidos pelas empresas atuantes no setor, tendo ocorrido alguma perda de participação por parte da empresa líder.
 - (ii) haveria ocorrido grande número de perdas e ganhos de clientes no mercado, o que significaria que não haveria cartel e sim um mercado competitivo.
 - (iii) que "os contatos existentes entre as empresas do setor nada têm de anticoncorrenciais; referem-se basicamente à prática recíproca de aquisição de produtos (em alguns casos, tal prática é popularmente denominada entre os operadores deste mercado por 'swap', quando ocorre uma troca entre produtos de duas empresas, para que sejam satisfeitas necessidades distintas das mesmas em localidades diferentes do Brasil em relação aos seus respectivos clientes. [sic]"
197. Em petição protocolada em 22.01.2007, o representado **José Bortoleto** alegou apenas que "se reserva no direito de apresentar suas alegações finais, quando tiver ciência da revogação da ordem judicial concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.34.00.037296-3." Isto porque entende o representado que "enquanto não for publicado na imprensa oficial, o ato jurisdicional não tem eficácia alguma".
198. A representada **Air Products** também apresentou petição de alegações finais. Em primeiro lugar, sustenta a Representada que o despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico que encerrou a instrução e determinou a intimação dos Representados para apresentação de alegações finais seria nulo em razão de não estar "apoiado" em nenhuma Nota Técnica desta SDE.
199. Além disso, a Representada **reiterou as preliminares anteriormente suscitadas em sua defesa**: (i) violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (ii) falta de indícios para a abertura de Averiguação Preliminar; (iii) incompetência da Justiça Estadual e do Ministério Público Estadual para a investigação; (iv) violação ao princípio do promotor natural; (v) ilegalidade da interceptação telefônica e da

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- busca e apreensão de documentos; (vi) ilegalidade da utilização pela SDE das provas obtidas por tais meios; e, (vii) inépcia da nota técnica de instauração do Processo Administrativo.
200. Ainda em sede de preliminares, a Representada sustentou a existência de ilegalidades cometidas durante o curso do processo administrativo, pois, segundo alega, as provas que foram obtidas na diligência de busca e apreensão realizada na sede da White Martins (item II.h.9) serão utilizados contra as demais empresas, o que, no seu sentir violaria o direito à ampla defesa, pois se estas provas servirem para provar a participação da White Martins no cartel, elas poderão ser utilizadas contra todos os Representados e não apenas contra a White Martins.
201. Sustenta ainda a Representada a aplicabilidade ao caso do disposto no art. 265 do Código de Processo Civil, ou seja, a necessidade de suspensão do processo administrativo em face da existência de processo criminal.
202. No mérito, a Representada ratifica a sua defesa anteriormente apresentada, aduzindo que a prova testemunhal seria suficiente para afastar a acusação de participação no cartel, pois corroboraria as alegações de sua defesa.
203. O Representado **Moacyr de Almeida Netto** apresentou suas alegações finais em 22 de janeiro de 2007. No que tange às preliminares reafirma o já alegado em sede de defesa, sob o argumento de que a nota técnica de fls. 1060/1116 e o Despacho nº 144 não teriam apreciado de forma individualizada as preliminares levantadas. Em síntese, as preliminares argüidas são: (i) ilegitimidade do Sr. Moacyr de Almeida Netto, pois ele não teria qualquer poder decisório na AGA; (ii) ilegalidade do procedimento adotado para requerer as interceptações telefônicas e ofensa ao princípio do promotor natural; (iii) incompetência do Ministério Público do Estado de São Paulo para requerer a interceptação das linhas telefônicas e as buscas e apreensões; (iv) ilegalidade do procedimento adotado para obtenção dos documentos; e (v) inobservância do devido processo legal e cerceamento de defesa.
204. Quanto ao mérito, aduz os mesmos argumentos apresentados em sede de defesa e acima relatados. Incluindo, apenas, que os depoimentos de algumas testemunhas comprovariam a concorrência no mercado e que as representadas não tiveram interesse em dividir os mercados, visto que nessa modalidade de infração o pressuposto fundamental consiste no respeito às regiões ou clientes em que atuam os concorrentes.
205. A **White Martins Gases Industriais Ltda**, em petição do dia 22.01.2007, deixou de apresentar as alegações finais, sob o argumento de que não foi intimada pelo MM. Juízo da 17ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal a respeito da sentença proferida no MS nº 20053400031231-0, de modo que, no seu

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



entender, a decisão liminar anteriormente proferida e seus respectivos efeitos permaneceriam em vigor.

206. Os representados **Carlos Alberto Cerezine, Gilberto Gallo e Vitor de Andrade Perez** apresentaram suas alegações finais. Inicialmente alegam a ocorrência de ditas irregularidades processuais cometidas pela SDE no presente Processo Administrativo. A primeira delas seria o recebimento de denúncia anônima, o que contrariaria o art. 5º, incisos IV e V, da CF/88.
207. Em seguida, questionam se de fato ocorreu a denúncia anônima, pois em um dos depoimentos prestado por servidor da secretaria tal fato foi colocado em dúvida. Alegam, conforme depoimentos de servidores e ex-servidores da SDE, não ser plausível que num único dia a SDE ter recebido a denúncia, feito nota técnica, elaborado ofício ao Dr. Mendroni e entregue em suas mãos a sugestão de escuta telefônica.
208. Afirmam também que a SDE adotou procedimento ilegal para obter as pretendidas provas, ao encaminhar carta diretamente ao Dr. Mendroni e ao manter contato direto com promotores e delegados, recebendo informações sobre o andamento do processo criminal e discutindo estratégias quanto à continuidade das investigações.
209. Reafirmam também:
- (i) a incompetência do Ministério Público do Estado de São Paulo para atender ao Despacho da SDE de fls. 15, pois, segundo seu entendimento, a competência seria do Ministério Público Federal;
 - (ii) a ofensa aos princípios do promotor natural e a da impessoalidade da administração pública, pois a SDE não poderia ter encaminhado diretamente ao Dr. Mendroni o pedido de diligências;
 - (iii) a incompetência da justiça Estadual de São Paulo para deferir os pedidos de interceptação telefônica e de busca e apreensão no caso concreto, pois, no seu entender, a Lei nº 10.446/02 ao definir quais os crimes seriam de competência da polícia federal, listou casos que indubitavelmente a União tem interesse, e que, portanto, deslocam a competência para a Justiça Federal;
 - (iv) a incompetência da polícia civil estadual para promover a interceptação telefônica e a busca e apreensão, bem como a ausência dos requisitos legais a justificar a escuta telefônica;
 - (v) a impossibilidade de o delegado encaminhar diretamente documentos à SDE;
 - (vi) a inadmissibilidade de prova emprestada;
 - (vii) a ilicitude das provas, pois não teriam sido observados os princípios do promotor natural e da impessoalidade

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



da administração pública, bem como a interceptação telefônica não poderia ter sido deferida por ausência de indícios de autoria ou participação em infração penal, e por poder ser feita de outra maneira. Argumentam que as provas obtidas estariam contaminadas pela ilegalidade da interceptação telefônica.

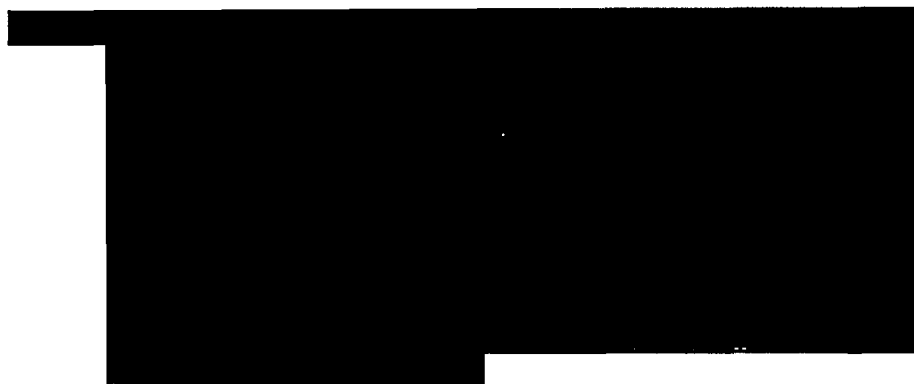
210. No mérito, os Representados alegaram que:

- (i) no que se refere às características da oferta, a necessidade de instalações essenciais não inibe a concorrência de clientes de grande porte, uma vez que os agentes procuram negociar a necessidade das instalações já existentes quando há troca de fornecedor, além do que alguns agentes também agregam ao fornecimento do gás o oferecimento de determinadas facilidades, como o empréstimo de cilindros ao fornecedor;
- (ii) do ponto de vista da demanda, os clientes deteriam o que os representados alegam ser um "inegável" poder de barganha, o qual se manifestaria: a) com relação ao poder público, na obrigação de realizar licitação para contratação do fornecimento, sendo que a "*grande disparidade de preços ofertados*" seria prova da inexistência de articulação entre as empresas para dividir o mercado, e b) com relação aos clientes privados, em uma negociação em igualdade de condições com os fornecedores, possibilitada pelo "*trunfo*" de poderem trocar de fornecedor a qualquer momento, fato que, em razão da impossibilidade de interromper o fornecimento, obriga os fornecedores a comprar gases de seus concorrentes para poder honrar seus contratos;
- (iii) a rivalidade que os representados alegam existir no mercado seria suficiente a ensejar o arquivamento do Processo Administrativo, pois seria impossível que os representados tivessem colaborado para a prática de condutas anticompetitivas se a estrutura do mercado não favorece este tipo de prática;
- (iv) a empresa na qual os Representados trabalham teria uma das menores participações no mercado nacional em termos de faturamento (cerca de 8%), de modo que a eventual participação da Air Products em um cartel seria desprovida de racionalidade econômica por inviabilizar o seu próprio crescimento;
- (v) o fato de se encontrar com executivos de uma empresa documentos pertencentes a outra seria justificado pelo currículo dos Representados, que já trabalharam em

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



diversas empresas do setor, e pelo fato de que as empresas do setor necessitam, ocasionalmente, de contratar o suprimento de bens junto às outras;



(viii) não existiria nos autos qualquer indício que vinculasse o Sr. Gilberto Gallo às condutas que lhe são imputadas, motivo pelo qual ele deveria ser excluído do pólo passivo do Processo.

211. A **Air Líquide Brasil Ltda.** apresentou alegações finais, nas quais reiterou que: (i) houve ilegalidade no procedimento de instauração processual, pois a SDE deveria ter solicitado à Advocacia-Geral da União para requerer ao Poder Judiciário o mandado de busca e apreensão; (ii) a incompetência absoluta da Justiça Estadual e a violação ao Primado do Promotor Natural; (iii) inobservância dos requisitos de delegação de competências; (iv) vulneração do sigilo legal, judicial e constitucional. Alegam que a SDE agiu de forma ilegal ao utilizar documentos sigilosos integrantes de um procedimento criminal e torná-los públicos para subsidiar a elaboração de um parecer em processo administrativo; e (v) cerceamento de defesa.
212. Quanto ao mérito, afirma: (i) que os depoimentos tomados revelam a ausência de quaisquer provas de conduta anticompetitiva praticada pela Air Líquide; (ii) a ausência de provas econômicas para a conduta imputada à Air Líquide; (iii) a análise objetiva das condições de operação dos mercados em questão indica que a

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



estratégia de atuação da Air Liquide é pró-competitiva e incompatível com a hipótese de adoção de práticas colusivas.

213. Por derradeiro, os representados **Hélio de Franceschi Junior e Walter Pilão**, em petições protocoladas em 22/01/2007 nesta Secretaria, requereram a reconsideração do despacho que encerrou a instrução e fixou prazo para alegações finais e, como pedido subsidiário, a determinação de suspensão do processo administrativo, até que as questões prejudiciais por eles suscitadas sejam efetivamente dirimidas.
214. Argumentam que a SDE resolveu “pura e simplesmente” encerrar a instrução processual sem que às partes fosse dado o direito da complementação das provas que pretendiam produzir. Por este motivo, os Representados foram obrigados a impetrar o Mandado de Segurança nº 2006.3400037701-0.
215. Salientam que há duas questões prejudiciais que impedem o prosseguimento deste Processo Administrativo, quais sejam: (i) o *Habeas Corpus* nº 9512093/5-00, impetrado em favor de Antonio Bortoleto Campos, perante a 1ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e (ii) o julgamento do mandado de segurança nº 2005.3400031231-0.
216. Aduzem que os efeitos jurídicos da sentença proferida no citado *mandamus* somente ocorrerão quando todas as partes forem dele intimadas, bem como com todas as questões processuais forem resolvidas, dentre elas o eventual indeferimento do requerimento de atribuição de efeito suspensivo à apelação.

III. ANÁLISE.

III.1. Da regularidade da instrução processual.

217. A presente seção será dedicada exclusivamente à análise das diversas alegações de caráter preliminar trazidas pelas representadas. Entretanto, é importante destacar que boa parte de tais argumentos já foi exposta, combatida pela SDE e indeferida no momento processual oportuno, qual seja, a nota de saneamento processual (fls. 1060/1116), acolhida pelo Despacho do Secretário nº 144/05.
218. Neste sentido, apenas para fins didáticos e metodológicos passemos a apresentar cada uma das alegações e o local onde foram analisadas pela SDE.
219. Em primeiro lugar, as questões relativas às supostas violações aos direitos de defesa, contraditório e devido processo legal foram devidamente rebatidas às fls. 1084/1092 e 1102/1103.
220. No tocante à alegada ilegalidade na coleta de provas e remessa destas à SDE, bem como a dita impossibilidade de utilização de prova emprestada, o assunto foi amplamente debatido às fls. 1070/1077 e 1100/1101.
221. Quanto às alegações de ilegitimidade para figurar no pólo passivo do presente processo, basta apenas afirmar que a referida nota técnica, às fls. 1092/1093, faz expressa menção aos indícios apurados pela SDE para justificar a presença de todas as representadas, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Inclusive, como se verá nas seções que tratarão do mérito da presente lide, há elementos probatórios suficientes em face de todos os representados, sem exceção.
222. No que se refere à dita violação ao Direito à intimidade e ao Direito ao sigilo de informações comerciais, a citada nota técnica, às fls. 1095/1099 e 1104/1113, também faz expressa referência.
223. Por fim, no que diz respeito à alegada: (i) incompetência do Ministério Público de São Paulo para requerer perante o Juízo ação de Busca e Apreensão contra as representadas; e (ii) violação ao princípio do promotor e juiz natural, tais premissas foram rebatidas às fls. 1065/1069.
224. Visto isso e antes de adentrar o exame dos demais argumentos preliminares constantes das alegações finais, é necessário tecer alguns comentários sobre petições protocoladas pelas representadas após o encerramento da instrução processual.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



III.1.a) Sobre a petição da Air Liquide retificando o Ofício nº 5611/CGAI.

225. Em 06/12/2006 - dia em que foi publicado o Despacho do Secretário nº 738, o qual encerrou a fase instrutória deste Processo Administrativo e notificou, pela primeira vez, as representadas para apresentarem Alegações Finais, a Representada Air Liquide ingressou com petição, requerendo a substituição das planilhas apresentadas em resposta ao Ofício 5611 e 6093/CGAI/DPDE.
226. Cabe destacar inicialmente que o ofício 5611 acima citado foi encaminhado no dia 09/11/2006, sendo que o prazo inicial terminaria no dia 24/11/2006. No entanto, após diversos pedidos de dilação de prazo, foi concedido prazo adicional até dia 04/12/2006 - quase 1 (um) mês [!] - para todas as empresas representadas, dentre elas a Air Liquide.
227. Em primeiro lugar, trata-se de petição intempestiva, pois a fase instrutória do processo já havia terminado quando a mencionada representada requereu a juntada de novas planilhas, retificando as planilhas anteriores.
228. Além disso, merece destaque a desídia da representada quando da apresentação da petição ora analisada, pois o CD-R anexo à citada petição (doc. 04) não possuía sequer os arquivos eletrônicos que a Representante afirmava ter juntado.
229. Mesmo assim esta SDE houve por bem utilizar, como será visto na seção relativa à definição de mercado relevante, os dados corrigidos da empresa. Neste sentido, qualquer alegação de cerceamento de defesa ou ofensas ao contraditório caem por terra.

III.1.b) Sobre a petição da White Martins solicitando devolução do prazo para alegações finais.

230. A Representada White Martins, em 08/12/2006 via fax, solicitou a devolução do prazo para apresentação de alegações finais.
231. Alegou para tanto que: *“o acesso da Representada a tais documentos [documentos constantes de apartado confidencial da White Martins], diga-se essenciais ao pleno exercício do contraditório e ampla defesa, direitos que lhe são assegurados pela Constituição Federal, foi impossibilitado porque os responsáveis por este ilustre Departamento encontram-se em festa de confraternização de final de anos realizada durante o horário de expediente [...]”* (fls. 2727/2728)
232. Cabe inicialmente destacar que a Representada somente solicitou as mencionadas cópias dois dias após a publicação no DOU do

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Despacho do Secretário nº 738, em 06/12/2006. E que já poderia ter solicitado carga ou cópia deste apartado antes mesmo da nota técnica que ensejou o despacho. Isto porque foi informada por meio do OF nº 5930/CGAI/DPDE, em 22 de novembro de 2006, da existência do apartado confidencial e da disponibilidade de todo o material apreendido na segunda busca e apreensão realizada em 17/06/2005 na sede da White Martins em Campinas.

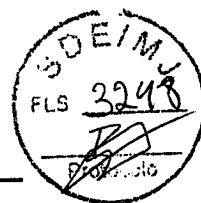
233. Além disso, a SDE deferiu o pedido em 11/12/2006, conforme fls. 2705, ou seja, no dia útil imediatamente subsequente e com, ainda, 7 (sete) dias para o término do prazo para alegações.
234. Como se não bastasse, conforme relato do setor processual, o representante legal da empresa somente solicitou cópias do citado apartado confidencial após as 16h00min do dia 08.12.2006, o que significa que não poderia efetuar o pagamento das cópias em banco (as regras da SDE para retirada de cópias são amplamente conhecidas pelas Representadas, pois passaram quase três anos extraindo cópias dos presentes autos), ou mesmo fazer carga dos autos pelas regras já conhecidas da SDE.
235. Ressalte-se, ainda, que não fora protocolada a petição original da representada no prazo de 5 (cinco) dias, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.800/99. Ou seja, a Representada, além de elaborar pedido de devolução de prazo claramente com objetivo procrastinatório, sequer tomou a providência determinada pela Lei supracitada, qual seja, de apresentar a versão original da petição ora analisada no prazo estipulado.
236. Por derradeiro, tendo em vista que por meio do despacho nº 14 de 10.01.2007 esta SDE determinou a reabertura de prazo para alegações finais, a petição em questão perdeu o objeto.

III.1.c) Sobre a petição da White Martins referente à questão prejudicial para o encerramento da instrução processual.

237. Em 11/12/2006 a White Martins protocolou petição na qual alega questão prejudicial ao encerramento da instrução processual. Afirma que o julgamento final do mandado de segurança em trâmite na 17ª Vara Federal de Brasília/DF poderia trazer decisão contraditória àquela proferida pela SDE e ainda não seria assegurado o seu direito à ampla defesa.
238. Sem razão a representada. Basta observar o conteúdo da Decisão nº 213/2005 proferida pelo MM. Juiz. Vejamos.

“Ante o exposto concedo a liminar, para suspender os efeitos das audiências de oitivas de testemunhas realizadas no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, em trâmite na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, cujas as (sic) partes foram concitadas a comparecimento conforme Despachos nº 249, de 5 de outubro de 2005, publicado no DOU de 6 de outubro, às fls. 320,

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



e despacho retificador publicado no DOU de 10 de outubro, às fls. 47, até o final julgamento da lide.

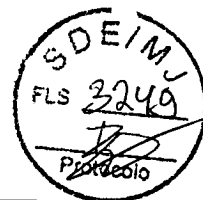
Ressalto que fica a autoridade coatora autorizada a renovar todos os atos processuais cujos efeitos são aqui suspensos, independentemente do julgamento da demanda, desde que observadas as formalidades inerentes ao devido processo legal, conforme fundamentação acima.” (sem grifo no original)

239. Como é possível notar, a questão já havia sido resolvida pelo próprio juiz em sede de liminar ao autorizar a renovação das oitivas, antes mesmo do julgamento final da demanda.
240. Além disso, no tocante ao depoimento do Delegado Sérgio Guarda, é importante destacar que não foi a White Martins quem o requereu. O que, por si só, indica o caráter meramente protelatório do presente pedido.
241. Não bastasse o argumento acima, a petição da White Martins, mais uma vez, perdeu o objeto em razão do julgamento final do Mandado de Segurança em comento, sendo certo, inclusive, que no mérito foi julgado improcedente.
242. Neste sentido, apenas para que não parem dúvidas acerca da legalidade da atuação da SDE, cumpre destacar que o depoimento do delegado Sérgio Guarda foi mantido nos autos mesmo durante o trâmite do Mandado de Segurança e após a renovação das oitivas, sendo certo que assim permanecerá em decorrência da decisão de improcedência do referido *mandamus*.

III.1.d) Sobre as petições da Air Liquide e da AGA, referentes ao Despacho nº 14, requerendo emissão de nova nota técnica de encerramento da instrução, com a reabertura de novo prazo para alegações finais.

243. Em 11/01/2007, a representada Air Liquide ingressou com nova petição, alegando que a SDE não produziu nova nota técnica a ensejar o Despacho da Secretária Substituta nº 14/07 que reabriu o prazo para alegações finais.
244. Sustenta que a nota técnica anterior, objeto do Despacho nº 738/06, considerou os depoimentos das testemunhas renovados, ao contrário do decidido pela sentença final do MS nº 2005.34.00031231-0. Afirma que o parecer final da SDE não pode considerar em suas conclusões os depoimentos renovados pelas testemunhas. Além disso, aduz que após a elaboração da citada nota técnica, diversos documentos foram juntados aos autos, dentre eles petição da ora petionária (ver item III.1.a acima) e as decisões dos mandados de seguranças impetrados, que deveriam constar de nova nota técnica de encerramento da instrução.
245. Por fim, requer a emissão de nova nota técnica de encerramento da instrução do presente processo administrativo e, somente após,

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



a abertura de prazo para que as representadas possam apresentar suas alegações finais.

246. A AGA, em 16/01/2007, por meio da petição de fls. 2903/2908, utilizando os mesmos termos da Air Liquide, também pleiteia a emissão de nova nota técnica pela SDE, relatando o conteúdo das decisões judiciais proferidas e se posicionando quanto à forma como será aproveitado o depoimento do Sr. Sérgio Guarda.
247. Afirma também que os depoimentos prestados originalmente perante a SDE e juntados por linha deveriam estar nos autos principais, pois conforme entendimento do STJ e do STF, bem como do SBDC, os documentos juntados por linha não assumem valor de prova.
248. As representadas, em suas alegações finais, repetiram tais argumentos e, assim sendo, o presente exame e suas conclusões a esses se estendem.
249. Sem razão as representadas. Em primeiro lugar, não há na Lei nº 8.884/94 ou mesmo na Portaria MJ nº 04/2006 qualquer menção à obrigatoriedade de emissão de nota técnica de encerramento de instrução processual. A exigência consiste apenas no dever legal de motivação dos atos administrativos, princípio constante do art. 50 da Lei 9.784/99. Neste sentido, é inegável que o despacho 14/07 expôs claramente os fundamentos de fato e de direito que ensejaram a decisão de reabrir o prazo para apresentação de alegações finais.
250. Além disso, a instrução processual foi encerrada por meio do despacho nº 738/06, sendo que o despacho 14/07 tinha a finalidade de apenas intimar as representadas para que apresentassem suas alegações finais antes do relatório circunstanciado desta SDE.
251. Destaca-se que pelo simples fato da primeira série de depoimentos estar juntada por linha não enseja a conclusão de que haveria ocorrido qualquer prejuízo para a defesa. Isto porque (i) o depoimento do Dr. Sérgio Guarda nunca saiu dos autos principais[!]; (ii) os demais depoimentos nunca deixaram os autos, apenas foram juntados em apartado com pleno acesso às representadas; e (iii) em cada um dos depoimentos tomados na segunda série de oitivas consta, *ipsis litteris*, o inteiro teor dos depoimentos tomados na primeira série de oitivas, inclusive entre aspas.
252. Oportuno salientar, por fim, que a Secretaria de Direito Econômico não é a instância julgadora dos processos administrativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Como é cediço, trata-se de Órgão instrutor das investigações antitruste que se apresentam, cabendo, única e exclusivamente, ao CADE a competência de decidir pela condenação ou arquivamento dos processos. Isto significa dizer, ainda, que ao CADE caberá dar o devido valor das provas colhidas pela SDE, ou seja, os

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



depoimentos tomados na primeira série de oitivas terão seu caráter probatório valorado pela referida Autarquia.

III.1.e) Sobre os demais argumentos de caráter preliminar das alegações finais das Representadas.

Sobre a suposta "busca e apreensão secreta".

253. A representada AGA S/A alega que haveria ocorrido ofensa ao princípio do contraditório ao não ter sido conferido acesso à documentação oriunda da operação de busca e apreensão realizada na sede da White Martins (medida solicitada à Advocacia Geral da União e relatada no item II.h.9 supra).
254. Preambularmente, mister se faz destacar que esta SDE, ao conferir tratamento sigiloso à referida medida cautelar, apenas cumpriu determinação judicial. Isto porque o Poder Judiciário decretou segredo de justiça aos autos (com fulcro no art. 155, I, do CPC) e, assim, estes ficaram com acesso restrito às partes (leia-se União e empresa White Martins) e seus procuradores.
255. Além disso, a nota técnica de encerramento de instrução processual do presente processo administrativo informou claramente a todas as demais representadas que os documentos oriundos da segunda medida de busca e apreensão realizada na White Martins seriam utilizados apenas na formação do convencimento desta SDE no que diz respeito à participação da mencionada empresa na infração antitruste ora investigada.
256. Trata-se, portanto, da exteriorização do princípio da distribuição da justiça e da individualização da responsabilidade de cada partícipe da conduta.
257. Nesse sentido, observa-se que, a despeito da conduta infrativa em comento ser praticada em conjunto, **é sabido que a acusação de cartel não supõe necessariamente o mesmo nível de envolvimento por todos os agentes econômicos acusados do crime.** Pelo contrário, a experiência demonstra que há níveis distintos de participação nas infrações denunciadas, freqüentemente com um acusado se destacando frente aos demais, como o suposto líder do cartel. Tais diferenças no grau de envolvimento da suposta infração ensejam a individualização das responsabilidades (ainda que eventualmente coincidentemente idênticas), conforme o **princípio da distribuição da justiça**, segundo o qual deve haver uma **distribuição equitativa e apropriada dos benefícios ou encargos de acordo com as circunstâncias particulares dos indivíduos envolvidos.**
258. Pelo exposto, considera-se que não houve qualquer ofensa ao direito ao contraditório e à ampla defesa das partes no que tange

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



ao sigilo conferido à segunda medida de busca e apreensão realizada na White Martins.

Sobre a suposta necessidade de suspensão do processo administrativo em razão da existência de processo criminal sobre os mesmos fatos.

259. A representada Air Products sustenta a aplicabilidade ao caso do disposto no art. 265 do Código de Processo Civil, ou seja, a necessidade de suspensão do processo administrativo em face da existência de processo criminal ainda em trâmite e que trata de investigação dos mesmos fatos.
260. Em que pesem os argumentos da representada, a pendência de processo criminal não obriga à suspensão do processo administrativo. Na verdade, trata-se de mais uma alegação meramente procrastinatória das Representadas, que não encontra guarida na legislação concorrencial, na legislação administrativa, na legislação processual ou na jurisprudência pátria.
261. De fato, como é de conhecimento geral, os processos administrativos pautam-se, dentre outros princípios, pela legalidade e pelo princípio do impulso oficial. Por este motivo, a natureza destes Processos é caminhar de maneira célere e eficaz para o seu desfecho.
262. Em razão do exposto e dos princípios que informam a Administração Pública, o processo administrativo só se suspende por determinação legal ou judicial. Se assim não for, estará sujeito à apuração da responsabilidade funcional o servidor que não se esmerar para conduzir e concluir as Averiguações Preliminares e os Processos Administrativos com a maior brevidade possível, nos termos do art. 40 da Lei nº 8.884/94.
263. Além disso, não há na lei antitruste qualquer dispositivo que determine a suspensão do processo para aguardar o julgamento de ação penal, pelo contrário, o art. 29 da Lei nº 8.884/94 deixa clara a autonomia da esfera administrativa em relação às ações judiciais decorrentes dos mesmos fatos, ao esclarecer que o processo administrativo **não será suspenso** pelo ajuizamento da ação civil impetrada pelos prejudicados para obter a cessação das práticas anticoncorrencias.
264. Reforçando a excepcionalidade da suspensão do Processo Administrativo, a Lei nº 9.784/94 dispõe, em seu art. 67, que salvo "*motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem*".
265. Ainda que se pretendesse utilizar, de maneira subsidiária, nos processos administrativos conduzidos por esta Secretaria, a legislação processual civil, o argumento das Representadas carece de qualquer fundamento.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



266. Neste sentido, o artigo 110 do Código de Processo Civil é expresso no sentido de que o sobrestamento do processo para aguardar a decisão de ação penal é **faculdade** do juiz, e não norma obrigatória; circunstância que se torna evidente em julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que foi relator o Desembargador Humberto Theodoro Júnior:

“Em princípio, não existe a dependência total do julgamento cível ao julgamento penal. E mesmo nos casos em que há dependência de prejudicialidade entre os dois julgamentos, após o decurso de um ano, o juiz é obrigado a prosseguir e julgar a causa que estava suspensa” (AgI 16837, TJMG, Rel. Humberto Theodoro Jr.)⁶

267. O raciocínio exposto também se aplica à alegação de que o *Hábeas Corpus* n° 9512093/5-00, impetrado em favor de Antonio Bortoleto Campos, perante a 1ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seria questão prejudicial ao deslinde do presente processo administrativo.
268. Pelo exposto, consideram-se superadas as alegações combatidas na presente seção.

Sobre a suposta inexistência de efeitos jurídicos da sentença final do MS n° 2005.34.00031231-0.

269. Como dito anteriormente, em petição protocolada em 22.01.2007, o representado José Bortoleto alegou que “se reserva no direito de apresentar suas alegações finais, quando tiver ciência da revogação da ordem judicial concedida nos autos do Mandado de Segurança n° 2006.34.00.037296-3.” Isto porque entende o representado que “enquanto não for publicado na imprensa oficial, o ato jurisdicional não tem eficácia alguma”. A representada White Martins formulou alegação semelhante e deixou de apresentar alegações finais.
270. Mais uma vez não merecem prosperar os argumentos fornecidos pelas representadas, assim vejamos.
271. Em primeiro lugar, a sentença do mandado de segurança já foi publicada, haja vista que a sentença é publicada no momento em que é entregue em cartório pelo juiz ou quando ele manda juntá-la aos autos, passando a ser do amplo acesso das partes e demais interessados.
272. Neste sentido, é a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão do Poder Judiciário constitucionalmente competente para conferir interpretação uniforme à legislação infraconstitucional:

⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 94

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



“SENTENÇA - ALTERAÇÃO POSTERIOR A PUBLICAÇÃO - DECISÃO TERMINATIVA - IMPOSSIBILIDADE. **A SENTENÇA É CONSIDERADA COMO PUBLICADA QUANDO O JUIZ A ENTREGA AO CARTÓRIO OU MANDA JUNTÁ-LA AOS AUTOS, APÓS O QUE, NÃO PODERÁ MAIS SER ALTERADA**, AINDA QUANDO TERMINATIVA. RECURSO IMPROVIDO.” (STJ, 1ª. T., Resp 132692/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 07.11.1997, DJ 16.02.1998, p. 36) (g.n.)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **MOMENTO EM QUE A SENTENÇA SE TORNA PÚBLICA** PARA FINS DE REQUERER A DESISTÊNCIA DA AÇÃO MANDAMENTAL. ENTREGA EM CARTÓRIO. PRECEDENTES.

1. **A sentença judicial torna-se pública com a sua entrega em cartório, encerrando, nesse mesmo instante, a atividade jurisdicional do magistrado que a proferiu.**

2. A partir de então, a sentença só pode ser alterada pela via recursal própria.

3. Pedido de desistência do mandado de segurança, com a conseqüente extinção do feito sem julgamento do mérito, que não pode ser analisado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, 1ª. T., AgRg no Ag 671250/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, j. 06.10.2005, DJ 14.11.2005, p. 199) (g.n.)

273. Portanto, com apoio na jurisprudência do STJ, esta SDE entende que a v. sentença que julgou improcedente o mandado de segurança impetrado pelos Representados não pode mais ser modificada pelo magistrado.
274. Tal sentença somente poderá ser modificada pelas instâncias recursais próprias, não podendo ser modificada por força do pedido de reconsideração eventualmente formulado pelos Representados, motivo pelo qual a Administração poderá avançar na apreciação do processo administrativo.
275. Nem se diga que o recurso de apelação seria recebido no efeito suspensivo e devolutivo, pois já está assente no STJ que a apelação nestes casos é recebida apenas no efeito devolutivo, o que permite sua execução provisória. Vejamos recentes acórdãos que demonstram tal situação.

“PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA DENEGATÓRIA - APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO.

1. **O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o recurso de apelação em mandado de segurança, uma vez denegatória a ordem, comporta apenas efeito devolutivo, compartilhando do entendimento assentado na Súmula 405/STF.**

2. Excepciona a jurisprudência desta Corte os casos em que se verifica a existência de dano irreparável ou de difícil reparação, hipótese em que é possível atribuir efeito suspensivo ao recurso de apelação.

3. Situação peculiar configurada nos presentes autos, em que há de ser mantido o efeito suspensivo atribuído ao recurso de apelação, ante a atestada presença do fumus boni iuris pela Corte a quo.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



4. Recurso especial improvido. (Resp 787051/PA; Recurso Especial 2005/0168433-3. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ 17.08.2006 p. 345)”

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DENEGATÓRIA. EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO.

1. O Tribunal de origem examinou e decidiu, fundamentada e suficientemente, os pontos suscitados pela parte recorrente, não havendo, assim, por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

2. **O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, em sede de mandado de segurança, o recurso de apelação contra sentença denegatória possui apenas efeito devolutivo, dado o caráter auto-executável do writ.**

3. Recurso especial provido. (Resp 768115/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 28.03.2006, DJ 28.04.2006 P. 289)”

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE ERRO

MATERIAL. EXAME DE MATÉRIA ESTRANHA AOS AUTOS. SUA CORREÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTES.

1. Ocorrência de erro material por ter a decisão embargada apreciado matéria totalmente estranha à dos autos. Correção necessária com o exame da exata controvérsia.

2. **É remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o recurso de apelação em mandado de segurança, contra sentença denegatória, possui apenas efeito devolutivo, não tendo eficácia suspensiva, tendo em vista a autoexecutoriedade da decisão proferida no writ.**

3. “Só em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, é possível sustarem-se os efeitos da medida atacada no 'mandamus' até o julgamento da apelação. (ROMS nº 351/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro)

4. Embargos acolhidos para corrigir o erro material. Na seqüência, nega-se provimento ao agravo de instrumento. (EDcl no Ag 622012 / RJ ; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004/0108978-5, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, 03/02/2005, DJ 21.03.2005 p. 248).”

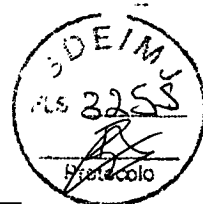
“Processual Civil. Mandado de Segurança. Efeitos da apelação interposta contra sentença que denega segurança.

1. **A apelação contra sentença que denega segurança comporta apenas efeito devolutivo.**

2. Precedente.

3. Recurso provido. (REsp 183054 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1998/0054733-9, Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, data de julgamento: 12/06/2001, DJ 11.03.2002 p. 175).”

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



276. Diante do exposto, consideram-se carentes de fundamento fático e jurídico as alegações analisadas na presente seção. Passemos, portanto, à análise de mérito.



III.2. Sugestão de apreciação das provas.

277. Por razões de metodologia e para melhor compreender a extensão do cartel ora investigado, a CGAI houve por bem organizar a apreciação dos mais de 50 (cinquenta) volumes de autos da seguinte forma. Em primeiro lugar, para fins de contextualização, apresentar-se-á a jurisprudência internacional relativa à investigações sobre cartéis no mercado de gases medicinais e industriais.
278. Em seguida, serão tratadas as razões pelas quais esta Autoridade entende que um cartel formado pelas principais empresas fornecedoras de gases no Brasil teria a capacidade de provocar os efeitos deletérios descritos no art. 20 da Lei nº 8.884/94. Neste tópico será definido o mercado relevante e analisado o poder de mercado das Representadas.
279. Por fim, serão analisados todos os aspectos relativos ao comportamento cartelizante das representadas, são eles: (i) a fixação de percentagens de participação de mercado; (ii) o pacto de não-agressão; (iii) a "conta corrente"; (iv) a manipulação de lances; (v) a definição de bandeiras para revendedores e a tabela de preços; (vi) a recusa de venda para distribuidores independentes; (vii) os participantes do cartel; (viii) o período de duração do cartel; (ix) a possibilidade de detecção pelo CADE; e (x) os indícios da ciência dos diretores estrangeiros.

III.2.a) A experiência internacional.

280. Antes de adentrarmos a análise dos fatos que fundamentam as conclusões desta SDE quanto à ocorrência de ilícito antitruste por parte das empresas Representadas, é importante tratar resumidamente da experiência de outras jurisdições no tocante à ocorrência de cartéis no mercado de gases industriais e medicinais. Como restará demonstrado, investigações e condenações no referido mercado não são raras e a análise desses casos é extremamente valiosa para a compreensão do processo em epígrafe.
281. Em primeiro lugar, em 24 de julho de 2002 a Comissão Européia proferiu decisão relativa o Processo COMP/E-3/36 700, na qual aplicou multa às empresas **AGA AB, Air Liquide BV, Air Products Nederland BV, BOC Group PLC, Messer Nederland BV, NV Hoek Loos e Westfalen Gassen Nederland NV** no valor de 25,72 milhões de euros.
282. A referida multa foi aplicada em razão da participação das empresas em um cartel que visava à (i) fixação de porcentagens de aumentos de preços de gases industriais e medicinais, (ii) divisão

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- de mercado por meio de **respeito à carteira de clientes** de cada empresa, (iii) estabelecimento de **preços mínimos de gases em cilindros e granel** a novos clientes, entre outras condutas. Foi demonstrado, ademais, que as empresas em questão reuniram-se regularmente entre os anos de 1989 e 1997, inclusive com acordos bilaterais de preços e condições.
283. As autoridades sul-americanas também investigaram cartéis formados por empresas que atuam no mercado de gases industriais e medicinais.
284. A *Comision Nacional de Defensa de La Competencia* da Argentina proferiu decisão relativa ao Processo nº 064-011323/2001 na qual determinou a aplicação de multa em desfavor das empresas **Praxair**⁷ Argentina S.A., **Air Liquide** Argentina S.A., Messer Argentina S.A., **AGA** S.A. e Indura Argentina S.A. no valor de \$26.100.000,00, \$24.900.000,00, \$14.200.000,00 e \$5.100.000 de pesos respectivamente.
194. O processo em referência analisou e comprovou que as empresas citadas formavam um cartel com a finalidade de (i) fixar preços do oxigênio fornecido aos hospitais públicos e privados e (ii) a divisão de mercado por meio de **recusa a participar de licitações públicas e concorrências privadas** (*bid supression*) para o fornecimento de oxigênio aos hospitais argentinos. A autoridade Argentina também concluiu que o período de atuação do referido cartel foi de 1997 a 2002.
195. Por fim, o *Tribunal de Defensa de La Libre Competencia* do Chile aplicou multa de 3.300,00 UTA em desfavor das empresas **Air Liquide** Chile S.A., Indura S.A., **AGA** S.A. e 2.000,00 UTA em desfavor de **Praxair** Chile Limitada.
196. A conduta investigada também tratava da atuação concertada das empresas em questão por meio de (i) divisão de mercado e **respeito à carteira de clientes** e (ii) **fraude às licitações** da *Central Abastecimientos Sistema Nacional Servicios de Salud* (CENABAST), órgão do governo chileno que gerencia as compras dos hospitais públicos. O período analisado pela autoridade chilena foi referente aos anos de 2001 a 2004.
197. O que se observará, por meio da descrição que se seguirá abaixo, é que há diversas similaridades entre os processos carreados pelas autoridades estrangeiras e a presente investigação, principalmente no tocante (i) às empresas que participaram dos cartéis julgados no exterior e as empresas investigadas pela SDE no presente processo; e (ii) às condutas apuradas nas outras jurisdições e as condutas observadas nos documentos que compõe a investigação em epígrafe.

⁷ A White Martins Ltda. é empresa do Grupo Praxair.



III.2.b) Da possibilidade de implementação de um cartel: estrutura de mercado.

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

III.2.b.1. Mercado relevante do produto.

199. Primeiramente, do ponto de vista da produção, temos dois grandes tipos de gases: **gases de processo** e **gases atmosféricos**. Os primeiros geralmente configuram-se como co-produtos de processos produtivos mais amplos e, nesse sentido, a localização de sua produção é determinada, em grande medida, pela localização do processo produtivo principal. Já os gases atmosféricos (oxigênio e nitrogênio, por exemplo), de modo geral, são produzidos em plantas especializadas, nos quais há complementaridade técnica de produção.

200. Do ponto de vista da demanda, os gases medicinais não são substitutos técnicos entre si. Um paciente ao qual se recomenda o uso de oxigênio não poderá, por motivos econômicos, optar por outro gás medicinal qualquer. Da mesma forma, nos processos produtivos, o uso de gases industriais é determinado por critérios técnicos, de configuração da planta ou do processo, e não por motivos econômicos. Do lado da oferta, embora haja complementaridade técnica na planta, em geral a proporção de produção não é absolutamente fixa. Ademais, essa proporcionalidade não se observa nas estruturas multi-plantas típicas deste setor.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Produção de Gases Atmosféricos - O2 e N2 (mi de m3)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006(p)
<i>White Martins</i>						
Oxigênio						
Nitrogênio						
<i>Air Liquide</i>						
Oxigênio						
Nitrogênio						
<i>Air Products</i>						
Oxigênio						
Nitrogênio						
<i>IBG</i>						
Oxigênio						
Nitrogênio						
<i>AGA*</i>						
Oxigênio	nd	nd	nd	nd	nd	nd
Nitrogênio	nd	nd	nd	nd	nd	nd
Total*						
Oxigênio	2845	3116	3540	3751	3601	2809
Nitrogênio	2078	2385	2509	2456	2541	2060

(p) números parciais. (*) AGA não enviou as informações solicitadas. Fonte: empresas

201. Logo, **pode-se segregar cada tipo de gás industrial e medicinal para a definição de mercado relevante em sua dimensão produto.**

Proporção de produção de Gases Atmosféricos - O2/N2

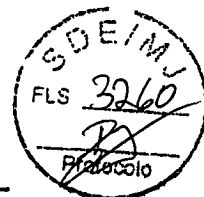
	2001	2002	2003	2004	2005	2006(p)
<i>White Martins</i>	1.38	1.32	1.43	1.59	1.46	1.40
<i>Air Liquide Air Products</i>	1.27	1.22	1.11	1.14	1.07	1.13
<i>IBG</i>	9.86	5.77	5.82	4.21	3.53	4.82
<i>AGA*</i>	nd	nd	nd	Nd	nd	nd

(p) números parciais. (*) AGA não enviou as informações solicitadas. Fonte: empresas

202. Adicionalmente, é necessário verificar se os canais de comercialização ou os segmentos de mercado são suficientemente não arbitrados para configurar mercados relevantes ainda mais estritos em sua dimensão produto.

203. A esse respeito, pelo lado da oferta, a profunda diferença da estrutura de distribuição necessária permite-nos definir a produção **on site** como um mercado relevante distinto *vis a vis* o

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



mercado de distribuição à granel ou no varejo (em cilindros). É facilmente perceptível que excessos de oferta em um mercado, apenas em casos isolados, permitem um deslocamento da oferta para outras unidades ou para outras formas de distribuição.

204. Ademais, no caso do mercado **on site**, os investimentos específicos e elevados envolvidos permitem, em muitos casos, classificar a planta, uma vez instalada, como uma *essential facility*. Logo, sob a dimensão geográfica e nessas condições, o mercado seria local (entendido como o mercado acessível pela estrutura de dutos vinculado à unidade fabril). Antes da instalação, no entanto, há um mercado mais amplo, que é pela instalação de plantas de gases (de qualquer tipo), cujo alcance é nacional.
205. Já a **distribuição em cilindros** requer a constituição de unidades específicas de envase, integradas à unidade produtiva. Nem todas as unidades produtivas possuem essas plantas, tampouco estrutura para distribuição em cilindros, tornando factível a segmentação. Mas ainda assim, em função de eventuais excessos de capacidade instalada em envase, pode haver algum grau de substituição entre as duas formas de comercialização. Ainda assim por conservadorismo, nos parece adequado analisar o caso à luz dessa segmentação de mercados.
206. Por fim, **uma última segmentação refere-se ao segmento de gases medicinais**. Como apontado nos autos, os requerimentos em termos de controle de qualidade, equipamentos envolvidos e pureza dos gases medicinais é sensivelmente maior que aquele de uso industrial. Isso impõe custos distintos para migrar de um mercado para o outro, permitindo, ainda que potencialmente, uma segmentação desse mercado relevante. Como o que está em análise é um caso de conduta concertada, e pelo lado da demanda estamos tratando de mercados completamente distintos, nos parece recomendado seguir essa segmentação. As diferenças perceptíveis de preços (margens) verificadas nos documentos apreendidos reforçam essa segregação.
207. Cabe-nos analisar, também, a segmentação de mercado à luz da demanda. Com efeito, como mencionado, os gases em análise são insumos necessários para boa parte do parque industrial brasileiro e essenciais para o setor de saúde. E, embora sejam o mesmo produto, defrontam-se com curvas de demanda e graus de poder compensatório muito distintos. Na presença de concorrência efetiva, esperar-se-ia que essas características indicassem um grau de diferenciação moderado, relacionado principalmente aos custos de distribuição e à presença de contratos de médio e longo prazo (o que impõe alguma rigidez de preços), já que cinco ofertantes de produtos similares (homogêneos) intercambiando clientes são mais que suficiente para disciplinar preços. Logo, não nos parece adequado segregar mercados relevantes distintos em função apenas dessa diferenciação.
208. Todavia, como o que está em análise é a suspeição de condutas concertadas, desde já alertamos que sob o aspecto do dano



econômico, um eventual cartel seguramente teria levado em conta essa diferenciação para análise da determinação de preços⁸.

209. Em síntese, para a análise deste caso, definem-se os mercados relevantes em sua dimensão produto como⁹:

- Plantas para produção de gases industriais e medicinais *on site*
- Gases Industriais:
 - Oxigênio
 - Nitrogênio
 - Argônio
 - Hidrogênio
 - Dióxido de Carbono
- Gases medicinais
 - Oxigênio
 - Nitrogênio
 - Dióxido de Carbono

210. Por fim, destaque-se que os mercados de gases industriais e medicinais ainda foram devidamente segmentados em granel e cilindros.

III.2.b.2. Mercado relevante geográfico

211. Já no que diz respeito à dimensão geográfica, a segmentação por forma de distribuição torna-se essencial para uma correta delimitação.
212. No mercado de plantas para produção de gases industriais e medicinais *on site*, tem-se um mercado com abrangência nacional e outro local.
213. É nacional apenas quando as empresas representadas podem participar (e participam) de concorrências ou contratos para a instalação de unidades fabris dedicadas em todo o país. Neste caso, a localização da planta não criaria vantagens comparativas relevantes para uma empresa, exceto por razões estratégicas

⁸ Se a mecânica fundamental do cartel é uma divisão de mercado, esperar-se-ia que essa diferenciação pelo lado da demanda fosse considerada indiretamente, via margens brutas totais (preço menos custo médio marginal) ou faturamento (já que os custos variáveis de produção são reduzidos e aproximadamente homogêneos entre competidores). E a forma adequada de medir as participações de mercado seria, seguramente, pelo *share* de receita.

⁹ As representadas produzem ainda outros gases, como ar comprimido, e misturas. Por simplicidade analítica, limitamos à análise de mercados relevantes aos principais gases acima.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- (economias de escala, escopo e de logística, ou mesmo rivalidade) relacionadas aos outros mercados relevantes aqui definidos.
214. Torna-se local uma vez instalada a unidade fabril, entendida como a área acessível por rede de dutos.
215. Já nos mercados a granel e cilindros, a dimensão geográfica abarcada é certamente maior que esta última. A dificuldade neste caso é precisar essa dimensão. As perguntas básicas que devem ser feitas para tanto são: (i) até que distância das unidades fabris, o custo de distribuição e logística torna viável, em condições competitivas, a contestação efetiva de mercado (dada pelo teste do monopolista hipotético); e (ii) em que medida ganhos de escala na planta se sobrepõem a essa redução de custo de distribuição.
216. Como o caso em análise envolve a investigação de cartel, e, portanto, decorrente desse cartel, poderia haver uma divisão artificial de mercados geográficos (ou clientes) e elevada discriminação de preços, a verificação da composição das vendas de cada empresa por região tende a superestimar a área geográfica em que, competitivamente, estas empresas estariam aptas a atuar. Ademais, a existência de vários contratos de fornecimento mútuo entre as fabricantes, conforme se extrai dos documentos apreendidos, dificulta essa verificação.
217. De toda forma, as diferenças de preço *vis a vis* o segmento *on site* sugerem que custos de logística têm um peso relativamente elevado no caso de gases, tanto em cilindros quanto a granel (vide abaixo). Documentos apreendidos corroboram custos moderadamente elevados para vendas à granel, entre 10% e 20% do preço final daqueles consumidores listados nos documentos.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Preços médios vendas *on site* das empresas
(R\$/m3)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006 (p)
White Martins						
O2	█	█	█	█	█	█
N2	█	█	█	█	█	█
Ar	█	█	█	█	█	█
H2	█	█	█	█	█	█
CO2	█	█	█	█	█	█
Air Products						
O2	█	█	█	█	█	█
N2	█	█	█	█	█	█
Ar	█	█	█	█	█	█
H2	█	█	█	█	█	█
CO2	█	█	█	█	█	█
Air Liquide						
O2	█	█	█	█	█	█
N2	█	█	█	█	█	█
Ar	█	█	█	█	█	█
H2	█	█	█	█	█	█
CO2	█	█	█	█	█	█
IBG						
O2	█	█	█	█	█	█
N2	█	█	█	█	█	█
Ar	█	█	█	█	█	█
H2	█	█	█	█	█	█
CO2	█	█	█	█	█	█
AGA*						
O2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
N2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
Ar	nd	nd	nd	nd	nd	nd
H2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
CO2	nd	nd	nd	nd	nd	nd

(p) números parciais. (*) AGA não enviou as informações solicitadas. Fonte: empresas

[REDACTED]

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



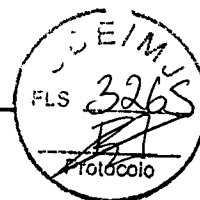
Preços médios vendas *granel* das empresas
(R\$/m3)

		2001	2002	2003	2004	2005	2006 (p)
<i>White Martins</i>	O2	█	█	█	█	█	█
	N2	█	█	█	█	█	█
	Ar	█	█	█	█	█	█
	H2	█	█	█	█	█	█
	CO2	█	█	█	█	█	█
<i>Air Products</i>	O2	█	█	█	█	█	█
	N2	█	█	█	█	█	█
	Ar	█	█	█	█	█	█
	H2	█	█	█	█	█	█
	CO2						
<i>Air Liquide</i>	O2	█	█	█	█	█	█
	N2	█	█	█	█	█	█
	Ar	█	█	█	█	█	█
	H2	█	█	█	█	█	█
	CO2	█	█	█	█	█	█
<i>IBG</i>	O2	█	█	█	█	█	█
	N2	█	█	█	█	█	█
	Ar	█	█	█	█	█	█
	H2						
	CO2						
<i>AGA*</i>	O2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
	N2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
	Ar	nd	nd	nd	nd	nd	nd
	H2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
	CO2	nd	nd	nd	nd	nd	nd

(p) números parciais. (*) AGA não enviou as informações solicitadas. Fonte: empresas

CONFIDENCIAL

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Preços médios vendas *cilindro* das empresas
(R\$/m³)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006 (p)
<i>White Martins</i>						
O2	■	■	■	■	■	■
N2	■	■	■	■	■	■
Ar	■	■	■	■	■	■
H2	■	■	■	■	■	■
CO2	■	■	■	■	■	■
<i>Air Products</i>						
O2	■	■	■	■	■	■
N2	■	■	■	■	■	■
Ar	■	■	■	■	■	■
H2	■	■	■	■	■	■
CO2	■	■	■	■	■	■
<i>Air Liquide</i>						
O2	■	■	■	■	■	■
N2	■	■	■	■	■	■
Ar	■	■	■	■	■	■
H2	■	■	■	■	■	■
CO2	■	■	■	■	■	■
<i>IBG</i>						
O2	■	■	■	■	■	■
N2	■	■	■	■	■	■
Ar	■	■	■	■	■	■
H2	■	■	■	■	■	■
CO2	■	■	■	■	■	■
<i>AGA*</i>						
O2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
N2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
Ar	nd	nd	nd	nd	nd	nd
H2	nd	nd	nd	nd	nd	nd
CO2	nd	nd	nd	nd	nd	nd

(p) números parciais. (*) AGA não enviou as informações solicitadas. Fonte: empresas

CONFIDENCIAL

218. A localização física das plantas de gases atmosféricos (e, em menor grau, aquelas relacionadas a gases de processo) é, pois, a melhor sugestão para a definição de mercado relevante geográfico. Como se observa da relação apresentada pelas Representadas no decorrer do processo, no que tange aos gases atmosféricos, as empresas contam com várias unidades fabris espalhadas pelo país. A White Martins produz gases atmosféricos em 19 unidades (11 estados); Air Products, em 7 unidades (3 estados); AGA em 4 unidades (4 estados); e a IBG, em um estado. Air Liquide, embora não tenha informado os produtos fabricados por unidade, mantém produção também em 3 estados.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



219. Essas estruturas multiplantas, que variam de empresa para empresa e de tipo de gás gerado, sugere que nos gases atmosféricos, os ganhos com logística excedem economias de escala e escopo existentes na planta. E a dispersão das unidades sugere que os mercados relevantes de gases atmosféricos são regionais (grandes regiões, modificadas) ou menores.
220. Para o hidrogênio, a dispersão geográfica de unidades mostra-se sensivelmente menor. As empresas possuem três ou quatro unidades fabris, geralmente próximas aos principais centros de consumo industrial (SP, RJ, MG, BA, RS) e atendem demandas a granel e cilindros a partir dessas plantas.
221. Contudo, a observação das distâncias percorridas pelo produto fica prejudicada pela existência de contratos mútuos de fornecimento em diferentes regiões. Com efeito, em mais de uma ocasião, os documentos apreendidos apontam negociações de contratos de fornecimento a terceiros a partir de suprimentos da concorrente. A ocorrência desses fatos tende a superestimar a dimensão geográfica dos mercados a partir da simples observação dos fluxos de compras e vendas líquidas dos estados (vazamentos).

Importações líquidas de Oxigênio (granel+cilindros)

em % das vendas locais

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
CO	100%	100%	100%	100%	100%	100%
N	10%	54%	26%	-30%	-45%	-52%
NE	-28%	-19%	-20%	-3%	-3%	-7%
S	18%	10%	9%	9%	6%	6%
SE	-18%	-28%	7%	-6%	-16%	-27%
Perdas/estoques	-8%	-15%	6%	0%	-8%	-16%

(1) não inclui AGA. Fonte: Representadas.

222. Já a análise da diferença de preços entre regiões sugere que, apesar dos fluxos “aparentes” de importações e exportações em quase todos os gases, os preços médios das regiões importadoras geralmente excede em mais de 10% dos preços praticados na região exportadora mais próxima (o que associamos a diferenças de custos logísticos, tudo mais constante). Isso vale tanto para granel e para cilindros, e em todos os gases (vide abaixo, como exemplo, o oxigênio).

Preços médios Oxigênio Granel - R\$/m³

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
CO	\$ 2,81	\$ 2,15	\$ 2,19	\$ 2,10	\$ 2,03	\$ 1,78
N	\$ 5,06	\$ 4,84	\$ 4,21	\$ 4,13	\$ 4,34	\$ 4,66
NE	\$ 0,68	\$ 0,77	\$ 0,88	\$ 1,23	\$ 1,48	\$ 1,75
S	\$ 0,36	\$ 0,46	\$ 0,52	\$ 0,58	\$ 0,65	\$ 0,67
SE	\$ 0,54	\$ 0,66	\$ 0,68	\$ 0,72	\$ 0,73	\$ 0,74

(1) não inclui AGA. Fonte: Representadas.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Preços médios Oxigênio Cilindro - R\$/m³

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
CO	\$ 6,13	\$ 6,32	\$ 6,48	\$ 6,64	\$ 6,40	\$ 8,59
N	\$ 8,89	\$ 8,40	\$ 8,49	\$ 9,03	\$ 10,17	\$ 10,31
NE	\$ 6,62	\$ 7,01	\$ 7,31	\$ 7,10	\$ 7,30	\$ 10,22
S	\$ 5,38	\$ 6,11	\$ 6,09	\$ 5,79	\$ 5,79	\$ 7,72
SE	\$ 4,79	\$ 5,74	\$ 5,80	\$ 5,38	\$ 5,46	\$ 8,14

(1) não inclui AGA. Fonte: Representadas.

223. Apesar de sujeitos à interferência dos volumes de compra e características dos clientes, os dados acima sugerem uma definição de mercado no máximo regional. Tendo em vista que a segmentação precisa pouco altera a avaliação dos fatos relatados neste parecer.

224. Definimos, assim, os mercados relevantes em sua dimensão geográfica para as vendas a granel e em cilindros como as cinco grandes regiões do país, tanto para gases atmosféricos quanto para os gases de processo.

- i. Região Sul
- ii. Região Sudeste
- iii. Região Centro Oeste;
- iv. Região Norte; e
- v. Região Nordeste.

225. Esta definição será adotada tanto para os gases industriais e medicinais. Contudo, cabe destacar que uma estrutura de entrepostos de distribuição é essencial para alcançar todo o mercado dessas regiões.

III.2.b.3. Da participação de mercado das Representadas.

226. Com base nessa definição, pode-se estimar os *market shares* das representadas em cada mercado relevante. Esta análise, bem como a elaborada nos itens anteriores não é prejudicada pela ausência de resposta pela AGA ao ofício nº 5612/CGAI/DPDE, pois foi possível obter estimativas seguras apenas com base nos documentos oriundos das operações de busca e apreensão.

227. Abaixo, segregam-se as participações de mercado em cada segmento. Note-se que não foram segregados os mercados de gases industriais do mercado de gases medicinais pela

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**



inexistência de informações disponíveis para tanto. Ainda assim, vale destacar que gases hospitalares representam entre 15% e 20% da receita do setor, conforme notícias divulgadas pelo próprio mercado.

228. As participações abaixo foram estimadas com base nos dados enviados e em estimativas para as vendas da AGA oriundas de informações públicas e dos documentos apreendidos. Note-se que são aproximações estimadas por esta Secretaria e que, em vários mercados, o valor envolvido é bastante reduzido.
229. Entretanto, para os fins da análise do poder de mercado das Representadas e a conseqüente capacidade destas de provocar os efeitos negativos ao bem estar da sociedade, **é vital lembrar que estamos diante de uma investigação de cartel que abrange praticamente todas as empresas que fornecem gases industriais e medicinais no Brasil.** Isto significa dizer que, caso comprovado o cartel, estaríamos diante de um caso óbvio de prejuízo à sociedade e ao consumidor. Passemos à análise das participações:

A) Argônio - em cilindros

Participação no mercado de Argônio em Cilindro por empresa - em receita

	AGA*	AL	AP	IBG	WM
2005					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████
2004					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████
2003					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████

Fonte: Estimativas SDE.

CONFIDENCIAL

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**



H) Hidrogênio – granel

Participação no mercado de Hidrogênio em Granel por empresa - em receita

	AGA*	AL	AP	IBG	WM
2005					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████
2004					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████
2003					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████

Fonte: Estimativas SDE.

I) Dióxido de Carbono – em cilindros

Participação no mercado de Dióxido de Carbono em Cilindro por empresa - em receita

	AGA*	AL	AP	IBG	WM
2005					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████
2004					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████
2003					
CO	████	████	████	████	████
N	████	████	████	████	████
NE	████	████	████	████	████
S	████	████	████	████	████
SE	████	████	████	████	████

Fonte: Estimativas SDE.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



J) Dióxido de Carbono – em granel

Participação no mercado de Dióxido de Carbono em Granel por empresa - em receita

	AGA*	AL	AP	IBG	WM
2005					
CO	█	█	█	█	█
N	█	█	█	█	█
NE	█	█	█	█	█
S	█	█	█	█	█
SE	█	█	█	█	█
2004					
CO	█	█	█	█	█
N	█	█	█	█	█
NE	█	█	█	█	█
S	█	█	█	█	█
SE	█	█	█	█	█
2003					
CO	█	█	█	█	█
N	█	█	█	█	█
NE	█	█	█	█	█
S	█	█	█	█	█
SE	█	█	█	█	█

Fonte: Estimativas SDE.

230. Além das participações divididas por regiões, é importante apresentar também seu valor agregado. Isto porque, como se verá durante a análise das condutas infrativas, o objetivo do cartel em comento era manter a estabilidade das participações de mercado em faturamento. O que se nota das tabelas acima e da tabela agregada abaixo é que em relação à parte expressiva dos produtos e regiões as empresas foram bem sucedidas, entretanto verificam-se algumas alterações percentuais dos *shares* em ocasiões bastante específicas. Isto não desautoriza – como querem fazer crer as representadas – a conclusão de que um cartel foi detectado no mercado, na verdade se trata de comportamento previsto na literatura antitruste, qual seja, a instabilidade intrínseca de uma conduta concertada.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Participação no mercado total por empresa - em receita

	AGA*	AL	AP	IBG	WM	Total
2005						
Argônio	████	████	████	████	████	100,0%
Dióxido de Carbono	████	████	████	████	████	100,0%
Hidrogênio	████	████	████	████	████	100,0%
Nitrogênio	████	████	████	████	████	100,0%
Oxigênio	████	████	████	████	████	100,0%
Total	████	████	████	████	████	100,0%
2004						
Argônio	████	████	████	████	████	100,0%
Dióxido de Carbono	████	████	████	████	████	100,0%
Hidrogênio	████	████	████	████	████	100,0%
Nitrogênio	████	████	████	████	████	100,0%
Oxigênio	████	████	████	████	████	100,0%
Total	████	████	████	████	████	100,0%
2003						
Argônio	████	████	████	████	████	100,0%
Dióxido de Carbono	████	████	████	████	████	100,0%
Hidrogênio	████	████	████	████	████	100,0%
Nitrogênio	████	████	████	████	████	100,0%
Oxigênio	████	████	████	████	████	100,0%
Total	████	████	████	████	████	100,0%

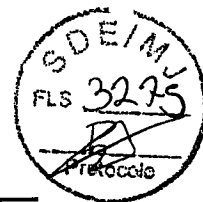
K) Mercado *on site*

231. Abaixo vemos as participações das representadas no mercado de plantas *on site*.

	AGA*	AL	AP	IBG	WM
2005					
Argônio	████	████	████	████	████
Dióxido de Carbono	████	████	████	████	████
Hidrogênio	████	████	████	████	████
Nitrogênio	████	████	████	████	████
Oxigênio	████	████	████	████	████
2004					
Argônio	████	████	████	████	████
Dióxido de Carbono	████	████	████	████	████
Hidrogênio	████	████	████	████	████
Nitrogênio	████	████	████	████	████
Oxigênio	████	████	████	████	████
2003					
Argônio	████	████	████	████	████
Dióxido de Carbono	████	████	████	████	████
Hidrogênio	████	████	████	████	████
Nitrogênio	████	████	████	████	████
Oxigênio	████	████	████	████	████

Fonte: Estimativas SDE.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



III.2.b.4. Dos fatores facilitadores de conduta colusiva.

III.2.b.4.1. Troca de informações de mercado.

232. Um dos principais fatores facilitadores de uma conduta cartelizante é a possibilidade de troca de informações entre concorrentes. Na teoria antitruste, a idéia é usualmente ligada aos casos de contatos multi-mercado entre empresas, ou seja, um conjunto de empresas que atuam em diferentes mercados relevantes e em um deles trocam informações em razão da estrutura de mercado. De acordo com MOTTA existem, inclusive, evidências empíricas de que tal modalidade de contato facilita a colusão.¹⁰
233. O tipo de troca de informações que ocorre no mercado de gases industriais e medicinais facilita ainda mais a colusão entre empresas, pois se dá não entre empresas que atuam em diversos mercados, mas apenas nesse mesmo setor. Ocorre, entre as empresas atuantes no mercado em tela, a troca de informações sensíveis, incluindo até mesmo os preços e volumes dos produtos. Esse fato é admitido pelas próprias Representadas e é conhecido no mercado como “*swap*”.
234. A Air Products, fls.468/469, afirma que existe troca limitada de informações relativas a preço. Tal troca, afirma a empresa, ocorre pelo fato de “as empresas concorrentes no mercado serem, concomitantemente, clientes e fornecedoras umas das outras”. Continua a empresa, explicando que “isso decorre das características estruturais do setor e do fato de algumas empresas não possuírem plantas geradoras de gases em algumas regiões do país, mas, por outro lado, possuírem clientes em grande parte do território nacional. Assim, para fornecer gases aos seus clientes, as fornecedoras de gases adquirem o produto de seus concorrentes que possuam plantas na respectiva região.” Ademais, a Air Products afirma ser também comum que empresa do setor utilize infra-estrutura de fornecimento montada por outra empresa, mediante troca de ativos ou outro tipo de ajuste qualquer.
235. Na defesa da AGA, fl. 782, a empresa afirma que adquire produtos de seus concorrentes onde produz menos do que aquilo que lhe é demandado e vende onde o contrário ocorre.
236. Por fim, o Representado Moacir de Almeida Netto, então gerente da divisão de gases especiais da AGA, afirma (fl. 335) que em situações nas quais o custo de transporte da planta até o cliente final é alto ou nas quais ocorre atrasos na liberação de gases importados ou paralisação da produção por motivo fortuito, o

¹⁰ MOTTA, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. p. 148

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



fornecedor adquire no mercado, mesmo de concorrentes, o gás de que necessita. Contratos de compra e venda de produto entre as Representadas são considerados comuns.

237. Em todos esses casos, resta evidente o nível de troca de informações que ocorre entre concorrentes dentro do próprio mercado de gases industriais e medicinais.

III.2.b.4.2. Barreiras à entrada no mercado.

238. São três as principais barreiras à entrada no mercado de gases: presença de altos custos irrecuperáveis e fixos; necessidade de investimento em tecnologia; e necessidade de formação de rede de distribuição capilarizada.
239. O processo produtivo de gases industriais e medicinais é realizado por meio do fracionamento do ar atmosférico liquefeito (processo puramente físico) ou mediante a utilização de processos químicos que transformem compostos químicos em gases utilizados comercialmente. Nos dois casos são necessários grandes investimentos em equipamentos. Exemplos disso são os investimentos previstos para os próximos anos da White Martins, maior empresa do setor. A empresa, de acordo com parecer da consultoria Lafis ("Gases Industriais" de 20/07/2005), inverterá R\$ 111,94 milhões na construção de duas unidades produtivas, uma com capacidade produtiva de 721 toneladas/dia de oxigênio e 710 toneladas/dia de nitrogênio e outra com produção de 976 toneladas/dia de nitrogênio (note-se que a capacidade instalada total atual da White Martins é de 12.500 toneladas/dia, ou seja o investimento acima representará acréscimo de apenas 20% na capacidade produtiva da empresa). O investimento em uma unidade de separação de ar de capacidade não anunciada custará R\$ 8,53 milhões. Todos esses investimentos serão feitos apenas na construção de fábricas e na aquisição de equipamentos.
240. As empresas que atuam nesse setor precisam não somente investir grande capital inicial na aquisição de equipamentos, mas inverter, constantemente, recursos em pesquisa e desenvolvimento. A necessidade de inversão considerável em maquinário e em pesquisa e desenvolvimento constitui outra barreira à entrada relacionada à característica da produção de gases industriais e medicinais.
241. Por fim, há barreira relacionada ao processo de distribuição de gases medicinais e industriais. No caso da comercialização *on site* é necessária a instalação de fábrica dentro do estabelecimento a ser atendido. Na distribuição a granel e na realizada por meio de cilindros, a unidade de produção de gases não pode ficar muito distante da empresa (segundo atuantes no setor, a distribuição torna-se inviável para distâncias superiores a 600 km do ponto de fabricação do produto), tendo em vista que os custos de

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



transportes perfazem parte considerável do preço final do produto. Assim, as empresas de gases precisam ter unidades de produção capilarizadas e rede de distribuição ampla, o que, em geral, é dispendioso.

III.2.b.4.3. Produto homogêneo.

242. Os produtos ofertados no mercado de gases são homogêneos. Não há distinção, por exemplo, entre oxigênio com o mesmo nível de pureza fabricado pela AGA ou pela White Martins. A homogeneidade não se refere apenas às propriedades físicas do produto, mas também à qualidade percebida pelo consumidor.
243. Tal fato é corroborado pelo parecer da Lafis, citado anteriormente, que afirma não haver diferenciação de produto no mercado de gases industriais e medicinais, razão pela qual as empresas do setor investiriam em distribuição e na qualidade do atendimento como meio de se diferenciar uma das outras. Segundo a consultoria, cada empresa de gás, entre outras coisas, é um produtor de *commodities*.
244. A mesma argumentação é empregada pela White Martins, fl. 251, que classifica os produtos negociados no mercado em tela como *commodities*, embora afirme prestar uma série de serviços que torna o conjunto dos itens por ela negociados diferenciado do rol de produtos ofertados por seus concorrentes. De maneira semelhante, a Air Liquide não nega, fl. 709, serem gases produtos homogêneos, embora afirme que são ofertados com agregação de diversos serviços.
245. A prática corrente no mercado, já mencionada, de compra de produtos de um concorrente pelo outro para posterior revenda a consumidores finais denota, ademais, que os gases ofertados pelas empresas do setor são absolutamente similares, sendo indiferente para o consumidor final sua origem.

III.2.b.5. Conclusão.

246. Diante do exposto, é possível concluir que o mercado brasileiro de gases pode ser definido da seguinte maneira.
247. Sob a óptica do produto: (i) **plantas para produção de gases industriais e medicinais on site**; (ii) **gases industriais** (a) oxigênio, (b) nitrogênio, (c) argônio, (d) hidrogênio e (e) dióxido de carbono; e (iii) **gases medicinais**: (i) oxigênio, (b) nitrogênio e (c) dióxido de carbono. Sendo que os itens "ii" e "iii" são subdivididos em granel e cilindros.
248. Na dimensão geográfica, para as plantas para produção de gases industriais e medicinais **on site** temos duas abrangências, uma

nacional para a disputa pela instalação dessas plantas e outra restrita à distância das tubulações, uma vez que a planta foi instalada (**local**). Seria uma divisão pelo aspecto temporal.

249. Já os mercados relevantes em sua dimensão geográfica para as vendas a **granel e em cilindros**, definimos como as **cinco grandes regiões do país**, tanto para gases atmosféricos quanto para os gases de processo, quais sejam: (i) região sul; (ii) região sudeste; (iii) região centro oeste; (iv) região norte; e (v) região nordeste.
250. Por fim, quanto ao poder de mercado das empresas é bastante simples observar que o conjunto das empresas ora investigadas congrega praticamente 100% de todo o fornecimento de gases industriais e medicinais em todo o país. Neste sentido, a capacidade de produção de efeitos líquidos negativos é irrefutável e, por conseguinte, um cartel formado pela Representadas teria inequívoca potencialidade de produzir os efeitos deletérios descritos no artigo 20 da Lei nº 8.884/94.

III.2.c) Caracterização da conduta ilícita.

251. Uma vez comprovado que um cartel formado pelas empresas White Martins, Air Products, Air Liquide, AGA e IBG teria a capacidade de produzir efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar da sociedade e do consumidor, passemos à caracterização da conduta praticada pelas Representadas.
252. Conforme visto acima, em 19.12.2003 a SDE recebeu uma denúncia de que as empresas White Martins, Air Products, Air Liquide e AGA formavam “um ‘poderoso’ cartel” no mercado nacional de gases industriais e medicinais. De acordo com o denunciante, o cartel teria por finalidade prejudicar a concorrência por meio da divisão de clientes e a manipulação de lances em licitações públicas. Consta da denúncia, ademais, que tais empresas dispunham de “planilhas” contendo a mencionada divisão de clientes.
253. Posteriormente, o denunciante informou que tais empresas comunicavam-se por código, qual seja, a atribuição de cores determinadas para cada uma das participantes do cartel. A White Martins seria “verde”, a Air Products seria “amarelo”, a AGA seria “vermelho” e a Air Liquide seria “azul”.
254. Tendo em vista a contundente denúncia supracitada, em 18.02.2004 foi deflagrada, por determinação do Juízo da 15ª Vara Criminal de São Paulo, uma operação de busca e apreensão nas sedes das empresas White Martins, Air Products, AGA e Air Liquide. A referida operação proporcionou a obtenção de diversos documentos que comprovam a conduta infrativa das Representadas.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



255. Neste sentido, após a análise das mais de 2700 páginas de documentos foi possível concluir que o conteúdo da denúncia era verdadeiro. Mais do que isso, verificou-se que não abarcava a totalidade e a gravidade das condutas anticoncorrenciais implementadas pelas empresas Representadas e, tampouco, a totalidade dos participantes, haja vista a presença da IBG no cartel, fato desconhecido antes da referida operação de busca e apreensão.
256. Conforme se demonstrará abaixo, esta SDE dispõe de elementos probatórios suficientes para afirmar com segurança que o referido cartel se organizava, ao menos, desde 2001 com a finalidade de:
- (i) fixar a percentagem de participação de mercado de cada uma das empresas por região do país;
 - (ii) instituir um pacto de não-agressão, no qual as empresas “respeitariam” a carteira de clientes de cada uma. Sendo que este pacto era mantido estável por meio de um sofisticado fundo de compensação denominado pelas Representadas de “Conta Corrente”;
 - (iii) manipular e fraudar tanto licitações públicas quanto concorrências privadas de hospitais e redes de hospitais por todo o Brasil;
 - (iv) dividir os revendedores de gases por “bandeiras” e fixar uma tabela de preços mínimos para estes; e
 - (v) instituir uma tabela de preços mínimos para o mercado de “homecare”.
257. As condutas resumidamente descritas acima tinham o objetivo irrefutável de “regular” de maneira privada, direta e, por óbvio, ilícita o comportamento dos agentes do cartel de modo a obter poder artificialmente monopolista sobre os preços dos produtos (preços supracompetitivos). Tal comportamento resulta – como descreve a teoria antitruste tradicional – em perdas para toda a sociedade, com a expropriação de parte da renda dos consumidores, perdas estáticas (*deadweight loss*) e dinâmicas (*rent-seeking* e ausência ou redução de inovação tecnológica, por exemplo).
258. Ademais, no caso em tela, faz-se mister lembrar que, dada a natureza dos produtos envolvidos, tais perdas terão impacto não apenas em segmentos importantes da economia, mas, sobretudo, na saúde de todos os milhares de brasileiros que anualmente recorrem aos hospitais públicos e privados, bem como a serviços de *homecare* para se tratarem de enfermidades.
259. As condutas acima relacionadas estão intimamente interconectadas, entretanto, por motivos metodológicos e para a melhor compreensão do funcionamento desse cartel, optou-se por abordar separadamente cada aspecto do acordo entre as Representadas, ilustrando o que se pretende demonstrar com

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



alguns dos documentos apreendidos por meio das operações de busca e apreensão realizadas. Vejamos então.

III.2.c.1. A fixação de percentagens de participação de mercado.

260. Um dos principais objetivos do cartel era o de fixar os percentuais de participação de mercado de cada uma das empresas fornecedoras de gases, sejam industriais ou medicinais, por regiões do país. Existem nos autos inúmeros documentos com referência à estabilidade das participações e, conseqüentemente, dos faturamentos das empresas. Um desses documentos foi obtido na sede da Representada AGA e demonstra claramente que as empresas se reuniam e discutiam quais deveriam ser as fatias de mercado a elas destinadas.

B1) Conversion CO2 to Mixtures consider it a new business and include it in the account FENE AL)

Obs: Two account separated OL MI

Obs: IBG out of the account OL AA

Obs: Market Share proposal by AGA

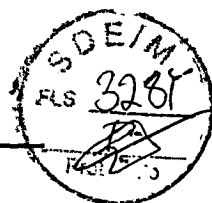
NÃO
WM 35%
AGA 25%
AL 25%
AP 15%

Definidas
Por
Ponto

(fls. 126 dos autos principais, documento apreendido na AGA)

261. Por meio da análise do documento transcrito acima é possível observar que a "proposta de *market share*" da AGA, além de definir a fatia de mercado destinada a cada empresa, também determinava que tal definição deveria ocorrer de maneira regional e não nacional.
262. Essa conclusão é corroborada pelo documento constante das fls. 117 dos autos principais do presente processo. Neste documento a Representada AGA ainda afirma peremptoriamente que "A conta corrente deverá ser regional e **cada região decidira** [sic] **o percentual de participação de cada empresa.**"
263. Outros documentos encontrados na AGA denotam que os percentuais eram acompanhados minuciosamente pelas empresas para que não houvesse comportamento desviante. Demonstram também a aplicação da repartição regional do cartel, vejamos:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



DIAZITO		NOITE	AMES	92
HGE				
WIM	60%		50%	
AL	30%		15%	
AP	7%		5%	
ARIA	3%	- 8/16	30%	
	NO	- *		
1270				

(fls. 141 do Apartado Documentos Apreendidos na AGA volume III Moacyr de Almeida)

264. Não bastasse a existência das provas obtidas na AGA, foram encontradas também na Air Products evidências que reforçam as conclusões acima descritas. O documento abaixo demonstra nitidamente a negociação que ocorreu em reunião entre as empresas para consolidar suas "posições" no que tange ao acordo.

WIM - 22 PACKAGE
 27 LIQ BULK
 38 CO₂

28%

26%

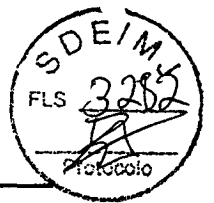
AGA - 25% SEM POSIÇÃO DEFINIDA
 BLD - 28% LIQ
 30% PACKAGE
~~39.8% TODOS OS GASES BULK~~

MESSER - 18% E BDC - SEM DEFINIÇÃO

(fls. 124 do Apartado Documentos Apreendidos na Air Products - Vitor Peres II)

265. Neste diapasão, um dos principais argumentos de defesa apresentados pelas Representadas trata da suposta ausência de racionalidade econômica de um cartel no qual uma das empresas

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



é líder de mercado, *in casu* a White Martins, e as demais participantes deteriam percentuais diferentes de *market share*.

266. Em primeiro lugar, o argumento acima é conhecido na teoria como **um dentre vários fatores** que facilitam a colusão entre empresas. De acordo com MOTTA, a análise de cartéis na teoria econômica moderna se baseia nas restrições aos incentivos para a colusão: cada firma compara o ganho imediato do desvio da conduta cartelizante com a perda futura quando os outros participantes reagirem. Apenas se o segundo for maior que o primeiro a empresa escolherá a conduta colusiva.¹¹
267. Ainda de acordo com o referido autor, as principais razões para se analisar as práticas facilitadoras são (i) para que a Autoridade Antitruste possa intervir e corrigir esses fatores; e (ii) principalmente nas análises de fusões e aquisições, para que a Autoridade possa observar se as condições de um mercado são propícias ou não à colusão.
268. Como é possível observar, a finalidade da análise dos fatores que facilitam a colusão é a de possibilitar à Autoridade uma maneira mais eficiente de detectar possíveis nichos de condutas infrativas. A ausência, portanto, de apenas um dos possíveis fatores facilitadores para a prática, como o próprio nome indica, não afasta a possibilidade da existência de um cartel no mercado brasileiro de gases industriais e medicinais, até mesmo porque, como visto acima, existem diversos outros fatores facilitadores neste mercado.
269. Além da digressão teórica, é importante destacar que a própria IBG, quando de sua análise da proposta de acordo encaminhada por e-mail à Walter Pilão da Air Liquide em 2003 (fls. 93/96 dos autos principais), abordou o tema da aparente assimetria entre as empresas e, mesmo assim, achou conveniente aderir ao cartel, *in verbis*:

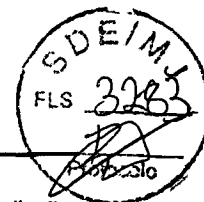
Analizamos o documento proposto e temos algumas considerações a fazer:

1. Isto significa um "engessamento" completo do mercado que logicamente irá favorecer aos detentores da maior participação de mercado.
2. Não vemos nenhum problema em aderir ao proposto com algumas ressalvas que faremos abaixo:

(fls. 94 dos autos principais)

270. O "engessamento" a que se refere a IBG em seus comentários é referente ao fato de que as regras do cartel estabelecem que haveria um "respeito total" às posições de fornecimento de todas as modalidades de clientes de gases. Esse fato, de acordo com a IBG, favoreceria as empresas detentoras de maior participação de

¹¹ MOTTA, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. p. 142.



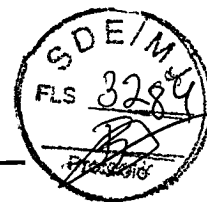
mercado. Entretanto, mesmo diante disso a IBG afirma “**não vemos nenhum problema em aderir ao proposto [...]**”.

271. Assim, resta configurado o primeiro aspecto do cartel e, portanto, necessário se faz passar ao exame do segundo, qual seja, o pacto de não-agressão.

III.2.c.2. O pacto de não-agressão: as “Golden Rules”.

272. Outra faceta do cartel era o estabelecimento de um pacto de não-agressão por meio do qual as carteiras de clientes, tanto industriais como medicinais, eram mantidas intactas. Tal fato vai diretamente ao encontro do aspecto relativo à estabilidade das posições de mercado das empresas, pois é evidente que para que se mantivessem estáveis os *market shares* não poderia haver disputa por clientes.
273. A evidência mais contundente da existência do referido pacto foi encontrada não apenas em uma das empresas Representadas, mas em três delas. Trata-se de um documento com diversas regras de atuação que foi, na versão encontrada na AGA, denominado de “Golden Rules II”.
274. Além de ter sido encontrado impresso na empresa AGA, a versão encontrada na Air Liquide era um e-mail impresso no qual o Representado Walter Pilão (Air Liquide) encaminhou ao Representado Newton de Oliveira (IBG) uma versão do documento. Em resposta – também obtida impressa na operação de busca e apreensão – o Representado Newton de Oliveira encaminhava o documento anexado com os comentários de sua empresa ao acordo proposto.
275. A versão encontrada na Representada Air Products, por sua vez, é importante em comparação com a versão encontrada na Air Liquide, pois o e-mail encontrado impresso na sala do Representado Walter Pilão datava do dia **09.04.2003**, enquanto às fls. 101 dos autos principais temos os comentários da Air Products ao documento, com data de **08.04.2003**. Esse fato demonstra que as empresas estavam em constante contato para negociar os termos do acordo.
276. Para que não parem dúvidas a respeito do conteúdo do documento em questão, a CGAI houve por bem digitalizar seu inteiro teor e apresentá-lo na presente nota técnica. Entretanto, para fins didáticos apresentar-se-á uma breve síntese dos seus principais termos.
277. As “regras de ouro” do cartel têm uma premissa básica, qual seja, “o respeito absoluto as [sic] atuais posições de fornecimento em clientes privados e públicos para todos os negócios (industrial, medicinal, *homecare* e gases especiais).” Como se a regra descrita

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



não fosse clara o suficiente, o cartel houve por bem detalhá-la da seguinte forma:

- (i) respeitar o fornecedor atual;
- (ii) não pode haver perda de faturamento;
- (iii) em caso de aumento de consumo do cliente, o fornecedor permanece;
- (iv) mesmo se o cliente mudar de endereço ou razão social permanece o fornecedor atual;
- (v) se o cliente mudar da forma líquida para a gasosa, ou vice-versa, permanece o fornecedor atual; e
- (vi) hospitais – respeito total, seja líquido ou gasoso.

278. Como dito anteriormente, o cartel em questão é extremamente sofisticado e por esta razão também previu em suas regras a maneira como as empresas deveriam se portar diante de oportunidades de novos negócios. Nesse caso o acordo determinava que novas oportunidades em clientes existentes (em equipamento diferente do atual, novo processo ou outro gás) seriam inseridas na conta corrente com preferência para o fornecedor atual.
279. Já no caso de fornecimento de gás *on-site* e de “grandes negócios” em geral (de acordo com a versão da AGA, fls. 119 dos autos principais, clientes com valores superiores a R\$ 1 milhão) a negociação deveria ocorrer “caso-a-caso”.
280. A abrangência das regras é impressionante, pois trata de quase todos os setores do mercado de gases industriais e medicinais no Brasil. A dimensão do cartel é tamanha que as empresas estipularam, inclusive, regras para aqueles casos em que o mercado seria “disputável”. Isso ocorreria apenas (i) em equipamentos medicinais que não significassem perdas no fornecimento do fornecedor atual, excluindo dessa exceção o mercado de *homecare*; e (ii) no mercado *packaged* (fornecimento por cilindros) naqueles clientes com consumo inferior a 50 m³, no caso de novos gases ou novos processos em clientes existentes e ainda novos clientes ou novas plantas em clientes existentes. **Tais exceções ao funcionamento usual do cartel, negociadas entre seus os participantes, podem explicar algumas alterações pontuais nas parcelas de mercado detidas pelas empresas, observadas nas tabelas de participação de mercado acima.**

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



281. Vistas as regras de maneira sintética, passemos ao exame do inteiro teor (a versão transcrita contém os comentários da IBG):

A) Respeito absoluto as atuais noções de (fornecimento) em Clientes Privados e Públicos para todos os negócios (industrial, Medicinal, Home Care e Gases Especiais) independente de documentação.

OK

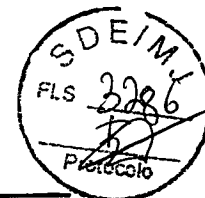
- Respeitar o fornecedor atual / não pode ocorrer perda de faturamento.

OK

- Aumento de Consumo decorrente do aumento do número de equipamentos desde que iguais aos existentes, mesmo processo, mesmo gás, permanece fornecedor atual.

OK

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- Mudança de endereço e/ou razão social de cliente existente, permanece fornecedor atual
OK
- Transformação de gás para líquido ou líquido para gás, permanece fornecedor atual.
OK
- Hospitais » respeito por site total gases / líquido
OK

B) Novos negócios

- Novas oportunidade em Clientes existentes (em equipamento diferente do atual, novo processo e outro gás) - conta corrente com preferência para o fornecedor atual.
- Em novo cliente ou novo Site de cliente existente - Idem anterior.
- Equipamentos medicinais (excluindo Home Care) que não significarem perdas no fornecimento de gás do fornecedor atual disputável.
- Home care: Seguir tabela de preço mínimo
- Nenhum fabricante atender back up PSA (Líquido ou gás)
- Novo negócio no mesmo processo e/ou mesmo gás em cliente existente permanece fornecedor atual

Novas oportunidades/clientes novos e existentes, estabelecer uma conta corrente e parte do solicitado acima pela IBG poderá ser pago com clientes novos (desde que ocorra no período de 120 dias)

OK, levar em consideração que existem clientes com política de ter 2 fornecedores, neste caso deverá entrar na conta corrente.

C) Mercado Packaged

Não deveria haver limite para a disputa do mercado de packaged, ou seja, respeito absoluto dos clientes independente do segmento e novos negócios vão para a conta corrente, isto evitaria "espertezas".

- Idem letra A para volumes acima de 50m³ / kg / mês
- « 50 M3 /Kg - disputa livre, respeitando os investimento de cada fornecedor (cils, etc.)
- Novos Negócios:
 - Em clientes existentes, mesmo processo e/ou mesmo gás permanece fornecedor atual.
 - Novo processo e/ou novo gás em clientes existentes, disputável

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- Novo Cliente e/ou novo Site disputável
- Definir bandeiras para revendedores (exclusividade), ATRAVÉS DE UMA DIVISÃO EQUITATIVA.
- Clientes de revendedores com bandeira, seguem a mesma regra
- Definir tabela de preços E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO, FRETE, ETC. PARA EVITAR "ESPERTEZA" para revendedores por região.

D) Independentes e Revendedores com Líquido

- Proibido venda de qualquer tipo de gases (líquido / gasoso)
OK
 - Multa Ex-MG R\$ 2.000.000,00 (proporcionalizar entre as partes).
OK. Desde que a proporcionalidade leve em consideração os níveis de faturamento de cada empresa, sugerimos que seja considerado neste cálculo a receita aferida nas vendas.
- Vendas ALB - K R\$ 400.000,00 / mês = 5.000.000 / ano (proporc.)
- Proibido novas filiais virtuais além das relacionadas abaixo:
Oximil (AP), Veiga (AP), Dismafe (AGA).

Obs.: Prazo para independentes - Imediato

Prazo para vendas com líquido - 60 dias

Deveria ser estudado também ao invés da interrupção do fornecimento reajustar os preços dos mesmos a um nível que não consigam colocar o produto no mercado, isto evitaria o pagamento da multa e possível ação no CADE. O fornecedor do líquido para estes casos ficariam responsáveis pelas ações do mesmos no mercado.

E) Grandes Projetos: Negociação (Equipamentos produção gás - *On Site*) com exceção a membrana.

CONTA CORRENTE COM DIREITO A FIRST-REFUSED.

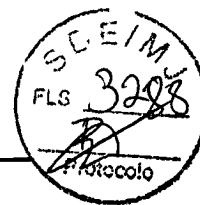
282. Não resta dúvida, diante do exposto, que o acordo firmado entre as empresas abarcava um complexo número de regras criadas com a finalidade de manter as participações de mercado estáveis, a carteira de clientes intacta e, conseqüentemente, o faturamento das empresas constante.

III.2.c.3. A "Conta Corrente".

283. Apesar de as "regras de ouro" acima regularem uma ampla gama de comportamentos das empresas, a teoria concorrencial tradicional admite que são grandes os incentivos de tais agentes para condutas que desviam das regras do cartel, com a finalidade de obter um ganho financeiro ainda maior¹². Neste sentido, para

¹² MOTTA, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. p. 139

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**



que um cartel funcione da maneira planejada é preciso haver monitoramento do comportamento das empresas e um sistema de punição eficiente.

284. Isto também explica a razão pela qual as tabelas de participação de mercado demonstram que em relação à parte expressiva dos produtos e regiões os *shares* se mantiveram estáveis, mas algumas alterações percentuais pequenas ocorreram em ocasiões muito específicas. Repise-se, isto não desautoriza – como querem fazer crer as representadas – a conclusão de que um cartel foi detectado no mercado, na verdade se trata de comportamento previsto na literatura antitruste, qual seja, a instabilidade intrínseca de uma conduta concertada.
285. Voltemos ao sistema de monitoramento. A esse respeito, cumpre ressaltar, em primeiro lugar, que os funcionários de cada empresa se encarregavam de observar o mercado e informar aos seus superiores, no caso do documento transcrito abaixo o Representado Vitor Peres (Air Products), sobre as “ações” das concorrentes.

AÇÕES DA WM (SUL)					
CLIENTE	AÇÃO	R\$ mês	TIPO	FILIAL	OBSERVAÇÃO
Tomoclínica	Perda Cliente	R\$ 6.250,00	MRI	Sapucaia	Por 4 vezes consecutivas houve um compromisso formal de que cada seria feita (Participação garantida).
Serdil	Perda Cliente	R\$ 5.000,00	MRI	Sapucaia	Por 4 vezes consecutivas, houve um compromisso formal de que cada seria feita (Participação garantida).

286. Além disso, havia reuniões freqüentes entre os membros do cartel com a finalidade de monitorar as atividades de cada empresa. Por oportuno, destaque-se que a denúncia recebida pela SDE em 19.12.2003 dava conta, entre outros, de uma reunião realizada naquele mês na cidade de Recife/PE com essa finalidade, *in verbis*:

“A forma de atuação do referido cartel se dá por meio de reuniões em hotéis (a reserva da sala de reuniões é feita no nome de apenas uma pessoa e/ou empresa), mormente realizadas na cidade de Jundiá, São Paulo, sendo que, no início do corrente mês, tais empresas se reuniram na cidade de Recife, com a finalidade de monitorar as atividades do cartel. Participaram dessa reunião os Srs. Vitor Peres, Gilberto Galo, Moacir, Hélio Rosa, juntamente com o pessoal da White Martins do Nordeste.” (fls. 02/03)

287. Mais uma vez existem elementos nos autos que comprovam o alegado pelo denunciante. Neste caso, foi obtido na sala do Representado Gilberto Gallo (Air Products) um relato de uma

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



reunião havida justamente em Recife/PE no fim do mês de novembro. Apenas para fins ilustrativos, a CGAI trouxe abaixo alguns trechos do documento de fls. 04 do Apartado Documentos Apreendidos na Air Products - Gilberto Gallo:

28/11 - Todos - Recife

- Di. Ramalho / H. L. / M. A. / G. A. / A. S. / O. E. / V. B. / G. B.

• CDA - NAs mãos de um AGA.

• NIGRON

- Justificar sobre MATÉRIAS - com a CL. referente ao consumo "AGA" "URONTO"

- OS clones que ficam no mercado não tem um preço de tabela

- Listar todas as vendas para serem Bandeadas

- Listar os divididos e serem acordados em negociação

- ~~negociar~~ ^{Listar} os que não vamos fornecer.

ALAGOAS, POR NAMBUCO e PARAIBA	PREÇO 760x 3,00
RIO GRANDE NORTE CARRA	GOX - 4,66 GAC 12,00
B	GAC - 12,00 GAC/MIS 10,30
	NZ 6,00 NZ - 5,60
	LOC 5,00 LOC - 5,00

→ um

- CDA - AGA PARA SE FORNECER P/ CDA
PARALIZAÇÃO DE LOC PELA UN. P/ CDA

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



PROXIMA REUNIÃO DIA 17/12

Organização da ALB

288. É importante verificar - além do fato do documento trazer anotações sobre (i) acompanhamento de "perde e ganha" de clientes; (ii) a divisão de revendedores por "bandeiras"; (iii) recusa de venda; e (iv) fixação de preços para a região nordeste do país - que a reunião seguinte seria realizada em aproximadamente 15 (quinze) dias e seria organizada pela Air Liquide. Isto demonstra a freqüência em que se reuniam os Representados e que suas reuniões se davam em locais variados.
289. Uma vez detectado o desvio entrava em cena a "Conta Corrente", pois sua função primordial era a de funcionar como um "fundo de compensação" para o ressarcimento dos "agredidos".
290. De acordo com o apurado pela SDE por meio dos documentos constantes dos autos, a "conta corrente" funcionava da seguinte maneira: após a detecção do comportamento desviante, o "agredido" e o "agressor" se reuniam para negociar o repasse de clientes de maneira a compensar a perda de faturamento da empresa agredida. Não havia necessidade de que o cliente utilizado para "ressarcimento" fosse consumidor do mesmo produto do cliente "invadido" ou até mesmo que tivesse o mesmo nível de consumo, importava apenas que o faturamento (em valores monetários) do "agredido" voltasse ao *status quo*.
291. Esta SDE também teve acesso a documentos que comprovam de maneira cabal essa estratégia dos Representados. Observe-se, em primeiro lugar, um documento obtido na Representada Air Products:

Conta: Air Liquide

Ganhanas

Cliente	Filial	Produto	Consumo	Preço	Valor Total
Fomec	Belo Horizonte	LOX	8.000	1.1483	R\$ 9.186,40
Açomar	Belo Horizonte	LOX	800	2,5	R\$ 2.000,00
Flexaco	Belo Horizonte	LOX	4000	1,8	R\$ 7.200,00
CEI	Belo Horizonte	LOX	2500	1,7703	R\$ 4.425,75
Ikads	Marília	LOX	800	2,5709	R\$ 2.056,72
Londrina (Canc N2O)	Marília	Gásoso			R\$ 8.828,50
CTI - Penha	Rio de Janeiro	Lox/Gas			R\$ 5.000,00
Alcoa	matriz	dx			R\$ 5.000,00
Frensas Jundiaí	Matriz	Lox/Gas			R\$ 9.500,00
Total					R\$ 61.232,32

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**



Perdemos

Cliente	Filial	Produto	Consumo	Preço	Valor Total
HC - Curitiba	Curitiba	LOX			R\$ 40.320,00
Cerpo	Matriz	GE			R\$ 4.000,00
Darstell	Curitiba	Gasoso			R\$ 1.500,00
Metal Tamar	Curitiba	Gasoso			R\$ 1.000,00
Pref Rio Janeiro (Angras/Apanama/Agua)	Rio de Janeiro	LOX			R\$ 80.000,00
Hospital Paulo Sacramento	Jundiaí	LO+GAS			R\$ 60.242,70
Total:					R\$ 170.162,70

(fls.106 dos autos principais)

292. Trata-se de uma lista de clientes, tanto industriais quanto medicinais de várias regiões do país, com o seu respectivo produto adquirido, volume e faturamento. Interessante notar, ademais, que se tratam de clientes que a Air Products "ganhou" e "perdeu" para a Air Liquide.

293. O documento acima deve ser examinado em contraste com um documento obtido na sede da Representada Air Liquide:

Conta: Air Liquide

Ganhamos

Cliente	Filial	Produto	Consumo	Preço	Valor Total
Fornac ✓	Belo Horizonte	LOX	8.000	1,1483	R\$ 9.186,40
Acomar ✓	Belo Horizonte	LOX	800	2,5	R\$ 2.000,00
Floçoço ✓	Belo Horizonte	LOX	4000	1,8	R\$ 7.200,00
CEI ✓	Belo Horizonte	LOX	2500	1,7703	R\$ 4.425,75
frade ✓	Marília	LOX	800	2,8709	R\$ 2.296,72
Londrina (Conc. N2O) ✓	Marília	Gasoso			R\$ 6.628,50
CTI - Penha ✓	Rio de Janeiro	Lox/Gas			R\$ 5.000,00
Alcoa ✓	matriz	div			R\$ 5.000,00
Pransas Jundiaí ✓	Matriz	Lox/Gas			R\$ 9.500,00
Total:					R\$ 51.227,37

foz BRASIL

santa LN

27000,00

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**

Perdemos

Cliente	Filial	Produto	Consumo	Preço	Valor Total
YIC - Curitiba	Curitiba	LOX	-		R\$ 40.320,00
Corpo	Matriz	GE	-		R\$ 4.000,00
Instal	Curitiba	Gasoso	-		R\$ 1.500,00
Hotel Terapi	Curitiba	Gasoso	-		R\$ 1.000,00
Prof. Rio Janeiro 11.000.000 (Apostila de exames)	Rio de Janeiro	LOX	-		R\$ 60.000,00
Hospital Paulo Sacramento (AUTORIZADA)	Jundiaí	LO+GAS	-		R\$ 69.342,79
Total:					R\$ 176.162,79



HOSPITAL SANTOS
PREVISUAL
FAMILIAR PAULO DA SILVA

(fls. 18 do Apartado Documentos Apreendidos na Air Liquide – Walter Pilão III)

294. É inegável que se trata da mesma planilha de “Perdas e Ganhos” da Air Products, entretanto com uma diferença crucial: o documento apreendido na Air Liquide contém os comentários do Representado Walter Pilão relativos à reunião havida com o representante da Air Products.
295. Os comentários da IBG ao documento “Golden Rules II” é mais uma das provas da utilização do sistema da “conta corrente” para compensação por quebra do acordo:

2.3 Existem ainda os seguintes casos pendentes com alguns “invasores” que por questão de credibilidade, atitude e postura fazemos questão de que os “invasores” saiam destes clientes ou compensem com outras contas:

CLIENTES	INVASOR
Hospital SP I	AGA
HSP II (Vila Maria)	AGA
Leão XIII	AGA
Hosp. Julia Kubtschek	A.P

296. Tendo sido compreendido o funcionamento do sistema de monitoramento, detecção e punição do cartel, é possível rechaçar a alegação de defesa da Representada Air Products de que não haveria cartel no mercado de gases industriais e medicinais em razão da constante “troca de clientes”. O argumento não tem sustentação por um simples motivo, a referida “troca de clientes” realmente existia, entretanto cumpria a função de compensar eventuais “invasões”.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



III.2.c.4. A manipulação de lances.

297. No caso em tela, a manipulação de lances em licitações ou concorrências privadas é uma conduta que reflete a já apresentada “regra de ouro” de respeitar a carteira de clientes, ou seja, faz parte do esquema colusivo mais abrangente. Verifica-se tratar de um reflexo da regra geral do cartel, em que o principal alvo é o Poder Público – Federal, Estadual e Municipal – e, em especial, os hospitais e redes de hospitais de todo o Brasil.
298. A manipulação de lances – também conhecida por *bid-rigging* – ocorre quando concorrentes se acertam previamente para determinar o vencedor de um certame. Isto pode se dar, basicamente, de três maneiras (i) *bid-supression*; (ii) *cover bidding*; e (iii) *bid rotation*. A primeira delas ocorre quando um ou vários concorrentes deixam de apresentar propostas ou lances com o objetivo de permitir à empresa destinada a ganhar o projeto praticar os preços que bem entender.
299. No caso do *cover bidding*, todas as concorrentes participam da licitação, entretanto acertam previamente os valores dos lances de cada uma de maneira a permitir àquela empresa destinada a vencer o certame praticar o preço supracompetitivo.
300. Por fim, pode haver manipulação de licitações e concorrências por meio da rotação de vencedores a cada oportunidade que a empresa ou Órgão licitante abre uma concorrência. Cumpre destacar que as modalidades acima não esgotam as possibilidades de fraude à licitação, podendo ocorrer condutas que (i) tomam emprestados aspectos de cada uma das categorias acima; e (ii) são categorias à parte, como o caso da divisão entre concorrentes de partes de um mesmo projeto.
301. Diante dos dados constantes dos autos, foi possível apurar que as empresas se utilizavam de, no mínimo, uma das estratégias de fraude à licitação acima descrita, qual seja, o *bid supression*.
302. Conforme demonstra o documento obtido com o Representado Gilberto Gallo (Air Products), as empresas cartelizadas têm conhecimento da carteira de clientes umas das outras e com esta informação podem deixar de apresentar propostas em licitações para, assim, favorecer a empresa designada para o cliente.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



Enviado em: TANABE, IRINEU TOSHIO
Data: terça-feira, 24 de setembro de 2002 09:43
Para: CARVALHO, CAMILA ZUQUETTO; COLEPICCOLO, RONALDO
GALLO, GILBERTO
Assunto: RES: LICIT-SABESP -BAIXADA



Uma vez que a Sabesp nos envia esta Licitação, cujo fornecimento é da WM com geradora de O2 e tanque para back-up. Portanto devemos declinar.

Atenciosamente,

----- Mensagem original -----

Enviado em: CARVALHO, CAMILA ZUQUETTO
Data: Monday, September 23, 2002 3:44 PM
Para: COLEPICCOLO, RONALDO
GALLO, GILBERTO; TANABE, IRINEU TOSHIO
Assunto: LICIT-SABESP -BAIXADA

RONALDO,

GILBERTO GALLO DISSE-ME QUE VC JÁ ESTÁ CIENTE SOBRE A LICIT-SABESP -BAIXADA SANTISTA

ENTÃO IREMOS COTAR .

PEÇO, POR FAVOR, PARA ME CONFIRMAR PARA EU FINALIZAR O PROCESSO.

AGRADEÇO MUITO.

CAMILA

(fls. 207 do Apartado Documentos Apreendidos na Air Products – Gilberto Gallo II)

303. Por derradeiro, cumpre ressaltar que apesar da prova acima tratar de um cliente industrial – a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – os autos do processo em tela estão repletos de menções às “invasões” de clientes referentes ao mercado de gases medicinais. Apenas para citar alguns (i) Hospital Samaritano de Sorocaba/SP; (ii) Sta Casa Bragança/SP; (iii) Hospital Sorocaba/SP; (iv) Hospital Clínicas de Belo Horizonte/MG; (v) Casa de Saúde Santa Maria – RJ; (vi) Hospital SP I; HSP II (Vila Maria); (vii) Hospital Julia Kubitschek - MG; (viii) Hospital do Coração Rio Preto/SP; (ix) Hospital São João de Deus – MG; (x) Hospital Modelo de Sorocaba/SP; (xi) Hospital São Lucas - RJ; e (xii) Hospital das Clínicas de São Paulo/SP.

III.2.c.5. A definição de bandeiras para revendedores e a tabela de preços.

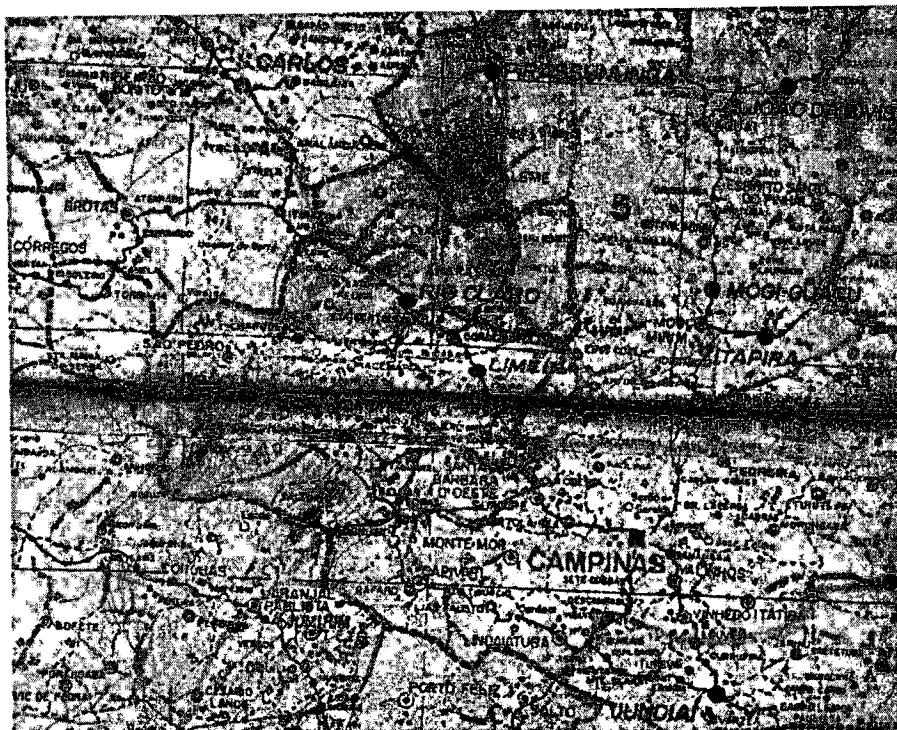
304. Mais uma das frentes em que o cartel atuava era a de revenda de gás. O acordo estabelecido entre White Martins, Air Products, AGA, Air Liquide e IBG tratava da divisão de revendedores de gases industriais e medicinais por “bandeiras” e a posterior implementação de uma tabela de preços mínimos a ser aplicada por esses distribuidores do produto.
305. Ademais, a denúncia de 19.12.2003 dava conta de um código de cores utilizado pelas empresas. O que foi apurado ao se examinar os autos do processo é que tais cores estavam relacionadas, entre outros, à “bandeira” do revendedor, por exemplo, um revendedor verde seria exclusivo da White Martins e sendo assim a tabela poderia ser praticada sem qualquer interferência por arbitragem de preços com concorrentes.
306. Uma vez mais um trecho do documento “Golden Rules II” foi determinante para que a Autoridade chegasse à conclusão acima, vejamos:

C) Cylinders Business.

- C.6) Establish flags to the distributors with total exclusivity: ^m
- ~~C.7) Customers of distributors with flags should follow the golden rules.~~ 011
- ~~C.8) Create a regional minimum price list to distributors.~~ and market appia. 1689.1505
- C.9) It is definitively forbidden... (fls. 120 dos autos principais)

307. Não bastasse a definição expressa das “Golden Rules II”, foi encontrado na empresa White Martins um mapa do estado de São Paulo no qual diversas regiões se encontram divididas exatamente nas cores constantes da denúncia (White Martins-verde; Air Products-amarelo; AGA-vermelho e Air Liquide-azul). Apenas a título exemplificativo vejamos uma parte do mapa:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



[Apartado Documentos Apreendidos – WM – Armário Carina]

308. Além do mapa da White Martins, encontram-se nos autos documentos obtidos na Representada AGA que também denotam a utilização do código de cores:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



ANAIS NÃO pode haver perda de Receita - por Aj. DE OUTRA EMPRESA.

Vermelho	104	-93	20% + 13%
Amarelo	118	93	20% 27%
Azul	94	93	20% 1%
Vendi	186	148	20% -20%
Branca	5304	0	
TOTAL	470	207	

(fls. 127 do Apartado Documentos Apreendidos na AGA – Moacyr Almeida – volume III)

309. Diante do exposto e tendo em vista que restou comprovada a divisão “equitativa”, por parte do cartel, dos revendedores de seus produtos, torna-se necessário descrever o comportamento do cartel em respeito aos distribuidores independentes.

III.2.c.6. A recusa de venda para distribuidores independentes.

310. O último dos aspectos do cartel apurados pela SDE e talvez o mais direto deles é o tratamento dispensado aos distribuidores independentes de gases. Essas empresas – que poderiam se tornar um elemento de pressão sobre a atuação do cartel – simplesmente não recebiam gases industriais ou medicinais em razão de expressa proibição do acordo “Golden Rules IP”.

C.9) It is definitively forbidden supply any type of gas to :

C.9.1) Independent gas companies

C.9.2) Distributors which has a liquid resources (CDA, Lara etc...)

C.9.3) Independent with Plant.

(fls. 120 dos autos principais)

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



311. Tais comportamentos – definidos na doutrina como condutas coletivas exclusionárias – têm por objetivo principal prejudicar agentes econômicos não integrantes do cartel, reduzindo seus fluxos de renda para cooptá-los, coagi-los a se adequar às regras impostas ou simplesmente alijá-los do mercado¹³. Essas estratégias são eficientes como complemento para tornar a colusão direta sobre preços, a divisão de mercado e de clientes mais lucrativa.

III.2.c.7. Os participantes do cartel.

III.c.7.1. As empresas.

312. Pelo exposto e de acordo com o conjunto probatório constante dos autos do presente processo administrativo, é possível concluir que as empresas que participaram do cartel investigado foram (i) White Martins; (ii) Air Products; (iii) AGA; (iv) Air Liquide e (v) IBG. São inúmeras as evidências que corroboram tal assertiva, entretanto a presente seção será destinada a reforçar tais argumentos e ainda abordar a questão relativa à participação da IBG.

Antes, contudo, de examinar a extensão da participação da IBG é necessário destacar que, como visto anteriormente, esta SDE solicitou à Advocacia Geral da União os préstimos de requerer ao Poder Judiciário a realização de outra busca e apreensão nas dependências da White Martins. A operação de busca e apreensão foi realizada no dia [redacted] e foram apreendidos [redacted]

[redacted], conforme consta do auto de apreensão e depósito [redacted]

314. Dentre tais documentos – lembrando-se que esta SDE dispensou a utilização de parte deles e aqueles que formam a convicção da Autoridade no tocante à White Martins foram devidamente disponibilizados à referida Representada – existem dados que corroboram a participação da empresa em questão. Um deles merece destaque, pois é relativo a anteriormente mencionada “conta corrente”.

¹³ GICO, Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. p.445.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



DOCUMENTO CONFIDENCIAL APREENDIDO NA 2ª BUSCA E
APREENSÃO NA WM

(Apartado "Documentos da sala da Sra. Carina Fernandes I") [REDACTED]

315. Já no que tange à participação da IBG no cartel, foi possível apurar que a Representada em questão aderiu ao acordo em momento posterior à formação do grupo principal, constituído pela White Martins, Air Products, AGA e Air Liquide e denominado "group 4" (fls. 123 dos autos principais).
316. Isto porque, o e-mail encaminhado pelo Representado Newton de Oliveira ao Representado Walter Pilão em 09.04.2003 mostra claramente o momento da adesão da Representada IBG ao esquema montado pelas demais empresas.
317. Nem se diga que o e-mail em questão é "[...] de origem ignorada, [e] não pode ser usado como prova para abertura de processo administrativo [...]". A representada IBG e o representado Newton de Oliveira afirmam, neste sentido, que "[...] é [...] juridicamente descabido uso pela SDE/MJ de uma cópia impressa de e-mail como documento com força probatória para legitimar Representação contra esses dois mencionados Representados."
318. O que os representados tentam fazer, na verdade, é confundir a realidade. O e-mail apreendido não é um documento eletrônico, mas um documento físico, **pois foi obtido impresso na mesa do representado Walter Pilão, executivo que trabalha para a Air Liquide, "concorrente" da IBG!**
319. Inclusive a doutrina citada na peça dos representados encontra-se fora de contexto e por esta razão é importante trazer as definições de documentos eletrônicos e físicos elaboradas por Gandini, Salomão e Jacob no texto "A validade jurídica dos documentos digitais" e por Marcacini no texto "O documento eletrônico como meio de prova".

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



320. Gandini, Salomão e Jacob definem documento eletrônico da seguinte forma:

“Podemos conceituar o documento eletrônico como sendo o que se encontra memorizado em forma digital, não perceptível para os seres humanos senão mediante intermediação de um computador. Nada mais é do que uma seqüência de bits que, por meio de um programa computacional, mostrar-nos-á um fato.”

321. Na mesma linha, Marcacini assim descreve documentos eletrônicos:

“O documento físico consiste em algum meio tangível, onde a informação está inscrita, normalmente o papel. [...] O documento eletrônico é a seqüência de bits e, onde quer que esteja gravado, em qualquer quantidade de cópias, mas desde que seja reproduzido exatamente a *mesma seqüência*, teremos sempre o mesmo documento.”

322. Ora, quando Gandini, Salomão e Jacob afirmam que “[n]o Direito Brasileiro, é pacífico o entendimento de que os documentos eletrônicos, por conta de sua volatilidade, alterabilidade e fácil falsificação, violam os elementos da segurança e certeza, que, a priori, são o fulcro de toda ponderação sobre a aceitação ou rejeição de uma prova em processo administrativo ou judicial.”, estão claramente falando de uma espécie de documento (documento eletrônico) diferente daquele apreendido na mesa de Walter Pilão (documento físico). A citação de Marcacini segue o mesmo raciocínio.
323. Logo, não há que se falar em imprestabilidade da prova no caso em tela.

III.2.c.7.2. As pessoas físicas.

324. Os funcionários das empresas Representadas também figuram no pólo passivo. Por esta razão, a CGAI sintetizou grande parte das menções aos Representados pessoas físicas que se encontram nos autos por meio da tabela abaixo:

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**



Nome	Empresa	Cargo	Fls.
José Antônio Bortoleto de Campos	White Martins	Gerente Geral Comercial da White Martins.	Fls. 46/49 do apartado "Documentos Apreendidos na White Martins - José Bortoleto"
Vitor de Andrade Perez	Air Products	Engenheiro de vendas de gases industriais	Fls. 65/66 dos autos públicos. fls. 119 do apartado "Documentos apreendidos na sala de Vitor Peres - Air Products"
Carlos Alberto Cerezine	Air Products	Executivo de vendas da Air Products	Fls. 08 do apartado "Documentos Apreendidos na Air Products - Carlos Cerezine"
Gilberto Gallo	Air Products	Técnico de desenvolvimento de gases especiais.	Fls. 112 dos autos públicos Fls. 04 do apartado "Documentos Apreendidos na Air Products - Gilberto Gallo" Fls. 207 do Apartado "Documentos apreendidos na sala de Gilberto Gallo"
Walter Pilão	Air Liquide	Diretor Comercial da Air Liquide.	Fls. 71 dos autos públicos Fls. 93, 97 e 103 do apartado "Documentos Apreendidos na Air Liquide - Walter Pilão".
Newton de Oliveira	IBG	Sócio-proprietário da IBG.	Fls. 93 dos autos públicos.
Moacyr de Almeida Netto	AGA	Gerente da Divisão de gases especiais na AGA.	Fls. 112 dos autos públicos Fls. 118, 126 e ss do apartado "AGA Pacote I, volume II" - Moacyr de Almeida. Fls. 16, 33, 39 e 126 do apartado denominado Documentos Apreendidos na AGA S/A pacote I volume 2
Hélio de Franceschi Junior	Air Liquide		Fls. 112 dos autos públicos Fls. 04 do apartado "Documentos Apreendidos na Air Products - Gilberto"

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**



			<p>Gallo"</p> <p>Fls. 49 dos autos públicos - documento apreendido na sala de José Antônio Bortoleto de Campos (White Martins)</p> <p>Fls. 27, 33 e 43 - apartado denominado Documentos Apreendidos na Air Liquide - Walter Pilão 3</p>
--	--	--	---

III.2.c.8. O período apurado.

325. Um dos importantes passos para a caracterização de uma conduta anticoncorrencial como o cartel é definir a duração da infração. Neste sentido, é necessário destacar que consta dos autos uma profusão de documentos (cadernos, agendas, calendários e outros) que tratam de reuniões entre as Representadas a respeito do objeto do cartel. Em meio a tais documentos se encontram as anotações do Representado Vitor Peres (fls. 65/66), aqui digitalizadas:

UM - 22 PACKAGE ...
 27 Lq BULK
 30 CO2

NGA - 25% SEM TOLÉRÂNCIA DEFINIDA

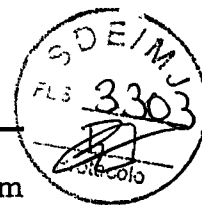
BLD - 28% Lq
 30% PACKAGE
~~29.33~~

MESSZ - 123 e 200 - SEM DEFINIÇÃO

→ NO ENTREGAR PRODUTO EM CLIENTE DO CONCORRENTE
 →

326. O importante é observar, em primeiro lugar, que as anotações acima tratam, irrefutavelmente, da alocação de parcela de mercado por parte das principais empresas participantes do cartel. O caderno do Sr. Peres conta, inclusive, com a determinação de "[n]ão entregar produto em cliente do concorrente". Além disso, a página do caderno do Representado, imediatamente anterior

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



àquela que trouxe os dados acima (fls. 65), apresenta a data em que a reunião aconteceu:

11.03.01 → Reunião / Sessão em
25.000 → DM → 20 0,40
→ 7.500

327. Neste sentido e apesar de existirem documentos nos autos que datam desde o dia 17.09.1997 (fls. 90), conclui-se que há provas de que o cartel em questão operava, ao menos, desde o dia 11.03.2001, sendo que há indícios de que a extensão da infração seja muito maior.

III.2.c.9. A possibilidade de detecção pelo CADE.

328. Há evidências nos autos que demonstram que as Representadas estavam cientes do caráter ilícito de suas condutas e que pretendiam evitar ao máximo uma investigação pelas autoridades antitruste brasileiras.
329. Os comentários elaborados pela IBG ao documento "Golden Rules IP" (93/96 dos autos principais) mostra exatamente a consciência das representadas e a preocupação que tinham de serem descobertas, observe-se o último parágrafo do trecho abaixo:

D) Independentes e Revendedores com Líquido

- Proibido venda de qualquer tipo de gases (líquido / gasoso)
OK
 - Multa Ex-MG R\$ 2.000.000,00 (proporcionalizar entre as partes).
OK. Desde que a proporcionalidade leve em consideração os níveis de faturamento de cada empresa, sugerimos que seja considerado neste cálculo a receita aferida nas vendas.
- Vendas ALB - K R\$ 400.000,00 / mês = 5.000.000 / ano (proporc.).
- Proibido novas filiais virtuais além das relacionadas abaixo:
Oximil (AP), Veiga (AP), Dismafe (AGA).

Obs.: Prazo para independentes - Imediato
Prazo para revendas com líquido - 60 dias

Deveria ser estudado também ao invés da interrupção do fornecimento reajustar os preços dos mesmos a um nível que não consigam colocar o produto no mercado, isto evitaria o pagamento da multa e possível ação no CADE. O fornecedor do líquido para estes casos ficariam responsáveis pelas ações do mesmos no mercado.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



330. Ante o exposto, conclui-se que a consciência da ilicitude e o esforço para a ludibriar as autoridades brasileiras constitui um forte agravante para o comportamento das Representadas.

III.2.c.10. Sobre os indícios da ciência dos diretores estrangeiros.

331. Por derradeiro, é necessário tecer alguns breves comentários sobre os indícios de que dirigentes estrangeiros das Representadas estariam cientes das condutas praticadas em território brasileiro.
332. Como é cediço, todas as Representadas, com a exceção da IBG, fazem parte do grupo econômico de grandes empresas transnacionais fornecedoras de gases industriais e medicinais. A White Martins faz parte do Grupo Praxair, a Air Products Ltda é o braço nacional da Air Products internacional, a AGA é integrante do Grupo Linde e a Air Liquide também é parte do Grupo Air Liquide internacional.
333. Por esta razão, ao se deparar com uma versão do acordo do cartel na língua inglesa (fls. 120/123 dos autos principais), o supracitado "Golden Rules II", a SDE resolveu analisar tal documento com maior detalhe. O que se descobriu por meio do exame foi uma anotação, feita à mão no topo do referido documento, em que constavam dois nomes: (i) Francisco Martins - Paris - Vice Presidente; e (ii) Augustin de Roubin - Regional América Latina.

Francisco Martins → Paris vice presidente
empresa Colera

Augustin DE ROUBIN → Regional AMERICA
LATINA.

Golden Rules II



Doc 15

A) Existing customers should be respected including : Industrial gases , Health care , Home Care , public (not using documentation problems as a way to take the customer) , privates etc...

(fls. 120 dos autos principais)

334. Uma simples busca na internet determinou que o Sr. Augustin de Roubin é diretor da Air Liquide para a América Latina e Caribe¹⁴ e

¹⁴www.mre.gov.br/portugues/noticiario/internacional/selecao_detalhe.asp?ID_RESENHA=177827&Imprime=on. Acesso em 16.12.2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



o Sr. Francisco Martins é Vice Presidente Mundial¹⁵ da mesma empresa. Um detalhe importante esse documento foi apreendido na Representada AGA!

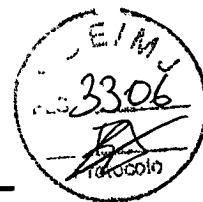
335. Tendo em vista o exposto, conclui-se que há indícios da ciência de diretores estrangeiros das condutas praticadas em território nacional.

III.2.c.11. O enquadramento teórico do cartel.

336. Após a descrição minuciosa do funcionamento do cartel, é interessante notar que se trata de uma conduta que de tão abrangente extrapola, como se observará a seguir, um único enquadramento nas categorias criadas pela doutrina para os tipos de cartéis.
337. Como é cediço, a conduta anticompetitiva denominada cartel pode se manifestar de diversas formas, a depender de inúmeros fatores, entres eles: (i) as características do mercado relevante em questão; (ii) a estrutura organizacional das empresas; e (iii) o objetivo perseguido pelos agentes cartelizados.
338. Neste sentido, classificar os tipos de cartéis com base em sua lógica econômica e nos objetivos dos agentes infratores foi a finalidade do trabalho desenvolvido por LANDE e MARVEL em seu artigo "*The three types of collusion: fixing prices, rivals, and rules*".
339. No referido artigo, os autores identificaram, como o próprio nome indica, três tipos de cartéis, sendo o primeiro deles a "Colusão de Tipo I" ou "Colusão Clássica". Nesta modalidade de concerto, os membros de um cartel podem acordar (i) a restrição de oferta de produtos, (ii) o aumento de preços, (iii) a divisão de mercados ou ainda (iv) a manipulação de lances em concorrência públicas ou privadas.
340. Como se pode observar, a categoria acima descrita trata de mecanismos de "regulação" interna do mercado, ou seja, são ferramentas que permitem ao cartel controlar o comportamento de seus próprios membros e assim obter lucros supracompetitivos por meio da mímica de uma estrutura monopolística.
341. A segunda categoria, por outro lado, trata de ações conjuntas para afetar os negócios de agentes que não fazem parte do cartel. Esta modalidade de cartel foi denominada "Colusão de Tipo II" ou "Colusão para prejudicar rivais" e consiste na utilização conjunta de táticas para diminuir os recursos financeiros das empresas-alvo e assim obter a diminuição da concorrência ou até mesmo a exclusão da empresa do mercado. Exemplos dessas táticas são: (i) boicotes por meio de recusa anticompetitiva e coletiva de compra

¹⁵ <http://www.intergraph.com/press/release/2006/8098.asp>. Acesso em 16.12.2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



- ou venda de produtos; e (ii) uma estratégia predatória conjunta, seja por preços, seja por inovação tecnológica.
342. Por fim, as colusões sobre regras de concorrência compõem a terceira categoria. Neste tipo de colusão os exemplos mais significativos estão relacionados aos esforços das empresas para amenizar a concorrência entre rivais por meio da limitação da informação transmitida ao consumidor. Este tipo de conduta permitiria que os agentes cartelizadores se isolassem parcialmente uns dos outros e assim estabelecessem quinhões dentro dos quais poderiam exercer poder de mercado monopolístico. Exemplos práticos desse tipo de conduta são (i) restrições à propaganda pelo próprio cartel e (ii) boicotes às publicações que trazem informações sobre preços aos consumidores.
343. Como visto, as Autoridades Antitruste nacionais estão diante de um cartel de tamanha abrangência que nem mesmo a doutrina pôde abarcar todas suas ramificações em uma só categoria de cartel, pois estamos diante de um cartel principalmente de tipo I, clássico, mas com diversos comportamento de um cartel de tipo II.

IV. CONCLUSÃO.

344. Por todo o exposto, entende-se que a atuação dos representados (i) White Martins Gases Industriais Ltda; (ii) Indústria Brasileira de Gases Ltda; (iii) Air Liquide Brasil Ltda; (iv) AGA S/A; (v) Air Products Brasil Ltda; (vi) Moacyr de Almeida Netto (AGA S/A); (vii) Newton de Oliveira, (Indústria Brasileira de Gases Ltda); (viii) Hélio de Franceschi Junior (Air Liquide); (ix) José Antônio Bortoleto de Campos (White Martins Gases Industriais Ltda); (x) Walter Pilão (Air Liquide Brasil Ltda); (xi) Vitor de Andrade Peres (Air Products Brasil Ltda); (xii) Carlos Alberto Cerezine, (Air Products Brasil Ltda); (xiii) Gilberto Gallo (Air Products Brasil Ltda). configura as infrações à ordem econômica descritas no art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21 incisos I, II, III e VIII, ambos da Lei nº 8.884/94.
345. Desta forma, sugere-se a remessa dos presentes autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE para julgamento, conforme preceituam o art. 39 da Lei nº 8.884/94 e o art. 54 da Portaria nº 04/2006 do Ministério da Justiça, com recomendação ao egrégio CADE de aplicação de multa por infração à ordem econômica para cada um dos representados, nos termos do art. 23 inciso I no caso das empresas e art. 23 inciso II, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 24, todos da Lei nº 8.884/94.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



346. Por fim, conforme disposto no inciso VI do parágrafo único do artigo 54 da Portaria MJ nº 04/2006, esta SDE sugere a aplicação de penalidades exemplares aos Representados, tendo em vista (i) a gravidade da conduta praticada; (ii) a essencialidade dos produtos fornecidos pelas Representadas, principalmente sob o ponto de vista dos consumidores do mercado de gases medicinais; e (iii) a completa ausência de colaboração por parte das Representadas com as investigações ora concluídas por esta SDE.

À consideração da Sra. Secretária de Direito Econômico Substituta.

Brasília, de de 2007.

Pedro Lúcio Lyra
Gestor Governamental

Tatiane Macedo Lima
Gestora Governamental

Bárbara Fátima de Abreu Mesquita
Coordenadora da CGAI

Eric Hadmann Jasper
Coordenador-Geral da CGAI



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
GABINETE DO SECRETÁRIO**

DESPACHO DA SECRETÁRIA
Em 24 de janeiro de 2007

Nº 47 Ref.: Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.
Representante: SDE *ex officio*. Representados: Aga S.A., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda., White Martins Ltda., Carlos Alberto Cerezine; Gilberto Gallo; Hélio de Franceschi Junior; José Antônio Bortoleto de Campos; Moacir de Almeida; Newton de Oliveira; Vitor de Andrade Perez e Walter Pilão. Advogados: Cristiane Romano; Mauro Grinberg; José Inácio Gonzaga Franceschini; Érica Alves Ferreira; Sônia Maria Giannini Marques Döbler; Carlos Francisco de Magalhães; Maria Emília Lopes Evangelista; Miguel Pereira Neto; Antonio Celso Galdino Fraga; João Carlos Ribeiro Penteadado, Andréa Dias Penteadado, Sibeli Dutra Gomes, Elvio Dardes, Estefânia Viveiros, Vinícius de Figueiredo Teixeira, José Del Chiaro Ferreira da Rosa, Tâmara Dumôncel Hoff, Viviane N. Araújo Lima, Fernando B. de Azevedo Barros e Outros. Acolho a manifestação de fls. exarada pelo Coordenador da Coordenação-Geral de Análise de Infrações nos Setores de Agricultura e Indústria, Dr. Eric Hadmann Jasper, e com fulcro no §1º do art. 50, da Lei n. 9.784/99, integro as suas razões à presente decisão, inclusive como sua motivação. Assim, concluo que a atuação dos representados (i) White Martins Gases Industriais Ltda; (ii) Indústria Brasileira de Gases Ltda; (iii) Air Liquide Brasil Ltda; (iv) AGA S/A; (v) Air Products Brasil Ltda; (vi) Moacyr de Almeida Netto (AGA S/A); (vii) Newton de Oliveira, (Indústria Brasileira de Gases Ltda); (viii) Hélio de Franceschi Junior (Air Liquide); (ix) José Antônio Bortoleto de Campos (White Martins Gases Industriais Ltda); (x) Walter Pilão (Air Liquide Brasil Ltda); (xi) Vitor de Andrade Peres (Air Products Brasil Ltda); (xii) Carlos Alberto Cerezine, (Air Products Brasil Ltda); (xiii) Gilberto Gallo (Air Products Brasil Ltda). configura as infrações à ordem econômica descritas no art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21, incisos I, II, III e VIII, ambos da Lei nº 8.884/94. Desta forma, determino a remessa dos presentes autos ao E. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE para julgamento, conforme preceituam o art. 39 da Lei nº 8.884/94 e o art. 54 da Portaria nº 04/2006 do Ministério da Justiça, com recomendação ao E. CADE de aplicação de multa por infração à ordem econômica para cada um dos Representados, nos termos do art. 23, inciso I, no caso das empresas, e art. 23, inciso II, no caso das pessoas físicas, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 24, todos da Lei nº 8.884/94. Por fim, com fulcro no inciso VI do parágrafo único do artigo 54 da Portaria MJ nº 04/2006, sugiro a aplicação de penalidades exemplares aos Representados, tendo em vista (i) a gravidade da conduta praticada; (ii) a essencialidade dos produtos fornecidos pelas Representadas, principalmente sob

ENVIADO A PUBLICAÇÃO
Em 24/01/07 *maurice*
Servidor

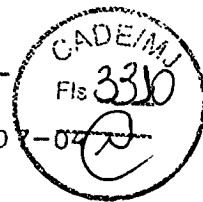
o ponto de vista dos consumidores do mercado de gases medicinais; e (iii) a completa ausência de colaboração por parte das Representadas com as investigações ora concluídas por esta SDE. Intimem-se. Publique-se.


MARIANA TAVARES DE ARAUJO
Secretária de Direito Econômico Substituta





---SIAPRO---
CADE/MJ
08700.000267/2007-07



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
GABINETE DO SECRETÁRIO**



OFÍCIO Nº 512 /07/SDE/GAB

Brasília, 25 de janeiro de 2007.

A Sua Senhoria a Senhora
ELIZABETH FARINA
Presidenta do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
Ministério da Justiça
Brasília - DF

De ordem, encaminhe-se

à distribuição

Em, 25 / 01 / 2007

João Jair Silva
Chefe de Protocolo
CADE

Senhora Presidenta,

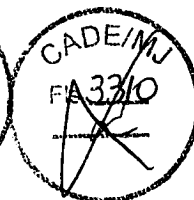
De ordem do Senhor Secretário de Direito Econômico, encaminho a V.Sa. o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, conforme Despacho nº 47, de 24/01/2007.

Atenciosamente,

[Assinatura]
MARCELO TAKEYAMA
Chefe de Gabinete

OF CADE - encaminha

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE/MJ
PROT/00010 - 08700 - 25-Jan-2007 14:28:00 000267-2



---SIAPRO--- C
CADE/MJ

08700.000341/2007-84



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA
Esplanada dos Ministérios - Ed. Sede - 5º andar - Sala 552 - Cep: 70064-900
Fone: 61.223-3909/223-8916/429-3396 - Fax: 61.226-5772

Ofício nº 626 /2006/DPDE/GAB

Brasília, 31 de janeiro de 2007.

Ao Setor
PROCESSUAL DO CADE
Setor Comercial Norte - Q. 02 - Projeção C
70754-510 - Brasília/DF

De ordem, encaminhe-se

para juntada aos autos
Em, 31 / 01 / 2007

Assunto: **Encaminha Documento**

José Silva
Chefe de Protocolo
CADE

Prezado Senhor,

Encaminho a Vossa Senhoria, anexo, documentos relativos ao Ato de Concentração nº 08012.011351/2006-12, e do Pocesso Administrativo nº 08012.009888/2003-70 já enviados a esse Conselho.

Atenciosamente,

MARILENE CORREIA NASCIMENTO
Setor Processual
DPDE

Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE/NU
PROTOCOLADO - 08700 - 31-Jan-2007-16:26-000341-1/3
deim

PALOMARESADVOGADOS

WWW.PALOMARES.ADV.BR

MINISTRO DEMÓCRITO RAMOS REINALDO

CONSULTOR

BRASÍLIA
PALOMARES ADVOGADOS
SRTVS, QUADRA 701, BLOCO A
ED. CENTRO EMPRESARIAL BRASÍLIA, CONJ. 703/707/709
70340-907 - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL - BRASIL
TELEFONE: 55 61 3424 8133
FAC-SÍMILE: 55 61 3426 7362
E-MAIL: OFFICE-DF@PALOMARES.ADV.BR

RECEBI
DEMÓCRITO RAMOS REINALDO ADVOGADOS ASSOCIADOS
RUA BERNARDINO SOARES SILVA, 70
ED. EMPRESARIAL CASA GRANDE, SALAS 403/404
52020-080 - RECIFE - PERNAMBUCO - BRASIL
TELEFONE: 55 81 426 2978
FAC-SÍMILE: 55 81 426 2978
E-MAIL: OFFICE-PE@PALOMARES.ADV.BR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DIRETOR DA SDE - SECRETARIA DE DIREITO
ECONÔMICO.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.009888/2003-70

*Junta-se aos autos.
Em 29/01/07
Nelson Campos*

Nelson Campos
Chefe de Gabinete/SDe
Substituto

SDE/GAB/CAPRO

Coordenação de Apoio Processual



08012.000765/2007-05

08012.000765/2007 - 29/Jan/2007 - 16:12

Secretaria de Direito Econômico/SDE/MJ

AGA S/A, já qualificadas nos autos do processo
administrativo em referência, vêm, respeitosamente, à presença
de Vossa Excelência, requerer a juntada dos anexos
substabelecimentos de poderes.

Termos em que,
Espera deferimento.

Brasília, 29 de janeiro de 2007.

Sérgio Palomares
OAB/DF - 12.526

PALOMARESADVOGADOS

WWW.PALOMARES.ADV.BR

MINISTRO DEMÓCRITO RAMOS REINALDO

CONSULTOR

BRASÍLIA
PALOMARES ADVOGADOS
SRTVS, QUADRA 701, BLOCO A
ED. CENTRO EMPRESARIAL BRASÍLIA, CONJ. 703/707/709
70340-907 - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL - BRASIL
TELEFONE: 55 61 3424 8133
FAC-SÍMILE: 55 61 3426 7362
E-MAIL: OFFICE-DF@PALOMARES.ADV.BR

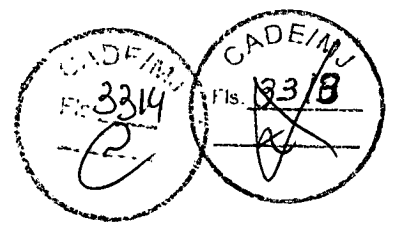
RECIFE
DEMÓCRITO RAMOS REINALDO ADVOGADOS ASSOCIADOS
RUA BERNARDINO SOARES SILVA, 70
ED. EMPRESARIAL CASA GRANDE, SALAS 403/404
52020-080 - RECIFE - PERNAMBUCO - BRASIL
TELEFONE: 55 81 426 2978
FAC-SÍMILE: 55 81 426 2978
E-MAIL: OFFICE-PE@PALOMARES.ADV.BR

SUBSTABELECIMENTO

Substabeleço, com reservas, nas pessoas de **JONAS SIDNEI SANTIAGO DE MEDEIROS LIMA**, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 12.907, portador do CPF nº 838.776.304-72; **LÚCIO MENDES FROTA**, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 16.990, portador do CPF nº 406.041.017-91; **CARLOS HENRIQUE DE SOUZA VIEIRA**, brasileiro, Bacharel em Direito, portador do CPF nº 399.406.161-04, **ROGER DE SOUZA VIEIRA PALOMARES**, brasileiro, solteiro, acadêmico de Direito, inscrito na OAB/DF sob o nº 7.098/E, portador do CPF nº 012.983.921-3; **BRUNO ROCHA DOS SANTOS**, brasileiro, solteiro, acadêmico de Direito, inscrito na OAB/DF sob o nº 5.930/E, portador do CPF nº 016.724.261-03 e; **DANIELLE TORQUATO FRANCO**, brasileira, solteira, acadêmica de Direito, portadora do CPF nº 828.646.671-34, todos membros da sociedade de advogados denominada **PALOMARES ADVOGADOS**, devidamente registrada na Ordem do Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal sob o nº 585/99, inscrita no CNPJ sob o nº 03.409.100/0001-64 e no Governo do Distrito Federal - GDF sob o nº 07.403.035/001-19, com sede no SRTVS, Quadra 701, Ed. Centro Empresarial Brasília, Torre "A", 7º andar, Conj. 707/709, CEP 70340-907, Brasília, Distrito Federal, telefone (61) 3424-8133 e fac-símile (61) 3426-7362, os poderes a mim conferidos nestes autos, podendo agir em conjunto ou separadamente com os procuradores, independentemente de ordem de nomeação, bem como praticar todos os atos necessários ao bom e fiel desempenho de sua missão, inclusive substabelecer estes poderes.

Brasília, 11 de janeiro de 2007.

SERGIO PALOMARES
OAB/DF - 12.526

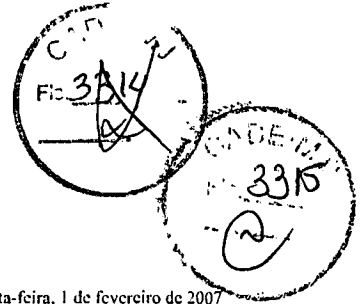


DISTRIBUIÇÃO

Distribuído ao Conselheiro
Abraham Benzaquen Sicsú
Conforme o sorteio realizado na
433ª Sessão de Distribuição
Ordinária,
realizada no dia 31 de janeiro de
2007

Silvia Fernandes

Coordenadora da Cosepro



PORTARIA Nº 208, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de Serra Redonda - PB.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, e Considerando o Decreto nº 014/2006, de 03 de outubro de 2006, do Município de Serra Redonda, devidamente homologado pelo Decreto nº 27.825, de 30 de novembro de 2006, do Estado da Paraíba e, Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000099/2007-81, resolve:

Art. 1º Reconhecer a situação de emergência, em virtude de estíagens, no Município de Serra Redonda, zona rural, pelo prazo de cento e oitenta dias, contados a partir de 03 de outubro de 2006.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 209, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de Sumé - PB.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, Considerando o Decreto nº 762, de 08 de novembro de 2006, do Município de Sumé, devidamente homologado pelo Decreto nº 27.801, de 21 de novembro de 2006, do Estado da Paraíba, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000060/2007-64, resolve:

Art. 1º Reconhecer, em virtude de estíagens, a situação de emergência, no Município de Sumé, zona rural, pelo prazo de cento e oitenta dias, contados a partir de 08 de novembro de 2006.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 210, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de Teixeira - PB.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, Considerando o Decreto nº 063, de 06 de novembro de 2006, do Município de Teixeira, devidamente homologado pelo Decreto nº 27.801, de 21 de novembro de 2006, do Estado da Paraíba, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000116/2007-81, resolve:

Art. 1º Reconhecer, em virtude de estíagens, a situação de emergência, no Município de Teixeira, zona rural, pelo prazo de cento e oitenta dias, contados a partir de 06 de novembro de 2006.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 211, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de Tenório - PB.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, Considerando o Decreto nº 006, de 20 de novembro de 2006, do Município de Tenório, devidamente homologado pelo Decreto nº 27.825, de 30 de novembro de 2006, do Estado da Paraíba, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000158/2007-11, resolve:

Art. 1º Reconhecer, em virtude de estíagens, a situação de emergência, no Município de Tenório, em todo o município, pelo prazo de cento e oitenta dias, contados a partir de 20 de novembro de 2006.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 212, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de Petrolândia - PE.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, e Considerando o Decreto nº 457, de 27 de setembro de 2006, do Município de Petrolândia, devidamente homologado pelo Decreto nº 29.954, de 29 de novembro de 2006, do Estado de Pernambuco, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000164/2007-79, resolve:

Art. 1º Reconhecer a situação de emergência, em virtude de estíagens, no Município de Petrolândia, pelo prazo de noventa dias, contados a partir de 27 de setembro de 2006, nas seguintes localidades rurais: Mundo Novo, Lagoinha, Atalho, Piancó, Mata Burro, Logradouro, Serrinha, Salto, Brejinho da Serra, Brejinho de Fora, Barriguda, Serra Ventelha, Picos, Moco, Soares, Alto do Tanque, Mandacaru de Baixo, Mandacaru de Cima, Pau de Colher, Beldroega, Lagoa do Angico, Baixa Queirada, Lagoa do Cipó, Aracazã, Mata Cabra e Sem Teto.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 213, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de Orocó - PE.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, e Considerando o Decreto nº 019/2006, de 18 de outubro de 2006, do Município de Orocó, devidamente homologado pelo Decreto nº 29.952, de 29 de novembro de 2006, do Estado de Pernambuco, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000163/2007-24, resolve:

Art. 1º Reconhecer a situação de emergência, em virtude de estíagens, no Município de Orocó, pelo prazo de noventa dias, contados a partir de 18 de outubro de 2006, nas seguintes localidades rurais: Riacho da Madreira, Muquém, Jurany, Sítio Novo, Santa Rita, Olho D'água, Malhada da Areia, Barra, Serra Comprida, Paredão, Quixabeira, Jatobazinho, Demétrius, Símpatia, Iracema, Campo Grande, Santa Rosa, Vista Alegre, Santo Antônio e Quixaba.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 214, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de Tabira - PE.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, e Considerando o Decreto nº 026/2006, de 09 de novembro de 2006, do Município de Tabira, devidamente homologado pelo Decreto nº 29.957, de 29 de novembro de 2006, do Estado de Pernambuco, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000166/2007-68, resolve:

Art. 1º Reconhecer a situação de emergência, em virtude de estíagens, no Município de Tabira, pelo prazo de noventa dias, contados a partir de 09 de novembro de 2006, nas seguintes localidades rurais: Primavera, Pajéu Mirim, Carrapão, Cachoeirinha, Lagoa Funda, Oiticica, Pau Ferro, Riacho de Fora, Comichão, Campos Novos, Vista Alcança, Canção, Poço de Pedra, Malhada Velha, Jurema, Queimada do Milho, Jasmin, Catiluz, Cajazeiras dos Marques, Barro Branco, Orlis, Poço Dantas, Coqueiro, Chapada, Serrota, Cajazeira, Mandasaia, Pé de Serra, Poçoim, Umburana, Mancinha, Lagoa Nova, Fazenda Nova, Boqueirão, Cachoeira Grande, Aroeira, Fuma grande, Bezerros, Baixo dos Manú, Mata, Nova Espanha, Saco, Bandeira II, Cajá de Cima, Cajá de Baixo, Cajá, Morego, Caldeirãozinho, Serrinha, Umbuzeiro, Feliciano, Morato de Baixo, Poço Redondo, Borborema, Agreste e Bandeira.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 215, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de Santana do Matos - RN.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, Considerando o Decreto nº 96, de 4 de dezembro de 2006, do Município de Santana do Matos, devidamente homologado pelo Decreto nº 19.498, de 6 de dezembro de 2006, do Estado do Rio Grande do Norte, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000183/2007-03, resolve:

Art. 1º Reconhecer, em virtude de estíagens, a situação de emergência, no Município de Santana do Matos, zona rural, pelo prazo de noventa dias, contados a partir de 4 de dezembro de 2006.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 216, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência no Município de São Bento do Trairi - RN.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, Considerando o Decreto nº 63, de 28 de setembro de 2006, do Município de São Bento do Trairi, devidamente homologado pelo Decreto nº 19.498, de 6 de dezembro de 2006, do Estado do Rio Grande do Norte, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000183/2007-03, resolve:

Art. 1º Reconhecer, em virtude de estíagens, a situação de emergência, no Município de São Bento do Trairi, zona rural, pelo prazo de noventa dias, contados a partir de 28 de setembro de 2006.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 217, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Prorroga situação de emergência no Município de Sítio Novo - RN.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, Considerando o Decreto nº 15, de 27 de dezembro de 2006, do Município de Sítio Novo, devidamente homologado pelo Decreto nº 19.602, de 8 de janeiro de 2007, do Estado do Rio Grande do Norte, Considerando as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000181/2007-14, e

Considerando, ainda, a Portaria Ministerial nº 1.169, de 8 de dezembro de 2006, publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 11 de dezembro de 2006, resolve:

Art. 1º Prorrogar a situação de emergência, em virtude de estíagens, no Município de Sítio Novo, por mais noventa dias, contados a partir de 27 de dezembro de 2006, nas seguintes localidades: zona rural.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

PORTARIA Nº 223, DE 31 DE JANEIRO DE 2007

Reconhece situação de emergência na Rodovia MS-160 no Estado de Mato Grosso do Sul - MS.

O MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, com base no Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, Considerando o Decreto "E" nº 3, de 17 de janeiro de 2007, do Estado de Mato Grosso do Sul, e Considerando, ainda, as informações da Secretaria Nacional de Defesa Civil no Processo nº 59050.000276/2007-20, resolve:

Art. 1º Reconhecer, em virtude de enchurrada, a situação de emergência, no Estado de Mato Grosso do Sul, na Rodovia MS-160 nos trechos Km 2 travessia do córrego Tacuru e Km 7 travessia do rio Puitá, entre os municípios de Tacuru e Sete Quedas, pelo prazo de noventa dias, contados a partir de 17 de janeiro de 2007.

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

PEDRO BRITO

DESPACHOS DO MINISTRO
Em 31 de janeiro de 2007

Nº 1 - Ref. Processo nº 59000.0002074/2005-46. INTERESSADO: TUBOTINS - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TUBOS E CONEXÕES DO TOCANTINS S/A. ASSUNTO: Recurso. DECISÃO: Conhecimento do recurso de fs. 111/123 para, no mérito, negar-lhe provimento, devendo ser dado prosseguimento ao cancelamento dos incentivos fiscais do FINAM, pelas razões de fato e fundamentos de direito aduzidos no Despacho CONJUR/MI nº 21/07, da Consultoria Jurídica, que integram esta decisão. Encaminha-se o processo ao Departamento de Gestão dos Fundos de Investimentos para as devidas providências, inclusive de comunicação à interessada.

Nº 2 - Ref. Processo nº 59001.000345/2005-19. INTERESSADO: DICAÇAU LAVOURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CACAÚ S/A. ASSUNTO: Recurso. DECISÃO: Conhecimento do recurso de fs. 89/101 para, no mérito, negar-lhe provimento, devendo ser dado prosseguimento ao cancelamento dos incentivos fiscais do FINAM, pelas razões de fato e fundamentos de direito aduzidos no Despacho CONJUR/MI nº 08/07, da Consultoria Jurídica, que integram esta decisão. Encaminha-se o processo ao Departamento de Gestão dos Fundos de Investimentos para as devidas providências, inclusive de comunicação à interessada.

PEDRO BRITO

Ministério da Justiça

CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICAATA DE DISTRIBUIÇÃO ORDINÁRIA Nº 433,
REALIZADA EM 31 DE JANEIRO DE 2007

Hora: 14 h

Presidente: Elizabeth M. M. Q. Farina
Secretário do Plenário: Fabio Alessandro Malatesta dos Santos
1. Processos para redistribuição:
1.1 Ato de Concentração nº 08012.000343/2007-21
Requerentes: Migoitcaux Group S.A., MGTX International

Sarl

Advogado(s): Barbara Rosenberg, Gabriela Ribeiro Nolasco
Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicau
2. Foram distribuídos pelo sistema de sorteio os seguintes feitos:
2.1 Ato de Concentração nº 08012.000545/2007-73
Requerentes: Cisco Systems, Inc, Ironport Systems, Inc
Advogado(s): Milena Fernandes Mundim, Francisco Ribeiro

Todorov

Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos



3316
C
CAFEAMU
Fls. 13315

2.2 Ato de Concentração nº 08012.000768/2007-31
Requerentes: AAJDG-Participações S/A, Schineariol Participações e Representações S.A

Advogado(s): Vinícius Cantargo Silva
Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado

2.3 Ato de Concentração nº 08012.000770/2007-18
Requerentes: Coca-Cola Indústrias Ltda, Empresa Mineradora Charrua Ltda

Advogado(s): Sérgio Varella Brun, Caio de Queiroz, Ewald Póssolo Correia da Veiga e outros
Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo

2.4 Ato de Concentração nº 08012.000771/2007-54
Requerentes: Coca-Cola Indústrias Ltda, Empresa Mineradora Charrua Ltda

Advogado(s): Marcos Jorge Caldas Pereira, Ewald Póssolo Correia da Veiga, Sérgio Varella Bruna e outros
Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo

2.5 Ato de Concentração nº 53500.001579/2007
Requerentes: Liberty Media Corporation, News Corporation
Advogado(s): Pedro A.A. Dutra, Michael Robert Royster
Relator: Conselheiro Luis Fernando Schwartz

2.6 Processo Administrativo nº 08012.000907/2000-33
Representantes: CPI - Medicamentos da Câmara dos Deputados,
Representadas: Farmalab Indústria Química e Farmacêutica Ltda

Advogado(s): não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

2.7 Processo Administrativo nº 08012.000914/2000-07
Representantes: CPI - Medicamentos da Câmara dos Deputados,
Representadas: Libbs Farmacêutica Ltda.

Advogado(s): Renata Tumba Costa, José Carlos da Silva
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

2.8 Processo Administrativo nº 08012.005556/1999-32
Representantes: SEAE - MP
Advogado(s): Procter & Gamble do Brasil S/A,
Relator: Conselheiro Luis Fernando Schwartz

2.9 Processo Administrativo nº 08012.000907/2000-33
Representantes: Silepsa Oitica,
Representadas: AGA S.A, AIR Líquido Brasil Ltda, AIR

Products Brasil Ltda, Carlos Alberto Cerzine, Gilberto Galin, Hélio de Franceschi Junior, Indústria Brasileira de Gases Ltda, José Antônio Bortoleto de Campos, Maseir de Almeida, Newton de Oliveira, Vítor de Andrade Perez, Walter Pilão, White Martins Gases Industriais Ltda

Advogado(s): Mauro Grinberg, José Idécio Gonzaga Franceschini, Carlos Francisco de Magalhães e outros
Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Siesú

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do CADE

FABIO ALESSANDRO MALATESTA DOS SANTOS
Secretário do Plenário

ACÓRDÃOS

ATO DE CONCENTRAÇÃO nº 08012.010177/2006-91
Requerentes: MMM Holding Participações Ltda. e Motion Máquinas S.A.

Advogado: Rodrigo M. Carneiro de Oliveira, Danilo P. lermo, Camila I. Maia Falkenburger e outros
Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo

EMENTA: Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Aquisição. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 - faturamento. Conhecimento. Apresentação temporária. Taxa processual recolhida. Mercado relevante: comércio atacadista de máquinas e soluções técnicas de alta tecnologia para a indústria. Ausência de sobreposição horizontal. Existência de integração vertical. Alteração da estrutura de governança sem alteração das relações de concorrência. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovação sem restrições.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar a presente operação, sem restrições. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data do julgamento da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

PAULO FURQUIM DE AZEVEDO
Conselheiro

ATO DE CONCENTRAÇÃO nº 08012.009765/2006-81
Requerentes: Osprey Acquisitions Limited e AWG plc
Advogados: José Augusto Regazzini, Sérgio Varella Bruna e outros

Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva
EMENTA: Ato de Concentração. Operação em âmbito mundial, com efeitos no Brasil. Aquisição de 100% do capital social da AWG Plc pela Osprey Acquisitions Ltd. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação temporária. Inexistência de prejuízos à concorrência. Convergência dos pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/ME e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ. Parecer da Procuradoria do CADE pela aprovação com restrições. Aprovação da operação sem restrições.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar a operação sem restrições. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08000.017954/1995-43
Representante: José Edmar Cordeiro - Deputado Distrital
Representadas: Axis Consultores S/C e outras empresas credenciadas a realizar EIA/RIMA no Distrito Federal

Advogados: Não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva
EMENTA: Averiguação Preliminar - Denúncia de práticas anticompetitivas em licitações públicas para contratação de estudos e relatórios de impacto ambiental (EIA/RIMA) no Distrito Federal. Auditorias do TCDF não encontraram evidências de irregularidades. Pareceres da SDE/MJ e ProCADE pelo arquivamento do processo. Pelo arquivamento.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu não haver indícios de infração à ordem econômica que justifiquem a instauração de processo administrativo. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08012.000302/2002-21
Representante: mensagem eletrônica de Tarcisio (fiscalt.trib2@jaraguadul.com.br)
Representada: Postos de Combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C
Advogados: Não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA: Ementa: Averiguação preliminar. Fixação de preços pelos postos de combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C. Não comprovação de infração à ordem econômica. Pelo arquivamento do feito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu não haver nenhuma conduta anticompetitiva punível nos termos da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08012.000302/2002-21
Representante: mensagem eletrônica de Tarcisio (fiscalt.trib2@jaraguadul.com.br)
Representada: Postos de Combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C
Advogados: Não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA: Ementa: Averiguação preliminar. Fixação de preços pelos postos de combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C. Não comprovação de infração à ordem econômica. Pelo arquivamento do feito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu não haver nenhuma conduta anticompetitiva punível nos termos da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08012.000302/2002-21
Representante: mensagem eletrônica de Tarcisio (fiscalt.trib2@jaraguadul.com.br)
Representada: Postos de Combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C
Advogados: Não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA: Ementa: Averiguação preliminar. Fixação de preços pelos postos de combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C. Não comprovação de infração à ordem econômica. Pelo arquivamento do feito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu não haver nenhuma conduta anticompetitiva punível nos termos da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08012.000302/2002-21
Representante: mensagem eletrônica de Tarcisio (fiscalt.trib2@jaraguadul.com.br)
Representada: Postos de Combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C
Advogados: Não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA: Ementa: Averiguação preliminar. Fixação de preços pelos postos de combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C. Não comprovação de infração à ordem econômica. Pelo arquivamento do feito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu não haver nenhuma conduta anticompetitiva punível nos termos da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08012.000302/2002-21
Representante: mensagem eletrônica de Tarcisio (fiscalt.trib2@jaraguadul.com.br)
Representada: Postos de Combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C
Advogados: Não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA: Ementa: Averiguação preliminar. Fixação de preços pelos postos de combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C. Não comprovação de infração à ordem econômica. Pelo arquivamento do feito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu não haver nenhuma conduta anticompetitiva punível nos termos da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08012.000302/2002-21
Representante: mensagem eletrônica de Tarcisio (fiscalt.trib2@jaraguadul.com.br)
Representada: Postos de Combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C
Advogados: Não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA: Ementa: Averiguação preliminar. Fixação de preços pelos postos de combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C. Não comprovação de infração à ordem econômica. Pelo arquivamento do feito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu não haver nenhuma conduta anticompetitiva punível nos termos da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08012.000302/2002-21
Representante: mensagem eletrônica de Tarcisio (fiscalt.trib2@jaraguadul.com.br)
Representada: Postos de Combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C
Advogados: Não consta nos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA: Ementa: Averiguação preliminar. Fixação de preços pelos postos de combustíveis de Jaraguá do Sul-S/C. Não comprovação de infração à ordem econômica. Pelo arquivamento do feito.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu não haver nenhuma conduta anticompetitiva punível nos termos da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

79 PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.007514/2000-

Representante: CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados

Representada: Laboratório Teuto-Brasileiro Ltda
Advogados: não constam dos autos
Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

EMENTA: Processo Administrativo. Ausência de poder de mercado nos mercados relevantes considerados. Não ocorrência de infrações à ordem econômica por parte do Laboratório Teuto-Brasileiro. Arquivamento do processo.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Processo Administrativo, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento, nos termos do voto do Relator que entendeu restar evidente a ausência de qualquer infração à ordem econômica. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Luis Fernando Schwartz, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Benzaquen Siesú. Presentes o Procurador-Geral Arthur Badin. Ausente, justificadamente, o representante do Ministério Público Federal, Dr. José Elaeeres Marques Teixeira. Brasília - DF, 17 de janeiro de 2007, data da 389ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ELIZABETH M. M. Q. FARINA
Presidente do Conselho

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL
DIRETORIA EXECUTIVA

ALVARÁ Nº 47, DE 2 DE JANEIRO DE 2007

O DIRETOR-EXECUTIVO DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 20 da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1.983, alterada pela Lei nº 9.017 de 30 de março de 1.995 e pelo art. 45 do Decreto nº 89.056 de 24 de novembro de 1983, alterado pelo Decreto nº 1.592 de 10 de agosto de 1995, e atendendo solicitação por parte do interessado, bem como decisão prolatada no Processo nº 08335.024479/2006-01-SR/DPF/MS, resolve:

Conceder autorização à empresa FORTESUL SERVICOS ESPECIAIS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA., CNPJ/ME nº 02.576.238/0002-76, sediada no Estado do MATO GROSSO DO SUL para adquirir em estabelecimento comercial autorizado pelo Departamento Logístico do Comando do Exército, armas e cartuchos de munição nas seguintes quantidades e natureza: 11 (ONZE) REVÓLVÉRIS CALIBRE 38 E 132 (CENTO E TRINTA E DOIS) CARTUCHOS DE MUNIÇÃO CALIBRE 38.

ESTA AUTORIZAÇÃO TEM VALIDADE DE 60 DIAS A CONTAR DE SUA PUBLICAÇÃO.

ZULMAR PIMENTEL DOS SANTOS

ALVARÁ Nº 84, DE 22 DE JANEIRO DE 2007

O DIRETOR-EXECUTIVO DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 20 da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1.983, alterada pela Lei nº 9.017 de 30 de março de 1.995 e pelo art. 45 do Decreto nº 89.056 de 24 de novembro de 1983, alterado pelo Decreto nº 1.592 de 10 de agosto de 1995, e atendendo solicitação por parte do interessado, bem como decisão prolatada no Processo nº 08320.021924/2006-32-SR/DPF/MT, resolve:

Conceder autorização à empresa EUBANK CENTRO DE FORMAÇÃO DE VIGILANTES LTDA., CNPJ/ME nº 07.079.091/0001-41, sediada no Estado de MATO GROSSO para adquirir em estabelecimento comercial autorizado pelo Departamento Logístico do Comando do Exército, armas, cartuchos de munição e pertences para recarga de munição nas seguintes quantidades e natureza: 05 (CINCO) PISTOLAS CALIBRE .380 E 1.503 (UM MIL, QUINHENTOS E TRÊS) CARTUCHOS DE MUNIÇÃO CALIBRE 12.

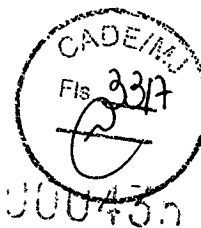
ESTA AUTORIZAÇÃO TEM VALIDADE DE 60 DIAS A CONTAR DE SUA PUBLICAÇÃO.

ZULMAR PIMENTEL DOS SANTOS

ALVARÁ Nº 90, DE 22 DE JANEIRO DE 2007

O DIRETOR-EXECUTIVO DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 20 da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1.983, alterada pela Lei nº 9.017 de 30 de março de 1.995 e pelo art. 45 do Decreto nº 89.056 de 24 de novembro de 1983, alterado pelo Decreto nº 1.592 de 10 de agosto de 1995, e atendendo solicitação por parte do interessado, bem como decisão prolatada no Processo nº 08350.019408/2006-91-SR/DPF/GO, resolve:

Conceder autorização à empresa PROFORTE S/A TRANSPORTE DE VALORES, CNPJ/ME nº 00.116.506/0004-03, sediada no Estado de MINAS GERAIS para adquirir em estabelecimento comercial autorizado pelo Departamento Logístico do Comando do Exército, armas e cartuchos de munição nas seguintes quantidades e



Solicitação n.º

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE VISTA DE DOCUMENTOS

Nº dos autos:

PA 08012.009888/2003-70

Solicitante: **Advocacia José Del Chiaro (Andrea Hoffmann/Renata Foizer)**

OAB: 18.575 DF / 23.602 DF . RG: _____ Telefone: 3328-1857 / 8115-599

devidamente qualificada (o) nos autos em epígrafe (sim/procuração às fls. _____ não), vem, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9º, §3º, da Resolução CADE nº 12, requerer vista dos autos dos seguintes volumes: todos os volumes

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília, 01 de fevereiro de 2007.

Andrea Hoffmann Renata Foizer
Assinatura do Solicitante

Autorização: _____

Brasília, 01 de fevereiro de 2007

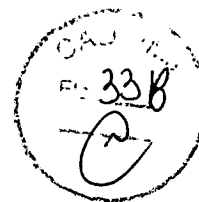
Assinatura e Carimbo

Obtive vista dos autos em 01 / 02 / 2007

Ass: Renata Foizer



Solicitação nº



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE VISTA DOS AUTOS

Nº dos autos:

9888 - 8012.009888/2003-70

Solicitante: Maiari Ruckert de AraújoOAB: 103598/MG . RG: MG 11362542 . TELEFONE: (31) 32852452 .

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe ([] sim/procuração às fls. _____ [] não), vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, da Resolução CADE nº 12, requerer vista dos autos dos seguintes volumes: públicos

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília, 06 de fevereiro de 2007 .

Maiari Araújo
Assinatura do Solicitante

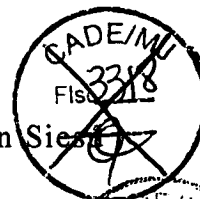
Autorização: _____

Brasília, 06 de fevereiro de 2007 .

Breno Zanin Carneiro
Assinatura e Carimbo:

Especialista em Políticas Públicas
e Gestão Governamental

Obtive vista dos autos em 06/02/07 e Gestão Governamental Araújo



Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator Abraham Benzaquen Sies

Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE/MJ
PROTUDO 000 - 08700 - 06-Fev-2007-16:26-000392-1/3

---SIAPRU---
CADE/MJ
08700.000392/2007-14

Proc.: 08012.009888/2003-70

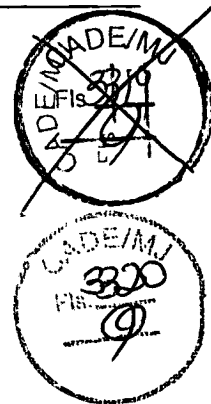
CRISTIANO REIS JULIANI, vem requerer a juntada do substabelecimento, em anexo, aos autos do processo em referência.

Pede deferimento.

Brasília, 06 de fevereiro de 2007.


Cristiano Reis Juliani

OAB n. 74.021/MG e 23.257/DF



SUBSTABELECIMENTO

Substabeleço, com reserva de iguais, aos estagiários DANNIEL DIAS JÁCOME REIS, brasileiro, solteiro, acadêmico de direito sob o RG 2.121.631 SSP/DF, CPF/MF n. 646.330.121-34 e RUTH MARIA PEREIRA DOS SANTOS, brasileira, solteira, acadêmica de direito sob o RG n. 2.304.676 SSP/DF e CPF/MF n. 011.528.561-03, com escritório no SRTVN 701, conj. C, torre B, sala 415, ed. Centro Empresarial Norte, CEP 70.719-903, Brasília, DF, os poderes que me foram outorgados para representar Carlos Alberto Cerezine, Gilberto Gallo e Vitor Perez no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.

Brasília, 06 de fevereiro de 2007.

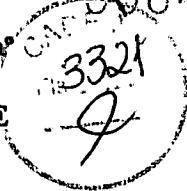
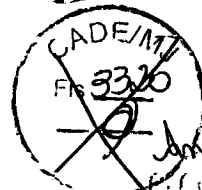

Cristiano Reis Juliani

OAB/MG 74.021

SICSU



OK



482

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Solicitação nº

FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE VISTA DOS AUTOS

Nº dos autos:

08012.009888/2003-70

Solicitante:

Daniel Rios Jacome Reis

OAB:

RG:

211631-DE

TELEFONE:

3326-7758

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe (sim/procuração às fls. ^{Aguardando} ~~Juntada~~ não), vem à

presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, da Resolução CADE nº 12, requerer vista dos autos dos seguintes volumes: Autos Principais (versão pública)

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília, 6 de FEVEREIRO de 2007.

Daniel Rios Jacome Reis

Assinatura do Solicitante

Autorização:

De ordem, DEFIRO.

Brasília, 07 de FEVEREIRO de 2007.

Breno Zúbar Carneiro

Especialista em Políticas Públicas

e Gestão Governamental

Obtive vista dos autos em

7/2/07

Ass:

Daniel Rios

PAGO

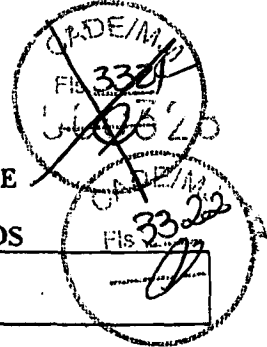
Data: 30/01/07

Assinatura



Solicitação n°

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS



N° dos autos:

08012.009888/2003-70

Solicitante: José Alberto Gonçalves da Motta

OAB: 034-DF RG: _____ TELEFONE: _____

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe ([] sim/procuração às fls. 108 [] não), vem à 1ª Volemnia presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, §3º, da Resolução CADE nº 12, requerer a extração de cópias das seguintes

peças: Parcerias confidenciais da SDE (White Man - tms)

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília, 26 de janeiro de 2007.

J. Alberto Gonçalves da Motta
Assinatura do Solicitante

Autorização: Deferir, se em termos

Brasília, 29 de janeiro de 2007.

[Assinatura]
Assinatura e Carimbo

N° de fls. 108 Valor RS 54,50

Recebi as cópias solicitadas em 30/1/2007

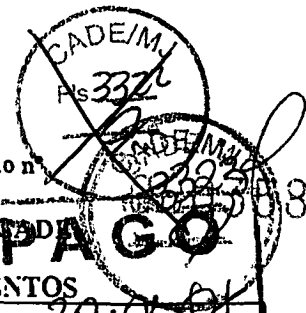
Ass: [Assinatura]

198



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADA
 FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS

Solicitação n.º



Data: 30/10/07

Nº dos autos: 08012.009888/2003-70

Assinatura _____

Solicitante: Rogério de Souza Mota Palomares

OAB: 7098/E RG: 2396125-DE TELEFONE: 61 39248133

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe ([] sim/procuração às fls. _____ [] não), vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, §3º, da Resolução CADE nº 12, requerer a extração de cópias das seguintes

peças: fls. 2896 e seguintes.
3309

Termos em que,
 pede deferimento.

Brasília, 29 de dezembro de 2007.

 Assinatura do Solicitante

Autorização: Diferença em termos (Público)

Brasília, 29 de dezembro de 2007.

 Assinatura e Carimbo

Nº de fls. 414 Valor RS 207,00

Recebi as cópias solicitadas em 01/10/07

Ass: _____



PAGO
 Data 06/01/07
 Assinatura [assinatura]

Solicitação n°

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS

CADE/MJ
 Fls. 3323
 CADE/MJ
 Fls. 3324

N° dos autos: 08012.009888/2003-70

Solicitante: Daniel Dias Jacome Reis

OAB: _____ RG: 218163-1 DF TELEFONE: 3326-7958

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe ([] sim/procuração às fls. ^{Aguard. Junte-se} [] não), vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, §3º, da Resolução CADE n° 12, requerer a extração de cópias das seguintes

peças: fls. 1 a 7 do apartado - Gilberto Gallo 07
fls. 204 a 210 do apartado - Gilberto Gallo II 7
fls. 116 a 122 do apartado - Air Products) - fls 1 e 11 do apartado

Termos em que, pede deferimento.

Carlos Cerezeiro

Brasília, 6 de FEVEREIRO de 2007.

[assinatura]
 Assinatura do Solicitante

Autorização: DEFIRO QUANTO AO APARTADO AIR PRODUCTS. DEFIRO OS DEMAIS.

Brasília, 6 de FEVEREIRO de 2007.

25 12,50
23 11,50
 Assinatura e Carimbo

N° de fls. 44 Valor RS 700 Recebi as cópias solicitadas em 7/2/07

[assinatura]
 Ass: [assinatura]

SICSI



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Solicitação n.º

3324
3325
PAGO
Data: 06/02/07
Assinatura

FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS

Nº dos autos:

PA nº 08012.009888/2003-70

Solicitante: **Andrea Hoffmann (Advocacia José Del Chiaro)**

OAB: 18.575 DF . RG: _____ . Telefone: 3328-1857 / 8115-5999 ,

devidamente qualificada (o) nos autos em epígrafe (sim/procuração às fls. _____ não), vem, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9º, §3º, da Resolução CADE nº 12, requerer a extração de cópia(s) da(s) seguinte(s) peça(s) processual(is):

cópia do parecer da SDE Confidencial (Air Liquide)

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília, 31 de janeiro de 2007.

Andrea Hoffmann
Assinatura do Requerente

Autorização: DEFIRO

Brasília, 25 de fevereiro de 2007

Dreno Zaban Carneiro
Assinatura e Carimbo
Assessoria em Políticas Públicas
do Poder Executivo

Nº de fls. 109 / Valor R\$ 54,50 Recebi as cópias solicitadas em 08/02/2007

Ass: Carolina Santos Silva

Sessão

PAGO



Data: _____

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Assinatura

FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS

PAGO

Solicitação n.º _____
Data: _____

Assinatura

3325
3326
DE/MH

Nº dos autos: PA nº. 08022.009888/2003-70

Solicitante: MARIA DA CARMEN B - GARCIA

OAB: 7450/DF RG: _____ TELEFONE: 33280431

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe ([] sim/procuração às fls. _____ [] não), vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, §3º, da Resolução CADE nº 12, requerer a extração de cópias das seguintes

peças: fls. 2903 até o final.
3315

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília, 01 de 02 de 2007

[Assinatura]
Assinatura do Solicitante

Autorização: De orden, De furo

Brasília, 01 de fevereiro de 2007

[Assinatura]
Assinatura e Carimbo

Nº de fls. 413 Valor RS 200,50

Recebi as cópias solicitadas em 09/02/07

Ass: [Assinatura]

PAGO

Data: 02/02/07

AmoB
Assinatura



PAGO

Data: 02/02/07

3327
Solicitação nº
Assinatura

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS

Nº dos autos: 08012.009888/2003-70

Solicitante: Amá Máis Macalhaus

OAB: - RG: 2362981 TELEFONE: 2104-5556

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe ([] sim/procuração às fls. _____ [] não), vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, §3º, da Resolução CADE nº 12, requerer a extração de cópias das seguintes

peças: cópia das fls. de nº 2.897 até o final.
3315

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília, 31 de Janeiro de 2007.

AmoB
Assinatura do Solicitante

Autorização: De ordem, Depre

Brasília, 02 de fevereiro de 2007.

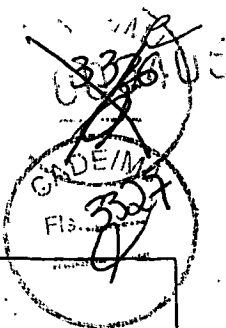
[Assinatura]
Assinatura e Carimbo

Nº de fls. 419 Valor RS 209,50

Recebi as cópias solicitadas em 09/02/07

Ass: [Assinatura]

Sicsei



PAGO

Data: 09/02/07



Solicitação n°

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS

N° dos autos: 08012.009888/2003-70

Solicitante: Ana Maria Magalhães.

OAB: - RG: 2362981 TELEFONE: 2104-5566.

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe ([] sim/procuração às fls. [] não), vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, §3º, da Resolução CADE nº 12, requerer a extração de cópias das seguintes

peças: cópia das folhas de número 1337 até a de número 1533

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília, 02 de fevereiro de 2007.

Assinatura do Solicitante

Autorização: DEFIRO.

Brasília, 05 de fevereiro de 2007.

Breno Antônio Carneiro
Assinatura e Carimbo
Especialista em Políticas Públicas
e Gestão Governamental

N° de fls. 196 Valor RS 98,00

Recebi as cópias solicitadas em 15/02/07

Ass:

SICSU



PAGO

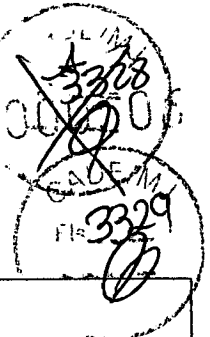
Data: 19/09/07

Jacob
Assinatura

Solicitação nº

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

FORMULÁRIO PARA REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS



Nº dos autos: AC nº. 08012.000207/2007-31

Solicitante: MARIA DA CARACAT B. CERACIA

OAB: 7450/DF RG: _____ TELEFONE: 33280431

Devidamente qualificado nos autos em epígrafe (sim/procuração às fls. _____ não), vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 9, §3º, da Resolução CADE nº 12, requerer a extração de cópias das seguintes peças:

petição protocolada sob
o nº. 08700.000406/2007-91 e ANEXOS

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília, 07 de 02 de 2007

Refarcio
Assinatura do Solicitante

Autorização: DEFIRO, 08 DE FEVEREIRO

Brasília, 08 de FEVEREIRO de 2007

[Assinatura]
Assinatura e Carimbo

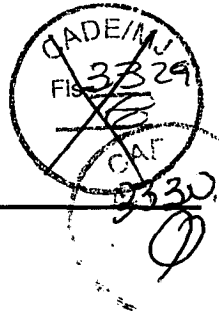
Nº de fls. 14 Valor RS 7100

Recebi as cópias solicitadas em 13/02/07

Ass: Refarcio



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE
Gabinete do Conselheiro *Abraham Benzaquen Sicsu*



Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70

Representante: SDE Ex-Officio


Representadas: AGA S/A; Air Liquide Ltda e Outras.

Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú.

DESPACHO

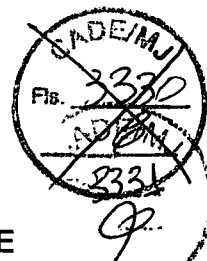
De ordem, encaminhem-se os autos ao Setor de Apoio ao Protocolo para abertura de novo volume.

Brasília/DF, 23 de fevereiro de 2007.


Breno Zaban Carneiro
Gestor Governamental



Ministério da Justiça
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE
Protocolo



CERTIDÃO

Certifico que fica encerrado o presente 14º (décimo quarto) volume do Processo nº 08012.009888/2003-70. Iniciando-se o 15º (décimo quinto) às folhas 3331.

Brasília, 23 de fevereiro de 2007.

José Jair Silva.
Chefe de Protocolo