Cade: produção de provas e dosimetria da multa em processo administrativo de investigação de cartel

Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66*

Representante: Secretaria de Direito Econômico — SDE *ex officio*

Representadas: Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí Ltda. — SMARJA; Aro Mineração Ltda.; Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos — SOMAR; e Comprove Consultoria e Perícia Contábil Cível S/C.

Advogados: Léo Iolovitch, Joel Picinini, Letícia Brossard Iolovitch, Antônio Henrique de Oliveira Braga Silveira e outros.

Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo

Ementa: I. Processo Administrativo instaurado pela SDE para apuração de práticas coordenadas anticoncorrenciais entre as empresas atuantes na extração de areia, âmbito da grande Porto Alegre/RS. II. Pareceres da SDE, ProCADE e MPF pela condenação. III. Preliminares suscitadas: cerceamento de defesa e ilicitude da prova emprestada. Inocorrência. Demais provas nos autos confirmam as condutas praticadas. Acesso e exercício de defesa oportunizado. Prova emprestada admitida. Precedentes do CADE, STJ e STF. IV. Mercado relevante pela ótica do produto:

* N. do E. Transcrição dos trechos mais relevantes do voto do conselheiro relator Paulo Furquim de Azevedo.

mineral proveniente do rio Jacuí, destinado à construção civil. Mercado relevante geográfico: até 100 quilômetros do local da extração. V. Poder de mercado das empresas decorrente do conluio entre elas. VI. Conduta anticoncorrencial comprovada. Existência de estudos para a combinação de preços, regras para o cartel e também para o seu monitoramento, lista de exclusão compartilhada. VII. Empresa de consultoria. Auxílio à implementação do cartel. Estudo elaborado para paridade de preços entre as empresas. Facilitação ao conluio entre a Smarja, Somar e Aro. VIII. Prova documental, gravações telefônicas e depoimentos que confirmam os ilícitos cometidos pelas partes. IX. Instrução e conclusão do Processo Administrativo na forma legal. X. Condenação das representadas ao pagamento de multa e a divulgação da prática aos seus clientes da decisão do colegiado, conforme os arts. 23, 24, 25 e 27 da Lei de Defesa da Concorrência.

VOTO **(versão pública)**

1. Descrição da conduta

Conforme consta no relatório, trata-se de processo administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), com base em inquérito da Polícia Federal, em face de **Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí Ltda. (Smarja); Aro Mineração Ltda. (Aro); Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos (Somar); e Comprove — Consultoria e Perícia Contábil Cível S/C (Consultoria Comprove)** para apurar suposta prática de cartel clássico, com fixação de preços e divisão de mercado, ilícito concorrencial tipificado no art. 20, I, II e IV, c/c art. 21, I, II, III e X, da Lei nº 8.884/94, bem como, no caso da Consultoria Comprove, auxílio à formação de cartel, conduta prevista no art. 20, I, c/c art. 21, inciso I, da Lei nº 8.884/94.

Por meio do Ofício nº 114/Socoe-PR/RS, o Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul remeteu à SDE cópia do Procedimento Administrativo nº 1.174/2005, que teve origem no Inquérito Policial nº 308/05, da Polícia Federal. No âmbito desse inquérito, foi realizada a operação Dragão I, que envolveu, além de interceptações telefônicas, busca e apreensão na sede das empresas Aro, Somar e Smarja e na residência de alguns de seus administradores.

No bojo desse inquérito foram obtidos indícios de que as empresas Aro, Somar e Smarja estariam praticando cartel no mercado de extração de areia, em certa área do Rio Grande do Sul, por meio da fixação paritária de preços, em função da compensação de custos relativos às distâncias entre as jazidas e os depósitos de areia localizados na região de Porto Alegre.

Ainda segundo o inquérito policial, as empresas estariam praticando divisão de mercado e recusando clientes que estivessem impedidos de comprar de uma das outras duas mineradoras representadas.

Já a Comprove Consultoria teria realizado um estudo comparando as distâncias das jazidas das três empresas em relação aos depósitos de areia, nas proximidades de Porto Alegre, a fim de sugerir quais preços deveriam ser praticados por cada empresa, de forma que houvesse uma paridade entre elas. Essa consultoria também teria sugerido que as empresas respeitassem sua carteira de clientes, evitando a migração de consumidores de uma para outra, e que elevassem o preço de forma gradual e homogênea.

2. Das defesas

Às fls. 443/455 consta defesa da Aro, que aduz os seguintes argumentos:

- os depoimentos existentes no âmbito do inquérito policial são destituídos de credibilidade, já que, com exceção de duas testemunhas, todos os depoentes são concorrentes das representadas, tendo, portanto, interesse de afastá-las do mercado;
- em relação ao suposto auxílio da Consultoria Comprove, afirmou tratar-se de estudo de preços encomendado, somente pela Aro, ao consultor de empresas Araújo José Machado, que buscava averiguar o limite de preços possíveis de serem praticados pela representada, com perda mínima de rentabilidade, levando em consideração o custo de transporte até o mercado consumidor e a existência de mineradoras clandestinas;
- as três empresas acusadas de cartel estariam, em verdade, articulando a constituição de um consórcio de mineração, nos termos dos arts. 76 e seguintes do Decreto nº 62.934/68 (Regulamento do Código de Mineração), o que justificaria as reuniões entre representantes das três empresas;
- a Aro teria mantido o preço inalterado durante anos, apesar do aumento dos custos no período, o que, por si só, afastaria a acusação de cartel;
- haveria 170 empresas autorizadas pelo DNPM a extrair areia no Estado do Rio Grande do Sul, além dos clandestinos, o que impossibilitaria a eliminação da concorrência por apenas três empresas;
- não haveria segregação de clientes, mas sim cadastro de inadimplentes para uso interno e não compartilhado com terceiros. Afirma que as demais empresas

podem ter registros semelhantes e que é possível que nomes inscritos em uma lista também apareçam nas outras, em virtude de endividamento contumaz.

Ao final, requereu a inquirição de testemunhas e a requisição de informações acerca da mineração clandestina nos rios Jacuí e Caí, a partir de 1999.

A Somar, em defesa de fls. 557/570, reitera os argumentos trazidos pela Aro de que os depoimentos não têm credibilidade; o estudo elaborado pela Consultoria Comprove foi demandado somente pela Aro; havia uma articulação para a formação de um consórcio; as três representadas juntas não teriam poder de mercado para eliminar a concorrência de 170 mineradoras autorizadas pelo DNPM; haveria cadastro de inadimplentes e não segregação de clientes.

A defesa da Consultoria Comprove foi apresentada em nome do sr. Araí José Machado, fls. 1.255/1.259. Sustenta que o estudo elaborado pelo sr. Araí teria sido encomendado somente pela Aro e que buscava averiguar o limite de preços possíveis de serem praticados pela Aro, com perda mínima de rentabilidade, levando em consideração o custo de transporte até o mercado consumidor e a existência de mineradoras clandestinas. Ressalta que nunca teve qualquer tipo de relacionamento com as empresas Smarja e Somar, cujos titulares nem sequer conhece.

A Smarja, em defesa de fls. 1.264/1.283, alega o seguinte:

- a matéria objeto deste processo já teria sido julgada pelo CADE no PA nº 08012.000208/99-79, no qual a Smarja foi acusada de cartel, o que foi afastado por este Conselho sob o fundamento de impossibilidade de condenação de uma única empresa por conduta concertada;
- os depoentes no inquérito policial seriam indivíduos inidôneos e inimigos declarados das representadas;
- a Smarja não teria nenhuma relação com a contratação do sr. Araí Machado, que seria de responsabilidade exclusiva da Aro;
- não haveria “nenhum impedimento legal que pessoas do mesmo setor possam encontrar-se e conversar. Assim, não merece a mínima consideração os depoimentos juntados na Nota que dão conta de eventual contato entre os titulares das outras representadas”. As tratativas entre representantes das empresas teriam como finalidade a constituição de um consórcio de mineração;
- a negativa de contratação abrangeria tão somente “pessoas que degradam o meio ambiente e praticam mineração irregular”.

Em 24 de outubro de 2007, a SDE encerrou a fase instrutória do processo e notificou as representadas para que apresentassem alegações finais.

A Somar, às fls. 1.839/1.843, alegou, como preliminar, cerceamento de defesa por indeferimento de produção de prova pericial e inspeção nas empresas representadas, bem como pela existência de apartado confidencial ao qual não teve acesso. No mérito, negou participação em qualquer tratativa ilícita, reiterando os argumentos aduzidos na defesa prévia. Adicionalmente, sustentou que a empresa teve prejuízo no resultado líquido de 1998 a 2002, o que afastaria a acusação de participação em cartel.

Em alegações finais de fls. 1.844/1.847, a Aro sustentou, em preliminar, cerceamento de defesa por não ter tido acesso a apartado confidencial dos autos. No mérito, reiterou os fundamentos de sua defesa prévia.

O sr. Araí José Machado, em nome da Consultoria Comprove, apresentou alegações finais em 5 de novembro de 2007 (fls. 1.848/1.849), em que alegou cerceamento de defesa, pelo mesmo fundamento da Aro, e, no mérito, reiterou os argumentos expostos na defesa prévia.

A Smarja, por sua vez, apresentou alegações finais de fls. 1.852/1.873, em que sustentou, preliminarmente, cerceamento de defesa por indeferimento de pedido de produção de prova e por existência de apartado confidencial ao qual não obteve acesso. No mérito, reiterou os argumentos expendidos na defesa prévia e sustentou que as representadas têm atuações distintas no mercado, derivadas de estruturas operacionais diferentes, o que tornaria impossível a formação de cartel. Também transcreveu trechos de depoimentos que comprovariam a ausência de danos à concorrência, a rivalidade entre os concorrentes e a iniciativa unilateral da Aro de contratar um consultor e de formar um consórcio de mineração, nos termos da regulamentação específica.

Em petição de fls. 1.990 a 1.992 dos autos, a Smarja alegou ter apresentado sua defesa, protocolada em 7 de novembro de 2006, e razões finais, protocoladas em 8 de novembro de 2007 e emitidas via SEDEX na data de 5 de novembro de 2007, dentro do prazo estipulado, ao contrário do afirmado pela SDE em sua nota técnica final nos pontos 20 e 102, em que considerou as manifestações da Smarja intempestivas. De fato, as defesas são tempestivas, porém não houve prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, visto que as manifestações foram avaliadas pela SDE e por este Relator.

Em petição protocolada em 15 de setembro de 2008, a Smarja requereu pedido de análise ao Colegiado, reiterando basicamente os argumentos e pedidos já exarados. Na data de 9 de outubro de 2008, a Smarja apresentou o memorial com as alegações finais, com uma síntese das questões anteriormente registradas.

3. Das preliminares

As representadas sustentaram, como preliminares, (i) cerceamento de defesa por indeferimento de prova pericial e de inspeção nas representadas para apurar

se houve paridade de preços, (ii) cerceamento de defesa por falta de acesso a apartado confidencial, e (iii) ilicitude das provas.

As alegações não merecem acolhida. Em relação ao primeiro ponto, a Administração Pública não está obrigada a aceitar todo o tipo de pedido de produção de prova. O §2º do art. 38 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, é claro ao afirmar:

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

(...)

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

A SDE indeferiu a produção dessa prova por considerá-la desnecessária, *in verbis*:

Tanto a Smarja quanto a Somar solicitam que sejam identificados (i) os preços praticados pelas empresas denunciadas nos últimos anos, como forma de verificar se houve paridade danosa à concorrência, e (ii) as práticas comerciais adotadas pelas empresas denunciadas, tais como condições de pagamento. Nesse sentido, esclarecemos que a prova da ocorrência dos efeitos da conduta não é exigida pela Lei nº 8.884/94, que, em seu art. 20, considera infração à ordem econômica “os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (...)”. Assim, a lei não exige que a conduta efetivamente produza efeitos negativos à concorrência, bastando que a prática tenha por objeto ou possa produzir tais efeitos, o que torna essa prova desnecessária.

Para ratificar nossa afirmação, transcrevemos abaixo trecho do voto do Conselheiro Luis Fernando Schuartz, proferida no âmbito da Averiguação Preliminar nº 08012.005899/2002-08:

“(...) é corrente a posição de que a infração ‘em razão do objeto’ é somente uma das duas espécies de ilícito antitruste previstas no art. 20 da Lei nº 8.884/94. A outra consiste na infração ‘em razão da verossimilhança da obtenção do efeito’ qualificado como anticompetitivo, a qual independe seja da motivação do agente, seja da verificação de que o resultado previsto em um dos incisos do art. 20 ocorreu efetivamente.”

Além de estar o argumento da SDE correto, o que já seria condição suficiente para rejeitar esta preliminar, tal rejeição é também amparada por outro fundamento.

As informações sobre os preços efetivamente cobrados por Aro, Smarja e So-mar solicitadas à Administração Pública estão em poder das próprias representadas, que poderiam tê-las apresentadas em qualquer momento do processo.

Caso fosse realmente do interesse das representadas a demonstração de que não houve paridade nos preços cobrados, ao contrário das provas dos autos e apesar de ser inútil para o afastamento da imputação de ilícito concorrencial, essas empresas teriam apresentado as notas fiscais que estão em seu poder, com a respectiva demonstração de que os preços praticados à época dos fatos investigados não eram paritários.

Ressalte-se que para a constatação de um cartel, não é necessário que os preços sejam paritários, mas sim a cobrança de preços acordados. Isso porque, racionalmente, qualquer preço acordado entre concorrentes será superior ao que seria praticado em condições de concorrência e, portanto, lesivo ao bem-estar social e, em última análise, ao consumidor final. Aliás, a acusação em curso não recai somente sobre acordo em preços, mas também divisão de mercado e acordo sobre condições de venda. Portanto, não houve cerceamento de defesa no indeferimento desse pedido das representadas.

A alegação de cerceamento de defesa por falta de acesso a apartado confidencial aberto pela SDE tampouco merece acolhimento. Sobre esse ponto, a SDE aduziu o seguinte:

Dessa forma, não há que se falar em cerceamento de defesa, tendo em vista que os autos apartados sempre estiveram à disposição das representadas para consulta e cópia. As representadas, por sua vez, nunca manifestaram interesse em conhecer o conteúdo do processo. Não há, nos autos, nenhum pedido de vista e/ou de cópias por parte das representadas, tampouco pedidos que tenham sido indeferidos por esta Secretaria. Isso prova que o processo sempre esteve à disposição das representadas e que a SDE nunca apresentou nenhum óbice à consulta dos autos, o que é bastante para afastar a alegação de cerceamento de defesa.

Quanto ao apartado em questão constituído no dia 13/09/2007, esclarecemos que as partes foram intimadas, por meio do despacho nº 656, publicado no dia 11 de setembro de 2007 (fl. 1.628), para manifestar-se a respeito da degravação das oitivas de testemunhas. Destacamos também que as oitivas puderam ser acompanhadas pelos representantes legais de todas as empresas representadas, que puderam tanto presenciar os questionamentos elaborados pela Secretaria de Direito Econômico quanto questionar amplamente as testemunhas sobre os fatos de seu interesse.

Com efeito, até o dia 15 de setembro de 2008 não havia nenhum pedido de vista ou de cópia do referido apartado confidencial. Em tal dia, a Aro apresentou

petição dirigida a este relator, requerendo vista, que foi deferida no mesmo dia, pelo Despacho nº 623/2008/GAB/PFA (fl. 2.093). O interessante é que essa representada jamais veio ao CADE ter a vista requerida.

Esse apartado confidencial traz a de gravação da oitiva do sr. Araújo José Machado, e lhe foi atribuída confidencialidade em virtude de trechos que abordaram escutas telefônicas realizadas pela Polícia Federal na operação Dragão II, as quais têm tratamento sigiloso.

Como consignado no trecho do parecer da SDE citado supra, as representadas foram intimadas em 13 de setembro de 2007 para manifestarem-se sobre a de gravação das oitivas de testemunhas, inclusive da contida no citado volume confidencial. No período de um ano, as representadas não apresentaram sequer um pedido de vista ou de cópia dos autos e, quando, em 15 de setembro de 2008, a Aro pediu vista dos autos, nenhum representante ou procurador desta empresa compareceu ao CADE para obtê-la, apesar de prontamente deferida por este relator. Ao invés de cerceamento de defesa, houve omissão da defesa.

Sobre a alegação de ilicitude da prova, esta merece ser afastada. O acesso à parte do Inquérito Policial nº 308/2005 pela SDE foi formalmente requisitado pela Advocacia Geral da União (autos confidentiais, acesso às representadas, Ofício nº 1.159A/2006) e autorizado pela Justiça Federal de Porto Alegre em 26 de setembro de 2006. Por meio desse material, em conjunto com os documentos trazidos quando da denúncia, a Secretaria de Direito Econômico obteve o acesso aos demais documentos colhidos nas operações de busca e apreensão, incluindo a versão escrita e em áudio da interceptação telefônica realizada no celular de Fernando Machado Borges, sócio da empresa Aro.

Assim, dentro da legalidade, pois devidamente permitido pelo Judiciário, e útil para correta análise do Processo Administrativo, entendo serem lícitas as evidências utilizadas pela SDE (as denominadas “provas emprestadas”). Sobre a legalidade de utilizar esse tipo de prova, o CADE já se manifestou no caso do Cartel dos Vigilantes (PA 08012.001829/2003), e colaciono que o mesmo entendimento compartilha o Supremo Tribunal Federal¹ (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)² nos seus julgados.

Dessa forma, rejeito as preliminares.

¹ “PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei Federal nº 9.296/96.

² ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PROVA EMPRESTADA. PROCESSO CRIMINAL. POSSIBILIDADE.

4. Da existência de poder de mercado

A oferta de areia destinada à construção civil, na região de Porto Alegre, compreende a sucessão das seguintes atividades e ativos correspondentes: (i) empresas detentoras de autorização do DNPM (concessão de lavra ou licenciamento), (ii) barcos que fazem a extração (dragas), (iii) barcos que realizam o transporte e (iv) depósitos de areia.

Dos depoimentos constantes no processo (fls. 77 a 80 e fls. 1.751 a 1.778) e das informações prestadas pelas representadas, pode-se constatar que Aro, Smarja e Somar são detentoras de autorização do DNPM para extração de areia e, algumas delas, atuam também na extração propriamente dita. Normalmente, as dragas e os barcos de transporte, quando não pertencem às autorizatárias, são detidos por proprietários de depósitos de areia ou até mesmo por terceiros independentes, que efetivamente fazem a extração do mineral. Nessa cadeia de atividades, a autorização do DNPM (concessão de lavra ou licenciamento) para exploração com exclusividade nas respectivas áreas autorizadas é o elemento-chave de concorrência, dada a existência de barreiras à entrada, conforme será detalhado mais à frente neste voto. O emprego de dragas, barcos para transporte ou área para estocagem de areia é atividade em que é menor as barreiras à entrada, não estando associadas diretamente à possibilidade de exercício sustentado de poder de mercado. Portanto, o que as representadas guardam em comum é o fato de serem detentoras de autorização para exploração, a qual pode ser feita diretamente, por seus próprios barcos, ou por terceiros, que são obrigados a pagar pelo acesso ao recurso mineral.

O mercado relevante sob o prisma do produto foi definido pelos órgãos pareceristas como sendo o de areia proveniente do rio Jacuí, destinada à construção civil. A SDE baseia essa conclusão em depoimentos colhidos da instrução deste processo e em um precedente do CADE, o AC nº 08012.003003/2000-86. Nos depoimentos, ficou demonstrado que a areia extraída nas áreas das representadas é utilizada quase que exclusivamente na construção civil. Por sua vez, quase a totalidade da areia utilizada na construção civil da área da grande Porto Alegre, da região serrana e de parte da região litorânea do Rio Grande do Sul provém do rio Jacuí. No AC nº 08012.003003/2000-86, o CADE definiu o mercado relevante da mesma forma.

1. O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado estejam amparados em prova pré-constituída.

2. Conforme precedentes, é legal a utilização de prova emprestada de processo criminal na instrução do processo administrativo disciplinar. (...) (MS 10.874/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 13-9-2006, DJ de 2-10-2006. p. 220.)

Sobre a dimensão geografia, há diversos depoimentos nos autos que afirmam que a comercialização de areia só é viável a uma distância máxima de 100 quilômetros do local da extração, seja por conta dos custos de transporte, seja pelas condições de navegação específicas do rio Jacuí.

Dessa forma, o mercado relevante é o de empresas detentoras de autorização do DNPM para extração de areia em área localizada a até 100 quilômetros da cidade de Porto Alegre.

Segundo mapa apresentado pelo DNPM (fl. 30 da nota técnica da SDE, versão confidencial), as representadas dominam praticamente a totalidade das áreas de exploração com essa localização. Para se ter uma ideia da participação conjunta das representadas, mesmo se fosse admitido um mercado ampliado para todo o Rio Grande do Sul, a Aro deteria 7,12%; a Smarja, 22,95%; e a Somar, 17,34%, totalizando mais de 47% do mercado, montante ainda suficiente para se presumir poder de mercado.

Esses dados são, inclusive, próximos aos percentuais referidos pelos depoentes do processo administrativo ao serem questionados quanto à participação de cada uma dessas empresas no mercado de extração de areias para o abastecimento da região metropolitana.

Cabe destacar que a afirmação das representadas, nos diversos momentos de defesa ao longo do processo, de que não teriam poder de mercado por haver em torno de 170 empresas autorizadas pelo DNPM para extração de areia no Estado do Rio Grande do Sul não tem fundamento. Por óbvio, a grande quantidade de empresas com autorização do DNPM não afasta o fato de as representadas serem responsáveis por aproximadamente 50% da areia comercializada no Estado e por quase a totalidade da areia extraída no mercado relevante.

Ainda, sendo o produto mineral utilizado para a construção civil segundo os dados apresentados e devidamente analisados nos pareceres, não há produtos substitutos, de tal modo que a sua demanda tende a ser insensível a preços (baixa elasticidade-preço da demanda), o que aumenta consideravelmente os ganhos decorrentes de eventual abuso de poder de mercado.

Do ponto de vista da oferta, mesmo constando a informação de que existe outro processo para extração de areia, isto é, o processo subsidiário à britagem (ou pó de brita), esta não pode ser considerada como alternativa do produto no mercado consumidor, pelos seguintes motivos: (i) as características dos minerais oriundos desse processo diferem das especificações requeridas pela construção civil, não sendo sua utilização a mais apropriada; (ii) a quantidade de areia proveniente do processo subsidiário à britagem é ínfima, se comparada ao total de areia proveniente dos rios.

É importante destacar que há barreiras regulatórias à entrada no mercado de extração de areia, dada a necessidade de estudos complexos e detalhados que

demandam grande aporte financeiro. Ainda, o procedimento para a concessão da exploração tem um tempo considerável de demora, pois é somente após a pesquisa obrigatória de impacto ambiental, por exemplo, que o órgão responsável irá apreciar o pedido para a emissão da lavra ou portaria de licenciamento. E isto dentro de uma ordem de requerimento a ser observada.

Depois de emitida a lavra de permissão, a concessão pode ser por tempo indeterminado, sem a prerrogativa de posteriormente ser requerido concessão diversa a já existente na mesma jazida de extração de areia, ou seja, se a detentora do título não quiser alienar seu direito de exploração (em todo ou em parte), não haverá possibilidade de novos competidores ingressarem no mercado. Tal questão foi, inclusive, reconhecida por Lúcio Boppré, advogado, em depoimento perante a SDE (fls. 1.698/1.723), como se pode visualizar no registro abaixo:

Sr. Lúcio: (.) Essa portaria de lavra, ou seja, o título de lavra, ele constitui uma verdadeira propriedade do seu titular, integra o patrimônio de seu titular. Tanto é que pode ser objeto de venda, de permuta, de arrendamento, a portaria, o alvará de pesquisa, não pode ser arrendado, mas a portaria de lavra sim.

Caso haja empresas que pretendam ingressar neste mercado de extração de areia, estas deverão procurar locais mais afastados do principal mercado consumidor do Estado do Rio Grande do Sul, e, conseqüentemente, fora do mercado relevante geográfico.

Assim, as barreiras à entrada somadas à essencialidade do insumo para a cadeia produtiva a jusante e à elevada participação de mercado de Aro, Somar e Smarja não deixam dúvidas de que as representadas possuem, em conjunto, poder de mercado suficiente para determinarem o preço do produto no mercado relevante.

[Texto suprimido]

Da ocorrência de cartel: síntese

Como visto, o conjunto probatório trazido pela SDE é sólido, abrangente e não deixa margens para controvérsias. São escutas telefônicas, documentos apreendidos nas sedes das empresas e depoimentos prestados por testemunhas e pelos dirigentes das representadas que demonstram de forma inequívoca o conluio entre Aro, Smarja e Somar para fixar preço, dividir mercado e estabelecer regras uniformes de atuação. A abundância de provas diretas gerou efeito, inclusive, na

defesa das representadas, que em momento algum refutou qualquer dos documentos ou escutas existentes nos autos. Aro, Smarja e Somar limitaram-se a levantar supostas nulidades processuais e a alegar, sem indicar qualquer elemento concreto de comprovação, que as reuniões e contatos entre as empresas tinham como finalidade a constituição de um consórcio com fins lícitos, mas que acabou não sendo implementado.

Ora, independentemente do nome que as empresas queiram dar ao seu acordo, o fato é que dirigentes de três empresas concorrentes discutiram e acordaram preços de venda, divisão de mercado e regras de atuação. Trata-se, portanto, de infração tipificada pela lei antitruste, mais precisamente o art. 20, I, II e IV, *c/c* art. 21, I, II, III e X, e sujeita às penas previstas nos arts. 23 e 24.

6. Do ilícito de auxílio à prática de cartel

A Consultoria Comprove é acusada do ilícito previsto no inciso II do art. 21 da Lei nº 8.884/94: “II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (...)”

Antes de iniciar a análise da conduta praticada pela Consultoria Comprove, cabe deixar claro um ponto que ficou algo obscuro nos pareceres da SDE, da ProCADE e do MPF. Os ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.884/94 independem de culpa, por expressa determinação legal, que assim prevê:

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

Para a configuração de uma infração concorrencial, portanto, pouco importa se o agente tinha a intenção de praticar o ilícito (dolo) ou se agiu com imprudência, negligência ou imperícia (culpa em sentido estrito). Trata-se de responsabilidade objetiva, que emerge com a demonstração da conduta, dá possibilidade de ocorrência de um ou mais efeitos do art. 20 (ou mesmo do objetivo de alcançar tais efeitos, ocasião em que está necessariamente presente o dolo) e do nexo causal entre a conduta e a possibilidade de dano. A má-fé do infrator entra somente na do simetria da pena, nos termos do inciso II do art. 27 da Lei nº 8.884/94.

O enquadramento da conduta da Consultoria Comprove no tipo descrito no art. 20, I, *c/c* art. 21, inciso I, da Lei nº 8.884/94 não depende, portanto, da intenção da representada, mas da ocorrência de duas condições necessárias. Primeiro, é necessário que haja nexo causal entre a conduta praticada pela Comprove e o dano

inerente à sociedade pela formação do Cartel, no todo ou em parte, de modo a caracterizar o auxílio à prática de cartel. Segundo, é necessário que a conduta seja específica ao caso e não uma atividade genérica com efeitos sobre todos os casos concretos e potenciais.³ Dessa forma, a tipificação do ilícito da consultoria depende de se mostrar que a sua conduta tomou o cartel viável ou mais fácil de ser realizado e que tal conduta tenha sido específica ao caso concreto. Como se verá, ambas as condições estão presentes no caso em pauta. Por tais razões, verifica-se, a seguir, a relação causal entre a conduta da Comprove de auxílio à prática de cartel e a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre as supostas concorrentes, no caso, Aro, Smarja e Somar.

A Comprove, por meio de um de seus sócios, sr. Araí José Machado, elaborou um estudo que tinha por objeto a determinação de um preço paritário para ser praticado por cada empresa. Transcrevo o inteiro teor de tal estudo:

A finalidade do presente trabalho é verificar o impacto percentual em razão da correção das cargas das embarcações, cujo abatimento oferecido pela Aro é justificado pela necessidade de bancar a competitividade do negócio, bem como **o ajuste no preço praticado pela Somar para manter a paridade existente.**

A base para identificação do percentual médio de abatimento na carga das embarcações concedido pela Aro foi o movimento verificado no mês de outubro/2004 — último cujas demonstrações financeiras encontram-se encerradas. No período, os percentuais concedidos às embarcações variaram entre 3,85% a 65,55%, sendo possível afirmar que os poucos casos de abatimentos mais baixos foram concedidos para embarcações eventuais, com discreta participação no movimento mensal e os mais expressivos foram concedidos para embarcações tradicionais com efetiva participação no movimento mensal.

O percentual de abatimento médio nas cargas das embarcações em outubro/2004, que certamente deve corresponder proximamente dos demais meses, foi de 29,40%. A regularização simples deste abatimento implicaria em afetar o preço em R\$ 0,83/m², que, considerado o preço praticado pela Aro — R\$ 2,00/m³, gera um efeito que equivale elevar o mesmo para R\$ 2, 83/m³, sem os custos adicionais para retirada do produto, em face da distância percorrida em relação à Somar.

³ Esta segunda condição retira a ilicitude de atos que possam guardar relação causal com o ilícito antitruste, mas que cuja constituição deste se afasta. Este seria o exemplo de uma inovação em meios de comunicação que possa tornar viável um determinado cartel (nexo de causalidade), mas cuja origem em nada se relaciona ao caso concreto.

O ajuste no preço praticado pela Somar, necessário para manter a paridade de atual, foi obtido a partir do acréscimo de cinco insumos que impactam os custos das embarcações que retiram areia na Aro/Smarja — óleo diesel, custo adicional com a tripulação das embarcações, perda econômica pela redução do número de viagens mensais, custo adicional com a depreciação das embarcações e custo adicional com manutenção das mesmas.

Considerando a distância entre a Somar e Aro/Smarja, bem como a redução da quantidade de viagens das embarcações que retiram areia nas duas últimas, os custos adicionais referidos acima com base na carga média das embarcações que retiram areia na Aro — $238,5/m^3$, por viagem, correspondem:

- Custo Adicional Óleo Diesel: R\$ 262,50
- Custo Adicional Pessoal — Tripulação: R\$ 86,36
- Perda Econ. c/ Redução nº de Viagens: R\$ 111,29
- Custo Adicional Deprec. Embarcação: R\$ 12,63
- Custo Adicional c/ Manutenção Embarg.: R\$ 37,88
- Custo Adicional Total p/ Viagem: R\$ 510,66
- Custo Adicional p/ m^3 : R\$ 2, 14

Assim, o preço final que deve ser praticado pela Somar para manter a paridade existente, eliminando o abatimento médio na carga concedido pela Aro é de R\$ $4,94/m^3$ ($R\$ 2,8^o/m^2 + R\$ 2,14/m^3$), com a Aro e Smarja praticando o preço de R\$ $2,00/m^3$.

Enquanto isso, o efeito do preço na eliminação dos abatimentos concedidos pela Aro elevaria o custo da areia para os seus clientes para R\$ $4,97/m^3$ ($R\$ 2,83/m^3 + R\$ 2,14/m^3$).

Esta medida recomendaria, para segurança das participantes, em estabelecer acordo que respeite as carteiras de clientes e evite a migração de um para o outro.

Também, como medida de bom senso e evitando o impacto negativo no mercado, os acréscimos (correção das cargas e elevação no preço) devem ser adotados de forma gradual, cujo tempo poderá ser melhor definido pelas partes — um ano, 18 meses, dois anos, enfim, conforme a conveniência de mercado.

Na hipótese de não haver acordo na adoção das medidas aqui sugeridas e, objetivando a recuperação do preço do produto em termos reais, **a alternativa seria a aplicação de aumentos periódicos idênticos pelas três mineradoras, mantendo-se a política operacional existente e estabelecendo acordo de não migração de clientes.**

Fica claro que o documento instrumentaliza as representadas para a prática do cartel, na medida em que demonstra qual seria o preço paritário, recomenda a melhor forma de implementação dos aumentos e sugere a adoção de acordo de não migração de clientes.

A essencialidade da conduta da Comprove para a implementação do cartel transparece da defesa das demais representadas. Em particular, no memorial apresentado pela Smarja, em 9 de outubro de 2008, a empresa argumenta pela impossibilidade fática do cartel, visto que:

(...) a areia é um minério de valor muito baixo e, por isso, o preço cobrado junto ao mercado varia, essencialmente, de acordo com o custo de transporte; ou seja, a empresa que tem as jazidas mais próximas do mercado relevante (Somar) jamais teria interesse em formar um “cartel” com as suas concorrentes (Smarja e Aro), cujas jazidas são mais distantes da capital e, assim, não conseguem estabelecer os mesmos preços.

De fato, um cartel nessa situação não pode se basear em preços iguais, mas em preços diferenciados para cada empresa, fazendo com que o consumidor não tenha incentivos para migrar para um suposto concorrente. Tal solução exigiu a intervenção da empresa de consultoria, sem a qual o cartel seria inviável ou de mais difícil implementação.

O autor do documento, Araújo José Machado, em depoimento à SDE, admitiu ainda ter participado de reunião com representantes da Aro, da Smarja e da Somar para apresentar o estudo:

[Confidencial]

O sr. Araújo, em defesas que serão entendidas como feitas em nome da Consultoria Comprove, jamais contestou o teor do documento. Limitou-se a argumentar ter se tratado de estudo elaborado somente para a empresa Aro, com a finalidade de estimar o preço ideal a ser por ela praticado no mercado em questão.

Essa alegação, contudo, além de inverossímil, é contrária às provas dos autos. Conforme afirma o próprio estudo, “(...) o ajuste no preço praticado pela Somar, necessário para manter a paridade atual, foi obtido a partir do acréscimo de cinco insumos que impactam os custos das embarcações que retiram areia na Aro/Smarja (...)”. Revela-se o absurdo da alegação: um estudo elaborado para a Aro sugere o ajuste no preço da suposta concorrente SOMAR! Ademais, o estudo fez uso de informações das três empresas que são tipicamente confidenciais, pois de cunho estratégico ao negócio. Portanto, a Comprove não teria como realizar a comparação para o preço paritário se apenas a Aro a tivesse contratado e sem o conhecimento e consentimento das demais.

Outra questão defendida pelo sr. Araí é que a empresa de consultoria não teve qualquer tipo de relacionamento com as empresas Smarja e Somar. Contudo, como se verificou pelas provas apresentadas, o nome do sr. Araí consta em alguns dos documentos colhidos nas sedes das empresas. Ainda, o próprio depoimento de sua participação em reuniões com as três empresas demonstra um relacionamento.

Além disso, a conduta de auxílio ao cartel não apenas se nota com a sugestão de preços a praticar, mas também no modo de implementação, o qual, ademais, revela o interesse em acobertar a elevação concertada de preços. É o que se depreende da seguinte passagem do mesmo estudo: “(...) a alternativa seria a aplicação de aumentos periódicos idênticos pelas três mineradoras, mantendo-se a política operacional existente e estabelecendo acordo de não migração de clientes”. Resta claro o incentivo à prática colusiva entre as empresas Aro, Smarja e Somar.

Enfim, a tese da defesa é desmentida pelo próprio teor do estudo e pelo depoimento do próprio sr. Araí. Em síntese, as condutas praticadas pela Comprove têm nexos causal com a formação do cartel pelas demais representadas, bem como constituiu atividade específica ao caso concreto.

Em casos análogos, as autoridades antitruste de outras jurisdições já tiveram a oportunidade de se manifestar sobre esse ponto. Em precedentes levantados pela SDE, nos Estados Unidos, no caso das mangueiras marítimas, a empresa PW Consulting exerceu a função de recepção das informações e apoio ao cartel, tendo sido condenada por colaboração para a manutenção e estabilidade do acordo. Também na Comissão Europeia, a empresa AC Treuhand AG (AC Treuhand) foi condenada por auxílio à realização do ilícito no caso de cartel de peróxido orgânico.⁴ A Comissão considerou que a empresa, mesmo não atuando diretamente como produtora, realizou serviços que facilitaram e permitiram a formação e manutenção do cartel.

Como consequência, é inegável que a Consultoria Comprove influenciou a adoção de conduta concertada entre concorrentes. A conduta merece ser tipificada no art. 20, I, c/c art. 21, inciso II, da Lei nº 8.884/94.

7. Da aplicação da pena e individualização das condutas

7.1 Sobre os parâmetros para quantificação da multa

Os critérios de aplicação da pena por ilícito concorrencial estão previstos nos incisos do art. 27, como se segue:

⁴ Case T-99/04, 8 de julho de 2008.

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

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

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

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

Trata-se de norma geral, aplicável a qualquer das penas previstas na lei, como exposto no *caput*. Contudo, especificamente para a pena de multa, a reincidência prevista neste artigo não deve se restringir aos limites previstos no inciso I do art. 23 da Lei nº 8.884/94. Isso porque há norma específica para a reincidência no que tange à pena de multa, exatamente o parágrafo único do art. 23, que prevê o seguinte: “Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.

A reincidência, portanto, é causa de aumento de pena, o que muda os limites da multa previstos no inciso I do art. 23 para 2% a 60%. Isso é importante porque, pelo sistema legal, uma empresa pode ter multa estabelecida no teto ordinário de 30% mesmo sem ser reincidente. Para isso, basta que todos os outros critérios do art. 27 sejam-lhe desfavoráveis.

Cabe ressaltar um outro ponto essencial à evolução da defesa da concorrência no Brasil. Este Conselho deve avançar no estabelecimento de punições mais duras em ilícitos de cartel, aquele que é, de modo incontroverso, o mais grave dos ilícitos antitruste, alcançando nas mais variadas jurisdições a pena máxima prevista.

Por outro lado, a Lei nº 8.884/94 traz inúmeros tipos infracionais, todos sujeitos às mesmas penas em abstrato. O legislador atribuiu ao CADE a tarefa de identificar no caso concreto o montante ideal de pena, respeitados os critérios do art. 27. Contudo, penso que este Conselho pode dar mais transparência, coerência e, consequentemente, segurança jurídica à sua atuação como órgão decisório, estabelecendo, no bojo de suas decisões, critérios para a dosimetria da pena de multa que levem em conta, principalmente, o tipo de infração à ordem econômica praticada e seu potencial lesivo aos bens jurídicos tutelados pela Constituição da República e pela Lei nº 8.884/94.

No caso da infração implementada do chamado cartel clássico, caso em que os danos gerados são presumidos, quando não quantificados, o CADE deve estabelecer punições que variam entre o máximo legal, 30%, para a empresa claramente líder, e 15% para empresa(s) com muitas atenuantes. Esse espectro seria preenchido com as peculiaridades da atuação de cada representada, o que garantiria a individualização da pena, sem ameaçar o efeito punitivo e inibitório que deve ter uma punição relativa à infração de tal gravidade.

7.2. Sobre a base de incidência da multa e sua correção

O cálculo da pena, tal como descreve o inciso I do art. 23 da Lei de Defesa da Concorrência, tem como base de incidência o faturamento bruto da empresa do ano anterior à instauração do processo administrativo, subtraídos todos os impostos. Do resultado, aplica-se a percentagem que se condena pela infração, tendo-se o valor da multa a ser paga. Esse valor, por sua vez, deve ser atualizado, conforme o disposto no art. 9º da Lei nº 9.021/95, que afirma que o faturamento-base deve ser “corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos *em atraso*, até a data do recolhimento da respectiva multa” (grifei).

Não há qualquer controvérsia quanto à aplicação da variação da Selic para a atualização de tributos federais pagos em atraso e que é este o índice de correção que deve ser utilizado para a correção do valor da multa já liquidada pelo CADE. A dúvida haveria sobre a pertinência de sua aplicação para o período de curso do processo administrativo, em que as representadas não se encontram ainda em mora com a administração pública. Tal argumento, expresso no Despacho nº 012/2006 da ProCADE, referente ao caso INFOGLOBO (PA nº 08012.002097/99-81), pode ser sintetizado como se segue. Como a Selic é uma taxa de juros nominal, esta amalgamaria a (já extinta) correção monetária e os “juros de mora” (mais precisamente os juros reais). Não havendo mora, dever-se-ia expurgar da Selic seu componente de juros real ou, alternativamente, utilizar diretamente um índice de inflação, livre de quaisquer juros.

Essa conclusão decorre de um *a priori* que não me parece correto: a não incidência de juros (de mora) no período de tramitação do Processo Administrativo.

O conceito de “juros de mora” é secular, bastante anterior à criação da correção monetária, uma particularidade das normas financeiras do Brasil na segunda metade do século XX. Foi com o PAEG, em 1965, que os economistas criaram o mecanismo de correção monetária, como forma de desenvolvimento do sistema de crédito, ao reduzir as incertezas quanto à remuneração do capital. A fundamentação jurídica para a utilização de juros de mora é anterior, referindo-se, como

na maior parte dos países, a juros nominais. Foi o que a legislação pós-Plano Real procurou restabelecer.

A incidência de juros de mora, em casos de não pagamento, tem o papel apenas de correção do valor do dinheiro no tempo, ou seja, a determinação do equivalente monetário em moeda corrente ao montante apurado no passado. Trata-se de critério relevante para a determinação de equivalentes porque reflete, mesmo que imperfeitamente, o custo de oportunidade do dinheiro e nada mais do que isso.

Para dissuadir o não pagamento por parte do devedor, é necessário mais do que os juros, que, mais uma vez, apenas transformam equivalentes monetários no tempo. Para isso, é aplicada multa por não pagamento, tendo esta, portanto, papel distinto dos juros, sendo aplicada uma única vez, quando verificado o comportamento que se pretende dissuadir (i.e., não atrasar o pagamento).

Ao mencionar a atualização do faturamento-base, o legislador deseja manter o efeito dissuasório das penalidades administrativas, evitando que a demora na análise se traduza em punição menor do que aquela sugerida em lei. Portanto, a aplicação do critério de “correção de impostos pagos em atraso” busca preservar a eficácia das sanções administrativas, de tal modo que o faturamento-base sobre o qual incide a multa seja equivalente monetariamente ao faturamento obtido no ano anterior à instauração do Processo Administrativo. Para tanto, tal faturamento deve ser corrigido pela taxa de juros nominal, ou seja, a Selic.

É importante também lembrar que o faturamento é uma *proxy* para o benefício auferido pelo ilícito antitruste.⁵ O valor presente desse benefício é calculado pela incidência do custo de oportunidade do dinheiro, ou seja, a taxa de juros nominal. Portanto, a manutenção do efeito dissuasório depende da correção integral desse valor, sob pena de tornar extremamente vantajosas as estratégias meramente protelatórias dos representados com elevadas chances de condenação.

Em se prevalecendo a tese de correção apenas por índice de inflação, poder-se-ia incorrer no contrassenso de dois processos administrativos, que tratem de conduta similar, cujos fundamentos para definição da magnitude da pena sejam semelhantes, o que levaria a uma conclusão também semelhante (e.g., multa de 20% do faturamento). Entretanto, por estratégias protelatórias das representadas no segundo caso, o primeiro poderia ser concluído em seis meses e o segundo em sete anos. Essa diferença de tempo, em que não se aplicaria integralmente a correção desse montante, resultaria, no segundo caso, em uma multa efetivamente menor do que a metade da multa aplicada no primeiro caso.

⁵ Mesmo que se considere que o faturamento seja uma *proxy* para o porte da empresa, o argumento que se segue permanece válido.

Finalmente, a analogia com o regime tributário não é perfeita, o que levou o legislador a explicitar “impostos pagos em atraso”, mesmo não estando ainda o administrado em mora. O motivo é que a liquidação do valor do tributo a ser pago se dá no momento da apuração do fato gerador, não necessitando qualquer atualização nominal. A incidência de juros de mora quando há atraso no pagamento se justifica apenas, como já argumentado, para definir o equivalente no tempo desse montante. A punição pelo atraso no pagamento é realizada por meio da multa que incide cumulativamente aos juros de mora.

Em síntese, concluo que o índice utilizado para correção do valor a ser liquidado deve ser a Selic, como previsto no art. 9º da Lei nº 9.021/95.

Outra questão importante é a denominada “Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais” (Cfem) que as empresas mineradoras pagam pela exploração do bem que lhe foi concedido pelo Estado.

Como a lei prescreve que os impostos são subtraídos no valor do faturamento bruto para o cálculo, o que se faz presente para esclarecer é que esta parcela paga pelas mineradoras não é considerada tributo e integra o valor considerado. Esse foi também o entendimento do STF, que no julgamento do REsp. 228.800-5/DF declarou a natureza jurídica da Cfem como não tributária, mas de parcela correspondente a um preço público e, portanto, a compensação desses minerais é configurada na receita patrimonial da concessionária exploradora do mineral.

Os cálculos do valor das penas e a relação dos impostos deduzidos, estão devidamente discriminados em tabela, no anexo I do voto.⁶

Feito esse introito, passo à individualização da pena de cada representada.

7.3 Aplicação da pena à Aro Mineração Ltda.

A Aro praticou o ilícito de maior gravidade da legislação de defesa da concorrência. Sem dúvida, o cartel é a infração que mais danos causa à ordem econômica e, mais especificamente, ao consumidor. Também ficou claro que a Aro teve a intenção de aumentar os preços, dividir mercados e definir padrões de venda mediante acordo com concorrentes, gerando prejuízos aos consumidores com a efetiva implementação do cartel.

Pelas provas existentes nos autos, a Aro, apesar de ter a menor parcela de mercado das três representadas participantes do cartel, praticou atos que indicam um papel mais proeminente na organização, planejamento e implantação da conduta concertada, exercendo, embora não de forma absolutamente autônoma,

⁶ N. do E.: O anexo I foi suprimido desta transcrição.

o papel de liderança. Tal liderança foi compartilhada com a Smarja, seja no tempo em que se deu o acordo entre ambas, seja nos procedimentos de pressão e intimidação utilizados para incluir a Somar no mesmo acordo. Contudo, a contratação da Consultoria Comprove e os contatos mais diretos e frequentes com o consultor Araí Machado, bem como os indícios de ameaça feita à Somar (escuta telefônica de conversa entre Fernando Machado e José Luiz Machado, ambos da Aro, na qual fazem referência a ameaçar Della Mea, sócio da Somar, com uma possível liberação da mineração no rio Guaíba, o rio mais próximo da cidade de Porto Alegre, o que, por prejudicar a Somar, a forçaria a aderir ao cartel) indicam que esta empresa deve ter a maior punição proporcional.

O fato de haver provas de cartel para um período relativamente curto de tempo, entre as investigações por meio de escuta telefônica e a operação de busca e apreensão, não é fator atenuante da pena. Tal duração abreviada foi mérito da investigação da Polícia Federal, que, por meio da operação Dragão II, desbaratou o cartel, não devendo se reverter em benefício às representadas. Tampouco o porte econômico das empresas pode ser utilizado como atenuante na definição do percentual de multa, visto que este incide sobre o faturamento bruto, líquido de impostos, já este uma medida do porte econômico.

Da mensuração da pena⁷

Considerando que o crime de cartel se apresenta como a conduta anticompetitiva mais grave e de impacto mais danoso ao ambiente concorrencial e de acordo com os critérios estabelecidos pelo art. 27 da Lei nº 8.884/94, estabeleço a multa-base acima do mínimo legal, em 15% (quinze por cento).

Os aspectos desfavoráveis preponderantes para a do simetria para a Aro foram: (i) a iniciativa de estimular a Somar a aderir ao cartel; (ii) a contratação da Comprove; (iii) consumação da prática delitiva, isto é, realização do aumento de preços praticados de forma coordenada; e, (iv) a previsão de continuidade da conduta ao longo do primeiro semestre de 2005, que não se operou possivelmente pelo dismantelamento do cartel. Dessa forma, aumenta-se o percentual para 25% (vinte e cinco por cento).

⁷ Essa seção do voto acolhe as ponderações e sugestões constantes no voto-vista do i. Conselheiro Fernando Furlan, apresentadas na 436ª Sessão Ordinária de Julgamento, após discussão em plenário. Como consequência, esse voto, nesta versão final, altera sua parte dispositiva referente à dosimetria da pena, conforme havia sido apresentada na 431ª Sessão Ordinária de Julgamento, ocasião em que pediu vista o Conselheiro Fernando Furlan.

Em favor da representada, ponderou-se sua situação econômica, o que impõe uma redução do percentual e a fixação da multa em 22,5% (vinte e dois vírgula cinco por cento) sobre o faturamento bruto da empresa no ano anterior ao de instauração do processo administrativo.

Dessa forma, condeno a Aro a pagar multa de R\$ 539.984,11 equivalente a 22,5% de seu faturamento bruto, abatidos os impostos, no ano de 2005, atualizado pela Selic. Para cumprimento, concedo prazo de 30 dias a partir da publicação do acórdão desta decisão. Determino, também, que envie carta com o seguinte extrato da decisão a todos os seus clientes, o que deverá comprovar ao CADE, por meio de comprovante de postagem e aviso de recebimento, nos mesmos 30 dias:

Extrato da decisão

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, ao apreciar o Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66, na 436ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 17 de dezembro de 2008, condenou as empresas Aro Mineração Ltda., Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí Ltda. — Smarja e Sociedade Mineradora Ltda. — Somar por formação de cartel, infração à ordem econômica, tipificadas no art. 20, incisos I, II e IV, c/c art. 21, incisos I, II, IU e X, e sujeitas às penas previstas nos arts. 23 e 24 da Lei da Concorrência nº 8.884/94. Em colusão, essas empresas praticaram as seguintes condutas ilícitas: 1. divisão do mercado de extração de areias no rio Jacuí, no âmbito da grande Porto Alegre/RS, com destino ao público consumidor da construção civil desta área; 2. divisão de clientes e compartilhamento da lista de nomes para fins de exclusão do mercado; 3. estabelecimento de regras para o funcionamento do cartel e seu monitoramento. Para a formação do cartel, estas empresas contaram com o auxílio da empresa Comprove — Consultoria e Perícia Contábil Cível S/C, contratada para a realização de estudo que determinou o preço a ser praticado pelas empresas e recomendou a formação de atividades coordenadas para o pleno funcionamento do cartel. A empresa de consultoria foi enquadrada nas condutas descritas no art. 20, I, c/c art. 21, inciso II, da Lei nº 8.884/94.

Sobre as penas às práticas ilícitas cometidas pelas empresas, o CADE determinou (1) o pagamento de multa às empresas envolvidas, conforme discriminação a seguir: (i) Aro Mineração Ltda. no valor de R\$ 539.984,11, correspondente a 22,5% de seu faturamento bruto, líquido de impostos; (ii) Smarja, no valor de R\$ 1.342.910,52, correspondente a 20% de seu faturamento bruto, líquido de impostos; (iii) Somar, no valor de R\$ 1.041.545,36, correspondente a 17,5% de seu faturamento bruto, líquido de impostos; e, (iv) Comprove, por auxílio à formação do cartel, no valor de R\$ 3.034,41, correspondente a 10% de seu faturamento bruto, líquido

de impostos; (2) a comunicação, por carta, a todos os seus clientes do extrato da decisão proferida pelo colegiado; e (3) o pagamento de multa diária adicional no caso de continuidade da prática delitiva.

Este foi o extrato da decisão Colegiada.

Brasília, 17 de dezembro de 2008.

Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo.

Caso seja verificada a continuidade da prática delitiva ou situações e atos que configurem infração à ordem econômica, após a decisão deste Plenário, o responsável fica sujeito à multa diária de R\$ 5.320,00 (cinco mil, trezentos e vinte reais), correspondente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência — Ufir

7.4 Aplicação da pena à Smarja — Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda.

A Smarja participou de forma ativa na formação e implementação do cartel, tendo exercido de modo compartilhado com a Aro a liderança da uniformização de condutas.

Como fartamente verificado nos autos, desde o início, a Smarja estava fortemente vinculada à formação e implementação do cartel, em parceria com a Aro, que foi a principal articuladora. A estruturação do cartel já toma forma quando da atuação conjunta das empresas Smarja e Aro, como se exemplifica pelo “acordo de cotas Smarja e Aro” por ambas pactuado e que no seu âmbito previa determinada quantidade de areia a ser extraída por cada empresa.

Da mensuração da pena

Considerando que a atuação das empresas deu-se de forma similar, ademais a Aro ter atuado de maneira mais incisiva, não pode existir discrepância entre o percentual aplicado à pena das empresas.

Como já mencionado, o crime de cartel se apresenta como a conduta anticompetitiva mais grave e de impacto mais danoso ao ambiente concorrencial. Assim, de acordo com os critérios estabelecidos pelo art. 27 da Lei nº 8.884/94, primeiramente estabelece a multa-base acima do mínimo legal em 15% (quinze por cento) para todas as empresas, passando-se a seguir a dosimetria da pena a cada uma delas.

Os aspectos desfavoráveis preponderantes para a dosimetria para a Smarja foram: (i) trato prévia com a Aro sobre a criação do cartel; (ii) a participação no

convencimento da Somar; (iii) a consumação da prática de cartel, por meio do aumento de preços praticados de forma coordenada; e (iv) a previsão de continuidade da conduta ao longo do primeiro semestre de 2005, que não se operou possivelmente pelo dismantelamento do cartel. Portanto, aumenta-se o percentual para 20% (vinte por cento).

Em favor da representada, ponderou-se sua situação econômica, assim, uma redução do percentual e a fixação da multa em 20% (vinte por cento) sobre o faturamento bruto da empresa no ano anterior ao de instauração do processo administrativo.

Dessa forma, condeno a Smarja a pagar multa de R\$ 1.342.910,52, equivalente a 20% de seu faturamento bruto, abatidos os impostos, no ano de 2005, atualizado pela Selic. Para cumprimento, concedo prazo de 30 dias a partir da publicação do acórdão desta decisão. Determino, também, que envie carta a todos os seus clientes com o mesmo extrato da decisão já mencionada na punição referente à Aro, devendo igualmente comprovar ao CADE, por meio de comprovante de postagem e aviso de recebimento, nos mesmos 30 dias.

Caso seja verificada a continuidade da prática delitiva ou situações e atos que configurem infração à ordem econômica, após a decisão deste Plenário, o responsável fica sujeito à multa diária de R\$ 5.320,00 (cinco mil, trezentos e vinte reais), correspondente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência — Ufir

7.5 Aplicação da pena à Somar — Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos

Como registrado, a iniciativa e a estruturação do cartel foi realizada primeiramente pela Smarja e pela Aro. Posteriormente, por meio de encontros e pressão, essas duas empresas incentivaram a Somar a compor o cartel. Esta teria menos motivos para se beneficiar do cartel, pois, na medida em que desfruta de jazida mais próxima de Porto Alegre, seria capaz de praticar preços elevados sem a necessidade de colusão. Obviamente, a conduta concertada lhe permitiria preços ainda maiores, visto que os clientes não poderiam desviar suas aquisições para a Smarja e Aro, situadas mais distantes do centro consumidor.

Contudo, mesmo que não tenha exercido o papel de liderança e que há indícios de que a Somar tenha sido incentivada a participar do conluio, é fato inconteste que esta empresa incorporou-se ao cartel, tendo atuado, inclusive, das reuniões para a formação das regras do cartel e do estudo para a paridade de preços, realizado pela Comprove. Como agravante, sua participação, por conta de sua localização privilegiada, foi considerada essencial pelas demais representadas para a estruturação definitiva do cartel.

Da mensuração da pena

Considerando a atuação da empresa, não se pode questionar a sua efetiva contribuição e o crime de cartel cometido, que se apresenta como a conduta anti-competitiva mais grave e de impacto mais danoso ao ambiente concorrencial. De acordo com os critérios estabelecidos pelo art. 27 da Lei nº 8.884/94, estabeleço a multa-base acima do mínimo legal, em 15% (quinze por cento).

Os aspectos desfavoráveis preponderantes para a dosimetria para a Somar foram: (i) a consumação da prática de cartel, por meio do aumento de preços praticados de forma coordenada; (ii) a previsão de continuidade da conduta ao longo do primeiro semestre de 2005, que não se operou possivelmente pelo desmantelamento do cartel. Portanto, aumenta-se o percentual para 20% (vinte dois vírgula cinco por cento).

Em favor da representada, ponderou-se sua situação econômica, assim, uma redução do percentual e a fixação da multa em 17,5% (dezessete vírgula cinco por cento) sobre o faturamento bruto da empresa no ano anterior ao de instauração do processo administrativo.

Dessa forma, condeno a Somar a pagar multa de R\$ 1.041.545,36, equivalente a 17,5% de seu faturamento bruto, abatidos os impostos, no ano de 2005, atualizado pela Selic. Para cumprimento, concedo prazo de 30 dias a partir da publicação do acórdão desta decisão. Determino, também, que envie carta a todos os seus clientes com o mesmo extrato da decisão já mencionada na punição referente à Aro, devendo igualmente comprovar ao CADE, por meio de comprovante de postagem e aviso de recebimento, nos mesmos 30 dias.

Caso seja verificada a continuidade da prática delitiva ou situações e atos que configurem infração à ordem econômica, após a decisão deste Plenário, o responsável fica sujeito à multa diária de R\$ 5.320,00 (cinco mil, trezentos e vinte reais), correspondente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência — UFIR.

7.6 Aplicação da pena à Consultoria e Perícia Contábil Cível S/C Consultoria — Comprove

Embora não tenha sido beneficiária direta do cartel, visto que não participava do negócio em que houve conduta concertada, a participação da Comprove foi, conforme relatos das demais representadas, essencial ao funcionamento do cartel. Houve nexo de causalidade entre a consultoria prestada e a ocorrência do ilícito, configurando: se sua participação na infração e a necessidade de aplicação de pena correspondente. Como agravante, a consultoria agiu com plena cons-

ciência de que auxiliava a coordenação de preços entre concorrentes, visto que sua contribuição foi justamente o cálculo do preço de equilíbrio do cartel, resultados que foram posteriormente apresentados em reunião com as três empresas participantes do ilícito. Tal tarefa, ademais, exigia a sua *expertise*, uma vez que os custos incorridos pelos demandantes — e, portanto, sua disposição a pagar — são variáveis conforme a distância da área de extração de areia, exigindo o cálculo de um preço de paridade.

Da mensuração da pena

Considerando que o crime de cartel se apresenta como a conduta anticompetitiva mais grave e de impacto mais danoso ao ambiente concorrencial e de acordo com os critérios estabelecidos pelo art. 27 da Lei nº 8.884/94, estabeleço a multa-base acima do mínimo legal, em 15% (quinze por cento).

Em favor da representada, ponderou-se sua contribuição restrita à organização e à viabilização do cartel, que, apesar de propiciar a instrumentalidade do cartel (essencial para a viabilidade do mesmo em função dos preços diferenciados), não há participação direta na execução do cartel e nem é concorrente no mercado das demais acusadas. Somados a isso, avaliou-se a situação econômica da empresa, o que impõe, assim, uma redução do percentual e a fixação da multa em 10% (dez por cento) sobre o faturamento bruto da empresa no ano anterior ao de instauração do processo administrativo.

Dessa forma, condeno a Comprove a pagar multa de R\$ 3.034,41, equivalente a 10% de seu faturamento bruto, abatidos os impostos, no ano de 2005, atualizado pela Selic. Para cumprimento, concedo prazo de 30 dias a partir da publicação do acórdão desta decisão.

Determino o encaminhamento desta decisão à SDE para que avalie a conveniência de abertura de processo administrativo contra as pessoas físicas envolvidas no ilícito de cartel, as quais não foram incluídas como representadas no presente processo administrativo.

Ainda, determino o envio da decisão à 3ª Câmara de Coordenação do Ministério Público Federal do Estado do Rio Grande do Sul para ciência da decisão proferida por este Colegiado.

É o voto.

Brasília, 17 de dezembro de 2008
Paulo Furquim de Azevedo
Conselheiro Relator