Ministério da Justiça - MJ
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 3º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8461 e Fax: (61) 3326-9733 - www.cade.gov.br

Processo Administrativo 08012.008847/2006-17

Representante:	Ministério Público do Estado do Espírito Santo
Representados:	Alex Oliveira Bourguignon, Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Antonio Edmar Bourguignon, Deoclides Antonio Bastos de Oliveira, Luiz Eduardo de Carvalho, Marcos Antonio Oliveira, Rogério Bastos de Oliveira, Ruy Poncio, Vicente Henriques Nogueira, Arara Azul Rede de Postos Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Auto Posto Miramar Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. (Filial), Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Macel Comercial Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Polus Comercio e Serviços Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Posto América Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Posto Chegada Ltda., Posto Divino Ltda., Posto Eucalipto Ltda., Posto Iate Ltda., Posto Itapoã Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Kadillac Ltda., Posto Mais Comércio e Representações Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto Mclaren Ltda., Posto Mediterrâneo Ltda., Posto Oceânico Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda. e Posto 1 Ltda.
Advogados:	Eduardo Malheiros Fonseca, Saulo Junger Duarte, Mauro Ferreira Roza Filho, Ricardo Silva das Neves, Arthur Villamil Martins, Cristina Pessoa Pereira Borja, Leonardo Lage da Motta, Carlos Augusto da Motta Leal, Erfen José Ribeiro Santos, Leonardo Lage da Motta, Saulo Junger Duarte, Arthur Villamil Martins, Leonardo Canabrava Turra, Leonardo Oliveira Callado, Cristina Pessoa Pereira Borja e outros
Relator:	Conselheiro **Márcio de Oliveira Júnior**

VOTO

VERSÃO PÚBLICA

EMENTA: Processo Administrativo. Cartel. Revenda de Combustíveis. Vitória/ES e região metropolitana. Prova emprestada. Interceptações telefônicas. Condenação criminal transitada em julgado. Absolvições criminais transitadas em julgado e sem reconhecimento de negativa de materialidade e/ou negativa de autoria. Independência das esferas penal e administrativa e incomunicabilidade das conclusões da esfera judicial à esfera administrativa. Ilegitimidade passiva de postos que iniciaram atividades após o período investigado. Inexistência de prescrição. Fixação de preços, compartilhamento de informações sensíveis, reuniões entre concorrentes. Pareceres da SG, da ProCADE e do MPF convergentes pela condenação. Art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, incisos I e V, ambos da Lei 8.884/94.

Palavras-chave: cartel, combustíveis, prova emprestada, Vitória/ES, interceptações telefônicas, incomunicabilidade

1. Dos Fatos

1.1. Da Representação

1.2. Dos Representados

2. Das Defesas

3. Dos Pareceres

4. Das Preliminares

4.1. Da Independência entre as Esferas Administrativa e Criminal

4.2. Da Suposta Impossibilidade de Inversão do Ônus da Prova

4.3. Da Suposta Nulidade da Prova Emprestada

4.4. Da Suposta Inadmissibilidade da Prova Emprestada em Processo Penal Contra as Pessoas Jurídicas Representadas

4.5. Da Suposta Necessidade de Transcrição das Interceptações Telefônicas e de Disponibilização das Mídias de Áudio das Interceptações Telefônicas aos Representados

4.6. Da Suposta Necessidade de Comprovação de Poder de Mercado para Aferição de Infração à Ordem Econômica

4.7. Do Suposto Cerceamento de Defesa por Indeferimento de Prova Testemunhal e Pericial

4.8. Da Suposta Inépcia da Nota de Instauração

4.9. Da Suposta Ilegitimidade Passiva do Posto Iate Ltda

4.10. Da Suposta Ilegitimidade Passiva do Sr. Vicente Henriques Nogueira

4.11. Da Suposta Ilegitimidade do Representado Posto Divino Ltda.

4.12. Da Suposta Ilegitimidade do Representado Posto Mclaren Ltda.

4.13. Da Suposta Ilegitimidade do Representado Posto América Ltda.

4.14. Da Suposta Ilegitimidade do Representado Sr. Ruy Poncio

4.15. Do Suposto Franqueamento de Possibilidade de Celebração de TCC

5. Do Mérito

5.1. Da Prejudicial de Mérito: da suposta prescrição da ação punitiva

5.2. Da Prejudicial de Mérito: da suposta prescrição intercorrente

5.3. Da Conduta de Cartel

5.4. Das Condições Facilitadores de Formação do Cartel de Combustíveis

5.5. Das Evidências Reunidas nos Autos

5.5.1. Do Paralelismo de Preços de Combustíveis

5.5.2. Da Atuação Concertada para Limitação da Concorrência

5.5.2.1. Do Sistema de Códigos para Camuflagem do Cartel

5.5.2.2. Da Fixação de Preços

5.5.2.3. Das Reuniões entre Concorrentes

5.5.2.4. Do Compartilhamento de Informações Sensíveis

5.6. Das Conclusões

5.7. Da Individualização das Condutas e das Penalidades

5.7.1. Dos Critérios de Dosimetria Aplicados ao Caso Concreto

5.7.1.1. Gravidade da Infração

5.7.1.2. Boa-fé do Infrator

5.7.1.3. Vantagem Auferida ou Pretendida pelo Infrator

5.7.1.4. Consumação ou não da infração

5.7.1.5. Grau de Lesão, ou Perigo de Lesão, à Livre Concorrência, à Economia Nacional, aos Consumidores ou a Terceiros

5.7.1.6. Efeitos Econômicos Negativos Produzidos no Mercado

5.7.1.7. Situação Econômica dos Infratores

5.7.1.8. Reincidência

5.7.2. Da Individualização da Conduta de Cada Representado

5.7.2.1. Alex Oliveira Bourguignon

5.7.2.2. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza

5.7.2.3. Antonio Edmar Bourguignon

5.7.2.4. Deoclides Antonio Bastos de Oliveira

5.7.2.5. Luiz Eduardo de Carvalho

5.7.2.6. Marcos Antonio Oliveira

5.7.2.7. Rogério Bastos de Oliveira

5.7.2.8. Ruy Poncio

5.7.2.9. Vicente Henriques Nogueira

5.7.2.10. Posto Chegada Ltda. e Posto Kadillac Ltda.

5.7.2.11. Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Posto Miramar Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. (filial) e Posto Iate Ltda.

5.7.2.12. Macel Comercial Ltda. e Auto Serviço Oliva Ltda.

5.7.2.13. Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo Ltda.

5.7.2.14. Posto Mais Comércio e Representações Ltda.

5.7.2.15. Posto Eucalipto Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Posto Mediterrâneo Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda. e Posto Oceânico Ltda.

5.7.2.16. Dos Demais Representados

5.7.2.16.1. Posto Divino Ltda., Posto Mclaren Ltda. e Posto América Ltda.

6. Do Dispositivo

1. Dos Fatos

1.1. Da Representação

1. Em 25/08/2006, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo encaminhou ao CADE documentação para apuração de suposta violação aos arts. 20, inciso I, e 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94, no mercado de combustíveis da região metropolitana da cidade de Vitória/ES (fls. 04/623).
2. No bojo dos documentos, o *Parquet* enviou também a cópia da petição inicial de Ação Penal 09660-692008.8.08.0024 (novo número da Ação Penal 1994/024.080.096-60-51) que tramitou na 7ª Vara Criminal da Comarca de Vitória/ES, em que constam a denúncia e as evidências da "Operação Inflamável". Na referida ação, os Promotores de Justiça responsáveis pelo caso requereram (i) a prisão preventiva de donos de postos de combustível para garantia da ordem pública e (ii) a realização de diligências de busca e apreensão nos endereços comerciais e residenciais dos requeridos em virtude da prática de ilícitos previstos no art. 20, inciso VIII (primeira parte), da Lei 1.521/51, no art. 40, inciso I, alínea "a", da Lei 8.137/90, e no art. 288, *caput*, do Código Penal, todos na forma do artigo 69 do Código Penal (fls. 760/788). Entretanto, o pedido de realização das referidas diligências de busca e apreensão foi retirado pelo próprio Ministério Público à fl. 3474. A prisão preventiva das pessoas naturais foi indeferida em 11/03/2008 (fls. 3476/3480).
3. Foi juntado aos autos, ainda, pedido de interceptação de terminais telefônicos de pessoas naturais vinculadas a postos de combustíveis de Vitória/ES, proposto pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo (fls. 3394/3399), bem como pedidos de prorrogação das escutas telefônicas (fls. 3400/3405, 3406/3412, 3417/3422, 3427/3432, 3436/3444, 3447/3453, 3456/3459 e 3462/3467), os quais foram reiteradamente deferidos pelos Juízes de Direito competentes.
4. O respectivo Juízo deferiu pedido de prova emprestada à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, conforme decisão que está acostada às fls. 3116/3117.

1.2. Dos Representados

5. Nesse contexto, eis os Representados que estão no polo passivo do presente Processo Administrativo, conforme nota de instauração às fls. 3966/3995:

- **Alex de Oliveira Bourguignon**, **"Alex"**, sócio-administrador do Posto Chegada Ltda. (fl. 3958), sócio-administrador do Posto Kadillac Ltda. (fl. 3958), sócio-administrador do Posto América Ltda. (fl. 3958), administrador do Posto Solipetro Gás Ltda. (fl. 3959) e sócio-administrador do Posto Mclaren Ltda. (fl. 3958), CPF nº 053.370.657-26, residente e domiciliado à Rua Diógenes Malacarne, 145, apartamento 803, Praia da Costa – Vila Velha/ES;
- **Anderson Emanuel Pizzáia Bazílio de Souza**, "**Anderson"**, sócio do Auto Serviço Aeroporto Ltda. (fl. 3960), sócio-administrador do Auto Posto Miramar Ltda. – matriz (fl. 3960v), sócio do Auto Posto Miramar Ltda. –filial (fl. 3960v) e sócio do Posto Iate Ltda. (fl. 3961), CPF nº 724.010.957-72, residente e domiciliado à Avenida Saturnino de Brito, 1394, Praia do Canto – Vitória/ES;
- **Antônio Edmar Bourguignon**, **"Toninho"**, sócio-administrador do Posto Chegada Ltda. (fl. 3947), sócio-administrador do Posto Kadillac Ltda. (fl. 3948), sócio-administrador do Posto Mclaren Ltda., sócio-administrador do Posto América Ltda. (fl. 3949) e sócio-administrador do Posto Solipetro Gás Ltda. (fl. 3950), CPF nº 096.777.717-87, residente e domiciliado à Avenida Gil Veloso, 300, apartamento 501, Praia da Costa – Vila Velha/ES;
- **Deoclides Antônio Bastos de Oliveira**, **"KID"** ou **"Tide"**, brasileiro, comerciante, sócio-administrador da Macel Comercial Ltda. (fl. 3953), sócio-administrador do Auto Serviço Oliva Ltda. (fl. 3953), sócio-administrador do Petro-Gás Comercial Ltda. (fl. 3953), sócio-administrador do Comércio Pioneiro do Gás Ltda. (fl. 3954), sócio-administrador do Posto Camburi do Gás Ltda. (fl. 3954) e sócio-administrador do Posto Mediterrâneo Ltda. (fl. 3954), CPF nº 031.584.327-65, residente e domiciliado à Avenida Gil Veloso, nº 1898/401, Praia da Costa, Vila Velha/ES;
- **Luiz Eduardo Carvalho**, **"Eduardo"** ou **"Luiz Eduardo"**, sócio-administrador do Posto Mais Comércio e Representações Ltda., CPF nº 002.925.727-19, residente e domiciliado à Rua Diógenes Malacarne, 160, apartamento 602, Edifício Atol das Rocas, Praia da Costa – Vila Velha/ES;
- **Marcos Antônio Oliveira**, **"Marquinho"**, brasileiro, comerciante, sócio-administrador do Posto Eucalipto Ltda. (fl. 3933), sócio-administrador do Posto Oliveira Ltda. (fl. 3934), sócio-administrador do Posto Thiago Ltda. (fl. 3935), sócio-administrador do Posto Marcela Ltda. (fl. 3936), sócio-administrador do Posto 1 Ltda. (fl. 3937), sócio-administrador do Posto Jardim América do Gás Ltda. (fl. 3938), sócio-administrador do Posto Aribiri do Gás Ltda. (fl. 3939), sócio-administrador do Posto Mediterrâneo Ltda. (fl. 3940), sócio-administrador do Auto Posto Araças Ltda. (fl. 3941), sócio-administrador do Posto Camburi do Gás Ltda. (fl. 3942), sócio-administrador do Polus Comércio e Serviços Ltda. (fl. 3944), administrador do Auto Posto Metro Ltda. (fl. 3943), administrador do Posto São João dos Lagos Gas Ltda. (fl. 3945) e sócio do Posto Oceânico Ltda. (fl. 3946), CPF nº 719.941.577-04, residente e domiciliado à Avenida Gil Veloso, 756, Praia da Costa, Vila Velha/ES;
- **Rogério Bastos de Oliveira**, **"Rogério"**, brasileiro, comerciante, sócio-administrador da Macel Comercial Ltda. (fl. 3956), sócio-administrador do Posto Samuara e sócio-administrador da Auto Serviço Oliva Ltda. (fl. 3956), CPF nº 031.809.957-85, residente e domiciliado à Rua Herwan M. Wanderley, nº 55/301, Jardim Camburi – Vitória/ES;
- **Ruy Poncio**, **"Zinho"** o u **"Ruy"**, sócio-administrador do Posto Itapoã Ltda. (fl. 3951), sócio-administrador da Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda. (fl. 3951), sócio-administrador da Auto Serviço Lorenção Ltda. (fl. 3952) e sócio-administrador do Posto Divino Ltda. (fl. 3952), CPF nº 173.852.616-04, residente e domiciliado à Rua Dom Jorge de Menezes, 364, apartamento 301, Edifício Flor de Liz, Praia da Costa – Vila Velha/ES;
- **Vicente Henrique Nogueira**, gerente de vendas de postos da Arara Azul Rede de Postos Ltda. (fl. 3957), CPF nº 616.944.017-15, residente e domiciliado à Rua São Paulo, 1248, apartamento 901, Praia da Costa – Vila Velha/ES;
- **Arara Azul Rede de Postos Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº's 04.145.589/0002-58, 04.145.589/0003-39, 04.145.589/0006-81, 04.145.589/0007-62, 04.145.589/0009-24, 04.145.589/0011-49 e 04.145.589/0014-91; situada nos endereços Av. Lourival Nunes, n. 1338, Jardim Limoeiro - Serra/ES; Rodovia ES 010, s/n, km 4,5, Camará - Serra/ES; Rua Dona Maria Rosa, 265, Andorinhas - Vitória/ES; Rodovia Vitória Jacaraipe, s/n, km 2,3, Chácara Pereiral - Serra/ES; Rodovia BR 262, s/n - Ceasa, Vila Capixaba, Cariacica/ES; Av. Francisco Lacerda Aguiar, n. 530, Itaparica - Vila Velha/ES; Rodovia BR 101, s/n, km 264, Carapina (Laranjeiras) - Serra/ES;
- **Auto Posto Araças Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 30.564.108/0001-78, situado à Rodovia Darly Santos, s/n, km 2,5, ki Guaranhuns – Vila Velha/ES;
- **Auto Posto Miramar Ltda. (matriz)**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 00.629.129/0001-63, situado à Av. Dante Michelini, n. 1187, Jardim da Penha – Vitória/ES;
- **Auto Posto Miramar Ltda. (filial)**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 00.629.129/0002-44, situado à Av. Presidente Florentino Avidos, n. 190, Centro – Vitória/ES;
- **Auto Serviço Aeroporto Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 39.383.880/0001-68, situado à Av. Adalberto Simão Nader, n. 1001, Sócio República - Vitória/ES;
- **Auto Serviço Lorenção Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 30.544.795/0001-60, situado à Rua Ceará, 1519, Praia da Costa – Vila Velha/ES;
- **Auto Serviço Oliva Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 32.492.498/0001-43, situado à Av. Desembargador Mário da Silva Nunes, n. 1691, Jardim Limoeiro - Serra/ES;
- **Comércio Pioneiro do Gás Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 39.285.176/0001-72, situado à Av. Desembargador Maio da Silva Nunes, 1747, Jardim Limoeiro – Serra/ES;
- **Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 36.004.950/0001-31, situado à Av. Carlos Lindenberg, 1801, Santa Inês – Vila Velha/ES;

- **Macel Comercial Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 36.380.038/0001-84, situado à Av. Civit, n. 2100, Parque Residencial Laranjeira – Serra/ES;
- **Petro-Gás Comercial Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 07.468.404/0001-53, situado à Rodovia BR 262, Km, 2,5, Jardim América – Cariacica/ES;
- **Polus Comércio e Serviços Ltda.,** pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 03.028.906/0001-02, situado à Av. Desembargador Santos Neves, 22, Praia de Santa Helena – Vitória/ES;
- **Posto 1 Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 03.180.813/0001-07, situado à Rua Henrique Moscoso, 1010, Centro – Vila Velha/ES;
- **Posto América Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 36.370.229/0001-65, situado à Rua Engenheiro José Sertã, n. 100, Administrador Jardim América - Cariacica/ES;
- **Posto Aribiri do Gás Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 04.850.382/0001-01, situado à Av. Carlos Lindenberg, 1944, Santa Inês – Vila Velha/ES;
- **Posto Camburi do Gás Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 31.709.116/0001-28, situado à Rua Gelu Vervloet dos Santos, 1150, Jardim Caburi – Vitória/ES;
- **Posto Chegada Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 31.717.226/0001-31, situado à Rodovia BR 262 - km 2,87, Jardim América – Cariacica/ES;
- **Posto Divino Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 11.368.640/0001-75, situado à Av. Luciano das Neves, 1444, Divino Espírito Santo – Vila Velha/ES;
- **Posto Eucalipto Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 28.402.584/0001-40, situado à Av. Maruipe, n. 1685, São Cristóvão – Vitória/ES;
- **Posto Iate Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 27.419.142/0001-44, situado à Av. Saturnino de Brito, 1394, Praia Sócio do Canto – Vitória/ES;
- **Posto Itapoã Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 31.465.040/0001-32, situado à Av. Professora Francelina Carneiro, Setúbal, 333, Vila Velha, Itapuã – Vila Velha/ES;
- **Posto Jardim América do Gás Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 03.455.936/0001-03, situado à Av. Espírito Santo, n. 87, Jardim América – Cariacica/ES;
- **Posto Kadillac Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 02.877.155/0001-36, situado à Rodovia BR 262, km 2,270, Jardim América – Cariacica/ES;
- **Posto Mais Comércio e Representações Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 36.354.546/0001-98, situado à Av. Carlos Lindemberg, 4040, Alegrim – Vitória/ES;
- **Posto Marcela Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 01.503.536/0001-92, situado à Rua do Pessegueiro, s/n, Divino Espírito Santo – Vila Velha/ES;
- **Posto Mclaren Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 08.471.100-001/08, situado à Rodovia BR 262, km 02, Jardim América – Cariacica/ES;
- **Posto Mediterrâneo Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 05.904.268/0001-71, situado à Av. Carlos Lindenberg, n. 1380, Cobilândia – Vila Velha/ES;
- **Posto Oceânico Ltda.,** pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 01.120.507/0001-41, situado à Rua Ibitirama, s/n, Itaparica – Vila Velha/ES;
- **Posto Oliveira Ltda.**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 27.324.425/0001-02, situado à Av. Jerônimo Monteiro, 840, Jaburuna – Vila Velha/ES;
- **Posto Thiago Ltda.,** pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 01.514.752/0001-33, situado à Av. Cezar Hilal, 868, Bento Ferreira – Vitória/ES.

2. Das Defesas

6. Os Representados foram regularmente notificados da instauração do presente Processo Administrativo, conforme quadro-síntese abaixo:

Representado	Notificação da Instauração às fls.	Localização do AR Acerca da Notificação às fls.	Defesa às fls.
Alex Oliveira Bourguignon	4043	4097	5756/5800
Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza	4044	4098	4449/4516
Antonio Edmar Bourguignon	4045	4099	5756/5800
Deoclides Antonio Bastos de Oliveira	4046	4100	4150/4216
Luiz Eduardo Carvalho	4047 e 4115	4139	4117/4119
Marcos Antonio Oliveira	4048	4101	4150/4216
Rogério Bastos de Oliveira	4049	4102	4150/4216
Ruy Poncio	4050	4103	4885/4929
Vicente Henriques Nogueira	4051	4104	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (1)	4028	4085	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (2)	4029	4086	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (3)	4030	4087	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (4)	4031	4088	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (5)	4032	4089	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (6)	4033	4090	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (7)	4034	4091	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (8)	4035	4092	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (9)	4036	4093	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (10)	4037	-	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (11)	4038	-	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (12)	4039	4094	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (13)	4040	-	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (14)	4041	4095	4652/4717
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (15)	4042	4096	4652/4717
Auto Posto Araças Ltda.	4021	4079	4150/4216
Auto Posto Miramar Ltda. (1)	4002	4060	4449/4516
Auto Posto Miramar Ltda. (2)	4003	4061	4449/4516
Auto Serviço Aeroporto Ltda.	4001	4059	4449/4516
Auto Serviço Oliva Ltda.	4007	4065	4150/4216
Auto Serviços Lorenção Ltda.	4026	4083	4885/4929
Comércio Pioneiro do Gás Ltda.	4009	4067	4150/4216
Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda.	4025	4082	4885/4929
Macel Comercial Ltda.	4005 e 4006	4063 e 4064	4150/4216
Petro Gás Comercial Ltda.	4008	4066	4150/4216
Polus Comércio e Serviços Ltda.	4022	4080	4150/4216
Posto 1 Ltda.	4017	4075	4150/4216
Posto América Ltda.	3999	4057	5655/5702
Posto Aribiri do Gás Ltda.	4019	4077	4150/4216
Posto Camburi do Gás Ltda.	4010	4068	4150/4216
Posto Chegada Ltda.	3997	4055	5756/5800
Posto Divino Ltda.	4027	4084	5441/5489
Posto Eucalipto Ltda.	4013	4071	4150/4216
Posto Iate Ltda.	4004	4062	4449/4516
Posto Itapoã Ltda.	4024	-	4885/4929
Posto Jardim América do Gás Ltda.	4018	4076	4150/4216
Posto Kadillac Ltda.	3998	4056	5756/5800

Posto Marcela Ltda.	4016	4074	4150/4216
Posto Mais Comércio e Representações Ltda.	4012	4070	4117/4119
Posto Mclaren Ltda.	4000	4058	5512/5559
Posto Mediterrâneo Ltda.	4011 e 4020	4069 e 4078	4150/4216
Posto Oceânico Ltda.	4023	4081	4150/4216
Posto Oliveira Ltda.	4014	4072	4150/4216
Posto Thiago Ltda.	4015	4073	4150/4216

3. Dos Pareceres

7. Em 14/04/2014, a Superintendência-Geral do CADE proferiu parecer pela condenação dos Representados pela prática de infrações à ordem econômica previstas no art. 20, inciso I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (fls. 6759/6842).

8. Em 08/08/2014, a Procuradoria Especializada junto ao CADE - ProCADE proferiu parecer pela (i) regularidade formal do presente Processo, (ii) pelo deferimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Posto Divino Ltda., (iii) pelo indeferimento das demais preliminares arguidas, (iv) pela condenação dos Representados Alex Oliveira Bourguignon, Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Antonio Edmar Bourguignon, Deoclides Antonio Bastos de Oliveira, Luiz Eduardo de Carvalho, Marcos Antonio Oliveira, Rogério Bastos de Oliveira, Ruy Poncio, Vicente Henriques Nogueira, Arara Azul Rede de Postos Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Auto Posto Miramar Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. – Filial, Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Comércio Pioneiro de Gás Ltda., Macel Comercial Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda., Derivados do Petróleo Santa Inês Ltda., Posto América Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Posto Chegada Ltda., Posto Eucalipto Ltda., Posto Iate Ltda., Posto Itaporã Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Kadillac Ltda., Posto Mais Comércio e Representações Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto Mclaren Ltda., Posto Mediterrâneo Ltda., Posto Oceânico Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda. e Posto 1 Ltda., nos termos do art. 20, inciso I, III e IV, e no art. 21, incisos I e V, ambos da Lei 8.884/94, (v) imediata remessa de cópia das notas técnicas de fls. 6149/6194, 6303/6322 e 6759/6840 ao Juízo da 7ª Vara Criminal de Vitória/ES para fins de comprovação de exercício de ampla defesa e contraditório, (vi) manutenção da confidencialidade das provas emprestadas (fls. 6975/7027).

9. Em 24/09/2014, o Ministério Público Federal opinou pela condenação dos Representados pela prática de infrações à ordem econômica previstas no art. 20, inciso I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (fls. 7030/7058).

4. Das Preliminares

10. As defesas apresentam muitas preliminares que já são há muito conhecidas pelo SBDC. Com isso, tentam debater a regularidade processual do feito e pouco abordam, em suas defesas, as questões de mérito referentes às infrações anticompetitivas detectadas pela extinta SDE.

11. Nesse sentido, farei uma sucinta exposição dessas preliminares para rejeitá-las, uma vez que o feito teve seu trâmite processual regular e sem quaisquer vícios relacionados ao devido processo legal.

12. Vale destacar, ainda, importante trecho do parecer do Ministério Público Federal nos presentes autos, na qualidade de *custos legis*, em favor da regularidade processual:

> "Apesar de a atuação da SDE quanto da SG, no cumprimento das suas funções, ter ensejado controvérsias quanto à legalidade dos atos de instrução, no que tange à observância dos direitos e garantias individuais, não se vislumbra nos autos o não atendimento aos princípios do devido processo legal capaz de macular a validade do presente processo administrativo" (fls. 7037/7038 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011915/2014-79).

13. Passo ao exame das preliminares alegadas pelos Representados.

4.1. Da Independência entre as Esferas Administrativa e Criminal

14. Os Representados defendem a tese de que a absolvição de pessoas naturais também integrantes do polo passivo do processo criminal deverá ser comunicada à esfera administrativa, o que excluiria a responsabilização delas no presente Processo Administrativo.

15. Em primeiro lugar, a comunicabilidade entre as esferas penal e administrativa só é possível quando há o expresso reconhecimento de inexistência de materialidade ou de negativa de autoria, conforme diversos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, um dos quais colaciono abaixo:

> "INCOMUNICABILIDADE DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA 19. Consoante a jurisprudência do STJ, as esferas penal e administrativa são independentes e a única vinculação admitida é quando o acusado é inocentado na Ação Penal em face da negativa de existência do fato ou quando não reconhecida a autoria do crime, o que não se afigura nos autos. Precedentes".
>
> (excerto de ementa no RMS 36.325/ES, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013).

16. Nesse sentido, o argumento do Representado Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza não deve proceder, uma vez que a sentença penal entendeu que *"**as provas coligidas aos autos não são conclusivas** acerca da participação dos réus Rui Poncio e Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza no esquema de ajuste de preços de combustível, não sendo capazes de alicerçar um decreto condenatório em desfavor dos mesmos tanto com relação ao crime previsto no artigo 4º, inciso II, alínea "a", da Lei 8.137/90, e artigo 288 do Código Penal, razão pela qual, impõe-se a manutenção das respectivas absolvições"* (g.n.), o que foi explicitamente confirmado pela Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em 10/07/2013 (fls. 6516/6517). A ementa deixou claro que, em relação aos réus nela mencionados, a absolvição criminal não ocorreu por negativa de materialidade, porém por insuficiência de provas, conforme se verifica do inteiro teor a seguir:

> "EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA – ARTIGO 4º, INCISO II, ALÍNEA "A", DA LEI 8.137/90 – CRIME DE QUADRILHA OU BANDO – ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – RECURSO DO RÉU MARCOS ANTÔNIO OLIVEIRA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DELITOS CARACTERIZADOS – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PLEITO DE CONDENAÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – AUSÊNCIA DE PROVAS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO – MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA – 1. No caso dos autos, verifica-se que a denúncia fora recebida na data de 13/03/2008 (fl. 1398), e a sentença condenatória restou proferida em 15/05/2012 (fl. 1977), ou seja, há um lapso de mais de quatro (4) anos entre os dois marcos interruptivos do prazo prescricional. Assim, à exceção da pena imposta ao apelado MARCOS ANTÔNIO OLIVEIRA em relação ao crime previsto no artigo 4º, inciso II, alínea "a", da Lei 8.137/90, fixada em três (3) anos e seis (6) meses de reclusão, todas as demais penas, tanto para o crime previsto no artigo 4º, inciso II, da Lei 8.137/90, como para o crime tipificado no artigo 288 do Código Penal, não superaram dois (2) anos de reclusão, devendo-se, portanto, declarar extinta a punibilidade em relação aos mesmos, nos termos do artigo 107, inciso IV, artigo 109, inciso V, e artigo 115, todos do Código Penal.
>
> DO RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU MARCOS ANTÔNIO OLIVEIRA – 1. A prova produzida no curso da instrução criminal, principalmente aquela decorrente das interceptações de conversas telefônicas, as quais foram corroboradas por demais elementos, caracteriza a conduta dolosa do réu MARCOS ANTONIO OLIVEIRA, na formação artificial do preço de combustíveis, com o objetivo de eliminar a concorrência no respectivo mercado, a qual se subsume à figura típica prevista no artigo 4º, inciso II, alínea "a", da Lei 8.137/90, não havendo que se falar em absolvição. 2. Recurso conhecido e improvido.
>
> DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – 1. As provas coligidas aos autos não são conclusivas acerca da participação dos réus RUI PONCIO e ANDERSON EMANUEL PIZZAIA BAZILIO DE SOUZA no esquema de ajuste de preços de combustível, não sendo capazes de alicerçar um decreto condenatório em desfavor dos mesmos tanto com relação ao crime previsto no artigo 4º, inciso II, alínea "a", da Lei 8.137/90, e artigo 288 do Código Penal, razão pela qual, impõe-se a manutenção das respectivas absolvições, em observância do princípio do in dubio pro reo.
>
> Vistos, relatados e discutidos estes autos em epígrafe, em que figuram as partes acima descritas,
>
> ACORDA a colenda Segunda Câmara Criminal deste egrégio Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamento e notas taquigráficas que integram este julgado, em, À UNANIMIDADE, RECONHECER A PRESCRIÇÃO RETROATIVA EM FAVOR DOS RÉUS DEOCLIDES ANTÔNIO BASTOS DE OLIVEIRA, VICENTE HENRIQUES NOGUEIRA, ROGÉRIO BASTOS DE OLIVEIRA, ANTÔNIO EDMAR BOURGUIGNON, ALEX OLIVEIRA BOURGUIGNON, MARCIO PIRES PINHEIRO EM RELAÇÃO AOS CRIMES PELOS QUAIS RESTARAM CONDENADOS, E EM FAVOR DO RÉU MARCOS ANTONIO OLIVEIRA EM RELAÇÃO AO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. POR IGUAL VOTAÇÃO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU MARCOS ANTÔNIO OLIVEIRA, BEM COMO AO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOS TERMOS DO VOTO DO EMINENTE RELATOR.
>
> Vitória/ES, 10 de julho de 2013".

17. Importante ressaltar que o processo judicial reconheceu a materialidade da infração, isto é, reconheceu a existência do cartel e explanou minuciosamente seu funcionamento. O que haveria de se alegar, portanto, seria apenas se teria havido expressa negativa de autoria pelo MM. Juízo, o que não ocorreu. Nesse sentido, a conclusão judicial não se comunica aos presentes autos, isto é, eventual absolvição ou condenação proferida pelo CADE não será resultado direto da Ação Penal, mas sim da formação do livre convencimento do julgador consubstanciada no exame do mérito das provas existentes no Processo Administrativo. Isso porque, reitere-se, não há comunicabilidade da decisão judicial já transitada em julgado à esfera administrativa, porquanto não houve o reconhecimento de negativa de autoria e/ou inexistência de materialidade.

18. Em segundo lugar, a defesa alegou que não teria tido acesso ao inteiro teor das mídias das interceptações telefônicas, o que teria prejudicado sua defesa. Aqui valem duas observações: (i) os Representados tiveram acesso às mídias antes mesmo do CADE no processo originário e, portanto, poderiam ter juntado suas razões de defesa antes mesmo de o CADE providenciar o pedido junto à Justiça do Espírito Santo; (ii) ainda que se considerasse que eventual indisponibilidade das mídias seria alguma irregularidade – o que não é o caso e cujo suposto prejuízo não foi comprovado pelas partes –, o CADE concedeu acesso dos Representados às

mídias logo após recebê-las do Juízo (SEI 0036201), o que faz com que o argumento dos Representados perca o objeto.

19. Ante o exposto, indefiro a preliminar.

4.2. Da Suposta Impossibilidade de Inversão do Ônus da Prova

20. Os Representados Posto Itapoã Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda. e Sr. Ruy Poncio afirmaram que seria ônus do Estado demonstrar a existência da infração (fls. 4888/4892). O mesmo foi alegado pelo Representado Posto Divino Ltda. (fls. 5448/5452).

21. O Estado cumpriu com seu dever de buscar evidências sobre a eventual ocorrência da conduta, tanto é que requereu ao Juízo do Espírito Santo o acesso a interceptações telefônicas realizadas para a apuração de ilícito penal. Após, a extinta SDE deferiu a especificação de provas e indeferiu pedidos de natureza genérica e/ou procrastinatória (fls. 6149/6194 e 6303/6322). Ademais, os Representados tiveram acesso a todos os elementos de prova reunidos pelo SBDC e sempre tiveram chance de se manifestar sobre todos os pontos. Além disso, foi oportunizado às Representadas nova chance de manifestação sobre todo o Processo após sua distribuição junto ao Tribunal do CADE, o que afasta completamente qualquer tipo de alegação de tolhimento de direito de defesa e/ou de impossibilidade de acesso aos elementos de prova reunidos no Processo.

22. Ademais, as provas foram declaradas legais pelo Poder Judiciário, tanto é que foram utilizados para fundamentar condenação criminal transitada em julgado. Nesse sentido, se já há decisão judicial sobre a validade das provas, inclusive quanto à sua formação, não compete ao CADE declarar sua ilegalidade, ainda mais sem qualquer elemento que justifique eventual declaração de nulidade. Além disso, os Representados alegam genericamente que a prova emprestada não seria legítima o suficiente, não dizendo a razão jurídica nem qual seria a fonte da nulidade – absoluta ou relativa – que permitiria ao CADE afastar a utilização da prova emprestada, fornecida com expressa autorização do Poder Judiciário.

23. Portanto, entendo que o Estado empreendeu todos os esforços que estiveram ao seu alcance para apurar a conduta e, com isso, cumpriu com seu ônus de demonstrar a existência da infração anticompetitiva, como será desenvolvido no tópico de mérito.

24. Ante o exposto, indefiro a preliminar.

4.3. Da Suposta Nulidade da Prova Emprestada

25. Os Representados Posto Itapoã Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda. e Sr. Ruy Poncio aduziram que a prova emprestada juntada aos autos seria nula em virtude da inexistência de autorização expressa do Juízo criminal para utilização pelo SBDC (fls. 4906/4910). O mesmo foi alegado pelo Representado Posto Divino Ltda. (fls. 5466/5470).

26. A grande controvérsia dos autos, portanto, é revelar se a extinta SDE poderia ou não utilizar as provas emprestadas do Juízo Criminal. Para tanto, meu gabinete diligenciou junto ao Juízo Criminal para obtenção de cópia de todo o processo judicial correspondente – juntado no Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02 – a fim de afastar quaisquer dúvidas sobre esse deferimento. Notei que a utilização dessa prova pelo SBDC foi explicitamente deferida em 2008 em decisão juntada às fls. 3116/3117 do mencionado Apartado. Para que não reste qualquer dúvida sobre o deferimento do pedido de prova emprestada pelo Poder Judiciário, transcrevo o inteiro teor da decisão a seguir:

> "RD nº 909
>
> DECISÃO
>
> Através da Secretaria de Direito Econômico no Ministério de Justiça contida no ofício n. °7296/2009 DPDE/CGCM, datado de 24 de novembro de 2009, recebida neste Juízo, por correspondência, cuja juntada data de 10 de dezembro de 2009, pela segunda vez **solicita o aproveitamento de instrumentos de investigação já utilizados na esfera criminal, no sentido de que seja autorizado o traslado de todas as informações colhidas nos autos da Ação Penal n.º 050.12.008847/2006.17, objetivando dar sustentáculo à procedimento que tramita na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), nos termos da Lei 8.884/94, cujo o procedimento será posteriormente enviado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).**
>
> Infere-se do ofício que na verdade **o que se postula é uma prova emprestada para ser juntada na instrução do procedimento administrativo em curso na referida Secretaria**.
>
> Instado a manifestar nos autos, o órgão de execução do MINISTÉRIO PÚBLICO endossou o pedido com a condição de que tais provas sejam entregues em mãos do Ministério Público Estadual que providenciará a extração das cópias e a sua entrega, em mãos na Secretaria de Direito Econômico, mediante recibo, e fazendo posteriormente a comprovação judicial no prazo assinalado pelo Juízo.
>
> Em decisão anterior por mim prolatada, indeferi o pleito, aduzindo por meio de argumentos que constam da referida decisão.
>
> Com efeito, em outra análise deste Juízo, e até mesmo considerando a posição doutrinária prevalente, em caráter excepcional e assim o digo, dentro da ação penal em que se requer as peças solicitadas; considerando os argumentos expendidos desta feita através de aresto do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal – 1ª Região, Tribunal Regional Federal – 2ª Região, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, insisto, excepcionalmente, nesta Ação Penal, hei por bem em **DEFERIR o que se requer**, homenageando o órgão de execução do MINISTÉRIO PÚBLICO; sob condição do mesmo órgão insita na peça de fls. 27, com tratamento que este Juízo impõe no sentido de que seja possibilitado o contraditório e a ampla defesa daqueles que tiveram a sua interceptação telefônica licitamente autorizada por Juiz Criminal, e que seja remetido a este Juízo, no prazo de 60 (sessenta) dias, a comprovação da condição imposta nesta decisão.
>
> Deverá, ainda, o órgão de execução do MINISTÉRIO PÚBLICO extrair cópias, preservando a publicidade dos referidos documentos tão somente dentro do estrito procedimento, valendo dizer, que em hipótese alguma deverá ser utilizado em outro procedimento, ou Ação Penal que venha envolver os acusados/investigados, que não a passar pelo exame deste Magistrado.
>
> Dê-se ciência ao órgão de execução do MINISTÉRIO PÚBLICO o teor desta decisão, e cumpra-se o item 14 - fls.21 da solicitação da Secretaria de Direito Econômico, bem como, o último parágrafo do requerimento e endosso do MINISTÉRIO PUBLICO, constante de fls. 27 desta RD.
>
> Após tudo, dê-se ciência à Defesa em respeito ao contraditório diferido.
>
> Vitória/ES, 18 de dezembro de 2009.
>
> JOSÉ RENATO SILVA MARTINS
>
> Juiz de Direito" (fls. 3116/3117 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

27. Após o regular exercício de contraditório e ampla defesa em sede de Processo Administrativo (fls. 1826/1856 dos autos criminais e fls. 7064/7065 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011915/2014-79), não restam dúvidas, portanto, acerca do deferimento da utilização, pelo SBDC, das provas reunidas na Ação Penal 0009660-69.2008.8.08.0024.

28. Ante o exposto, indefiro a preliminar alegada.

4.4. Da Suposta Inadmissibilidade da Prova Emprestada em Processo Penal Contra as Pessoas Jurídicas Representadas

29. Os Representados Posto Itapoã Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda. e Sr. Ruy Poncio asseveraram que as pessoas jurídicas não participaram do contraditório da produção da prova emprestada. Por isso, a utilização de interceptações e provas colhidas no juízo penal contra as Representadas seria desproporcional (fls. 4910/4912). O mesmo foi alegado pelo Representado Posto Divino Ltda. (fls. 5470/5472).

30. No caso concreto, a regularidade é determinada pelas garantias processuais concedidas no respectivo âmbito de investigação. Em outras palavras, havendo prova emprestada de outra instância ou seara administrativa, é o fornecimento de ampla defesa e contraditório que determina a validade da instrução. Nesse sentido, a participação do Representado originário é prescindível ao passo que houve regular exercício do direito de defesa nos presentes autos. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e que é incorporado à motivação do presente voto:

> CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA.
>
> 1. Ação discriminatória distribuída em 3.02.1958, do qual foram extraídos os presentes embargos de divergência em recurso especial, conclusos ao Gabinete em 29.11.2011.
>
> 2. Cuida-se de ação discriminatória de terras devolutas relativas a parcelas da antiga Fazenda Pirapó-Santo Anastácio, na região do Pontal do Paranapanema.
>
> 3. Cinge-se a controvérsia em definir: i) a Seção do STJ competente para julgar ações discriminatórias de terras devolutas; ii) a quem compete o ônus da prova quanto ao caráter devoluto das terras; iii) se a ausência de registro imobiliário acarreta presunção de que a terra é devoluta; iv) se a prova emprestada pode ser obtida de processo no qual não figuraram as mesmas partes; e v) em que caráter deve ser recebida a prova pericial emprestada.
>
> 4. Compete à 1ª Seção o julgamento de ações discriminatórias de terras devolutas, porquanto se trata de matéria eminentemente de direito público, concernente à delimitação do patrimônio estatal.
>
> 5. Nos termos do conceito de terras devolutas constante da Lei 601/1850, a natureza devoluta das terras é definida pelo critério de exclusão, de modo que ausente justo título de domínio, posse legítima ou utilização pública, fica caracterizada a área como devoluta, pertencente ao Estado-membro em que se localize, salvo as hipóteses excepcionais de domínio da União previstas na Constituição Federal.
>
> 6. Pode-se inferir que a sistemática da discriminação de terras no Brasil, seja no âmbito administrativo, seja em sede judicial, deve obedecer ao previsto no art. 4º da Lei 6.383/76, de maneira que os ocupantes interessados devem trazer ao processo a prova de sua posse.
>
> 7. Diante da origem do instituto das terras devolutas e da sistemática estabelecida para a discriminação das terras, conclui-se que cabe ao Estado o ônus de comprovar a ausência de domínio particular, de modo que a prova da posse, seja por se tratar de prova negativa, de difícil ou impossível produção pelo Poder Público, seja por obediência aos preceitos da Lei 6.383/76.
>
> 8. De acordo com as conclusões do acórdão embargado e das instâncias ordinárias, o registro paroquial das terras foi feito em nome de José Antonio de Gouveia, em 14 de maio de 1856, sob a assinatura do Frei Pacífico de Monte Falco, cuja falsidade foi atestada em perícia, comprovando-se tratar-se de "grilagem" de terras. Assim, considerou-se suficientemente provada, desde a petição inicial, pelo Estado de São Paulo, a falsidade do "registro da posse", pelo que todos os títulos de domínio atuais dos particulares são nulos em face do vício na origem da cadeia, demonstrando-se a natureza devoluta das terras.
>
> 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. **No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto**.
>
> 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

> 11. Embargos de divergência interpostos por WILSON RONDÓ JÚNIOR E OUTROS E PONTE BRANCA AGROPECUÁRIA S/A E OUTRO não providos.
>
> Julgados prejudicados os embargos de divergência interpostos por DESTILARIA ALCÍDIA S/A.
>
> (EREsp 617.428/SP, **STJ**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014)
>
> ---
>
> "EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. **Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade**. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido.
>
> (...)
>
> Mas o que de todo me não parece ajustar-se às normas discerníveis nos textos constitucional e legal, enquanto ingredientes do sistema, é que os resultados prático-retóricos da interceptação autorizada não possam produzir efeitos ou ser objeto de consideração nos processos e procedimentos não penais, perante o órgão ou órgãos decisórios competentes, contra a mesma pessoa a que se atribua, agora do ponto de vista de outra qualificação jurídica de ilicitude em dano do Estado, a prática ou autoria do mesmo ato que, para ser apurado na sua dimensão jurídico-criminal, foi alvo da interceptação lícita, como exigência do superior interesse público do mesmíssimo Estado, **ou, ainda, contra pessoa que, posto não sendo suspeita nem investigada originária, apareceu, no curso da colheita da prova contra outrem, como tal**.
>
> Dito de maneira mais direta não posso conceber como insultuoso à Constituição nem à lei o entendimento de que a prova oriunda de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, trate-se de inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, pode ser-lhe oposta, na esfera competente, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar. O raciocínio vale, mutatis mutandis, em relação a quem, como servidor do mesmo Estado, despontou como possível autor de crime ou de infração administrativa (Segunda Questão de Ordem suscitada nos autos do Inquérito nº 2424, STF, Ministro-Relator Cezar Peluso, julgado em 20/06/2007).

31. Entendo que, nos presentes autos, foram ofertados os devidos contraditório e ampla defesa, o que é suficiente para atestar a regularidade processual do feito. Nesse sentido, não há necessidade de identidade dos polos passivos do presente Processo Administrativo e do processo judicial, mas sim da plena oportunização de defesa às partes investigadas na seara concorrencial.

32. Nesse raciocínio, rejeito a preliminar.

4.5. Da Suposta Necessidade de Transcrição das Interceptações Telefônicas e de Disponibilização das Mídias de Áudio das Interceptações Telefônicas aos Representados

33. Os Representados Posto Itapoã Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda. e Sr. Ruy Poncio alegaram que o Processo Administrativo seria nulo sem juntada das mídias de áudio e a respectiva transcrição das interceptações realizadas contra os Representados (fls. 4912/4914). O mesmo foi alegado pelo Representado Posto Divino Ltda. (fls. 5472/5475).

34. A desnecessidade de transcrição das interceptações telefônicas é matéria já pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme arestos abaixo:

> "Habeas corpus. 2. Operação "Navalha". 3. Interceptações telefônicas. **Prescindibilidade de degravação de todas as conversas, sendo bastante que se tenham degravados os excertos que subsidiaram o oferecimento da denúncia**. Precedentes. 4. Ausência de constrangimento ilegal. 5. Ordem denegada".
>
> (HC 118371, Relator Ministro Gilmar Mendes, STF, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014).
>
> ---
>
> "EMENTA: DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL POR CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DA TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS: AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE OS FATOS NARRADOS NA INICIAL E OS ELEMENTOS CONFIGURADORES DO TIPO DO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL: DENÚNCIA REJEITADA. 1. O Supremo Tribunal Federal afasta a necessidade de transcrição integral dos diálogos gravados durante quebra de sigilo telefônico, rejeitando alegação de cerceamento de defesa pela não transcrição de partes da interceptação irrelevantes para o embasamento da denúncia. Precedentes. 2. **Juntada aos autos, no que interessa ao embasamento da denúncia, da transcrição das conversas telefônicas interceptadas; menção na denúncia aos trechos que motivariam a imputação dos fatos ao Denunciado**. 3. Ausência de subsunção dos fatos narrados na inicial ao tipo do art. 299 do Código Eleitoral. Carência na denúncia dos elementos do tipo penal imputado o Denunciado. Rejeição da denúncia. 4. Denúncia rejeitada por atipicidade dos fatos descritos. Improcedência da ação penal (art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal)".
>
> (Inq 3693, Relatora Ministra Cármen Lúcia, STF, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, DJe 29/10/2014).
>
> ---
>
> "Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. DECRETAÇÃO. ILEGALIDADE. ALEGAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DA MEDIDA. DEMONSTRAÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA. EXISTÊNCIA. APURAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CORRUPÇÃO PASSIVA. LEI 9.296/1996. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ORDEM DENEGADA. I – Consoante assentado pelas instâncias antecedentes, não merece acolhida a alegação de ilicitude da interceptação telefônica realizada e, por conseguinte, das provas por meio dela obtidas. II – A necessidade da medida foi devidamente demonstrada pelo decisum questionado, bem como a existência de indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, tudo em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei 9.296/1996. III – Improcedência da alegação de que a decisão que decretou a interceptação telefônica teria se baseado unicamente em denúncia anônima, pois decorreu de procedimento investigativo prévio. IV – **O Plenário desta Corte já assentou não ser necessária a juntada do conteúdo integral das degravações de interceptações telefônicas realizadas, bastando que sejam degravados os trechos que serviram de base ao oferecimento da denúncia. Precedente.** V – Este Tribunal firmou o entendimento de que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas, por mais de uma vez, desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade do prosseguimento das investigações. Precedentes. VI – Recurso improvido".
>
> (RHC 117265, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, STF, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, DJe 23/05/2014).

35. **Tanto a SDE quanto o Juízo Criminal – em decisão já transitada em julgado – apontaram expressamente quais trechos dos diálogos interceptados foram utilizados para a formação de seus respectivos convencimentos. Por essa razão, já aqui reconheço a regularidade da atividade instrutória da SDE e da SG, uma vez que foram explicitados os excertos que motivaram a imputação dos fatos aos Representados**.

36. Para evitar quaisquer dúvidas sobre o conteúdo das evidências que formaram minha convicção, transcreverei também neste voto os diálogos em que constatei infrações à ordem econômica cometidas pelos Representados. Lembro que tratarei dos diálogos de forma exemplificativa, isto é, há diversos outros diálogos em que os Representados atuaram de forma anticompetitiva e que não foram aqui transcritos e/ou degravados por questões de economia processual. Portanto, **foram degravados os trechos que serviram de base para a condenação em sede administrativa, sem prejuízo de outros ainda existentes nos autos e não expressamente mencionados**.

37. **O segundo ponto a ser rebatido diz respeito à disponibilização dos áudios aos Representados**. Vale ressaltar inicialmente que os áudios são parte integrante do Processo Criminal originário, em que o CADE obteve expressa autorização judicial para utilizá-lo como prova emprestada nos presentes autos. Nesse passo, os depoimentos, os áudios das interceptações e as degravações já realizadas pelo Ministério Público e pela autoridade policial poderão ser prontamente utilizados pela autoridade antitruste. Quanto ao acesso às mídias, **este CADE só as recebeu em 30/05/2014 (Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02) e as disponibilizou aos Representados explicitamente em sede de alegações finais**. Por isso, não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que o CADE nunca deixou de conceder acesso aos elementos de prova fornecidos pela Justiça Estadual do Espírito Santo – aos quais os Representados sempre tiveram acesso na seara criminal e também aqui no CADE.

38. Ante o exposto, indefiro a preliminar.

4.6. Da Suposta Necessidade de Comprovação de Poder de Mercado para Aferição de Infração à Ordem Econômica

39. Os Representados Posto Itapoã Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda. e Sr. Ruy Poncio alegaram que seria necessária a comprovação de poder de mercado, uma vez que a infração administrativa nos casos de prática concertada não seria *per se* (fls. 4892/4896). Tal ausência de comprovação violaria o princípio da isonomia nos processos administrativos (fls. 4896/4900). O mesmo foi alegado pelo Representado Posto Divino Ltda. (fls. 5452/5461).

40. Apesar de ter sido suscitada como preliminar, tal discussão remete ao mérito da análise do presente Processo, uma vez que é preciso avaliar se o poder de mercado interfere no exame da materialidade da prática supostamente anticompetitiva. Por isso, examinarei tal assertiva no tópico atinente ao mérito da conduta.

4.7. Do Suposto Cerceamento de Defesa por Indeferimento de Prova Testemunhal e Pericial

41. Os Representados Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Auto Posto Miramar Ltda., Posto Iate Ltda., Auto Serviço Aeroporto Ltda., Sr. Vicente Henriques Nogueira e Arara Azul Rede de Postos Ltda. alegaram que teria havido cerceamento ao direito constitucional à ampla defesa em virtude do indeferimento da produção de prova testemunhal e pericial nas modalidades contábil[1] e econômica pela extinta SDE (SEI 045649, p. 3-5; SEI 0045655, p. 4-5).

42. Em sucessivas oportunidades, a Superintendência-Geral assim se manifestou sobre a prova pericial requerida:

> "Os Representados Marcos Antonio Oliveira, Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Rogério Bastos de Oliveira, Posto Eucalipto Ltda, Posto Oliveira Ltda, Posto Thiago Ltda, Posto Marcela Ltda, Posto 1 Ltda, Posto Jardim América do Gás Ltda, Posto Arinbi do Gás Ltda, Auto Posto Araçás Ltda, Posto Camburi do Gás Ltda, Polus Comércio e Serviços Ltda, Posto oceânico Ltda, Macel Comercial Ltda, Auto Serviço Oliva Ltda, Petro Gás Comercial Ltda, Comércio Pioneiro do Gás Ltda, Posto Mediterrâneo Ltda, Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Auto Posto Miramar Ltda, Auto Posto Miramar Ltda (Filial 1), Posto Iate Ltda, Auto Serviço Aeroporto Ltda e Vicente Henrique Nogueira, Arara Azul Rede de Postos Ltda (CNPJ n.º 04.145.589/0001-77), Arara Azul Rede de Postos Ltda (CNPJ n.º 04.145.589/0002-58), Arara Azul Rede de Postos Ltda (CNPJ n.º 04.145.589/0006-81), Arara Azul Rede de Postos

Ltda (CNPJ n.º 04.145.589/0007-62), Arara Azul Rede de Postos Ltda (CNPJ n.º 04.145.589/0009-24), Arara Azul Rede de Postos Ltda (CNPJ n.º 04.145.589/0011-49) e Arara Azul Rede de Postos Ltda (CNPJ n.º 04.145.589/0014-91) requereram em suas defesa a produção de prova pericial, sem especificá-la.

Primeiramente, cabe transcrever o art. 420 do Código de Processo Civil que trata sobre a prova pericial, vejamos:

Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:

I – a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;

II – for desnecessária em virtude de outras provas produzidas;

III – a verificação for impraticável.

Conforme visto acima, os Representados não constaram em seus pedidos o objeto a ser periciado, ou seja, qual objeto será examinado, vistoriado ou avaliado. Nesse sentido, carece de plausibilidade os pedidos dos Representados, vez que o pedido genérico de realização deste meio de prova inviabiliza a própria realização da perícia.

Deste modo, considerando a impossibilidade de se realizar a perícia sem a indicação concreta do objeto, bem como a ausência da justificativa para a sua produção, sugere-se que os Representados especifiquem sobre qual objeto os Representados requerem a perícia, visto o atual pedido constituir pedido genérico, sob pena de indeferimento" (fls. 6191/6192).

Em relação ao pedido de prova pericial contábil, requerida pelos Representados Marcos Antônio Oliveira, Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Rogério Bastos de Oliveira, Posto Eucalipto Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda., Posto Oceânico Ltda., Macel Comercial Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo Ltda., verifica-se que a prova requerida na verdade trata-se de prova documental, que conforme já explicitado, pode ser apresentada em qualquer momento.

Os Representados poderão realizar a análise contábil às suas expensas e apresentá-las ao Cade a qualquer momento do processo, a fim de provar suas alegações, razão pela qual sugiro o **indeferimento** do pedido de prova pericial, mas acatando-a, se assim desejarem os Representados, como prova documental" (fl. 6319).

43. Primeiramente, ressalto que a Superintendência-Geral expressou suas razões de indeferimento de maneira fundamentada, razão pela qual não há que se falar em nulidade por suposta ausência de motivação. Em segundo lugar e por prestígio ao princípio da eficiência processual, foi oportunizado às partes o deferimento da prova na modalidade documental para que houvesse a apresentação de preços e de análise contábil às próprias expensas, o que não ocorreu: as partes apenas insistiram na realização de perícia sem outra atitude que ensejasse a efetiva contribuição para a instrução processual. Esse também foi o entendimento da ProCADE: *"quanto à prova pericial, a Superintendência Geral permitiu que as partes trouxessem aos autos os laudos contábeis e mercadológicos que entendessem necessários à comprovação de suas teses, não havendo de se falar em cerceamento de defesa"* (fl. 6987).

44. No que se refere à produção de prova econômica pelo Índice Herfindahl Hirschmann (HHI) e Lerner (Lerner Index), também acertadamente decidiu a Superintendência-Geral em indeferir tal prova, porquanto a análise pode ser produzida pelo próprio corpo técnico do CADE ou pela parte interessada. Por isso e também em atenção ao princípio da eficiência processual, não há necessidade de um perito específico/especializado para a realização de tal atividade. Ressalte-se que os Representados poderiam ter produzido tal prova na forma documental e às suas expensas ou ter apresentado estudos e pareceres técnicos, uma vez que lhes foi assegurado o direito de apresentação de novos documentos até o final da instrução processual junto à Superintendência-Geral e também em sede de instrução complementar junto ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (fls. 6318/6319).

45. De qualquer forma, as partes também poderiam ter apresentado seus cálculos de HHI e de Lerner Index por meio de suas assessorias próprias, submetendo as razões econômicas de defesa ao crivo do CADE, o que nunca ocorreu. Novamente, os Representados optaram por se restringir ao deferimento ou ao indeferimento de um pleito, sem se atentar que a defesa poderia ter realizado a mesma discussão de forma mais célere, econômica e por meio de prova documental, às próprias expensas e ao longo de toda a extensa instrução realizada pela SDE e pela Superintendência-Geral.

46. Já quanto à prova testemunhal, de início, a Superintendência-Geral deferiu os pedidos de prova testemunhal de todos os Representados, ressalvando que as pessoas naturais que fossem também Representadas seriam ouvidas na qualidade de informantes, nos termos do art. 72 da Lei 12.529/11 e do art. 405 do Código de Processo Civil (fl. 6319), o que foi realizado consoante o seguinte quadro-síntese:

Nome da Testemunha	Arrolado Por	Data da Oitiva	Localização nos Autos (fls.)
Carlos Raimundo Batista	Marcos Antonio Oliveira, Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Rogério Bastos de Oliveira e outros	18/03/2013	6363/6364 (6412/6421)
José Carlos Freitas Goetze	Marcos Antonio Oliveira, Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Rogério Bastos de Oliveira e outros	18/03/2013	6365/6366 (6424/6434)
Silvio Ricardo Sangreman Teophilo	Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza e outros	18/03/2013	6371/6372 (6448/6457)
Walter Jorge de Oliveira Almeida Júnior	Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza e outros	18/03/2013	6373/6374 (6458/6464)
Luiz Paulo Silva	Vicente Henriques Nogueira e outros	18/03/2013	6375/6376 (6465/6472)
Pedro Lopes de Azevedo	Vicente Henriques Nogueira e outros	18/03/2013	6377/6378 (6473/6477)
Marcel Guimarães Salco	Marcos Antonio Oliveira, Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Rogério Bastos de Oliveira e outros	19/03/2013	6377/6378 (6473/6477)
Paulo Gomes Júnior	Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza e outros	18/03/2013	6367/6368 (6435/6440)

47. Logo, não houve qualquer tipo de cerceamento de defesa em relação à produção probatória, uma vez que os Representados tiveram todas as oportunidades legalmente previstas para apresentação das provas que entenderam pertinentes. Ademais, a extinta SDE e a Superintendência-Geral constantemente diligenciaram para que o grande número de Representados no polo passivo não retardasse desnecessariamente o processo e, ao mesmo tempo, respeitaram todas as garantias processuais referentes ao contraditório e à ampla defesa.

48. Por tudo isso, rejeito a preliminar.

4.8. Da Suposta Inépcia da Nota de Instauração

49. Os Representados Sr. Marcos Antônio Oliveira, Sr. Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Sr. Rogério Bastos de Oliveira, Posto Eucalipto Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda., Posto Oceânico Ltda, Macel Comercial Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo alegaram que a nota de instauração do Processo Administrativo seria inepta, uma vez que não seria possível dela extrair lógica conclusão e que não haveria certeza de que os fatos expostos na nota seriam infrações à ordem econômica (fls. 4153/4156). O mesmo também foi defendido pelos Representados Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Auto Posto Miramar Ltda. (matriz), Auto Posto Miramar Ltda. (filial), Posto Iate Ltda. e Auto Serviço Aeroporto Ltda. (fls. 4450/4454), pelos Representados Sr. Vicente Henriques Nogueira e Arara Azul Rede de Postos Ltda. (fls. 4654/4658) e pelo Representado Posto Divino Ltda. (fls. 5443/5446).

50. A investigação conduzida pela extinta SDE teve o condão de, a partir de fortes indícios de infração à ordem econômica, instaurar o competente processo administrativo para apuração e repressão desses ilícitos (art. 14, inciso VI, da Lei 8.884/94). A instauração do Processo Administrativo, por si só, não comporta a aplicação das penalidades previstas na legislação de defesa da concorrência, já que apenas lança as fundadas acusações sobre as quais as Representadas são chamadas à apresentação de defesa segundo os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

51. A extinta SDE e a Superintendência-Geral do CADE enviaram os autos ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica para julgamento do caso, acompanhados do respectivo parecer com as conclusões acerca das investigações realizadas e com a recomendação que entender cabível. Essa é a redação do art. 74 da Lei 12.529/11: *"em até 15 (quinze) dias úteis contados do decurso do prazo previsto no art. 73 desta Lei, a Superintendência-Geral remeterá os autos do processo ao Presidente do Tribunal, opinando, em relatório circunstanciado, pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração"*. Esse dispositivo é a atualização do art. 39 da Lei 8.884/94, que assim dispunha: *"Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese"*.

52. A certeza da condenação só é possível após a regular instauração de Processo Administrativo pela autoridade instrutória e a apreciação colegiada dos fatos supostamente anticompetitivos que violariam a legislação de defesa da concorrência. Somente após essa apreciação é que o CADE fornecerá a certeza dos fatos imputados aos Representados, sob pena de pré-julgamento do feito.

53. Se a autoridade incorresse no vício de pré-julgamento dos fatos, certamente inviabilizaria a ampla defesa dos Representados, uma vez que a reunião de provas na instrução ficaria viesada e contrariaria o princípio basilar da presunção de inocência. No mais, a legislação autoriza o início da apuração apenas com base em indícios, o que não significa necessariamente que a parte será condenada: afinal, o Representado poderá apresentar outros indícios e/ou provas que refutem os fatos investigados e, com isso, obter o arquivamento das acusações.

54. Importante salientar também que a valoração da robustez dos indícios deve ser avaliada de acordo com o juízo discricionário do Secretário de Direito Econômico, isto é, a instauração de processos administrativos ocorre quando a providência administrativa mais conveniente e

oportuna é a persecução administrativa do possível infrator à ordem econômica, nos termos da Lei 8.884/94, vigente à época da investigação e até o fim da tramitação do processo junto à extinta SDE.

55. A instauração, contudo, não significa um juízo de condenação, tendo em vista que a formação da convicção da extinta SDE só viria a ser formada após as defesas e a produção probatória cabível, sendo exteriorizada no parecer final. Por isso, a individualização da conduta só é possível quando a autoridade entende haver, de fato, uma infração a ser punida e um agente a ser responsabilizado por ter praticado tal infração, à luz de todo o conjunto probatório reunido tanto pelo SBDC como pelos acusados. Nesse sentido, confira julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> "É idônea a denúncia que narra crime de autoria coletiva, sem a particularização das condutas dos agentes, mas que permite o exercício da ampla defesa".
>
> (excerto de ementa no HC 111.215/SP, STJ, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 06/02/2009, DJe 13/04/2009)
>
> e
>
> (excerto de ementa no RHC 16.244/PR, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 01/07/2008, DJe 18/08/2008).
>
> ---
>
> "Em faltando à Acusação Pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto legal, como por vezes ocorre nos casos de concurso de agentes, é válida a imputação do fato-crime sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, até porque a lei processual penal admite que as suas omissões possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, artigo 569)".
>
> (excerto de ementa no RHC 18.257/PE, STJ, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 29/10/2007).
>
> ---
>
> "Não há que se falar em inépcia da denúncia por falta de rigor em detalhar as condutas individuais dos envolvidos, pois, admite a jurisprudência, nos chamados crimes coletivos ou societários, com suficiente a mera descrição genérica, calcada, todavia, em fatos, com remessa da eventual pormenorização para a instrução criminal".
>
> (excerto de ementa no HC 6.077/AM, STJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 06/10/1997, DJ 20/10/1997).

56. Uma individualização antecipada configuraria pré-julgamento do caso, sem a devida observância à necessária instrução dos autos, o que ofenderia o devido processo legal. Fizeram bem a extinta SDE e a Superintendência-Geral, portanto, em individualizar a conduta apenas quando se convenceram da prática dos ilícitos pelos Representados a fim de evitar imputar infrações contra agentes que poderiam ser inocentados a partir dos meios de prova reunidos na fase instrutória.

57. Ante o exposto, indefiro a preliminar.

4.9. Da Suposta Ilegitimidade Passiva do Posto Iate Ltda.

58. Os Representados Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Auto Posto Miramar Ltda. (matriz), Auto Posto Miramar Ltda. (filial), Posto Iate Ltda. e Auto Serviço Aeroporto Ltda. defenderam a ilegitimidade passiva do Posto Iate Ltda., porquanto o Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza não seria sócio do Posto Iate Ltda. (fls. 4455/4457).

59. No entanto, como bem argumentado pela extinta SDE, o Representado ocupava cargo de gerência do citado posto (fls. 3960/3961), o que lhe confere poderes de administração e de decisão sobre as práticas comerciais a serem implementadas pela pessoa jurídica à qual estava vinculado à época da conduta.

60. No que se refere à manutenção da pessoa jurídica no polo passivo, entendo que deverá ser avaliada após a devida análise da conduta de seus administradores, uma vez que as práticas comerciais anticompetitivas realizadas por pessoas naturais são imputáveis às pessoas jurídicas a elas vinculadas, conforme melhor evidenciado no tópico de mérito do presente voto.

61. Nesse sentido, rejeito a preliminar.

4.10. Da Suposta Ilegitimidade Passiva do Sr. Vicente Henriques Nogueira

62. Os Representados Sr. Vicente Henriques Nogueira e Arara Azul Rede de Postos Ltda. aduziram a ilegitimidade passiva da pessoa natural porque o Sr. Vicente seria gerente apenas de empresas do Grupo Arara Azul que vendiam pneus, isto é, não ocuparia qualquer cargo ou possuiria qualquer ingerência nas empresas revendedoras de combustível (fls. 4658/4660 e SEI 0045655).

63. Em primeiro lugar, o Representado informou nos autos que foi gerente de vendas de postos de combustível entre janeiro e novembro de 2006 (fl. 3957) nos seguintes termos:

> "Em resposta ao Ofício acima citado, informo que nunca fui Sócio ou de qualquer forma Representado, Procurador ou Diretor de empresa atuante no ramo de Venda a Varejo de combustíveis. Destaco que entre os meses de Janeiro/2006 a Novembro/2006, ocupei a função de Gerente de Vendas dos postos que compõe (sic) a Arara Azul Rede de Postos Ltda. Assim em tal qualidade não possuo as informações solicitadas por este órgão".

64. Nesse sentido, tal declaração do próprio Representado o torna apto a responder por eventuais condutas anticompetitivas enquanto tinha poderes de administração junto à pessoa jurídica a que vinculado.

65. Já em relação à atuação anticompetitiva propriamente dita, os pareceres apontaram que as interceptações telefônicas demonstrariam ativo envolvimento na fixação de preços e no compartilhamento de informações sensíveis referentes a combustíveis na região. Nesse sentido, afasto o argumento de impossibilidade jurídica do pedido e entendo que a parte deve sim permanecer no polo passivo do presente Processo para aferir a contribuição para a materialização do cartel de combustíveis no Espírito Santo.

66. Em terceiro lugar, tal como na preliminar anterior, a manutenção da pessoa jurídica no polo passivo deverá ser reavaliada após a devida análise da conduta de seus administradores, uma vez que as práticas comerciais anticompetitivas realizadas por pessoas naturais são imputáveis às pessoas jurídicas a elas vinculadas, conforme melhor evidenciado no tópico de mérito do presente voto.

67. Logo, rejeito a preliminar.

4.11. Da Suposta Ilegitimidade do Representado Posto Divino Ltda.

68. Em sua defesa, o Representado Posto Divino Ltda. alegou que não poderia ter participado da conduta, porquanto teria iniciado suas operações após o término das investigações pelo Ministério Público (fls. 5443/5446 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011915/2014-79).

69. Segundo o contrato social de fls. 5490/5492, o Posto Divino foi constituído em 16/11/2009 pelos sócios Srs. Ruy Poncio (99%) e Gelza Maria Dazzi Poncio (1%). Apesar da instauração do presente Processo ter ocorrido em 2011, o teor das interceptações abrangeu os anos de 2006 e 2007 e não houve elementos posteriores que indicassem eventual continuidade do cartel até 2009 (o que não significa que ele não tenha perdurado após o fim das interceptações e das apurações administrativa e penal).

70. Nesse sentido, apesar da pendência de análise da materialidade da conduta do sócio Ruy Poncio, entendo que a pessoa natural não estava vinculada à pessoa jurídica Posto Divino Ltda. à época da conduta, o que impossibilita a responsabilização do referido posto.

71. Ante o exposto, acolho a preliminar para arquivar as acusações contra Posto Divino Ltda.

4.12. Da Suposta Ilegitimidade do Representado Posto Mclaren Ltda.

72. O Representado Posto Mclaren Ltda. também suscitou o reconhecimento da ilegitimidade passiva em razão do período de abrangência das investigações. O Representado iniciou suas atividades em julho de 2007 ao passo que as apurações envolveram o lapso temporal compreendido entre maio de 2006 e abril de 2007 (fls. 5512/5559).

73. Apesar da instauração do presente Processo ter ocorrido em 2011, o teor das interceptações não trouxe elementos posteriores que indicassem eventual continuidade do cartel após abril de 2007 (o que não significa que ele não tenha perdurado após o fim das interceptações e das apurações administrativa e penal).

74. Ante o exposto, acolho a preliminar para arquivar as acusações contra Posto Mclaren Ltda.

4.13. Da Suposta Ilegitimidade do Representado Posto América Ltda.

75. O Representado Posto América Ltda. também suscitou o reconhecimento da ilegitimidade passiva em razão do período de abrangência das investigações. O Representado iniciou suas atividades em 2008 ao passo que as apurações envolveram o lapso temporal compreendido entre maio de 2006 e abril de 2007 (fls. 5655/5702).

76. Apesar da instauração do presente Processo ter ocorrido em 2011, o teor das interceptações não trouxe elementos posteriores que indicassem eventual continuidade do cartel após abril de 2007 (o que não significa que ele não tenha perdurado após o fim das interceptações e das apurações administrativa e penal).

77. Ante o exposto, acolho a preliminar para arquivar as acusações contra Posto América Ltda.

4.14. Da Suposta Ilegitimidade do Representado Sr. Ruy Poncio

78. Nas alegações finais, o Sr. Ruy Poncio requereu o arquivamento das acusações contra ele proferidas em virtude da curatela provisória concedida pelo Juiz da Primeira Vara de Órfãos e Sucessões de Vila Velha/ES no Processo 0038567-11.2014.08.0035. Segundo o Representado:

> "Como consta da petição inicial, a interdição se deu em função de doença degenerativa incurável e progressiva (demência frontotemporal) acometida ao Representado com sintomas iniciados, insidiosamente, em 2006 que se tornaram mais intensos em 2011.
>
> Em função da natureza da doença que o acometeu, por somente ter ocorrido sua interdição no final do ano passado, e passando seus familiares pelas mazelas de verem-se privados do administrador dos negócios da família, somente agora foi possível trazer aos autos estes fatos.
>
> Em função das conseqüências cognitivas da doença, as provas emprestadas não podem, sequer por ilação, levar à conclusão de que o Representado participou de conduta colusiva" (SEI 0056240).

79. O Representado juntou aos autos o Termo de Compromisso de Curador, lavrado em 17/11/2014 e válido por cento e oitenta dias a título de curatela provisória em nome da esposa do Representado (SEI 0056241).

80. Em consulta ao andamento judicial, verifico que, de fato, foi proferida decisão em 07/11/2014 para deferir a curatela provisória do Representado, conforme colaciono abaixo:

Vara: VILA VELHA - 1ª VARA DE ORFÃOS E SUCESSÕES

Data da Distribuição: 29/09/2014 15:48 **Motivo da Distribuição:** Distribuição por sorteio

Ação: Interdição

Valor da Causa: R$ 20000

Assunto principal: DIREITO CIVIL - Família - Tutela e Curatela

07/11/2014	Audiência designada	Dia 26/02/2015 às 14:30
07/11/2014	Decisão proferida	Isto posto, considerando a produção das provas inequívocas carreadas nos autos, verifico a verossimilhança do alegado, bem como o receio de que ocorra dano irreparável ou de difícil reparação, sem que haja perigo de irreversibilidade, de acordo com o art. 273, I e §2º do CPC, pelo que DEFIRO o pedido de Curatela Provisória, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, nomeando como curadora a Sr.ª. GELZA MARIA DAZZI PONCIO, que assinará o termo na forma da lei. LAVRE-SE o competente termo. Assinado, EXPEÇA-SE a certidão respectiva. DESIGNO interrogatório para o dia 26 DE FEVEREIRO DE 2015 ÀS 14:30H Ademais, oficie-se aos cartórios de Registro Geral Imóveis da comarca, solicitando que informe se a requerente e o interditando possuem bens. Intime-se o presentante do Parquet. Cite-se, intimem-se e diligencie-se. esconder
21/10/2014	Autos concluso para despacho	

81. Como se pode verificar do andamento e dos documentos juntados pelo Representado, a decisão e a comprovação de curatela ocorreu em 2014, muito depois do período de investigação – 2006 a 2007. Assim sendo, não existe vínculo temporal entre a incapacidade do Representado e os fatos supostamente ilícitos.

82. Em outras palavras, o Representado Sr. Ruy Poncio era plenamente capaz de exercer as atividades comerciais e empresariais em nome dos postos dos quais era administrador, isto é, à época do cartel, não havia qualquer condição que o inabilitasse a dirigir as atividades dos postos revendedores a que vinculado.

83. Por isso, não há razão para acolher essa preliminar de ilegitimidade passiva, considerando os termos fáticos apresentados e a linha do tempo da própria conduta.

4.15. Do Suposto Franqueamento de Possibilidade de Celebração de TCC

84. Os Representados Posto Itapoã Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda. e Sr. Ruy Poncio defenderam que *"de forma a guardar uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico, também o "poderá" do artigo 53 da Lei 8.884/94 deve ser interpretado como um poder-dever, sendo o TCCP um direito subjetivo público do administrado"* (fl. 4925).

85. Os Representados Sr. Marcos Antônio Oliveira, Posto Eucalipto Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Posto Mediterrâneo Ltda., Auto Posto Araçás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Posto Oceânico Ltda. e Polus Comércio e Serviços Ltda. alegaram a existência de cerceamento de defesa diante de *"ausência de suspensão do feito enquanto se discute (sic) judicialmente as regras pertinentes à celebração do Termo de Compromisso de Cessação"*. Ainda nas alegações finais, tais Representados afirmaram que *"no caso em análise, os ora representados solicitaram formalmente ao Cade a celebração do TCC, com base no Regimento Interno do Cade vigente à época dos fatos investigados, por ser mais benéfica aos representados"* (SEI 0046806, p. 5).

86. Insta salientar que a questão foi judicializada, o que culminou no prosseguimento do presente Processo após decisão no Agravo de Instrumento 0007685-05.2014.4.01.000/DF, cujos trechos essenciais colaciono abaixo:

> "Trata-se, na origem, de ação ordinária em que o autor pleiteia seja suspenso o processo administrativo nº 08012.00847/2006-17 (sic), que tramita no CADE por entender que seu pedido de assinatura de TCC deve ser acolhido e processado em conformidade com a legislação vigente à época dos fatos imputados e não segundo a legislação atual como pretende a autarquia.
>
> (...)
>
> Quanto ao mérito, não se discute que mesmo com base na legislação revogada, seria possível às partes firmar o TCC para encerrar a apuração, providência que está inserida no âmbito da conveniência e oportunidade deferidos à Administração, o que restou mantido, em linhas gerais pela Lei 12.529/2011, como se pode conferir a seguir:
>
> (...)
>
> Assim, o que se verifica, pelo menos em um exame perfunctório, é que **a lei não obriga o CADE a firmar o TCC**, mas apenas possibilita a ele propor o compromisso, desde que o interesse público assim o recomende.
>
> Contudo, o que está em questão é se a norma que deve nortear a assinatura do instrumento pode ser a atual mesmo para fatos pretéritos.
>
> Em princípio, mesmo que se entenda aplicável ao caso examinado a penalidade administrativa mais benéfica, não é de todo razoável que em uma proposta de acordo para cessar investigação, se obrigue a administração a observar regramento como se de culpa se estivesse tratando, o que inequivocamente não constitui o caso em exame.
>
> O juízo de conveniência e oportunidade pressupõe a escolha pela Administração de uma opção que faça cessar a conduta apontada como indevida, que afaste seus efeitos lesivos e promova a pacificação social pela via administrativa, sem a aplicação da legislação para sancionar, **mas para obter uma transação, o que pode ou não ser aceito pelo administrado, que deve sopesar se sua submissão a um julgamento pode ser vantajosa ou não**.
>
> É fora de dúvida que ao julgar o processo administrativo, o CADE será obrigado a aplicar a legislação vigente à época dos fatos, dirigindo-se também a ele a necessária avaliação sobre a oportunidade de viabilizar um termo de acordo para colocar fim às investigações e de maneira mais célere solucionar a questão, o **que todavia não justifica suspender o possível julgamento, praticamente impondo ao CADE a obrigação de assinar um termo segundo as exigências dos investigados, o que não constituirá uma transação**.
>
> A solução da demanda apenas poderá concluir pela impossibilidade de aplicação da legislação mais gravosa, o que pode conduzir à ausência de interesse da autarquia em firmar o TCC.
>
> Não se deixa de reconhecer que é plausível a argumentação de que a imposição de condições que estão previstas na legislação mais atual dificulta ou mesmo inviabiliza por não ser interessante, a assinatura de um acordo, o que todavia não justifica paralisar o processo administrativo de apuração de violações à legislação da concorrência.
>
> Pelo exposto, defiro a antecipação de tutela recursal para suspender os efeitos da decisão agravada, admitindo o prosseguimento do processo administrativo, inclusive com a possibilidade de julgamento do mesmo.
>
> Em razão da prevenção já reconhecida pela Quinta Turma em relação aos processos que tramitam sobre o mesmo tema, por questão de economia processual, determino a extensão dos efeitos desta decisão a todos os processos que já estejam tramitando perante a 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal quer em razão da flagrante prevenção, quer para evitar decisões conflitantes.
>
> **Cumpra-se, independentemente da interposição de qualquer recurso.**
>
> Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão ao Juízo a que, sem necessidade de informações (via e-mail). Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta.
>
> Publique-se. Intimem-se.
>
> Brasília, 4 de abril de 2014
>
> DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA".

87. Em segundo lugar, os Representados nunca chegaram a apresentar proposta formal de TCC, independentemente da norma que seria aplicável. O que ocorreu foram esparsos pedidos genéricos no bojo de inúmeras petições que debatiam mérito para que o CADE franqueasse a possibilidade de realização do TCC, sem a apresentação de pedido específico para tanto ou, no mínimo, em que termos a parte desejaria que as negociações fossem iniciadas, menos ainda quais seriam as razões de conveniência e oportunidade que ensejariam a apreciação da proposta de compromisso de cessação de conduta pelo Conselho. Vide, por exemplo, manifestação às fls. 4925, 5485, 5698 e 5796 em que alguns Representados assim expõem *ipsis litteris* e em distintas peças processuais: *"portanto, mister seja franqueada esta possibilidade aos representados, nos termos do artigo 53, §3°, da Lei 8.884/94. E nem há de se alegar que o texto da lei confere uma faculdade ao CADE ao dispor que este "poderá" conceder o TCCP. Trata-se, na verdade, de verdadeiro poder-dever da Administração (no caso o CADE), que fica obrigado a oferecer ao administrado tal benesse"*. Pedido semelhante é feito por outros Representados nos seguintes termos: *"desse modo, tendo em vista que os fatos investigados datam do ano de 2006 e que o presente processo foi instaurado com base na Lei n° 8.884/94, considerando, ainda, que a capitulação das condutas imputadas aos representados foi realizada com fundamento na mesma supracitada norma, requerem lhes seja dada a oportunidade de apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação nos termos do art. 53 da Lei n° 8.884/94, fixando-se desde já prazo razoável para o envio da proposta a essa Superintendência-Geral ou ao CADE, conforme o caso"* (fl. 6496).

88. Em síntese e ainda que observadas regras regimentais que não as vigentes à época desejada pelo Representado, o CADE não poderia estabelecer negociações sem proposta formal de compromisso de cessação: o Termo de Compromisso de Cessação não pode ser celebrado sem manifestação expressa de vontade da parte signatária, uma vez que envolve uma série de obrigações que a parte deverá assumir em nome próprio, especialmente as de cessação da prática investigada e pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (art. 53 da Lei 8.884/94, com correspondência no art. 85 da Lei 12.529/11).

89. Os próprios Representados juntaram precedente judicial às fls. 4926, 5486, 5699 e 5797 que dispõe que "[o TCC] *só poderá ser negado ao interessado se não houver concordância com as cláusulas do aludido termo, previstas em lei, não podendo a Administração criar obstáculos ao exercício de direito, não amparadas na legislação que rege a matéria"* [2]. **Os Representados nunca trouxeram ao CADE disposições para que houvesse *concordância* ou *discordância*; nunca houve conteúdo formal de acordo e/ou cláusulas para que o Conselho se debruçasse e apreciasse a pertinência de um TCC diante da legislação de defesa da concorrência**. Em suma, a parte pode propor, a qualquer tempo e sem deferimento do CADE, seu TCC, cujos termos serão negociados com o CADE e apreciados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Por isso, a revogada Lei 8.884/94 preconizava que o TCC "poderá ser celebrado", tendo em vista o processo de composição bilateral que é iniciado a partir da formalização de

proposta de TCC. **Essas também foram as conclusões da Superintendência-Geral** sobre o presente caso, as quais adoto explicitamente como razões de decidir e transcrevo abaixo:

> "No que tange ao pedido de celebração de TCC, deve-se consignar que o TCC, de acordo com o art. 13 Lei n.º 12.529/11 e com o Regimento Interno do Cade (RI-Cade), poderá ser proposto pela Superintendência-Geral. Note-se que essa é uma das competências da Superintendência-Geral que deve levar em consideração os requisitos de conveniência e oportunidade da Administração Pública, nos termos do art. 85 da referida Lei, para propor um acordo e não, necessariamente, celebrar o acordo que depende de aprovação do Tribunal.
>
> Note-se que não se trata de um poder-dever da Administração firmar um TCC, mas sim um poder discricionário. O Cade não é obrigado a celebrar TCC caso este não atenda aos requisitos mínimos determinados em Lei, bem como quando puder ofender os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública.
>
> No caso em tela sequer foi apresentada uma proposta de TCC pelos Representados, deste modo não há que se falar em omissão da Administração quanto ao direito de celebrar TCC.
>
> Portanto, para que o Cade possa se manifestar sobre a conveniência e oportunidade de se celebrar um TCC no presente caso, os Representados devem ao menos apresentar proposta de Termo de Compromisso de Cessação contendo os requisitos mínimos exigidos pelo art. 85 da Lei n.º 12.529/2011 e pelo art. 179 e seguintes do RI-Cade, ressaltando-se que é vedado aos mesmos Representados uma nova apresentação de Requerimento de celebração do termo no mesmo processo, conforme o disposto do art. 181, I, do RI-Cade" (fls. 6317/6318, com destaques no original).

90. Mesmo após a tramitação do feito durante a nova Lei, a Superintendência-Geral não entendeu conveniente e oportuna a propositura de TCC, segundo a competência do art. 13, inciso IX, da Lei 12.529/11[3].

91. Por quaisquer dessas perspectivas, **não há proposta de termo de compromisso a ser apreciada por este Tribunal até o momento deste julgamento**.

92. Ante o exposto, indefiro a preliminar.

5. Do Mérito

5.1. Da Prejudicial de Mérito: da suposta prescrição da ação punitiva

93. Os Representados Sr. Marcos Antônio Oliveira, Sr. Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Sr. Rogério Bastos de Oliveira, Posto Eucalipto Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda., Posto Oceânico Ltda, Macel Comercial Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo alegaram que a pretensão punitiva já estaria alcançada pela prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei 9.873/99 (fls. 4157/4160). O mesmo foi alegado pelos Representados Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Auto Posto Miramar Ltda. (matriz), Auto Posto Miramar Ltda. (filial), Posto Iate Ltda. e Auto Serviço Aeroporto Ltda. (fls. 4457/4461) e pelos Representados Sr. Vicente Henriques Nogueira e Arara Azul Rede de Postos Ltda. (fls. 4661/4664).

94. O prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração para ilícitos anticompetitivos deve observar, antes de tudo, se existe semelhante conduta na esfera penal. Caso não haja crime equivalente à infração administrativa, o prazo prescricional será de cinco anos, conforme *caput* do art. 1º da Lei 9.783/99:

> Art.1º - Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
>
> § 2º - Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

95. Esse dispositivo deve ser lido de forma combinada com o art. 4º, inciso II, da Lei 8.137/90 (com a nova redação dada pela Lei 12.529/11):

> Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:
>
> II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
>
> a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
>
> b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
>
> c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

96. Observo a equivalência do ilícito de cartel com o crime de cartel, conforme dispositivos acima transcritos. Assim sendo, há que se aplicar o §2º do art. 1º da Lei 9.783/99, que aplica à infração administrativa o mesmo prazo prescricional previsto na lei penal. A redação da lei é *"quando o fato objeto da ação também constituir crime (...)"*. Assim, infere-se ser suficiente que a conduta investigada (fato) em âmbito administrativo seja a mesma que aquela tipificada na esfera penal para que a contagem se dê segundo a lei penal. Nesse sentido, considerando que a pena máxima prevista para o crime em questão é cinco anos de reclusão (art. 4º da Lei 8.137/90), a prescrição ocorrerá em 12 anos, nos termos do art. 109 do Código Penal:

> Art. 109 A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (...)
>
> III - **em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito)**.

97. Dessa forma, não restam dúvidas de que a Administração Pública, no âmbito de Processo Administrativo instaurado para apurar suposta prática de cartel, tem o prazo máximo de 12 (doze) anos para praticar qualquer ato apto a interromper ou a suspender a contagem da prescrição

98. Logo, rejeito a prejudicial de mérito arguida.

5.2. Da Prejudicial de Mérito: da suposta prescrição intercorrente

99. Os Representados Sr. Marcos Antônio Oliveira, Sr. Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Sr. Rogério Bastos de Oliveira, Posto Eucalipto Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda., Posto Oceânico Ltda, Macel Comercial Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo defenderam que teria havido prescrição intercorrente entre 15/09/2006 (data do recebimento da denúncia do Ministério Público pela SDE) e 15/12/2011 (data de instauração do Processo Administrativo) (fls. 4161/4163). O mesmo foi alegado pelos Representados Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Auto Posto Miramar Ltda. (matriz), Auto Posto Miramar Ltda. (filial), Posto Iate Ltda. e Auto Serviço Aeroporto Ltda. (fls. 4461/4464) e pelos Representados Sr. Vicente Henriques Nogueira e Arara Azul Rede de Postos Ltda. (fls. 4664/4667).

100. A Lei 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, introduziu a hipótese de prescrição durante a tramitação do feito, também conhecida como "prescrição intercorrente". Assim, dispõe o §1º do artigo 1º da citada Lei, *in verbis*:

> Art.1º - Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
>
> §1º- Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.
>
> § 2º - Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.
>
> Art. 2º Interrompe-se a prescrição:
>
> I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
>
> II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
>
> III - pela decisão condenatória recorrível.

101. A prescrição intercorrente caracteriza-se pela inércia do Poder Público no impulso do processo por mais de três anos, fato que geraria a paralisação do processo. Verifico que, no presente processo, não houve essa inércia, uma vez que não houve interrupção na tramitação processual por período superior a três anos.

102. Por essa razão, rejeito a prejudicial de mérito arguida.

5.3. Da Conduta de Cartel

103. No voto-vista do Processo Administrativo 08012.011142/2006-79 (julgado em 28/05/2014), no voto-relator do Processo Administrativo 08012.001020/2003-21 (julgado em 29/10/2014), no voto-relator do Processo Administrativo 08012.006199/2009-07 (julgado em 10/12/2014) e no voto-relator do Processo Administrativo 08012.010932/2007-18 (julgado em 25/02/2015), abordei diversos dos pontos que entendo pertinentes para a configuração de um cartel. Entretanto, entendo necessário reiterar alguns deles para melhor compreensão do caso concreto.

104. Um cartel é um acordo entre empresas pretensamente concorrentes para estabelecer níveis de produção ou fixar preços, quantidades, clientes, fornecedores, regiões, entre outras características enumeradas pelo art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11. O acordo possibilita às empresas terem lucros de monopólio, ou seja, comportarem-se como se houvesse um só vendedor no mercado[4]. Os agentes que praticam cartel podem, por exemplo, fazer acordos sobre os preços que cobram e/ou sobre se irão concorrer ou não em determinados mercados ou por certos clientes[5]. Como se trata de uma conduta de várias empresas que deveriam concorrer entre si, a formação de cartel merece mais escrutínio por parte das autoridades antitruste e punições maiores que condutas unilaterais[6].

105. O cartel tem como objetivo precípuo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica[7], isto é, a vontade de todos os participantes é tão unificada que eles se comportam como se fossem um só agente; perdem sua individualidade e se comportam como um conglomerado sob o ponto de vista comercial. Por isso, a atividade de cartel é a antítese da "livre interação das forças competitivas", de modo que o combate a cartéis é a pedra angular da política de defesa da concorrência[8]. Caso seja provada a existência da formação de cartel – com a consequente fixação de preços ou divisão

do mercado –, a prática deve ser condenada[9].

106. Quando uma ação não tem efeitos benéficos sobre o mercado, mas apenas prejudiciais, sua natureza inerente é tão somente a restrição à livre concorrência. As políticas de fixação de preços, de condições de negociação, de divisão geográfica ou de limitação artificial da oferta, feitas por cartéis, se encaixam nessa descrição, sendo, por essa razão, ilegais *per se*.

107. No caso de formação de cartel, a conduta é reprovável por si só, sem a necessidade de comprovação de efeitos, ao que a lei chama de infração "por objeto" (art. 36, caput, Lei 12.529/11). Caso o julgador opte por estender a análise, a legislação antitruste aponta ainda a vertente da infração "por efeito" (art. 36, caput, Lei 12.529/11). A lei estabelece essas duas possibilidades de análise porque as atividades anticompetitivas geralmente são encobertas, com estratégias que visam à ocultação dos atos praticados. No caso dos cartéis, os atos são ocultados não para a proteção de estratégias comerciais de empresas envolvidas, mas sim em função de sua importância para a caracterização de uma conduta considerada delito pela legislação pátria. Em função dessa natureza, provada a formação de cartel, não há necessidade de se comprovar os efeitos sobre a concorrência ou o bem-estar do consumidor. A violação à ordem econômica, quando comprovada, se dá pelo próprio objeto, e não pelos seus efeitos.

108. A duração de um cartel depende de um bom mecanismo de monitoramento, uma vez que as empresas podem ter o incentivo de corromper o acordo. Um dos problemas mais sérios enfrentados por um cartel diz respeito a determinar se algum dos membros cumpriu ou não o acordo. O monitoramento em um cartel tem o seguinte funcionamento: se uma empresa burla o combinado, produzindo mais, os preços tendem a cair. Entretanto, quando o preço cai, e quando o monitoramento é imperfeito, as empresas não são capazes de saber ao certo qual membro burlou o acordo.

109. Então, quanto mais imperfeito for o mecanismo de monitoramento, mais instável será o cartel. Isso ocorreria porque as empresas teriam mais incentivo a descumprir o acordo sem serem identificadas. Por isso, embora seja possível a existência e a sobrevida de um cartel sem um bom mecanismo de monitoramento, isso é difícil de ocorrer[10]. Transcrevo abaixo o funcionamento básico desses mecanismos de monitoramento apresentados por Robert Marshall e Leslie Marx[11]:

> "A escolha da forma de monitoramento [da produção e dos preços] afeta a estrutura alocada e pode afetar a rentabilidade incremental do cartel. O monitoramento pode ser feito diretamente pelas empresas ou através de organizações de terceiros, tais como associações comerciais, associações de exportação, ou empresas de consultoria.
>
> Para monitorar as compras de um cliente, caso o cliente deva adquirir a totalidade do produto em somente uma empresa, cada ofertante precisa apenas observar se está vendendo aos clientes alocados a ela. Quando o consumidor deve comprar parcelas do produto em múltiplas fontes de compra, talvez seja necessário verificar a participação das empresas nas aquisições do cliente.
>
> Um comprador pode ter um incentivo para permitir que um fornecedor acompanhe suas compras como, por exemplo, descontos com base na parte que adquire desse fornecedor. No caso de uma divisão geográfica do cartel, se cada produtor estiver em um país separado e informações sobre o comércio transfronteiriço estiverem prontamente disponíveis, ou se houver restrições ao comércio transfronteiriço, então o monitoramento pode ser realizado de forma direta. **Quando se sabe quais clientes estão em quais áreas geográficas, e se o cliente deve adquirir a totalidade do produto em somente uma empresa, então cada ofertante precisa apenas observar se está vendendo aos clientes na área geográfica alocada a ela.** O monitoramento é mais difícil se os clientes não estão fixos e/ou se o monitoramento do fluxo dos bens através das fronteiras geográficas for complexo.
>
> Quando definidas participações de mercado, o monitoramento [do cartel] pode parecer uma tarefa desencorajadora. **As alocações de participações de um mercado exigem que o tamanho total do mercado do cartel seja avaliado e comunicado aos membros do cartel para que cada um deles verifique se atingiu sua quota acordada**. Se os produtores estiverem localizados no mesmo país e esse país for um grande mercado, então o comércio transfronteiriço não irá proporcionar informação suficiente para aplicar uma divisão de participações de mercado" (sem destaques no original).

110. Cartéis são, portanto, intrinsecamente instáveis. Para que perdurem, são necessários bons mecanismos de coordenação e monitoramento. Além disso, cartéis geralmente fazem um grande esforço para reduzir as oportunidades de detecção pela autoridade antitruste e implementar mecanismos diversos de "camuflagem" de forma a tentar diluir as discussões anticompetitivas entre outras de interesses legítimos. Costuma-se dizer que, inexistindo mecanismos de coerção, os agentes econômicos são compelidos a burlar o acordo, isto é, a quebrar o cartel, dando início a uma guerra de preços[12].

111. Tendo em vista que cartel é uma conduta analisada sob a ótica da regra *per se*, entendo que não é necessária a definição de mercado para os agentes que respondem por essa conduta, uma vez que a própria comprovação da conduta é suficiente para demonstrar o potencial de lesividade do ilícito, o que dispensa outros instrumentos de aferição dos riscos à consecução do princípio constitucional da preservação da livre concorrência. Nesse mesmo sentido, destaco trecho do voto condutor da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo 08012.004472/2000-12, julgado em 01/10/2014:

> "Dada a enorme variedade de práticas que podem ser empregadas por agentes econômicos para limitar artificialmente a concorrência em detrimento do bem-estar social, é natural que sejam desenvolvidos diferentes formatos de análise para se avaliar a potencialidade lesiva de cada tipo de conduta submetida ao escrutínio antitruste. Obviamente, não é possível se esperar que práticas tão díspares como a realização de um acordo entre concorrentes sobre preços, a adoção de uma política de preços predatórios ou a criação de um programa de fidelidade por uma empresa – todas condutas possivelmente sujeitas à penalização antitruste – sejam analisadas exatamente da mesma forma.
>
> Com efeito, é pacífico na doutrina e na jurisprudência do direito da concorrência que inexiste um único modelo de análise capaz de dar conta da variedade e da complexidade das inúmeras práticas empresariais que podem gerar riscos concorrenciais, sendo necessário que cada espécie de conduta tenha sua potencialidade lesiva examinada de acordo com suas especificidades.
>
> Nesse cenário, compete à autoridade concorrencial desenvolver formatos específicos de análise, que levem em consideração as particularidades dos vários tipos de conduta empresarial capazes de configurar infração à ordem econômica, atentando para as diferentes espécies de riscos concorrenciais a eles associados.
>
> Em casos como o ora em tela, no qual o objeto da investigação se revela um conluio organizado entre concorrentes cuja única finalidade é elevar artificialmente os preços cobrados ao consumidor, tenho que a prova da conduta e de suas especificidades traz consigo automaticamente a demonstração da potencialidade lesiva que a Lei Antitruste brasileira exige para configuração da infração à ordem econômica, sendo dispensável a análise de outros elementos – como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado – que podem se mostrar necessários na investigação de outros tipos de condutas.
>
> Tal constatação deriva basicamente de dois fatores.
>
> i. Da ausência de efeitos pró-competitivos e da lesividade patente da conduta
>
> (...)
>
> Dessa forma, ao contrário do que sucede na maior parte das investigações concorrenciais, cujo deslinde depende de um sopesamento entre os efeitos anti e pró-competitivos associados à conduta analisada, o exame de conluios que apresentem as características do caso em tela – isto é, que constituam simples e inequívoca apropriação de renda do consumidor por meio de uma organização cartelística – dispensa qualquer consideração em relação a possíveis benefícios oriundos da prática, já que estes simplesmente não existem ou são por completo insignificantes em face à gravidade das lesões causadas à ordem concorrencial.
>
> (...)
>
> ii. da existência de poder de mercado
>
> (...)
>
> Outra forma habitual de aferição do poder de mercado é a verificação direta de efeitos anticompetitivos, efetivos ou potenciais, relacionados à prática investigada. Isto é, em determinadas situações, a demonstração de certos efeitos associados à conduta pode se mostrar suficiente para a constatação do poder de mercado, uma vez que o alcance de tais efeitos só poderia ser realizado por agentes econômicos capazes de influenciar a ordem concorrencial.
>
> A experiência antitruste tem mostrado que, em investigações relacionadas aos chamados cartéis hard core, este método de aferição do poder de mercado mostra-se mais adequado, já que evita a ocorrência dos vários problemas analíticos associados ao uso de market shares como proxy para o nível de poder de mercado dos agentes investigados.
>
> E isto porque, em situações fáticas em que os agentes revelam-se claramente capazes de influenciar a principal variável econômica (preço) por meio de um conluio organizado, inexiste razão para que se utilize a participação no mercado relevante como forma de mensuração do poder de mercado das empresas envolvidas no cartel, já que este poder se manifesta direta e inexoravelmente da implementação da própria conduta.
>
> Nesse tipo de situação, a capacidade dos agentes investigados de afetar a ordem concorrencial decorre diretamente do conjunto probatório que demonstra a existência de um cartel organizado, já que é impossível se conceber que um conjunto de empresários dedique tempo e recursos à consecução dessa conduta sem que ela gere, ou ao menos possa gerar, o efeito de subtração da renda do consumidor dela esperado. Como bem observa Krattenmaker, a alegação de inexistência de poder de mercado é simplesmente incrediblível: se os agentes envolvidos no cartel não possuíam a capacidade potencial de influenciar os preços – isto é, não detinham poder de mercado – por que eles teriam afinal realizado um acordo para tanto?"

112. Firme nessas premissas, creio que a definição de mercado relevante para a análise da conduta das Representadas seja dispensável por se tratar de uma conduta por objeto. Entendo também que o fato de a extinta SDE ou a SG não ter definido o mercado relevante em momentos processuais anteriores não invalida o processo, tendo em vista que as acusações se mostraram claras em todos os momentos e que tal definição é desnecessária, conforme explanado neste tópico.

113. No entanto, de maneira conservadora e para que não reste qualquer dúvida sobre esse ponto, considero como mercado relevante aquele afetado pelo cartel que está em análise. Nesse sentido e em consonância com a jurisprudência do CADE em relação aos cartéis de revendedores de combustíveis[13], defino o mercado, na dimensão produto, como o de revenda de combustíveis, serviço que não possui substituto, pois a sua prestação é realizada exclusivamente por postos de abastecimento autorizados pela ANP. Quanto ao aspecto geográfico, defino a Região Metropolitana de Vitória (RMV), abarcada pelos municípios de Vitória/ES, Serra/ES, Vila Velha/ES, Cariacica/ES e Viana/ES, tendo em vista que o custo de deslocamento até cidades vizinhas a essa Região não compensaria eventual preço mais baixo do combustível.

5.4. Das Condições Facilitadoras de Formação do Cartel de Combustíveis

114. Algumas condições são facilitadoras de cartéis, especialmente no caso concreto, o que já foi enumerado pela Superintendência-Geral às fls. 6795/6797 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011915/2014-79:

- Homogeneidade do produto: o produto é refinado por uma única empresa e vendido às distribuidoras. O combustível adquirido por essas distribuidoras e vendido aos revendedores de combustíveis é praticamente idêntico, com pequenas diferenças qualitativas no que se refere a padrão de atendimento e agregação de serviços acessórios, as quais não descaracterizam a homogeneidade;

- Semelhança na estrutura de custos: a estrutura de custos para revenda do produto é padronizada por órgãos estatais e, portanto, bastante parecidos, o que ocasiona a semelhança de custos na condução do negócio;
- Transparência de preços: segundo regulação da ANP, os preços praticados por cada posto de combustível devem ser visíveis ao consumidor tanto nas bombas quanto em sinalização externa. A regulação do setor determina que *"o revendedor varejista deverá exibir os preços de todos os combustíveis automotivos comercializados no estabelecimento, para pagamento à vista, em painel de preços, na entrada do estabelecimento, de modo destacado e de fácil visualização à distância, tanto ao dia quanto à noite"* (artigo 18 da Portaria ANP 41/2013). Isso permite que os membros do cartel monitorem seus concorrentes de maneira rápida e com baixo custo e constitui uma forma de fiscalização dos preços combinados;
- Histórico de tabelamento governamental de preços no setor: apesar do encerramento do tabelamento pelo governo, muitos revendedores de combustíveis mantiveram uma cultura de uniformização de preços entre os *players* do mercado;
- Elevadas barreiras à entrada: a mera existência de normas regulatórias a serem cumpridas pelos agentes de um determinado mercado constitui barreira significativa à entrada, o que diminui a contestabilidade efetiva por parte de novas empresas. O mercado de revenda de combustíveis é afetado por outras barreiras impostas pelo Estado, tais como a aquisição de licenças ambientais e urbanísticas, de âmbito municipal, estatal e/ou federal;
- Baixa substitutibilidade do produto: combustíveis não possuem substitutos próximos acessíveis ao consumidor, o que impede o deslocamento da demanda em virtude de algum abuso de um cartel que esteja em andamento;
- Baixa elasticidade-preço da demanda: a pulverização do mercado consumidor e a indispensabilidade do produto reduzem significativamente a possibilidade de contestação no mercado de combustíveis.

115. Uma das características não arroladas pelos órgãos pareceristas, mas presente no caso concreto, é a existência de sócios em comum entre os postos Representados.

116. A mera existência de sócios em comum ou pertencentes ao mesmo conjunto familiar não poderia ser caracterizado como ilícito[14], mas pode ser considerada um elemento facilitador de cartéis, caso estejam presentes outras características de mercado que propiciem colusões.

117. No caso concreto, entendo que os Representados apresentam-se ao mercado como concorrentes, uma vez que são sócios em comum em alguns postos e são concorrentes em outros.

118. Os postos são empresas independentes, comportam-se como empresas independentes e devem ser tratadas em termos de direito antitruste como elemento de transparência de mercado que facilitou o cartel. Essa independência foi tratada no depoimento de **Antônio** junto à Sétima Vara Criminal de Vitória, no sentido de que *"não existe acordo entre Marcos e Rogério e Deoclides, porque o que Marcos falar está falado, o que Rogério falar está falado e o que Deoclides falar está falado, porque são juridicamente sócios"* (fl. 3005 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02). Além disso, há registro de que os parentes possuem alguns atritos nas relações comerciais[15], o que afasta eventual alegação de que todos os postos pertenceriam a uma mesma teia jurídica, sob o ponto de vista comercial.

119. Essas características do mercado facilitaram o cartel de combustíveis na RMV, conduta esta que é corroborada no tópico a seguir.

5.5. Das Evidências Reunidas nos Autos

120. Os cartéis de revendedores de combustíveis já são bem conhecidos deste Tribunal, pois têm sido prática anticompetitiva recorrente no País e têm utilizado como defesa o argumento de que o mero paralelismo de preços não seria condenável pela autoridade antitruste.

121. Outrossim, a questão do mero paralelismo foi rebatida pelo Juízo sentenciante da Ação Penal já mencionada, que tratou da manipulação dos preços pelo cartel. Demonstro abaixo que não se trata de mero paralelismo de preços, uma vez que a prova econômica não está isolada. Foram também realizadas interceptações telefônicas, que reforçaram que o paralelismo não foi acaso ou natural, mas sim articulado entre os revendedores da região metropolitana de Vitória/ES para falsear a concorrência.

5.5.1. Do Paralelismo de Preços de Combustíveis

122. Provas econômicas refletem o cartel e são os elementos que deixam claro que a atuação dos concorrentes não foi um conjunto de coincidências, porém derivada de algum ajuste anticompetitivo prévio. É a partir delas que se pode verificar a atuação do cartel não apenas com o compartilhamento de informações sensíveis, mas também com a atuação em prol da divisão de mercados e da oferta de preços em patamares previamente ajustados entre os infratores.

123. Nem sempre a prova econômica se sustenta isoladamente e deve ser lida dentro do conjunto probatório do caso, isto é, a prova econômica é capaz de demonstrar que a prova jurídica surtiu efeitos no mundo real. No caso de cartéis, a comprovação desses efeitos é desnecessária por ser uma infração por objeto, porém a indicação de efeitos pode ser importante para melhor explicar como ocorreu o cartel investigado.

124. Na tese específica de cartéis no setor de combustíveis, a prova econômica tem sido utilizada como filtro para o início de investigações ou ainda como um elemento adicional que confere maior robustez aos elementos de prova originários de diligências de busca e apreensão e/ou interceptações telefônicas e/ou fornecidos pelos Representados em prova documental, o que já foi ressaltado pelo Conselheiro Carlos Ragazzo na Averiguação Preliminar 08012.005545/1999-16, julgada pelo CADE em 28/04/2010:

> " 2.2.1 Indícios suficientes para instaurar investigações
>
> Grande parte da jurisprudência do CADE sobre provas se dedicou a avaliar a suficiência de indícios para garantir uma condenação de uma prática anticompetitiva, discussão essa que em geral se dá na análise de casos de cartel. Já adiantei em parágrafos anteriores que essa não é a discussão deste voto, que tenta, ao contrário do que a epígrafe faz supor, identificar quais determinados tipos de indícios, em mercados específicos, tal como é o de revenda de combustíveis, podem não ser suficientes, seja conjunta ou cumulativamente, para que se instaure uma investigação. O propósito dessa avaliação é justamente impedir uma utilização equivocada de recursos públicos, direcionando-os para situações em que a chance de sucesso na intervenção é maior.
>
> E o que poderia ser mudado com relação ao mecanismo de triagem? A maioria esmagadora dos casos arquivados pelo CADE foi lastreada em denúncias que identificaram três circunstâncias que não são, a meu ver, suficientes para instaurar investigações, quais sejam: (i) semelhança nos preços de revenda; (ii) reajuste praticamente simultâneo ou em datas próximas na revenda; e (iii) preços ou margens superiores do que em municípios adjacentes ou próximos. Pretendo demonstrar, nos próximos itens, que essas três circunstâncias em particular não geram o mínimo de materialidade suficiente para disparar a obrigação funcional de um agente público para instaurar uma investigação consubstanciada em um procedimento administrativo.
>
> Tradicionalmente preços iguais são considerados como o indício clássico de um cartel. No entanto, apesar de ser uma conclusão considerada, ao menos a priori, contra-intuitiva, há mercados competitivos que também apresentam preços iguais. Aliás, nem tão contra-intuitiva assim, já que, em mercados que se aproximam de estruturas classificadas como de concorrência perfeita, os preços seriam idênticos. Determinadas características desses mercados, como, por exemplo, a homogeneidade de produtos ou serviços e a transparência de preços, levam a preços iguais, tanto em situações caracterizadas por cartéis, como em situações de mercado competitivo[16]. É oportuno notar que essa conclusão não se altera em situações envolvendo mercados oligopolizados, desde que a variável de competição seja o preço e que os produtos sejam homogêneos[17].
>
> A conclusão a que se chega, portanto, é a seguinte: há uma forte tendência à semelhança nos preços praticados em mercados caracterizados por produtos homogêneos e por transparência de preços, não sendo particularmente relevante o grau de concentração desse mercado (se oligopolizado ou não). E essas características definem o mercado de revenda de combustíveis, especialmente nos segmentos de gasolina comum, álcool hidratado e óleo diesel. Em todos esses segmentos, encontram-se presentes a homogeneidade dos produtos e também uma transparência de preços, daí se esperando, portanto, uma certa identidade nos preços praticados ao consumidor.
>
> É claro que, com isso, não afirmo que mercados cartelizados não apresentam preços iguais (as próprias condenações do CADE contradiriam isso). Mas apenas que preços iguais também subsistem em situações em que não há cartel e, sim, concorrência, tornando o indício insuficiente para sustentar materialidade de conduta, ainda que preliminar. Não é por outro motivo que órgãos antitruste estrangeiros têm formatado mecanismos de triagem, afastando a possibilidade de investigações com base em denúncias formalizadas por consumidores ou quaisquer outros baseadas em verificações de preços iguais de combustíveis praticados no mercado, exigindo, para dar início a um procedimento investigatório, evidências de contato entre concorrentes. Exemplo disso é a resposta que meu gabinete obteve do Competition Bureau do Canadá, in verbis:
>
> "The Criminal Matters Branch of the Competition Bureau receives many complaints throughout the year and these are dealt with in a number of ways. While most complaints are routine and require little action, a small percentage of these complaints require further action and full blown investigations may result. Most complaints are handled by an officer who calls the complainant to obtain more information. In the majority of these cases, there is insufficient evidence to infer an infraction under the criminal provisions of the Act. In most cases the file closed after the initial contact, however, further information may be required to determine whether or not there could be an issue under the Competition Act. For example many gasoline complainants infer an agreement amongst competitors due to identical prices posted by competitors. The complainant may be told that the Bureau requires evidence on agreement such as information about one competitor contacting another competitor to discuss pricing. These complaints are closed by the officer and reviewed by a more senior officer. Most of the complaints and tips received by the Bureau are from the public, through our central complaints centre. However in terms of cartels and bid rigging, the Branch also receives marker requests for immunity under the Bureau"s Immunity Program. These requests are made directly to the Senior Deputy Commissioner of Competition and frequently lead to investigations. Also there is a formal process under the Act called a "Six Resident Inquiry" which normally leads to a formal investigation. These two types of complaints /tips lead to more formal investigations than complaints from the public. Once it has been determined that there is likely an issue under the Act and an investigation is warranted, the Branch has a further triage system where the case leader must provide a triage analysis of the case including the following considerations: volume of commerce, duration of alleged offence, of breadth of geographic market, Bureau priority, specific deterrence obtained, judicial interpretation, international cooperation, addressing egregious behaviour, recidivism. This analysis is provided to senior management which makes the ultimate decision on whether to proceed with the case".
>
> E o mesmo pode ser dito com relação às supostas evidências de cartel no mercado de combustíveis lastreadas na verificação, usualmente de consumidores, de reajustes próximos

dos preços praticados. É desnecessário rememorar discussões a respeito de teorias sobre paralelismo de preços para afirmar que comportamentos paralelos não são ilícitos per se na doutrina concorrencial. Para delimitar a ilicitude de um paralelismo, é indispensável demonstrar que a hipótese de cartel seria a sua explicação mais provável, inexistindo outras causas plausíveis com grau de causalidade adequado à hipótese que está sub-judice. Já é famosa a tese doutrinária do paralelismo plus, em que aos órgãos de defesa da concorrência é necessária a comprovação de um fator adicional determinando que o paralelismo decorre de um cartel, tese essa que já chegou a ser utilizada pela jurisprudência do CADE em julgamentos anteriores[18].

A dinâmica do mercado de combustíveis afasta o reajuste simultâneo ou próximo da caracterização de um indício suficiente a instaurar investigação por cartel. Mais uma vez esse comportamento é esperado tanto em situações colusivas como de concorrência no segmento de revenda, tendo em vista a rápida interdependência das estratégias utilizadas pelos agentes que compõem esse mercado[19], cujo lucro depende em muito do volume comercializado[20]. A transparência dos preços praticados no mercado possibilita ao consumidor trocar de agente revendedor para obter preços menores, o que provoca, em contrapartida, um movimento de adequação dos preços muito rápido. Em geral, isso ocorre em um espaço de tempo reduzido, para que o revendedor não perca de forma substancial no volume comercializado, dando a impressão ao consumidor de que os reajustes são simultâneos e, portanto, reflexos de um processo de cartelização.

E a conjugação entre esses dois fatores? Preços semelhantes e reajustes próximos em conjunto seriam suficientes a gerar a materialidade econômica suficiente a justificar a abertura de uma investigação? Acredito que não justamente em função das características peculiares do setor de revenda de combustíveis (i.e., produtos homogêneos e transparência de preços praticados no mercado) que comumente levariam à ocorrência conjunta desses dois elementos (preços semelhantes e reajustes próximos), sem o que, aliás, a estratégia de interdependência entre os agentes revendedores, em vários dos casos, poderia não fazer sentido. Não é por outro motivo que o próprio Ministério Público do Estado da Bahia, em análise de caso análogo ao presente sub-judice, chegou a essa mesma conclusão, considerando os indícios insuficientes:

Considera-se cartel, a infração à ordem econômica consubstanciada no acordo entre concorrentes, para o fim de fixar condições de mercado, destacando-se aí preço, quantidade e qualidade, visando aumentar margens de lucro, eliminando, assim, a concorrência em um dado mercado de bens e/ou serviços. Assim, para caracterizar uma determinada conduta de cartel, é imprescindível demonstrar que houve acordo entre concorrentes, o que não restou provado neste inquérito civil. A mera semelhança de preços não pode ser encarada como um indício robusto de cartel, não sendo suficiente para motivar uma denúncia. Em algumas situações, a igualdade de preços é um resultado esperado, caso o mercado apresente determinadas características, como em mercados competitivos. Contudo, até em mercados oligopolizados isso também é possível, desde que as empresas atuantes fabriquem produtos homogêneos e utilizem o preço como variável estratégica. Dessa forma, entende-se que uma denúncia fundada tão somente na verificação de um reajuste simultâneo ou em datas próximas não deve motivar uma investigação de cartel, uma vez que isso reflete a dinâmica natural do mercado de revenda de combustíveis, não estando necessariamente relacionado à existência de cartelização no mercado em questão. Por conseguinte, diante da constatação de que a mera homogeneidade dos preços, margens supostamente elevadas e preços reajustados em datas próximas não são indícios suficientes para configurar indícios de cartel, resolve este parquet, promover o arquivamento dos presentes autos (...) (Inquérito Civil n. 04/2006. Prática de Cartel pelos Proprietários de Postos de Revenda de Gasolina de Juazeiro/Bahia. Ministério Público do Estado da Bahia. 5ª. Promotoria de Justiça de Juazeiro. 21de outubro de 2009).

Por fim, apenas para confirmar, uma vez mais, o quanto dito até o momento neste voto a respeito da insuficiência de indícios, resta tecer breves comentários sobre a comparação entre preços praticados por revendedores entre municípios próximos, também utilizado como evidência, embora em um número bem menor, por denunciantes que peticionam ao SBDC solicitando a abertura de investigações por prática de cartel.

Ainda utilizando a lógica do paralelismo de preços, que, como dito, não seria um ilícito per se, seria necessário demonstrar que a eventual diferença nos preços praticados entre revendedores de diferentes municípios seria decorrente de uma conduta anticompetitiva e não de outros fatores mercadológicos quaisquer. Inúmeros estudos sobre o setor demonstram que os patamares de preços praticados por revendedores de combustíveis podem variar em função de diversos fatores, entre os quais: (i) a densidade populacional; (ii) quantidade per capita consumida de combustível; (iii) poder de barganha das redes de postos; (iv) localização dos postos; (v) renda média da população, entre outros[21]. O próprio percentual de bandeiras brancas pode, por exemplo, acirrar a concorrência, gerando maior disparidade nos preços e mesmo preços menores do que aqueles que são praticados em municípios com perfil semelhante[22].

Portanto, a mera comparação entre preços praticados por revendedores em municípios próximos igualmente não serve de indício suficiente a instaurar investigações, seja isolada ou cumulativamente aos indícios anteriores. Tantos são os fatores que podem justificar a diferença de preços entre municípios, tais como os acima mencionados e que em nada se relacionam com uma cartelização, que seria inadequado disponibilizar recursos públicos diante de uma ausência de materialidade de conduta.

Esses esclarecimentos devem ser disponibilizados ao consumidor de maneira a auxiliá-lo a compreender as características do setor e a identificar, quando de fato for o caso, indícios de colusão. Aliás, exemplo maior do problema de informação que subsiste nesse setor pode ser facilmente verificado pelos órgãos de instrução e também pelo CADE, já que raramente as denúncias envolvendo o mercado de revenda de combustíveis reportam situações em que concorrentes se comunicam para discutir preços ou outras condições, tão-somente identificando os indícios acima elencados.

(...)

Pelo exposto no voto, no entanto, entendo que alguns comentários de ordem institucional merecem ser ressaltados, a fim de buscar uma maior eficiência e uma maior efetividade às ações do SBDC no mercado de combustíveis. Desses comentários, pretendo extrair recomendações direcionadas aos órgãos de instrução. Primeiro, no entanto, entendo que seria importante explicitar resumidamente as conclusões:

(i)Constatação 1: A presente análise evidenciou que, nos últimos anos, muitas são as denúncias ao SBDC envolvendo supostas práticas colusivas no mercado de revenda de combustíveis, setor esse de extrema importância para os consumidores e para a economia brasileira. De fato, os dados levantados demonstram que os procedimentos administrativos que investigam condutas de cartel nesse mercado são significativos, vis à vis o número de procedimentos destinados a analisar outras condutas anticompetitivas. Não obstante, verifica-se que um número extremamente pequeno de casos envolvendo combustíveis efetivamente resulta em condenações. A imensa maioria dos casos é, ao final, arquivada, muito embora demandem grande dispêndio de recursos públicos durante o processo de investigação e julgamento;

(ii)Constatação 2: Esse grande número de denúncias poderia, em suma, ser resultado de três fatores: (i) de um problema informacional, que leva os consumidores e outros agentes denunciantes a oferecerem representações sem embasamento mínimo para uma investigação; (ii) de problemas regulatórios, que levam a possíveis conluios, ou, no mais das vezes, a efeitos aparentemente anticompetitivos nesse mercado; e (iii) de uma sub-punição por parte do SBDC, que efetivamente poderia estar provocando a geração e continuidade de arranjos colusivos no mercado de revenda de combustíveis;

(iii)Constatação 3: Os indícios comumente utilizados como base para denúncias, (i) preços semelhantes, (ii) reajustes de preços paralelos e (iii) preços mais altos em comparação com municípios próximos, são insuficientes para gerar investigações. Esses indícios, isoladamente ou cumulativamente, não consubstanciam a materialidade mínima para instaurar investigações de cartel no setor de combustíveis, em função das próprias características do segmento (em especial, a homogeneidade do produto e a transparência dos preços, por determinação regulatória;

(...)

Diante dessas constatações, entendo que o SBDC deverá adotar algumas medidas de forma a se tornar efetivo, razão pela qual recomendo:

(i)À SDE que arquive de imediato, recorrendo de ofício ao CADE, qualquer procedimento administrativo, averiguação preliminar ou processo administrativo que tenha sido instaurado no mercado de revenda de combustíveis apenas com base, seja isolada ou cumulativamente, nos seguintes indícios: (i) preços semelhantes, (ii) reajustes de preços paralelos e (iii) preços mais altos em comparação com municípios próximos. Esses indícios, no mercado de combustíveis, simplesmente não consubstanciam a materialidade mínima para instaurar uma investigação, não justificando o dispêndio de recursos públicos;

(ii)À SDE que modifique o seu mecanismo de triagem, a fim de refletir as considerações deste voto a respeito dos indícios mínimos que justificam a abertura de investigações no setor de combustíveis, não aplicando o filtro em denúncias tais como as descritas no item acima, incentivando-se, no entanto, a aplicação de filtro econômico ex-ofício ou em investigações com indícios mais sólidos. Entendo que o filtro, como é natural, passará por discussões entre os órgãos de instrução, preferencialmente com a presença da ANP (que coleta e publica os dados comumente utilizados para a elaboração de testes estatísticos), a fim de que se verifique a necessidade de sua alteração ou mesmo a sua manutenção".

125. Para melhor avaliar a questão, solicitei à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) informações sobre os preços médios semanais de combustíveis entre os anos de 2006 e 2007 na cidade de Vitória/ES (fls. 6958/6959). Tal resposta foi juntada às fls. 6953/6954 com a série histórica de preços solicitada.

126. O paralelismo de preços pode decorrer de um acordo entre concorrentes ou originar de mera coincidência acarretada por fatores estruturais de mercado. A existência de comportamento uniforme por parte das empresas não necessariamente se origina de um conluio.

127. Preços uniformes podem decorrer do falseamento da competição, principalmente quando há um número reduzido de agentes econômicos no mercado. A isso a doutrina dá o nome de "paralelismo consciente". O Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal posicionou-se em relação ao "paralelismo consciente" para casos de cartel, afirmando que:

> "A prova deve ser compreendida em sua função persuasiva, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer "dúvida razoável" que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador.
>
> Isso é especialmente importante em contextos associativos, no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados, nos quais é incomum que se assinem documentos que contenham os propósitos da associação, e nem sempre se logra filmar ou gravar os acusados no ato de cometimento do crime.
>
> **Fato notório, e notoria non egent probatione, todo contexto de associação pressupõe ajustes e acordos que são realizados a portas fechadas**. Neste sentido, por exemplo, a doutrina norte-americana estabeleceu a tese do "paralelismo consciente" para a prática de cartel. **Isso porque normalmente não se assina um "contrato de cartel", basta que se provem circunstâncias indiciárias** (...) **para que se chegue à conclusão de que a conduta**

era ilícita (...)" (STF, Excerto de voto do Ministro Luiz Fux, Ação Penal 470, Ministro Relator Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2002, DJe 19/04/2013, sem grifos no original).

128. A propensão à ocorrência de paralelismo consciente depende das características do mercado. Ela tende a ocorrer em mercados com elevadas barreiras à entrada e reduzido número de agentes econômicos[23], como se verifica no caso concreto.

129. O fenômeno do paralelismo consciente traz um problema para as autoridades antitruste: preços uniformes poderiam vir a ser uma resposta das empresas a condições de mercado semelhantes. Se assim for, não haveria por que condenar os agentes econômicos por terem agido de forma racional, respondendo a estímulos de mercado, sem que tenham cometido qualquer ato ilícito. Embora não seja prova de ato ilícito, o paralelismo de comportamentos pode constituir um sério indício de colusão[24].

130. Portanto, a formação de cartel, que é uma colusão explícita, deve ser provada por meios de prova indubitáveis, o que é o grande desafio da autoridade antitruste. Essa comprovação faz com que o caso saia da condição de "mero paralelismo" e passe a configurar "cartel", condenável nos termos do art. 36 da Lei 12.529/11. Não basta que haja apenas condições ou provas econômicas para a prática.

131. Os estudos ou a observação do funcionamento do mercado devem ser considerados meios indiretos de prova para corroborar a existência da prática de cartel, bem como para auxiliar na interpretação e coerência das provas reunidas pela instrução. Portanto, os órgãos antitrustes devem empreender esforços para conseguir provas indubitáveis que demonstrem a colusão explícita por parte das empresas[25].

132. Por outro lado, ao se encontrar as provas indubitáveis de que as empresas fixaram preços ou dividiram mercados, pode haver elementos suficientes para configurar a condenação de empresas e pessoas naturais por infração à ordem econômica, já que estará demonstrada a restrição à concorrência. Não há a necessidade, então, de examinar os efeitos econômicos do cartel, ou seja, seus efeitos sobre o mercado[26].

133. No entanto, raramente a colusão entre as empresas é documentada, o que torna sua comprovação bastante difícil. Nesse contexto, as Cortes dos Estados Unidos e da União Europeia afirmaram que a existência do acordo pode ser deduzida das próprias circunstâncias do caso, mas que não basta a mera semelhança de comportamento para a condenação: é necessário que o comportamento paralelo resulte de uma cooperação/concertação interempresarial consciente ou, em outras palavras *"uma forma de coordenação entre empresas que, sem ter sido levada até a realização de uma convenção propriamente dita, substitui conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas"*. Para provar a existência de um cartel, deve ficar incontestavelmente demonstrado que o comportamento dos agentes econômicos no mercado não foi espontâneo[27].

134. A importância e contribuição da prova econômica para a investigação do processo administrativo é indicar a probabilidade de existência de cartel no mercado em questão. Isto é feito em dois passos:

- Análise de elementos que possam favorecer a formação de cartéis no mercado em questão, de modo que quanto maior o número de elementos favoráveis identificados, maior a probabilidade de que esteja de fato ocorrendo a colusão explícita no caso; e
- Exclusão de qualquer outra explicação econômica alternativa para o comportamento das empresas além daquele de apresentarem um comportamento coordenado.

135. É necessário, assim, proceder à análise específica das provas no mercado em questão: o de postos de combustíveis em na RMV, em que serão analisadas as questões dos fatores que favorecem o conluio e a exclusão de explicações alternativas, respectivamente.

136. Analisei anteriormente os fatores presentes no mercado de revenda de combustíveis que favorecem a formação e a estabilidade de cartéis. Assim, analisarei a seguir os motivos que afastam a possibilidade de que a colusão observada seja tácita, causada por decisões racionais dos participantes reagindo a incentivos do mercado.

137. Em um ambiente de concorrência perfeita, os preços se igualariam ao custo marginal, eliminando assim empresas com custos (e preços) mais elevados. A igualdade de preços, portanto, não é indicativo de colusão, mas sim o resultado da concorrência. Entretanto, os postos de gasolina não operam em regime de concorrência perfeita, mas sim em uma estrutura de mercado que se assemelha à concorrência monopolística[28].

138. Mesmo que todos os postos possuíssem custos de produção iguais, a diferença nos preços de revenda seria acarretada pelas variações de preços adotados pelos distribuidores. O argumento de que a linearização de preços de revenda seria causada por estruturas de custos semelhantes deve ser, portanto, refutada.

139. De acordo com dados fornecidos pela ANP, em agosto de 2006, os preços de revenda de gasolina praticados em Vitória/ES variaram entre R$ 2,572 e R$ 2,79, com dispersão (desvio-padrão) de apenas R$ 0,023; o preço médio de revenda praticado no período foi de R$ 2,737. De 199 postos no município, 152 praticavam preços de revenda a R$ 2,74. Em contrapartida, os preços de compra de gasolina de cada posto variaram entre R$ 2,23 a R$ 2,702, com dispersão de 0,065; o preço médio de compra foi de R$ 2,316 (SEI 0035449).

140. Essa uniformização de preços de revenda reforça os indícios de prática de conluio entre os donos de postos, visando aumentar o seu poder de mercado. Em um mercado onde cada agente se depara com diferentes preços de compra da gasolina, a probabilidade de que as estratégias de cada posto façam com que os preços de revenda convirjam para o mesmo patamar é extremamente baixa[29].

141. Um fator que poderia justificar esse paralelismo de preços de revenda no setor, mesmo com considerável dispersão dos preços de compra, seria os agentes seguirem o preço do maior *player* devido a condições estruturais do mercado de combustíveis da Região Metropolitana de Vitória/ES. Entretanto, como o mercado de oferta de gasolina nessa região é pulverizado, tal estratégia de precificação não faria sentido[30].

142. O Representado Marcos Antônio Oliveira (SEI 0046806) alega nos autos que não haveria indícios econômicos que indicassem a prática de cartel. Tal afirmação seria sustentada pelo fato de haver um alto grau de dispersão mensal dos preços de gasolina praticados em Vitória/ES à época do conluio. Porém, essa análise é falha.

143. A análise de preços apresentada pelo Representado parte do pressuposto de que os preços de gasolina não sofreriam quaisquer alterações ao longo do mês. O desvio-padrão calculado pelo Representado considera não só a dispersão de preços entre os postos, mas também a variação de preços praticados por um mesmo posto ao longo do período do mês analisado. Uma análise que se utilize dos preços praticados semanalmente em Vitória/ES, por meio dos dados disponibilizados pela ANP (SEI 0035449), mitigaria essa falha.

144. Não obstante, o desvio-padrão semanal dos preços de revenda de gasolina praticados pelas Representadas entre 05/2006 e 03/2007 foi de apenas R$ 0,02. Destaco que não foi registrada dispersão; isto é, houve paralelismo de preços, em semanas de julho a setembro de 2006, de dezembro de 2006 e de janeiro a março de 2007. O gráfico abaixo ilustra a variação dessas dispersões. Pode-se verificar que o desvio padrão, ou seja, a dispersão, caiu a zero em alguns períodos, indicando preços iguais. O gráfico abaixo também mostra uma tendência de queda do desvio-padrão de maio de 2006 a março de 2007, mostrando que os preços de revenda tendiam a ficar cada vez mais próximos do preço médio, mais parecidos.

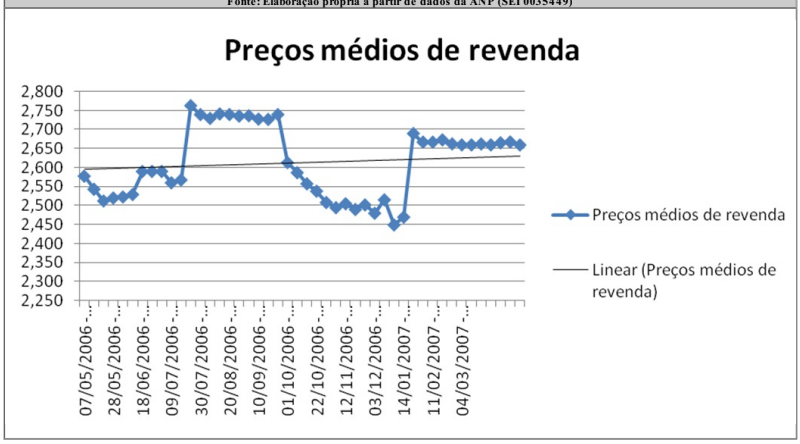
Desvios-padrão dos preços médios de revenda praticados pelas Representadas em Vitória/ES entre maio de 2006 e março de 2007
Fonte: Elaboração própria a partir de dados da ANP (SEI 0035449)

145. Portanto, a dispersão média de preços de revenda de gasolina praticados pelos Representados em Vitória/ES entre 2006 e 2007 era baixa, com tendência decrescente no período. Esse movimento está ligado à ação dos Representados, que atuaram com o intuito de uniformizar preços de maneira ilícita.

146. Além da redução da dispersão de preços de revenda de combustíveis praticados pelos Representados no período analisado, o valor médio dos preços praticados pelos Representados na região de Vitória/ES aumentou. Ao analisar os preços médios de revenda de gasolina praticados pelos Representados entre maio de 2006 e março de 2007, a partir de dados fornecidos pela ANP (SEI 0035449), constata-se tendência de crescimento linear dos preços,

como pode ser observado no gráfico abaixo, que mostra os preços médios de revenda de combustíveis na região de Vitória/ES.

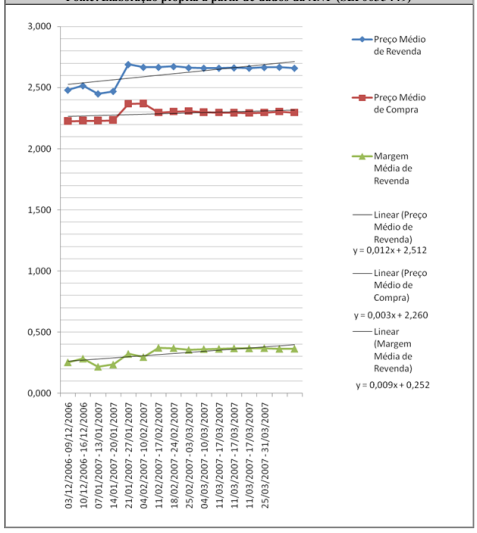
Preços médios de gasolina em Vitória entre maio de 2006 e março de 2007
Fonte: Elaboração própria a partir de dados da ANP (SEI 0035449)



147. A tendência de crescimento dos preços praticados pelas Representadas poderia ser justificado pelo aumento no preço médio de compra de combustível, ou seja, pelo aumento do preço do insumo. Entretanto, o preço de revenda aumentou em proporção quatro vezes maior que o preço de compra praticado à época, conforme é constatado no gráfico colacionado após o parágrafo 148.

148. Consequentemente, a margem de revenda das Representadas também aumentou. Essa elevação foi três vezes maior que o preço de compra de combustíveis. O resultado dessa desproporção entre os preços de revenda do combustível e os preços pagos à distribuidora foi um aumento das margens de comercialização. As margens podem ser visualizadas na tabela colacionada após o gráfico abaixo.

Relação entre a margem média de revenda e os preços médios de revenda e de compra de combustíveis das Representadas em Vitória/ES entre dezembro de 2006 e março de 2007
Fonte: Elaboração própria a partir de dados da ANP (SEI 0035449)



Margem de revenda praticada pelas Representadas entre dezembro de 2006 e março de 2007, de acordo com a disponibilidade de dados
Fonte: Elaboração própria a partir de dados da ANP (SEI 0035449)

SEMANA	RAZÃO SOCIAL	BAIRRO	MUNICÍPIO	UF	PREÇO DE VENDA	PREÇO DE COMPRA	MARGEM	PREÇO MÉDIO DE VENDA	PREÇO MÉDIO DE COMPRA	MARGEM MÉDIA SEMANAL	DESVIO-PADRÃO DO PREÇO DE VENDA
03/12/2006 - 09/12/2006	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.490	2.237	0.253	2.480	2.225	0.255	0.021
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.449	2.231	0.219				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.490	2.236	0.254				
	ARARA AZUL REDE DE POSTOS LTDA.	ANDORINHAS	VITORIA	ES	2.490	2.197	0.294				
10/12/2006 - 16/12/2006	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.490	2.237	0.253	2.515	2.231	0.284	0.050
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.590	2.253	0.337				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.490	2.236	0.254				
	ARARA AZUL REDE DE POSTOS LTDA.	ANDORINHAS	VITORIA	ES	2.490	2.197	0.294				
17/12/2006 - 23/12/2006	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.449	2.231	0.219	2.449	2.231	0.219	0.000
24/12/2006 - 30/12/2006	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.449	2.231	0.219	2.470	2.233	0.236	0.029
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.490	2.236	0.254				
07/01/2007 - 13/01/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.690	2.292	0.398	2.690	2.367	0.323	0.000
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.690	2.231	0.460				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.690	2.579	0.111				
14/01/2007 - 20/01/2007	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.690	2.308	0.382	2.667	2.370	0.297	0.045
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.599	2.303	0.296				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.690	2.291	0.399				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.690	2.579	0.111				
21/01/2007 - 27/01/2007	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.690	2.315	0.375	2.667	2.295	0.372	0.015
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.599	2.303	0.296				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.690	2.291	0.399				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.690	2.273	0.417				
28/01/2007 - 03/02/2007	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345	2.673	2.304	0.370	0.015
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.315	0.364				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.690	2.298	0.393				
	POSTO CAMBURI DO GAS LTDA	JARDIM CAMBURI	VITORIA	ES	2.690	2.308	0.382				
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.295	0.365				
04/02/2007 - 10/02/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362	2.663	2.308	0.355	0.007
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.315	0.364				
	AUTO POSTO MIRAMAR	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368				

10/02/2007	LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.363				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.300	0.360				
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.340	0.320				
11/02/2007 - 17/02/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362	2.660	2.298	0.362	0.000
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.363				
	POSTO CAMBURI DO GAS LTDA	JARDIM CAMBURI	VITORIA	ES	2.660	2.308	0.352				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388				
18/02/2007 - 24/02/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362	2.660	2.296	0.364	0.000
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.291	0.369				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.363				
	POSTO CAMBURI DO GAS LTDA	JARDIM CAMBURI	VITORIA	ES	2.660	2.308	0.352				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388				
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368				
25/02/2007 - 03/03/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362	2.662	2.295	0.368	0.007
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.285	0.394				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.290	0.370				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.363				
	POSTO CAMBURI DO GAS LTDA	JARDIM CAMBURI	VITORIA	ES	2.660	2.308	0.352				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388				
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368				
04/03/2007 - 10/03/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.296	0.364	2.660	2.292	0.368	0.000
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.312	0.348				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.660	2.285	0.375				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.294	0.366				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.295	0.365				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388				
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368				
11/03/2007 - 17/03/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.296	0.364	2.665	2.296	0.369	0.009
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.312	0.348				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.294	0.385				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.679	2.312	0.367				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.295	0.365				
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388				
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368				
18/03/2007 - 24/03/2007	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.312	0.348	2.668	2.304	0.364	0.010
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.294	0.385				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.679	2.310	0.369				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.306	0.354				
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362				
25/03/2007 - 31/03/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.308	0.352	2.660	2.295	0.365	0.011
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.325	0.335				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.325	0.354				
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.183	0.478				
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.650	2.307	0.343				
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.650	2.323	0.327				

149. Em diálogo gravado em 14/11/2006 entre o Sr. **Anderson Emanuel Pizzaia Basílio de Souza** e o Sr. Álvaro (dono de posto de combustível), o Representado Anderson afirma que 90% dos postos praticavam o mesmo preço de R$ 2,49 à época. Nesse trecho, eles revelam que desejam manter os preços uniformes, buscando mantê-los nos mesmos patamares então praticados.

150. No período do referido diálogo, entre os dias 05/11/2006 a 25/11/2006, a maioria dos postos revendedores cobrava preços de revenda da gasolina a R$ 2,49 na região de Vitória/ES. O preço de revenda praticado pelos Representados no período oscilava entre R$ 2,49 e R$ 2,50. O desvio-padrão entre os preços de revenda praticados na região de Vitória/ES nesse período foi de R$ 0,04.

151. Em diálogo gravado no dia 20/12/2006, entre os Representados Marcos Antônio Oliveira e Alex Oliveira Bourguignon, o Sr. Marcos informa que está sendo cobrado o preço de R$ 2,59 na revenda de gasolina. Novamente, o preço debatido é verificado na tabela de preços da ANP como o praticado à época. Na semana seguinte ao diálogo, entre 24/12/2006 e 06/01/2006, o preço médio de revenda praticado pelos Representados foi de aproximadamente R$ 2,59.

152. Em diálogo entre os Srs. Marcos e Vicente, gravado em 21/12/2006 – quando o preço médio, segundo a ANP, era de R$ 2,449 –, discute-se um possível aumento de preços de revenda para R$ 2,69. Observando a tabela de preços fornecida pela ANP, nota-se que a partir do dia 07/01/2007, ou seja, 17 (dezessete) dias após a ligação interceptada, os preços da gasolina de diversos postos de combustíveis investigados convergem para o valor acertado entre os supostos concorrentes, R$ 2,69.

153. No período entre 07/01/2007 a 03/02/2007 diversos postos de combustíveis passaram a ofertar gasolina exatamente nesse nível de preço. O preço médio de venda da gasolina para o mês de janeiro de 2007, entre as Representadas, foi de R$ 2,68. Novamente, o paralelismo de preços decorreu de acordos feitos entre supostos concorrentes do setor.

5.5.2. Da Atuação Concertada para Limitação da Concorrência

154. Considerando a premissa de que preços semelhantes, reajustes de preços paralelos e preços mais altos em comparação com municípios próximos, por si só, são insuficientes para gerar investigações[31] – e consequentemente também não podem gerar condenações – de colusão no setor de combustíveis, é preciso avaliar se existem outras provas capazes de demonstrar a coordenação entre os revendedores de combustíveis Representados.

155. A origem de grande parte das provas reunidas nos presentes autos foi a investigação conduzida pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo no Procedimento Administrativo Criminal 025/2006, na chamada "Operação Inflamável" (Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02[32], de acesso ao CADE e aos Representados).

156. Nessa operação, foram realizadas diversas interceptações telefônicas, cujos trechos principais serão mencionados ao longo do presente voto para demonstrar a prática de infração à ordem econômica por parte dos revendedores de combustíveis de Vitória/ES. Para fins de organização do voto e por economia processual, tratarei de forma exemplificativa das evidências que me convenceram da existência de uma atuação concertada para limitação da concorrência com vistas à formação de cartel de revendedores de combustíveis em Vitória/ES.

157. Aproveito a oportunidade para certificar que as transcrições dos diálogos foram realizadas em meu gabinete e com base nas mídias encaminhadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

5.5.2.1.Do Sistema de Códigos para Camuflagem do Cartel

158. O cartel utilizou codinomes para tentar camuflar o ilícito anticompetitivo que estava em andamento em Vitória/ES. Essa camuflagem não consistia apenas em códigos e nomes, mas também na montagem de preços que seriam fixados nos postos de combustível.

159. A partir do final de 2006, os cartelistas passaram a utilizar um sistema de códigos na tentativa de repassar as informações sensíveis uns aos autos, mas sem deixar claro que se tratava de diálogos sobre os preços que seriam praticados nos postos revendedores. Às fls. 3187/3188, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo identificou os seguintes códigos utilizados pelos infratores:

Códigos Utilizados pelos Participantes do Cartel de Combustíveis de Vitória/ES	
Almoço/Jantar	Reunião
Casa	Posto de Combustíveis
Configuração da Máquina	Mudar valor da gasolina
Matemática	Preço que vão colocar na gasolina
Motor	Preço que vão colocar na gasolina
Opala	Gasolina
Moto	Gasolina
Seis Ponto Nove	Sessenta e nove centavos

Fonte: fls. 3187/3188 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02

160. Essa tentativa de camuflagem dos infratores do mercado de combustíveis do Espírito Santo foi também mencionada pelo Juiz de Direito sentenciante na Ação Penal 0009660-69.2008.8.08.0024:

> "Aliás, de bom tom afirmar de logo que, caso não visassem a uma fixação artificial de preços, os empresários não entabulariam diálogos dissimulados mediante códigos, como, por exemplo, "trocar o motor da moto"; "máquina"; "motor seis ponto nove pra botar naquele opala agora"; "configuração da máquina"; "que todos os motores vão estar nessa configuração"; "a matemática é cinquenta e nove..."; "já botei motor novo", "já tá com emplacamento vencido há muito tempo"; "as duas horas vai nesse jantar", dentre outros, o que demonstra a ilicitude de suas condutas. Abem da verdade, se estivessem travando um diálogo corriqueiro, discutindo custos, margens de lucro ou preço final de revenda, não se utilizariam dessas expressões cifradas, o que prova, de modo inconteste, o dolo daqueles réus" (excerto de sentença da Ação Penal 0009660-69.2008.8.08.0024, exarada pelo Juiz de Direito Gustavo Grillo Ferreira, proferida em 15/05/2012).

161. Em 21/12/2006 (11:18:58, 00:01:05, mídia de fl. 3253), **Vicente** perguntou a **Marcos** se *"a matemática é cinquenta e nove, sessenta e nove, quanto?"*. **Marcos** respondeu-lhe: *"sessenta e nove"*.

162. Esse mesmo número – sessenta e nove – aparece em diálogo posterior como uma suposta configuração de motor de Opala. **Marcos** conversou com Gadelha sobre o aumento de preços a 2,69 e que não esperaria o movimento uniforme dos demais postos: *"tô com aquele motor seis ponto nove para botar naquele opala agora. Daqui a pouco, vou levar no mecânico, daqui a pouco"* (21/12/2006, 11:35:53, 00:01:23, mídia de fl. 3253). A consonância desse diálogo com o anterior é clara. Primeiro porque a consistência dos preços e a mesma remissão em poucos minutos de diferença, apesar de disfarçados, são nítidas. Em segundo lugar, o automóvel Opala não tem (ou tinha) qualquer configuração para qualquer item de funcionamento de motor ou peça que ensejasse um número tal como 6.9[33].

163. O Opala é novamente mencionado por **Marcos** em 02/01/2007 a **Luiz Eduardo**: *"o que eu tô querendo ver com você é o emplacamento daquele carro ali de Jardim América, aquele Opala"* (02/01/2007, 07:37:40, 00:02:54). Percebe-se que os preços são referidos como "emplacamento" para camuflar o compartilhamento de informações sensíveis e o monitoramento que estavam ocorrendo no diálogo.

164. O próprio Representado **Marcos** (Eucalipto, Oliveira, Thiago, Marcela, Posto 1, Jardim América do Gás, Aribiri, Mediterrâneo, Araças, Camburi do Gás, Polus e Oceânico) admitiu que não tinha um Opala, não tinha o hábito de lidar com motores e que dificilmente haveria um Opala com essa configuração, o que reforça o raciocínio de que o conteúdo da palavra não estava literalmente relacionado com o automóvel: *"que na época, ou seja, no final de 2006* ***o interrogado não possuía um veículo Chevrolet modelo Opala****; que não tinha por hábito ou hobby mexer em carros ou motos, nem ajustar motores; que conhece bem, automóveis; que não é usual um motor 6.9, e o interrogado já viu, mas é possível um motor de competição, até mesmo em Opala quando usados em corridas de competição nacional;* ***que nunca trabalhou com um motor 6.9****"* (fl. 3015 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02).

165. O Poder Judiciário se manifestou expressamente sobre esse episódio de fixação de preços a R$ 2,69 como parte da colusão horizontal ilícita da qual participaram pessoas naturais, representantes de postos de combustíveis da região. Peço licença para transcrever o pertinente e elucidativo trecho da sentença do MM. Juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de Vitória/ES:

> "Aqui, vejo desnecessário tecer maiores considerações e transcrever todas as situações flagradas pelas investigações do Ministério Publico, sendo suficiente que se afirme que os postos de combustíveis de propriedade desses réus, em sua quase totalidade, praticavam o preço de R$ 2,69 – ajustado artificialmente – em janeiro de 2007, período a partir do qual o esquema criminoso foi colocado em prática em sua total potencialidade.
>
> A título ilustrativo, cito que os estabelecimentos Posto Chegada e Posto Kadillac (de propriedade dos acusados Antonio e Alex); Posto Mediterrâneo e Comércio Pioneiro do Gás (de propriedade do acusado Deoclides); Posto Camburi do Gás (de propriedade dos acusados Deoclides e Marcos), Posto Macel e Posto Oliva (de propriedade do acusado Rogério); Posto Aribiri do Gás, Posto Marcela, Posto Oceânico, Posto Oliveira, Posto Jardim América do Gás, Posto Eucalipto e Posto Thiago (de propriedade do acusado Marcos); Postos Arara Azul de Itaparica, mata da Praia, Laranjeiras e Andorinhas (de propriedade do acusado Marcio); todos foram flagrados praticando o preço uniforme de R$ 2,69 no referido período. Não obstante, os estabelecimentos de propriedade dos acusados que não praticavam exatamente o preço uniforme relatado apresentavam um desvio padrão de, no máximo, R$ 0,03, ou seja, um valor muito próximo ao preço acordado" (fl. 6287).

166. Ao analisar os preços de revenda de gasolina em Vitória/ES, a partir de dados fornecidos pela ANP (SEI 35449), constata-se o paralelismo de preços supracitado a partir do mês de janeiro de 2007. A quase totalidade das Representadas constantes na planilha praticou preços em patamares de R$ 2,69 nas duas primeiras semanas de janeiro de 2007. A partir da terceira semana do mesmo mês, o preço do cartel foi fixado em R$ 2,66. Veja que o preço de R$ 2,66 ainda está dentro do intervalo de R$ 2,69, o preço combinado, menos o desvio-padão, R$ 0,03.

Preços praticados pelas Representadas entre dezembro de 2006 e março de 2007
Fonte: ANP (SEI 0035449). Elaboração: gabinete

SEMANA	RAZÃO SOCIAL	BAIRRO	MUNICÍPIO	UF	PREÇO DE VENDA	PREÇO DE COMPRA	MARGEM	PREÇO MÉDIO DE VENDA	DESVIO-PADRÃO DO PREÇO DE VENDA
03/12/2006 - 09/12/2006	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.490	2.237	0.253	2.480	0.021
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.449	2.231	0.219		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.490	2.236	0.254		
	ARARA AZUL REDE DE POSTOS LTDA.	ANDORINHAS	VITORIA	ES	2.490	2.197	0.294		
10/12/2006 - 16/12/2006	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.490	2.237	0.253	2.515	0.050
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.590	2.253	0.337		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.490	2.236	0.254		
	ARARA AZUL REDE DE POSTOS LTDA.	ANDORINHAS	VITORIA	ES	2.490	2.197	0.294		
17/12/2006 - 23/12/2006	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.449	2.231	0.219	2.449	0.000
24/12/2006 - 30/12/2006	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.449	2.231	0.219	2.470	0.029
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.490	2.236	0.254		
07/01/2007 - 13/01/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.690	2.292	0.398	2.690	0.000
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.690	2.231	0.460		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.690	2.579	0.111		
14/01/2007 - 20/01/2007	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.690	2.308	0.382	2.667	0.045
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.599	2.303	0.296		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.690	2.291	0.399		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.690	2.579	0.111		
21/01/2007 - 27/01/2007	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.690	2.315	0.375	2.667	0.015
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.599	2.303	0.296		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.690	2.291	0.399		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.690	2.273	0.417		
28/01/2007 - 03/02/2007	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345	2.673	0.015
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.315	0.364		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.690	2.298	0.393		
	POSTO CAMBURI DO GAS LTDA	JARDIM CAMBURI	VITORIA	ES	2.690	2.308	0.382		
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.295	0.365		
04/02/2007 - 10/02/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362	2.663	0.007
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.315	0.364		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.363		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.300	0.360		
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.340	0.320		
11/02/2007 - 17/02/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362	2.660	0.000
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.363		
	POSTO CAMBURI DO GAS LTDA	JARDIM CAMBURI	VITORIA	ES	2.660	2.308	0.352		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388		
18/02/2007 - 24/02/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362	2.660	0.000
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.291	0.369		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.363		
	POSTO CAMBURI DO GAS LTDA	JARDIM CAMBURI	VITORIA	ES	2.660	2.308	0.352		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388		
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368		
25/02/2007 - 03/03/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362	2.662	0.007
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.315	0.345		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.285	0.394		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.290	0.370		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.363		
	POSTO CAMBURI DO GAS LTDA	JARDIM CAMBURI	VITORIA	ES	2.660	2.308	0.352		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388		
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368		
04/03/2007 - 10/03/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.296	0.364	2.660	0.000
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.312	0.348		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.660	2.285	0.375		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.294	0.366		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.295	0.365		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388		
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368		
11/03/2007 - 17/03/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.296	0.364	2.665	0.009
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.312	0.348		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.294	0.385		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.679	2.312	0.367		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.295	0.365		
	POSTO IATE LTDA	PRAIA DO CANTO	VITORIA	ES	2.660	2.272	0.388		
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS	PRAIA DE SANTA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368		

	LTDA	HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.292	0.368		
18/03/2007 - 24/03/2007	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.312	0.348	2.668	0.010
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.294	0.385		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.679	2.310	0.369		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.660	2.306	0.354		
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.660	2.298	0.362		
25/03/2007 - 31/03/2007	POSTO EUCALIPTO LTDA	MARUÍPE	VITORIA	ES	2.660	2.308	0.352	2.660	0.011
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CENTRO	VITORIA	ES	2.660	2.325	0.335		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	CAMBURI	VITORIA	ES	2.679	2.325	0.354		
	AUTO POSTO MIRAMAR LTDA	SANTA LUZIA	VITORIA	ES	2.660	2.183	0.478		
	POSTO THIAGO LTDA	BENTO FERREIRA	VITORIA	ES	2.650	2.307	0.343		
	POLUS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA	PRAIA DE SANTA HELENA	VITORIA	ES	2.650	2.323	0.327		

167. Mais à frente, no mesmo depoimento, o Representado **Marcos** assumiu expressamente que **o número 6,9 se referida a preço**: *"que quando se refere ou melhor, a 6.9 pode ser que esteva (sic) se referindo ao preço da gasolina, ou seja 6.9 e que esta gíria da gravação é uma gíria que se usa na revenda; que motor da moto é gíria para uma outra coisa, podendo inclusive se referir a preço"* (fl. 3015 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02).

168. Já a expressão "matemática" também é uma nova denominação de "preço da gasolina, conforme depoimento de **Marcos**: *"que provavelmente quando é falado usado a expressão matemática, está se referindo ao preço da gasolina"* (fl. 3015 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02).

5.5.2.2.Da Fixação de Preços

169. O cartel de revendedores de combustíveis de Vitória/ES contou com uma constante articulação em prol de preços semelhantes. No diálogo de 28/10/2006 (transcrito abaixo), **Anderson** conversou com **Deco** sobre os preços dos respectivos postos:

Transcrição do Diálogo

Linha (27) 9316-9911, utilizada por Anderson Emanuel Pizzaia Basílio de Souza (3544434.wav)

28/10/2006 08:00:05 00:00:57

DECO: alô?

ANDERSON: Deco,

DECO: Fala meu amigo.

ANDERSON: Bom dia, tudo bem?

DECO: Tudo.

ANDERSON: Deixa eu te falar, vou pôr 44 ali no Miramar, hein.

DECO: É, não tem jeito não. O pau vai comer mesmo. Obrigada por ter avisado.

ANDERSON: Até amanhã. Falou querido.

DECO: Falou gente boa,

ANDERSON: Valeu, um abraço.

DECO: Obrigado, um abraço (mídia de fl. 3240).

170. Essa mesma informação foi replicada no diálogo entre **Anderson** e **Ruy Poncio ("Zinho")**, em que o primeiro interlocutor cobra a presença do segundo em uma reunião entre concorrentes.

171. Há aqui, também, um ajuste de preços que serão futuramente praticados em seus respectivos postos de combustível:

Transcrição do Diálogo

Linha (27) 9316-9911, utilizada por Anderson Emanuel Pizzaia Basílio de Souza (3544453.wav)

28/10/2006 08:01:45 00:01:14

ZINHO: alô?

ANDERSON: Oi, Zinho!

ZINHO: Fala!

ANDERSON: Você não falou que cê vinha cedo, rapaz?

ZINHO: Rapaz, eu tô passando mal, rapaz.

ANDERSON: Ah, meu Deus do céu. É DNA.

ZINHO: Ahn?

ANDERSON: É DNA isso.

ZINHO: É mesmo. Aqui, cê tá aí no posto?

ANDERSON: Já passei, já saí, já tô na ponte.

ZINHO: Ah, então vai embora então, pô. Depois vou passar no posto seu.

ANDERSON: Deixa eu te falar. Eu vou botar 44 lá no Miramar, hein.

ZINHO: Cê vai botar?

ANDERSON: Vou.

ZINHO: Deco botou 46 lá no outro.

ANDERSON: É. Eu vou botar 44 nós.

ZINHO: Que (inaudível), hein

ANDERSON: É. Nada que não teja tão ruim que não possa melhorar, né.

ZINHO: É.

ANDERSON: Já diz o ditado. Tá. E depois, podendo, a gente dá um pulinho lá para eu te mostrar a área.

ZINHO: Tá bom.

ANDERSON: Um abraço, tchau.

ZINHO: Um abraço. (mídia de fl. 3240).

172. Para esclarecer tais conversas, os Representados assim se pronunciaram nos autos:

> "Nota-se, com relação à primeira conversa [entre Anderson e Ruy Poncio], do primeiro defendente com o representado Ruy Poncio, que não há qualquer indício de combinação de preços, nem qualquer espécie de solicitação de autorização para alteração dos valores praticados. Os representados conversam despretensionamente, acerca de vários assuntos, até sobre condições climáticas e, ao final, CONCORDAM – CONCORDAR é diferente de ACORDAR – em praticar determinado preço na gasolina (sic) seus vizinhos já estariam vendendo "BAIXO" e eles perderiam clientela com isso" (fl. 4478).

173. Importante observar que os próprios Representados assumiram que houve discussão entre os Srs. **Anderson** e o Sr. **Ruy Poncio** sobre informações sensíveis no sentido de que concordaram em praticar preços, isto é, manifestaram suas respectivas vontades no estabelecimento de determinados preços, o que, de fato, é mais uma evidência da participação dessas duas pessoas naturais no cartel. Os Representados entendem que "acordar" é diferente de "concordar", esquecendo que o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis – preços – também é ilícito antitruste tipificado no art. 21, incisos I e II, da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36, §3º, incisos I e II, da Lei 12.529/11).

174. Em outro diálogo, percebe-se a interação anticompetitiva entre **Marcos** e **Luiz Eduardo** para fixar preços. **Marcos** também se envolveu em conversa com **Toninho** para discutir preços e escutar reclamações de um possível descumprimento do acordo por **Deoclides**. Para visualizar tais diálogos, colaciono-os abaixo:

Transcrição do Diálogo

Linha (27) 9949-9460, utilizada por Marcos Antonio Oliveira (3804300.wav)

08/12/2006 19:48:21 00:08:06

MARCOS: Oi.

LUIZ EDUARDO: Marquinhos.

MARCOS: Fala Eduardo.

LUIZ EDUARDO: Tudo bem com o senhor?

MARCOS: Tudo...

LUIZ EDUARDO: Você pode achar que eu não estou na Rede Marcela mas eu já estou filiado nela hein, não tem como eu tomar ação sem falar com você não hein Marquinhos.

MARCOS: Pode ficar à vontade, pode que eu for... puder ser útil eu vou ser com o maior prazer...

LUIZ EDUARDO: Deixa eu te falar, o George me ligou, o inspetor lá da, da Texaco né... MARCOS: Hã...

LUIZ EDUARDO: "Pô Eduardo, cê tem que entrar na guerra de preços, não sei o quê". Aí eu falei: "mas como assim?"; "o Araçás está cobrando dois e vinte e nove". Aí eu falei "pô, mas não tem como sair de dois e quarenta e sete para baixar para dois e vinte e nove, no preço que eu to com...".

MARCOS: Trinta e nove tá no Araçás.

LUIZ EDUARDO: Então, aí... aí eu falei pra ele o preço que eu tô comprando, aí ele fez o cálculo lá, fez a gasolina lá em baixo entendeu. Eu não sei nem se eu posso falar de valores entendeu...

MARCOS: Eu sei é dois... tá fazendo a dois e dezessete.

LUIZ EDUARDO: Não... então, aí dois e dezessete, isso aí. Aí ele falou: "então cê tem que abaixar cara, não sei o quê". Aí falei: "não, péra um pouquinho que eu"...

MARCOS: Abaixa, é isso, tem que entrar...

LUIZ EDUARDO: Mas você está lá em Araçás, entende o que estou querendo... não é ali na... no Posto que cê pegou agora, o último?

MARCOS: É...

LUIZ EDUARDO: Se abaixar agora, o que é que acontece, na pista ali não tem ninguém a dois e trinta e nove não, entendeu? Cê acha que isso não faz todo inundo puxar para abaixar não?

MARCOS: Mas ajuda a... ajuda a resolver o problema entendeu, que aí vai para o osso, vai pra baixo do osso e todo mundo vai ficar perdendo muito dinheiro, aí vai... vai ...daí é perda muito grande né, e com essa perda ajuda o pessoal a se conscientizar de é necessário reverter o quadro.

LUIZ EDUARDO: Não é melhor a gente fazer... tipo assim, eu me encarrego até de fazer umas visitas, sei lá, aqui em Vila Velha eu, entendeu ... porque dois e quarenta e cinco já tá assim...

MARCOS: Já tá muito horrível né.

LUIZ EDUARDO: É, mas ai para cair seis centavos, é muito, não sei... eu não entendo muito entende, estou falando assim é... se... como que é a política, se devo entrar ou não, entendeu, porque eu estou ali no asfalto e você está lá dentro... se isso não interfere ou não, entendeu. MARCOS: Eduardo, assim, olha só...

LUIZ EDUARDO: Não, eu tô falando assim, faz de conta que é um Posto ... faz de conta que é da Rede lá entendeu, você abaixaria também? Porque você no Aribiri, você não abaixou entendeu?

MARCOS: Vocês não abaixaram lá... lá em...

LUIZ EDUARDO: Central?

MARCOS: Lá no Central? Já abaixaram lá, já fui lá... você não está sabendo... lá vocês estão vendendo lá a esse preço, dois e vinte e nove...

LUIZ EDUARDO: Lá está vendendo a dois e vinte e nove.., não dois e....

MARCOS: Não... isso aí é... guerra de preço é assim, Eduardo, num.. .num. . .num. . .não tem que... você é que sabe... assim... eu acho que você que tem que fazer uma idéia entendeu?

LUIZ EDUARDO: Até mesmo...

MARCOS: Fazer uma idéia entendeu?

LUIZ EDUARDO: Não até mesmo...

MARCOS: Fazer uma idéia do que...

LUIZ EDUARDO: Porque se de repente cai assim...

MARCOS: Fazer uma idéia do que representa...

LUIZ EDUARDO: Eu tenho desconto lá, vou ter uma venda maior um pouco, ah, vou ter, mas será que isso não vai prostituir... eu estou falando no sentido assim... eu não quero eu estar ali na avenida a ser o primeiro porque o George ligou e tem que tá ouvindo e tal, de repente... é... então você tá dois e trinta e nove, você acha assim... que... se botar ali cê acha não que é complicado não, na rodovia?

MARCOS: Eu acho que não, eu acho que a tendência é... as outras companhias tem que abaixar também pra fazer o mesmo entendeu, aí chega no limite, a Petrobras você.. por exemplo, se você fazer isso ali, eu vou pra cima dela e vou pedir também a dois e dezessete principalmente porque eu sei que vocês são - nossa que linda - é a Larissa aqui, aí eu vou para a Petrobras e vou falar: "ô o Posto lá está fazendo gasolina a dois e vinte e sete, eu quero dois e dezessete também" e ela vai fazer é lógico, elas não vão deixar espaço, e aí eu vou botar também lá entendeu, e é assim.

LUIZ EDUARDO: Cê acha... não é melhor a gente botar dois e quarenta e cinco em tudo não, já que tá o menor... o menor preço de Vila Velha... eu tô falando porque eu não... a pesquisa que eu fiz, o menor está dois quatro cinco e o menor,. menor tá esse lá no Araçás, dois... .

MARCOS: É, lá só a dinheiro...

LUIZ EDUARDO: Então Che...

MARCOS: Só a dinheiro.

LUIZ EDUARDO: Cheque à vista também, não?

MARCOS: Ah, cheque à vista...

LUIZ EDUARDO: Então, aí... não, mas iria botar também nesse aspecto também só dinheiro e cheque a vista entende, você não acha que isso era pior, não era melhor a gente chegar em um.. botar dois e quarenta e cinco e ficar e tentar levantar?

MARCOS: Não.

LUIZ EDUARDO: Hã.

MARCOS: Tem que ir todo mundo pra... pro pau mesmo, tem que ir lá no osso, tem que ir no tutano.

LUIZ EDUARDO: Entendi, então tem que... é a jogada do negócio, tem que ter...

MARCOS: Vai jogar.. nessa época... perdendo nós já estamos a dois e quarenta e cinco na verdade essa gasolina tinha que tá uns dois e sessenta e nove, por aí.

LUIZ EDUARDO: Mas se eu não quiser entrar na briga, tem que entrar ou não? Só para eu poder entender, eu tenho que tá... o cara liga pra mim eu tenho que tá acatando, tem que tá... MARCOS: Não, aí depende de você, igual no Central eu ... eu orientei aqui para fazer o mesmo lá.

LUIZ EDUARDO: Para entrar?

MARCOS: Eu orientei aqui para entrar porque assim... lá tem o Macro que tá dois e vinte e nove, entendeu, e é por aí.

LUIZ EDUARDO: Entendi, entendi, então tá bem então.

MARCOS: Aqui em Vila Velha se você entrar vai provocar essa queda também e nós vamos pra cima das companhias e a Ipiranga tem que fazer, a BR tem que fazer, a Texaco já está fazendo a Esso vai fazer, aí vai ficar todo mundo perdendo dinheiro, e aí acaba resolvendo.

LUIZ EDUARDO: Caramba, mas isso a gente já tá a quatro meses... três meses assim com esse preço baixo lá Central, entendeu?

MARCOS: Ah esse aí é o espinho do ofício, os problemas... e nós ainda temos o gás pra dar uma segurada, pior é gente que não tem.

LUIZ EDUARDO: Eu sei.

MARCOS: Entendeu?

LUIZ EDUARDO: Eu sei como que é, rapaz.

MARCOS: Esse é o espinho, esse é um problema sério da, da categoria que tá sempre ocorrendo.

LUIZ EDUARDO: Eu sei, mas o que é que... que posição que você me daria para fazer é... abaixar também, ou não abaixar, como que você, me dá... pode ser franco.

MARCOS: Eu, você, eu abaixaria, eu você, se eu tô no seu lugar e ele faz a dois e vinte e sete, eu falo: "George faz a dois e dezessete que eu vou botar dois e vinte e nove na Carlos Lindemberg", e boto, e nós vamos atrás.

LUIZ EDUARDO: Nossa, vou ver com a Rosana aqui e vou ver o que ela acha também.

MARCOS: Eu acho que é por aí, se ele tá te fazendo ali...

LUIZ EDUARDO: É, ele falou...

MARCOS: Tá te fazendo...

LUIZ EDUARDO: É... Tipo assim, ele falou dou o desconto para você descer porque o Marquinho tá lá a dois e tal... eu falei, não eu vou ligar e vou ver, não vou descer assim sem antes tá comunicando, entendeu? Mas tudo bem então, se eu tiver dúvida eu posso estar ligando pra você?

MARCOS: Claro rapaz, tranqüilo, à vontade.

EDUARDO: Tá bem então, fica com Deus então, por enquanto, obrigadão, Marquinhos.

MARCOS: De nada.

EDUARDO: Tchau.

MARCOS: Tchau. (mídia de fl. 3243).

Linha (27) 9949-9460, utilizada por Marcos Antonio Oliveira (3845393.wav)

19/12/2006 09:41 00:05:59

MARCOS: Oi, Toninho.

TONINHO: Ei, Marquinho.

MARCOS: Tudo jóia?

TONINHO: Tá bom, Marquinho?

MARCOS: Tudo.

TONINHO: Mas o DEOCLIDES [ou TIDE] teve aqui, conversando com a gente aqui, pra gente amanhecer hoje todo mundo. Quando chega ontem à tarde o ROGÉRIO vai lá e bota dois e vinte e nove. Bicho, eu vou te falar uma verdade, Marquinho, quem é que manda nessa p****, Marquinho? É você, é Kid, ou é Rogério? De quem é isso aqui? Vai joga verde pra mim. Joga aberto pra mim, é do Rogério isso não?

MARCOS: É... olha só... eu acho que aí quem mais decide aí é o Rogério.

TONINHO: É Rogério, então é dele, o negócio é dele. Veja bem, eu vou te ser sincero, Marquinho. Bicho, eu estou com sessenta anos nas costas e eu não queria me aborrecer com esse pessoal, mas eu tô vendo a hora de aborrecer sabe por quê? Eu fiquei vinte anos com o Clevinho aqui, nunca me aborreci com o Clevinho, a gente sempre trocou a mesma bandeira. Agora, p****. Silvio vem aqui, acerta tudo pra dois meia sete, Rogério ontem, duas horas da tarde vem aqui e bota dois e vinte e nove? P****, eu e você temos responsabilidade pra cumprir, ele não, porque é um desequilibrado, e eu não... não... não tenho outra dúvida que ele é desequilibrado, não só ele como o irmãozinho dele também, tadinho, que é meu afilhado mas é também, porque se você não tá agarrado, já tinha ido pro espaço todo o patrimônio há muito tempo, cê sabe disso tá, cê sabe perfeitamente disso. Agora, bicho, é f*** cê comprar gasolina a dois e vinte e sete pra vender a dois e vinte e nove, é f*** não é? É complicado. Esse período todinho, Marquinho, o meu menor preço meu foi dois e cinquenta e um. Eu não sei o que que eu faço mais, eu vou te falar uma coisa bicho. Agora ir lá no Kadillac e botar dois e vinte e nove com aquele monte de despesa nas costas, que você sabe que tem.

MARCOS: É.

TONINHO: Mas olha só, eu acho que foi só pra pressionar, entendeu. É. Foi só pra pressionar uma possível é... um adiantamento na resolução do caso. Rapaz, antes de ontem acertou tudo. A Texaco tava na reunião, Marquinho. A gente não pode tá falando por telefone não, mas tavam todas elas na reunião. Todas. Silvio falou com você, já tinha conversado com você, ou não conversou?

MARCOS: Conversou, conversou. Mas é. Aí é... bem, não sei, não sei qual é... ou qual foi o posicionamento. Não sei mesmo. Na verdade, aí eu não, não tenho. Nem sabia desse, desse item aí. Me falaram ontem, mas eu vou dar uma perguntada nisso aí porque... alô, tá me ouvindo?

TONINHO: Tô ouvindo você bem.

MARCOS: Alô, é... é... eu acho que isso aí a gente... eu acho que a gente tá na iminência de, de melhorar isso aí que não tá se agüentando mais. Mas...

TONINHO: É, não tá. É, é o caso né, pra quê... pra que tomar uma decisão dessas aí ontem se tem essa iminência? Se tem essa... possível acertamento?

MARCOS: É, Eu acho que às vezes é melhor...

TONINHO: Ô Marquinho, Marquinho. Posição típica, posição típica de quem não tem responsabilidade, posição típica de quem quer quebrar, que já deve ter tá... já deve ter botado tudo fora, que vendeu e deve ter esbagaçado tudo. O outro agora também com essa problemática toda aí, larga você aí, vai para o Canadá também gastar dólar e mais dólar. É f*** bicho, pessoal é f***. Eu não tenho nada com a vida deles não, eu não tenho nada. Só que isso traz a gente pra tomar ferro também, e você sabe disso, que é verdade.

MARCOS: Claro aqui, nós tamo tomando ferro.

TONINHO: Todo mundo tomando ferro, aí o outro sai e vai pro Canadá passear sem poder p****, sem poder. Devendo aí a todo mundo que cê sabe que tá devendo que... que se ocê não cobrisse tudo aí, não fazia m**** nenhuma. Agora o outro vem aqui e bota uma placa: promoção dois e vinte e nove. P****, bicho, tá lá, tá a pista dele está lotada lá. Eu não vou aceitar isso, vou mandar botar lá no Kadillac agora dois e vinte nove também Quer dizer, aí vou eu tomar ferro também por causa de um maluco que tem aqui do meu lado agora.

MARCOS: Pior. E o pior de tudo é o seguinte, que é uma bosta de uma companhia dessas que nós temos, porque a TEXACO está dando dois e dezessete. Por dois e dezessete pra ele fazer esse preço. Tá. Aquele tal de George tá motivando a isso. Aí você liga aí pro... o... o... a Petrobras aí pro Silvio, pra Irene: "eu não baixo mais, eu não abaixo mais nada do que isso". Agora lá pro Ca... pro Macro lá, que foi todo o causador dessa polêmica toda, ela tá fazendo a dois e dezessete exatamente para motivar essa situação. Por que, se ela tá fazendo pro Marcos lá a dois e vinte e sete, como é que ele tava botando a dois e vinte e nove?

TONINHO: Mas ô Marquinho, mas eles estavam todos na reunião também, o primeiro ponto que eles fizeram, que a Irene fez, foi chamar o Marco.

MARCOS: Pois é, mas ela está dando condições esse tempo todo. Agora pega o George aí da Texaco que também tá querendo... não vai arregar porque é isso mesmo...

TONINHO: Eu tava na reunião também, Marquinho, antes de onte (sic).

MARCOS: Toninho, vamo deixar para conversar esses negócios aí pessoalmente, hein. Ei Toninho, eu vou ver aí com... vou ver se paralisa essa situação aí, pode deixar eu te dou uma ligada depois.

TONINHO: Tá bom.

MARCOS: Oi.

TONINHO: Tá bom.

MARCOS: Que é meio complicado, meio problemático tá, para falar [M13]

TONINHO: Tá.

MARCOS: Tá, Toninho, valeu tchau. (mídia de fl. 3253).

175. Para sanear o relatado por Toninho, **Marcos** entra em contato com **Rogério** em 20/12/2006 para discutir preços e um aumento nos preços dos postos de **Rogério**. Segundo **Marcos**, deixar os preços mais baixos e em desacordo com o combinado seria uma *"agressão"* e iria de encontro ao *"bem-estar da humanidade"*. Além disso, **Marcos** afirmou que *"se tá incomodando até os nossos concorrentes, a gente tem que se preocupar com isso"* e *"nós temos que produzir bem-estar, felicidade e alegria no nosso colaborador, do nosso cliente e também até do nosso concorrente. Não querer só meter o pau no nosso concorrente não. Porque quem agride é agredido, sempre"*, o que ressalta a relação de coleguismo entre os revendedores de Vitória/ES:

Transcrição do Diálogo

Linha (27) 9949-9460, utilizada por Marcos Antonio Oliveira (3853305.wav)

20/12/2006 16:36 00:06:08

"Bom dia, senhor, vamos completar, gasolina comum".

ROGÉRIO: Oi.

MARCOS: Rogério.

ROGÉRIO: E aí, Cadeira. Tá todo mundo na rua hein, faltou uns dois aí.

MARCOS: Tô sabendo, mas Toninho tá revoltado com ação que tá sendo feita na frente ao posto dele. Tá sabendo?

ROGÉRIO: Do Kadillac?

MARCOS: É. Bota, bota a pessoa que tá lá pro sinal mais em cima. Não tem problema não. ROGÉRIO: Tira de lá do... do...

ROGÉRIO: Ele não faz e quer que a gente não faz também.

MARCOS: É, mas não vamo ficar agredindo assim, principalmente nosso primo, né, pô.

ROGÉRIO: Ele só tá decepcionando, cara.

MARCOS: Vai em frente a Caixa Econômica, bota lá no sinal lá na Desportiva.

ROGÉRIO: Aí ele vai, ele vai achar que é poderoso, tudo que ele faz. Tudo que ele faz a gente acata.

MARCOS: Rogério, se tá incomodando alguém e esse alguém... nós não vamos ficar

ROGÉRIO: Vai ficar lá em cima, lá em cima no trevo da prefeitura.

MARCOS: Tá incomodando alguém, alguém não... e esse alguém que é importante pra nós, isso aí a gente tem que pensar, Rogério. Não é querer ficar batendo de frente.

ROGÉRIO: Vou ligar pra Jane, tirar o rapaz de lá e botar lá em cima.

MARCOS: Botar lá no sinal da Desportiva. Lá é melhor ainda pra fazer.

ROGÉRIO: Sinal da Desportiva você diz é qual? Lá em frente ao Vitória Vag?

MARCOS: Lá em frente ao Vitória Vag. Vitória Vag ali.

ROGÉRIO: Na subida...

MARCOS: É não. Indo pro seu posto. Senão não tem sentido. Tira daquele sinal dali, bota no sinal anterior. Aquele sinal lá da Desportiva ali pra trás.

ROGÉRIO: Ah. No mínimo algum cliente entrou dentro do posto e mostrou Alex...

MARCOS: Lógico, mostrou, Alex tá me ligando aqui, Toninho... pô... aí vai... semana que vem vai tá com eles lá no Reveillon e aí vai criar esse mal-estar pra quê? Não tem sentido. Tanto faz a gente fazer naquele sinal ou no outro?

ROGÉRIO: Vou ligar pra Jane e vou descer lá pro... pra frente da Desportiva ali.

MARCOS: Fala com Jane pra pegar o cara e levar lá outro agora.

ROGÉRIO: Levar lá pra frente do Lima.

MARCOS: Isto. E o preço lá, cê já aumentou?

ROGÉRIO: Lá no... em Cariacica não aumentou nada não. Tina... Eu e Alex tinha feito, conversado. Aí no outro dia de manhã, voltamo, né. Liguei pra Alex, só tinha feito ele e Toninho. E, aí Jânio tinha só anotado a placa, né. E falei: "e aí, Alex, vai fazer?". Aí ele: "Rogério, vou dar uma rodada". Aí Jânio passou lá nele mais tarde: "ah, eu também não vou fazer não porque ninguém fez". Aí ele voltou também pra trinta e nove.

MARCOS: Ahn?

ROGÉRIO: Aí ele voltou pra trinta e nove, Alex.

MARCOS: E você tá com vinte e nove lá?

ROGÉRIO: Vinte e nove, nove.

MARCOS: Mas tá na hora já de dar uma puxada. Tá todo mundo já puxando. Bota lá uns, uns cinqüenta e nove, pelo menos, quarenta e nove. Pra tirar daquele, da casa dos vinte e nove.

ROGÉRIO: Ahan.

MARCOS: Eu já tô botando na rede toda agora em torno de cinqüenta e nove. Agora já a tarde. Hoje amanheceu com cinqüenta e nove e aí depois a gente vê como é que vai ficar.

ROGÉRIO: Então tá jóia.

MARCOS: Já tira lá dos vinte e nove também. Não tem sentido mais. Já tá... Tá parando essas agressões. Não tem sentido continuar a agressão. A gente não deve suportar agressão, mas a gente agredir é ruim.

ROGÉRIO: Ahan.

MARCOS: Porque aí a gente fica mal visto pelos concorrentes, entendeu? Principalmente pelos, pelos concorrentes. E isso não é bom.

ROGÉRIO: Tudo trinta e nove?

MARCOS: Rogério, nossa missão é produzir um bem-estar da humanidade. Se tá incomodando até os nossos concorrentes, a gente tem que se preocupar com isso. A gente pode não atendê-lo, mas fazer alguma coisa pra... pra... de forma que não... a gente não produza isso, concorda?

ROGÉRIO: Ahan.

MARCOS: Ou então não é missão. Nós temos que produzir bem-estar, felicidade e alegria no nosso colaborador, do nosso cliente e também até do nosso concorrente. Não querer só meter o pau no nosso concorrente não. Porque quem agride é agredido, sempre. Não é isso?

ROGÉRIO: Com certeza.

MARCOS: Isso aí é a gente tem que tomar essa... missão, visão e valor da empresa agora como... sabe, na mente. Tá sempre ligado nisso. Pô, eu tô vendo dessa forma, o que que eu posso fazer pra melhorar? Pra mim não me sair da minha missão? Pra não perder os meus valores? Pede a Jane lá então pra tirar e botar no outro sinal e já dá uma recuperada lá nos preços, acho que é um, um bom caminho, um bom andamento.

ROGÉRIO: Beleza.

MARCOS: Ou pelo menos pensa nisso.

ROGÉRIO: Ahn?

MARCOS: Ou pelo menos pensa nos preços. A ação promocional é importante.

ROGÉRIO: Os preços. Eu vou tentar ligar também pro George porque eles manda (sic) um pouco. Ele tá meio magoado com o pessoal da Petrobrás pelas resposta (sic) que Walter deu lá em Vila Velha.

MARCOS: Então tá bom, vê aí o que você vai fazer agora.

ROGÉRIO: Mas vou dar uma ligada pra ele e vou falar com ele.

MARCOS: Tá bom. Valeu.

ROGÉRIO: Vou mandar Jane agora tirar o menino lá e levar logo lá pro Lima.

MARCOS: Tá, tô sabendo.

ROGÉRIO: Falou.

MARCOS: Valeu. Tchau. (mídia de fls. 3253).

176. Assumir que uma baixa de preços seria uma forma de "agressão" também foi confirmada por **Marcos** em seu depoimento junto à Sétima Vara Criminal de Vitória: *"que não se recorda de ter mandado Rogério majorar os preços mas informa que chamou a atenção de Rogério em razão da promoção de estar agredindo um de seus parentes"* (fl. 3014 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02). Isso também foi reiterado no depoimento de **Ruy**: *"mas posteriormente em conversa com Anderson, o mesmo lembrou ao interrogado que havia baixado o preço para 2,44 centavos dando uma satisfação porque havia abaixado o preço em face de não se (sic) uma agressão do posto que ali fica próximo, pertencente a irmã do interrogado"* (fl. 3021 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02).

177. **Toninho** não foi o único a reclamar de **Rogério**, que frequentemente discutia preços com concorrentes, mas que nem sempre elevava seus preços ao mesmo nível dos preços dos demais membros do cartel. Em 20/12/2006, **Alex** também demonstrou seu descontentamento com a atitude comercial de **Rogério**, inclusive com ameaças, em diálogo travado com **Marcos**:

Transcrição do Diálogo

Linha (27) 9949-9460, utilizada por Marcos Antonio Oliveira (3853326.wav)

20/12/2006 16:43:17 00:02:38

ALEX: E aí?

MARCOS: Fale, grande Alex.

ALEX: Marcos Oliveira.

MARCOS: O que que o senhor manda? Eu já sei o que que é. Já tomei a providência.

Vai dar problema, vai dar problema. Meu pai já chamou o segurança, ia chutar aquela p**** daquela caixa de isopor, ia partir pra violência lá, segurei papai, tá aqui na Caixa Econômica aqui, tá um fuzuê do c****** aqui, bicho. Vai dar m**** hein, vai dar m****.

Já tirei, vou botar ele lá no outro sinal, lá de cima.

ALEX: Tá bom.

MARCOS: Vou botar lá na Desportiva.

ALEX: Falou.

MARCOS: Tá bom?

ALEX: Tá, tchau.

MARCOS: O menino vai passar aí, vai apanhar ele agora e vai levar ele lá pra cima, lá pra... lá pro final da Desportiva.

ALEX: Tudo bem.

MARCOS: Não sabia que ia dar essa confusão, mas deu, tem que se re... tem que tomar medida, é uma ação de natal que tamo fazendo pra... pra... uma ação, tamo fazendo alguma coisa e esqueci do detalhe aí de tá na frente do seu posto.

ALEX: Tudo bem. Primeiro que tá na nossa reta aqui, na nossa área. Entrou na nossa área, BR aqui. E segundo que Pô, tá com dois e vinte e nove no preço. Eu tô com dois e trinta e nove. Vai dar aguinha na minha reta também, pô. Aí é chamar pra p******, aí é chamar pra agressão. Nós não vamo aceitar isso aqui não, Marquinho. Não vamo aceitar aqui não, bicho.

MARCOS: Mas que sentido? Não tô entendendo. Campanha de marketing... então não posso botar uma propaganda da televisão?

ALEX: Não, você pode pôr propaganda na televisão. Mas. Pô. Aí já tá com dois e vinte e nove aqui, bicho, atrás na minha cola aqui. E p****, bota um cara pra, pra entregar água no sinal na minha frente?

MARCOS: Já vai tirar, Alex, eu tô falando que já vai tirar. Esqueci do detalhe.

ALEX: Tá legal.

MARCOS: Esquecemos do detalhe. Vai tirar agora. Não vai dez minutos a mais. Foi só você... Quando eu soube, eu já pensei imediatamente em tirar.

ALEX: Tá certo.

Beleza?

ALEX: Tá bom.

MARCOS: E quanto ao preço. Também já falei com ele pra, desde ontem e hoje ele tá tirando. Tá botando os dois e cinquenta e nove.

ALEX: Eu acho que nós somos família. Acho que não precisa disso. Se for levar pra esse lado, aí eu não sei, cara. Tá bom, vamo aguardar aí, vamo ver no que vai dar.

MARCOS: Tá bom.

ALEX: Valeu, um abraço.

MARCOS: Valeu, tchau. (mídia de fl. 3253).

178. Em relação a essas conversas, os próprios Representados alegaram que *"verifica-se que estas representam meros indícios de ajustamento de preços, (sic) em contudo, haver comprovação da ocorrência de qualquer resultado lesivo à ordem econômica, necessário à configuração do delito de cartel"* (fl. 4179), o que representa mais uma confissão de que os preços eram sim objeto de deliberação entre administradores de postos concorrentes, especialmente entre os Srs. **Marcos** Antônio Oliveira e **Alex** Oliveira Bourguignon.

179. Essa e outros provas indicam claramente que a combinação de preços entre concorrentes era prática bastante comum entre os administradores e/ou proprietários de postos por telefone. Fica evidente que a estabilidade dos preços na região era o objetivo desejado pelos cartelistas, que se empenhavam para alcançá-lo. Os próprios Representados Sr. **Marcos** Antônio Oliveira, Sr. **Deoclides** Antônio Bastos de Oliveira, Sr. **Rogério** Bastos de Oliveira, **Posto Eucalipto** Ltda., Posto Oliveira Ltda., **Posto Thiago** Ltda., **Posto Marcela** Ltda., **Posto 1** Ltda., **Posto Jardim América do Gás** Ltda., **Posto Aribiri do Gás** Ltda., **Auto Posto Araças** Ltda., **Posto Camburi** do Gás Ltda., **Polus** Comércio e Serviços Ltda., **Posto Oceânico** Ltda., **Macel Comercial** Ltda., **Auto Serviço Oliva** Ltda., **Petro Gás** Comercial Ltda., **Comércio Pioneiro** do Gás Ltda. e **Posto Mediterrâneo** Ltda. (fl. 4177) e os Representados Sr. **Anderson** Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, **Auto Posto Miramar** Ltda., **Auto Posto Miramar** Ltda. **Filial**, **Posto Iate** Ltda. e **Auto Serviço Aeroporto** Ltda. (SEI 0045581) afirmaram explicitamente em sua defesa *"que todas as conversas das quais participam os defendentes giram em torno da REDUÇÃO de preços"*.

180. Nesse sentido, a sentença do MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Criminal da Comarca de Vitória/ES afirma que:

"(...) a referida lei (denominada Lei Antitruste) – Lei n. 8884/1994 – visa a repressão das diversas formas de abuso de poder econômico, por meio da atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, cuja atuação se restringe à esfera administrativa/cível. Por conseguinte, a referida lei possui seus institutos e dispositivos processuais atrelados à faceta cível da matéria tratada, sendo sua aplicabilidade ao processo penal restrita, cabível apenas de forma subsidiária.

Assim, alguns dispositivos não podem, em hipótese alguma, ser aplicados ao processo penal, já que partem de pressupostos principiológicos estranhos a esta seara processual. A título de exemplo, a referida lei prevê responsabilizar pessoas físicas e jurídicas ainda que não haja conduta culposa por parte dos mesmos. (...).

De toda sorte, o mencionado dispositivo apresenta uma espécie de presunção fática, a qual foi concebida como instrumento a ser utilizado no processo administrativo relativo à repressão a infrações contra a ordem econômica. Tal presunção, que estabelece a existência da realização de cartel quando há participação de pelo menos 20% das empresas no ramo, visa facilitar a responsabilização das empresas envolvidas, nos casos em que não há elementos probatórios que indiquem a atuação dolosa/culposa dos envolvidos.

Como é sabido, a presunção só deve ser aplicável quando ausentes outros elementos capazes de demonstrar o fato controvertido. No caso do art. 20, § 3º, tal presunção pode ser facilmente afastável se presentes outras provas que atestem a existência do abuso do poder econômico. Na presente ação, ante a abundância de elementos probatórios que comprovam a prática do cartel, entendo incabível a aplicação do referido dispositivo.

(...)

Aliás, de bom tom afirmar de logo que, caso não visassem a uma fixação artificial de preços, os empresários não entabulariam diálogos dissimulados mediante códigos, como, por exemplo, "trocar o motor da moto"; "máquina"; "motor seis ponto nove para botar naquele opala agora"; "configuração da máquina"; "que todos os motores vão estar nessa configuração"; "a matemática é cinquenta e nove..."; "já botei motor novo"; "já tá com emplacamento vencido há muito tempo"; "as duas horas vai nesse jantar", dentre outros, o que demonstra a ilicitude de suas condutas. Abem da verdade, se estivessem travando um diálogo corriqueiro, discutindo custos, margens de lucro ou preço final de revenda, não se utilizariam dessas expressões cifradas, o que prova, de modo inconteste, o dolo daqueles réus.

A defesa dos réus, inclusive, não nega que os mesmo praticavam conscientemente o paralelismo de preços da gasolina. Argumenta, entretanto, que tal fato ocorreria em função do monopólio no refino daquele produto que a Petrobrás detém e se daria, apenas e tão-somente, para evitar que "por causa de centavos o usuário decidisse abastecer seu veículo no concorrente situado logo à frente ou um pouco antes de seu estabelecimento". Em outras palavras, a defesa dos réus sustenta, em síntese, que a partir da percepção de cada empresa de que o efeito de suas ações dependeria da resposta de seus concorrentes, coordenariam suas respectivas condutas simplesmente pela observação da reação daqueles mesmos concorrentes.

Mas, não foi essa singeleza que verifiquei nos autos, ao menos com relação aos denunciados Antônio, Alex, Rogério, Deoclides, Marcos, Vicente e Marcio. Isso porque, restou comprovada a prática de colusão horizontal, que é qualquer tipo de acordo expresso ou tacitamente celebrado por concorrentes, objetivando a fixação conjunta de preços.

(...)

As práticas anticompetitivas de ajuste ou acordo de empresas que podem ocorrer no mercado de varejo constituem crime contra a ordem econômica, na medida em que a concorrência é eliminada total ou parcialmente, através do domínio do mercado resultante do abuso econômico de um pequeno grupo empresarial.

Nos crimes econômicos, o bem jurídico tutelado é a ordem econômica, a qual, além de dever ser entendida como um conjunto de regras e princípios relativos à produção, à distribuição e ao fornecimento de bens materiais, suscetíveis de apreciação monetária e negociação, é evidentemente composta por bens jurídicos coletivos ou supra-individuais. A ordem econômica possui como fundamentos basilares a livre concorrência e a livre iniciativa, e, desse modo, as ações que colocarem em perigo ou efetivamente violarem essa liberdade, assegurada constitucionalmente a todos, configurarão crime contra a ordem econômica.

(...)

No dispositivo em análise, tem-se o que se denomina preços concertados, que podem ter como finalidade tanto o aumento como a redução de preços. Nesse sentido, pouco importa a eventual razoabilidade de preços fixados entre concorrentes, pois a uniformidade destes é anticoncorrencial.

(...)

Para configuração do delito (...), há a necessidade de que o acordo, convênio, ajuste ou aliança tenha o especial fim de gerar a fixação artificial (dissimulada, fingida ou fraudulenta) de preço ou de quantidade vendida em dissonância com a realidade. Segundo Miguel Reale Junior, resta tipificado o cartel sem que seja necessária a obtenção do resultado abuso do poder econômico, bastando que a ação tenha sido praticada e consigo traga potencialidade de causar o dano.

A lei aqui analisada objetiva, ainda, coibir seja (sic) firmados acordos, ajustes, convênios ou alianças entre aqueles que detêm uma rede (conjunto de estabelecimento) de distribuição (de bens ou produtos) ou de fornecedores (de bens, produtos ou serviços) e que tenham por finalidade afastar ou impedir à livre concorrência, consequentemente, com a intenção de dominar o mercado, (...)." (fls.6275/6289).

181. Vale acrescentar que os revendedores de Vitória/ES tinham plena consciência da ilicitude da infração quando discutem *"por que que cartel é só pro alto e não pra baixo?"*. Outrossim, existe preocupação em diminuir a dispersão (desvio-padrão) entre os preços dos postos de combustíveis, mantendo os preços em nível próximo do acordado, conforme se verifica no diálogo de 14/11/2006 entre **Anderson** e Álvaro (dono de posto de combustível):

Transcrição do Diálogo
Linha (27) 9316-9911, utilizada por Anderson Emanuel Pizzaia Bazílio de Souza (3666904.wav)
14/11/2006 09:05:06 00:01:39
ALVARO: E aí Anderson?
ANDERSON: Alvaro?
ALVARO: Oi
ANDERSON: Tudo bem?
ALVARO: Tudo bem.
ANDERSON: Deixa eu te falar.
ALVARO: Diga.
ANDERSON: Cê já percebeu que mais de 90% dos postos tá 2,49?
ALVARO: Eu já vem... já percebi.
ANDERSON: É... (inaudível) isso. Por que que é cartel só pro alto e não é cartel pra baixo?
ALVARO: Pra baixo.
ALVARO: Ou seja, a concorrência só existe quando tá no alto... não existe quando tá no alto e existe quando tá embaixo? O patamar é o mesmo.
ALVARO: Ahan, ahan. É, agora, isso a gente pode articular quando a gente soltar... isso a gente vai soltar hoje, aquele estudo. Aí a gente pode explorar isso juntos, né, Anderson?
ANDERSON: É, mas são assuntos é... diversos.
ALVARO: Diferentes. Sim.
ANDERSON: Entendeu?
ALVARO: Sim. É, a gente pode tentar provocar isso.
ANDERSON: Ou seja, o desvio padrão no alto ou embaixo, ele é muito próximo de zero.
ALVARO: Muito próximo. É.
ANDERSON: O importante é isso.
ALVARO: Tá, eu vou... eu vou tentar provocar isso. O assunto. Pode deixar, tô aqui na... com a gráfica na lema.
ANDERSON: Tá bom. Já pegou o pacote dela lá no posto?
ALVARO: Já pegou o pacote...? Pegou. Passou lá cedo.
ANDERSON: Então tá bom.
ALVARO: Falou que passou aí cedo.
ANDERSON: Tá bom. Falou.
ALVARO: Um abraço. Tchau. (mídia de fl. 3240).

5.5.2.3.Das Reuniões entre Concorrentes

182. Os Representados **Marcos** e **Alex** combinaram de se encontrar em evento que aconteceu em 18/12/2006, às 14hs, conforme verificado no diálogo abaixo:

Transcrição do Diálogo
Linha (27) 9949-9460, utilizada por Marcos Antonio Oliveira (3842138.wav)
18/12/2006 12:10:43 00:05:31
MARCOS: Grande Alex.
ALEX: Grande Marcos Oliveira.
MARCOS: Tudo jóia?
ALEX: Como é que você tá, meu jovem, tudo bem?
MARCOS: Te liguei cedo hoje.
ALEX: Cê me ligou um pouquinho mais cedo, é? Tava ocupado aqui, eu tô retornando a ligação agora. Que que houve?
MARCOS: Muito obrigado por me dar um retorno. É. Não. Eu liguei pra você porque eu queira o telefone da... daquela gráfica que uma vez que você me indicou. Eu fiz um serviço com ele lá, mas depois deixei de fazer. Você tá fazendo serviço com eles ainda?
ALEX: Tô fazendo serviço com a... gráfica... qual o nome dela... Fontana.
MARCOS: Ah, cê tá com a gráfica Fontana também?
ALEX: (inaudível) Fontana. Tô fazendo com a Fontana.
MARCOS: Ah, tá. Não. Fontana eu tô fazendo. Mas o negócio de só ficar com eles é muito ruim. O bom é... é ter uma

outra pra fazer outros orçamentos, tá sempre fazendo dois.

ALEX: Ahn?

MARCOS: O bom é você estar sempre fazendo dois orçamentos.

ALEX: Claro, claro. Eu tô com a gráfica Fontana e a gráfica Gep... G-E-P. Mas eu parei de trabalhar com essa e tô com a outra.

MARCOS: É?

ALEX: Deixa só eu dar uma confirmada, peraê.

MARCOS:A Gep... a Gep tava mais cara?

ALEX: Peraí. Só um minutinho. Aquela outra gráfica que nós tínhamos aí. Sem ser a Fontana, qual é a outra gráfica? Big Express, Big Express. É. Cê tá fazendo só com a Fontana, agora? É o melhor preço o da Fontana? Me dá o telefone dela aí. Ô Marquinho.

MARCOS: Ahn.

ALEX: A questão toda é o seguinte. Eu vou pegar o telefone do outro aí pra você.

MARCOS: Então tá.

ALEX: Olha só. Parece que rolou um acordo aí e vai ser duas horas da tarde a subida dos clientes.

MARCOS: Ah tá. Tô sabendo.

ALEX: Tá sabendo?

MARCOS: Vai ser às duas?

ALEX: Vai ser às duas. Tá todo mundo conversando e vai ser às duas. Dá uma ligadinha pro Lafaiete, que ele não tá ciente não. Dei uma ligadinha pra ele, conversei com ele, mas ele não tá ciente não.

MARCOS: Oi.

ALEX: Ei.

MARCOS: Que melhorou agora. Tá baixo. Tava falando no fone aqui. Então tá. Então pode deixar que eu vou dar o retorno pra ele lá e o pessoal ali. Por aí na região tá alinhavado?

ALEX: Tá, tá. Tá mais que alinhavado. Tá alinhafundado.

MARCOS: Não, mas... ô naquele horário?

ALEX: Isso aí, isso aí.

MARCOS: Então tá bom.

ALEX: Aqui tá todo mundo ...

MARCOS: Eu sei... consciente.

ALEX: É, Consciente.

MARCOS: Então tá bom. Pode deixar que eu vou arredondar pra lá também.

ALEX: Bicho. Big Express. (...). (mídia de fl. 3253).

183. "Alinhafundado" significou, na verdade, a recomposição do preço da gasolina por meio de aumento das margens de lucro, o que foi feito às custas do consumidor com a fixação e o compartilhamento de preços entre concorrentes. Tal interpretação foi dada por **Alex** e por **Marcos** em depoimentos junto à Sétima Vara Criminal de Vitória:

> "que no que diz respeito a expressão usada quando Marcos pergunta se o preço estava alinhavado, o interrogado responde que estava mais que alinhavado, e sim alinhafundado, isso porque a margem de lucro estava muito curta e precisavam recompor o preço da gasolina" (Depoimento de **Alex**, fl. 3001 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).
>
> ---
>
> "que o alinhavado que o interrogado se refere é que estava surgindo uma possibilidade de melhora nas margens (diferença entre preço de compra da distribuidora e o preço de venda para o consumidor); que o alinhavado não se referia ao alinhamento de preço e sim a possibilidade de um patamar de margens ideal para o trabalho; que a expressão "alinhafundado" dita por Alex é uma expressão familiar, o que significa que está todo mundo afundado naquela região" (Depoimento de **Marcos**, fl. 3013 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

184. No que se refere ao evento "às duas horas", mencionado na conversa entre **Marcos** e **Kid** em 18/12/2006 (12:21:00, 00:02:03, mídia de fl. 3253), ficou claro que tal evento seria uma reunião no Posto Camburi entre representantes de postos de combustível:

> "após colocado o CD, gerado por interceptação telefônica autorizada judicialmente, referente a Operação Inflamável, constante dos autos, onde o declarante ouviu o diálogo de 18/12/2006 às 12:10:43, o declarante afirma ser como sua e de seu primo MARCOS ANTONIO OLIVEIRA as vezes contidas naquele diálogo e, também afirma que **o referido diálogo é relativo a um acordo nos preços de venda dos combustíveis** que seriam realizados às duas horas, entre o declarante, seu primo MARCOS e o gerente de MARCOS de nome LAFAIETE" (declarações de **Alex**, fls. 958/959 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02).

185. Considerando a reunião entre concorrentes sobre algo "alinhavado" entre rivais, bem como as demais provas dos autos, tal "alinhavamento" se referiu aos preços combinados entre os revendedores na região de Vitória/ES. Em diálogo anteriormente transcrito, os donos de postos concorrentes **Marcos** e **Luiz Eduardo** conversaram abertamente sobre preços a serem fixados, inclusive sobre qual seria o melhor patamar de fixação. Além disso, **Marcos** declarou explicitamente que seguiria os preços estabelecidos por **Luiz Eduardo** ao declarar que *"eu, você, eu abaixaria, eu você, se eu tô no seu lugar e ele faz a dois e vinte e sete, eu falo: "George faz a dois e dezessete que eu vou botar dois e vinte e nove na Carlos Lindemberg", e boto, e nós vamos atrás"* na conversa telefônica registrada em 08/12/2006, 19:48:21, 00:08:06 (mídia de fl. 3243 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004- 02). Portanto, esse "alinhavamento" ou "alinhafundamento" conversado entre **Marcos** e **Kid** não seria outro senão o de preços.

5.5.2.4.Do Compartilhamento de Informações Sensíveis

186. O compartilhamento de informações sensíveis, especialmente sobre preços, entre os Representados era prática comum e constituía o pilar do cartel de revendedores combustíveis de Vitória/ES. Essa troca de informações era utilizada como forma de monitoramento e fiscalização do ilícito e também como reflexo da limitação de concorrência na região. O próprio Representado Alex afirmou em Juízo *"que não havia combinação entre os familiares a respeito do preço da gasolina* ***mas comentavam a respeito dos mesmos"*** (fls. 3000/3001 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02). Nesse sentido, ainda que tenha negado a conduta anticompetitiva investigada, **Alex** assumiu que conversava com seus concorrentes sobre preços de combustíveis.

187. Como ressaltado no tópico "das condições facilitadores de formação do cartel de combustíveis", há uma proximidade familiar entre concorrentes, os quais integram a mesma família, mas se apresentam ao mercado como concorrentes. Nesse contexto, é importante analisar outro trecho do depoimento de **Alex**:

> "que o interrogado acordava preço de combustível entre ele e o seu pai o Sr. Antonio Edmar Bourguignon, até porque era sócio e a partir daí dentro daquilo que estava acordado, os preços eram repassados para os gerentes dos demais postos" (fl. 3001 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

188. Ainda que haja dúvidas sobre a licitude ou a ilicitude das combinações de preços entre pai e filho que concorrem entre si, **Alex** admitiu ter conversado com **Marcos** sobre preços de combustíveis e o horário de vigência de novos preços:

> "que com relação a um diálogo envolvendo Marcos e o interrogado, este último tem a dizer que realmente recebeu um telefonema de Marcos e que o interrogado e o seu pai, o acusado Antonio Edmar Bourguignon teriam acordado o preço a partir das 14:00 horas, isto porque faziam turno de troca de funcionário às 14:00 horas, o que seria mais fácil para a "nossa mudança de preço" (fl. 3001 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

189. **Marcos** também manteve conversas sobre preços com **Antônio**, o que foi esclarecido por este Representado em depoimento junto à Sétima Vara Criminal de Vitória: *"que Alex não determinava preço e que o interrogado é quem ditava as normas; que Alex até poderia conversar com os primos, por exemplo Marcos, mas posteriormente conversava com o interrogado com o fito de indagar se poderia fazer isso ou aquilo"* (fl. 3005 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

190. Em 30/11/2006, **Anderson** dialogou com **Ruy Poncio ("Zinho")** sobre o preço de compra de combustível e **Ruy** sugeriu que ambos comprassem do mesmo fornecedor:

Transcrição do Diálogo
Linha (27) 9316-9911, utilizada por Anderson Emanuel Pizzaia Basílio de Souza (3751179.wav) 30/11/2006 10:42:27 00:01:34 Secretária: (inaudível) RUY: Leila. Secretária: Oi RUY: Lembra da minha voz? Secretária: Ahn? RUY: Lembra da minha voz? Secretária: Ruy! RUY: Minha linda! Continua a mesma. Secretária: Tá sumido Ruy. Cê tá bem? RUY: Meus cabelos caíram quase todos. Secretária: Muito trabalho e preocupação né, Ruy. RUY: É. Cadê o chefão nosso? Secretária: Só um minutinho. ANDERSON: Oi

RUY: Dé...

ANDERSON: Oi.

RUY: Dé.

ANDERSON: Fala querido.

RUY: Cê tá bom? Bicho, eu acho que nós vamos poder comprar do Macros gasolina agora, hein.

ANDERSON: Comprar de quem?

RUY: Do Macros.

ANDERSON: A que preço?

RUY: 2,29

ANDERSON: Que beleza hein.

RUY: Melhor que o nosso, né não.

ANDERSON: Hein?

RUY: Melhor que comprar, comprar da Petrobras.

ANDERSON: E ainda mais que aceita, aceita aquele cartão para 40 dias.

RUY: 40 dias ainda. Sem pagar a vista.

ANDERSON: Sinal de desespero, é um bom sinal, sabia?

RUY: Não é?

ANDERSON: É. Fico feliz. Eu acho que melhor que o cara morrer aos poucos é morrer de vez.

RUY: É. É isso aí garoto.

ANDERSON: Beleza.

RUY: Mas eu acho que a gente devia colocar o caminhão na bomba e encher o tanque. Um abraço pra você.

ANDERSON: Falou querido.

RUY: Tchau. (mídia de fl. 3240).

191. Em sua defesa, os Srs. **Marcos** Antônio Oliveira e **Vicente** Henriques Nogueira assumiram que trocaram informações "interessantes", conforme se observa no trecho: *"Buscava aquele, empresário, obter deste, funcionário de empresa concorrente, espaço e informações que julgava interessantes para a sua atividade, visto que o representado Vicente Henriques Nogueira não definia, interferia ou opinava na política de preços"* (fl. 4.181). Essa afirmativa deve ser analisada no conjunto probatório e no contexto de transparência de dados concorrencialmente sensíveis, razão pela qual essas informações "interessantes" significam, na verdade, que o Sr. **Marcos** Oliveira buscava com o Sr. Vicente informações sensíveis de concorrente, o que é prejudicial à livre concorrência.

192. Os Representados **Posto Itapoã** Ltda., **Derivados de Petróleo Santa Inês** Ltda., **Auto Serviço Lorenção** Ltda. e Sr. **Ruy** Poncio também afirmaram explicitamente que houve conversas sobre preços entre seus revendedores concorrentes, conforme transcrevo a seguir:

> "a prova constante de fl. 2.296 dá conta de simples **reclamação** entre dois revendedores acerca dos preços do mercado de combustível, que conduziria à **redução de seus preços, o que não pode ser interpretado sequer como potencialmente ofensivo à concorrência, por absoluta falta de racionalidade econômica**" (fl. 4915, com destaques no original).

5.6. Das Conclusões

193. Os presentes autos trouxeram elementos consistentes de ocorrência de cartel no mercado de combustíveis na região metropolitana de Vitória/ES. Mais que isso, demonstrou a organização com a qual atuavam os cartelistas na tentativa de sempre debater suas estratégias de negócio antes de implementar qualquer novidade no ambiente concorrencial da região.

194. A condenação se baseou na evidência econômica que demonstrou o paralelismo de preços de revenda de combustíveis em Vitória/ES e na evidência de atuação concertada entre concorrentes para fixação de preços e compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis, infrações estas que falsearam a concorrência na região.

195. Em virtude da organização do cartel, do sistema de camuflagem nele implementado e da proximidade entre os concorrentes, não foram identificadas *a priori* posições de liderança que me levassem a atribuir um coordenador ou um responsável pelo cartel. Entretanto, isso não descarta a existência de um líder e/ou um coordenador desse cartel – entre os Representados ou entre outros agentes que não estejam no polo passivo. Por isso, a quantidade de menções a um ou a outro Representado nas interceptações não foi levada em consideração, mas sim a atividade que cada um desenvolveu para a perpetuação da ilicitude anticompetitiva.

196. Nos diálogos interceptados, foi detectada preocupação dos postos quanto à minimização do desvio-padrão entre os preços dos postos, o que significa que os preços praticados pelos concorrentes seriam iguais ou com ínfima diferença. Nesse sentido, o consumidor foi prejudicado diante da ausência de ímpeto competitivo entre os postos da região de Vitória/ES ao igualarem os preços de seus produtos. Por outro lado, as padronizações de preços eram controladas pelos Representados, isto é, eventuais aumentos coordenados ou diferenças de preços eram por eles controlados de modo a manter a camuflagem do cartel.

197. Ainda sobre o desvio-padrão controlado pelos cartelistas, o MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Criminal da Comarca de Vitória/ES teceu relevantes considerações sobre os efeitos do acordo anticompetitivo sobre o desvio-padrão:

> "É digno de nota ainda o fato de que, a partir de janeiro de 2007 – após o grande ajuste de preços ocorrido no final de dezembro de 2006 – o desvio padrão (o quanto dos valores dos quais se extrai uma média estão próximos ou distantes da própria média) do preço da gasolina praticado nos postos de combustíveis no Estado cai vertiginosamente, atingindo patamares preocupantes. Tal desvio passa de 0,121, em novembro de 2006, para variar entre 0,066, 0,059 e 0,059 nos períodos de janeiro a março de 2007 – cifras muito inferiores às de outros Estados vizinhos, e que muitas vezes representam a metade do desvio padrão de outros Estados da região Sudeste (fls. 782/784). Como exemplo, no Rio de Janeiro, o desvio padrão variava entre 0,140, 0,141 e 0,142 no mesmo período, e, em Minas Gerais, variava entre 0,127, 0,141 e 0,142" (fl. 6287).

198. Mais ainda, foi detectada uma relação de proximidade entre os responsáveis pelos postos, o que não condiz com a atitude de agentes que queiram, de fato, brigar por preços e clientes. Exemplo dessa proximidade foi a discussão, o auxílio mútuo entre os postos para resolução de problemas tributários de cada posto, o aconselhamento em relação a possíveis penalidades em razão da inexistência de placa sinalizadora de preço em posto concorrente ou de irregularidades em bombas de combustível, bem como a consideração dos donos de postos concorrentes como parte de uma "amizade".

199. A divisão de mercado e a estabilidade dos preços também se mostraram constantemente presentes, especialmente no episódio de irritação com uma ação promocional de concorrente referente à distribuição gratuita de água em frente a um dos postos, tal como revelado no diálogo de 20/12/2006 entre Alex e Marcos sobre a atitude comercial de Rogério.

200. Importante ressaltar que as escutas telefônicas deixam claro que as combinações envolviam outros donos de postos que não estão no polo passivo do presente Processo, mas que foram fundamentais para o sucesso do cartel na região metropolitana de Vitória. Um exemplo claro é a conversa sobre a possibilidade de se fixar os preços da região em R$ 2,29 (diálogos de 30/11/2006 e 01/12/2006 na mídia de fl. 3240 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02) e o compartilhamento de informações sensíveis com outros donos de postos [**ACESSO RESTRITO AO CADE**].

201. Ficou claro nos autos também que a venda de combustíveis por grandes supermercados foi um elemento relevante na contenção das altas pelo cartel em Vitória, com os quais os Representados mantinham uma efetiva guerra de preços. Essa rivalidade entre postos de rua e postos de supermercados pode ser verificada em diversas das interceptações, mas, sobretudo, no depoimento de Antônio no seguinte trecho: *"quando falo que a guerra de preços iniciou-se com o Carrefour na verdade iniciou-se com a Macro"* (fl. 3006 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02).

202. Ante o exposto, fica clara a existência do cartel de revenda de combustíveis na Região Metropolitana de Vitória/ES.

5.7. Da Individualização das Condutas e das Penalidades

203. Quanto à dosimetria da pena, no julgamento do Processo Administrativo 08012.009834/2006-57, o Tribunal do CADE decidiu que a Lei 12.529/11 deve ser aplicada quando mais favorável aos Representados nos processos que ainda estiverem pendentes de julgamento sobre o cometimento de infrações previstas na Lei 8.884/94.

204. No referido julgamento, a Conselheira Ana Frazão discorreu que os parâmetros estabelecidos pela Lei 12.529/2011 são mais benéficos às pessoas jurídicas e às pessoas naturais administradoras de empresas. Ainda, a Conselheira afirmou que os parâmetros estabelecidos pela Lei 8.884/94 são mais benéficos às associações e às demais pessoas naturais envolvidas em infrações à ordem econômica.

205. A partir dessas premissas, analiso os critérios de dosimetria previstos na legislação de defesa da concorrência.

5.7.1. Dos Critérios de Dosimetria Aplicados ao Caso Concreto

5.7.1.1. Gravidade da Infração

206. O cartel é o ilícito concorrencial que gera os maiores efeitos lesivos ao mercado e, por isso, sua repressão foi e é considerada prioridade pelas autoridades antitrustes em todo mundo. Os efeitos lesivos desta conduta podem ser sentidos tanto na subtração direta de renda do consumidor quanto na deterioração das estruturas de mercados em que os cartéis ocorrem.

207. Cartéis levam a aumentos de preços e à redução de oferta, o que diminui o poder de compra dos consumidores e propicia a obtenção de lucros supracompetitivos pelos participantes do conluio. Não obstante a indiscutível gravidade desses efeitos, são os prejuízos estruturais ao mercado que revelam o alto grau da lesividade da conduta, especialmente quanto ao desestímulo ao aparecimento de entrante e às ineficiências nas cadeias superiores da estrutura de produção.

208. Nesse sentido, além de tornar ineficientes as relações de consumo diretas, o aumento de preços provocado por cartéis (i) sobrecarrega os vendedores intermediários, (ii) desestimula a demanda por parte de consumidores potenciais, (iii) obsta o aparecimento de novos produtores e (iv) gera

ineficiências em cadeias superiores da estrutura de produção[34].

209. Tais razões ensejam que as penalidades sejam fixadas em patamares elevados.

5.7.1.2.Boa-fé do Infrator

210. Os infratores atuaram de forma dolosa e com plena consciência da ilicitude, especialmente no que tange à camuflagem do acordo anticompetitivo com o objetivo de dificultar a atuação das autoridades competentes, o que afasta qualquer incidência de boa-fé por quaisquer dos Representados.

211. A análise das interceptações telefônicas permite concluir que os Representados estavam cientes de que a prática por eles implementada configurava o ilícito de cartel e, por isso, tentavam a todo custo fazer com que sua conduta não fosse conhecida pelo Ministério Público e pelo CADE.

5.7.1.3.Vantagem Auferida ou Pretendida pelo Infrator

212. As vantagens obtidas com a criação de cartéis pelos agentes infratores são muitas e a literatura econômica mostra que a formação de tais conluios objetiva elevados lucros àqueles que optam pela participação no cartel.

213. O falseamento da concorrência na região metropolitana de Vitória foi essencial para desestimular eventuais entrantes e garantir pequenas dispersões, além de preços e margens de revenda em patamares mais elevados, variáveis estas que foram conjuntamente estabelecidas entre concorrentes. Houve, ainda, o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis que foram usadas para formar preços a partir dos concorrentes e não a partir das suas respectivas estruturas de custos.

214. Ademais, as provas obtidas por meio da interceptação telefônica demonstraram a organização e a perenidade do cartel, o que representou incremento das vantagens obtidas ilicitamente pelos Representados.

5.7.1.4.Consumação ou não da infração

215. O cartel foi consumado por meio do compartilhamento de informações sensíveis entre os Representados, o que gerou transparência de mercado e redução das assimetrias de informação. Nesse sentido, segredos de negócios atinentes a custos, relacionamento com clientes, condições de pagamento e fornecimento e outras variáveis concorrencialmente sensíveis foram livremente trocadas entre agentes que deveriam concorrer entre si e brigar por preços e clientes.

5.7.1.5.Grau de Lesão, ou Perigo de Lesão, à Livre Concorrência, à Economia Nacional, aos Consumidores ou a Terceiros

216. A redução de produtividade e da eficiência das estruturas correlatas ao cartel demonstram o elevado grau de lesão à livre concorrência que conluios entre rivais proporcionam. Essas ineficiências podem gerar elevados custos sociais e repasse de sobrepreços ao consumidor final, sem que nenhum retorno lhe seja assegurado.

217. No caso concreto, o grau do perigo de lesão deve ser considerado elevado em razão do controle dos preços exercidos pelos infratores. Nesse sentido, os cartelistas retiraram do consumidor a opção de pesquisar preços e vantagens de aquisição de combustíveis, o que representa um incalculável prejuízo em termos sociais e concorrenciais. Assim, o consumidor final ficou prejudicado em virtude da supressão de descontos e de condições favoráveis de pagamento, bem como de aumentos simultâneos do preço de revenda de combustíveis, em virtude do ambiente extremamente transparente construído entre os Representados condenados.

5.7.1.6.Efeitos Econômicos Negativos Produzidos no Mercado

218. Os efeitos da conduta afetaram a população de Vitória/ES, uma vez que tiveram as condições de oferta de combustíveis limitada pelos participantes do cartel. Com isso, houve redução de bem-estar, uma vez que a concorrência foi falseada pelos postos que compartilharam informações sensíveis e fixaram artificialmente os preços de combustíveis na região.

219. Durante o período da conduta, os preços de revenda de combustíveis apresentaram tendência de crescimento, com consequente aumento da margem de venda das Representadas. Ainda que os preços de compra de combustíveis variassem de posto para posto, os Representados induziram a redução da dispersão dos preços praticados na RMV, de forma a alcançarem, em conjunto, o mesmo patamar de preço.

5.7.1.7.Situação Econômica dos Infratores

220. Embora o valor da pena deva estar relacionado com a perda social gerada, é importante também considerar a situação econômica de cada infrator. Esse ponto será analisado na individualização das condutas e considerado na aplicação das penalidades.

5.7.1.8.Reincidência

221. Não houve reincidência.

5.7.2. Da Individualização da Conduta de Cada Representado

222. Lembro, inicialmente, que as infrações cometidas pelas pessoas naturais Representadas também serão imputadas às pessoas jurídicas a elas vinculadas em razão do poder decisório que os indivíduos detêm na condução do negócio das respectivas empresas. Isso porque cartel é uma conduta que é imputada a pessoas jurídicas ou a sociedades sem personalidade jurídica, mas materializada por meio de atos de pessoas naturais. A pessoa natural age necessariamente na consecução de interesses que aproveitam tanto a empresa (ou sociedade sem personalidade jurídica) quanto os anseios do próprio indivíduo. Por isso, entendo que as pessoas naturais Representadas e aqui condenadas agiam no interesse da empresa, o que será considerado na individualização das condutas[35].

5.7.2.1.Alex Oliveira Bourguignon

223. O Representado Sr. Alex Oliveira Bourguignon era sócio-administrador do Posto Chegada Ltda. e do Posto Kadillac Ltda. à época da conduta analisada, pessoas jurídicas às quais as práticas anticompetitivas do Sr. Alex também serão imputadas a essas pessoas jurídicas em virtude do poder decisório detido, conforme exposto no tópico 5.7.2.

224. Em segundo lugar, o Sr. Alex combinou elevação concomitante de preços com concorrentes (diálogo de 18/12/2006), o que estaria mais que alinhado, estaria *"alinhafundado"*. Nessa mesma conversa, combinou de comparecer a evento com concorrentes, o que é confirmado pelo diálogo de 18/12/2006 entre Sr. Marcos e Sr. Deoclides (Kid). Mais ainda, o Sr. Alex assumiu em seu depoimento que conversava com concorrentes sobre preços de combustíveis (fls. 3000/3001 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02), o que também foi confirmado no depoimento do Sr. Marcos (fl. 3013 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

225. Nas declarações de fls. 958/959 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02, o Sr. Alex afirmou expressamente que esse mesmo diálogo se referia *"a um acordo nos preços de venda dos combustíveis que seriam realizados às duas, entre o declarante, seu primo Marcos e o gerente de Marcos de nome Lafaiete"*.

226. Outrossim, em sua peça de defesa, o próprio Representado alegou que as conversas seriam sim indícios de ajustamento de preços (fl. 4179), o que apenas confirma que as conclusões do MM. Juízo Criminal de Vitória/ES e da Superintendência-Geral sempre estiveram corretas e plausíveis quanto à participação direta do Sr. Alex no cartel de revendedores de combustíveis em exame.

227. O Representado foi mencionado, ainda, de maneira indireta pelo Sr. Rogério em um ajuste de preços de postos (diálogo de 20/12/2006), o que, aliado às provas anteriores, corrobora o cartel do qual o Sr. Alex participou.

228. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

229. Nesse sentido e considerando as penalidades do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11, entendo que a conduta do Representado Sr. Alex Oliveira Bourguignon, Posto Chegada Ltda. e Posto Kadillac Ltda. contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.2.Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza

230. O Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza era sócio-administrador do Auto Serviço Aeroporto Ltda. e do Auto Posto Miramar Ltda. e sócio do Auto Posto Miramar Ltda. Filial e do Posto Iate Ltda., pessoas jurídicas às quais as práticas anticompetitivas do Sr. Anderson também serão imputadas em virtude do poder decisório detido, conforme exposto no tópico 5.7.2.

231. Em primeiro lugar, insta ressaltar que o CADE entendeu que a absolvição criminal não se comunicou à esfera administrativa, uma vez que não foi emitido qualquer entendimento sobre eventual negativa de autoria. Pelo contrário, a ementa proferida pela Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Espírito Santo deixou claro que *"as provas coligidas aos autos não são conclusivas acerca da participação dos réus Rui Poncio e Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza"* (fls. 6516/6517). Nesse sentido, tendo em vista que a absolvição do Representado foi por insuficiência de provas, o entendimento do CADE não está vinculado ao do MM. Juízo sentenciante.

232. Em segundo lugar, o Representado Sr. Anderson aparece em diversos diálogos para explicitamente ajustar preços entre postos concorrentes, especialmente nos diálogos ocorridos em 28/10/2006, o que falseia a concorrência por meio de fixação de preços em acordo com concorrente. Em sua peça de defesa, o próprio Representado assumiu que houve sim conversa sobre preços, inclusive fazendo diferença entre os vocábulos "concordar" e "acordar", mas comentando especificamente sobre a variável concorrencialmente sensível de preço (fl. 4478).

233. O Sr. Anderson demonstrou expressamente preocupação com a diminuição do desvio-padrão entre os preços dos revendedores, isto é, o Representado defendia que as diferenças de preços entre os postos fossem mínimas, mesmo que os preços dos postos fossem elevados ou baixos: *"ou seja, o desvio padrão no alto ou embaixo, ele é muito próximo de zero"* (diálogo de 14/11/2006). O foco do Representado, portanto, abrangia a limitação da concorrência pela ausência de preços diferentes e independentes, o que reduz a autonomia dos concorrentes em disputar consumidores e oferecer, de fato, o preço que se adéqua às condições de negócio. Ao contrário, o Representado buscou homogeneizar preços com a finalidade de esvaziar a pressão competitiva natural do mercado.

234. Em outro trecho, o Sr. Anderson discutiu com concorrente sobre a possibilidade de comprarem de um mesmo fornecedor (diálogo de 30/11/2006), o que equaliza ainda mais os preços entre concorrentes de maneira artificial. Um verdadeiro concorrente não compartilharia informações sobre um fornecedor cujos insumos fossem mais baratos: pelo contrário, envidaria todos os esforços para que tal informação não se espalhasse no mercado a fim de manter sua vantagem competitiva.

235. Além disso, em sua peça de defesa, o próprio Representado apontou que *"que todas as conversas das quais participam os defendentes giram em torno da redução de preços"* (SEI 0045581).

236. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

237. Nesse sentido e considerando as penalidades do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11, entendo que a conduta dos Representados Anderson Emanuel Pizzaia Bazílio de Souza, Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. e Posto Iate Ltda. contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.3.Antonio Edmar Bourguignon

238. O Representado Sr. Antônio Edmar Bourguignon, também conhecido com "Toninho", era sócio-administrador do Posto Chegada Ltda. e do Posto Kadillac Ltda., pessoas jurídicas às quais as práticas anticompetitivas do Sr. Antônio também serão imputadas em virtude do poder decisório detido, conforme exposto no tópico 5.7.2.

239. O Sr. Antonio compartilhava informações sobre preços com concorrentes (fl. 3001 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02) e se iresignava quando o acordo de preços era descumprido (diálogo de 19/12/2006). Nesse mesmo diálogo, o Sr. Antonio também trocou informações com concorrente sobre preço (*"vou mandar botar lá no Kadillac agora dois e vinte nova também"*) e demonstrou consciência da ilicitude praticada ao afirmar que *"a gente não pode tá falando por telefone não, mas tavam todas elas na reunião"*.

240. Além disso, no diálogo de 20/12/2006, os Representados Sr. Marcos e Sr. Rogério noticiaram que o Sr. Antonio estaria insatisfeito com uma ação promocional de concorrente nas proximidades de seu estabelecimento, o que, lido no conjunto das provas, confirma a troca de informações sensíveis entre Marcos, Rogério e Antônio, bem como indica que essa insatisfação deveria ser revidada pelo cartel.

241. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

242. Nesse sentido e considerando as penalidades do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11, entendo que a conduta do Representado Antonio Edmar Bourguignon e das já mencionadas pessoas jurídicas Posto Chegada Ltda. e Posto Kadillac Ltda., contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.4.Deoclides Antonio Bastos de Oliveira

243. O Representado Sr. Deoclides Antonio Bastos de Oliveira, também conhecido como "Kid" ou "Tide", era sócio-administrador da Macel Comercial Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo Ltda. à época da conduta, pessoas jurídicas às quais as práticas anticompetitivas do Sr. Deoclides também serão imputadas em virtude do poder decisório detido, conforme exposto no tópico 5.7.2.

244. Na conversa de 19/12/2006, o Sr. Deoclides foi mencionado pelo Sr. Marcos e pelo Sr. Antônio sobre *"amanhecer hoje todo mundo junto"* no patamar de preços de R$ 2,29, o que explicita a participação do Representado no esquema de combinação de preços de revenda de combustíveis nos postos sob sua administração. Além disso, em sua peça de defesa, o próprio Representado apontou que *"que todas as conversas das quais participam os defendentes giram em torno da redução de preços"* (fl. 4177).

245. Em segundo lugar, o Sr. Alex combinou elevação concomitante de preços com concorrentes (diálogo de 18/12/2006), o que estaria mais que alinhado, estaria *"alinhafundado"*. Nessa mesma conversa, combinou de comparecer a evento com concorrentes, o que é confirmado pelo diálogo de 18/12/2006 entre Sr. Marcos e Sr. Deoclides (Kid). Mais ainda, o Sr. Alex assumiu em seu depoimento que conversava com concorrentes sobre preços de combustíveis (fls. 3000/3001 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02), o que também foi confirmado no depoimento do Sr. Marcos (fl. 3013 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

246. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

247. Nesse sentido e considerando as penalidades do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11, entendo que a conduta dos Representados Sr. Deoclides Antonio Bastos de Oliveira, Macel Comercial Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo Ltda. contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.5.Luiz Eduardo de Carvalho

248. O Representado Sr. Luiz Eduardo de Carvalho, também conhecido como "Eduardo" ou "Luiz Eduardo", era sócio-administrador da Posto Mais Comércio e Representações Ltda. à época da conduta, pessoas jurídicas às quais as práticas anticompetitivas do Sr. Luiz Eduardo também serão imputadas em virtude do poder decisório detido, conforme exposto no tópico 5.7.2.

249. Em 08/12/2006, o Sr. Marcos e o Sr. Luiz Eduardo conversaram sobre preços e discutiram um eventual descumprimento do acordo por parte de um dos agentes. Em conversa com o Sr. Marcos de 02/01/2007, o Sr. Luiz Eduardo ajustou preços do "opala" (*"o que eu tô querendo ver com você é o emplacamento daquele carro ali de Jardim América, aquele Opala"*), que é um dos vocábulos de codificação utilizados por todos os Representados condenados para camuflar o cartel.

250. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

251. Nesse sentido e considerando as penalidades do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11, entendo que a conduta dos Representados Sr. Luiz Eduardo de Carvalho e Posto Mais Comércio e Representados Ltda. contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.6.Marcos Antonio Oliveira

252. O Representado Sr. Marcos Antonio Oliveira, também conhecido como "Marquinho", era administrador do Posto Eucalipto Ltda., do Posto Oliveira Ltda., do Posto Thiago Ltda., do Posto Marcela Ltda., do Posto 1 Ltda., do Posto Jardim América do Gás Ltda., do Posto Aribiri do Gás Ltda., do Posto Mediterrâneo Ltda., do Auto Posto Araças Ltda., do Posto Camburi do Gás Ltda., do Polus Comércio e Serviços Ltda. e do Posto Oceânico Ltda. à época da conduta, pessoas jurídicas às quais as práticas anticompetitivas do Sr. Marcos também serão imputadas em virtude do poder decisório detido, conforme exposto no tópico 5.7.2.

253. Em 08/12/2006, o Sr. Marcos e o Sr. Luiz Eduardo conversaram sobre preços e discutiram um eventual descumprimento do acordo por parte de um dos agentes. Em conversa com o Sr. Marcos de 02/01/2007, o Sr. Luiz Eduardo ajustou preços do *"opala"*, que é um dos vocábulos de codificação utilizados por todos os Representados condenados para camuflar o cartel.

254. Nas declarações de fls. 958/959 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02, o Sr. Alex afirmou expressamente que esse mesmo diálogo se referia *"a um acordo nos preços de venda dos combustíveis que seriam realizados às duas, entre o declarante, seu primo Marcos e o gerente de Marcos de nome Lafaiete"*.

255. Nos diálogos sobre a *"matemática"* do cartel, os Srs. Vicente e Marcos deliberaram sobre preços em 21/12/2006, especialmente nos trechos *"a matemática é cinquenta e nove, sessenta e nove, quanto?"* e *"sessenta e nove"*. Na mesma data, o Representado pretendeu por o preço de R$ 2,69 nos postos participantes do cartel ao mencionar em colocar *"aquele motor seis ponto nove"* em um *"opala"*, veículo este que o Representado nunca possuiu (fl. 3015 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02), mas que representava uma das frequentes codificações do cartel.

256. No diálogo de 20/12/2006, os Representados Sr. Marcos e Sr. Rogério noticiaram que o Sr. Antonio estaria insatisfeito com uma ação promocional de concorrente nas proximidades de seu estabelecimento, o que, lido no conjunto das provas, confirma a troca de informações sensíveis entre Marcos, Rogério e Antônio, bem como indica que essa insatisfação deveria ser revidada pelo cartel. Na mesma data, o Sr. Marcos e o Sr. Rogério afirmaram que deveriam proporcionar o *"bem-estar da humanidade"* de seus concorrentes e, por isso, não deveriam partir para uma agressão (*"nós temos que produzir bem-estar, felicidade e alegria no nosso colaborador, do nosso cliente e também até do nosso concorrente. Não querer só meter o pau no nosso concorrente não. Porque quem agride é agredido, sempre"*), no sentido de promover uma guerra de preços e uma efetiva disputa entre rivais.

257. Além disso, em sua peça de defesa, o próprio Representado apontou que *"que todas as conversas das quais participam os defendentes giram em torno da redução de preços"* (fl. 4177). Ademais, no depoimento junto ao Juízo de Vitória, o Representado confirmou a troca de informações sensíveis sobre preços com o Sr. Rogério (fl. 3014 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02).

258. No depoimento do Sr. Marcos junto ao Juízo criminal, o Representado confirmou que o *"alinhafundado"* do Sr. Alex seria, na verdade, uma combinação de preços "ideal" entre concorrentes para melhora de margens (fl. 3013 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

259. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição

dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

260. Nesse sentido e considerando as penalidades do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11, entendo que a conduta dos Representados Sr. Marcos Antonio Oliveira, do Posto Eucalipto Ltda., do Posto Oliveira Ltda., do Posto Thiago Ltda., do Posto Marcela Ltda., do Posto 1 Ltda., do Posto Jardim América do Gás Ltda., do Posto Aribiri do Gás Ltda., do Posto Mediterrâneo Ltda., do Auto Posto Araças Ltda., do Posto Camburi do Gás Ltda., do Polus Comércio e Serviços Ltda. e do Posto Oceânico Ltda. contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.7.Rogério Bastos de Oliveira

261. O Representado Sr. Rogério Bastos de Oliveira, era sócio-administrador da Macel Comercial Ltda. e do Auto Serviço Oliva Ltda. à época da conduta, pessoas jurídicas às quais as práticas anticompetitivas do Sr. Rogério também serão imputadas em virtude do poder decisório detido, conforme exposto no tópico 5.7.2.

262. No diálogo de 20/12/2006, os Representados Sr. Marcos e Sr. Rogério noticiaram que o Sr. Antonio estaria insatisfeito com uma ação promocional de concorrente nas proximidades de seu estabelecimento, o que, lido no conjunto das provas, confirma a troca de informações sensíveis entre Marcos, Rogério e Antônio, bem como indica que essa insatisfação deveria ser revidada pelo cartel. Na mesma data, o Sr. Marcos e o Sr. Rogério afirmaram que deveriam proporcionar o *"bem-estar"* de seus concorrentes e, por isso, não deveriam partir para uma agressão (*"nós temos que produzir bem-estar, felicidade e alegria no nosso colaborador, do nosso cliente e também até do nosso concorrente. Não querer só meter o pau no nosso concorrente não. Porque quem agride é agredido, sempre"*), no sentido de promover uma guerra de preços e uma efetiva disputa entre rivais.

263. Além disso, em sua peça de defesa, o próprio Representado apontou que *"que todas as conversas das quais participam os defendentes giram em torno da redução de preços"* (fl. 4177). Ademais, no depoimento junto ao Juízo de Vitória, o Representado Sr. Marcos confirmou a troca de informações sensíveis sobre preços com o Sr. Rogério (fl. 3014 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02).

264. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

265. Nesse sentido e considerando as penalidades do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11, entendo que a conduta dos Representados Sr. Rogério Bastos de Oliveira, Macel Comercial Ltda. e Auto Serviço Oliva Ltda. contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.8.Ruy Poncio

266. O Representado Sr. Ruy Poncio, era sócio-administrador do Posto Itapoã Ltda., da Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda. e da Auto Serviço Lorenção Ltda. à época da conduta, pessoas jurídicas às quais as práticas anticompetitivas do Sr. Rogério também serão imputadas em virtude do poder decisório detido, conforme exposto no tópico 5.7.2.

267. Em segundo lugar, o Representado Sr. Ruy aparece em diversos diálogos para explicitamente ajustar preços entre postos concorrentes, especialmente nos diálogos ocorridos em 28/10/2006, o que falseia a concorrência por meio de fixação de preços em acordo com concorrente. Em sua peça de defesa, o Sr. Anderson esclareceu que a conversa entre ele e o Sr. Ruy envolvia preços, inclusive fazendo diferença entre os vocábulos "concordar" e "acordar", mas comentando especificamente sobre a variável concorrencialmente sensível de preço (fl. 4478).

268. Em 30/11/2006, houve diálogo entre Sr. Anderson e Sr. Ruy Poncio ("Zinho") sobre o preço de compra de combustível e Ruy sugeriu que ambos comprassem do mesmo fornecedor. Essa conversa entre concorrentes foi admitida pelo próprio Representado Sr. Ruy à fl. 4915 em trecho já destacado no voto.

269. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

270. Nesse sentido e considerando as penalidades do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11, entendo que a conduta do Representado contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.9.Vicente Henriques Nogueira

271. O Representado Sr. Vicente Henriques Nogueira era empregado da Rede Arara Azul e alegou que não teria ocupado posição de gerência nas revendas varejistas de combustíveis do Grupo Arara Azul (SEI 0045655).

272. Como já ressaltado no exame das preliminares, o Representado informou nos autos que foi gerente de vendas entre janeiro e dezembro de 2006 (fl. 3957), o que lhe torna apto a responder por eventuais condutas anticompetitivas enquanto tinha poderes de administração junto à pessoa jurídica a que vinculado. Já em relação à atuação anticompetitiva propriamente dita, as interceptações telefônicas demonstram ativo envolvimento na fixação de preços e no compartilhamento de informações sensíveis referentes a combustíveis na região.

273. Nos diálogos sobre a *"matemática"* do cartel, os Srs. Vicente e Marcos deliberaram sobre preços em 21/12/2006, especialmente nos trechos *"a matemática é cinquenta e nove, sessenta e nove, quanto?"* e *"sessenta e nove"*. Na mesma data, o Representado pretendeu por o preço de R$ 2,69 nos postos participantes do cartel ao mencionar em colocar *"aquele motor seis ponto nove"* em um *"opala"*, veículo este que o Representado nunca possuiu (fl. 3015 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2004-02), mas que representava uma das frequentes codificações do cartel.

274. Em sua defesa, os Srs. Marcos Antônio Oliveira e Vicente Henriques Nogueira assumiram que trocaram informações "interessantes" (fl. 4181). Essa afirmativa demonstrou que o Sr. Marcos Oliveira buscava com o Sr. Vicente informações sensíveis de concorrente, o que é prejudicial à livre concorrência.

275. Em conjunto, a ação coordenada dos postos de combustível tem o condão de abusar da posição dominante que exerciam nos mercados geográficos considerados e garantiam o cumprimento dos preços combinados por meio de diversos mecanismos de divisão de mercado, monitoramento e fiscalização, inclusive em reuniões e em conversas telefônicas.

276. Nesse sentido, entendo que a conduta do Representado contrariou a livre concorrência e constitui infração prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11). Apesar da condição de administrador decorrente da função exercida pelo Representado no posto de combustíveis, deve-se levar em consideração o salário mensal por ele auferido para diferenciar sua alíquota daquela das demais pessoas naturais Representadas, já que as pessoas jurídicas por eles controladas têm faturamento expressivo, ao qual estão ligadas suas remunerações. Nesse sentido, a alíquota do Sr. Vicente será diferenciada, nos termos do art. 37, inciso III, da Lei 12.529/11.

5.7.2.10. Posto Chegada Ltda. e Posto Kadillac Ltda.

277. Conforme já adiantado nos itens 5.7.2.1 e 5.7.2.3, as práticas anticompetitivas praticadas pelos administradores do Posto Chegada Ltda. e do Posto Kadillac Ltda. à época da conduta – Srs. Alex Oliveira Bourguignon e Sr. Antônio Edmar Bourguignon – foram atribuídas às pessoas jurídicas acima apontadas e, portanto, devem ser condenadas pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.11. Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Posto Miramar Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. (filial) e Posto Iate Ltda.

278. Conforme já adiantado no item 5.7.2.2, as práticas anticompetitivas praticadas pelo administrador do Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Posto Miramar Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. (Filial) e Posto Iate Ltda. à época da conduta – Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazílio de Souza – foram atribuídas às pessoas jurídicas acima apontadas e, portanto, devem ser condenadas pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.12. Macel Comercial Ltda. e Auto Serviço Oliva Ltda.,

279. Conforme já adiantado nos itens 5.7.2.4 e 5.7.2.7, as práticas anticompetitivas praticadas pelos administradores do Macel Comercial Ltda. e do Auto Serviço Oliva Ltda. à época da conduta – Srs. Deoclides Antonio Bastos de Oliveira e Rogério Bastos de Oliveira – foram atribuídas às pessoas jurídicas acima apontadas e, portanto, devem ser condenadas pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.13. Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo Ltda.

280. Conforme já adiantado no item 5.7.2.4, as práticas anticompetitivas praticadas pelo administrador de Petro Gás Comercial Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda. e Posto Mediterrâneo Ltda. à época da conduta – Sr. Deoclides Antonio Bastos de Oliveira – foram atribuídas às pessoas jurídicas acima apontadas e, portanto, devem ser condenadas pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.14. Posto Mais Comércio e Representações Ltda.

281. Conforme já adiantado no item 5.7.2.5, as práticas anticompetitivas praticadas pelo administrador do Posto Mais Comércio e Representações Ltda. à época da conduta – Sr. Luiz Eduardo de Carvalho – foram atribuídas às pessoas jurídicas acima apontadas e, portanto, devem ser condenadas pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e

no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.15. Posto Eucalipto Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Posto Mediterrâneo Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda. e Posto Oceânico Ltda.

282. Conforme já adiantado no item 5.7.2.6, as práticas anticompetitivas praticadas pelo administrador do Posto Eucalipto Ltda., do Posto Oliveira Ltda., do Posto Thiago Ltda., do Posto Marcela Ltda., do Posto 1 Ltda., do Posto Jardim América do Gás Ltda., do Posto Aribiri do Gás Ltda., do Posto Mediterrâneo Ltda., do Auto Posto Araças Ltda., do Posto Camburi do Gás Ltda., do Polus Comércio e Serviços Ltda. e do Posto Oceânico Ltda. à época da conduta – Sr. Marcos Antonio Oliveira – foram atribuídas às pessoas jurídicas acima apontadas e, portanto, devem ser condenadas pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, III e IV, e no art. 21, inciso I, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei 12.529/11).

5.7.2.16. Dos Demais Representados

5.7.2.16.1. Posto Divino Ltda., Posto Mclaren Ltda. e Posto América Ltda.

283. Em relação ao Posto Divino Ltda., nos termos dos fundamentos expostos no tópico 4.11, confirmo o entendimento da extinta SDE às fls. 6143/6195 e voto pelo arquivamento das acusações contra o Representado Posto Divino Ltda. Além disso, reconheço também a ilegitimidade passiva dos Representados Posto Mclaren Ltda. e Posto América Ltda., nos termos dos fundamentos expostos nos tópicos 4.12 e 4.13, e voto pelo arquivamento das acusações contra os Representados Posto Mclaren Ltda. e Posto América Ltda.

284. O arquivamento das acusações em relação aos Representados enumerados neste tópico por ausência ou insuficiência de indícios não prejudica eventual investigação futura, desde que baseada em elementos mais sólidos que indiquem prática lesiva à livre concorrência.

6. Do Dispositivo

285. Ante o exposto, voto pelo arquivamento das acusações em desfavor dos Representados Posto Divino Ltda., Posto Mclaren Ltda. e Posto América Ltda. em virtude da ilegitimidade passiva para figurar no presente feito.

286. Voto pela condenação dos Representados Arara Azul Rede de Postos Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Auto Posto Miramar Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. (filial), Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Macel Comercial Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Posto Chegada Ltda., Posto Eucalipto Ltda., Posto Iate Ltda., Posto Itapoã Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Kadillac Ltda., Posto Mais Comércio e Representações Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto Mediterrâneo Ltda., Posto Oceânico Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Sr. Alex Oliveira Bourguignon, Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Sr. Antônio Edmar Bourguignon, Sr. Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Sr. Luiz Eduardo Carvalho, Sr. Marcos Antônio Oliveira, Sr. Rogério Bastos de Oliveira, Sr. Ruy Poncio e Sr. Vicente Henriques Nogueira pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, II e IV, e no art. 21, incisos I e V, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36, *caput*, incisos I, II e IV, e §3°, incisos I e IV, da Lei 12.529/11).

287. Considerando os critérios expostos na dosimetria e nos percentuais anexos ao presente voto, fixo a multa nos valores de:

i. Arara Azul Rede de Postos Ltda.: R$ 11.615.132,12 (onze milhões, seiscentos e quinze mil, cento e trinta e dois reais e doze centavos);

ii. Auto Posto Araças Ltda.: R$ 2.036.310,38 (dois milhões, trinta e seis mil, trezentos e dez reais e trinta e oito centavos);

iii. Auto Posto Miramar Ltda.: R$ 5.194.047,58 (cinco milhões, cento e noventa e quatro mil, quarenta e sete reais e cinquenta e oito centavos);

iv. Auto Posto Miramar Ltda. (filial): R$ 2.021.790,00 (dois milhões, vinte e um mil, setecentos e noventa reais);

v. Auto Serviço Aeroporto Ltda.: R$ 2.181.666,59 (dois milhões, cento e oitenta e um mil, seiscentos e sessenta e seis reais e cinquenta e nove centavos);

vi. Auto Serviço Lorenção Ltda.: R$ 1.490.998,49 (um milhão, quatrocentos e noventa mil, novecentos e noventa e oito reais e quarenta e nove centavos);

vii. Auto Serviço Oliva Ltda.: R$ 3.077.520,30 (três milhões, setenta e sete mil, quinhentos e vinte reais e trinta centavos);

viii. Comércio Pioneiro do Gás Ltda.: R$ 620.742,10 (seiscentos e vinte mil, setecentos e quarenta e dois reais e dez centavos);

ix. Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda.: R$ 2.590.650,45 (dois milhões, quinhentos e noventa mil, seiscentos e cinquenta reais e quarenta e cinco centavos);

x. Macel Comercial Ltda.: R$ 2.812.765,51 (dois milhões, oitocentos e doze mil, setecentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e um centavos);

xi. Petro Gás Comercial Ltda.: R$ 706.231,14 (setecentos e seis mil, duzentos e trinta e um reais e quatorze centavos);

xii. Polus Comércio e Serviços Ltda.: R$ 2.021.790,00 (dois milhões, vinte e um mil, setecentos e noventa reais);

xiii. Posto 1 Ltda.: R$ 519.252,16 (quinhentos e dezenove mil, duzentos e cinquenta e dois reais e dezesseis centavos);

xiv. Posto Aribiri do Gás Ltda.: R$ 1.183.076,91 (um milhão, cento e oitenta e três mil, setenta e seis reais e noventa e um centavos);

xv. Posto Camburi do Gás Ltda: R$ 3.179.865,97 (três milhões, cento e setenta e nove mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e noventa e sete centavos);

xvi. Posto Chegada Ltda.: R$ 2.257.404,49 (dois milhões, duzentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e quatro reais e quarenta e nove centavos);

xvii. Posto Eucalipto Ltda.: R$ 1.790.193,39 (um milhão, setecentos e noventa mil, cento e noventa e três reais e trinta e nove centavos);

xviii. Posto Iate Ltda.: R$ 2.666.853,19 (dois milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e três reais e dezenove centavos);

xix. Posto Itapoã Ltda.: R$ 2.164.364,65 (dois milhões, cento e sessenta e quatro mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e cinco centavos);

xx. Posto Jardim América do Gás Ltda.: R$ 1.591.267,02 (um milhão, quinhentos e noventa e um mil, duzentos e sessenta e sete reais e dois centavos);

xxi. Posto Kadillac Ltda.: R$ 2.616.586,58 (dois milhões, seiscentos e dezesseis mil, quinhentos e oitenta e seis reais e cinquenta e oito centavos);

xxii. Posto Mais Comércio e Representações Ltda.: R$ 1.212.762,67 (um milhão, duzentos e doze mil, setecentos e sessenta e dois reais e sessenta e sete centavos);

xxiii. Posto Marcela Ltda.: R$ 2.340.851,72 (dois milhões, trezentos e quarenta mil, oitocentos e cinquenta e um reais e setenta e dois centavos);

xxiv. Posto Mediterrâneo Ltda.: 1.514.753,18 (um milhão, quinhentos e quatorze mil, setecentos e cinquenta e trÃ³s reais e dezoito centavos);

xxv. Posto Oceânico Ltda.: R$ 582.295,39 (quinhentos e oitenta e dois mil, duzentos e noventa e cinco reais e trinta e nove centavos);

xxvi. Posto Oliveira Ltda.: R$ 970.659,80 (novecentos e setenta mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e oitenta centavos);

xxvii. Posto Thiago Ltda.: R$ 1.086.055,79 (um milhão, oitenta e seis mil, cinquenta e cinco reais e setenta e nove centavos);

xxviii. Sr. Alex Oliveira Bourguignon: R$ 389.919,29 (trezentos e oitenta e nove mil, novecentos e dezenove reais e vinte e nove centavos);

xxix. Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza: R$ 965.148,59 (novecentos e sessenta e cinco mil, cento e quarenta e oito reais e cinquenta e nove centavos);

xxx. Sr. Antônio Edmar Bourguignon: R$ 389.919,29 (trezentos e oitenta e nove mil, novecentos e dezenove reais e vinte e nove centavos);

xxxi. Sr. Deoclides Antônio Bastos de Oliveira: R$ 952.950,26 (novecentos e cinquenta e dois mil, novecentos e cinquenta reais e vinte e seis centavos);

xxxii. Sr. Luiz Eduardo Carvalho: R$ 97.021,01 (noventa e sete mil, vinte e um reais e um centavo);

xxxiii. Sr. Marcos Antônio Oliveira: R$ 1.343.566,54 (um milhão, trezentos e quarenta e três mil, quinhentos e sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos);

xxxiv. Sr. Rogério Bastos de Oliveira: R$ 471.222,86 (quatrocentos e setenta e um mil, duzentos e vinte e dois reais e oitenta e seis centavos);

xxxv. Sr. Ruy Poncio: R$ 499.681,09 (quatrocentos e noventa e nove mil, seiscentos e oitenta e um reais e nove centavos);

xxxvi. Sr. Vicente Henriques Nogueira: R$ 111.651,32 (cento e onze mil, seiscentos e cinquenta e um reais e trinta e dois centavos).

288. Nos termos do art. 38, inciso III, da Lei 12.529/11, determino a inscrição dos Representados condenados Arara Azul Rede de Postos Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Auto Posto Miramar Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. (filial), Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Macel Comercial Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Posto Chegada Ltda., Posto Eucalipto Ltda., Posto Iate Ltda., Posto Itapoã Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Kadillac Ltda., Posto Mais Comércio e Representações Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto Mediterrâneo Ltda., Posto Oceânico Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Sr. Alex Oliveira Bourguignon, Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Sr. Antônio Edmar Bourguignon, Sr. Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Sr. Luiz Eduardo Carvalho, Sr. Marcos

Antônio Oliveira, Sr. Rogério Bastos de Oliveira, Sr. Ruy Poncio e Sr. Vicente Henriques Nogueira no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

289. Nos termos do art. 38, inciso IV, da Lei 12.529/11, determino a emissão de recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido aos Representados condenados Arara Azul Rede de Postos Ltda., Auto Posto Araças Ltda., Auto Posto Miramar Ltda., Auto Posto Miramar Ltda. (filial), Auto Serviço Aeroporto Ltda., Auto Serviço Lorenção Ltda., Auto Serviço Oliva Ltda., Comércio Pioneiro do Gás Ltda., Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda., Macel Comercial Ltda., Petro Gás Comercial Ltda., Polus Comércio e Serviços Ltda., Posto 1 Ltda., Posto Aribiri do Gás Ltda., Posto Camburi do Gás Ltda., Posto Chegada Ltda., Posto Eucalipto Ltda., Posto Iate Ltda., Posto Itapoã Ltda., Posto Jardim América do Gás Ltda., Posto Kadillac Ltda., Posto Mais Comércio e Representações Ltda., Posto Marcela Ltda., Posto Mediterrâneo Ltda., Posto Oceânico Ltda., Posto Oliveira Ltda., Posto Thiago Ltda., Sr. Alex Oliveira Bourguignon, Sr. Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza, Sr. Antônio Edmar Bourguignon, Sr. Deoclides Antônio Bastos de Oliveira, Sr. Luiz Eduardo Carvalho, Sr. Marcos Antônio Oliveira, Sr. Rogério Bastos de Oliveira, Sr. Ruy Poncio e Sr. Vicente Henriques Nogueira parcelamento de tributos federais ou por eles devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

290. Encaminhe-se ao Ministério Público Federal junto ao CADE para ciência e providências, especialmente junto ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

291. Oficie-se aos Relatores dos processos judiciais enumerados na petição SEI 0062645 para comunicar a decisão do CADE, bem como enviar cópia da versão pública do presente voto.

É o voto.

Brasília, 20 de maio de 2015

[assinatura eletrônica]

MÁRCIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Conselheiro-Relator

Anexo 1 - Cálculo das Multas

[ACESSO RESTRITO AO CADE E ÀS REPRESENTADAS - O ACESSO DE FATURAMENTO E PERCENTUAIS DEVERÁ SER DISPONIBILIZADO ÀS REPRESENTADAS APENAS EM RELAÇÃO AOS SEUS PRÓPRIOS VALORES]

Condenações Pessoas Jurídicas:					
Representado	**Faturamento Bruto de 2010**	**Fls.**	**Faturamento Bruto com SELIC***	**Alíquota da Multa**	**Valor Final da Multa**
Arara Azul Rede de Postos Ltda. (todas as filiais)	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 11.165.132,12
Auto Posto Araças Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.036.310,38
Auto Posto Miramar Ltda. (matriz)	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 5.194.047,58
Auto Posto Miramar Ltda. (filial)	Não informado		-	1.900.000 UFIR	R$ 2.021.790,00
Auto Serviço Aeroporto Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.181.666,59
Auto Serviço Lorenção Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 1.490.998,49
Auto Serviço Oliva Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 3.077.520,30
Comércio Pioneiro do Gás Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 620.742,10
Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.590.650,45
Macel Comercial Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.812.765,51
Petro Gás Comercial Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 706.231,14
Polus Comércio e Serviços Ltda.	Não informado		-	1.900.000 UFIR	R$ 2.021.790,00
Posto 1 Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 519.252,16
Posto Aribiri do Gás Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 1.183.076,91
Posto Camburi do Gás Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 3.179.865,97
Posto Chegada Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.257.404,49
Posto Eucalipto Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 1.790.193,39
Posto Iate Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.666.853,19
Posto Itapoã Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.164.364,65
Posto Jardim América do Gás Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 1.591.267,02
Posto Kadillac Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.616.586,58
Posto Mais Comércio e Representações Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 1.212.762,67
Posto Marcela Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 2.340.851,72
Posto Mediterrâneo Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 1.514.753,18
Posto Oceânico Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 582.295,39
Posto Oliveira Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 970.659,80
Posto Thiago Ltda.	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	[ACESSO RESTRITO]	R$ 1.086.055,79
				TOTAL:	R$ 60.509.831,78

*SELIC (maio/2015) = 41,42% (acesso em 19/05/2015)

Condenações Pessoas Naturais:					
Representado:	**Posto Correspondente:**	**Valor Final da Multa do Posto a que Vinculado:**	**Alíquota da Multa**	**Faturamento X Alíquota**	**Valor Final da Multa**
Alex Oliveira Bourguignon	Posto Chegada Ltda.	R$ 2.257.404,49	8%	R$ 180.592,36	R$ 389.919,29
	Posto Kadillac Ltda.	R$ 2.616.586,58	8%	R$ 209.326,93	
Anderson Emanuel Pizzaia Bazilio de Souza	Auto Serviço Aeroporto Ltda.	R$ 2.181.666,59	8%	R$ 174.533,33	R$ 965.148,59
	Auto Posto Miramar Ltda. (matriz)	R$ 5.194.047,58	8%	R$ 415.523,81	
	Auto Posto Miramar Ltda. (filial)	R$ 2.021.790,00	8%	R$ 161.743,20	
	Posto Iate Ltda.	R$ 2.666.853,19	8%	R$ 213.348,26	
Antônio Edmar Bourguignon	Posto Chegada Ltda.	R$ 2.257.404,49	8%	R$ 180.592,36	R$ 389.919,29
	Posto Kadillac Ltda.	R$ 2.616.586,58	8%	R$ 209.326,93	
Deoclides Antônio Bastos de Oliveira	Macel Comercial Ltda.	R$ 2.812.765,51	8%	R$ 225.021,24	R$ 952.950,26
	Auto Serviço Oliva Ltda.	R$ 3.077.520,30	8%	R$ 246.201,62	
	Petro Gás Comercial Ltda.	R$ 706.231,14	8%	R$ 56.498,49	
	Comércio Pioneiro do Gás Ltda.	R$ 620.742,10	8%	R$ 49.659,37	
	Posto Camburi do Gás Ltda.	R$ 3.179.865,97	8%	R$ 254.389,28	
	Posto Mediterrâneo Ltda.	R$ 1.514.753,18	8%	R$ 121.180,25	
Luiz Eduardo Carvalho	Posto Mais Comércio e Representações Ltda.	R$ 1.212.762,67	8%	R$ 97.021,01	R$ 97.021,01
Marcos Antônio	Posto Eucalipto Ltda.	R$ 1.790.193,39	8%	R$ 143.215,47	R$
	Posto Oliveira Ltda.	R$ 970.659,80	8%	R$ 77.652,78	
	Posto Thiago Ltda.	R$ 1.086.055,79	8%	R$ 86.884,46	
	Posto Marcela Ltda.	R$ 2.340.851,72	8%	R$ 187.268,14	
	Posto 1 Ltda.	R$ 519.252,16	8%	R$ 41.540,17	
	Posto Mediterrâneo Ltda.	R$ 1.514.753,18	8%	R$ 121.180,25	

Oliveira	Posto Jardim América do Gás Ltda.	R$ 1.591.267,02	8%	R$ 127.301,36	1.343.566,54
	Posto Aribiri do Gás Ltda.	R$ 1.183.076,91	8%	R$ 94.646,15	
	Auto Posto Araças Ltda.	R$ 2.036.310,38	8%	R$ 162.904,83	
	Posto Camburi do Gás Ltda.	R$ 3.179.865,97	8%	R$ 254.389,28	
	Polus Comércio e Serviços Ltda.	R$ 2.021.790,00	8%	R$ 161.743,20	
	Posto Oceânico Ltda.	R$ 582.295,39	8%	R$ 46.583,63	
Rogério Bastos de Oliveira	Macel Comercial Ltda.	R$ 2.812.765,51	8%	R$ 225.021,24	R$ 471.222,86
	Auto Serviço Oliva Ltda.	R$ 3.077.520,30	8%	R$ 246.201,62	
Ruy Poncio	Posto Itapoã Ltda.	R$ 2.164.364,65	8%	R$ 173.149,17	R$ 499.681,09
	Derivados de Petróleo Santa Inês Ltda.	R$ 2.590.650,45	8%	R$ 207.252,04	
	Auto Serviço Lorenção Ltda.	R$ 1.490.998,49	8%	R$ 119.279,88	
Vicente Henriques Nogueira	Arara Azul Rede de Postos Ltda. (todas as filiais)	R$ 11.165.132,12	1%	R$ 111.651,32	R$ 111.651,32
					R$ 5.221.080,24

Multas pessoas jurídicas:	R$	60.509.831,78
Multas pessoas naturais:	R$	5.221.080,24
TOTAL DO PA:	**R$**	**65.730.912,02**

Anexo 2 - Processos Judiciais Referentes ao Presente Processo Administrativo

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

[1] Segundo os Representados, *"Com relação ao item (v) do despacho em referência, que trata da necessidade de especificação da prova pericial, INFORMAM os representados que a prova pericial requerida deverá consistir em perícia contábil, a ser realizada em todos os estabelecimentos das empresas que ocupam o polo passivo deste processo administrativo, a fim de se comprovar que não houve qualquer padronização dos valores de venda dos combustíveis, tampouco elevação nos preços ou na margem de lucro de maneira uniforme, não havendo, portanto qualquer resultado normativo ou naturalístico da conduta dos representados que pudesse prejudicar os consumidores, a coletividade, tampouco a ordem econômica"* (fls. 6203, 6208 e 6213).

[2] EIAC 2002.34.00.039067-2/DF, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, TRF1, Terceira Seção, e-DJF1 de 08/06/2009.

[3] Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento.

[4] HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: West Group Thomson, 2005, p. 147.

[5] WERDEN, G. J. *Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the crime*. European Competition Journal, março de 2009.

[6] HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3ª ed. St. Paul: West Group Thomson, 2005, p. 147.

[7] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

[8] WERDEN, G. J. *Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the crime*. European Competition Journal, março de 2009.

[9] VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 135.

[10] VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 127.

[11] Tradução livre. MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*. Cambridge: The MIT Press, 2012, p. 130-131.

[12] FORGIONI, Paula. A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 342.

[13] Processo Administrativo 08012.002299/2000-18, julgado em 27/03/2002 (Cartel de Florianópolis/RS); Processo Administrativo 08012.004036/2001-18, julgado em 20/08/2003 (Cartel de Florianópolis/RS); Processo Administrativo 08012.005495/2002-14, julgado em 14/09/2011 (Cartel de Guaporé/RS); Processo Administrativo 08012.010215/2007-66, julgado em 06/03/2013 (Cartel de Caxias do Sul/RS); Processo Administrativo 08012.001003/2000-41, julgado em 06/03/2013 (Cartel de Londrina/PR); Processo Administrativo 08012.002959/1998-11, julgado em 06/03/2013 (Cartel de Manaus/AM); Processos Administrativos 08012.007301/2000-38 e 08700.000547/2008-95, julgados em 06/03/2013 (Cartel de Teresina/PI); Processo Administrativo 08012.004472/2000-12, julgado em 01/10/2014 (Cartel de Bauru/SP).

[14] "A respeito da participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação, vale frisar que nem os regulamentos próprios das entidades da Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação. A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes.

De acordo com o precedente do Acórdão n. 297/2009 – Plenário, a participação simultânea de empresas com sócios comuns num mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: a) convite, b) contratação por dispensa de licitação, c) existência de relação entre os licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo, d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra" (Acórdão 526/2013, TCU, Plenário, TC 028.129/2012-1, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, julgado em 13/03/2013).

[15] *"que houve um desentendimento do interrogado com Antonio Edmar Bourguignon e depois desse desentendimento é que houve uma acordo (sic) com o mesmo, com relação aos preços das nossas empresas"* (depoimento de Alex Bourguignon, fl. 3001 do Apartado de Acesso Restrito 08700.011918/2014-02).

[16] VARIAN, Hal R. *Microeconomia – princípios básicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

[17] Ibidem.

[18] Como na AP nº 08012.006844/2000-45; Representante: Câmara Municipal de Bragança Paulista-SP; Representados: Postos de Combustíveis de Bragança Paulista; Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado.

[19] A esse respeito ver: VARIAN, op. cit; e VASCONCELOS, Silvinha Pinto; VASCONCELOS, Claudio Roberto Fóffano. Investigações e obtenção de provas de cartel: por que e como observar paralelismo de conduta. Ensaios FEE, v. 26, n. 2, p. 855-76, nov-2005.

[20] Conforme Parecer nº 06042/2006/DF/COGDC/SEAE/MF emitido nos autos da AP nº 08012.007692/1999-11, os contratos firmados entre revendedores e distribuidores comumente estabelecem a obrigatoriedade de comercialização de volumes mínimos pelos postos revendedores.

[21] Ver: COLOMA, Germán. Economía de la organización industrial. Buenos Aires: Tema, 2005; CORREA, Paulo; HERRERA, Victor. Estimación del grado de competencia en la industria panameña de distribuición de combustibles. Brasília: SEAE, 1999; e LEWIS, Matthew. Is price dispersion a sign of competition? In: International Industrial Organization Conference, 2006, Boston. Anais..., Boston, 2006. Disponível em: .

[22] Ver: PINTO, Mariana Rodrigues; SILVA, Emilson Caputo Delfino. O brilho da bandeira branca: concorrência no mercado de combustíveis no Brasil. In: Encontro Nacional de Economia, 32, 2004, João Pessoa - PB. Anais... Brasília: ANPEC, 2004; e NUNES, Clemens; GOMES, Cleomar. Aspectos concorrenciais do varejo de combustíveis no Brasil. In: Encontro Nacional de Economia, 33, 2005, Natal – RN. Anais... Brasília: ANPEC, 2005

[23] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 346-347.

[24] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 348-349.

[25] De LA TORRE, F. C. Evidence, Proof and Judicial Review in Competition Cases, em

Ehlermann, D. e Marquis, M. (editores), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing, 2009.

[26] De LA TORRE, F. C. *Evidence, Proof and Judicial Review in Competition Cases*, em Ehlermann, D. e Marquis, M. (editores), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing, 2009.

[27] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 347, 349 e 350.

[28] CONSIDERA, C. M.; DE SEIXAS, G. F. *A importância de Evidências Econômicas para a Investigação de Cartéis, A Experiência Brasileira.*

Claudio Monteiro Considera, Ex-Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, professor de Economia do Ibmec e UFF. E Gustavo F. de Seixas Duarte, Ex-técnico da SEAE.

[29] CONSIDERA, C. M. ; DE SEIXAS, G. F. *A importância de Evidências Econômicas para a Investigação de Cartéis, A Experiência Brasileira.*

Claudio Monteiro Considera, Ex-Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, professor de Economia do Ibmec e UFF. E Gustavo F. de Seixas Duarte, Ex-técnico da SEAE.

[30]DE SOUSA, A. R. *Da Estratégia de Gestão Empresarial*. Economia & Empresa n.º 13 / 2011. Universidade Lusíada de Lisboa.

[31] Cf. Averiguação Preliminar 08012.001198/2007-04, julgada pelo CADE em 07/04/2010.

[32] Para facilitar as referências deste voto, neste tópico, farei remissão às respectivas folhas do Apartado 08700.011918/2014-02, no qual consta cópia do inteiro teor dos documentos e das mídias da Ação Penal 0009660-69.2008.8.08.0024.

[33] Opala foi o primeiro automóvel de passeio de uma determinada fabricante de carros e que foi produzido entre 1968 a 1992, cujas versões possuíam motor de, no máximo, 4,1 litros. Ainda que se falasse em cilindros – já que a versão 3,2 litros do Opala contava com seis –, os cilindros dos cabeçotes não são considerados em frações para que se aceitasse nove décimos de acréscimos que totalizassem 6.9. Fontes: e . Acessos em 04/03/2015.

[34] FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik. *Quantification Of Harm In Damages Actions For Antitrust Infringements: Insights From German Cartel Cases*. Journal of Competition Law & Economics, 6(3), 595-618, 2010, p. 602-605.

[35] Nesse sentido, vide, exemplificativamente, os seguintes julgados do CADE: Processos Administrativos 08012.001003/2000-41 (julgado em 06/03/2013), 08012.011142/2006-79 (julgado em 28/05/2014) e 08012.010932/2007-18 (julgado em 25/02/2015).

Documento assinado eletronicamente por **Márcio de Oliveira Júnior**, **Conselheiro(a)**, em 22/05/2015, às 12:39, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0063294** e o código CRC **68491F62**.