

**JURISPRUDÊNCIA****PROCESSO ADMINISTRATIVO****Nº 08000.015337/97-48**

Representante: SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE, EX-OFFICIO

Representadas: CIA. SIDERÚRGICA NACIONAL - CSN

Adv.: CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES E OUTROS CIA. SIDERÚRGICA PAULISTA - COSIPA

Adv.: JOSÉ INÁCIO G. FRANCESCHINI E OUTROS USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S.A. - USIMINAS

Adv.: JOSÉ INÁCIO G. FRANCESCHINI E OUTROS

Relator: Conselheiro RUY AFONSO DE SANTACRUZ

Publicação do Acórdão: 02.12.1999

**DECISÃO**

O Plenário, pôr unanimidade, caracterizou as condutas das representadas CSN, Usiminas e Cosipa como infrativas à ordem econômica, nos termos dos artigos 20, inciso I e 21, inciso I da Lei nº 8.884/94, condenando, nos termos do artigo 23, inciso I e observado o disposto no artigo 11 da Lei nº 9.021/95: (a) a representada CSN ao pagamento de multa mínima de 1% do valor de seu faturamento, correspondente a R\$ 22.180.000,00 (vinte e dois milhões e cento e oitenta mil reais); (b) a representada Usiminas ao pagamento de multa mínima de 1% do valor de seu faturamento, correspondente a R\$ 16.180.000,00 (dezesseis milhões e cento e oitenta mil reais); (c) a representada Cosipa ao pagamento de multa mínima de 1% do valor de seu faturamento, correspondente a R\$ 13.150.000,00 (treze milhões e cento e cinquenta mil reais). O Plenário, pôr unanimidade, determinou ainda: (i) a condenação da representada Usiminas, pôr descumprimento do artigo 26 da Lei nº 8.884/94, ao pagamento de multa no valor de 3.595.000 UFIR, equivalente a R\$ 3.512.315,00 (três milhões, quinhentos e doze mil e trezentos e quinze reais); (ii) a condenação da representada Cosipa, pôr descumprimento do artigo 26 da Lei nº 8.884/94, ao pagamento de multa no valor de 3.570.000 UFIR, equivalente a R\$ 3.487.890,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil e oitocentos e noventa reais); (iii) que cada uma das representadas, às suas expensas e a contar da publicação do acórdão, publique extrato da decisão condenatória, nos termos do voto do Relator, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada, em meia página, pôr dois dias seguidos, pôr três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal; (iv) que, em face do art. 4º, inciso I, letra "a" da Lei nº 8.137/90, cópia da íntegra dos autos seja remetida ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN, Usiminas e Cosipa; (v) o envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S.A.

**EMENTA**

*Processo Administrativo. 1. Representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço plano comum. 2. Infração prevista no artigo 20, I c/c artigo 21, I da Lei nº 8.884/94. 3. Preliminar de enganiosidade: Cosipa e Usiminas negaram participação em reunião na SEAE em 30.07.96. Aplicação de multa por enganiosidade à Usiminas e Cosipa, prevista no artigo 26 da Lei nº 8.884/94, no valor de 3.595.000 UFIR, equivalente a R\$ 3.512.315,00 (três milhões, quinhentos e doze mil e trezentos e quinze reais) e, de 3.570.000 UFIR, equivalente a R\$ 3.487.890,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil e oitocentos e noventa reais), respectivamente. 4. Conduta de cartel configurada: paralelismo e conduta sem explicação racional do ponto de vista econômico e reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preços. 5. Imposição de multa mínima de 1% do valor do faturamento no ano de 1996 das Representadas CSN, Usiminas e Cosipa, nos termos do artigo 23, inciso I e observado o disposto no artigo 11 da Lei nº 9.021/95, nos valores de R\$ 22.180.000,00 (vinte e dois milhões e cento e oitenta mil reais), R\$ 16.180.000,00 (dezesseis milhões e cento e oitenta mil reais), e R\$ 13.150.000,00 (treze milhões, cento e cinquenta mil reais), respectivamente. 6. Determinação de publicação pelas representadas, às suas expensas, de extrato da decisão condenatória, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal. 7. Remessa de cópia da íntegra dos autos ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN, Usiminas e Cosipa. 8. Envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S.A.*

**ACÓRDÃO**

Vistos, reletados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam Presidente os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do recurso de ofício, para decidir pela configuração da infração prevista nos artigos 20, inciso I e 21, inciso I da Lei nº 8.884/94, condenando, nos termos do voto do artigo 23, inciso I e observado o disposto no artigo 11 da Lei nº 9.021/95: (a) a representada CSN ao pagamento da multa mínima de 1% do valor do seu faturamento no ano de 1996, correspondente a R\$ 22.180.000,00 (vinte e dois milhões e cento e oitenta mil reais); (b) a representada Usiminas ao pagamento da multa mínima de 1% no valor do seu faturamento no ano de 1996, correspondente a R\$ 16.180.000,00 (dezesseis milhões e cento e oitenta mil reais); (c) a representada Cosipa ao pagamento de multa mínima de 1% do valor do seu faturamento no ano de 1996, correspondente a R\$ 13.150.000,00 (treze milhões e cento e cinquenta mil reais). O Plenário por unanimidade, determinou

ainda: (i) a condenção da representada Usiminas, por descumprimento do artigo 26 da Lei nº 8.884/94, ao pagamento de multa no valor de 3.595.000 UFIR, equivalente a R\$ 3.512.315,00 (três milhões, quinhentos e doze mil e trezentos e quinze reais); (ii) a condenção da representada Cosipa, por descumprimento do artigo 26 da Lei nº 8.884/94, ao pagamento de multa no valor de 3.570.000 UFIR equivalente a R\$ 3.487.890,00 (três milhões quatrocentos e oitenta e sete mil e oitocentos e noventa reais); (iii) que cada uma das representadas, às suas expensas e a contar da data da publicação do acórdão, publique extrato da decisão condenatória, nos termos do voto do Relator, no jornal de maior circulação do Estado da federação em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno o jornal; (iv) que, em face do art. 4º, inciso I, letra "a" da Lei nº 8.137/90, cópia da integra dos autos seja remetida ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN, Usiminas e Cosipa; (v) o envio do ofício à SDE para que, concluindo a existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Malory S.A. Participaram do julgamento o Presidente Gesner de Oliveira, os Conselheiros Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. As Conselheiras Lúcia Helena Salgado e Hebe Romano declararam-se impedidas. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo.

Brasília, 27 de outubro de 1999 (data do julgamento).

## VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR RUY AFONSO DE SANTA CRUZ

### I - SOBRE O CARTEL

#### I.1 - Dos Efeitos Sobre o Bem-Estar

Cartel é um acordo entre empresas no qual, na maioria das vezes, o preço é fixado ou o mercado é dividido. Outras variáveis de mercado também podem ser consideradas no cartel, tais como qualidade do produto, lançamento de novos produtos, etc. O objetivo do cartel é elevar os preços ao consumidor, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio. Além do efeito direto sobre o bem-estar econômico na forma da elevação compulsória de preços ao consumidor, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o produtor, o cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para a redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral. Sendo assim, é considerado infração da ordem econômica em todos os países que aplicam leis de defesa da concorrência (também conhecidas como leis antitruste).

O presente processo administrativo investigou formação de cartel com o intuito de fixar preços de oferta.

#### I.2 - A Prova Legal do Cartel(1)

**Nota:**

(1) A doutrina a seguir foi desenvolvida pela ilustre Procuradora Autárquica do CADE Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim.

De acordo com o ordenamento jurídico do Brasil, o cartel é conduta anticoncorrencial, tipificada no art. 21 da Lei nº 8.884/94, como infração da ordem econômica, "in verbis":

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

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

Cuida-se de ilícito de natureza administrativa, a ser apurado mediante o devido processo administrativo, à luz da disciplina traçada pela Lei nº 8.884/94, perante SEAE, SDE e CADE. A caracterização da conduta restritiva sujeita os agentes econômicos à imposição de multa pecuniária, a título de sanção, igualmente, de natureza administrativa.

Ao dispor sobre a identificação das infrações da ordem econômica, a própria lei aponta como um dos principais elementos para a caracterização de tais condutas a desnecessidade da aferição da culpa do agente. Assim, todos os atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos prejudiciais à concorrência serão considerados infração contra a ordem econômica, independentemente da existência de culpa. Tal é o teor do art. 20 "caput" da Lei nº 8.884/94:

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

Para tanto, é mister que nos autos se faça provar a existência de uma ação ou omissão praticada por um agente econômico, com nexos causal entre a ação e o resultado lesivo ou entre a ação e o possível resultado lesivo. Cuida-se, portanto, da responsabilidade objetiva do agente que praticou uma conduta anticoncorrencial. É de natureza objetiva a responsabilidade em questão, porque não se perquire da existência de culpa ou dolo do agente, ou seja, a caracterização da infração da ordem econômica prescinde de qualquer análise ou de qualquer prova de ordem subjetiva.

No mesmo sentido, a Lei nº 8.137/90 também descreve o cartel como crime contra a ordem econômica, nos termos do art. 4º, "in verbis":

"Art. 4º. Constitui crime contra a ordem econômica:

I - omissis

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;"

A responsabilidade criminal presente na Lei nº 8.137/90, no entanto, requer a comprovação da existência do dolo ou da culpa do agente, o que significa um " plus" em relação à responsabilidade objetiva prevista na Lei nº 8.884/94.

Para que se faça a prova da existência da conduta anticoncorrencial, deve-se ressaltar que a disciplina da Lei nº 8.884/94 não trouxe qualquer disposição especial sobre o sistema de provas a ser adotado no processo administrativo do CADE. Desta forma, e nos termos do art. 83 da Lei nº 8.884/94, que determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, é correto afirmar que o sistema de provas disciplinado neste Código é aplicável ao processo administrativo para a apuração de infração contra a ordem econômica.

Tal sistema de provas só não será aplicável quando incompatível com alguma norma especial da Lei nº 8.884/94, ou com qualquer um dos princípios norteadores do processo administrativo. Como leciona Pontes de Miranda, as normas do procedimento ordinário regulado pelo Código de Processo Civil cumprem o "papel de enchedoras das lacunas da lei no trato de outros processos, na medida em que não lhes apague a especialidade" (Grifei).

À luz da doutrina de Direito Processual, os meios de prova são empregados no processo para provar a verdade dos fatos alegados pelas partes, isto porque o Direito, indubitavelmente, não é objeto de prova. Segundo o Código de Processo Civil, só os fatos litigiosos e relevantes para a solução da lide é que são objeto de prova e, com relação a tais fatos, sua prova pode ser direta ou indireta. Humberto Theodoro Júnior(2) estabelece tais conceitos, "in verbis":

**Nota:**

(2) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

"Com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção."

O julgador é o destinatário da prova produzida pelas partes. No processo administrativo, com o princípio da oficialidade, a autoridade administrativa que julga também tem a função de colher a prova. Na Lei nº 8.884/94, o princípio da oficialidade é facilmente visualizado no art. 7º, inciso IX, que coloca o Conselheiro da CADE na diligente condição de investigador, com o "munus" público de colher as provas, independentemente de requerimento das partes, visando esclarecer os fatos alegados.

Além de destinatário e investigador, o Conselheiro do CADE é responsável pela valoração da prova carreada aos autos, de modo a formar sua certeza ou convicção a respeito dos fatos litigiosos. Esta valoração da prova deve dar-se à luz do sistema da persuasão racional, segundo o qual o juiz deve apreciar livremente as provas coligidas aos autos para formar seu convencimento sobre a verdade dos fatos atendo-se, exclusivamente, àquelas que entender mais convincentes.

O moderno sistema processual não mais se pauta no critério legal de apreciação das provas, no qual a lei determinava restritivamente a hierarquia dos diferentes tipos de prova e onde a atividade do julgador se restringia a aferir o tipo de prova e fixar um resultado que era praticamente automático. Sobre o sistema da persuasão racional, importante ler as lições de Humberto Theodoro Júnior(3), a saber:

**Nota:**

(3) Idem.

"...no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, atendo-se às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos".

De toda sorte, é importante destacar que o sistema de provas, tanto no processo penal, civil ou administrativo, não se coaduna com a hierarquia das provas, de modo que não há um meio de prova melhor ou mais eficaz que outro, que tenha maior ou menor prestígio, que tenha maior valor de prova que outro.

Nesta linha de raciocínio, tem-se reconhecido sobejamente que a prova indireta tem o mesmo valor da prova direta. Provas indiretas são, segundo Júlio Fabrini Mirabete(4), as presunções e os indícios.

**Nota:**

(4) MIRABETE, Júlio Fabrini. Código de Processo Penal Interpretado. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

Mesmo no processo penal - onde a verdade dos fatos acarreta uma condenação criminal - a prova indiciária, por si só, pode dar ensejo a uma decisão condenatória, nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal. A doutrina, a jurisprudência e o sistema de provas adotado permite ao julgador reconhecer a existência de um ilícito pautado única e exclusivamente em prova indiciária. Assim, destaque-se o que a doutrina(5) fala sobre indícios, "in verbis":

**Nota:**

(5) Idem.

**"Conceito de indícios**

Na prova indireta, a representação do fato a provar se faz através da construção lógica; esta é que revela o fato ou circunstância. Provas indiretas são as presunções e os indícios, estes definidos no artigo. Nos termos da lei, a premissa menor, ou fato indiciário, é uma circunstância conhecida e provada (...). A premissa maior é um princípio de razão ou regra de experiência.(...)

**Valor probatório dos indícios**

Tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária. (...) Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado".

O mesmo autor colaciona sobeja jurisprudência, que fundamenta o valor probatório dos indícios:

"Validade dos indícios - TACRSP: "Desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antiguidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina, como elementos de convicção. Assim, na ausência de confissão voluntária, a prova de condição subjetiva, tal como o saber ou o conhecer, somente pode ser feita através de indícios ou presunções, desde que veementes, ao prudente arbítrio do juiz. Quando este se despe de seu poder-dever de firmar convicção, por todas as evidências, relegando-a à análise de provas diretas, a impunidade se estabelece como regra geral." (RJDTACRIM 5/169). TACRSP: "Os indícios integram o sistema de articulação de provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP)" (RJDTACRIM 7/149).

Possibilidade de condenação por prova indiciária - TACRSP: "Em face da doutrina, da jurisprudência e do sistema adotado pelo Código de Processo Penal, pode o magistrado proferir decisão condenatória baseada única e exclusivamente em prova indiciária." (RT 395/309-10). TACRSP: "Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi comprovados autorizam a condenação". (JTACRESP 51/342-3)".

O CADE tem trabalhado com quase todos os tipos de provas admitidas em processo, a saber, as provas documentais - contratos, atas de assembléias, acordos de acionistas - as provas testemunhais colhidas em audiências de instrução requisitadas por seus membros, bem como inspeções "in loco". No entanto, a maior parte da prova colhida nos processos do CADE pauta-se em indícios que, analisados à luz da teoria econômica, fazem concluir pela existência de uma conduta restritiva da concorrência.

Ademais, a Lei nº 8.884/94 incorpora em seus dispositivos conceitos vagos como os de mercado relevante, posição dominante, eficiência econômica e só poderá ser fielmente aplicada se tais conceitos vagos forem preenchidos com os conceitos da ciência econômica. A conjugação de todos estes conceitos, dentre outros, nos termos da Lei nº 8.884/94, vão formar um conjunto probatório apto a imputar a um agente econômico a prática de uma infração.

Não é por outra razão que a doutrina de Direito Econômico identifica como um dos princípios norteadores deste ramo do direito o princípio da análise econômica do direito. Segundo lições de João Bosco Leopoldino da Fonseca(6), citando o trabalho inovador de Richard Posner, "a análise econômica do Direito pode ser usada para identificar as características que indicam uma predisposição do mercado para realizar uma fixação do preço, e pode também indicar que prova demonstra que um mercado foi cartelizado".

**Nota:**

(6) FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

Assim, um possível desdobramento do princípio da análise econômica do Direito é a validade da prova econômica colhida dos dados do processo. No estudo dos indícios de ordem econômica, a premissa maior não é tão-somente "um princípio de razão ou regra de experiência". É mais que isso, na medida em que se insere no conjunto de teorias e conceitos de natureza científica. Tais provas vão determinar o mercado relevante do produto, o mercado geográfico, a estrutura do mercado - variando de estruturas mais concentradas como o monopólio e o oligopólio até estruturas pulverizadas.

Resta-nos, pois, identificar se as provas coligidas aos autos demonstram ou não a existência de cartel entre as siderúrgicas.

## II - DAS PRELIMINARES LEVANTADAS PELAS REPRESENTADAS

As Representadas levantaram as seguintes questões preliminares:

### II.1 - Quanto a Aplicação ao Presente Processo Administrativo das Disposições do Código de Processo Penal

Acato o entendimento da SDE e da Procuradoria do CADE, que considerou equivocada a pretensão de USIMINAS e COSIPA de que se faça incidir nos processos administrativos conduzidos no âmbito da Lei nº 8.884/94 as disposições do Código de Processo Penal. Segundo a Secretaria, a corrente de pensamento que embasa tal pretensão não encontraria ressonância na esmagadora maioria da doutrina. Ademais, o artigo 83 da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência aponta o Código de Processo Civil como fonte subsidiária de Direito na condução dos processos cíveis e administrativos previstos na Lei, o que indica que o legislador de forma alguma teve intenção de atribuir natureza penal à atividade antitruste.

### II.2 - Ausência de Indícios para a Abertura do Processo Administrativo

Argumenta preliminarmente a CSN, que estava em curso na SDE Averiguação Preliminar para apurar as denúncias relativas ao aumento de preços de 1997, o que demonstraria que não havia indícios suficientes de infração à ordem econômica que justificasse a abertura do presente processo administrativo.

Já para Usiminas e COSIPA, o parecer da SEAE que deu origem ao processo restringe-se a fazer menção a duas reuniões (realizadas em 30.07.96 e 03.06.97) com representantes do Instituto Brasileiro de Siderurgia (IBS), mas, segundo as empresas, não com as Representadas, em que se teria confirmada a decisão de aumento de preços na indústria, sendo que essa informação nada acrescentaria. Citam, então, o artigo 239 do Código de Processo Penal que considera indício circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Assim, a ausência do pressuposto processual levaria à extinção do procedimento sem julgamento do mérito.

Ainda segundo COSIPA e Usiminas, seria preciso atentar para o comportamento que poderia ter havido - abertura de averiguações preliminares - e o que houve - abertura, imediata e concomitante, do processo administrativo. As averiguações são sigilosas, enquanto ao PA é dada divulgação. Assim, o que se obteve "foi a divulgação, como pretensão fato, de mera suspeita, infundada, sem início de prova ou indicação de como obtê-la". Por esta razão requerem reconsideração do despacho instaurador do PA, determinando seu arquivamento ou, caso assim não se entenda, que seja o PA anulado dando-se prosseguimento ao procedimento de averiguações preliminares.

O artigo 30 da Lei nº 8.884 prevê que a SDE promoverá averiguações preliminares quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para a imediata instauração de processo administrativo. Porém, a leitura do artigo 32

demonstra que a instauração de processo administrativo independe da instauração de averiguações preliminares. Cabe ao Secretário de Direito Econômico, no exercício de seu poder discricionário, avaliar a existência ou não de fatos e indícios que justifiquem a instauração de processo administrativo, ou de averiguação preliminar, ou mesmo arquivamento. No caso em tela, o parecer técnico da SEAE, que deu origem ao processo administrativo, contém informações que trazem indícios suficientes para a imediata instauração do processo administrativo, tornando desnecessária e onerosa para os setores público e privado a etapa de averiguações preliminares.

Ressalto, ainda, que o presente processo administrativo foi aberto para investigar os aumentos de preços ocorridos em agosto de 1996, e não os aumentos verificados em 1997, objetos da averiguação preliminar citada pela CSN. O parecer da SEAE, recebido pela SDE no dia 11 de junho de 1996, concluiu que "a prática do cartel ficou evidenciada nos reajustes ocorridos em agosto de 1996, ... existindo, ainda, fortes indícios de reincidência dessa prática nos próximos reajustes anunciados para 27.06 e 01.07 do corrente ano" (1997). Assim, o presente PA foi instaurado através de despacho datado de 12 de junho de 1997 e os aumentos previstos para 27 de junho e 1º de julho de 1997 sequer haviam efetivamente ocorrido.

### **II.3 - Aumento de Preços seria Justificado por Aumento de Custos de Produção**

Argumenta a CSN que no seu parecer a SEAE afirma que "Na análise efetuada não foi apurado aumento injustificado de preços...". Assim, para a Representada, sendo o reajuste justificado não há abuso nem hipotético e que "mesmo se por mera hipótese - só admitida por simples argumentação -, tivesse a Requerente se posto em acordo com suas acirradas concorrentes, para fixar reajuste de preços, tal conduta, só constituiria ilícito SE o reajuste fosse injustificado ou abusivo. E acrescenta: "É de obviedade gritante que se o reajuste é justificado, não há abuso nem hipotético... (mas) exercício regular de um direito...".

Não posso aceitar de modo algum tal tese. Excetuando-se o argumento do "cartel anticrise" (válido para alguns poucos casos muito restritos), no qual concorrentes sustentam preços para impedir a continuidade de quebra generalizada de empresas do setor e o desemprego decorrente, um acordo entre concorrentes para reajuste de preços constitui-se conduta anticompetitiva independentemente de uma possível justificativa em termos de custos. Porém, não me consta que o argumento de cartel anticrise seja a alegação para o reajuste de preços em tela. De um modo geral, acerto de preços entre ofertantes constitui-se em infração à ordem econômica e preços justos são aqueles obtidos no mercado livre de manipulações. Essa sim, é a maior das obviedades possíveis. Ocorre infração à ordem econômica na forma de cartel mesmo que o aumento de preços vise a repassar custos. Aumentos de preços alcançados através do acerto entre concorrentes são abusivos, sendo impostos aos consumidores privados de alternativas. Mesmo supondo que o reajuste de preços significa um repasse de custos aos clientes, a questão é que o montante do repasse depende não apenas da variação do custo, mas das condições do mercado, das condições da oferta e da demanda. Imposto através do conluio, o repasse é maior do que o que seria obtido sem a conduta anticompetitiva. De fato, demonstrado o conluio torna-se desnecessário até mesmo verificar se o aumento de preços foi efetivamente superior ao que teria ocorrido na sua ausência, pois este é o próprio objetivo do acordo.

### **II.4 - Despacho de Instauração do Processo, Impreciso e Genérico, Impossibilita o Exercício do Direito de Defesa**

COSIPA e USIMINAS solicitam o reconhecimento da nulidade do processo administrativo uma vez que este teria sido instaurado de maneira imprecisa quanto à qualificação do ato.

Quanto a esse argumento entendo que o despacho instaurador do processo administrativo delimitou a lide perfeitamente, citando os dispositivos legais possivelmente violados. Por outro lado, conforme ressaltado pela SDE e Procuradoria do CADE, diante do princípio da instrumentalidade das formas, há que se reconhecer que as empresas enfrentaram com profundidade o mérito, não podendo falar em prejuízo porque o despacho não teria delimitado o objeto do processo. As partes tiveram amplo acesso ao processo, produzindo dezenas de páginas de petições e documentos, e até mesmo ouvindo testemunhas. Tudo isto versando justamente sobre o objeto da lide, o que obviamente não seria possível se, de fato, o despacho em questão fosse incapaz de cumprir sua função legal, a ponto de impedir ou prejudicar o direito das Representadas à ampla defesa. Além do mais, o despacho instaurador do Secretário de Direito Econômico faz referência expressa ao parecer da SEAE, que da mesma forma delimita a conduta imputada às Representadas.

### **II.5 - Processo Penaria por "Flagrante Inconstitucionalidade", Tendo em Vista o Fato de que o Órgão Judicante do Feito é o CADE ("Juiz Natural"), que portanto Deveria Presidir sua Instrução, e não a SDE**

Segundo COSIPA e Usiminas, não se pode compreender "que uma autoridade ou órgão judicante, como é o CADE, sem ter presidido à colheita da prova, venha proferir decisão com os graves consectários dela decorrentes". Assim, não se poderia entender constitucional um sistema em que a SDE "denuncie, instrua o Processo, emita juízo de admissibilidade e, por fim, encaminhe o feito para julgamento pelo Juiz natural da causa, sem que este tenha tido qualquer participação no feito, para "julgamento". Em resumo, demandaria o princípio do juiz natural que ninguém será processado e (e não ou) julgado senão pela autoridade competente, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, tal como verificado no presente PA.

A preliminar de nulidade argüida pelas Representadas extinguiria a determinação constitucional da repressão ao abuso do poder econômico no país, na forma vigente. Entretanto, como observa a Procuradoria do CADE, existem três sistemas processuais básicos: inquisitivo (quem instrui decide); acusatório (uma parte acusa, outra se defende e um terceiro decide); e misto (que une os dois sistemas anteriores). A Lei nº 8.884/94 adota o sistema misto ao prever a existência de uma fase inquisitiva (averiguação preliminar) e outra acusatória (processo administrativo). Ambas as fases correm perante a autoridade administrativa, o que faz emergir a discussão sobre a competência administrativa. Os órgãos de defesa da ordem econômica (CADE e SDE), integram o Poder Executivo, não tendo, portanto, jurisdição. Em matéria administrativa, a competência das pessoas jurídicas políticas consta da Constituição Federal, e a competência dos órgãos e servidores encontra-se nas leis. As

competências da SDE e do CADE estão definidas em lei, portanto, não podem ser tidas como inconstitucionais. Adicionalmente, concluída a instrução por parte da SDE, esta emite seu parecer (relatório final), que é enviado ao CADE, que pode ou não acolhê-lo. Desse modo, o CADE, e seus conselheiros, têm poder para determinar a produção de provas, tanto pelas partes quanto por outros agentes, ou então, se julgar necessário, devolver o processo à SDE para que esta produza as provas que o Conselho julgar necessárias. Finalmente, a arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 8.884 não pode ser apreciada por esse colegiado. Uma vez sancionada a norma legal, os órgãos da Administração devem, em obediência ao princípio da legalidade estrita, simplesmente cumprir seus preceitos.

Assim, ante as razões expostas, acompanho o entendimento da SDE e da Procuradoria do CADE, rejeitando todas as questões preliminares levantadas pelas Representadas.

### III \_ DA PRELIMINAR LEVANTADA PELA SDE

Nota Técnica da SDE, fl. 1306, ressalta que durante a investigação requisitou informações à empresa Mallory S.A. que não foram respondidas. Recomenda, então, a aplicação de multa, com base no art. 26 da Lei nº 8.884/94. De fato, toda e qualquer empresa deve prestar os esclarecimentos requisitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou por qualquer outra entidade pública atuando na aplicação desta lei, sendo que a recusa, a omissão, a enganosidade, ou o retardamento injustificado, sujeita o administrado à aplicação de multa. No entanto, a empresa, para ser sancionada, precisa ter assegurados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Determino, portanto, o envio de ofício à SDE visando a instauração de processo administrativo tendente à conhecer adequadamente os fatos e saber da viabilidade da aplicação de sanção à empresa MALLORY S.A.

### IV - DA PRELIMINAR DE ENGANOSIDADE

SEAE e SDE ressaltaram em seus pareceres a importância para suas conclusões da reunião realizada na SEAE, no dia 30 de julho de 1996, solicitada pelo IBS e da qual participaram funcionários das Representadas. Segundo a SEAE, na reunião foram comunicados os reajustes de preços das três usinas siderúrgicas, todos previstos para o dia 1º de agosto de 1996, sendo que este fato já havia sido comunicado anteriormente pelas Representadas aos seus clientes através de ofícios circulares.

Entretanto, Usiminas e COSIPA ao longo do processo negaram sistematicamente suas participações nessa reunião. Nesse sentido, fl. 383 dos autos a Representada Usiminas (na defesa prévia protocolizada na SDE, no dia 11 de julho de 1997), referindo-se à reunião na SEAE, em 30.07.96, e no CADE, em 03.06.97, afirmou que elas foram realizadas com representante do IBS, "não com a Representada". Folhas 1248, nas alegações finais protocolizada no dia 08 de janeiro de 1999, USIMINAS referiu-se a "...reunião realizada entre a SEAE e representantes de associação setorial, o IBS (não a REPRESENTADA)...".

Já a COSIPA, fl. 426 dos autos (na defesa prévia protocolizada na SDE, no dia 16 de julho de 1997), referindo-se à reunião na SEAE, em 30.07.96, e no CADE, em 03.06.97, afirma que elas foram realizadas com representante do IBS e não com a Representada. Folhas 1262 dos autos (página 4 das Alegações Finais, datada de 08.01.99), refere-se, da mesma forma, a "...reunião realizada entre a SEAE e representantes de associação setorial, o IBS (não a REPRESENTADA)"... . Finalmente, no Memorial apresentado ao conselheiro-relator, datado de 29.03.99 (fl. 1379), referindo-se às reuniões realizadas na SEAE (30.07.96) e CADE (03.06.97) afirma: "apenas o Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, órgão de classe que representa a totalidade das empresas do setor, compareceu a tais reuniões".

No dia 29 de abril de 1999 solicitei ao IBS informações sobre os presentes na reunião. Em 13 de maio de 1999, este Instituto confirmou a informação da SEAE e forneceu os nomes dos funcionários das Representadas que nela compareceram.

Em 09 de julho de 1999, solicitei manifestação de COSIPA e USIMINAS sobre a questão. As empresas responderam no dia 1º de julho de 1999 (às fls. 1449/1454 e 1457/1463 respectivamente), através de requerimentos idênticos, nos quais afirmam:

"Dúvidas não existem a respeito do comparecimento, em tal reunião, de integrante dos quadros da USIMINAS (COSIPA), a convite do IBS e acompanhando o representante desta entidade, pois esta presença não se deu oficialmente, até porque não só o referido integrante estava desprovido de poderes para negociar qualquer coisa como também não havia o que discutir."

...

"O comparecimento de integrante dos quadros da USIMINAS (COSIPA) - desprovido de qualquer poder para negociação, repita-se - deu-se apenas em atenção ao representante do IBS, a convite deste, como bem esclareceu o Instituto, o Governo Federal tinha o hábito de solicitar informações sobre o mercado e esta entidade, que nesta questão não interfere, houve por bem pedir a presença dos integrantes das três siderúrgicas envolvidas."

Em 12 de julho de 1999, as requerentes, por minha solicitação, informaram o cargo dos funcionários que participaram da reunião na SEAE: pela Usiminas e COSIPA seus diretores comerciais, além do Superintendente de Preços da CSN (vinculado à diretoria comercial).

A Procuradoria do CADE através do parecer nº 366/99, do Procurador Autárquico Sídio Rosa de Mesquita Júnior, adotado integralmente pelo Procurador-Geral do CADE Dr. Amauri Serralvo, analisou a questão nos seguintes termos:

"Um representante da USIMINAS esteve na reunião, mas esta insiste em negar isso. Hoje, diante da informação do IBS, a empresa opta por dizer que o Diretor Comercial que compareceu na reunião na SEAE não tinha poderes para representar a empresa, trazendo à colação seus estatutos sociais. Tal argumento não encontra qualquer amparo, visto que a atuação perante a Administração prescinde da apresentação da prova de que o empregado pode representar a

empresa, sendo, portanto, diferente da atuação em Juízo, em que o preposto tem que provar a sua qualidade de representante da empresa. Ademais, a reunião da SEAE seria meramente informativa, razão pela qual não se exigiria a prova de que o referido Diretor Comercial tinha poderes para representar a USIMINAS. Ele compareceu como emissário, ou a qualquer outro título, mas é inegável que a USIMINAS, compareceu na mencionada reunião, por meio de seu diretor.

Não obstante o fato de, conforme constante do parecer que proferimos anteriormente, a conduta infracional apurada constituir crime, a USIMINAS deve ser sancionada porque falseou a verdade em suas informações. É certo que ninguém pode ser compelido a produzir provas criminais contra si mesmo. No entanto, ao contrário de apenas deixar de prestar as informações que poderiam comprometer criminalmente os seus representantes, a empresa optou pela provocação de embaraços à Administração, invertendo a verdade. Dessa forma, visando resguardar o Poder de Polícia estatal é oportuna a sanção, aplicando-se o preceito do art. 26 da Lei nº 8.884/94".

O citado artigo 26 da Lei nº 8.884/94 prevê que:

"A recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIR, podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator".

A Procuradoria do CADE observou, ainda, ser inócua a coação, sem a correspondente sanção(7), destacando o ensinamento de Miguel Reale, que considera que a coação é a força da qual o Estado se arma para garantir o cumprimento da norma. Nas suas palavras, "(a) astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe..." (8). A sanção, por sua vez, ensina o festejado mestre, é todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra(9).

**Nota:**

(7) MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Manual de execução penal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 111.

(8) REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 69-72.

(9) Idem., ibidem, p. 72.

Nesse sentido, destaca a Procuradoria que:

"A intervenção do Estado na Economia decorre do seu poder de polícia. Essa é uma forma em que ele exerce a coação. Tal poder de polícia encontra fundamento no princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. In casu, trata-se de medida repressiva, a qual tem a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei(10).

**Nota:**

(10) PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, pp. 96-97.

A análise da lei permite a conclusão de que as empresas processadas têm o dever de falar a verdade. Nesse sentido dispõe a Lei nº 9.784/99:

"Art. 4º. São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I \_ expor os fatos conforme a verdade;

II \_ proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

III \_ não agir de modo temerário;

IV \_ prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar com o esclarecimento dos fatos".

Sustentar que a empresa pode omitir dados essenciais para o esclarecimento da verdade, importa em admitir a limitação do poder de polícia estatal, inviabilizando a coação contida na norma. Na realidade, ao apurar a conduta da empresa, o CADE utiliza-se de um dos meios de atuação do poder de polícia estatal, exercendo certa fiscalização sobre a regularidade da atividade. Nesse sentido, preleciona Hely Lopes Meirelles:



"O poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente" (11).

**Nota:**

(11) MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 118.

De outro modo, até mesmo no processo civil encontraremos subsídio para a aplicação de sanção à empresa processada que mentir perante os órgãos de defesa da ordem econômica. A Lei nº 8.884/94, estabelece que o CPC será aplicado subsidiariamente à mesma(12).

**Nota:**

(12) Lei nº 8.884/94, art. 83.

Acerca dos deveres de lealdade, veracidade e boa-fé, o CPC dispõe:

"Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

I \_ expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II \_ proceder com lealdade e boa-fé;

III \_ não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV \_ não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito.

Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao Juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. Omissis.

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se de má-fé aquele que:

I \_ deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II \_ alterar a verdade dos fatos;

III \_ usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV \_ opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V \_ proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI \_ provocar incidentes manifestamente infundados;

VII \_ interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O Juiz ou o Tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou".

Da mesma forma que a Procuradoria do CADE, entendo que Usiminas e COSIPA buscaram intencionalmente enganar a autoridade administrativa, tentando fazer crer que apenas representantes do IBS compareceram à reunião na SEAE. Independentemente disso se constituir ou não em prova de conduta anticoncorrencial por parte das Representadas (e a tentativa de ocultar o fato apenas reforça sua importância), o certo é que a enganiosidade ficou claramente configurada.

O argumento de que os diretores comerciais de Usiminas e COSIPA não representavam oficialmente as empresas nessa reunião e estavam desprovidos de poderes para qualquer negociação não descaracteriza a infração administrativa prevista no artigo 26 da lei de defesa da concorrência. Mesmo porque fere o bom senso o argumento de que um diretor comercial, responsável pela política de preços, estratégias de vendas e ocupação de mercados, setor nevrálgico de qualquer empreendimento empresarial, não representa a empresa. Quem representaria a empresa, então? Constitui-se num atentado à inteligência supor que diretores comerciais das Representadas (Usiminas e COSIPA) foram a Brasília participar de reunião, acompanhado por alto funcionário da área comercial de outro concorrente (CSN), de maneira independente e desvinculados dos interesses das empresas. Dessa maneira, entendo que, sendo certo que os diretores comerciais de Usiminas e COSIPA estavam presentes na reunião da SEAE, é certo que a reunião foi com o IBS E AS REPRESENTADAS.

Como a Procuradoria do CADE observou no seu parecer, embora na esfera criminal ninguém pode ser compelido a produzir provas criminais contra si mesmo, na esfera administrativa a verdade e a boa-fé são exigidas, sendo a aplicação de sanções para os casos de desobediência à ordem legal simples decorrência dessa exigência. No presente processo, de cunho estritamente administrativo, as Representadas fizeram uma opção clara pela tentativa de enganar a autoridade

competente, ciente dos riscos envolvidos.

A Lei nº 8.884/94 visa a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores. Na busca desses objetivos a exigência da verdade e da boa-fé por parte dos administrados é condição sine qua non. A produção e apresentação de documentos e informações tais como estruturas de custos, tabelas de preços, notas fiscais, parcelas de mercado, etc., essenciais para a investigação e análise dos mercados, exige a colaboração do administrado, seja ele representado no processo administrativo ou não.

Segundo o princípio da oficialidade, no processo administrativo cabe ao julgador solicitar a produção das provas, cabendo ao administrado apresentá-las conforme solicitado. Especialmente porque no processo do CADE não se faz prova e contradição de prova, sendo toda a análise e julgamento feitos com base nas informações apresentadas pelos administrados. Desse modo, o princípio da boa-fé na apresentação das informações está guindado a um grau de importância maior do que nos processos civil e penal.

Sendo assim, constatada a enganiosidade, resta fixar a multa a ser aplicada. Na graduação da multa, o artigo 27 da lei determina que sejam levados em consideração:

- I \_ a gravidade da infração;
- II \_ a boa-fé do infrator;
- III \_ a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV \_ a consumação ou não da infração;
- V \_ o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI \_ os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII \_ a situação econômica do infrator; e
- VIII \_ a reincidência.

Considero que a infração em questão é grave porque se cuida de uma das provas mais importantes na caracterização do ilícito em exame (inciso I), houve má-fé por parte das Representadas ao tentar refutar uma informação prestada por um órgão público, cujos atos gozam de presunção de veracidade (II), a vantagem pretendida era escapar da punição por uma eventual condenação por conduta anticoncorrencial também grave, como formação de cartel (III), e que os infratores detêm substancial poder econômico (VII) e posição dominante nos seus mercados. Todos esses agravantes indicam a necessidade da aplicação de multa elevada como forma de punir a infração e desencorajar novas tentativas de enganar a Administração na sua ação em defesa da coletividade e dos preceitos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Entendo que Usiminas infringiu o disposto no artigo 26 da lei de defesa da concorrência no dia 11 de julho de 1997, quando através de documento protocolizado na SDE negou sua presença na reunião na SEAE. A tentativa de enganar a autoridade pública foi ratificada no dia 8 de janeiro de 1999, em novo documento também protocolizado na SDE e terminou no dia 1º de julho de 1999, quando admitiu a presença do seu diretor comercial na reunião, após a investigação trazida aos autos revelar a verdade dos fatos. Dessa maneira, a infração perdurou entre os dias 11 de julho de 1997 e 1º de julho de 1999, durante 719 dias. Aplico a multa mínima diária de 5 mil UFIR, o que resulta na multa total de 3.595.000 UFIR (719 dias X 5 mil UFIR). Assim, condeno a Usiminas ao pagamento de multa de 3.595.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.512.315,00, por infringir o disposto no artigo 26 da Lei nº 8.884, na forma da Resolução nº 9 do CADE.

COSIPA, por sua vez, iniciou sua tentativa de enganar a autoridade administrativa através de documento protocolizado na SDE no dia 16 de julho de 1997. Nos dias 8 de janeiro de 1999, num documento também protocolizado na SDE, e 29 de março de 1999, no Memorial apresentado ao conselheiro-relator, ratificou sua versão enganosa dos fatos. Apenas no dia 1º de julho de 1999 admitiu a presença de seu diretor comercial na reunião realizada na SEAE, quando os fatos trazidos aos autos não permitiam a continuação da negativa. Dessa maneira, a infração perdurou entre os dias 16 de julho de 1997 e 1º de julho de 1999, durante 714 dias. Aplico a multa diária de 5 mil UFIR, o que resulta na multa total de 3.570.000 UFIR (719 dias X 5 mil UFIR). Assim, condeno a COSIPA ao pagamento de multa de 3.570.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.487.890,00, por infringir o disposto no artigo 26 da Lei nº 8.884, na forma da Resolução nº 9 do CADE.

É preciso ressaltar que mesmo diante dos agravantes previstos no artigo 27 e presentes no caso em tela, que justificariam a aplicação de multa mais elevada (o artigo 26 estabelece como teto 100 mil UFIR por dia), apliquei a multa diária mínima exigida pela lei, por ter considerado que o valor total da multa a ser paga é absolutamente adequado aos seus objetivos.

## V - ANÁLISE DE MÉRITO

### V.1 - Dos Fatos

Em 11 de junho de 1997 a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE encaminhou à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE parecer técnico concluindo pela existência de formação de cartel no reajuste de preços de vendas de aços planos comuns efetivado por CSN, USIMINAS e COSIPA.

Após mais de um ano sem alterar seus preços os produtores brasileiros de aços planos comuns emitiram nos dias 17.07.96 (CSN) e 22.07.96 (COSIPA e Usiminas), comunicado circular para seus clientes informando reajuste de seus preços, em percentuais próximos, para entrar em vigor em 01.08.96. No dia 30.07.96 representantes dessas empresas e do IBS participaram de reunião (solicitada pelo IBS) na SEAE para comunicar o reajuste. No dia 31.07.96 as Representa das receberam fax desta Secretaria alertando sobre a possibilidade de enquadramento da conduta das empresas no artigo 20, inciso IV, c/c artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.884/94. Os reajustes anunciados foram praticados no dia 01.08.96 pela CSN e nos dias 05 e 08.08.96 pela COSIPA e Usiminas, respectivamente.

**REAJUSTES E PREÇOS PRATICADOS PELAS USINAS**

	USIMINAS			CSN			COSIPA		
	LQ	LF	EG	LQ	LF	LZ	LQ	LF	CG
01.08.96				3,63% R\$ 363,75	4,34% R\$ 505,54	4,23% R\$ 549,49			
05.08.96							3,59% R\$ 367,73	4,31% R\$ 509,02	8,32% R\$ 400,80
08.08.96	4,09% R\$ 348,25	4,48% R\$ 491,55	3,38% R\$ 718,75						

\* Os preços informados são por tonelada.

LQ - laminados a quente

LF - laminados a frio

EG - eletro galvanizados

LZ - laminados zincados (galvanizados)

CG - chapas grossas

Fonte: empresas produtoras

Posteriormente, nos dias 16 e 23.04.97, a CSN comunicou ao mercado seu propósito de praticar novo reajuste de preços, a partir de 01.07.97, enquanto que a Usiminas, em 25.04.97, fez a mesma comunicação, com data prevista para o reajuste de 27.06.97(13). No dia 03.06.97, foi realizada no CADE, novamente a pedido do Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, reunião da qual participaram, ainda, SDE e SEAE, na qual foi confirmada a decisão do setor de aços planos comuns de reajustar seus preços, conforme anunciado. Dessa reunião as Representadas não participaram.

Diligências realizadas pela SDE, às fls. 607/722, demonstram claramente que os reajustes de preços das montadoras mantiveram-se fora de qualquer padrão, enquanto que para os demais clientes, com menor poder de barganha, a regra geral foi reajuste integral sem parcelamento, em 1996, e integral parcelado em três vezes, em 1997.

**Nota:**

(13) É importante notar que a SEAE trabalhou com a data de 28.04.97 como a data do anúncio do reajuste de preços da CSN em 1997. Essa foi a data do fax enviado pela CSN para seu cliente Marcopolo.

**V.2 - Avaliação do Poder de Mercado**

A avaliação do poder de mercado é fundamental na análise antitruste. O inciso I, artigo 21, da Lei nº 8.884, prevê como infração à ordem econômica "fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços. A infração só se caracteriza, entretanto, se estiverem presentes os efeitos previstos no artigo 20.

Conforme a Resolução nº 20 do CADE, as práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante.

Assim, um passo da análise consiste em investigar se as firmas supostamente cartelizadas detêm poder de mercado no mercado relevante, sendo capazes de impor reajustes de preços de maneira unilateral, drenando renda do consumidor privado de alternativas, de forma compulsória, aumentando arbitrariamente seus lucros.

**V.2.1 - Definição do Mercado Relevante****V.2.1.1 - Mercado Relevante do Ponto de Vista do Produto**

As três usinas produzem aços planos laminados a frio e a quente. Apenas Usiminas e CSN fabricam planos

galvanizados, enquanto somente COSIPA e Usiminas fabricam chapas grossas.

Os laminados a quente destinam-se aos setores de autopeças, mecânica pesada e tubos de grande diâmetro. Os laminados a frio, para as carrocerias de automóveis, utilidades domésticas e tubos soldados. Os laminados revestidos são chamados eletrogalvanizados ou zincados, dependendo da tecnologia de produção. Já as chapas grossas são utilizadas na construção naval, tratores, autopeças e máquinas rodoviárias e as galvanizadas em calhas, refrigeradores, carrocerias e na construção civil.

Diante da reduzida possibilidade de substituição, pelo lado da demanda, dos aços planos comuns por outros materiais em várias aplicações, e da elevada possibilidade de substituição pelo lado da oferta, o mercado relevante do produto foi definido pela SEAE e SDE como o de aços planos comuns, conclusão que entendo como correta.

### V.2.1.2 - Mercado Relevante Geográfico

O mercado relevante do ponto de vista geográfico não foi claramente definido pela SEAE, mas depreende-se do parecer daquela Secretaria que este foi considerado como sendo o nacional, seja porque esta foi a estrutura do mercado analisada, seja porque o parecer deixa claro que as importações não são competitivas, sendo o preço interno inferior ao preço internacional acrescido dos custos de internação, dando margem para o exercício de posição dominante no que concerne a preços.

Esse entendimento da SEAE foi ratificado em outro parecer emitido pela Secretaria no AC 08000-013801/97-52, de interesse da Companhia Vale do Rio Doce e Valepar S.A. Nesse caso considerou o mercado de aços planos comuns como o nacional, pelas seguintes razões: 1. As condições de concorrência são homogêneas no mercado nacional principalmente pelo fator preço. No mercado nacional de aços planos as importações são pouco significativas (cerca de 4,2% em relação ao consumo aparente de 1997), muito embora tenham apresentado crescimento nos últimos anos; 2. Apesar de os aços planos comuns serem caracterizados como commodities, comercializados geralmente a preços de oportunidade, as empresas brasileiras têm nos custos de internação seu maior aliado para trabalhar com uma margem que lhes confira poder na hora da definição de seus preços; 3. Os dados coletados informam que as usinas aqui instaladas poderiam aumentar os preços de seus produtos e que, ainda assim, os consumidores continuariam adquirindo os produtos no mercado interno, o que significa que as usinas detêm significativo poder de mercado.

A SDE também concluiu, a partir de informações contidas no Ato de Concentração envolvendo a Cia. Vale do Rio Doce e VALEPAR S.A. que o mercado de aços planos comuns é o nacional.

Finalmente, estudo de autoria do Professor Schymura, apresentado pela CSN na sua defesa, conclui taxativamente que os mercados nacional e internacional de aços planos são distintos devido ao alto custo de internação desses produtos - 42% para os laminados a quente (LQ), 36% para os laminados a frio (LF) e 30% para chapas e bobinas zincadas (LZ).

Sendo assim, diante dos dados e informações dos autos, e em consonância com SEAE, SDE e o parecer econômico apresenta do pela CSN, considero como nacional o mercado relevante geográfico em análise. Isso significa que os preços domésticos dos aços planos comuns são fixados a partir de uma lógica própria, não sendo determinado pelo mercado internacional, bem como as importações não são capazes de inibir eventual exercício abusivo do poder de mercado.

### V.2.2 - Estrutura da Oferta

Os quadros abaixo apresentam os valores da produção e faturamento das usinas brasileiras de aços planos comuns. Observa-se nos últimos seis anos uma relativa estabilidade na participação de mercado em termos de quantidade produzida, cabendo à CSN uma participação em torno de 40% do mercado, à Usiminas 35% e à COSIPA 25%. Em termos de faturamento a COSIPA perdeu alguma participação nos últimos dois anos em função de dificuldades competitivas que enfrenta, que a obrigam a reduzir seu preço médio para manter o volume vendido.

#### PRODUÇÃO DE AÇOS PLANOS COMUNS POR EMPRESA

10<sup>3</sup> ton

EMPRESA	1993	1994	1995	1996	1997	1998
CSN	3.894	3.981	3.984	4.159	4.530	4.146
USIMINAS	3.176	3.513	3.596	3.696	3.771	3.396
COSIPA	2.463	2.723	2.654	2.796	2.582	2.424
TOTAL	9.535	10.217	10.234	10.651	10.883	9.966

Fonte: IBS \_ Anuário Estatístico 1999.

#### PARTICIPAÇÕES DE MERCADO

10<sup>3</sup> ton

EMPRESA	1993	1994	1995	1996	1997	1998
CSN	40,8	39,0	38,9	39,0	41,6	41,6

USIMINAS	33,3	34,4	35,1	34,7	34,7	34,1
COSIPA	25,8	26,7	25,9	26,2	23,7	24,3
TOTAL	100	100	100	100	100	100

Fonte: IBS \_ Anuário Estatístico 1999.

### EVOLUÇÃO DO FATURAMENTO

EMPRESA	1996	%	1997	%	1998	%
CSN	2.218	43,0	2.424	44,8	2.556	45,1
USIMINAS	1.618	31,4	1.741	32,2	1.843	32,5
COSIPA	1.315	25,5	1.242	23,0	1.264	22,3
TOTAL	5.151	100	5.407	100	5.663	100

Fonte: IAN - Informações Anuais da CVM - Comissão de Valores Mobiliários.

Os dados acima demonstram que as Representadas detêm posição dominante no mercado relevante e que uma eventual cartelização privaria completamente o consumidor de alternativas de fornecimento. Assim, considerando que o mercado externo não se constitui numa opção economicamente viável de fornecimento, o mercado de aços planos comuns brasileiros apresenta as condições estruturais, pelo lado da oferta, para o abuso da posição dominante.

### V.2.3 - Análise das Barreiras à Entrada

Conforme a Resolução nº 20 do CADE, barreiras à entrada dizem respeito às condições que permitiriam que as firmas estabelecidas em um determinado mercado relevante pudessem perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de novos concorrentes. Alguns dos exemplos mais comuns de fontes de barreiras à entrada seriam:

- Economias de escala;
- Economias de escopo;
- Requerimentos de capital mínimo para a entrada elevados, tanto para a produção como para a distribuição;
- Fatores institucionais, como tarifas, quotas e regulações sanitárias;
- Tecnologia de difícil acesso, inclusive por patentes;
- Custo de aprendizado;
- Acesso difícil a matérias-primas;
- Lealdade do consumidor à marca;
- Elevada parcela de custos irrecuperáveis ( sunk costs).

Se o nível das barreiras à entrada for baixo, as firmas já estabelecidas no mercado operam com margens de lucro menores para não atrair novos concorrentes. Se for alto, as firmas estabelecidas podem operar com elevadas margens de lucro e encontram espaço para o abuso da posição dominante.

Assim, tendo em vista as restrições dadas pelas barreiras à entrada existentes, o analista de defesa da concorrência avalia qual a probabilidade de firmas atuando fora do mercado relevante entrar neste último de forma suficientemente rápida e com um volume de produto suficientemente alto para contestar a política comercial das firmas estabelecidas, inibindo a prática de preços elevados.

Neste esforço, é útil, por vezes, a abordagem de Stigler na qual as barreiras à entrada residiriam em fontes de assimetrias entre firmas estabelecidas e potenciais entrantes. Constituiriam custos que devem ser incorridos pelo entrante, mas não pela firma estabelecida, justificando, por exemplo, a ênfase na parcela de custos irrecuperáveis associados à entrada em um determinado mercado relevante.

A dimensão das barreiras a entrada está relacionada às perspectivas de rentabilidade em um determinado setor. Assim, se as chances de lucratividade em um segmento são mediocres, barreiras que em outros ramos seriam consideradas pequenas, ou até mesmo insignificantes, podem representar obstáculos ao ingresso de competidores.

Segundo o parecer da SEAE, as barreiras à entrada de novos produtores nesse segmento industrial seriam altas, principalmente em virtude dos altos investimentos requeridos para a instalação de uma usina integrada, das elevadas economias de escala existentes e da presença de elevados custos irrecuperáveis. Considerou o parecer, no entanto, a possibilidade de entrada de empresas já instaladas no setor siderúrgico, como a CST. Esta empresa produz semi-acabados (placas) para exportação, mas está investindo na instalação de um laminador de tiras a quente que provavelmente entrará em operação no ano 2000.

Como foi mencionado, a ausência de barreiras à entrada, ou pelo menos a presença de barreiras reduzidas, disciplinaria, teoricamente, a política comercial dos atuais produtores. Estes, operariam com margens de lucro contidas de modo a não

atrair entradas na indústria. No presente caso, porém, verificam-se grandes dificuldades para a entrada de novos concorrentes, o que permitiria o abuso do poder de mercado.

## V.2.4 - Estrutura da Demanda

Os grandes setores consumidores (automobilístico, autopeças, máquinas agrícolas e industriais, equipamentos eletro-eletrônicos e utilidades domésticas e comerciais) compram diretamente das usinas o correspondente a algo entre 35 e 40% de suas vendas internas. Esses segmentos adquirem, ainda, parte da produção das usinas através de distribuidores e de relaminadores de aço.

Dentre os consumidores de aços planos, apenas os produtores de automóveis e de eletrodomésticos têm poder de barganha na definição de preços e condições de comercialização, dado o volume de compra desses segmentos. Os demais compradores não têm capacidade negociadora suficiente para impedir o exercício do poder de mercado por parte das usinas, conforme ficou demonstrado, inclusive, pelas diligências realizadas pela SDE (fls. 607/722).

## V.2.5 - Conclusão

A análise demonstrou que a posição dominante das Representadas reflete-se em elevado poder de mercado. Desse modo, uma eventual cartelização dos produtores de aços planos comuns retiraria qualquer alternativa dos consumidores, sujeitando-os à imposição das condições comerciais das usinas, que atuariam como se fosse um monopólio. Com isso, haveria transferência compulsória de renda dos compradores para os vendedores e perda de bem-estar econômico e de eficiência econômica.

## V.3 - Dos Pareceres

### V.3.1 - SEAE

A SEAE ressalta que sua representação não se refere a preços abusivos, análise que exigiria estudos referentes à evolução dos custos fabris das Representadas, além da definição do que seriam margens de lucro setoriais compatíveis com um processo concorrencial adequado do ponto de vista do bem-estar econômico, mas tão somente à formação de cartel. A representação teve como objeto o mecanismo de fixação de preços das usinas ocorrido em agosto de 1996, embora naquele momento causasse preocupação os indícios de que persistiria a coordenação entre firmas no mercado, ainda em 1997. Segundo a SEAE, a reunião solicitada pelo IBS, em julho de 1996, da qual participaram as Representadas, para tratar do reajuste próximo dos preços pressupõe, logicamente, o encontro anterior dos ofertantes para tratar do tema. Isso, por si só, configuraria infração à ordem econômica, independentemente dos resultados alcançados ou dos desdobramentos verificados posteriormente no mercado, seja quanto a percentuais, datas, etc.

Como os fax-circulares das usinas comunicando os aumentos de preços de agosto de 1996 foram expedidos em datas distintas (Usiminas e COSIPA expediram na mesma data), embora próximas, a defesa da Usiminas e da COSIPA alega que ocorreu um processo de formação de preços a partir de uma situação de liderança oligopolista. Assim, a empresa líder, CSN, teria comunicado o reajuste, sendo simplesmente seguida, posteriormente, pelas lideradas, num processo usual de mercado. Para a SEAE, entretanto, alguns elementos do processo colocam em xeque essa interpretação. Em primeiro lugar, a CSN detém 39% da oferta nacional de aço plano comum, enquanto Usiminas e COSIPA detêm, juntas, 61%. Considera que a Usiminas, ao deter 49,7% do capital da COSIPA influencia sua política comercial. Sendo assim, a liderança de mercado caberia, sob essa ótica, à Usiminas/COSIPA, que, no entanto, enviaram seus comunicados posteriormente. Além disso, no ano seguinte, em abril de 1997, o aumento de preços foi anunciado primeiramente por Usiminas/COSIPA, e não pela "líder" CSN. Neste caso, a "líder" teria seguido as "lideradas". Finalmente, o fax da Usiminas/COSIPA comunicando o último aumento data de 25 de abril de 1997, enquanto que o fax da CSN é de 28 de abril de 1997. Como os dias 26 e 27 de abril daquele ano foram, respectivamente, sábado e domingo, o "líder" seguiu o "liderado" apenas um dia útil após o movimento da Usiminas(14). Isso seria, para a SEAE, uma demonstração inequívoca de agilidade empresarial ou do conhecimento prévio do movimento do concorrente.

**Nota:**

(14) Vide nota de rodapé anterior.

### V.3.2 - SDE

Segundo a SDE, as respostas apresentadas por 23 clientes da Representadas permitem concluir que há um cartel entre as siderúrgicas e que esse cartel é prejudicial ao mercado consumidor. Ao contrário do que afirmam as Representadas, não haveria negociação com os clientes. São irrelevantes as diferenças entre as porcentagens de aumento aplicadas pelas usinas. Por vezes, os índices variam menos de 0,3% entre as três empresas, em aumentos na casa de 8%. Tais diferenças, no entender da Nota Técnica, não advêm de fatores econômicos, constituindo-se em tentativa de disfarçar o acordo. Os aumentos de preços, dessa forma, foram impostos aos clientes.

Por outro lado, a produtividade, eficiência produtiva, custos de insumos e administrativos e capacidade instalada das três siderúrgicas são diferentes, o que deveria implicar em reajustes e preços diferentes.

Ainda segundo a SDE, no estudo apresentado pela CSN consta que, quando uma empresa (líder) reajusta seus preços, espera pela reação de seus concorrentes. Caso não seja acompanhada, "... volta atrás e mantém o preço inalterado para não perder participação no mercado ...". Porém, a Nota Técnica observa que nunca uma siderúrgica brasileira reajustou seus preços e, depois, "voltou atrás", mantendo o preço inalterado para não perder participação no mercado por não ter sido acompanhada pelos seus concorrentes.

Uma evidência de ausência de concorrência seria a de que a fatia de participação no mercado total de aços planos comuns de cada uma das três siderúrgicas mantém-se praticamente a mesma ao longo dos anos: CSN em 1º lugar com aproximadamente 39%, USIMINAS em segundo com aproximadamente 35% e, COSIPA em terceiro com aproximadamente 26%; ou seja, o grupo USIMINAS/COSIPA em primeiro lugar com aproximadamente 61% e a CSN com os restantes 39%.

Na opinião da SDE, trata-se de mercado com elevadas barreiras à entrada, baixo grau de contestabilidade e pequeno número de participantes, no qual a própria atuação governamental favoreceu o comportamento colusivo e a coordenação de comportamento. Nesse caso seria impossível se aplicar a teoria da liderança de preços porque as Representadas se alternaram na liderança, anunciando e aumentando os preços, sem ordem definida (ainda que sempre com poucos dias de diferença umas das outras), em diferentes ocasiões.

Além disso, existe participação societária cruzada entre as empresas, em várias direções. A USIMINAS é a maior acionista da COSIPA. A CSN detém o controle da Vale do Rio Doce, que, por sua vez, detém expressiva participação acionária na USIMINAS, além de uma participação menor na COSIPA. Tais fatos demonstram que os controladores das três empresas comunicam-se constantemente.

Finalmente, em 1996, um grupo único de representantes das três usinas, acompanhados de representantes do IBS, compareceram à SEAE para comunicar o aumento de preços que seria implementado em pouco tempo. Tal fato demonstraria que as Representadas haviam discutido e acertado previamente o aumento conjunto.

Assim, a SDE propõe a aplicação de multas às três siderúrgicas, pelo aumento concertado de 1996 e pela reincidência na mesma infração no ano de 1997, nos termos do inciso I, do art. 23 da Lei nº 8.884/94.

### V.3.3 - Procuradoria do CADE

Quanto ao mérito, a Procuradoria acolhe o parecer técnico da SEAE e a manifestação da SDE, "visto que a matéria é essencialmente jurídica-econômica, exigindo profundo conhecimento de uma ciência que seria estranha ao Direito, mas afeta ao Direito Econômico, a Economia".

Conclui que as empresas processadas formam um oligopólio para a comercialização de aço, produto que não encontra substituto. In casu, verifica-se que o poder se cruza, visto que a direção de uma empresa encontra forte participação de outra, conforme muito bem demonstram os autos.

Considera, ainda, que a argumentação de que só ocorreu um natural paralelismo de conduta, que não é ilegal por si mesmo, não pode subsistir, pois como muito bem decidiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, se os concorrentes agem contrariamente ao seu próprio interesse (o de capturar a fatia do mercado da empresa que aumentou os preços), é porque há concertação.

Além disso, a prova carreada aos autos demonstraria, pela estrutura das empresas (as quais tem um grande entrelaçamento nas suas diretorias), que o comportamento das mesmas não é consequência de conhecimentos obtidos pela observação das empresas no mercado. Na realidade, os aumentos dos preços decorreriam de informações que as pessoas jurídicas trocariam de forma recíproca e direta, o que vem constituir infração à lei antitruste.

### V.4 - Das Defesas

As Representadas apresentam em suas defesas alguns argumentos semelhantes, os quais passo a apresentar de forma resumida, comentando-os:

a. Quanto ao nível dos preços: que, as três usinas siderúrgicas Representadas são indústrias de produtos homogêneos. O processo industrial é semelhante e não há diferença de marca ou de etiqueta. Os preços seriam cotados internacionalmente. Por tudo isso, praticariam preços semelhantes e o abuso de preços seria impossível.

Aceito o argumento de que num oligopólio de produto homogêneo, como o de aços planos comuns, existem forças de mercado que fazem com que os preços praticados pelas firmas, mesmo na ausência de acordo explícito entre os concorrentes, sejam bastante próximos. O reconhecimento da interdependência nas decisões das firmas num oligopólio pode e freqüentemente produz tal resultado no mercado. Assim, preços semelhantes e reajustes de preços próximos nos percentuais e no tempo podem não ser fruto da formação de cartel. Para demonstrar a formação de cartel num mercado oligopolizado é preciso algo mais além disso.

De fato, como será comentado com mais vagar adiante, a prova econômica, indireta, só é aceitável se não houver uma explicação dentro da própria teoria econômica para o fato analisado. Ou seja, se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado. Entretanto, se houver outra explicação economicamente racional para o procedimento das empresas ou para o que aconteceu no mercado, a infração não estaria configurada. Assim, se há explicação econômica para uma situação de mercado ou para uma conduta empresarial, é necessária uma prova adicional que evidencie a formação de cartel.

Também é certo, entretanto, que é possível sim o exercício abusivo do poder de mercado das usinas brasileiras de aços planos comuns, uma vez que há espaço para o aumento de preços, que fica facilitado por uma eventual formação de cartel. Estudo de autoria do Professor Schymura, apresentado pela própria CSN na sua defesa, afirma taxativamente que os

mercados nacional e internacional de aços planos são distintos. As mesmas razões que o fizeram concluir dessa forma, foram consideradas na definição do mercado relevante geográfico como o nacional. Ou seja, as importações não são capazes de evitar o abuso do poder no mercado relevante. Há espaço para o exercício do poder de mercado das requerentes, na forma da elevação dos preços domésticos, independentemente do fato dos preços externos constituírem-se num limite superior ao preço doméstico. A questão é se os preços podiam, no período em análise, ser elevados de forma unilateral por ofertantes eventualmente cartelizados. A resposta para isso é sim. O mercado internacional não era capaz de impedir o abuso. Embora sempre seja capaz de impedir abuso ainda maior, impondo um limite para tanto. Assim, rechaço desde logo a hipótese de inutilidade na formação de cartel no mercado relevante uma vez que os preços seriam determinados internacionalmente.

b. Quanto ao processo de formação de preços: segundo as Representadas, verifica-se clara racionalidade econômica nas suas condutas. A literatura econômica mostraria que em mercados concentrados de produtos homogêneos, os preços dos concorrentes tendem a ser semelhantes. As razões para isso seriam: a. a concorrência potencial que limita o preço das firmas efetivamente atuantes no mercado. Em economias abertas e para produtos com comércio internacional o preços internacional e os custos de internação fixam esse limite; b. uma vez definido esse preço, a rivalidade entre as firmas e o reconhecimento da interdependência nas decisões em oligopólios o mantém estável, não se alterando em função de variações conjunturais de custos ou de demanda; c. à medida em que se acumulam custos, pressões internas de cada empresa se intensificam e terminam por levar a um novo nível de preços; e d. a liderança de preços define o novo patamar de preços alcançado. Nesse sentido, uma prática muito utilizada pelos produtores de aços planos comuns é a líder de preços anunciar com antecedência os reajustes. Caso seja seguida pelas demais, ratifica o aumento o preço. Caso contrário, recua e ajusta. No momento do reajuste em questão, as usinas estariam acumulando significativo aumento de custos, há dez meses. Ainda assim, entre abril de 1994 e agosto de 1996 os reajustes dos preços-base teriam sido insuficientes para recuperar toda a variação de custos. No período de abril de 1993 a julho de 1997, os preços médios dos aços planos evoluíram menos 17% do que os índices de preço IGP-DI e IPC-FIPE. Porém, apesar da pressão de custos e da necessidade constante de realizar investimentos, o momento do reajuste de preços seria crítico, cabendo às empresas aguardarem o movimento da líder do mercado. Não seguir a líder após o reajuste poderia ser entendida como prática de preços predatórios, enquanto que reajustar preços acima do reajuste da líder seria perder mercado. Assim, a uniformidade de preços entre concorrentes não violaria, por si só, a lei antitruste, quando alcançada de forma independente, sem acordo. Ou seja, a conduta paralela não pode ser tida como prova de acordo, a menos que esta fosse a única explicação plausível. A liderança de preços é conduta típica no oligopólio, mas, ao contrário da cartelização, não se estabelece por combinação ou intimidação, mas pela busca de um padrão de comportamento que conduz à estabilidade no mercado. Desde que não se verifique a existência de conluio, a prática é legal. Portanto, segundo as Representadas, a prova de cartel deve consistir evidência clara de combinação prévia, não podendo resumir-se em meras evidências circunstanciais.

Também aceito o argumento de que o paralelismo de conduta não se constitui, por si só, em infração à ordem econômica, sendo fruto freqüentemente do que os economistas costumam chamar de interdependência oligopolista. Assim, as firmas que atuam em mercados oligopolizados procuram estabelecer regras comuns para a fixação dos seus preços e, principalmente, para seus reajustes. Tais regras tendem a se tornar prática aceita no mercado, tal como o processo conhecido como o de liderança de preços. Quando isso ocorre, uma firma tradicionalmente inicia o processo de recuperação de preços e repasse de custos, sendo seguida pelos demais concorrentes. Ressalto que a liderança de preços não pode ser confundida com a liderança de mercado. Embora seja mais comum a líder de mercado (isto é, a empresa com maior participação de mercado) assumir o processo de reajuste de preços (assumir a liderança de preços), é possível que essa tarefa seja empreendida por uma empresa sem a liderança nas vendas, através dos usos e costumes do mercado. Nesse caso, a empresa líder de mercado aceita outra empresa como líder de preços em respeito a uma regra que garante estabilidade no processo de fixação de preços, evitando guerras de preços desnecessárias.

Porém, chama a atenção o fato de que no mercado de aços planos comuns no Brasil, tanto a liderança de mercado quanto a liderança de preços são sistematicamente negadas e transferidas para os concorrentes. Para a CSN, a líder do mercado seria Usiminas/COSIPA, que atuariam como apenas uma empresa. Para Usiminas e COSIPA, entretanto, a liderança de mercado seria da CSN. Assim, a possível líder de mercado CSN, em julho de 1996, teria aumentado seus preços, não de forma "temerária", como ela mesmo afirmou, mas no pleno exercício da liderança de mercado e da liderança de preços, assumindo a responsabilidade pelo início do processo de reajuste de preços do setor. Essa hipótese, entretanto, em vez de esclarecedora, confunde qualquer analista, uma vez que, transcorridos apenas alguns meses, no primeiro semestre de 1997, a liderada Usiminas reajustou seus preços (em 27.06.97) antes que a líder de preços (?) CSN o fizesse (em 01.07.97).

Assim, muito embora seja certo que a liderança de preços é uma justificativa economicamente racional do processo de reajustes de preços num oligopólio, (quase sempre próximos no percentual e no tempo), tal sistemática na indústria de aços planos comuns do Brasil não obedeceu a descrição do processo apresentado pelas próprias defesas. A cada rodada o processo de modifica. Não há padrão, o passado não se repete, o costume não é observado. Talvez porque não seja importante para o processo de reajuste de preços qual empresa deverá iniciá-lo, diante da certeza de que será seguida.

c. Quanto a possibilidade de formação de cartel no mercado brasileiro de aços planos comuns: estudo do Professor Schymura, apresentado pela CSN, cita Scherer & Ross que consideram que o cartel é mais instável quando há diferenças de custos e alterações tecnológicas significativas. Conclui, então, que "No setor de aços planos comuns nacional, as freqüentes mudanças tecnológicas que o segmento vem experimentando dificultam a implementação do concerto. A CSN após ter sido privatizada vem promovendo: mudanças tecnológicas na gestão da produção; queda de preços e; aumento de produção. Há de se notar que, sob a ótica do consumidor, estes três fatores são positivos. Com base nisso, a hipótese do concerto entre as firmas do setor de aços planos comuns brasileiros deve ser rejeitada".

Entendo que o renomado economista rejeitou apressadamente a hipótese de formação de cartel no setor, apenas porque variou a produtividade. É preciso notar, porém, que as variações na produtividade se deram de maneira uniforme, hipótese consagrada pelas próprias Representadas nas suas defesas ao lembrarem que o custo evolui de maneira similar entre elas. De fato, como consequência da privatização ocorreu corte de pessoal, criação de um sistema de compras mais ágil e desvinculado das amarras governamentais, além de ganhos de eficiência derivados de novos e necessários investimentos que não eram realizados diante das dificuldades financeiras do Estado. Mas esses são movimentos que se verificaram em todas as empresas privatizadas e por essa razão trouxe para uma nova posição de custos todas as usinas. Isso é absolutamente diferente do que propõem Scherer e Ross, que estavam se referindo a um momento de descontinuidade tecnológica (produtiva ou organizacional) em que empresas inovadoras se tornam, num curto espaço de tempo, mais



competitivas do que outras num mesmo mercado, reduzindo preços com a finalidade de ganhar mercados.

No caso dos ganhos de produtividade decorrentes das privatizações no setor siderúrgico brasileiro, não houve desequilíbrio de produtividade entre CSN, Usiminas e COSIPA, conforme afirmado pelas próprias Representadas ao insistirem no ponto da existência de estruturas de custos semelhantes, como forma de justificar o reajuste de preços simultâneo. Além disso, esse fato é cabalmente demonstrado pelo fato de não ter sido observada alteração nas participações de mercado nos últimos anos. Descontinuidades tecnológicas como as apontadas por Scherer e Ross possibilitam que a empresa mais eficiente avance sobre o mercado das menos eficientes. No presente caso isso não ocorreu, o que significa que variações tecnológicas não impediriam a formação de cartel na indústria brasileira de aços planos comuns. De fato, esse parece ser o argumento central de toda a competente análise do professor Schymura, mas que claramente não é capaz de eliminar a hipótese de formação de cartel no setor. Muito embora isso também não possa ser utilizado como argumento para a existência de cartel. Apenas fica claro que as condições tecnológicas são favoráveis ao cartel.

Por outro lado, não importa se os consumidores se beneficiaram com a redução de preços do setor, num período de abertura comercial que se caracterizou pela necessidade de redução de custos em toda a economia brasileira. Nesse contexto, se os preços dos produtos finais (automóveis e eletrodomésticos, por exemplo) caíram por força da concorrência com o produto importado, os preços dos seus insumos, inclusive aço, também precisaram cair. O que importa é que o mercado não pode ficar refém de coordenação de preços. Como já foi mencionado, a formação de cartel não se justifica sequer para recuperar custos efetivamente incorridos. Em alguns mercados os custos não podem ser integralmente repassados, o que conduz o produtor a buscar maior eficiência produtiva, reduzindo custos e buscando lucro através desse mecanismo e não do simples repasse de custos. É assim que age a concorrência. Sem cartel, o produtor que não consegue repassar seus custos para os preços, parcial ou integralmente, busca maior eficiência produtiva, para benefício de todos. Com cartel, os custos são repassados, parcial, integralmente, ou além. Ou seja, a necessidade de reduzir custos, investir, melhorar a produtividade e reduzir preços, premido pelas novas condições da economia, não dá a nenhuma empresa o direito de coordenar preços e subtrair o sagrado direito de escolha do consumidor. Se ocorrer uma eventual queda nos preços reais de um setor, o montante da queda deve ser determinado pelo mercado, nunca pelos ofertantes em acordo.

Assim, embora seja sempre possível argumentar que as questões até aqui levantadas não são suficientes para demonstrar a formação de cartel nos reajustes de preços da indústria brasileira de aços planos comuns, no ano de 1996, é preciso considerar que foram claramente refutadas as teses apresentadas pela defesa de que tal hipótese é improvável. De fato, existiam as condições para a formação de cartel na indústria, no período em questão.

d. Que não haveria perda de bem-estar econômico uma vez que os aumentos não foram abusivos: segundo Usiminas e COSIPA, a perda de bem-estar só se verificaria se os preços não tivessem sido reajustados, sendo as Representadas forçadas a operar em condições ineficientes.

Essa tese guarda semelhança com aquela apresentada preliminarmente pela CSN, de que seria "de obviedade gritante que se o reajuste é justificado, não há abuso nem hipotético... (mas) exercício regular de um direito...".

Reajustes de preços obtidos de forma concertada constituem-se em abuso mesmo quando em montante aquém do necessário para repor custos eventualmente incorridos (o que, repito, não foi sequer objeto de investigação). Se o reajuste de preços foi obtido através da formação de cartel, tem como consequência perda de bem-estar econômico porque as forças de mercado não atuaram, ocorrendo imposição unilateral de uma das partes (vendedores), sobre a outra (compradores), privados de alternativas. Se uma empresa, através dos mecanismos de mercado, não consegue repassar eventuais aumentos de custos, operando com prejuízo, isso não configura uma situação de ineficiência ou de perda de bem-estar econômico. Essas são simplesmente as condições do mercado. Como consequência, a empresa deverá buscar reduções de custos, ou operar com prejuízo, ou até mesmo se retirar do mercado. Não poderá, entretanto, entrar em acordo com seus concorrentes para alterar as condições do mercado a seu favor, contra o comprador, contra o consumidor, contra a liberdade de escolha, contra o bem-estar econômico.

e. Que Usiminas e COSIPA são empresas absolutamente independentes e concorrentes entre si: que têm acionistas distintos, que a Usiminas é minoritária no capital da COSIPA, que têm posturas mercadológicas, produtos e clientes distintos.

Entendo que não ficou demonstrado nos autos que sejam de fato apenas uma empresa (de fato, isso sequer foi objeto de investigação), embora possa ser discutida a questão antitruste referente à possibilidade da Usiminas exercer influência decisiva na política comercial da COSIPA. De todo modo, aceito os argumentos da defesa para, no presente caso, tratar Usiminas e COSIPA como empresas independentes e concorrentes entre si.

f. Quanto ao costume de comunicar reajustes de preços ao governo: após esclarecido nos autos que a empresa participou da reunião na SEAE em 30 de julho de 1996, a Usiminas, através de memorial, afirma que tal reunião visava comunicar reajuste de preços já praticados. Que tal prática era costume no país. Que o Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio convocou recentemente a Representada para discutir os reflexos dos preços dos insumos na fabricação de autopeças. Que por um lado o governo conclama as empresas a debaterem o assunto e por outro as processa por terem apresentado informações ao governo.

Inicialmente invoco a defesa da própria Usiminas para lembrar que os preços não haviam sido efetivamente reajustados, mas apenas havia sido emitido um comunicado aos clientes do "desejo" de reajuste de preços, que seria negociado. Assim, a reunião não foi de forma alguma para comunicar reajustes de preços já praticados. De outro lado, não importa se o governo chamava, no passado, as empresas para discutir seus reajustes de preços. Não importa se, no passado, o governo controlava preços na economia e através desse controle, cartelizava os preços da economia. O que importa é que, segundo a Lei nº 8.884/94, as empresas não podem cartelizar seus preços hoje, sendo o CADE o órgão do poder público encarregado de punir tal conduta caso ocorra. Por outro lado, tal convocação recente do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio não teve por objetivo reunir as empresas para discutir preços do setor e combinar reajustes. Além disso, o que é mais importante, a SEAE não apenas não convidou as Representadas para discutir seus preços, mas quando tomou conhecimento do motivo que levou o IBS a solicitá-la, e diante da presença dos três únicos vendedores no mercado, advertiu-as quanto à possível infração da ordem econômica, emitindo para as usinas, inclusive, ofício à esse respeito. Ou seja, o governo avisou as empresas não apenas que a fase de controle de preços tinha se encerrado, como deixou evidente que as regras de mercado deveriam prevalecer sob a égide da Lei nº 8.884.

g. Quanto aos argumentos da SEAE e SDE: segundo Usiminas e COSIPA, a acusação ficaria resumida a uma pretensa prática de ação concertada de mercado na definição de preços, mas que a demonstração dessa hipotética conduta seria

apenas e tão somente o fato de terem os reajustes de preços-bases (nem mesmo preços efetivos) ocorrido em percentuais próximos (nem mesmo iguais), em datas próximas (também não iguais). Assim, o que se reajustaria seria apenas o preço básico e não o efetivamente praticado, o qual seria reduzido por força das negociações com os clientes que têm acentuado poder de compra. O anúncio antecipado do reajuste visaria criar um prazo para as negociações individuais de preços com os clientes. Ressaltam as oitivas de testemunhas e os documentos trazidos aos autos que demonstrariam as negociações comerciais e a concorrência entre as Representadas no mercado. A diversidade de preços e condições de comercialização de Usiminas e COSIPA, alegadamente comprovadas pelas manifestações de mercado em resposta aos ofícios enviados pelo DPDE, demonstrariam o ambiente competitivo entre as três Representadas. A resposta da General Motors seria eloqüente, ao afirmar que as três usinas concorrem entre si.

Além disso, ainda segundo Usiminas e COSIPA (fl. 382), para a SEAE, a evidência de coordenação explícita por parte das três usinas seria a reunião solicitada por elas e o IBS com a SEAE, em 30 de julho de 1996 (grifei). Segundo Usiminas e COSIPA esta seria a única prova que a SEAE apresentaria nos autos. Nas palavras das Representadas: "Eis a (única) "prova" a que, obsessivamente, se apegam (à míngua de outra) a Representante: a reunião realizada em 3 de junho de 1997 (grifei), à qual compareceram representantes do Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS". E continuam: "Desde logo, a USIMINAS NEGA QUE TENHA CONVOCADO A MALFADADA REUNIÃO, MUITO MENOS PARA COMUNICAR SEU REAJUSTE. Cabendo o ônus da prova a quem acusa, cumpre, portanto, à Representante comprovar o fato. Também a COSIPA manifesta-se em memorial: "as reuniões realizadas entre IBS e a SEAE, e o CADE, para comunicação de reajustes" ocorreram no exercício das atribuições estatutárias do instituto e como decorrência da prática então corrente de informação de variação de preços aos órgãos governamentais. Que apenas o IBS compareceu a tais reuniões (grifei). Que não consta dos autos ata, memória, registro ou qualquer outra espécie de prova acerca dessas reuniões - cujo teor nunca foi demonstrado, sendo inadmissível que sejam consideradas provas para condenar as Representadas (fl. 1379).

É líquido e certo que as Representadas tentaram de maneira evidentemente proposital confundir os dados e informações dos autos. A SEAE jamais afirmou nos autos que Usiminas e COSIPA tenham participado da reunião de 03.06.97 no CADE - solicitada pelo IBS e à qual apenas este Instituto compareceu. A SEAE afirmou que o IBS solicitou a reunião realizada em 30.07.96, na qual compareceram representantes das usinas, não por convocação daquela Secretaria, onde ratificaram sua intenção de reajustar seus preços no dia 01.08.96, conforme já anunciado. Esse fato foi confirmado pelo IBS, após diligência por mim realizada. Informou também a SEAE que, posteriormente, nova reunião foi realizada em 03.06.97, no CADE com a presença da SEAE e SDE, onde representantes do IBS confirmaram a decisão de praticar novo reajuste do aço plano comum, através de suas três usinas - CSN, Usiminas e COSIPA, o que poderia significar uma reincidência da mesma conduta de 1996. Dessa última reunião as Representadas não participaram.

Por outro lado, ressalto a presunção de boa-fé da autoridade pública, quanto a SEAE afirma que dois altos funcionários (os Srs. Luis Milton Veloso e Pedro Baptista Bernardo) daquela Secretaria participaram da citada reunião, na qual estiveram presentes os responsáveis pela área comercial das Representadas, apesar das negativas ao longo do processo por parte de Usiminas e COSIPA, que tentaram escamotear o fato. A SEAE afirma que a citada reunião foi solicitada para comunicar o reajuste de preços do dia 01.08.96. Isso tanto é verdadeiro que aquela Secretaria, no dia seguinte, enviou ofício para as Representadas alertando sobre a possibilidade destas estarem incorrendo em infração à ordem econômica. Ou seja, ficou demonstrado nos autos que a reunião aconteceu, por solicitação do órgão de classe, com a presença das Representadas e que a pauta era o aumento de preços a ser praticado. Disso não restam dúvidas. O que chama a atenção é a insistência das Representadas em negar a participação na reunião e que o assunto tratado foi reajuste de preços a ser praticado. Os técnicos da SEAE não teriam qualquer benefício falseando a verdade. As Representadas ao negarem a participação e o assunto tratado reforçam a importância da reunião na caracterização do ilícito do qual são acusadas.

De todo modo, considero correta a afirmação de que preço anunciado não é preço praticado. Em todo e qualquer mercado onde o consumidor conta com alternativas de suprimento, a negociação com os diversos vendedores conduz o reajuste de preços efetivamente praticado para níveis inferiores aos desejados pelos vendedores. Assim, o anúncio do reajuste é um primeiro passo na negociação, refletindo um desejo do vendedor, uma primeira base para a negociação. A negociação, quando livre, implica reajustes diferenciados entre clientes do mesmo tipo. Somente uma empresa com extraordinário poder de mercado, somente o monopolista ou a indústria cartelizada é capaz de aplicar integralmente o reajuste pretendido. Nesses casos não há negociação, há imposição unilateral, há abuso do poder de mercado, com transferência de renda compulsória do comprador para o vendedor.

## V.5 - Das Condições para o Cartel

Segundo a literatura especializada, no mercado brasileiro de aços planos comuns estão presentes as condições clássicas para a formação de cartel de preços. São elas:

1. pequeno número de firmas;
2. produto homogêneo;
3. elevadas barreiras à entrada;
4. baixo custo de monitoramento do cartel;
5. ausência de estímulos à deserção;
6. estruturas de custos semelhantes;
7. tecnologia de produção madura e semelhante;
8. estabilidade nas participações de mercado.

Como consequência dessas condições de mercado, é de se esperar preços semelhantes na indústria e reajustes próximos nos seus montantes e no tempo, mesmo na ausência de cartel. Isso porque qualquer diferencial de preços entre os concorrentes provocaria imediata e significativa perda de mercado para aqueles que mantenham preços mais elevados. Nesse mesmo sentido, alterações das condições de custos ou de demanda provocariam reajustes de preços semelhantes, uma vez que nenhuma empresa manteria seu mercado com preços mais elevados do que as demais.

A análise de poder de mercado, por sua vez, indicou que um eventual cartel no setor teria capacidade para impor de forma compulsória e unilateral condições comerciais aos compradores. Por um lado, o mercado internacional é incapaz de impedir eventual abuso da posição dominante - entendendo abuso da posição dominante não como aumento abusivo de preços e conseqüente aumento arbitrário de lucros, mas como imposição de condições comerciais de forma concertada, falseando as relações de mercado, retirando alternativa da demanda. No estudo apresentado pela CSN sobre o setor, o professor Schymura, ao perceber a existência de significativa diferença de preços entre os mercados interno e externo corretamente alertou para o fato de se tratarem de dois mercados distintos, razão pela qual restringiu a oferta no mercado às empresas nacionais (cujo poder de mercado, portanto, não é contestado pelas usinas internacionais), desvinculando, por essa razão, a lógica de formação dos preços internos da lógica de formação dos preços internacionais. Desse modo, é possível que o preço internacional do aço estabeleça um limite superior ao preço doméstico (limite que permite, no entanto, o imediato exercício abusivo da posição dominante), porém, a existência de limites ao abuso da posição dominante não significa impossibilidade de abuso. De fato, há sempre limites para qualquer aumento de preços, sendo o último deles a própria renda do consumidor. Não se pode cobrar por um produto mais do que a renda disponível do consumidor. Nem por isso o abuso é inviável. Em suma, os autos contêm dados e informações abundantes no sentido de que as importações não seriam um veículo capaz de evitar o abuso da posição dominante por parte das Representadas na forma da elevação arbitrária de seus preços.

Por outro lado, as diligências realizadas pela SDE e sobre as quais esta Secretaria fez competente análise, demonstram claramente que os compradores de aços planos comuns não detêm poder de barganha suficiente para evitar ou ao menos inibir a imposição de condições comerciais por parte das Representadas, especialmente se acordadas em cartel. A exceção fica por conta das montadoras de automóveis e eventualmente de eletrodomésticos da linha branca, que além de comprarem em montante muito elevado, têm capacidade até mesmo para ameaçar as usinas brasileiras com compras no exterior.

Rechaço, dessa forma, a alegação das Representadas de que ficou demonstrado nos autos que no processo de reajuste de preços do setor não há imposição de preços por parte da empresa, sendo este fruto de intenso processo de negociação onde parte da clientela tem poder de negociação e de veto total ou parcial dos aumentos anunciados. Pelo contrário, das informações trazidas aos autos conclui-se claramente pela inexistência de poder de barganha por parte da esmagadora maioria dos compradores. Conclui-se, ainda, que nos reajustes de preços ocorridos nos anos de 1996 e 1997 verificou-se imposição unilateral de preços.

É importante ressaltar, entretanto, que mesmo que a clientela tivesse poder de barganha e negociasse os reajustes de preços de forma diferenciada, isso não demonstraria a impossibilidade de formação de cartel no mercado, nem prejudicaria a acusação no presente processo administrativo. Um acordo entre concorrentes para reajuste de preços mesmo num mercado onde a demanda detém forte poder de barganha é ilegal e traz prejuízos sérios ao mercado e à liberdade de escolha do comprador. Sob cartel os preços são negociados em outra base, imposta pelo acordo entre concorrentes. Assim, mesmo que os clientes fossem capazes de se rebelar contra um repasse integral de custos, um aumento de preços seria obtido. Aumento de preços que seria certamente maior do que aquele que seria alcançado na ausência do acordo. Dessa maneira, não importa se os preços seriam diferentes por cada tipo de comprador, nem que estes não aceitariam passivamente o reajuste. A acusação refere-se ao fato de que o acordo facilita a obtenção de um reajuste mais elevado ao eliminar as alternativas do consumidor e garantir ao produtor que seus novos preços não seriam contestados pelos seus concorrentes.

Reconheço, porém, que o simples fato de estarem presentes as condições ideais para a formação de cartel no mercado nacional de aços planos comuns não demonstra que isso tenha ocorrido. Também reconheço que o fato das empresas reajustarem seus preços em percentuais e datas aproximadas, pode ser fruto da interdependência oligopolista. Em mercados dessa natureza, com essas características, o paralelismo de conduta é freqüente. Porém, sem coordenação explícita, sem acordo entre os concorrentes, não fica caracterizada a infração à ordem econômica.

## V.6 - Da Interdependência das Políticas Comerciais no Oligopólio

As Representadas argumentam ao longo dos autos que o processo de reajuste de seus preços obedeceu ao que se convencionou chamar na literatura econômica de liderança de preços. As teorias de Organização Industrial referente aos mercados oligopolizados tomam como ponto de partida o fato de que quando a concentração do mercado é elevada, as decisões de preços dos vendedores são interdependentes, e as firmas envolvidas não podem deixar de reconhecer esse fato. Conseqüentemente, as empresas em oligopólio apoiam-se em comportamentos que, considerando a reação dos seus rivais, aproximam os resultados obtidos pela empresa individualmente e pelo mercado como um todo daqueles alcançados no monopólio.

A coordenação das políticas de preços para maximizar lucros conjuntos no oligopólio não é algo trivial. A coordenação oligopolista deriva do imediato conhecimento das ações dos concorrentes, da repetição das ações de mercado com a criação de rotinas, do reconhecimento de que os preços em oligopólio tenderão a ser rígidos em face de moderadas alterações de demanda e de custos (hipótese da "curva de demanda quebrada"), e da expectativa refinada de que reduções de preços serão prontamente contraditadas. Dentre as formas de cooperação os economistas Scherer & Ross<sup>(15)</sup> (bastante citados pelas Representadas nas suas defesas) identificam quatro: acordos explícitos, liderança de preços, normas práticas e o uso de pontos focais.

**Nota:**

(15) Industrial Market Structure and Economic Performance.

e elevar lucros. Os autores chamam a atenção para o importante papel freqüentemente representado pelas associações e sindicatos patronais como órgão cartelizador. Outro meio de manter a disciplina da indústria quando se fixam preços é o uso de regras práticas. Estas envolvem tipicamente alguma variante do princípio da determinação do preço pelo custo total, no qual a margem de lucro é mantida fixa, independentemente de variações na demanda. Se todas as firmas no mercado usam essa fórmula, a possibilidade de redução de preços abaixo daqueles que garantem a taxa de retorno de capital desejada é minimizada e o comportamento dos rivais torna-se mais previsível. De todo modo, o processo de reajuste termina por ser viabilizado por um sistema de liderança de preços, uma vez que caberá inevitavelmente a alguma firma da indústria dar a partida nesse processo. O uso de pontos focais de preços também cria uma barreira que cada firma reconhece como um ponto natural para o preço, evitando quedas descontroladas e até mesmo elevações insustentáveis. Assim, as firmas podem minimizar a possibilidade de reduções competitivas de preços, situando-os e conservando-os em pontos focais. Também essa forma de cooperação oligopolística necessita de um líder ou um processo de liderança para indicar com firmeza qual o ponto focal que não deverá ser ultrapassado. Dessa forma, numa estrutura de mercado oligopolizada os processos de fixação de preços podem se dar através dos mecanismos mencionados, mas o processo de reajuste de preços se dá sempre com base em acordos explícitos ou tácitos, estes últimos na forma de liderança de preços.

Scherer & Ross ressaltam que a questão das firmas que atuam em mercados oligopolizados é estabelecer um sistema de comunicação que lhes permita coordenar comportamentos na busca de seus interesses. Os conflitos que inevitavelmente surjam nesse processo devem ser resolvidos sem o recurso da guerra de preços \_ solução evitada por ser evidentemente ruim para o conjunto da indústria. Assim, ajustes decorrentes de variações nas condições de custos e demanda devem ser resolvidos de forma a minimizar a possibilidade de agressões desnecessárias entre as firmas participantes. Dessa forma, é regra geral que em mercados oligopolizados o comportamento é coordenado de forma a evitar a competição por preços. Os autores observam que a colusão (acordo explícito), é a forma de comunicação mais eficiente, mas é ilegal nas nações que aplicam a legislação antitruste. Por essa razão, as firmas buscam modos alternativos de coordenação, como a liderança de preços. Esse comportamento, ainda segundo Scherer & Ross, "cai na área cinza da lei antitruste norte-americana".

A liderança de preços é um conjunto de praxes na indústria segundo a qual as mudanças de preços são anunciadas pela firma aceita como líder pelas outras, que lhe seguem nas suas decisões de reajustes. É usual distinguir três tipos de liderança de preços: liderança da firma dominante, liderança colusiva e liderança barométrica(16). A liderança de preços da firma claramente dominante não envolve exatamente questões de interdependência, uma vez que ela decide sem considerar os demais participantes do mercado, cada qual pequeno demais para exercer influência perceptível no mercado através de suas ações individuais. Nessa estrutura de mercado, as pequenas firmas tomam o preço da líder como dado e se ajustam. Não se aplica ao presente caso, em que todos os participantes são grandes empresas com elevada participação de mercado.

**Nota:**

(16) Essa taxonomia, amplamente aceita pelos economistas, foi apresentada por Jesse W. Markham ( The Nature and Significance of Price Leadership, American Economic Review, 41, dezembro de 1951), sobre uma proposta original de George J. Stigler ( The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices, Journal of Political Economy, 55, outubro de 1947).

A liderança colusiva, por sua vez, ocorre nos oligopólios compostos por firmas de tamanho menos díspares, onde todas reconhecem o interesse comum por atitudes cooperativas em vez de comportamentos absolutamente independentes. De acordo com Markham(17), a liderança colusiva de preços ocorre quando a indústria é fortemente oligopolizada (altamente concentrada), os produtos são fortemente substitutos, os custos de produção são semelhantes, há elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, e a demanda pelo produto da indústria é relativamente inelástica \_ características do mercado brasileiro de aços planos comuns.

**Nota:**

17 Jesse W. Markham, The Nature and Significance of Price Leadership, American Economic Review, 41, dezembro de 1951.

O tamanho da firma no mercado é a variável que mais freqüentemente distingue a líder de preços, mas outras circunstâncias também desempenham algum papel nessa definição. Circunstâncias históricas, como o fato de ter sido a primeira a introduzir um novo produto podem permitir que uma firma menor no mercado assuma a liderança de preços. A firma com os custos mais baixos também pode chamar para si essa responsabilidade, uma vez que tem menor incentivo para seguir as firmas de custos mais elevados nos reajustes. Sejam quais forem os motivos de aceitação de uma firma como líder de preços, sua liderança deve ser seguida sistemática e unanimemente, para a coordenação resultar em melhor desempenho para os vendedores num mercado. A liderança colusiva de preços é, assim, um processo de comunicação, que deve ser suficientemente claro para não passar uma mensagem dúbia ou equivocada que possa resultar em reação não cooperativa no interior da indústria.

Desse modo, diante de alterações nas condições de demanda ou de custos, o processo de reajuste de preços se dá a partir de critérios já identificados e aceitos por todos. Supondo uma elevação lenta e gradual de custos, a indústria aceita redução de suas margens até um certo ponto. A partir dali torna-se necessário um reajuste de preços. O risco de uma firma reajustar sua tabela de preços consiste em não ser seguida pelas demais, que visariam com isso obter fatias de mercado da rival. Mas o risco maior para o conjunto das firmas, é que esse temor implique inércia e ausência de reajuste, comprometendo

seriamente suas margens de lucro. Assim, a primeira firma a reajustar seus preços o faz com a convicção de que será seguida. Com a repetição do processo, fica compreendido no interior da indústria o momento e a forma de reajuste de preços.

Os riscos da recusa a seguir a líder, principalmente diante de elevações de custos já incorridas, são ilustrados por Scherer(18) com a experiência da indústria de latas de conservas no final dos anos 50, nos EUA. Após a empresa líder elevar seus preços em 6%, seu maior concorrente reajustou sua tabela em apenas 3%. A líder entendeu a ação da rival como a deflagração de uma guerra de preços, voltou atrás no seu reajuste e ainda reduziu seus preços em até 5% abaixo do nível inicial. O processo de competição por preços acirrou-se e, no ano de 1959, a indústria conviveu com preços 10% mais baixos do que no ano anterior.

**Nota:**

(18) F.M.Scherer, Preços Industriais: Teoria e Evidências, Ed. Campus, RJ.

Scherer destaca alguns aspectos do processo de liderança colusiva de preços. A firma líder não anuncia mudanças nas tabelas de preços com demasiada freqüência. Isso porque cada gesto comporta um risco de que a mudança seja mal interpretada ou incompreendida. Assim, os empresários parecem inclinados a abster-se de modestos aumentos de lucros, associados a ajustes de preços diante de reduzidos aumentos de custos ou alterações na demanda, a fim de reduzir o risco de falhas de comunicação e descoordenação. Diante disso, o líder só anunciará mudanças em respostas a alterações significativas nas condições de custos e demanda, reconhecidas por toda a indústria. O líder também busca preparar o espírito dos concorrentes para a necessidade do reajuste, valendo-se de declarações de executivos, entrevistas em jornais e revistas, etc. O uso dessa técnica levou Scherer a comentar que esse seria um processo de "colusão através da imprensa". Finalmente, a firma líder anuncia preços que reflitam o desejo de toda a indústria, e não seu próprio desejo.

Por último, a liderança barométrica de preços ocorre quando a empresa líder age como um barômetro das condições de mercado. Scherer observa ser difícil diferenciar os casos reais de liderança barométrica e colusiva e que essa distinção apoia-se em critérios de conduta e desempenho. No domínio do desempenho a liderança é chamada de colusiva quando facilita a obtenção de preços monopolísticos, enquanto é barométrica se não atua nesse sentido. Entretanto, o autor ressalta que essa distinção não é muito útil e pode ter utilidade negativa quando empregada irrefletidamente para estereotipar práticas de mercado "boas" ou "más".

A liderança de preços barométrica também exhibe certas características comportamentais não encontradas no caso exclusivamente colusivo. Em primeiro lugar, a liderança pode mudar, sendo o processo de reajuste de preços iniciado por firmas diferentes, exata mente como ocorreu nos reajustes de preços das usinas siderúrgicas brasileiras em 1996 e 1997. Em segundo lugar, as iniciativas de iniciar um processo de reajuste não são sempre seguidas. Ou, nas palavras de Scherer (op. cit., p. 70) "se são seguidos, a aceitação poder ser retardada enquanto outras firmas põe em prática uma estratégia de esperar para ver o que acontece". Em terceiro lugar, tais iniciativas podem ser rejeitadas pelo conjunto da indústria, o que significa que pode ocorrer um ajuste quanto ao preço pretendido pelo líder. Essas duas últimas características, conforme demonstrou a SDE nos autos e ressaltou no seu parecer, não se observa no mercado sob análise no presente PA. Assim, fica evidenciado que o processo de liderança de preços no mercado relevante em questão é do tipo colusiva, e não barométrica.

Como ressalta Scherer, o efeito tanto da liderança colusiva quanto barométrica no oligopólio tende a ser o estabelecimento de preços mais altos do que seriam na sua ausência. Esse efeito é obtido através dos sinais inequívocos emitidos pelo líder, que indica o preço maximizador de lucros quando o mercado é comprador e o ponto de convergência que impede uma queda nos lucros, em tempos de redução das vendas.

Apesar do efeito nocivo sobre preços, os acordos tácitos na forma de liderança de preços não são enquadrados como infração à ordem econômica. Na jurisprudência norte-americana, certamente a mais vasta de todas, a relação entre cooperação oligopolista e aplicação da lei antitruste tem por base a chamada conscious parallelism doctrine, que tem lidado com duas questões: com o comportamento dos oligopolistas agindo de forma a reduzir a competição; e com o padrão de provas necessário para condenar um cartel, quando existem somente evidências circunstanciais e nenhuma evidência direta de acordo explícito entre os concorrentes.

Até 1946 as Cortes norte-americanas consideravam necessária, na ausência de prova de acordo explícito, algum outro tipo de prova material para a condenação de um cartel, além das evidências de paralelismo de conduta no mercado(19). Em 1946, entretanto, essa exigência foi abandonada, na decisão do caso American Tobacco Co. Os três maiores fabricantes de cigarros norte-americanos apresentaram durante quase duas décadas grande coordenação na fixação de seus preços. O Departamento de Justiça, entretanto, foi incapaz de obter qualquer evidência de encontros, mensagens ou acordo explícito entre os produtores. As evidências levantadas foram inteiramente circunstanciais, centradas no paralelismo de preços e outras condutas no mercado. Ainda assim, um júri condenou as empresas por cartel, numa decisão ratificada pela Suprema Corte, que, por sua vez, considerou que quando as circunstâncias são tais que levam um júri a decidir pela condenação, entendendo que os vendedores apresentavam unidade de propósito e objetivos comuns num arranjo ilegal, a conclusão de conspiração é justificada. A decisão é encarada pelos estudiosos do tema como uma guinada fundamental nas investigações de cartel nos EUA, ao colocar o oligopólio não agressivo, que coopera tacitamente, fora da legalidade. É possível considerar, entretanto, que a decisão apenas estendeu a possibilidade de encontrar culpa com base em evidências circunstanciais, mas onde havia razões suficientes para acreditar que o acordo explícito havia ocorrido. Assim, as firmas haviam sido condenadas apesar das fracas evidências materiais porque suas condutas por quase duas décadas foram flagrantemente inconsistentes com as condições econômicas.

**Nota:**

(19) É importante ressaltar que a formação de cartel nos EUA implica em responsabilidade criminal.

Decisões subseqüentes na década de 40, nos EUA, envolvendo as indústrias de cimento e de aço também consideraram o paralelismo de conduta na fixação de preços violação à lei antitruste. Segundo o entendimento da Federal Trade Commission, nesse período, "quando um número de empresas segue um curso paralelo de ação, com todas tendo conhecimento de que estão agindo como se tivessem formado um acordo explícito...., o fato óbvio é o de que o efeito econômico de preços idênticos alcançados através de ação paralela consciente é o mesmo alcançado através de colusão explícita, e, por essa razão, a Comissão tratou o paralelismo consciente de ação como violação do Federal Trade Commission Act" (20).

**Nota:**

(20) Scherer & Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance.

A questão evidente que se coloca a partir desse entendimento é se as empresas deveriam atuar desconsiderando a interdependência de suas decisões sobre preços, quando isso seria economicamente irracional. Ou seja, nessa situação, para não ser condenada por formação de cartel a empresa deveria, após análise das condições de mercado e da estratégia dos seus adversários, atuar de forma contrária aos seus interesses, decidindo suas estratégias comerciais de forma a reduzir seus lucros. Isso seria absolutamente irracional do ponto de vista econômico.

Posteriormente, decisão proferida em 1954, numa acusação de cartel envolvendo distribuidores de filmes, abriu caminho para o atual entendimento sobre paralelismo de conduta nos EUA. A Suprema Corte considerou que a questão relevante é se as empresas tomam decisões independentes ou sob acordo, e que embora o comportamento empresarial seja evidência circunstancial admissível, contribuindo para a conclusão de violação da lei antitruste, o paralelismo de conduta não tipifica conclusivamente um acordo que viola a lei.

Isso não quer dizer, entretanto, que toda e qualquer ação paralela de mercado é legal. Ações paralelas de mercado são legais quando refletem condições de oferta e demanda, de custos, ou outras condições de mercado. Nesse sentido, elevações de preços através de paralelismo de conduta numa indústria em períodos de queda de demanda e de custos, por exemplo, seria forte evidência de violação da lei antitruste.

Nos anos 70, a Federal Trade Commission considerou ilegal a conduta dos produtores de aditivos de gasolina nos EUA, composta de uma série de práticas que facilitavam a coordenação dos preços no mercado. A Comissão considerou ilegal a redução da concorrência provocada pela fixação de preços CIF, independentemente do custo de frete; o anúncio prévio dos reajustes de preços aos clientes, que permite ao líder de preços recuar se não for acompanhado pelos concorrentes(21); e a inclusão de cláusulas nos contratos de venda prevendo a redução de preços caso algum concorrente ofereça a preços menores que os da tabela em vigor.

**Nota:**

(21) Essa estratégia verificada no processo de reajuste de preços da indústria brasileira de aços planos comuns foi explicitamente condenada pela SEAE no parecer técnico que deu origem ao presente processo, exatamente por facilitar a obtenção de preços de monopólio no mercado.

Segundo Scherer & Ross (op. cit.), "Uma das mais importantes instituições que facilitam a colusão tácita na fixação de preços é um bem estabelecido sistema de liderança de preços. Decisões sobre casos envolvendo as indústrias de aços e de colheitadeiras são citados pelos autores como paradigmáticos. No caso do mercado de colheitadeiras, por exemplo, a Suprema Corte dos EUA considerou que não foi possível caracterizar violação da lei, afirmando que "O máximo que pode ser dito é que muitos dos competidores estão acostumados, de maneira independente e como matéria de rotina empresarial, a seguir aproximadamente os preços pelos quais vendem suas máquinas colheitadeiras... . O fato dos competidores, no exercício do seu próprio julgamento, seguir os preços de outro produtor, não estabelece qualquer supressão de competição nem mostra qualquer dominação sinistra". Sob esse precedente, que permanece intacto, a liderança de preços não é considerada ilegal nos EUA a menos que o líder tente coagir os demais concorrentes no mercado, ou que haja alguma evidência de acordo entre os membros da indústria, utilizando-se da liderança de preços como base para um esquema ilícito de fixação de preços.

Scherer & Ross (op. cit.) também ressaltam o papel freqüentemente representado pelas associações de classe na coordenação de mercados. Segundo esses autores, tão citados pelas Representadas nas suas defesas, "Seus encontros são veículos para acordos sobre preços, volume de produção, participações de mercado, etc".

No Brasil o paralelismo de conduta também não é considerado, isoladamente, infração à ordem econômica. Como nos EUA, a violação à lei de defesa da concorrência fica caracterizada quando existe alguma coisa além do comportamento paralelo. Assim, na ausência de outra evidência, se a teoria econômica é capaz de apresentar explicação para um reajuste de preços de uma indústria, ou seja, se a conduta da indústria é racional do ponto de vista econômico, esta é considerada legal.

Já em 09 de setembro de 1992, o plenário do CADE, no julgamento do Processo Administrativo nº 02/91, que tratava de indícios de prática concertada entre fornecedores de selos de alumínio em licitação realizada pela Fundação para o Remédio Popular - FURP, entidade vinculada ao governo do estado de São Paulo, decidiu unanimemente acompanhar a relatora, a ilustre conselheira Neide Teresinha Malard, que assim dispôs no seu voto:

"É bem verdade que não é fácil a prova do conluio. Não se pode esperar, todavia, que venha documentalmente comprovado o acordo ilícito, informal pactuado à margem da lei. Mas como bem realçado pelo Procurador do CADE, é indispensável que para o fato não haja outra explicação. E essa explicação pode ser buscada não apenas no campo jurídico, como também na teoria econômica, disciplina ancilar do direito da concorrência. Portanto, de extrema importância a avaliação dos fatos caracterizadores de condutas tidas como ilegais, sob seu aspecto econômico, para se ter a certeza de se tratar de prática abusiva, reprimível pelo direito, ou de fenômeno meramente econômico, e como tal não passível de repressão.

...

No caso dos autos, a conduta paralela das indiciadas explica-se por causa econômica. Da sucessão dos fatos narrados no processo e da observação dos acontecimentos no mercado, no período que antecedeu as licitações em questão, não há como inferir que as indiciadas tenham praticado conduta abusiva do poder econômico".

Da mesma forma, em 16 de dezembro de 1992, no julgamento do Processo Administrativo nº 07/91, que investigou indícios de conluio entre empresas fornecedoras de vales-alimentação decorrente de coincidência de oferta em licitação pública, o relator do processo, ilustre conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, destacou que:

" \_ a coincidência de condutas assumidas por mais de uma empresa é elemento que permite presumir o conluio vedado por lei;

\_ a conduta concertada e ilícita se pode dar como provada, se é a única explicação plausível para o comportamento considerado;

\_ a coincidência de condutas pode resultar, todavia, de causas não vedadas pelo legislador, tais como a similitude na estrutura operativa e de custos dos distintos competidores, a presença de um fato com impacto similar sobre a totalidade dos ofertantes".

E concluindo seu voto, acompanhado unanimemente pelos demais conselheiros, ressaltou que:

" Em face do exposto e considerando a possibilidade de se admitir uma explicação razoável para identidade de condutas das Reclamadas, que não decorrente de conluio, entendo que não se pode ter como provada concorrência desleal, no caso em julgamento".

No presente caso, entretanto, chama a atenção a dificuldade encontrada pelas Representadas em explicar a racionalidade econômica de suas condutas. Todas as defesas sustentam-se sobre a tese de que o processo de reajuste de preços em oligopólio sob o patrocínio da liderança de preços reflete a interdependência oligopolista e a necessidade de regras estáveis sobre as quais se apoiam as decisões empresariais, reduzindo substancialmente a imprevisibilidade nos mercados. Usiminas e COSIPA nas suas defesas foram enfáticas em ressaltar o papel desempenhado pela CSN como líder no processo de reajuste de preços. Entretanto, num curto espaço de tempo as regras de reajustes foram modificadas, alternando-se CSN e Usiminas na iniciativa de liderar um novo processo de repasse de custos e reajuste de preços. No reajuste de 1996, a CSN anunciou primeiro sua intenção de reajuste e marcou data para efetivá-lo. Sua concorrente Usiminas seguiu o anúncio e marcou a mesma data para a sua efetivação \_ sem saber se a líder de fato reajustaria seus preços e em que montante. Em 1997, novamente a CSN anunciou sua intenção de reajuste e foi seguida nisso pela Usiminas. Entretanto, Usiminas marcou seu reajuste para antes do reajuste da CSN. Ou seja, sem esperar para tomar ciência de quanto seria o reajuste efetivamente praticado pela CSN, líder de preços, anunciou e praticou seus novos preços. Isso não guarda nenhum sentido com toda as explicações apresentadas pelas defesas, nem com a teoria econômica disponível. Usiminas não seguiu líder algum. Não houve processo de liderança de preços a partir da CSN. Usiminas liderou de fato o reajuste de 1997, uma vez que teoricamente não poderia saber de quanto seria o reajuste negociado pela CSN com seus clientes \_ ou já sabia? Para seguir a líder, só poderia ter efetivado seu reajuste após efetivado o reajuste da "líder" de preços CSN.

Aqui é importante observar que, conforme proposição de Markham (op. cit.) bastante utilizada pelos economistas, as características da indústria brasileira de aços planos comuns apontam para um esquema de liderança colusiva de preços, seja porque se trata de um oligopólio de produtos homogêneos altamente concentrado, com elevadas barreiras à entrada, custos praticamente idênticos e demanda inelástica (características estruturais), seja porque não há notícia de reajustes de preços que não foram imediatamente seguidos pelo conjunto dos produtores (característica comportamental), conforme ressaltado pela SDE. Dessa forma, a troca de líderes, possível sob condições bastante restritas num oligopólio com liderança barométrica de preços, não seria de se esperar num oligopólio com liderança colusiva de preços, como é o da indústria brasileira de aços planos comuns. Dessa maneira, a troca de líderes de preços só poderia ocorrer diante da certeza de que os demais concorrentes já estariam preparados para acompanhar os reajustes.

Por outro lado, é preciso analisar a tese das Representadas de que as mudanças nas tabelas de preços são anunciadas com vários dias de antecedência pela líder como forma de se assegurar que será acompanhada pelas demais. Se suas concorrentes não anunciarem mudanças também nas suas tabelas, a líder recuará de seu reajuste sem perda de mercado. Porém, como a SDE ressaltou, em 1997 USIMINAS comunicou seu aumento à General Motors apenas dois dias depois da CSN comunicar seu aumento à mesma cliente, aumentando seus preços antes mesmo que ela. Ou seja, não esperou para ver se a outra iria efetivamente aumentar seus preços, segundo o comportamento alegadamente tradicional no mercado. É

sempre possível, principalmente quando o cliente é uma grande empresa com poder de negociação e que pode trocar de fornecedor, que o reajuste pretendido não seja obtido, total ou parcialmente. Assim, não há como concluir de que modo a Usiminas teve a certeza de que seu reajuste seria também praticado pela CSN.

As Representadas ressaltam nas suas defesas que as usinas decidiriam por reajustes de preços com base num processo tradicional de liderança de preços, que requer estabilidade e repetição, para evitar a emissão de sinais dúbios ou equivocados e a probabilidade de descoordenação. Como já foi mencionado, liderança de preços é diferente de liderança de mercado. Nem sempre o líder de mercado é líder de preços, mas essa possibilidade exige estabilidade nos usos e costumes, sob pena de se tornar um processo descoordenado, que dificulta a racionalidade das decisões empresariais. Para a líder do mercado aceitar que outra firma que não ela comande o processo de reajuste de preços, é preciso que esta seja uma prática aceita por todo o mercado e que não vale a pena ser modificada. No presente caso observa-se uma troca rápida e pouco clara das regras de liderança de preços, com ausência de sinais e procedimentos claros.

Desse modo, os processos de reajustes de preços observados em 1996 e 1997 na indústria brasileira de aços planos comuns não seriam adequadamente explicados pela teoria da liderança de preços, nem apresentariam racionalidade econômica. Se esses fatos não demonstram cabalmente a ausência de competição na indústria e a existência de acordo explícito entre as Representadas, certamente abrem uma nova fronteira para a pesquisa empírica e teórica de Organização Industrial. Repito que aceito a tese de que se há outra explicação econômica para o paralelismo de conduta que não o cartel, a infração à ordem econômica não fica configurada. Faço notar, entretanto, que no presente caso as explicações no campo econômico invocadas pelas Representadas são frágeis e insuficientes para explicar o processo de reajuste de preços ocorrido em 1996 no mercado relevante.

## V.7 - Da Reunião na SEAE

Na caracterização da infração à ordem econômica é preciso separar indícios de condições. Assim, é certo que estão presentes no mercado brasileiro de aços planos comuns as condições estruturais para a formação de cartel. As tentativas da defesa de demonstrar que a formação de cartel seria impossível diante da concorrência do produto importado ou das alterações tecnológicas da indústria foram claramente infrutíferas. Ainda assim, isso não significa que tenha havido, por essas razões, acordo entre os concorrentes nesse mercado.

Por outro lado, também é certo que os processos de reajuste de preços observados nos anos de 1996 e 1997 na indústria não seguiram o que preceitua a teoria econômica vigente. A racionalidade econômica do reajuste de preços da indústria no ano de 1996 não ficou configurada, o que contribui de maneira significativa para reforçar uma eventual conclusão de formação de cartel.

Finalmente, resta analisar a reunião convocada pelo setor \_ através de seu órgão de classe, o IBS \_ na SEAE. Considero esse o indício além do comportamento paralelo (insuficientemente explicado no presente caso, repito) que caracteriza o cartel. Após mais de um ano sem alterar seus preços, as Representadas emitiram nos dias 17.07.96 (CSN) e 22.07.96 (Usiminas e COSIPA), comunicados circulares para seus clientes informando reajustes de preços, em percentuais próximos, para entrar em vigor em 01.08.96. Os reajustes anunciados foram praticados no dia 01.08.96 pela CSN e nos dias 05 e 08.08.96 pela COSIPA e Usiminas, respectivamente. Antes dos reajustes terem sido praticados, porém, as Representadas participaram, através dos seus diretores comerciais, da reunião convocada pelo setor.

Como foi largamente defendido por Usiminas e COSIPA, comunicações prévias de reajustes de preços no futuro não se constituem em reajustes de preços efetivos, ou seja, preço anunciado não é preço praticado. Tratam-se de propostas de preços a serem negociados cliente a cliente. Concordo, portanto, com o argumento das defesas de que, em julho de 1996, as usinas, preliminarmente, apenas comunicaram a intenção de reajuste de preços ao mercado - sendo que Usiminas e COSIPA comunicaram ao mercado a intenção de realizar tal reajuste na mesma data, coincidentemente, cinco dias após a CSN. Segundo Usiminas e COSIPA, esses anúncios provocaram intensas negociações comerciais para, enfim, os reajustes serem concedidos de forma individual, caso a caso, no mercado. De fato, é assim que acontece caso haja alternativa para os consumidores do produto, que diante do anúncio de reajuste futuro dos preços iniciam imediatamente negociações com outros fornecedores interessados em capturar parte dos clientes do concorrente.

Nos mercados onde o consumidor conta com alternativas de suprimento, a negociação com os diversos vendedores conduz o reajuste de preços efetivamente praticado para níveis inferiores àqueles anunciados pelos vendedores. O anúncio do reajuste é apenas um primeiro passo na negociação, refletindo um desejo do vendedor, uma primeira base para a discussão. A negociação, quando livre, implica reajustes diferenciados entre clientes do mesmo tipo. Somente uma empresa com extraordinário poder de mercado, o monopolista ou a indústria cartelizada é capaz de aplicar integralmente o reajuste pretendido. Nesses casos não há negociação, há imposição unilateral, há abuso do poder de mercado, com transferência de renda compulsória do comprador para o vendedor.

De todo modo, é importante ressaltar que na fase de negociações, após o anúncio da pretensão de reajuste e antes da efetivação do preço que surgirá do choque entre as forças do mercado, é fundamental para que essas forças atuem que os vendedores não façam contato, não entrem em acordo quanto ao limite das negociações. Se o fizerem, o que seria uma mera tentativa de preço ou preço básico, na terminologia utilizada pelas Representadas, torna-se desde logo o preço efetivo. Isto é, se entre a comunicação do desejo de reajuste de preços e sua efetivação os vendedores conversam sobre o processo de reajuste, as negociações no mercado são inúteis, uma vez que os compradores perdem a alternativa de ameaçar o vendedor com a troca de fornecedor. Inúteis porque os vendedores sabem, desde logo, que tal ameaça não redundará na obtenção de melhores condições de venda com o concorrente, que já está operando em conluio.

No presente caso, ficou claramente estabelecida a imposição de preços por parte das usinas para os clientes que não contam com poder de barganha similar ao das montadoras de automóveis. Para aqueles, a instrução da SDE e seu parecer técnico demonstraram cabalmente a forma praticamente única dos reajustes efetuados, tanto em 1996, de uma só vez, integral, sem parcelamento, quanto em 1997, integral com um número fixo de parcelas para todos. Mais uma vez ressalto que o reajuste de 1997 está sendo citado apenas como exemplo do procedimento das Representadas, uma vez que a denúncia aqui investigada diz respeito ao reajuste de preços de agosto de 1996. Não houve de fato negociação, como as defesas querem fazer crer. Como acreditar em negociações se os percentuais de aumentos foram os mesmos e o reajuste imediato em apenas uma parcela, também para todos. Ou pelo menos para a ampla e esmagadora maioria dos clientes que não detêm



poder de barganha.

O que chama a atenção para o processo de reajuste de preços de agosto de 1996 é justamente o fato de que na data da reunião com a SEAE \_ solicitada pelo setor através do IBS, da qual participaram os diretores comerciais das Representadas - os preços ainda não haviam entrado efetivamente em vigor. Os preços estavam sendo negociados no mercado, caso a caso, individualmente. Dessa forma, os responsáveis pelas políticas comerciais das três usinas siderúrgicas brasileiras de aços planos comuns, sob o patrocínio ou não do IBS, não importa, entraram em contato para conversar sobre um reajuste de preços em andamento. Acertaram ir na SEAE "explicar" o aumento de preços, a necessidade do repasse de custos incorridos. Ao manterem contato direto para tratar do reajuste dos preços - não importa se sob o patrocínio do IBS ou não, repito \_ os responsáveis pela política comercial das três únicas fornecedoras do mercado suprimiram dos clientes as alternativas de mercado, impondo-se em bloco.

Foram conversar na SEAE sobre preços, num momento em que os preços ainda não haviam se efetivado e, dessa maneira, não haveria como uma empresa saber que reajustes estavam sendo obtidos pelas outras no tal processo de negociação, se este tivesse ocorrido. Como então expor aos técnicos da SEAE qual seria o reajuste efetivado, como necessidade de reposição de custos, se este estava sendo negociado "cliente a cliente", conforme a expressão das Representadas. O fato dos reajustes terem sido lineares para todos os clientes, conforme demonstrado pela SDE apenas torna evidente que eles não foram negociados. Mas o fundamental é que os concorrentes foram em comissão comunicar um reajuste de preços que tecnicamente ainda não havia ocorrido de fato, muito embora depois tenha sido. A certeza do reajuste é demonstração inequívoca do acerto. A combinação entre concorrentes para marcar um encontro com o governo, sob o patrocínio do órgão de classe ou não, com o objetivo de comunicar um reajuste de preços que ainda não havia sido efetivado é uma demonstração inequívoca do acerto.

Cabe aqui um parêntesis para estabelecer um paralelo com outras jurisdições. Nos países nos quais a aplicação da lei antitruste apresenta-se inserido dentro do direito penal, a apreensão de agendas denunciando o encontro entre diretores de empresas concorrentes ou a simples troca de telefonemas entre eles é prova suficiente da violação da lei. Certamente lá, como aqui, é impossível demonstrar que nessas reuniões ou troca de telefonemas entre empresários responsáveis justamente pela área de comercialização e fixação de preços o assunto tratado foi este. Mas como essa possibilidade é real, e mais do que isso, é racional, é absolutamente proibido o contato entre concorrentes. Quanto mais para anunciar reajuste de preços que ainda não foram efetivados, que ainda não ocorreram, mesmo que o anúncio seja feito para um órgão do governo.

Assim, a reunião na SEAE é um indício incontestável de que as empresas conversaram sobre preços antes do reajuste ter sido praticado. Na verdade, a reunião em si não é o mais grave. O mais grave é que para marcarem a reunião na SEAE para comunicar o reajuste, os três únicos fornecedores de aços planos comuns no país entraram em contato para debater um tema que parecem considerar trivial:

**PREÇOS.** Aliás, se o processo de negociação estava em curso, como foram as empresas comunicar os percentuais de reajuste, que teoricamente eram desconhecidos?

Também é significativo o fato de Usiminas e COSIPA terem tentado ao longo de todo o processo escamotear este fato, admitindo-o apenas quando já não era mais possível negá-lo. É evidente que à reunião da SEAE antecede logicamente uma conversa, um encontro, um acerto entre as Representadas sobre o tema a ser tratado. Nenhuma empresa desloca funcionários para uma reunião com o governo sobre assunto ignorado, apenas por terem sido convidados pelo IBS, pelo órgão que defende os interesses da classe. Sendo evidente, não oferece dúvida, compreende-se prontamente dispensando demonstração, segundo o Novo Dicionário Aurélio. Não se trata de suposição, portanto, mas de um fato.

É preciso notar que não importa se na ausência do acerto entre as partes a forma e o montante do reajuste seria similar. O que importa é que houve uma reunião/comunicação apenas entre eles e desta surgiu a oportunidade de se obter reajustes superiores ao que seria obtido sem ela, independentemente de qualquer julgamento a respeito do fato deste ter sido além ou aquém do necessário para repor custos.

O fato a ser realçado é que concorrentes entraram em contato para discutir preços, antes do reajuste ser efetivado, antes de ser praticado, não importa como nem onde. Ao marcarem com a SEAE para falar de preços deram inequívoca demonstração que se comunicaram antes para tratar do assunto. Também não posso aceitar o argumento de que foi o IBS que marcou a reunião e que as empresas, seus diretores comerciais, os responsáveis pela política comercial do setor, desconheciam o assunto. O IBS é um órgão que representa os interesses do setor, é mantido pelo setor, presidido pelo presidente de uma das empresas do setor. Sendo assim, ofende o senso comum, ofende o bom-senso e a lógica, a tese de que o IBS age independentemente sem dar satisfações ao setor que representa e cujos interesses defende, marcando reuniões e convidando diretores comerciais para tratar de assuntos por eles ignorados.

É líquido e certo que concorrentes não podem sob hipótese alguma tratar de preços de mercado entre si. Desse contato resultará inevitavelmente prejuízo para o consumidor e para a sociedade. Apesar da existência de várias formas de coordenação entre concorrentes com o intuito de aproximar o resultado do mercado daquele obtido sob monopólio, como já mencionado nesse voto, a colusão, o cartel, ainda é a melhor e mais eficiente maneira de alcançar esse objetivo permanente das empresas. No presente caso empresas que deveriam ser concorrentes na plenitude do termo trataram de preços antes destes serem efetivados, antes do aumento efetivo. Puderam, então, acertar que nível de desconto seria admitido, se os níveis propostos seriam mantidos ou não, a forma de um eventual parcelamento nos reajustes.

As usinas foram juntas, sem a convocação do governo, informar, comunicar, justificar, um futuro aumento de preços, em bases por eles teoricamente ignoradas, pois dependiam de intensas negociações de mercado. É fato que tais negociações intensas nunca ocorreram, como bem demonstrou a SDE nas suas diligências e no seu parecer. Mas também é fato que foram todas as usinas ao governo tratar de reajustes de preços antes que eles tenham ocorrido. Foram juntas comunicar seus reajustes que, se fossem inflexíveis, não negociados, decorrentes de acerto, seriam maiores do que se fossem negociados. Assim, está certa a SEAE quando afirma que a solicitação da reunião, feita pelo IBS, órgão que representa o setor, mas da qual participaram voluntariamente as Representadas, pressupõe que as empresas conversaram antes sobre os reajustes. Conversaram antes sobre preços. Não posso imaginar uma situação em que as Representadas foram à SEAE, à convite do IBS \_ órgão de representação da indústria, dirigido por diretores da indústria \_, desconhecendo o assunto a ser tratado, sem dele nunca terem tratado.

Também não posso aceitar de maneira alguma a tese de que ir ao governo comunicar reajustes de preços faz parte da tradição do mercado. Que quando a indústria não vai de moto próprio, é convocada pelo governo. Isso não pode ser de forma

alguma argumento para a formação de cartel, para o reajuste coordenado dos preços. Além disso, a SEAE não apenas não convidou as Representadas para discutir seus preços, mas quando tomou conhecimento do motivo que levou o IBS a solicitá-la, e diante da presença dos três únicos vendedores no mercado, advertiu as Representadas quanto à possível infração da ordem econômica objeto deste PA, emitindo para as usinas, inclusive, ofício à esse respeito.

O fato é que o cartel prejudica o consumidor, subtrai do mercado sua função justa e fundamental para o bem-estar econômico resultante de uma economia livre e concorrencial. Se a concorrência não existe, colocam-se em risco princípios fundamentais não apenas do mercado, mas da liberdade e da democracia. Nesse sentido, é preciso por término à visão ainda vigente entre alguns empresários no país que "organizar os mercados" faz parte da atividade empresarial. Não faz. A coordenação é dada pelo livre mercado, único ambiente que define o que é um preço justo. Único ambiente que ao funcionar livremente induz à redução de custos de produção e de preços, ao lançamento de novos e melhores produtos, gerando os benefícios que a sociedade espera da atividade empresarial.

## VI - DECISÃO

Considero que ficou demonstrada a formação de cartel por parte dos produtores brasileiros de aços planos comuns. Ressalto que para a caracterização do ilícito administrativo contribuiu o fato de que estão presentes nesse mercado as características estruturais para a formação do cartel, além da existência do chamado paralelismo de conduta. Essas, entretanto, são condições necessárias, mas não suficientes. Também contribuiu para a caracterização do acordo o fato de que as explicações apresentadas pelas defesas (com base, inclusive, na teoria econômica) para o processo de reajuste de preços no setor revelaram-se pouco convincentes, além de empírica e teoricamente desamparadas. Não vejo racionalidade nos processos de reajuste de preços ocorrido nos anos de 1996 e 1997, como já mencionado anteriormente, o que representa claro indício da conduta infrativa.

Nesse sentido, incorporo ao presente voto o entendimento manifestado pelo conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca no seu voto oral, cuja justificativa está apensada aos autos. Segundo tese apresentada pelo ilustre advogado da CSN na sua sustentação oral na Tribuna, na sessão de julgamento, não está presente no atual Código de Processo Civil a adoção explícita da prova através de indícios, que constava do artigo 253 do Código de Processo Civil de 1939(22). Afirmou, ainda o advogado, que o Professor Alfredo Buzaid teria eliminado explicitamente a palavra indícios do novo CPC. Entretanto, conforme observou o conselheiro Leopoldino, a palavra não foi adotada no atual CPC, mas o instrumento probatório e seu conceito permaneceram. O confronto dos textos de 1939 e de 1973, demonstra com clareza que o conteúdo normativo é o mesmo. A questão não se restringe, dessa forma, apenas à ausência ou à presença da palavra, mas exige uma análise sistemática dos dispositivos do Código. Basta, ainda segundo o conselheiro Leopoldino, confrontar o art. 131 com os artigos 332 e 335, todos do Código de Processo Civil vigente, para se verificar que, se a palavra não foi mencionada, permaneceu intacto o seu sentido e o seu valor.

### Nota:

(22) Estabelecia o artigo 253 do CPC de 1939: "Na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa".

Ainda assim, a falta de racionalidade econômica e de explicação para a conduta das Representadas no campo empírico ou teórico da ciência econômica, pode ser considerada secundário (não que de fato, seja) na caracterização do cartel. Isso porque embora a ausência de uma evidente racionalidade econômica nos reajustes de 1996 e 1997 seja um indício importante, que se soma aos demais na direção de uma clara conclusão, há um " plus" no presente caso, qual seja, a comunicação entre as Representadas que antecedeu a reunião na SEAE. Não importa se sob o patrocínio do IBS, ou não.

Demonstrado o conluio entre os produtores brasileiros de aços planos comuns com o objetivo de aumentar seus lucros, entendo que a conduta investigada das Representadas ficou claramente enquadrada no artigo 20, incisos I c/c artigo 21, inciso I da Lei nº 8.884. Sendo assim, determino:

1. O pagamento por parte de cada Representada da multa mínima de um por cento do valor do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os impostos, prevista no inciso I do artigo 23, da Lei nº 8.884 e artigo 11 da Lei nº 9.021, equivalentes aos seguintes valores:

EMPRESA	FATURAMENTO – 1996 (R\$)	VALOR DA MULTA (R\$)
CSN	2.218.000.000,00	22.180.000,00
USIMINAS	1.618.000.000,00	16.180.000,00
COSIPA	1.315.000.000,00	13.150.000,00

2. A publicação do extrato da decisão condenatória apresentado abaixo, às expensas das Representadas, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada a empresa, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal.

**EXTRATO DE DECISÃO CONDENATÓRIA A SER PUBLICADO**  
**DECISÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

O CADE, em sessão de julgamento do dia 27 de outubro de 1999, após investigação, decidiu que as empresas Cia. Siderúrgica Nacional \_ CSN, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. \_ USIMINAS e Cia. Siderúrgica Paulista \_ COSIPA, violaram os artigos 20, inciso I c/c 21, inciso I, da Lei nº 8.884/94 (lei brasileira de defesa da concorrência), referente a prática de cartel no mercado de aços planos comuns, no ano de 1996. Desse modo, condenou as empresas ao que se segue:

1. Pagamento por parte de cada empresa da multa mínima de um por cento do valor do faturamento bruto no exercício de 1996, excluídos os impostos, prevista no inciso I do artigo 23, da Lei nº 8.884, equivalentes aos seguintes valores:

<b>EMPRESAS</b>	<b>FATURAMENTO – 1996 R\$</b>	<b>VALOR DA MULTA R\$</b>
CSN	2.218.000.000,00	22.180.000,00
USIMINAS	1.618.000.000,00	16.180.000,00
COSIPA	1.315.000.000,00	13.150.000,00

2. Publicação do extrato da decisão condenatória, às expensas das Representadas, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada a empresa, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal.

As multas deverão ser pagas na forma da Resolução nº 9 do CADE. Entendo que fica parcialmente prejudicado o disposto no inciso I, do artigo 23 da Lei nº 8.884, uma vez que não é possível quantificar a vantagem auferida pelas empresas com a infração. Não há como se estimar qual seria o preço de mercado na ausência do acordo.

Na fixação das penalidades considerei o previsto no artigo 27 da Lei nº 8.884, entendendo que são perfeitamente adequadas aos objetivos da lei brasileira de defesa da concorrência - repressão e prevenção ao abuso do poder de mercado. O acordo entre concorrentes com a finalidade de impor preços aos consumidores constitui-se num atentado à liberdade individual, na medida em que subtrai do indivíduo suas alternativas no mercado. Dentre as hipóteses de infração à ordem econômica, o cartel reveste-se de um caráter especialmente nocivo aos consumidores e à própria eficiência econômica, isto é, à coletividade como um todo. Por essa razão, em outras jurisdições, a exemplo do Canadá e Estados Unidos, é tratado como ilícito de natureza criminal, punível com restrição de liberdade.

No presente caso, a conduta foi patrocinada por grandes empresas com substancial poder econômico que atuam num setor relevante da economia nacional, através de um produto que não encontra substitutos nem pode ser adquirido de maneira economicamente viável no mercado internacional. Porém, entendo que os montantes das multas ora aplicadas já atendem à sua função, considerando-se, ainda, que se cuida da primeira vez em que restou provada a prática de cartel sob a vigência da Lei nº 8.884 e, portanto, a presente decisão reveste-se de um caráter educativo para os agentes econômicos. Ademais, a conduta restritiva foi realizada após um período de transição entre uma situação de intervenção governamental nos setores industriais, através de controle de preços, e a liberação dos preços e introdução da livre concorrência nos mercados. Embora, é fundamental ressaltar, isso não seja justificativa para o conluio entre empresas com a finalidade de subtrair do consumidor seus direitos inerentes ao livre mercado, avançando sobre sua renda de maneira compulsória e evidentemente ilegal. A elevação dos preços do aço de maneira artificial e combinada aumenta os custos e preços de produtos importantes como automóveis e eletrodomésticos, entre outros, reduzindo suas vendas e trazendo desemprego nesses e em vários outros segmentos da economia.

Chamo a atenção, porém, que, ainda assim, a multa aplicada é a mínima exigida por lei, após constatada a infração à ordem econômica. Aplicada a multa máxima, considerada a gravidade da infração e a situação econômica dos infratores, todas empresas de grande porte e poder econômico, as Representadas seriam condenadas a pagar R\$ 665,4 milhões, em vez de R\$ 22,18 milhões (no caso da CSN), R\$ 485,4 milhões, em vez de R\$ 16,18 milhões (no caso da Usiminas) e R\$ 394,5 milhões, em vez de R\$ 13,15 milhões (no caso da COSIPA). A multa aplicada equivale, desse modo, a apenas 3,3% da multa máxima. Tudo isso considerando o princípio da proporcionalidade da pena, que cumpre uma finalidade punitiva-repressiva e não visa de maneira alguma trazer dificuldades ao pleno e eficiente funcionamento do agente econômico.

Diante da presente decisão, que entendeu existente o acordo entre concorrentes e que tais fatos também se subsumem no disposto no art. 4º, inciso I, letra "a", da Lei nº 8.137/90, determino a remessa de fotocópias dos autos, bem como do inteiro teor dessa decisão, ao Ministério Público Federal, juntamente com a respectiva representação, para que o parquet, querendo, requirite a instauração de inquérito policial ou proponha a competente ação penal contra as empresas.

Condeno, ainda, Usiminas e COSIPA, pelas razões anteriormente expostas, ao pagamento de multa de 3.595.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.512.315,00 e 3.570.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.487.890,00, por terem infringido o disposto no artigo 26 da Lei nº 8.884. Ressalto mais uma vez que mesmo diante dos agravantes previstos no artigo 27 e presentes no caso em tela, que justificariam a aplicação de multa mais elevada (o artigo 26 estabelece como teto 100 mil UFIR por dia), apliquei a multa diária mínima exigida pela lei (5% da máxima), por ter considerado que o valor total da multa a ser paga é absolutamente adequado aos seus objetivos.

Finalmente, determino o envio de ofício à SDE visando a instauração de processo administrativo tendente à conhecer adequadamente os fatos e saber da viabilidade da aplicação de sanção à empresa MALLORY S.A.

É o voto.

Brasília, 27 de outubro de 1999

RUY SANTACRUZ  
Conselheiro-relator

## VOTO DO CONSELHEIRO JOÃO BOSCO LEOPOLDINO

Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator, Conselheiro Ruy Santacruz, aduzindo algumas considerações que, segundo creio, reforçam sua posição e, principalmente, rebatem algumas objeções quer as trazidas por memorial, quer as aduzidas da Tribuna pelos ilustres Advogados.

Em primeiro lugar, quanto à exigência de identidade física do juiz, relativamente à instrução e julgamento, creio que se trata de matéria totalmente superada, pois que a Lei assim o dispõe. É a Lei nº 8.884, de 1994, que atribui ao CADE a competência para julgar, sem ter participado diretamente da instrução do processo desde o início.

Saliente-se que o artigo 43 da Lei nº 8.884/94 confere ao Conselheiro Relator a competência para ratificar a prova produzida, podendo facultar a produção de novas provas, quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos. Desta sorte, embora não tenha participado das atividades de instrução, assume, neste momento, toda a prova produzida, após examiná-la por inteiro.

Aliás, a própria Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no seu artigo 47 prevê expressamente a dualidade entre órgão competente para instruir e órgão competente para julgar, como se vê pelo seu texto: "O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo da fase do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente".

Não existe, portanto, a pretendida nulidade invocada pelas requerentes.

Aliás, essa cisão entre órgão de julgamento e órgão de instrução encontra um paralelo no Direito brasileiro, porque no Direito do Trabalho o juiz que decide a causa nem sempre é o que preside a instrução, porque nas Juntas de Julgamento não existe o princípio da identidade física do juiz. Naquela Justiça especializada, o juiz que julga o processo é o que preside a Junta em determinado momento. Ele encontra, muitas vezes, o processo já instruído. Portanto, esse argumento não me parece de nenhuma força no caso presente. Pode-se afirmar que também no processo administrativo instituído pela Lei nº 8.884/94 não existe o princípio da identidade física do julgador.

Quanto ao outro aspecto, suscitado da Tribuna, de não constar no atual Código de Processo Civil a adoção explícita da prova através de indícios, que constava do artigo 253 do Código de Processo Civil de 1939(1), afirmando o ilustre Advogado que o Professor Alfredo Buzaid eliminou aquela palavra, creio que a argumentação também aqui não proceda.

### Nota:

(1) Estabelecia o artigo 253 do CPC de 1939: "Na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa".

A palavra não foi adotada, mas o instrumento probatório e seu conceito permaneceram. Basta fazermos um confronto entre os textos, o de 1939 e o de 1973, para vermos com clareza que o conteúdo normativo é o mesmo.

O Artigo 118 do Código de Processo Civil de 1939 assim determinava:

"Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento".

O artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 estabelece textualmente o seguinte:

"Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Na Exposição de Motivos da Lei nº 5.869, de 1973, que instaurou o novo Código de Processo Civil, o Professor Buzaid é enfático ao afirmar que "a doutrina das provas sofreu importantes modificações. O artigo 336 (leia-se: 332) declara que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código serão hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação ou a defesa". Mas não é só. Permite o projeto que o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, aplique as regras da experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (artigo 339 - leia-se 335)" (2).

**Nota:**

(2) Depois de distinguir os sistemas da prova legal, em que o juiz " secundum allegata et probata iudicare debet", o do livre convencimento, em que o juiz é soberano e livre para formar a sua convicção a respeito dos fatos da causa, observa OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA que "uma decorrência do sistema de persuasão racional é a faculdade de iniciativa probatória que se reconhece, com bastante largueza, ao julgador, nos sistemas modernos. Se o juiz deve formar sua convicção livremente, cabendo-lhe porém motivar, segundo critérios lógicos adequados, o resultado a que chegou através da análise da prova constante dos autos, é natural que se lhe dê condições de trazer para o processo os elementos de prova de que ele necessita, mesmo que as partes não a tenham proposto. Nosso Código contém inúmeros dispositivos facultando ao juiz a determinação ex officio de meios de prova; assim, o art. 342 prevê a possibilidade de determinar ele o comparecimento pessoal das partes, para interrogá-la sobre fatos da causa; e o art. 343 permite que o juiz de ofício ordene a prestação de depoimento pessoal...". (Curso de processo civil. Vol. I, 2ª ed. revista, Porto Alegre, Fabris Editor, 1991, p. 287).

A questão exige uma análise sistemática dos dispositivos do Código. Basta confrontar o art. 131 com os artigos 332 e 335, todos do Código de Processo Civil vigente, para se verificar que, se a palavra não foi mencionada, permaneceu intacto o seu sentido e o seu valor.

Com efeito, como citado acima, o artigo 131 do CPC determina que "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos". Ou seja, ele terá que analisar os fatos e circunstâncias, quaisquer que sejam eles, para transformá-los, depois, em argumento de sua sentença, para demonstrar que tais fatos e circunstâncias, valorados juridicamente, se prestam para formar o seu convencimento(3).

**Nota:**

(3) Ensina MIRABETE que "Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra". (Código de processo penal interpretado. São Paulo, Atlas, 1999, p. 235).

Essa visão se reforça ainda com o que está dito no art. 332 do CPC, pois ali está dito que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em se funda a ação ou a defesa".

E ainda ampliando e dando completude aos recursos do sistema probatório, o artigo 335 do CPC determina que "em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial".

Acentue-se ainda que no processo administrativo acentua-se a obrigação de busca da verdade, que é adotado também no processo civil através do disposto no artigo 339 do CPC que determina que "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade". Essa concepção já existia também no Código de Processo Civil de 1939, como ressalta da Exposição de Motivos, em que o Professor Francisco Campos afirma categoricamente que "no processo concebido como instrumento público de distribuição da justiça, as testemunhas e os peritos passam a ser testemunhas e peritos do juízo. O seu dever é o de dizer e de investigar a verdade, sem as restrições que hoje incidem sobre elas".

Acentue-se ainda que HELY LOPES MEIRELLES enumera entre os princípios que devem reger o processo administrativo o da verdade material. Para alcançar este objetivo legal devem ser levados em conta os fatos e circunstâncias constantes dos autos (art. 131 do CPC). E, neste ponto, o processo administrativo se aproxima consideravelmente do processo penal, em que se busca também a verdade real, para o que, o indício vem a ser definido como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias" (cf. artigo 239 do Código de Processo Penal).

Do que se deduz que os indícios são um ponto de partida para o raciocínio lógico que conduzirá à formação da convicção do juiz. E é nesta condição que são eles mencionados no artigo 30 da Lei nº 8.884/94. Os indícios de infração da ordem econômica dão surgimento às averiguações preliminares, quando se levantam documentos, quando se ouvem representantes e representados, quando se procede à consulta pública e à manifestação de terceiros (conforme disposto no artigo 31 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e ainda quando são ouvidos outros órgãos ou entidades administrativas (como o prevê o artigo 35 da mesma Lei nº 9.784/99). Todos estes elementos podem servir para que, de fatos e circunstâncias conhecidos, se chegue ao conhecimento e à confirmação de lesão à ordem econômica. Ao se passar da fase

de averiguação preliminar para a do processo administrativo a autoridade instrutora já tem fortes elementos de convicção de que a infração já está configurada.

No caso do processo em que o CADE examina a existência de cartel entre a USIMINAS, a CSN e a COSIPA, ao se abrir o processo administrativo, estava a autoridade convencida de que os indícios eram suficientemente fortes para alicerçar a tese da existência da infração. Tais indícios foram reforçados não só pela análise feita pela SEAE e pela SDE, mas principalmente agora, pelo eminente Relator, porque esses indícios foram analisados entro do princípio dos arts. 131, 332, 335 e 339 do Código de Processo Civil, e foram reforçados de tal forma que encontramos alguns fatos que são inegáveis.

Veja-se bem. USIMINAS e COSIPA, primeiramente, negaram que tivessem estado presentes. Quando se prova que estiveram presentes, estamos diante de um indício de que elas, pura e simplesmente, faltaram com a verdade(4). Provou-se que elas estavam presentes, então alegam que não foram tratar de preços. Foram elas lá passear? Três representantes legais da empresa vieram, no mesmo dia e na mesma hora, passear na SEAE? Sem dúvida, deve ser um passeio agradável, mas, de qualquer forma, se torna inexplicável. Depois do passeio, os aumentos de preços foram efetivados na mesma data pelas três empresas. Então, a junção de todos esses elementos levam a uma convicção de que houve realmente um conluio. Isso é inegável, porque, trabalhando todos esses elementos em conjunto, produzindo resultados idênticos, na mesma época, não é possível acreditar numa mera casualidade, numa coincidência não combinada.

**Nota:**

(4) Sobre este pormenor, PONTES DE MIRANDA nos traz importante diretriz: "Na apreciação da prova, que é livre, pode o julgador chegar a conseqüências que não foram tiradas pelas partes.

O princípio não se refere só à prova dos fatos em que assentam as alegações das partes, no tocante à res in iudicium deducta; também alcança fatos que ocorreram durante o procedimento, inclusive atos processuais das partes (...) Para apreciar a prova, deve o juiz considerar o elemento probatório que foi produzido, os debates, as recusas em confirmar ou em dar informes, as infrações ao dever e veracidade, a qualidade e a atitude das testemunhas e recusas a depoimento. Se alguma parte sustentou certeza e algum fato, tanto pode o juiz tirar daí conclusão a favor quanto contrária à manifestante, sem que essa se possa opor"...

Causas de difícil prova admitem provas menos idôneas (Ordenações Filipinas, Livro V, Título 135, pr. e §§ 1 e 2; Alvará de 30 de outubro de 1649). (Comentários ao código de processo civil. Tomo IV, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp. 216-217).

Quanto à afirmativa feita pelos ilustres Advogados na Tribuna, de que os três representantes das empresas teriam vindo simplesmente comunicar ao órgão do Governo, como sempre fizeram no passado, aumentos de preços, é ela totalmente inaceitável. Fazem até mesmo menção às Câmaras Setoriais encarregadas de controlar preços.

Não é possível admitir que empresas desse porte tenham departamentos jurídicos que ainda ignorassem, em julho de 1996, a existência da Lei nº 8.884/94. Esses departamentos jurídicos já deviam ter dito aos empresários, naquele momento, que, a partir de 1994, já tínhamos uma lei que não permite tal atitude, ou seja, não podia mais persistir a continuação daquele costume de "conversar sobre os preços", de "combinar preços".

Então todo esse conjunto de circunstâncias, de fatos, que estão comprovados nos autos, levam-me à convicção de que não estamos diante de simples indícios. Não. Esses indícios foram reforçados por uma demonstração lógica, coerente, que veio demonstrar que houve conluio, que houve cartel.

É com esses fundamentos que acompanho o voto do eminente Relator.

*JOÃO BOSCO LEOPOLDINO*  
*Conselheiro do CADE*