

PROCESSO ADMINISTRATIVO**Nº 08000.004436/1995-04**

Representante: COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO SÃO PAULO (SABESP)

Advogados: MATHIAS LAMBAUER, MARIA EMILIA PILEGGI, JOÃO NEGRINI FILHO, BONOMI TRINDADE, PAULO EDUARDO CÉZAR DE ALMEIDA, DJAMA RODRIGUES E OUTROS.

Representadas: PRODUTOS QUÍMICOS GUAÇU INDS. COM. LTDA., PRODUTOS QUÍMICOS ELEKEIROZ S.A., QUÍMICA INDUSTRIAL UTINGA LTDA., SUALL IND. COM. LTDA., NHEEL QUÍMICA LTDA., CIMIL COM. E INDS. DE MINÉRIOS LTDA., INDÚSTRIAS QUÍMICAS CUBATÃO LTDA. E SANECLOR PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.

Advogados: BENEDITO JOSÉ BARRETO FONSECA, MARIZA P.M. BARRETO FONSECA, LUCIANO BRASILEIRO DE OLIVEIRA, JORGE ANTÔNIO ALVES DA SILVA, JOSÉ GERALDO JOÃO LOUZA PRADO, MARCELO ANTUNES NEMER, ADALBERTO OMOTO, LUCIANO DA SILVA AMARO, HÉLIO RAMOS DOMINGUES, EDMAR HISPAGNOL, DAVI MOTTA, ERNESTO ANTUNES DE CARVALHO, MANOEL FERNANDES DE REZENDE NETTO, MARCELO HABICE MOTTA, MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, MAYR DA CUNHA, NATANAEL MARTINS, SANDRO CAPESTRANI, SELMA NEGRO CAPETO, BAYARD PICCHETTO JÚNIOR, JAYR CÍCERO PINHEIRO, RUDYANE MANCINI RAHAL, AURÉLIO MARCHINI SANTOS, MAURO GRINBERG, ANTÔNIO CÂNDIDO DA SILVA, NELSON CÂNDIDO DA SILVA, JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA, ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO, ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ, LUCIANA AGUIAR MATIAS, BRAZ MARTINS NETO, GLAUCO MARTINS GUERRA, LEANDRO MARTINS GUERRA, SEVERINO J.S. BIONDI, EDUARDO DOMINGOS BOTTALLO, MARIA ANGELA DIAS CAMPOS, MARCELO DE CARVALHO BOTTALLO, MARTA APARECIDA DUARTE, MARIA DE LOURDES DADA, GLÁUCIA LEITE KISSELAO, EDEGAR STECKER, MAURI RICARDO REFFATTI, MILTON MASSAROTTO, CLEIDE NOGUEIRA GEIA, LAERCIO FERRARESI.

Relator: CONSELHEIRO CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

Data de publicação do Acórdão: 05.07.2004

EMENTA

Processo Administrativo instaurado com vistas a apurar indícios de infrações à ordem econômica tipificadas nos incisos I, II e III do art. 20 c/c incisos I, VIII e XXIV do art. 21 da Lei nº 8.884/94. A Representante Sabesp acusa as Representadas Produtos Químicos Guaçu Inds. Com. Ltda., Produtos Químicos Elekeiroz S.A., Química Industrial Utinga Ltda., Suall Ind. Com. Ltda., Nheel Química Ltda., Cimil Com. e Inds. de Minérios Ltda., Indústrias Químicas Cubatão Ltda. e Saneclor Produtos Químicos Ltda. de estarem praticando preços excessivos nas licitações públicas por ela promovidas para aquisição de sulfato de alumínio. Preliminares de inconstitucionalidade, nulidade do despacho de instauração do Processo Administrativo, e cerceamento do direito de defesa afastadas. Não consumação do prazo prescricional. Mercado relevante definido como sendo o de sulfato de alumínio para o setor público por meio de licitação. Dimensão geográfica limitada ao Estado de São Paulo. As Representadas detêm, em conjunto, cerca de 77,12% do mercado relevante definido. Informações disponibilizadas nos autos não são suficientes para caracterizar um acordo em licitação (bid rigging). Série de dados é relativamente pequena. Impossibilidade de recuperar dados relevantes em razão do lapso de tempo decorrido. Elevação simultânea de preços, apesar de ser um bom indício de coordenação entre as empresas, por si só não é capaz de caracterizar um ilícito concorrencial. Necessidade de um estudo mais detalhado do mercado de atuação das Representadas, à época. Não há dados sobre as condições de entrada no mercado de produção e comercialização de sulfato de alumínio, determinantes para avaliar a capacidade das empresas de adotarem condutas anticompetitivas. Não há informações exatas sobre a estrutura de custos de produção do sulfato de alumínio, não sendo possível estimar o lapso de tempo necessário para o repasse do preço dos insumos para o preço do produto final. A questão relacionada à sazonalidade do consumo ficou em aberta. Os dados que constam dos autos não permitem concluir, de forma irrefutável, que de fato houve um acerto entre Representadas. Arquivamento do Processo Administrativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, por unanimidade, determinar o arquivamento do processo que, por maioria, o fez nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Fernando Marques que determinava a abertura de Processo Administrativo, a fim de apurar eventual conduta anticompetitiva por parte da Representante. Participaram do julgamento o Presidente do CADE, João Grandino Rodas, e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira e Luiz Alberto Esteves Scaloppe. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília, 12 de maio de 2004 (data do julgamento – 321ª SO).

JOÃO GRANDINO RODAS

Presidente

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

Conselheiro-Relator

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR CLEVELAND PRATES TEIXEIRA(1)

Nota:

(1) Agradeço a colaboração das assessoras Tatiana Mercier Querido Farina e Susana Salum Rangel.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme visto no Relatório, trata-se de denúncia apresentada pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp(2)), em 03 de março de 1995, contra oito empresas fornecedoras de sulfato de alumínio, quais sejam: Saneclor Produtos Químicos Ltda., Indústrias Cubatão Ltda., Produtos Químicos Guaçu Indústria e Comércio Ltda., Produtos Químicos Elekeiroz S.A., Química Indústria Utinga Ltda. e Suall – Indústria e Comércio Ltda., Nheel Química Ltda. e Cimil Comércio e Indústria de Minérios Ltda.

Nota:

(2) Empresa de economia mista, de capital aberto, que tem como principal acionista o Governo do Estado de São Paulo.

De acordo com a Sabesp, as Representadas estariam praticando preços excessivos em licitações públicas por ela promovidas, resultado de um suposto cartel ou coordenação tácita.

A Sabesp é uma empresa concessionária de serviços sanitários municipais, que tem por objetivo atender às necessidades de saneamento ambiental: planejar, executar e operar sistemas de água potável, esgotos e efluentes industriais, melhorando a qualidade de vida da população e preservando o meio ambiente.

As Representadas são fornecedoras de sulfato de alumínio, material imprescindível ao processo de tratamento de água nas diversas estações da Sabesp. Para garantir o suprimento desses insumos, a Sabesp realiza, periodicamente, licitações na modalidade Tomada de Preços (TP).

Segundo a Sabesp, nas TPs realizadas em setembro e outubro de 1994 para a aquisição de sulfato de alumínio líquido (3), houve uma elevação nos preços propostos de cerca de 130,8% em relação aos da licitação imediatamente anterior, realizada em agosto. A mesma situação foi verificada nas licitações para a aquisição de sulfato de alumínio granulado(4). Acrescenta que em face desta constatação, tentou negociar com seus fornecedores uma redução nos preços, porém, não obteve êxito, tendo que, devido à essencialidade do produto, adjudicar as propostas.

Nota:

(3) TP nº 11.033/94, Conc. nº 10.006/94 e TP nº 11.026/94.

(4) Conc. nº 10.007/94 e TP nº 11.027/94.

Para a Sabesp, trata-se de uma elevação abusiva de preços, visto que o produto em questão não sofreu variações significativas nos itens que compõem seus custos de produção e fornecimento.

Com o intuito de apurar os fatos apresentados, a SDE determinou a instauração de Averiguação Preliminar (AP nº 08000.004436/95-04), no dia 11 de agosto de 1995, notificando as Representadas a prestarem os devidos esclarecimentos.

As Representadas enviaram diversos relatórios, planilhas de custo, notas fiscais, balancetes e outros documentos, todos anexados ao processo, visando esclarecer e justificar o aumento nos preços. A base de defesa apontada encontra respaldo, essencialmente, em uma elevação dos preços dos insumos, que, associado ao fato dos preços de venda a Sabesp estarem extremamente defasados, acarretou um aumento nos preços de fornecimento a partir de meados de 1994.

Considerando as manifestações das empresas notificadas, a SDE concluiu, preliminarmente, em nota de fls. 1.000-1.011, no dia 29 de julho de 1996, que: *“Pela análise de fls. retro constata-se que de fato houve os aumentos questionados pela representante. Ocorre, porém, que todas as representadas justificaram que os reajustes praticados tiveram por objeto a adequação das margens aos custos efetivos, inclusive repasses de aumentos das principais matérias-primas. Percebe-se, também, que referidos aumentos ocorreram logo após a implantação do Plano de Estabilização Econômica, portanto, numa*

fase de ajustes” (fls. 1.011). Sugeriu, ao final, que o assunto fosse submetido à apreciação da SEAE, a fim de que esta se manifestasse se tais aumentos encontravam justificativas plausíveis.

Em Parecer Técnico nº 27/SEAE/COGPI/RJ (fls. 1.044-1.051), a SEAE apresentou as seguintes constatações:

- a evolução dos preços de sulfato de alumínio apresentados pelas Representadas nas tomadas de preços da Sabesp, entre maio e novembro de 1994, apresenta uma clara descontinuidade no mês de setembro. O preço médio nominal apresentou variação positiva de 133%;
- o ácido sulfúrico e a bauxita constituem-se nas mais importantes matérias-primas utilizadas na fabricação do sulfato de alumínio, sendo responsáveis por cerca de 36% do seu custo direto de produção (28% e 8%, respectivamente);
- neste mesmo período os fornecedores de sulfato de alumínio da Sabesp compraram ácido sulfúrico e bauxita a preços que também apresentaram oscilação; e
- a análise da relação entre os preços ofertados pelas Representadas para a Sabesp e o custo dos principais insumos indica uma brutal elevação das margens brutas de contribuição, definidas como a relação entre o preço ofertado do sulfato de alumínio e os custos do ácido sulfúrico e da bauxita no processo produtivo(5). Ademais, da relação mensal entre o preço ofertado do produto final e o custo dos principais insumos, observam-se significativas elevações das margens brutas, concentradas em setembro.

Nota:

(5) De acordo com pesquisa feita, o reajuste do preço da bauxita, no período em questão, foi de 8%, enquanto o reajuste do preço do ácido sulfúrico foi de 28%. Tendo em vista que uma tonelada (ton.) de sulfato de alumínio é produzida por 0,30 ton. de bauxita e 0,47 ton. de ácido sulfúrico, as matérias-primas utilizadas na fabricação do sulfato de alumínio foram responsáveis por cerca de 36% do aumento do seu custo direto.

Em vista do exposto, a SEAE concluiu que:

“os dados analisados indicam fortemente a ocorrência de uma ação concertada por parte das empresas fornecedoras de sulfato de alumínio nos processos licitatórios promovidos pela Sabesp, no período analisado. A elevação das margens de contribuição de todos os fornecedores, concentradas num único mês, não pode ser considerada fruto de uma coincidência. Evidentemente a comprovação desse acerto não pode exigir provas materiais (...). No caso em análise não há explicação econômica para a elevação brutal das margens de contribuição nas ofertas de sulfato de alumínio para a Sabesp, por parte de todos os fornecedores, concentrada num mesmo mês. Ressalta-se que numa tomada de preços a empresa vence com o menor preço. Sendo assim, o aumento significativo do preço vencedor só é possível diante da elevação dos preços ofertados por todos os participantes. E, uma vez que esse aumento generalizado de preços não tem contrapartida em aumento de custos ou em outras variáveis de mercado, só pode ser explicado por uma terrível coincidência ou pela ação concertada. A defesa das representadas está baseada justamente na evolução de custos, principalmente de matéria-prima. A análise realizada, entretanto, buscou justamente demonstrar que os reajustes de preços não podem ser explicados pelo aumento de custos de produção. Nesse mesmo período também não ocorreram elevações de preços de óleo diesel, como argumentado, que pudessem explicar os aumentos de preços. Por outro lado, o argumento de que os preços praticados no mercado de sulfato de alumínio eram mais elevados do que os praticados para a Sabesp não justifica o aumento conjunto de preços, uma vez que os produtos entregues para o mercado e para a representante podem ser diferentes (grau de concentração, líquido, granulado, férrico, etc.), podem ser vendidos em apresentações diferentes (granel, ensacado, etc.), bem como as condições de vendas (prazos e, principalmente, quantidades) não são certamente as mesmas” (fls. 1.050-1.051).

Cabe destacar que no ofício de encaminhamento à SDE (Ofício nº 368/SEAE, de 11 de junho de 1997), a SEAE “concluiu pela existência de fortes indícios de formação de cartel nas vendas realizadas pelas Representadas em processos de licitação promovidos pela Sabesp no segundo semestre de 1994” (fls. 1.044), recomendando a abertura de processo administrativo com a finalidade de aprofundar e concluir a investigação para a adoção das medidas cabíveis.

Considerando a análise da SEAE, em 16 de junho de 1997 (data de publicação no D.O.U.), o Secretário de Direito Econômico, por meio do Despacho nº 182, instaurou Processo Administrativo contra as oito Representadas, nos seguintes termos:

“Decisão: com base no art. 31 da Lei nº 8.884/94 asseguradas as garantias do devido processo legal, ao contraditório à ampla defesa, previstas no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, DETERMINO a instauração do Processo Administrativo contra as empresas acima nominadas, com fundamento nos indícios de infração à Ordem Econômica identificadas através de coletas de dados e estudos promovidos, na forma da lei, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, que apontam como fato da conduta infracional a elevação abusiva de preços, na ordem de 130,87%, nos meses de setembro e outubro de 1994, em relação aos preços praticados nos meses anteriores, do sulfato de alumínio líquido e sulfato de alumínio granulado, com indícios de formação de cartel em concorrência pública” (fls. 1.635).

Notificadas a apresentarem defesa, as Representadas levantaram algumas preliminares, quais sejam: (i) inconstitucionalidade; (ii) nulidade do despacho de instauração do Processo Administrativo; e (iii) cerceamento do direito de defesa por não haver tipificação exata e precisa da conduta sob análise.

No mérito, as Representadas alegaram que no final de 1993 e meados de 1994, o preço do sulfato de alumínio caiu para níveis irreais e muito abaixo dos custos de produção, em razão da concorrência predatória praticada por empresas produtoras de bens de qualidade inferior. Nesse mesmo período se viram forçadas a reduzir os preços oferecidos à Sabesp, com o intuito de lograrem êxito nas licitações por ela promovidas, visto que era uma importante consumidora de sulfato de alumínio – produto de difícil comercialização e com poucos compradores. Informaram que esta redução foi até certo ponto incentivada pela Sabesp, que anunciava os preços dos vencedores, convidando os licitantes a refazerem suas propostas. Dessa forma, sofreram sérios prejuízos, vez que, em muitos casos, os preços oferecidos a Sabesp estavam abaixo dos custos de produção.

Essa situação, segundo as Representadas, se agravou com o aumento dos insumos para a fabricação do sulfato de alumínio, especialmente do ácido sulfúrico, que tem seu preço interno determinado pelo preço internacional, além do enxofre – matéria-prima necessária para sua fabricação – ser praticamente todo importado. A bauxita, minério, também utilizado na fabricação do sulfato de alumínio, teve seu preço elevado no período em questão. Além disso, nesse mesmo período teriam ocorridos aumentos de custos relacionados à mão-de-obra, encargos, frete e óleo diesel.

Diante deste cenário apresentado, as Representadas alegaram que não tiveram alternativa senão realinhar seus preços, que, todavia, voltaram aos patamares do início de 1993, sem qualquer extra. Destacaram que os preços praticados em agosto de 1994 estavam sem reajustes desde maio de 1994.

Ademais, as Representadas alegaram dois fatores conjunturais nas licitações de setembro e outubro que impossibilitariam uma análise comparativa dos seus preços ofertados com aqueles propostos nas licitações anteriores: (i) volume contratado em período de grande demanda pelo produto; e (ii) contrato de longo prazo.

Segundo as Representadas, as licitações referidas visavam à aquisição de quantidades bastante superiores àquelas normalmente adquiridas pela Sabesp. Isto em um período de grande demanda pelo produto. As Representadas alegaram que diversos fatores devem ser considerados para a composição do preço, entre eles o fato do consumo do sulfato de alumínio ser sazonal. Havendo uma baixa na sua procura durante as épocas mais frias, os preços cotados durante esse período não podem ser comparados com os preços nas épocas mais quentes, em que há uma grande demanda pelo produto.

As Representadas ainda argumentaram no sentido de que as licitações, em que a Sabesp tomou como parâmetro para a constatação de um suposto cartel entre as empresas fornecedoras de sulfato de alumínio, visavam à formalização de contratos de fornecimentos de longo prazo a preços pré-fixados. Devido às incertezas decorrentes da variação dos custos de produção e variações macroeconômicas que envolviam o contrato, atingindo exclusivamente o ofertante, as Representadas, como qualquer agente racional, incluíram em seus preços as expectativas de possíveis alterações no mercado que pudessem vir a ocorrer no período de vigência do contrato. Ou seja, o preço nominal da mercadoria dependeria da previsão do produtor sobre o preço da matéria-prima e da expectativa de inflação. Acrescentaram, ainda, que no período em referência, o Plano Real estava sendo implementado.

Ressalte-se que a Saneclor pugnou pela sua exclusão da lide tendo em vista que a mesma não fornecia sulfato de alumínio líquido desde o final do mês de maio de 1994, bem como jamais forneceu sulfato de alumínio granulado à Representante, dado que não possuía condições para produzir o referido produto dentro das condições exigidas pela Sabesp.

No dia 05 de fevereiro de 1999, a fase instrutória restou concluída pela SDE, notificando as Representadas para apresentação de alegações finais, que, essencialmente, reproduziram os argumentos de defesa.

A SDE em parecer conclusivo, datado de 13 de maio de 1999 (fls. 2.919-2.953), descartou, inicialmente, as preliminares levantadas pelas Representadas. Para analisar a conduta denunciada definiu o mercado relevante como sendo o de sulfato de alumínio líquido e granulado, tendo este por dimensão geográfica o Estado de São Paulo, uma vez que tanto as Representadas como a Representante operavam nesse Estado.

Acolhendo o entendimento da SEAE emitido no Parecer Técnico nº 27/SEAE/COGPI/RJ, e considerando que apenas as oito Representadas participavam constantemente das licitações promovidas pela Sabesp durante o ano de 1994, o que caracterizaria domínio de mercado, a SDE concluiu pela ocorrência de um comportamento comercial concertado entre as Representadas quando do aumento nos preços de sulfato de alumínio, tipificado nos incisos I, II e III do art. 20 c/c incisos I, VIII e XXIV do art. 21 da Lei nº 8.884/94. Dessa forma, remeteu o feito ao CADE para julgamento, sugerindo a exclusão do pólo passivo a empresa Saneclor Produtos Químicos Ltda., por evidente ilegitimidade, pois não teria participado dos certames que resultaram nos indícios apontados quando da instauração do Processo Administrativo.

Por meio do Despacho nº 291 (fls. 2.955), de 19 de maio de 1999, o Secretário de Direito Econômico acolheu o parecer conclusivo, excluindo do pólo passivo a Saneclor e remetendo os autos ao CADE para julgamento.

Recebido, no dia 20 de maio de 1999, o processo neste Conselho, o mesmo foi distribuído ao Conselheiro Ruy Afonso de Santacruz Lima, que, de imediato, declarou-se impedido para julgar o feito por ter participado da fase instrutória no exercício da função de Coordenador da COINP/SEAE (fls. 2.962).

Em 08 de junho de 1999, os autos foram redistribuídos ao Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, que abriu vistas a Procuradoria do CADE.

A Procuradoria do CADE, em seu Parecer nº 242/99 (fls. 2.965-2.985) datado de 08 de julho de 1999, opinou pelo não conhecimento do recurso e conseqüente arquivamento, vez que entendera o CADE como incompetente para apreciar feitos atinentes a procedimentos licitatórios, *ex vi* o disposto na Lei nº 8.666/93.

Na 153ª Sessão Ordinária, realizada no dia 02 de fevereiro de 2000, o Conselheiro João Bosco relatou o processo, tendo proferido seu voto, em que conhecia o recurso de ofício para lhe dar provimento, condenando as Representadas pela prática de infração à ordem econômica. Tendo o Conselheiro Marcelo Calliari formulado pedido de vista, o julgamento não foi concluído.

Após receber o processo, o Conselheiro Calliari solicitou às Representadas algumas informações a respeito de faturamento nos anos de 1994 a 1999.

Terminado o mandato do Conselheiro-Relator e do Conselheiro Marcelo Calliari, a Eleikeroz dirigiu-se ao Presidente do CADE para que o feito fosse redistribuído e invalidado o voto proferido pelo Relator, dada as diligências realizadas.

A esse respeito a Procuradoria do CADE, no Parecer nº 221/2001 (fls. 3.184-3.186) emitido em 25 de abril de 2001, opinou de forma favorável, sugerindo que fosse realizado um novo julgamento do processo, desconsiderando o voto proferido.

Sendo assim, o processo foi redistribuído, no dia 24 de maio de 2001, ao Conselheiro Mércio Felsky, que abriu vista dos autos a Procuradoria para elaboração de novo parecer.

No Parecer nº 344/2001, de 08 de junho de 2001 (fls. 3.194-3.201), a Procuradoria do CADE não mais se reportou ao entendimento veiculado em sua primeira manifestação, referente à incompetência do CADE para apreciar o feito. Nesse, sugere a condenação das Representadas pela prática de cartel e prática de preços excessivos, condutas estas tipificadas nos incisos I, II, IV, VIII e XXIV do art. 21, c/c os incisos I, II, III do art. 20 da Lei nº 8.884/94. Para tanto, a Procuradoria destaca que, inobstante a ausência de provas de acordo formal entre os participantes da licitação em relação ao preço das propostas, os fatos relativos ao comportamento de preços e os freqüentes aumentos de preços nas licitações, seriam suficientes para a categorização da conduta de colusão entre os agentes representados no processo.

Encerrado o mandato do Conselheiro Mércio Felsky, o processo foi novamente redistribuído, no dia 21 de junho de 2001, ao Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto.

Com o término do mandato do Conselheiro Afonso Arinos, o processo foi a mim redistribuído, no dia 24 de julho de 2002.

Com o intuito de obter maiores informações sobre o mercado, requeri por meio do Ofício CADE nº 369/2003, no dia 18 de fevereiro de 2003, algumas informações a respeito do sulfato de alumínio, e do comportamento dos preços nas licitações. Posteriormente, requisitei dados sobre o consumo de sulfato.

Solicitei, ainda, às Representadas informações sobre o volume de vendas em 1994 (em termos de quantidade).

Com a indicação de Representante do Ministério Público Federal para atuar junto ao CADE, os autos foram a este remetidos para manifestação. No Parecer nº 443/2003/CADE/MGMF, recebido dia 03 de dezembro de 2003, o MPF manifestou-se, preliminarmente, pela não ocorrência da prescrição da ação punitiva. Segundo o MPF, o prazo prescricional teria se interrompido tanto pela instauração do procedimento administrativo pela SDE em 12.06.1997, quanto pela inclusão em pauta, no dia 02.02.2000, apesar de desconsiderado o voto do então Relator João Bosco. Entendeu que a conduta objeto de análise também configura, em tese, crime tipificado no art. 96, incisos I e V da Lei nº 8.666/93, sugerindo o envio de cópia de peças dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo. Por fim, o MPF opinou pela condenação das Representadas por infringirem o disposto no art. 20, incisos I, II e III c/c o art. 21, incisos I, VIII e XXIV da Lei nº 8.884/94.

II – DAS PRELIMINARES

Como visto, as Representadas apresentaram algumas preliminares, quais sejam: (i) inconstitucionalidade; (ii) nulidade do despacho de instauração do Processo Administrativo; e (iii) cerceamento do direito de defesa por não haver tipificação exata e precisa da conduta sob análise.

As Representadas, inicialmente, argüiram que o Processo Administrativo previsto na Lei nº 8.884/94 constitui infração ao princípio do juízo natural, estabelecido na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso LIII), que prescreve que *“ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente”*.

Aduzem as Representadas que tal vício se materializa na dicotomia entre os órgãos SDE e CADE, de modo que, *“a autoridade que processa (SDE) não julga e aquela (CADE) que julga não processa (...)”*. Dessa forma, entendem as Representadas que o CADE não poderia proferir decisão sem ter presidido à colheita de provas.

Note-se que as Representadas confundem o princípio do juiz natural com o da identidade física do juiz. O primeiro destina-se a assegurar que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, conforme indicado pelo inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal. O segundo, previsto no art. 132 do CPC, assegura que a lide será julgada pelo magistrado que concluir a audiência de instrução, ou seja, aquele presidiu a produção da prova.

De acordo com as disposições da Lei nº 8.884/94, a autoridade competente para julgar os ilícitos concorrenciais é o Plenário do CADE. O fato de os processos serem instaurados pela SDE e decididos pelo CADE não ofende, não desvirtua e não elimina o princípio do “juiz natural”. O CADE é o órgão pré-constituído e revestido das garantias ínsitas à missão.

No que se refere ao princípio da identidade física do juiz, o fato do CADE não presidir a colheita das provas, não produz qualquer ofensa a este princípio. Isso porque no sistema criado pela Lei nº 8.884/94, embora o CADE tenha competência decisória, também possui poderes de diligência, no sentido de produzir ou reproduzir toda e qualquer prova necessária para a formação de seu convencimento.

Quanto à suposta nulidade do despacho de instauração do Processo Administrativo, as Representadas apresentaram dois motivos para tal entendimento, quais sejam: (i) o despacho não foi assinado pelo Secretário da SDE; e (ii) o despacho não teve fundamentação nem foi motivado.

A falta de assinatura do Secretário da SDE constitui mera irregularidade, que não invalida o referido despacho. A falta de assinatura é vício que pode, a qualquer momento, ser convalidado. Trata-se de mera irregularidade de forma, não havendo que se falar, portanto, em nulidade(6).

Nota:

(6) Ver. Ap. Cr. nº 9.665/89, Reg. Do Acórdão nº 47.647, T. Crim., TJDF, Rei. Des. Carlos Augusto Machado Faria.

Quanto à falta de motivação e fundamentação, as Representadas aduziram que “o despacho de instauração de processo administrativo, no âmbito da Lei nº 8.884/94, configura inequivocadamente um ato vinculado ou regrado. Assim, o laconismo do despacho do Secretário de Direito Econômico, ao determinar a instauração do Processo Administrativo, sem, contudo

indicar a motivação, constitui motivo suficiente para determinar a declaração de nulidade que, por consequência, deve abranger os atos subseqüentes”.

A esse respeito, devo esclarecer que o Despacho instaurador deste Processo Administrativo não foi fruto de um juízo arbitrário. Note-se que no texto do referido documento, o Secretário da SDE determina a instauração do PA com fundamento nos indícios de infração à ordem econômica identificados pela SEAE, por meio de coletas de dados e estudos promovidos, que aponta como ilícito concorrencial a elevação abusiva de preços do sulfato de alumínio, nos meses de setembro e outubro de 1994, com indícios de formação de cartel em concorrência pública.

Sob este aspecto, já é possível constatar a improcedência do argumento das Representadas que alegam o cerceamento do direito de defesa por falta de descrição da conduta infracional e sua devida tipificação.

Analisando as defesas apresentadas é possível concluir que as Representadas sabiam exatamente do que estavam sendo acusadas. Tanto é que apresentaram diversas justificativas para o aumento de preços verificado no período, bem como negaram a formalização de um cartel no mercado de vendas de sulfato para a Sabesp.

Cabe lembrar que a tipificação é aspecto meramente acessório na instauração de qualquer processo, sendo importante à descrição inicial dos fatos a serem apurados, vez que a defesa deve basear-se nesta narrativa, e não no enquadramento legal atribuído.

No Processo Civil, por exemplo, embora não haja uma regra específica sobre o assunto, sabe-se que a petição inicial deverá indicar, entre outros elementos, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido (*causa petendi*).

Fundamento jurídico do pedido não se confunde com enquadramento legal. O fundamento jurídico do pedido refere-se à declaração da natureza do direito pleiteado. De acordo com Moacyr Amaral dos Santos, “a norma jurídica em que se tutela a pretensão poderá e mesmo convirá seja indicada. Mas não se impõe ao autor a indicação. A exposição dos fatos é suficiente para deles o juiz extrair o direito aplicável” (7).

Nota:

(7) SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 2, p. 134.

No Processo Penal, por sua vez, embora se exija a identificação da classificação do crime (art. 41 do CPP), a denúncia ou a queixa deverá conter a exposição do fato criminoso. Isso porque, ao decidir o processo, o magistrado poderá entender incorreta a classificação, dando ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia (art. 383 do CPP).

Assim, como no Processo Civil, cabe ao magistrado, após a análise do processo, dar ao fato a correta qualificação jurídica. Note-se que o réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou queixa, e não da qualificação jurídica feita pelo Ministério Público ou querelante.

Diante do que foi exposto, considero improcedentes as preliminares levantadas pelas Representadas.

Quanto à exclusão da Saneclor do pólo passivo, sugerida pela SDE, entendo não ser possível acatá-la, em razão dos fundamentos apontados pela própria SDE. De acordo com aquela Secretaria, o simples fato da Saneclor não ter participado da licitação de agosto (tida como base para a comparação dos preços propostos nas licitações de setembro e outubro), seria motivo suficiente para excluí-la do pólo passivo.

Entendo que o motivo apontado pela Saneclor e acatado pela SDE não é capaz de excluí-la do pólo passivo deste Processo Administrativo, ainda mais quando consideramos que se trata de provável conduta anticoncorrencial em licitação pública, que, como veremos, um dos modelos mais tradicionais envolve a não apresentação de ofertas por concorrentes, de modo a garantir a vitória de determinada empresa. Ademais, embora não tenha participado na licitação de agosto, o preço ofertado, pela Saneclor, nas licitações de setembro e outubro também acompanhou a elevação das demais empresas, quando comparado com o preço ofertado nas licitações de meses anteriores.

Deve-se mencionar, ainda, que a Fulmont, empresa participante efetivamente das licitações da Sabesp, não foi incluída no pólo passivo deste Processo. Note-se que a própria Sabesp, quando encaminhou a denúncia não sugeriu a investigação desta empresa. A SDE não apresentou qualquer justificativa para não inseri-la no pólo passivo. A este respeito, entendo não ser possível neste momento, caso comprovada a conduta anticoncorrencial, aplicar qualquer tipo de penalidade a essa empresa, dado que não lhe foi assegurado o direito de defesa.

Por fim, é importante destacar a não consumação do prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva da Administração Pública. Nesse sentido foi o posicionamento do Ministério Público Federal. Vejamos:

“O Ministério Público Federal opina, desde logo, pelo afastamento de qualquer alegação de prescrição do exercício da ação punitiva do CADE, porque mesmo tendo as condutas imputadas às Representadas ocorridas em 1994, o prazo prescricional foi interrompido tanto pela instauração do procedimento administrativo pela SDE/MJ em 12.06.1997, quanto pela colocação do procedimento em julgamento, 02.02.2000, apesar da desconsideração do voto do então Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca”.

Observe-se que a conduta denunciada foi consumada sob a égide da Lei nº 8.884/94, incidente, portanto o prazo prescricional de 05 (cinco) anos.

De acordo com o art. 28 da Lei nº 8.884/94, vigente à época: “prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. O § 1º do referido artigo estabelecia que o prazo prescricional se interromperia por “qualquer ato administrativo ou

judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica”.

É sabido que este artigo foi revogado pela Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, que atualmente disciplina a questão da prescrição em processos administrativos, tendo preservado o teor daquele dispositivo.

Com efeito, com a instauração do Processo Administrativo em 12.06.1997 e a notificação das Representadas para apresentar defesa no dia 10 de julho de 1997 houve a interrupção do prazo prescricional (art. 2º, inciso I da Lei nº 9.873/99). Posteriormente, a remessa dos autos ao CADE, pela SDE com parecer favorável à condenação das Representadas, no 20 de maio de 1999, interrompeu novamente a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública (art. 2º, inciso II da Lei nº 9.873/99).

Conforme ressaltado pelo Conselheiro Roberto Pfeiffer no julgamento do PA nº 08000.024581/94-77 (Representadas: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do DF, Rede Gasol e Grupo Igrejinha):

“De fato, o art. 39 da Lei nº 8.884/94 determina que, concluída a instrução processual, e após a apresentação de alegações finais, o Secretário de Direito Econômico deverá proceder remessa dos autos ao CADE através de relatório circunstanciado, para que este proceda ao julgamento. Tem-se, assim, que o parecer emitido pela SDE é ato inequívoco que importa em evidente apuração do fato, assemelhando-se, inclusive, a uma sentença condenatória recorrível (art. 2º, II e III da Lei nº 9.873/99)”.

Corroborando este entendimento, trago à colação a manifestação da Procuradoria Geral do CADE, por ocasião da apreciação do Processo Administrativo nº 29/92, de relatoria da Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva:

“A prescrição administrativa ocorre normalmente em cinco anos, prazo adotado pela Lei nº 8.884/94, em obediência à regra geral. Prevendo a lei causas suspensivas e interruptivas, a prescrição não se consolidou, tendo em vista que a mesma foi interrompida quando da instauração do processo administrativo e quando da remessa do mesmo ao CADE, para julgamento” (8).

Nota:

(8) Voto no Processo Administrativo nº 29/92, de 14 de outubro de 1998 – Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul. Representadas: Ache Laboratórios Farmacêuticos Ltda., Prodoctor Produtos Farmacêuticos Ltda., e Prodome Química e Farmacêutica Ltda. D.O.U. de 13 de novembro de 1998.

Portanto, em conformidade com o entendimento do MPF e o exposto acima, o prazo prescricional previsto no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.873/99 ainda não se consumou, restando intacta a pretensão punitiva da Administração Pública em relação às Representadas, no caso de confirmada a infração à ordem econômica.

No que se refere ao prazo previsto no § 1º do art. 1º da mesma lei (prescrição intercorrente), analisando os autos é possível perceber que o processo não ficou paralisado por prazo superior a três anos.

III – ASPECTOS TEÓRICOS

A licitação, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello(9), “é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”. Ensina o ilustre administrativista, que a licitação estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Nota:

(9) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 466.

A OCDE, em extenso trabalho sobre *Procurement Markets*, já enfatizou o crescimento de problemas concorrenciais em licitações públicas, apresentando importante colaboração sobre as experiências internacionais no combate a práticas anticoncorrenciais neste mercado. Destaque-se a contribuição do Canadá(10) e dos Estados Unidos(11), responsáveis pelos mais didáticos estudos a respeito de esquemas de *bid rigging*.

Nota:

(10) Veja no endereço: <http://www.strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01250e.html>, do site da agência canadense.

(11) Nos Estados Unidos os esforços de combate a essas práticas são verificados desde o início da década de 80. São conhecidos os casos *United States v. Khoury*, 901 F .2d 948, 956 (11th Cir. 1990), *United States vs Clark Truck Parts Inc* (732 F .2d 1536, 1539 (11th Cir. 1984) e *United States v. Dynalectric Co.*, 859 F .2d 1559, 1564 (11th Cir. 1988).

Bid rigging consiste no estabelecimento de um acordo entre competidores para conjuntamente eleger o vencedor de determinada licitação pública, com o objetivo de favorecer todos os pactuantes mediante a concessão de mecanismos de compensação às empresas não vencedoras(12). Essa prática pode envolver competidores acordando em não submeter propostas em determinada licitação, ou ainda a apresentação de propostas acima daquela eleita para vencer o certame. Apesar de a conduta poder ser observada das mais variadas formas, as mais comuns são:

Nota:

(12) Esses mecanismos podem verificar-se de diversas formas que vão desde a garantia de vencimento de uma licitação futura até a pura e simples remuneração financeira.

a) cover bidding (também denominado de **complementary bidding**) ocorre quando os concorrentes combinam o oferecimento de propostas com preços mais elevados, ou condições desarrazoadas, para beneficiar a empresa escolhida pelo grupo para vencer o certame. Algumas vezes, as empresas acordam em submeter preços inferiores, mas sem atendimento aos parâmetros técnicos exigidos pelo órgão contratante. Nesta situação, as empresas fornecem propostas simbólicas, dando aparência de que efetivamente estão participando do certame. Este modelo é tido pela doutrina como o mais casual, e demonstra que o grupo cartelizador não tem apenas a intenção de assegurar a vitória de um de seus participantes, mas, especialmente, de dar “aparência” de normalidade e competitividade no processo de licitação;

b) bid suppression ocorre quando um ou mais concorrentes decidem conjuntamente não submeter propostas em uma licitação, ou então, após submetida desistir da proposta, para favorecer uma determinada empresa, eleita pelo grupo para ser a vencedora; e

c) bid rotation ocorre quando os concorrentes revezam-se como vencedores ao longo do tempo. Em esquemas de *bid rotation*, todas as empresas submetem ofertas, mas pré-determinam quem vencerá cada licitação. Um dos mais célebres casos deste tipo envolveu os maiores fabricantes de equipamentos elétricos nos Estados Unidos há vários anos atrás. As ofertas vencedoras foram definidas pelos envolvidos de acordo com as fases da lua. Em um dos casos no Canadá, uma mão de pôquer decidiu o vencedor. Normalmente, há uma divisão temporal equânime entre as empresas pactuantes para estabelecer a empresa vencedora, o que imprime um determinado padrão aos certames realizados. Se, por exemplo, existem 04 (quatro) empresas participando do acordo em licitações realizadas anualmente, a empresa ganhadora hoje, só voltará a ganhar no quinto ano após a primeira.

É importante frisar que essas modalidades não são excludentes. Ao contrário, muitas vezes uma determinada prática só pode ser realizada em conjunto com outra. Assim, para estabelecer uma rotação de empresas vencedoras, recorre-se, na maioria das vezes, a acordos para não submissão de propostas ou à submissão de preços mais elevados.

Nesses casos, uma característica comum é o estabelecimento de mecanismos de compensação, que podem assumir as mais diversas formas. Um exemplo clássico é a subcontratação(13).

Nota:

(13) Acordos de subcontratação são freqüentemente parte de esquemas de *bid rigging*. Nesses tipos de acordos, os concorrentes que não submetem propostas ou então que ofertam, já sabendo que irão perder, são compensados com a celebração de subcontratos de fornecimento em troca do sucesso da empresa pré-determinada como vencedora.

Ressalte-se novamente que os casos acima citados são apenas exemplos de acordos entre concorrentes em licitações. Vale lembrar que podem existir outras formas mais sofisticadas ou até mesmo mais simples. Em particular destaque-se aquelas situações na qual os supostos concorrentes concordam em elevar em conjunto todos os seus preços ao mesmo tempo.

Assim como qualquer acordo entre concorrentes que visa limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a concorrência,

esquemas de *bid rigging* existem porque os competidores, por meio de ações coordenadas, podem obter maiores lucros. Note-se que esquemas de *bid rigging* reduzem o potencial de rivalidade e a competição entre as empresas do setor, criam margens de controle artificial de preços e aumentam os custos do setor público para aquisição de bens e serviços. Já no caso das licitações privadas, o aumento dos preços ofertados, pode gerar, através do repasse de custos ao longo da cadeia produtiva, uma elevação nos preços aos consumidores finais.

O já mencionado estudo da OCDE revela ainda que esquemas de *bid rigging* são de difícil detecção e bastante complicados quando não se dispõe de provas diretas. Isso não significa, todavia, que não seja possível a comprovação de um esquema dessa natureza por meio de provas indiretas.

Assim como nos casos dos demais acordos horizontais, existem mercados que, intrinsecamente, favorecem a colusão, por apresentarem algumas das seguintes características:

- existência de poucas empresas e/ou poucas grandes empresas (oligopólio ou oligopólio com franjas);
- existência de importantes barreiras à entrada a novos competidores no mercado;
- semelhança entre as empresas: custos, processos, metas etc;
- comercialização de produtos homogêneos(14);
- ausência de produtos substitutos próximos;
- situações na qual a demanda é inelástica para o preço próximo ao nível competitivo; e
- situações em que haja plena informação sobre as transações realizadas.

Nota:

(14) Dois produtos são considerados homogêneos quando um pode ser facilmente substituído por outro. Nesse caso, o preço é a variável principal de competição e facilita a cooperação entre competidores porque é necessário que as firmas concordem apenas sobre o nível de preço, e não sobre outras estratégias mercadológicas, como serviço e qualidade.

Nessa mesma linha, os Estados Unidos(15), em uma interessante contribuição sobre *bid rigging*, identificou uma série de situações fáticas que podem sugerir a presença de esquemas dessa natureza. Vejamos:

Nota:

(15) "Price Fixing and Bid Rigging – They Happen: What they are and what to look for". Department of Justice of The United of States. Disponível em seu site.

a) Número Reduzido de Participantes e Padrão dos Resultados Observados

Existem situações nas quais a mesma empresa vence todos os certames, sendo que a submissão de ofertas por concorrentes permanece inalterada. Nesses casos, torna-se necessária avaliar esquemas de subcontratação entre os concorrentes, ou ainda uma possível divisão do mercado. Mais especificamente é necessário analisar uma série de outras licitações em que as empresas envolvidas participam.

Há também situações em que as vitórias são alternativas entre um determinado grupo de licitantes. Tal esquema pode evidenciar a existência de uma *bid rotation*, de forma a que em cada licitação um membro diferente do grupo torne-se vitorioso.

Em outros casos, pode-se perceber que o número de licitantes não é constante, havendo, inclusive, um número de propostas submetidas inferior ao que normalmente ocorreria em situações de competição irrestrita. Tal esquema pode evidenciar a existência de uma *bid suppression* entre os licitantes, de forma que a cada licitação um membro diferente do grupo passe a ser vitorioso.

No que diz respeito a esquemas de subcontratação, o padrão geralmente percebido é aquele no qual o licitante vencedor subcontrata o trabalho dos concorrentes que também submeteram a proposta, mas que não obtiveram êxito. Entretanto pode haver outras formas, como, por exemplo, aquela em que uma proposta aparentemente bem-sucedida é retirada sem justificativas e, em seguida, o vencedor subcontrata os serviços daquela empresa.

b) Conteúdo e Estrutura das Propostas

Em que pese a diferença de preços ser algo salutar e desejável sob o ponto de vista da concorrência, em determinadas situações, os preços oferecidos nas propostas podem ser tão diferentes, considerando que o produto seja o mesmo, que tal

fato pode ser um indicativo de que exista algum tipo de combinação prévia. Se nesses casos for percebido que existe pleno conhecimento dos preços do produto no mercado, tal situação pode ser tomada como um agravante na constatação de um cartel.

Existem ainda outras situações que caracterizam indícios não desprezíveis de ação coordenada, quais sejam: (i) aquelas em que os preços oferecidos nas propostas variam a cada licitação, sem que se perceba grandes alterações nos custos de produção; (ii) aquelas em que os preços oferecidos caem sempre que um novo fornecedor participa do certame; (iii) aquelas em a proposta não atende aos requisitos exigidos no edital, indicando que a submissão parece ter sido meramente simbólica; e (iv) aquelas em que são identificados defeitos iguais nas propostas (erros gramaticais, por exemplo), sugerindo que esta tenha sido elaborada conjuntamente por todas as empresas.

Note-se que todas essas circunstâncias não configuram prova suficiente para a confirmação de existência de esquemas colusivos. Apenas sugerem uma suspeita. Pode-se, por exemplo, citar o estudo de ZONA (1986)(16) no qual se demonstra que *rotating bids* são perfeitamente possíveis em um equilíbrio competitivo quando há retornos decrescentes de escala e capacidade produtiva limitada. Isto significa dizer que embora se identifique uma alta rotatividade entre as empresas vencedoras, esta situação específica não caracteriza um esquema colusivo.

Nota:

(16) ZONA, J. Douglas. (1986) "*Bid rigging and the Competitive Bidding Process: Theory and Evidence*" Ph.D. Dissertation, State University of New York at Stony Brook.

Devido à dificuldade de se detectar *bid rigging*, vários economistas têm desenvolvido modelos econométricos(17) de identificação de ofertas ou padrões colusivos. Com certa cautela advertem que, em geral, determinar um teste particular para detectar *bid rigging* é um objetivo impossível. Assim como nos testes para calcular o exercício do poder de mercado, a idéia é identificar as diferenças entre as implicações derivadas do comportamento colusivo do comportamento competitivo. A dificuldade é que ambos equilíbrios – competitivo e colusivo – dependem, de certa forma, do ambiente econômico, assim como das regras de licitações e da natureza do bem que está sendo comercializado.

Nota:

(17) Conferir Feinstein, Block e Nold (1985), Zona (1986), Comanor e Schankerman (1976), McMillan (1991), McClave, Rothrock e Ailstock (1978), Howard e Kaserman (1989) etc.

Porter & Zona (1992)(18) propõe um teste econométrico para detectar a presença de esquemas de *bid rigging* em licitações públicas. Para tanto, os economistas estudaram as diferenças existentes no comportamento de supostos membros do cartel e de supostos não-membros. A base do experimento empírico dos autores foram as contratações do Departamento de Transporte do Estado de Nova York (DOT). Nestas, o DOT avaliava a menor proposta e via se ela era compatível com os seus cálculos de custos para o serviço contratado.

Nota:

(18) PORTER, Robert H. e ZONA, Douglas J., "*Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions*". NBER Working Paper Series. Working Paper n. 4013. National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, March 1992.

Foram analisados 186 contratos firmados entre 1979 e 1985, sendo que desses 161 foram adjudicados em valor inferior a US\$ 1 milhão. Além disso, um total de 66 firmas fizeram lances para esses 161 contratos pelo menos uma vez, e somente 22 firmas o fizeram para serviços superior a US\$ 1 milhão, sendo que 45% dos lances para esses grandes serviços foram feitos por 4 firmas.

Ademais, como em 1984 uma das cinco maiores firmas de uma região próxima passou a participar da licitação, os autores consideraram que esta e mais as 4 grandes citadas acima faziam parte do cartel. Foi então testado o comportamento destas 5 empresas e comparado com o comportamento das demais empresas tidas como competitivas. Se de fato não existisse o cartel, o comportamento desses dois grupos seria semelhante.

Resumidamente os autores estimaram três modelos(19): (i) um incorporando todas as firmas da amostra; (ii) outro somente para as firmas supostamente cartelizadas; e (iii) um terceiro para as firmas que supostamente não faziam parte do cartel. O resultado das estimações permitiu inferir que havia empresas que se comportavam diferentemente das outras. Além disso, Porter e Zona (1992) conseguiram verificar que aquelas empresas classificadas como participantes do cartel davam lances mais altos do que as competitivas(20).

Nota:

(19) Os modelos estimados tinham especificação log-linear, tendo como variável dependente o valor do lance de determinada firma em determinado contrato. Como variáveis explicativas, foram usadas: (i) mensuração do *backlog* (valor dos contratos do DOT vencidos e ainda não concluídos pela firma — esperava-se que essa variável tivesse sinal positivo sobre o preço lançado); (ii) capacidade da firma (esperava-se que essa variável gerasse impacto negativo); (iii) forma quadrática da capacidade da firma (essa variável deveria ter coeficiente positivo); (iv) variável *dummy* para firmas do cartel (a variável *dummy* é dicotômica — assume valor 1 para empresas que se supõe que participam do cartel e 0 para as demais — essa variável deve gerar um coeficiente positivo, uma vez que o objetivo do cartel é aumentar o preço praticado); (v) utilização da capacidade e sua forma quadrática (a primeira deveria ter sinal positivo e a segunda sinal negativo); e, por fim, (vi) localização em relação ao centro de operações (variável *dummy* com valor 1 para aquelas empresas que estavam no mesmo estado da contratante — esperava-se que essa variável tivesse sinal negativo, já que o custo de transporte é menor). Para testar se havia diferença entre os três modelos, os autores utilizaram o teste do Chow.

(20) Segundo os autores, haveria várias razões para que fosse esperada uma colusão no mercado analisado: a) as firmas competiam somente via preço e o edital de licitação especificava o serviço a ser contratado, sendo o produto ofertado homogêneo. Assim, o cartel só precisaria coordenar ações no que se referia a preço; b) a política do DOT de publicidade dos lances e de ofertantes permitia que os membros do cartel identificassem os desertores. Ademais, a disponibilização de uma lista de ofertantes permitia um conhecimento comum *ex-ante* dos ofertantes potenciais; c) a demanda do DOT era quase que perfeitamente inelástica no período, sendo que todo o contrato foi firmado com o menor preço, independente da estimativa de custo do DOT. Em outras palavras, os aumentos de preço geravam automaticamente aumento de lucro, dada a inelasticidade da demanda; d) o número de firmas que se candidataram em grandes projetos era pequeno e estável no período analisado, ainda que o DOT buscasse ampliar o número de candidatas. Ademais, a existência de barreiras à entrada dificultava a participação de novos concorrentes; e) 45% dos grandes contratos tiveram participação de quatro firmas e o restante era de firmas menores que se alternavam; f) as firmas tinham oportunidades de se comunicar; g) as licitações para grandes obras tinham uma regularidade anual, o que aumentava o valor descontado da continuidade da colusão. Note-se que a literatura econômica demonstra que em jogos finitos, o cartel não é a solução ótima; e h) as firmas eram relativamente homogêneas.

Os autores ainda mencionam mais duas evidências que sugeriam que um cartel havia sido formado, quais sejam: a) estabilidade do *market share*: no caso em questão, a participação de mercado das empresas não permaneceu constante. Entretanto, segundo informações obtidas à época, o *market share* era estável em construções do tipo do DOT; e b) distribuição do cartel e lances competitivos: de um total de 116 trabalhos de pavimentação, ocorreram 347 lances das empresas supostamente competitivas para 103 desses trabalhos, e 228 lances das empresas supostamente cartelizadas em 109 trabalhos. Os dados mostraram que a distribuição dos lances do cartel nos contratos individuais era mais concentrado do que a correspondente distribuição dos lances competitivos. Buscava-se, com isso, criar uma aparência de competição.

Por fim, os autores perceberam que havia evidências que mostravam que as empresas usavam a estratégia de submeterem propostas com preços muito elevados, a fim de que a empresa previamente escolhida pelo cartel como vencedora saísse vitoriosa na licitação.

É fato que em casos concretos não é fácil se obter dados suficientes para se estimar as diferenças entre grupos que participam de licitações. Ainda mais se estamos falando de casos cujo fato analisado já ocorreu em um período de tempo bastante distante. De toda forma, o que se observa da experiência do caso acima mencionado é que tais condutas obedecem a uma racionalidade econômica ditada pelos incentivos derivados do tipo de licitação proposta, e que determinados comportamentos são normalmente observados em condutas coordenadas envolvendo licitações. Em particular vale lembrar aquelas já destacadas anteriormente nos estudos da OCDE.

IV – ANÁLISE DA CONDUTA

IV.1 – O Procedimento Licitatório da Sabesp

De acordo com as informações que constam nos autos, a Sabesp, realizava, periodicamente(21), licitações, na modalidade tomada de preços do tipo menor preço, para a aquisição de sulfato de alumínio.

Nota:

(21) Em geral, mensalmente.

De acordo com o § 2º do art. 22 da Lei nº 8.666/93, a “tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

Esta modalidade licitatória depende da publicação de aviso contendo um resumo do edital com a indicação do local em que os interessados poderão obter o texto completo, bem como todas as informações sobre o certame (art. 21, § 1º).

Observe-se que somente podem participar do certame “(a) as pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes; e (b) os que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para abertura das propostas, o requeriram e sejam, destarte, qualificados” (22).

Nota:

(22) MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 538.

A Sabesp, em geral, conforme previsão do Edital, adjudicava três fornecedores. Em tomadas de preços para aquisição de um volume maior de sulfato alumínio, poderia ser adjudicado até cinco fornecedores.

Identificado o menor preço, a Sabesp adjudicava as demais participantes (duas ou quatro, dependendo do volume e conforme previsão no edital), na ordem de classificação, que concordassem expressamente em efetuar o fornecimento pelo mesmo preço unitário da 1ª colocada. Vejamos:

“7.2.7.1 – O fornecimento objeto desta Licitação poderá ser adjudicado a 05 (cinco) FORNECEDORES, a juízo da SABESP e selecionados como disposto a seguir:

7.2.7.1.1 – Licitante cuja Proposta foi considerada 1ª colocada;

7.2.7.1.2 – As 04 (quatro) outras Licitantes, na ordem de classificação, que concordarem expressamente em efetuar seu fornecimento pelo mesmo preço unitário da 1ª colocada.

Para tanto, todas as Licitantes, com exceção da 1ª colocada, poderão manifestar-se por ocasião da própria sessão pública, constando em Ata, ou então deverão manifestar-se por escrito no prazo máximo de 03 (três) dias úteis contados a partir exclusive, da data da sessão pública em que ficou definida a ordem de classificação das Propostas apresentadas.

O não atendimento a estas disposições será considerado como confirmação da respectiva Proposta original, podendo a SABESP consultar as demais Licitantes obedecida a ordem de classificação”.

Ressalte-se que a Sabesp, em todas as licitações tinha como parâmetros de avaliação um preço médio apurado em mercado, porém, não divulgado nos autos; além do preço obtido na tomada de preços anterior. Caso os preços cotados fossem superiores ao “preço parâmetro” da Sabesp, as propostas eram desclassificadas, procedendo-se a abertura de prazo para apresentação de novos preços.

IV.2 – Definição do Mercado Relevante

Como tantas vezes já ressaltado neste Conselho, a definição do mercado relevante é, em termos gerais, o passo inicial na análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas.

IV.2.1 – Dimensão Produto

Tanto a SEAE como a SDE definiram o mercado relevante do produto como sendo o de fornecimento de sulfato de alumínio.

O sulfato de alumínio, segundo as Requerentes, nada mais é do que a reação química entre o ácido sulfúrico e o minério

de bauxita, de utilização no tratamento da água, de efluentes, nos curtumes e na indústria de papel e celulose. O sulfato pode ser encontrado na forma física sólida (granulado e pó) ou líquida.

Segundo as Requerentes, os principais consumidores de sulfato de alumínio são as companhias de tratamento da água, que o utilizam no processo de coagulação(23).

Nota:

(23) A coagulação é o processo de reação química rápida do coagulante na água. A coagulação é empregada para remoção de impurezas que se encontram em suspensão fina, em estado coloidal ou em solução, sendo suas funções principais desestabilizar, agregar e aderir os colóides, para transformá-los em coágulos.

Os coagulantes podem ser classificados entre os de comportamento ácido (sulfato de alumínio, sulfato ferroso, cloreto férrico e sulfato férrico) e básico (aluminato de sódio).

Segundo informações do Centro de Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo (CVSSP), entre os principais coagulantes existentes no mercado, podem ser citados os seguintes:

COAGULANTES	ALCALINIZANTES	COADJUVANTE OU AUXILIARES
Sulfato de alumínio	Cal virgem	Argila
Sulfato ferroso	Cal hidratada	Sílica ativada
Sulfato férrico	Carbonato de sódio	Polieletrólitos etc.
Sulfato ferroso clorado	Hidróxido de sódio	-
Cloreto férrico	-	-

Fonte: Centro de Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo(24).

Nota:

(24) Disponível em: <http://www.cvs.saude.sp.gov.br>. Texto *Sistema de Abastecimento Público de Água – Volume 1* (<http://www.cvs.saude.sp.gov.br/pvol1.html>).

De acordo com as informações constantes no documento produzido pelo CVSSP, um bom coagulante deve ter as seguintes propriedades:

1. reagir com álcali produzindo hidróxidos;
2. produzir em solução íons positivos que neutralizem as cargas elétricas dos colóides;
3. não causar problemas na saúde do consumidor; e
4. ter custo acessível e disponibilidade no mercado.

Devido a esses fatores, o sulfato de alumínio é o mais utilizado. Ademais, para a escolha certa do coagulante é também necessário levar em consideração o pH da água. Dessa forma, o CVSSP apresenta os principais coagulantes e seus intervalos de trabalho de pH:

COAGULANTE	FAIXA DE PH
Sulfato de alumínio	5,0 a 8,0
Sulfato ferroso	8,5 a 11,0
Sulfato férrico	5,0 a 11,0
Cloreto férrico	5,0 a 11,0
Sulfato ferroso clorado	> 4,0

Fonte: Centro de Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo.

Em sede de diligências, por meio do Ofício CADE nº 369/2003, indaguei a Sabesp sobre a existência de substitutos do sulfato de alumínio e a possibilidade de substituição, de forma rápida, do sulfato por outro produto, caso fosse identificado um aumento no seu preço. Em resposta, a Sabesp informou que o sulfato de alumínio pode ser substituído pelo cloreto férrico, sulfato férrico e ploricloreto de alumínio.

Questionando, então, a escolha do sulfato de alumínio, mesmo diante de um “suposto” aumento de preços, a Sabesp informou que, embora todos esses produtos possam ser utilizados na fase de coagulação, a utilização de cada um dependerá essencialmente da qualidade da água a ser tratada. Para tanto, a Sabesp transcreve trechos de análises e manifestações de algumas das suas Estações de Tratamento de Água, em que, basicamente, se depreende que a utilização do coagulante depende, em geral, do pH da água, o que corrobora a posição do CVSSP. Isso porque coagulantes à base de ferro, por exemplo, funcionam melhor em uma faixa ampla de pH de 4,0 a 9,0. Já os coagulantes à base de sais de alumínio trabalham em faixa bastante restrita de pH, podendo variar apenas entre 5,8 e 6,7. Segundo a Sabesp, “*cada água captada para tratamento tem suas próprias características que variam em intervalos regulares de acordo com as condições climáticas, conservação da bacia, e outros fatores intervenientes. De acordo com essa variação existe um coagulante mais adequado para produzir um produto final de melhor qualidade a custos operacionais ideais*” (fls. 3269). Ademais, ressaltou que, em 1994 não havia a variedade que há hoje de coagulantes no mercado e os estudos relacionados à eficiência de produtos alternativos era ainda limitados.

Marcelo Libânio(25), mestre em Engenharia Sanitária e Doutor em Hidráulica e Saneamento, explica que “a definição do coagulante freqüentemente pauta-se em fatores de ordem econômica, relacionados à adequabilidade à água bruta, à tecnologia de tratamento, ao custo e à preservação dos tanques e dosadores”. Informa que “ao longo das últimas décadas diversos sais têm sido utilizados como coagulantes, basicamente sais de ferro e alumínio, e, mais raramente, os polímeros orgânicos são também empregados como coagulantes primários. (...) A comparação entre a eficiência dos coagulantes mais usuais, sulfato de alumínio e cloreto férrico, alicerça-se, para as estações convencionais, na dosagem e na amplitude do pH para a formação do precipitado. Águas turvas e de baixa alcalinidade via de regra não coagulam melhor com cloreto férrico, pois o precipitado pode se formar como auxiliares de pH. Contudo, a adição de cal e, se possível, o emprego de polímeros como auxiliares de coagulação podem tornar o sulfato de alumínio passível de ser empregado com sucesso. Desta forma, **a definição do tipo de coagulante deve basear-se na eficiência de cada coagulante, no custo global dos produtos químicos envolvidos na coagulação e, em alguns casos, no volume de lodo gerado**”. (grifo nosso)

Nota:

(25) LIBÂNIO, Marcelo. *Avaliação do Emprego de Sulfato de Alumínio e do Cloreto Férrico na Coagulação de Águas Naturais de Turbidez Média e Cor Elevada*.

Conforme explicado pelo engenheiro químico, Marcelo Bessa de Freitas(26), a coagulação depende do pH, alcalinidade, cor verdadeira, turbidez, temperatura, mobilidade eletroforética, força iônica, sólidos dissolvidos, e tamanho e distribuição dos tamanhos das partículas no estado coloidal e em suspensão. Informa, ainda, que o sulfato de alumínio tem sido o coagulante químico mais utilizado nas Estações de Tratamento de Água brasileiras, **tendo como principais vantagens o preço e a operacionalidade**. (grifo nosso)

Nota:

(26) Tratamento de Água para Consumo Humano. Rio de Janeiro, 2001.
Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/documentos/funasa/ApTratag1.pdf>.

O que se percebe, portanto, é que apesar de haver alguma possibilidade de substituição entre os produtos citados ao longo desta análise, tal se mostra de forma imperfeita, indicando a existência de diferentes mercados relevantes. **Em razão do exposto, acompanho a SDE na sua demarcação da dimensão produto, como sendo a de comercialização de sulfato de alumínio. Os fundamentos desta definição apóiam-se, basicamente, em duas premissas: (i) a escolha do tipo de coagulante a ser utilizado depende, essencialmente, do pH da água a ser tratada; e (ii) à época, os custos de substituição não eram razoáveis.**

Entretanto, entendo que haveria ainda a possibilidade de uma segmentação adicional na definição de mercado relevante em virtude de diferenças de comportamento dos consumidores privados e dos consumidores do Setor Público. Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei, isto é, uma licitação. Tal fato pode indicar diferentes elasticidades preço da demanda entre os mercados público e privado.

Aliás, nessa linha, nas *Merger Guidelines* norte-americanas de 1992, a Agência (*Federal Trade Commission*) entende que deve-se separar grupos de consumidores que apresentem estruturas de preferências muito heterogêneas em mercados relevantes de produto diferentes. **Assim, defino o mercado relevante como o de sulfato de alumínio para o setor público**

através licitação.

IV.2.2 – Dimensão Geográfica

No que se refere à dimensão geográfica, a SDE considerou o mercado relevante como sendo o Estado de São Paulo, vez que a todas as Representadas possuíam sede naquele Estado.

É importante lembrar que nos editais de licitação da Sabesp não existiam quaisquer restrições à participação de empresas de outras unidades da Federação. Desta forma, não só as empresas sediadas no Estado de São Paulo poderiam participar, mas qualquer uma que tivesse interesse no fornecimento(27).

Nota:

(27) Faz-se necessário destacar que o artigo 20 da Lei nº 8.666/93 prevê que as licitações deverão ser efetuadas no local onde se situar a órgão contratante, ressalvando, no seu parágrafo único que essa disposição não impedirá que interessados residentes ou domiciliados em outros locais se inscrevam. Ainda, o artigo 3º, inciso I versa sobre a vedação imposta aos agentes públicos no sentido de estabelecer preferências ou distinções em razão das sedes ou domicílio dos licitantes. Portanto, a Administração Pública não pode impor restrição com relação à localidade específica da Federação, ainda que exista uma lógica econômica por trás, como por exemplo o fato de o mercado geográfico não ser nacional. Entretanto, o fato de a Sabesp não ter limitado a inscrição de empresas na licitação a partir de um critério de localização não implica necessariamente que o mercado geográfico seja nacional.

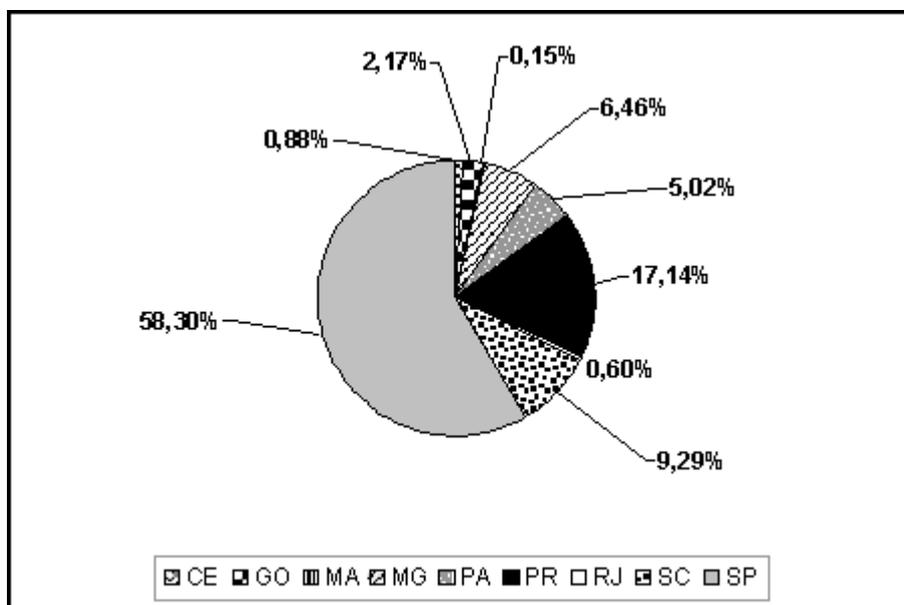
Ocorre que, embora, não houvesse uma limitação prevista no edital, o fornecimento, por parte de uma empresa localizada em outra unidade da Federação, somente seria economicamente viável, caso houvesse a possibilidade de cobrir os custos de deslocamento. Em geral, quanto mais baixo o valor unitário do produto, maior a importância do frete no custo total. O caso do sulfato de alumínio enquadra-se nessa situação. Isso pode explicar, em parte, porque firmas de outros estados não entraram na licitação.

Ademais, como se verá mais à frente, a maior parte das empresas ofertantes de sulfato de alumínio se localizam em São Paulo, fato que fortalece o entendimento de que o mercado relevante geográfico deve ser definido como aquele Estado.

Apenas a título ilustrativo, a partir das informações fornecidas pelas Representadas pude verificar que mais da metade do faturamento das empresas é obtido no Estado de São Paulo. Ainda assim, como mostram os gráficos abaixo, existe uma parcela significativa da produção que é comercializada em outros estados, inclusive fora da região Sudeste.

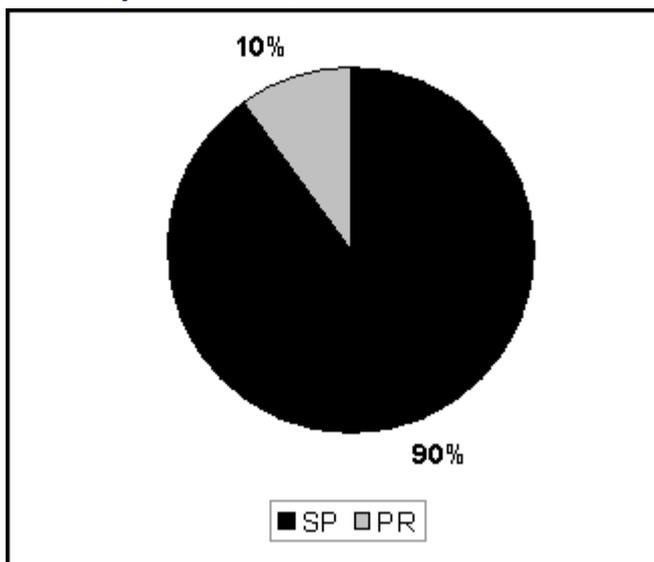
GRÁFICOS – VENDAS POR ESTADO EM 1994

GRÁFICO 1
Vendas, por Estado, da Eleikeroz no ano de 1994



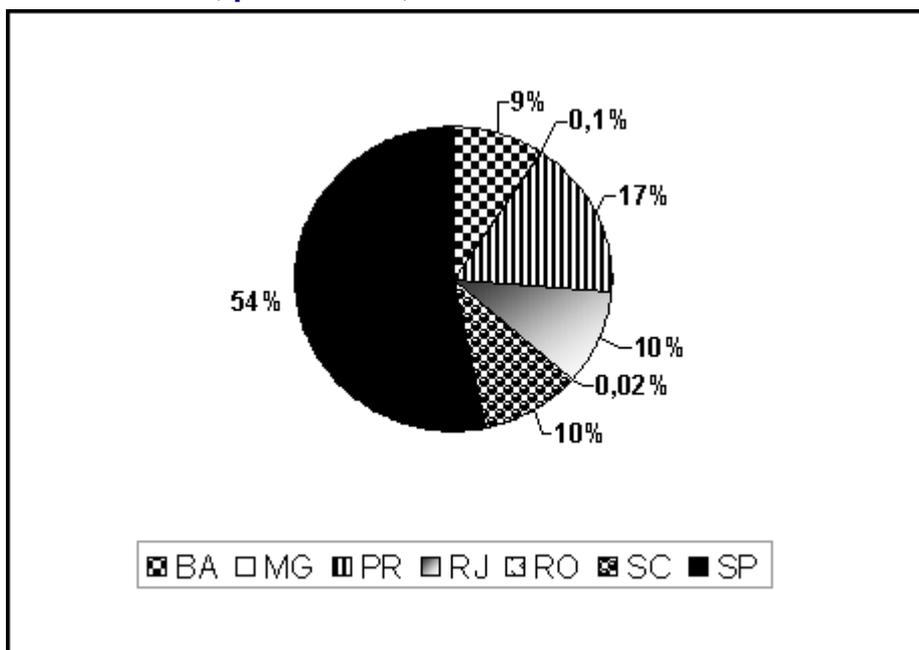
Fonte: Elaboração própria a partir de informações fornecidas pela Eleikeroz.

GRÁFICO 2
Vendas, por Estado, da Nheel no ano de 1994



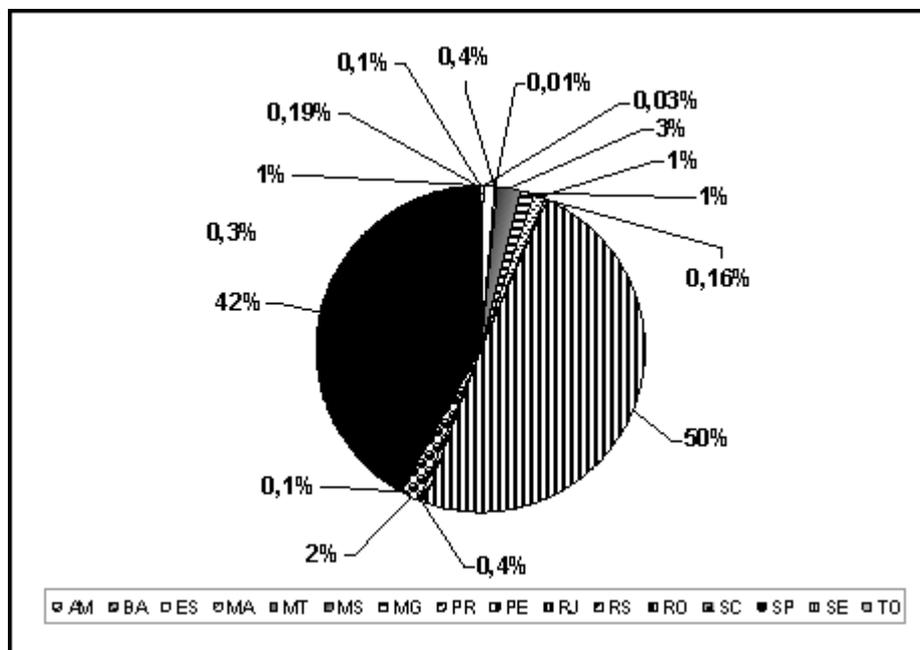
Fonte: Elaboração própria a partir de informações fornecidas pela Nheel.

GRÁFICO 3
Vendas, por Estado, da Cubatão no ano de 1994



Fonte: Elaboração própria a partir de informações fornecidas pela Cubatão.

GRÁFICO 4
Vendas, por Estado, da Cimil no ano de 1994



Fonte: Elaboração própria a partir de informações fornecidas pela Cubatão.

Note-se, entretanto, que a definição do mercado relevante geográfico parte da possibilidade de que outros ofertantes, em outras regiões, possam ser identificados como potenciais concorrentes às empresas que fornecem para a Sabesp, e não vice-versa.

Também vale destacar que, embora alegado pelas Representadas a existência de outros fornecedores de sulfato de alumínio no Brasil, apenas as empresas denunciadas participavam das licitações promovidas pela Sabesp.

Observe-se que sendo a Sabesp uma empresa de sociedade de economia mista e, portanto sujeita à obrigatoriedade do procedimento licitatório, não poderia, diante de um aumento de preços praticados pelos participantes do processo licitatório, adquirir o sulfato de outro fornecedor, cujo preço fosse inferior, que não tivesse originariamente participado da licitação em curso. Portanto, a sua possibilidade de escolha estava entre as empresas que tinham efetivo interesse em participar das licitações, que no caso, eram as Representadas.

Ademais, seria razoável imaginar que se as empresas estivessem praticando preços elevados e, assim, auferindo lucros supranormais, empresas de outros estados entrariam na licitação. Entretanto, dois motivos lógicos podem explicar o fato dessas empresas não terem se inscrito: (i) os preços praticados pelas licitantes não eram altos o suficiente para cobrir o custo de frete, restringindo a delimitação do mercado relevante ao Estado de São Paulo; e (ii) as Representadas praticavam um esquema de **bid supression**, evitando a entrada de fornecedores de outros estados.

Como se percebe, somente na segunda situação seria aceitável se imaginar que o mercado relevante fosse mais amplo, englobando eventualmente o país como um todo. **Nesse sentido, e para que não paire nenhuma dúvida, mesmo firmando meu entendimento de que o mercado relevante se restringe ao Estado de São Paulo, também trabalharei com a hipótese de um mercado relevante mais amplo nas minhas análises subsequentes.**

IV.3 – Estimativa da Participação das Empresas no Mercado Relevante

A estimativa da participação de mercado das empresas envolvidas é fator fundamental para avaliar a potencialidade lesiva da conduta em análise. Isso porque em mercados nos quais a oferta de cada empresa, ou de um grupo delas, é muito pequena em relação ao total produzido pela indústria, nenhuma empresa ou grupo delas tem capacidade de mudar suas condutas (alterar preços, quantidades, qualidade, variedade ou inovação), seja de forma unilateral ou coordenada. Nessa situação, as firmas não conseguem exercer poder de mercado, pois os consumidores respondem a tal tentativa desviando suas compras para as empresas rivais.

Ao contrário, quando a participação no mercado relevante de uma empresa, ou de um grupo delas, for alta, existe a possibilidade de que ela(s) tenha(m) capacidade de alterar suas condutas, e com isso obter lucros supranormais. Nessa linha, a estratégia maximizadora de lucro mais comum passa a ser ofertar uma quantidade abaixo da quantidade de equilíbrio competitivo, elevando o preço de mercado.

É importante destacar que, no caso de produtos homogêneos, como o sulfato de alumínio, para calcular a parcela de mercado das empresas, pode-se usar como *proxy* dados referentes à capacidade produtiva, ao volume de vendas ou ao valor das vendas.

No caso em análise, não é possível, com base nas informações que constam dos autos, estimar a participação exata de mercado das empresas. Em primeiro lugar, porque durante toda a instrução processual não foram realizadas, pela SDE ou SEAE, diligências nesse sentido. Ademais, dificilmente, a essa altura se conseguiria dados exatos sobre o mercado de produção de sulfato de alumínio em 1994.

Contudo, as Representadas apresentaram, em petição acostada aos autos, dados de capacidade instalada das principais empresas fornecedoras de sulfato de alumínio do Brasil (fls. 3.265). Apresento-os nas Tabelas 1 e 2 com objetivo de fazer um esboço da estrutura do mercado. Destaque-se que essas empresas não produzem apenas para vendas em licitações, apesar da dimensão de produto do mercado relevante, em questão, ser o sulfato de alumínio comercializado em licitações públicas.

De toda forma, tal questão me parece secundária, não distorcendo o resultado final de minha análise.

Como se observa, a Tabela 1 contém a capacidade instalada de todas as empresas apresentadas pelas Representadas. Segundo as mesmas, essas são as principais fornecedoras de sulfato de alumínio do país(28). Essa tabela é relevante sob a suposição de mercado geográfico nacional, uma vez que constam empresas desde a Bahia (Aluminal) até o Rio Grande do Sul (Ciel).

Nota:

(28) Ressalto que estou usando os dados exatamente da forma como foram fornecidos pelas Representadas e que não houve como verificar com base nos autos se as empresas apresentadas eram de fato as mais importantes do mercado de sulfato de alumínio. Também não tive como confirmar se essas empresas cobrem a maior parte da oferta da indústria em questão.

TABELA 1**Sulfato de Alumínio Líquido – Capacidade Produtiva em 1994**

EMPRESA	CAPACIDADE EM MIL TON.	PARTICIPAÇÃO NA CAPACIDADE TOTAL	UF
ALUMINAL	70	9,62%	BA
GUAÇU*	66	9,07%	SP
RESENDE	65	8,93%	RJ
SULFAPAR	60	8,24%	PR
CUBATÃO*	60	8,24%	SP
SUALL*	60	8,24%	SP
NHEEL*	50	6,87%	SP
ELEIKEROZ*	47	6,46%	SP
FULMONT	40	5,49%	SP
CATARINENSE	33	4,53%	SC
CATAGUASES	32	4,40%	MG
CIMIL*	30	4,12%	SP
OMAMICA	30	4,12%	SP
CIEL	24	3,30%	RS
SUPERSULFATO	24	3,30%	SP
UTINGA*	24	3,30%	SP
UNIMAUÁ	6	0,82%	SP
DEL MONTE	4	0,55%	nd
E.P.Q	3	0,41%	nd
SANECLOR*			SP
Representadas HHI		46,29%	
Índice Número-Equivalente		684,78	
CR4		14,60	
		35,85%	
TOTAL	728	100,00%	

Fonte: Elaboração própria a partir de dados apresentados pelas Representadas.

* Representadas

Supondo que a dimensão geográfica seja nacional, e a que a estrutura da indústria de sulfato de alumínio à época estivesse próxima do descrito na tabela acima, as Representadas detinham em conjunto 46,29% do mercado. A soma da participação das quatro maiores empresas (CR4) da indústria era de 35,85%(29). Apesar do CR4 se mostrar substancialmente inferior a 75%, padrão normalmente aceito como forte indicador da possibilidade de haver colusão, não há como se ignorar que as Representadas detinham, em conjunto, cerca de 50% do mercado nacional. Como atenuante, entretanto, há que se perceber que das quatro maiores empresas, apenas a Guaçu foi Representada neste processo.

Nota:

(29) O índice Herfindahl – Hirschman (HHI) calculado também foi baixo – 684,78 – o que segundo as *Merger Guidelines* americanas, é um índice de mercado desconcentrado. Quando o HHI é inferior a 1000, a FTC, normalmente, não prossegue a análise, uma vez que é improvável que se consiga exercer poder de mercado ainda que coordenadamente. Em outras palavras, mercados desconcentrados geram instabilidade na coordenação de firmas.

Há que se perceber que a hipótese de um mercado relevante mais amplo, como já dito anteriormente, só faria sentido em um contexto de **bid supression**, ou seja, em um esquema em que fosse possível evitar a participação de algumas empresas no processo licitatório, compensando-as em um momento posterior. Entretanto, me parece pouco crível economicamente se supor que uma estratégia desse tipo seja factível de ser implementada, tendo como empresas a serem compensadas aquelas que detém 50% da oferta nacional de sulfato de alumínio. Nesse sentido, os dados de concentração observados para o mercado nacional, longe de descartarem qualquer possibilidade de ação coordenada por parte das Representadas, indicam, ao meu ver, que a segunda hipótese de mercado relevante, a de abrangência nacional, não deve ser corroborada.

Na Tabela 2, por sua vez, estão incluídas apenas as empresas sediadas no Estado de São Paulo.

TABELA 2**Sulfato de Alumínio Líquido – Capacidade Produtiva em 1994 das Empresas sediadas no Estado de São Paulo**

EMPRESA	CAPACIDADE EM MIL TON.	PARTICIPAÇÃO NA CAPACIDADE TOTAL
GUAÇU*	66	15,10%
CUBATÃO*	60	13,73%
SUALL*	60	13,73%
NHEEL*	50	11,44%
ELEIKEROZ*	47	10,76%
FULMONT	40	9,15%
CIMIL*	30	6,86%
OMAVCA	30	6,86%
SUPERSULFATO	24	5,49%
UTINGÁ*	24	5,49%
UNIMAUÁ	06	1,37%
SANECLOR*		nd
Representadas		77,12%
HHI		1061,80
Índice Número-Equivalente CR4		9,42
		54,00%
TOTAL		100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados apresentados pelas Representadas.

* Representadas

Se considerarmos a dimensão geográfica como o Estado de São Paulo, então as Representadas, à época, respondiam por 77,12% do mercado. Ao meu ver, essa é uma participação que possibilita que as firmas exerçam em conjunto o poder de mercado resultante de uma suposta coordenação. O CR4 calculado passou para 54%, e apesar de estar abaixo dos 75%, não me parece razão suficiente para se descartar qualquer hipótese de coordenação, dadas as especificidades do caso em questão. Similarmente, o HHI calculado (1061,80) está dentro do intervalo definido nas *Merger Guidelines* americanas de mercados moderadamente concentrados. Entretanto tal fato se explica na medida em que as empresas tinham mais ou menos o mesmo tamanho. Note-se que a maior empresa, a Guaçu, não detinha mais do que 15,98% do mercado. O índice número-equivalente(30) mostra que o mercado em questão é tão concentrado quanto um mercado formado por 8 firmas de mesmo tamanho. O fato de o número de empresas de fato (doze) não ser muito maior do que o índice número-equivalente calculado demonstra que a indústria é formada por firmas razoavelmente simétricas, o que também pode ser facilmente verificado ao se observar as participações de cada empresa.

Nota:

(30) O índice número-equivalente (*numbers-equivalent index*) é uma medida de concentração da indústria e é igual ao inverso do HHI. Martin Stephen (2001), " *Industrial Organization. A European Perspective*". Ed. Oxford.

Finalmente, como seria de se esperar, ao se definir o mercado geográfico como o Estado de São Paulo, as condições passam a ser mais favoráveis à coordenação das firmas.

IV.4 – Outros Fatores que Facilitam a Coordenação no Mercado

A partir do referencial exposto na seção III é possível se extrair algumas importantes contribuições para a análise da conduta denunciada. Como já ressaltado, de acordo com a Sabesp, nas licitações promovidas, para aquisição de sulfato de alumínio líquido, nos meses de setembro e outubro, houve um significativo aumento dos preços. Tomando como os condicionantes sugeridos como possíveis facilitadores de atitudes coordenadas, passo então a aplicá-los ao presente caso.

(1) Existência de poucas empresas participando dos certames

No caso de sulfato de alumínio líquido eram, basicamente, nove empresas (Fulmont, Cubatão, Guaçu, Cimil, Eleikeroz, Saneclor, Suall, Nheel e Utinga), das quais oito são Representadas. Apenas a Fulmont não integra o pólo passivo, embora denunciada pela Sabesp.

Nas licitações para aquisição de sulfato de alumínio granulado eram cinco empresas.

Note-se que durante todo o ano de 1994, somente essas empresas participaram dos certames realizados pela Sabesp para aquisição de sulfato de alumínio.

Assim como no cartel descrito por Porter e Zona (1992), as licitações constantes nos autos apresentam um número pequeno e estável de fornecedores.

(2) Condições de entrada para novos concorrentes

A facilidade de entrada de novas firmas no mercado relevante definido pode indicar uma baixa probabilidade de sucesso de uma suposta ação coordenada entre as empresas participantes. Note-se que a entrada só deverá ser considerada fácil se for tempestiva, provável e suficiente. Em particular vale destacar que a probabilidade da entrada depende de uma comparação entre a escala mínima viável e as oportunidades de venda no mercado definido. **Nesse sentido há que se notar que nos autos não existe nenhum dado que permita avaliar quais seriam as oportunidades de vendas presentes no mercado de sulfato de alumínio em 1994.** Ademais, não haveria como se regatar hoje como se desenvolviam as perspectivas de mercado naquele período. Assim, qualquer avaliação sobre a possibilidade da entrada de novas firma no mercado naquela época não passariam de mera especulação.

Entretanto, vale relembrar um ponto que ao meu ver merece ser observado. Se retomarmos a suposição de que o mercado geográfico seria o nacional, se não houvesse barreiras à entrada, a única explicação para que firmas de outros estados não entrassem no processo de licitação, como de fato se observou, seria um esquema de *bid suppression*. Nesse esquema as empresas sediadas no Estado de São Paulo acordariam com as demais que essas não participariam das licitações da Sabesp. As empresas paulistas poderiam, então, estar compensando com as outras de alguma forma, como, por exemplo, não entrar em licitações de outros Estados. No entanto, também não há fatos suficientes nos autos para se verificar essa tese é defensável.

(3) Semelhança nos custos de produção e capacidade instalada

As próprias Representadas informaram que a estrutura de custos para produção de sulfato de alumínio era bastante semelhante. Além disso, como visto na Tabela 2 da sessão IV.3, o nível de capacidade instalada das empresas envolvidas na acusação era bastante semelhante. Portanto, não há grandes disparidades nessa indústria. Vale lembrar que a simetria entre as firmas facilita a presença de atitudes coordenadas.

(4) Homogeneidade do produto

Não há como diferenciar as características intrínsecas de um produto como sulfato de alumínio. Suas propriedades químicas são idênticas independentemente do fornecedor. Como visto anteriormente, a homogeneidade facilita coordenação uma vez que o produto gera a mesma utilidade para o consumidor independente de quem produz. Nesse sentido, torna-se mais fácil acordar preços.

(5) Ausência de produtos substitutos e demanda inelástica

Como visto na definição do mercado relevante, em que pese em alguns casos haver a possibilidade do sulfato de alumínio ser substituído por outros produtos (tais como sulfato férrico e cloreto férrico), este não parece ser o padrão observado. Assim não há como se considerar que havia substitutos próximos ao oferecidos pelas Representadas. O que se percebe é que isso ocorre fundamentalmente porque o pH da água a ser tratada nas Estações da Sabesp demandava o uso do sulfato de alumínio. Nesse sentido, podemos inferir que a ausência de substitutos torna a demanda relativamente inelástica, o que facilita o exercício coordenado de poder de mercado pelas empresas que resolvam se coordenar.

(6) Facilidade na obtenção de informações

Segundo informado pela Representadas, e confirmado pela Sabesp, os preços ofertados eram praticamente divulgados a todas as empresas, com o intuito de obter uma “melhoria” nos preços praticados. Ademais, por se tratar de uma licitação pública, e em conformidade aos disposto na Lei nº 8.666/93, todas as informações relacionadas ao contrato de fornecimento estavam ao alcance das Representadas. Nessa linha, pode-se afirmar que o processo licitatório definido pela Sabesp permitia o monitoramento dos preços praticados pelas concorrentes (em particular das vencedoras), facilitando a coordenação entre os fornecedores de sulfato de alumínio.

(7) Alta frequência das licitações

Porter e Zona (1992) destacaram em sua análise que a contratação do DOT, por ser realizada uma vez por ano, aumentava o valor descontado da continuação da colusão. No caso da Sabesp, foram realizadas dez licitações em 1994. Posso considerar, então, que as licitações ocorrem com alta frequência, reduzindo a taxa de desconto intertemporal dos participantes do cartel, contribuindo para sua estabilidade.

IV.5 – Das Justificativas Apresentadas para o Aumento de Preços

As Representadas apresentaram três justificativas complementares para a elevação simultânea dos preços, quais sejam, (i) o aumento no custo das matérias-primas para a fabricação do sulfato de alumínio; (ii) aumento do volume a ser contratado; e (iii) estabelecimento de contratos de longo prazo em período de incertezas quanto à inflação.

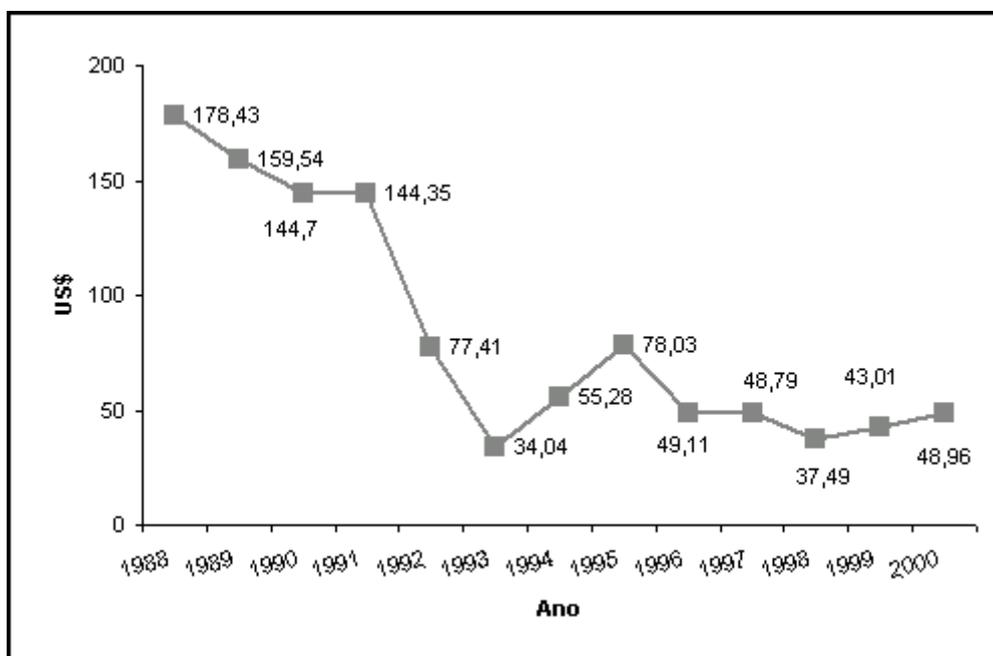
Em primeiro lugar, as Representadas alegaram que o aumento em setembro foi uma recomposição da margem de lucro, tendo em vista o aumento nos preços das matérias-primas, que não tinha sido repassado, até então, para a Sabesp.

Estudos sobre as matérias-primas bauxita e enxofre (insumos para a fabricação de ácido sulfúrico) não mostram que tais preços estavam apresentando aumento. Conforme TEIXEIRA (2001)(31), o preço do enxofre no mercado brasileiro permaneceu em queda na maior parte do período de 1988-2000. As únicas exceções foram os períodos entre 1993 e 1994, cuja alta foi de 61,25%, e entre 1994 e 1995 com elevação de 41,15%, conforme pode ser visto no gráfico abaixo.

Nota:

(31) TEIXEIRA, P. C. Enxofre. In: DNPM. *Balanço Mineral Brasileiro 2001*. Brasília: DNMP, 2001.

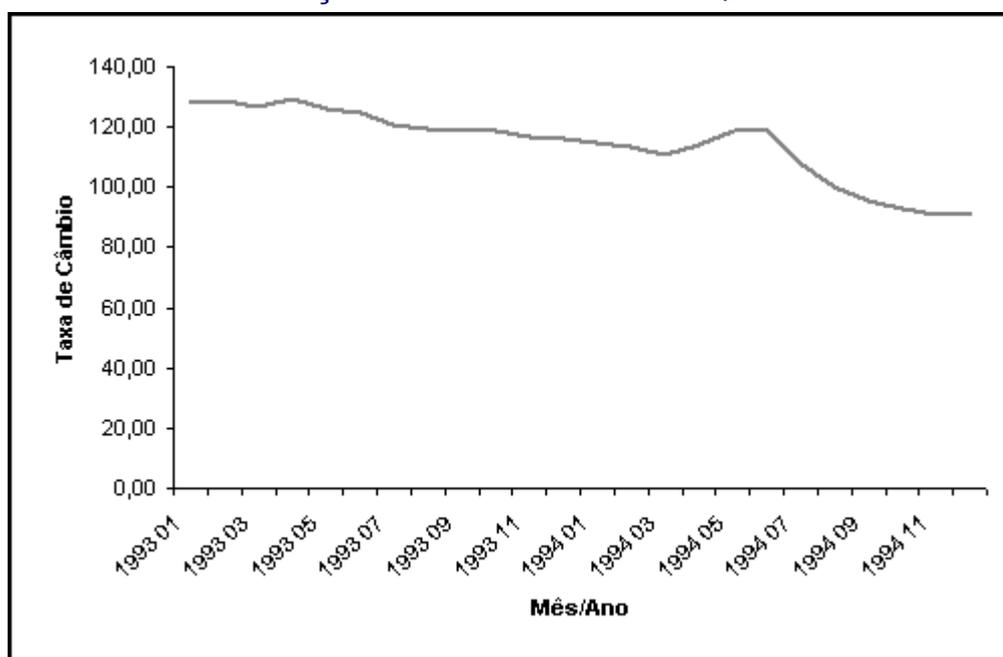
GRÁFICO 5



Fonte: TEIXEIRA (2001).

Observe-se ainda que a taxa de câmbio entre os anos de 1993 e 1994 favorecia a importação, já que a mesma, em termos reais, se apresentava em queda, conforme se verifica no gráfico a seguir. Essa observação é importante, na medida em que cabe lembrar que o Brasil é um importador líquido de enxofre.

GRÁFICO 6
Índice da Taxa de Câmbio – efetiva real – IPA-OG (dez. 1998 = 100)
Preço Real do Enxofre em US\$/t.



Fone: IPEADATA

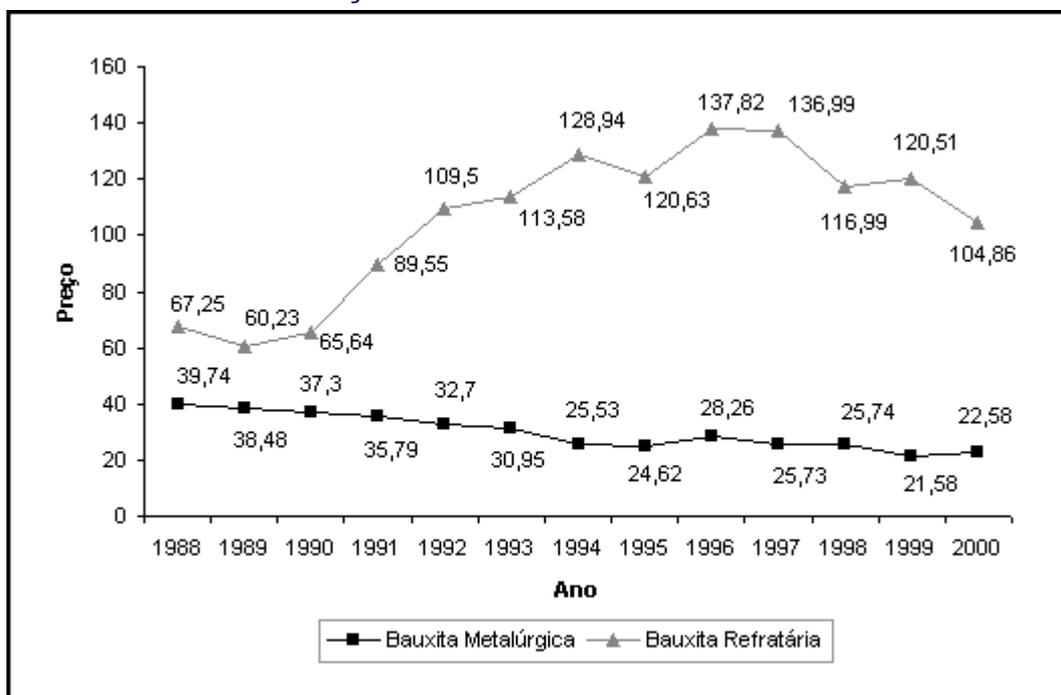
Por sua vez, como não dispomos dos preços apresentados nas licitações no ano de 1993, bem como dos valores que as Representadas pagaram pelo ácido sulfúrico também naquele ano, não há como se avaliar com precisão se, de fato, as Representadas evitaram repasses de preços a Sabesp.

Quanto ao insumo bauxita, conclusão semelhante pode ser verificada. Conforme MÁRTIRES (2001)(32), enquanto a bauxita metalúrgica apresentou leve queda de preços entre 1988 e 2000, a bauxita refratária apresentou elevação em preço de quase 100% no mesmo período, conforme gráfico abaixo.

Nota:

(32) MÁRTIRES, R. A. C. Alumínio. In: DNPM. *Balanço Mineral Brasileiro 2001*. Brasília: DNMP, 2001.

GRÁFICO 7
Preço Real da Bauxita em US\$/t.



Fonte: MÁRTIRES (2001).

Observa-se no gráfico acima que entre 1993 e 1994, enquanto a bauxita refratária teve aumento de 13,5%, a bauxita metalúrgica teve seu preço reduzido em 3,6%. Além disso, o preço da bauxita refratária sofreu queda da ordem de 6,4%, entre os anos de 1994 e 1995. Como no caso do enxofre, a falta de dados para o ano de 1993, no que se refere às compras de bauxita pelas Representadas, bem como seus preços cobrados nas licitações do referido ano, impedem uma conclusão direta mais robusta sobre possíveis repasses de preços.

Diante do exposto, pode-se concluir que, com base nos dados que dispomos, as matérias-primas para a fabricação do sulfato de alumínio apresentaram um pequeno aumento no período em análise. Todavia, dado os índices apresentados, é bastante provável que esse aumento verificado, não fosse capaz de justificar a elevação nos preços do sulfato em cerca de 84% entre a licitação de maio e a de setembro de 1994. Para tanto, deveríamos estimar uma função de transferência para conhecer o lapso de tempo necessário para o repasse do preço dos insumos para o preço do produto final.

Apenas a título de argumentação, ainda que o aumento nos preços das matérias-primas verificado ao longo de 1993 e 1994 justificasse a elevação nos preços cotados, restaria indagar por que as Representadas decidiram repassar tais aumentos no mesmo período, e mais especificadamente na mesma licitação.

Uma alternativa seria justamente a atipicidade das licitações de setembro. Vejamos os argumentos das Representadas.

Foi, inicialmente, alegada a impossibilidade de se comparar a TP nº 11.033/94 com as anteriores, uma vez que além de tratar-se de licitação para fornecimento de verão (que segundo as Representadas, a demanda era consideravelmente maior pelo produto em questão), o volume a ser adquirida era bastante significativo. Ademais deveria se notar que o novo contrato era de longo prazo.

Antes de tudo, é preciso observar que na TP nº 11.033/94, para aquisição de 8.200 toneladas a ser fornecida durante 60 dias, o preço médio cotado era de R\$ 361,36, ao passo que na Concorrência nº 10.006/94, para aquisição de 27.000 toneladas, a ser fornecida durante 180 dias, o preço médio cotado era de R\$ 340,80.

Esses dados, portanto, não corroboraram claramente o argumento das Representadas de que quanto maior o volume, maior o preço, ainda mais quando se trata de época de crescimento da demanda pelo produto. Isto porque, na licitação para aquisição de 27.000 toneladas, o preço ofertado foi menor do que aquele para fornecimento de 8.200 toneladas.

Todavia, como não existem dados mais concreto acerca da sazonalidade da demanda, principalmente do comportamento das empresas em licitações realizadas pela Sabesp em anos anteriores, nem mesmo sobre o comportamento em outras licitações, não é possível refutar de forma contundente o argumento das Representadas. Isso porque, para tanto, dever-se-ia, ainda, analisar qual quantidade que cada empresa estaria disposta a se comprometer nessas licitações.

As Representadas alegaram, ainda, que a incerteza quanto à inflação futura, associada ao fato de tratar-se de contratos de longo prazo, seria razão suficiente para justificar qualquer elevação de preços. Em outras palavras, devido à história dos resultados dos planos de estabilização anteriores, esperava-se que o Plano Real apresentasse uma característica comum a todos eles: um período inicial de baixa inflação, seguido de outro marcado por uma inflação acelerada. Sabendo disso,

portanto, era de se esperar que na implementação do novo plano as empresas, de fato, cobrassem preços elevados, já que teriam que entregar o produto durante um longo período de tempo, recebendo um preço relativamente defasado.

Note-se que supostamente no período anterior ao Plano Real e vigência da URV essa preocupação com a projeção da inflação era de menor importância, tendo em vista ser a própria URV um mecanismo indexador. Na realidade, a URV garantiria que, em termos reais, a empresa receberia o mesmo valor pelo produto durante todo o período de vigência do contrato. Nessa linha, então, com a transformação de URV em Real, seria natural o temor dos agentes econômicos quanto ao insucesso do plano de estabilização, de modo a embutir no preço apresentado expectativa de inflação futura.

É importante observar, entretanto, que as empresas implementaram essa mudança de expectativa quanto ao comportamento futuro dos preços no mesmo momento. Como o Plano Real foi implantado em 01 de Julho de 1994, já na Tomada de Preços nº 11.023/94, aberta em 01.08.94, as Representadas poderiam ter incorporado essa suposta mudança de expectativas, que afirmam ser uma das justificativas para o reajuste elevado dos preços.

Observe-se que da última licitação do período anterior ao Plano Real para a licitação posterior a esta, as empresas, em média, reajustaram os preços em 11,74%. Já na licitação seguinte, o aumento foi, em média, de 133,8%. **De outra forma, em cerca de um mês, a expectativa de inflação de todas as empresas alterou-se de forma significativa, para mais, e simultaneamente.**

Ademais, deve-se notar que embora as licitações anteriores ao Plano Real, entre maio e junho de 1994, a URV ainda servissem como um indexador, protegendo os agentes econômicos contra as perdas reais, as empresas também embutiam expectativas de aumento de preços, conforme se verifica na Tabela “Relação Preço Apresentado na Licitação com o Preço Contratado na Licitação Anterior”, a seguir. De toda forma, é bom ressaltar mais uma vez que não estamos considerando um possível padrão sazonal nas aquisições da Sabesp.

TABELA 3

Relação Preço apresentado na Licitação com o Preço contratado na Licitação anterior

TOMADA DE PREÇOS	DIFERENCIAL (%)
11.012/94 de 31/05/94	16,71
11.013/94 de 10/06/94	39,78
11.016/94 de 20/06/94	21,36
11.019/94 de 30/06/94	13,21
Média 06/94	18,74
11.023/94 de 01/08/94	11,74
11.033/94 de 29/09/94	155,09
10.006/94 de 30/09/94	
Média 09/94	15,58
11.026/94 de 01/10/94	9,83
10.016/94 de 03/11/94	
10.019/94 de 17/04/95	12,81

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

No entanto, as alterações provocadas por tais expectativas se mantinham bem abaixo da verificada de forma linear entre as empresas. Tem-se ainda que neste período algumas delas até reduziram os seus preços enquanto outras aumentavam, ou seja, as empresas tinham expectativas diferentes quanto ao comportamento futuro da inflação. Já em setembro de 1994, houve uma tendência unânime quanto à expectativa negativa referente à inflação futura. Ressalte-se novamente que tal pessimismo já poderia ter sido manifestado na Tomada de Preços nº 11.023/94 já citada, pelo menos por alguma delas.

Diante da análise apresentada é possível concluir que as justificativas apresentadas carecem de uma explicação mais razoável.

IV.6 – Análise do Comportamento das Empresas nas Tomadas de Preços da Sabesp

Embora estejamos diante de um mercado cujas características favorecem a adoção de acordos colusivos, ressalto, mais uma vez, que tal circunstância não é condição suficiente para a conclusão da existência de infração à ordem econômica.

É preciso, então, analisar os elementos materiais do caso a fim de se verificar se o comportamento denunciado constitui uma conduta ilícita.

Gostaria de ressaltar, que não dispomos de uma análise histórica do padrão de comportamento das Representadas, nem tão pouco uma série histórica de preços praticados no mercado. Temos apenas os dados das licitações para aquisição de sulfato de alumínio líquido no ano de 1994.

Note-se que a possibilidade de hoje se resgatar tais dados é praticamente impossível, dado que segundo o Código Tributário Nacional (art. 173), as empresas devem guardar os documentos fiscais por período de 05 (cinco) anos. Em

diligências solicitadas às Representadas, a coleta de informações relacionadas à produção e venda de sulfato de alumínio corroborou a hipótese levantada, vez que algumas empresas não disponham de dados referentes ao ano de 1994. Acresce a isso o fato de a Saneclor, empresa Representada, ter falido no curso do processo(33).

Nota:

(33) Informação prestada pelo Sr. Laércio Ferraresi, às fls. 3312 dos autos.

Conforme documentação apresentada pela Sabesp, no ano de 1994 foram realizadas 10 (dez) licitações para a aquisição de sulfato de alumínio líquido pela Sabesp. As principais informações sobre esses certames encontram-se no quadro abaixo:

TABELA 4**Preço de Sulfato Alumínio Líquido ofertado pelas empresas participantes das Licitações da Sabesp, no ano de 1994**

TP		QTDE (TON)	DATA DA PROPOSTA	PREÇO UNITÁRIO CIF EM URV= R\$/TON							
				FULMONT	CUBATÃO	GUAÇU	CIMIL	ELEKEIROZ	SANECLOR	SUAL L	NHEEL
11.012/94		3100	31/05/1994	151,12	161,92	212,29	244,88	245,11	250,97	251,87	258,53
11.013/94		3200	10/06/1994	190,70	183,51	212,29	208,89	230,28	250,97	244,68	233,88
	(*)				179,84	-		-	-	-	-
11.016/94		3200	20/06/1994	230,28	205,10	206,90	223,09	-	250,97	244,68	179,84
	(*)				-	-		-	-	-	-
11.017/94		3200	24/06/1994	205,10	201,50	201,50	212,29	225,89	250,97	244,68	204,27
	(**)		20/07/1994	133,65	143,93	154,01	132,37	136,17	137,51	137,76	134,42
11.019/94		3200	30/06/1994	194,30	201,50	201,50	199,70	188,18	250,97	197,90	198,62
					-	-		179,84	-	-	-
11.023/94		3300	01/08/1994	160,10	154,12	151,68	155,32	133,81	-	119,43	124,97
					-	-		-	-	-	-
11.033/94		8200	29/09/1994		358,83	348,50	373,15	375,97	366,81	356,25	-
	(**)		11/10/1994		287,84	302,83	315,98	293,14	299,37	325,20	-
10.006/94		27000	30/09/1994	374,33	340,51	324,31	346,62	319,38	328,77	342,63	354,60
	(**)		14/10/1994	312,29	286,23	297,53	313,44	286,23	299,37	288,07	275,38
11.026/94		5000	11/10/1994	320,59	288,05	302,83	313,44	293,14	299,37	325,20	309,52
	(**)		24/10/1994	312,29	286,23	297,53	274,23	286,23	275,15	299,37	275,38
1.016/94		13500	18/11/1994	357,46	314,63	304,98	329,65	309,47	311,94	325,68	327,41

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

(*) Negociação para redução do preço cotado.

(**) Segunda Rodada, após desclassificação das propostas.

Obs: A primeira coluna indica o número da Tomada de Preços, seguida da quantidade a ser adquirida e a data da apresentação da proposta. Logo, são apresentados os preços cotados por cada empresa participante.

Analisando as informações acima é possível verificar alguns pontos interessantes:

a) Participantes

- 1) Todas as Representadas participaram das Tomadas de Preço realizadas pela Sabesp no ano de 1994.
- 2) Além das Representadas apenas a Fulmont participava do certame.
- 3) Na TP nº 11.016/94, de 20/06/1994, a Eleikeroz não submeteu proposta. Da mesma forma, na TP nº 11.023/94, a

Saneclor, e na TP nº 11.033/94, a Fulmont e a Nheel.

b) Quantidade a Ser Adquirida e Condições de Fornecimento

4) Nas licitações de maio a agosto, a quantidade a ser adquirida pela Sabesp era, em geral, de 3.200 toneladas, sendo permitida a adjudicação de cinco empresas. Observe-se que, em média, eram adjudicadas entre uma a três empresas por certame. Somente seria considerada oferta quando a mesma expressasse, no mínimo, 34% do quantitativo a ser adquirido. O fornecimento era para 30 dias.

5) A partir de setembro de 1994, o volume a ser adquirido aumentou consideravelmente. No dia 29 de setembro de 1994 a Sabesp abriu licitação (TP nº 110.033/94) para aquisição de 8.200 toneladas e no dia seguinte, abriu licitação (Conc. nº 10.006/94) para aquisição de 27.000 toneladas. Somente seria considerada oferta quando a mesma expressasse, no mínimo, 42% do quantitativo licitado. O prazo de fornecimento na TP nº 110.033/94 era para 60 dias e na Conc. nº 10.006/94 para 180 dias.

c) Preços Ofertados

6) Houve um aumento significativo do preço médio ofertado a partir de setembro de 1994: de R\$ 143,53 elevou-se para R\$ 361,36, por tonelada.

TABELA 5

Preço Médio – Supondo mesma participação de mercado (R\$/ton)

TOMADA DE PREÇOS	PREÇO MÉDIO (R\$)
11.012/94 de 31/05/94	226,17
11.013/94 de 10/06/94	218,78 (preço fechado 179,84)
11.016/94 de 20/06/94	218,24 (preço fechado 179,84)
11.017/94	216,41 Seg. Ses. 139,02
11.019/94 de 30/06/94	203,59 (preço fechado 179,84)
11.023/94 de 01/08/94	143,56 (preço fechado 119,43)
11.033/94 de 29/09/94	361,63 Seg. Ses 304,64
10.006/94 de 30/09/94	340,82 Seg. Ses. 296,24
11.026/94 de 01/10/94	306,69 Seg. Ses 286,55
10.016/94 de 03/11/94	321,66

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

7) O desvio padrão foi significativamente menor na licitação realizada em setembro (TP nº 11.033/94) – denunciada pela Sabesp como indício de combinação de preços. Tal fato, por si só, não autoriza nenhuma conclusão definitiva. Note-se que mesmo no sentido oposto, isto é, se o desvio padrão tivesse se elevado, não poderíamos concluir pela ausência de coordenação entre as empresas representadas. Conforme verificado por Porter e Zona (1992), em estudo já citado anteriormente, as empresas cartelizadas apresentavam maior variância como resultado de tentativa de simular uma competição entre elas. Por seu turno em licitações em que as empresas eram de fato competitivas, a variância das ofertas era bem menor, posto que essas, na sua maioria, lançavam preços próximos ao competitivo.

TABELA 6

Variância e Desvio Padrão dos preços ofertados nas Licitações da Sabesp

TP	QTDE (TON)	DATA DA PROPOSTA	VARIÂNCIA	DESVIO PADRÃO
11.012/94	3100	31/05/1994	1.757,4591	41,92205953
11.013/94	3200	10/06/1994	533,20614	23,09125688
11.016/94	3200	20/06/1994	555,32646	23,56536563
11.017/94	3200	24/06/1994	380,33141	19,50208735
11.019/94	3200	30/06/1994	333,0892	18,25073149
11.023/94	3300	01/08/1994	234,33003	15,307842
11.033/94	8200	29/09/1994	111,34362	10,55194882
10.006/94	27000	30/09/1994	280,97467	16,76229922
11.026/94	5000	11/10/1994	148,87969	12,20162671
1.016/94	13500	18/11/1994	253,53821	15,92288325

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

8) Por sua vez, a tabela abaixo apresenta a dispersão das ofertas da segunda rodada da licitação, isto é, quando a Sabesp pedia para as empresas reformularem suas propostas. Na segunda rodada, o desvio padrão da licitação de setembro aumentou significativamente.

TABELA 7

Variância e Desvio Padrão dos preços ofertados nas segundas rodas das Licitações da Sabesp

TP	QTDE (TON)	DATA DA PROPOSTA	VARIÂNCIA	DESVIO PADRÃO
11.017/94	3200	20/07/1994	45,061675	6,712799342
11.033/94	8200	11/10/1994	168,18302	12,96853977
10.006/94	27000	14/10/1994	174,72960	13,21853255
11.026/94	5000	24/10/1994	193,52759	13,91141927

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

9) A variação média dos preços ofertados pelas licitantes entre um certame e outro sugere a existência de algum padrão sazonal, uma vez que os preços oscilam ao longo do ano. Como não há disponibilidade de série de preços de sulfato de alumínio para estimar o fator sazonal, não é possível separá-lo para determinar qual foi o real aumento de preços. Entretanto podemos imaginar que há um impacto da variação sazonal do consumo de água no consumo de sulfato de alumínio. O consumo de água aumenta em épocas mais quentes e diminui em épocas mais frias.

TABELA 8

Varição Média dos preços ofertados entre uma Licitação e outra

TP	MÉDIA DA VARIAÇÃO (%)	VARIÂNCIA (%)
11.012/94 – 11.013/94	-1,22	1,88
11.013/94 – 11.016/94	1,20	1,66
11.016/94 – 11.017/94	-35,41	0,69
11.017/94 – 11.019/94	46,72	2,14
11.019/94 – 11.023/94	-27,39	0,56
11.023/94 – 11.033/94	114,70	9,06
11.033/94 – 10.006/94	-2,43	0,16
10.006/94 – 11.026/94	-3,51	0,38

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados fornecidos pela Sabesp.

Note-se ainda que a variância da variação dos preços ofertados pelas empresas entre a licitação nº 11.023/94 e a nº

11.033/94 é muito superior a dos outros certames. A interpretação mais direta desse fato seria a de que uma alta variância significa que não houve acerto para as ofertas. Entretanto, tal fato me parece muito mais o resultado do comportamento das empresas, que aproximaram os seus preços na TP nº 11.033, conforme pode ser observado na Tabela 6 pela redução da variância dos preços ofertados na primeira rodada.

Nessa mesma linha, a maior variância também pode ser resultado de uma mudança na quantidade contratada, que mais do que dobrou de uma licitação para outra. Em todas as licitações anteriores, realizadas no ano de 1994, o volume contratado ficou entre 3200 e 3300 toneladas.

De toda forma como já ressaltado anteriormente, não conseguimos testar de maneira suficiente essa hipótese, devido à falta de dados nos autos.

10) Houve um aumento substantivo dos preços médios negociados com as vencedoras das licitações a partir de setembro de 1994. Depois os preços permaneceram mais ou menos no mesmo patamar, com exceção da TP nº 1.016/94.

TABELA 9
Variações nos Preços Médios negociados com a Sabesp

	TP	PREÇO MÉDIO PONDERADO (PELAS QUANTIDADES CONTRATADAS) EM URV = R\$/TON.	VARIAÇÃO (%)
	11.012/94	156,6941935	
Preço Negociado	11.013/94	179,84	14,77
Preço Negociado	11.016/94	179,84	0,00
Preço Negociado	11.019/94	179,84	0,00
Preço Negociado	11.023/94	119,43	-33,59
2º SP	11.033/94	287,84	141,01
2º SP	10.006/94	282,0528548	-2,01
2º SP	11.026/94	274,019366	-2,85
2º SP	1.016/94	316,3839711	15,46

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

Para efeito de análise dos dados das licitações apresentadas acima, faço um breve comentário sobre a teoria de leilões. Da mesma forma que outros casos de interação estratégica com assimetria de informação, os leilões são tratados dentro de Teoria dos Jogos. A partir de hipóteses sobre o mecanismo do leilão, é possível fazer previsões sobre as escolhas dos agentes. Note-se que o seu desenho tem como objetivo alcançar um mecanismo que faça com que as firmas revelem o verdadeiro valor que atribuem ao produto leiloado. Isso também implica que o mecanismo deve tentar incorporar características que desestabilizem eventuais coalizões dos jogadores, uma vez que isso reduz o excedente de quem realiza o leilão(34).

Nota:

(34) Para análise mais aprofundada sobre cooperação em leilões, ver McAfee, R. Preston e McMillan, John, "Auctions and Bidding" (1987), Journal of Economic Literature, v. XXV, p. 699-738; e McAfee, R. Preston and McMillan, John, "Bidding Rings" (1992), The American Economic Review, v. 82, p. 579-599.

No caso em tela, os jogadores são os vendedores de sulfato de alumínio, que fazem suas ofertas em um esquema de leilão de lance fechado com valores privados independentes. A hipótese de valores privados significa que cada participante do leilão tem como objetivo exclusivo obter para si o maior valor esperado da diferença entre o preço de venda do produto e o seu custo de produção. Cada empresa envia simultaneamente seu lance para a Sabesp em um envelope fechado. O objetivo do órgão contratante é obter o menor preço para a quantidade estipulada no edital. Em um jogo de apenas uma rodada, as firmas que ofertam os menores preços ganham a licitação. Os resultados da teoria mostram que esse desenho de mecanismo de leilão não favorece a coalizão entre os jogadores(35).

Nota:

(35) Para mais detalhes sobre esse resultado ver Preston McAfee e John McMillan (1992), *Bidding Rings*; e Araine Lambert e Kontastin Sonin (2003) *Corruption and Collusion in Procurement Tenders*.

Contudo é preciso que se diga que as regras da licitação da Sabesp são um pouco diferentes, como já foi explicitado no item IV.1. Uma vez que a contratante tem todas as propostas em mãos, ela comunica as licitantes qual foi o menor preço ofertado e suas respectivas classificações, sendo que essas passam a ter a chance de acompanhá-lo ou não. A classificação das ofertas da primeira rodada determina a preferência das empresas. Ou seja, se tanto a segunda empresa quanto a terceira decidirem vender o produto ao menor preço, a segunda terá preferência. De toda forma, essa regra de preferência faz com que obtenhamos o mesmo resultado de um esquema de leilão de uma rodada de menor preço, não contribuindo, assim, para a estabilidade de uma cooperação entre os jogadores.

O mecanismo descrito pode ser observado nas licitações de maio a agosto de 1994 (as seis primeiras licitações do ano). Nesses certames, foram adjudicadas uma ou duas empresas. A primeira empresa, pela regra, era sempre aquela que lançava o preço mais baixo. A segunda, por sua vez, sempre apresentou uma boa classificação. Note-se que, neste contexto, as empresas devem sempre, em tese, ter a preocupação de obter boa classificação, para que possam ter a chance de vencer a licitação. Caso não houvesse essa regra, nem seria preciso que as empresas combinassem não ofertar preços baixos, pois o próprio desenho do leilão facilitaria a coordenação tácita entre elas. Nesse sentido, apenas os preços ofertados na segunda rodada revelariam, de fato, as estratégias verdadeiras das empresas, uma vez que essa é a que valeria.

11) Os dados apresentados também não permitem concluir que tenha havido alguma das formas clássicas de *bid rigging*.

Conforme exposto na Tabela 10, que demonstra a ordem de classificação das propostas das empresas participantes nas licitações de 1994, pode-se perceber que houve uma razoável rotatividade entre as vencedoras.

TABELA 10

TP	QTDE (TON)	DATA DA PROPOSTA	CLASSIFICAÇÃO								
11.012/94	3100	31/05/94	Fulmont	Cubatão	Guaçu	Cimil	Elekeiroz	Saneclor	Suall	Nheel	Utinga
11.013/94 (*)	3200	10/06/94	Cubatão	Fulmont	Cimil	Guaçu	Utinga	Elekeiroz	Nheel	Suall	Saneclor
11.016/94 (*)	3200	20/06/94	Nheel	Cubatão	Utinga	Guaçu	Cimil	Fulmont	Suall	Saneclor	
11.017/94 (**)	3200	24/06/94	Não há dados.								
11.019/94	3200	30/06/94	Elekeiroz	Fulmont	Suall	Nheel	Utinga	Cimil	Guaçu	Cubatão	Saneclor
11.023/94 (*)	3300	01/08/94	Suall	Nheel	Utinga	Guaçu	Cubatão	Cimil			
11.033/94 (**)	8200	29/09/94	Guaçu	Utinga	Suall	Cubatão	Saneclor	Cimil	Elekeiroz		
		11/10/94	Cubatão	Elekeiroz	Saneclor	Guaçu	Utinga	Cimil	Suall		
10.006/94 (**)	27000	30/09/94	Elekeiroz	Guaçu	Saneclor	Utinga	Cubatão	Suall	Cimil	Fulmont	Nheel
		14/10/94	Nheel	Cubatão	Elekeiroz	Suall	Guaçu	Saneclor	Utinga	Fulmont	Cimil
11.026/94 (**)	5000	11/10/94	Cubatão	Elekeiroz	Saneclor	Guaçu	Utinga	Nheel	Cimil	Fulmont	Suall
		24/10/94	Cimil	Utinga	Saneclor	Nheel	Cubatão	Elekeiroz	Guaçu	Suall	Fulmont
10.016/94 (**)	13500	18/11/94	Guaçu	Elekeiroz	Saneclor	Utinga	Cubatão	Suall	Nheel	Cimil	Fulmont
		11/01/95	Nheel	Guaçu	Saneclor	Utinga	Cubatão	Suall	Elekeiroz	Cimil	Fulmont

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

*As empresas vencedoras dos certames estão destacadas em descrito.

Ademais, com base nas informações constantes dos autos, pode-se notar, através da Tabela 11, que essas empresas forneceram a Sabesp quantidades bastante diferenciadas:

TABELA 11

Quantidade Fornecida pelas Empresas vencedoras dos certames da Sabesp, por certame e ordem de classificação

Ordem de Classificação das Propostas apresentadas nas Licitações da Sabesp

TP	QTDE (TON)	DATA DA PROPOSTA	VENCEDORAS					
			1ª. COLOCADA	QTDE (TON)	2ª. COLOCADA	QTDE (TON)	3ª. COLOCADA	QTDE (TON)
11.012/94	3100	31/05/1994	Fulmont	1500	Cubatão	1600		
11.013/94 (*)	3200	10/06/1994	Cubatão	1088	Utinga	1088		
11.016/94 (*)	3200	20/06/1994	Nheel	2385	Utinga	815		
11.017/94 (**)	3200	24/06/1994	Não há dados.					
11.019/94	3200	30/06/1994	Elekeiroz	3200				
11.023/94 (*)	3300	01/08/1994	Suall	2800	Utinga	500		
11.033/94 (**)	8200	29/09/1994	Cubatão	8200				
10.006/94 (**)	27000	30/09/1994	Nheel	5786	Cubatão	4243	Suall	3471
11.026/94 (**)	5000	11/10/1994	Cimil	2143	Utinga	1572	Saneclor	1285
10.016/94	13500	18/11/1994	Nheel	5787	Guaçu	4243	Saneclor	3470

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

Embora, como visto, a razoável rotatividade observada possa sugerir a presença de indício de um esquema de *bid rotation*, esta situação é também verificável em um equilíbrio competitivo, quando existem retornos decrescentes de escala e capacidade produtiva limitada (PORTER & ZONA, 1992). Ademais não percebi nenhum comportamento periódico definido nas licitações analisadas de forma a poder concluir pela presença de algum tipo de combinação prévia a respeito dos resultados expostos.

Adicionalmente, analisando a ordem da primeira e da segunda rodada, como pode ser observado na Tabela 12, verifico que, daquelas licitações que a Sabesp desclassificou as propostas, a ordem de uma rodada para outra não se manteve. Isto afasta, em princípio, a possibilidade de um esquema de *bid rotation*.

TABELA 12

Classificação das Empresas na primeira e segunda rodada das Licitações da Sabesp

TP 11.033/94			
1ª rodada: 29.09.1994		2ª rodada: 11.10.1994	
348,50	Guaçu	287,84	Cubatão
351,95	Utinga	293,14	Elekeiroz
356,25	Suall	299,37	Saneclor
358,83	Cubatão	302,83	Guaçu
366,81	Saneclor	308,14	Utinga
373,15	Cimil	315,98	Cimil
375,97	Elekeiroz	325,20	Suall
TP 10.006/94			
1ª rodada: 30.09.1994		2ª rodada: 14.10.1994	
319,38	Elekeiroz	275,38	Nheel
324,31	Guaçu	286,33	Elekeiroz e Cubatão
328,77	Saneclor	288,07	Suall
336,29	Utinga	297,53	Guaçu
340,51	Cubatão	299,37	Saneclor
342,63	Suall	307,67	Utinga
346,62	Cimil	312,29	Fulmont
354,60	Nheel	313,44	Cimil
374,33	Fulmont		
TP 11.026/94			
1ª rodada: 11.10.1994		2ª rodada: 24.10.1994	
288,05	Cubatão	272,62	Utinga
293,14	Elekeiroz	274,23	Cimil
299,37	Saneclor	275,15	Saneclor
302,83	Guaçu	275,38	Nheel
308,14	Utinga	286,23	Cubatão e Elekeiroz
309,52	Nheel	297,53	Guaçu
313,44	Cimil	299,37	Suall
320,59	Fulmont	312,29	Fulmont
325,20	Suall		

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

Devo, ainda, destacar que a rotatividade detectada entre as empresas não fornece um padrão em termos de volume a ser fornecido, pois, empresas como Cubatão e Nheel foram responsáveis, naquele ano, por 52% do sulfato de alumínio adquirido pela Sabesp, conforme pode ser visto na Tabela 13. É claro que, em um acordo dessa natureza, o esquema de compensação, embora a primeira vista não seja proporcional, poderia ser, caso estivesse determinado em função da capacidade produtiva de cada empresa. Ademais, o período em análise não é suficiente para indicar mecanismos de compensação via volume fornecido. Outra hipótese seria se houvesse um esquema de compensação entre diferentes consumidores, mas também não há indícios sobre tal possibilidade nos autos.

TABELA 13
Licitações Vencidas e Total Fornecido a Sabesp

EMPRESAS VENCEDORAS	LICITAÇÕES VENCIDAS	TOTAL FORNECIDO (TON.)	PERCENTUAL EM RELAÇÃO AO TOTAL (%)
Fulmont	1	1.500	3
Cimil	1	2.143	4
Eleikeroz	1	3.200	6
Utinga	4	3.975	7
Guaçu	1	4.243	8
Saneclor	2	4.755	9
Suall	2	6.271	11
Nheel	3	13.958	25
Cubatão	4	15.131	27
Total		55.176	100

Fonte: Elaboração própria a partir de dados fornecidos pela Sabesp.

Analisando os dados em termos da perspectiva de ocorrência de um *bid supression* temos que somente na TP nº 11.016/94, de 20.06.1994, a Eleikeroz não submeteu proposta. Da mesma forma, na TP nº 11.023/94, a Saneclor, e na TP nº 11.033/94, a Fulmont e a Nheel. Em princípio tais fatos isolados não são capazes de caracterizar uma supressão da oferta. Ademais, não há indícios de que as empresas tenham desistido de propostas submetidas a Sabesp. Também poder-se-ia levantar a hipótese de que há um acordo do tipo *bid supression* entre empresas do Estado de São Paulo com empresas de outros Estados, mas também não detectei nenhum comportamento desse tipo.

Por fim, no que se refere à possibilidade de um *cover bidding*, os dados não corroboram tal hipótese. Observe-se que em primeiro lugar, o tipo de licitação empreendido pela Sabesp — menor preço — dificulta sobremaneira a adoção de estratégias que envolvam o não atendimento de certos requisitos do edital. De toda forma, não foi observado ao longo do processo nenhuma desistência de empresas que tenha vencido licitações, ou mesmo casos de desclassificação por ausência do cumprimento dos requisitos pré-definidos. Por outro lado permaneceria ainda a possibilidade de que fossem ofertados preços mais elevados em benefício da empresa escolhida para vencer o certame. Nesse caso, os dados analisados ao longo desse voto também não indicam que tenha havido uma combinação prévia para definir os possíveis vencedores das licitações. Em outras palavras, não há como se inferir que a elevada diferença de preços lançados pelas empresas participantes dos certames seja um indicativo de que tenha ocorrido uma conduta colusiva.

V – CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi exposto, é possível afirmar que, ao contrário das conclusões da SEAE, SDE, Procuradoria do CADE e Ministério Público Federal, os dados apresentados revelam sérias dúvidas quanto à caracterização de uma possível conduta coordenada. Isto porque embora os pontos apresentados pelas Representadas não justifiquem de forma contundente o aumento de preço verificado, não há como se negar que existe um certo grau de razoabilidade em parte dos argumentos exposto por elas.

Note-se que as Representadas alegaram, como um dos fatores determinantes para o aumento de preços nas licitações realizadas a partir de setembro, o fato do consumo do sulfato de alumínio ser sazonal, o que associado ao elevado volume a ser fornecido, teria ocasionado o aumento verificado. Em que pese termos afastado o argumento de que “quanto maior o volume, maior o preço”, a questão relacionada à sazonalidade do consumo ficou em aberta.

De fato, o único argumento que foi possível excluir por completo, ressaltando-se o fator de consumo sazonal, foi a expectativa de inflação embutida pelas Representadas nos preços ofertados. Como visto no item IV.5, as alterações provocadas por tais se mantiveram bem abaixo da verificada de forma linear entre as empresas, a partir da licitação de setembro.

Também considero que as informações disponibilizadas nos autos não são suficientes para caracterizar a presença de um acordo clássico em licitação (*bid rigging*). Isto porque a série de dados de que dispomos é relativamente pequena. Foram acostadas apenas informações a respeito das licitações realizadas pela Sabesp no ano de 1994, e ainda de forma incompleta. Conseqüentemente não foi suficiente para concluir pela hipótese de *bid rotation*. Além disso, não há dados sobre a venda de sulfato de alumínio para o setor privado ou mesmo para o setor público (licitações promovidas por outros entes da Administração), o que tornou impossível analisar a presença de esquemas de *bid supression*. Observe-se ainda que não há informações sobre os preços cotados no mercado privado, assim como não foi informado o preço efetivamente contratado pela Sabesp nas licitações em que houve segunda rodada. No que se refere à possibilidade de ocorrência de um *cover bidding*, os dados também não são indicativos da presença de prática anticompetitiva.

Ressalto que a elevação simultânea de preços, apesar de ser um bom indicio de coordenação entre as empresas, por si só não é capaz de caracterizar um ilícito concorrencial. Para tanto seria necessário um estudo mais detalhado do mercado de atuação das Representadas, à época.

Particularmente, entendo que as condições de entrada no mercado de produção e comercialização do sulfato de alumínio seriam determinantes para avaliar a capacidade das empresas de adotarem condutas anticompetitivas. Nesse sentido há que se notar que nos autos também não existe informação que permita avaliar quais seriam as oportunidades de vendas presentes no mercado de sulfato de alumínio em 1994.

Além disso, não há informações exatas sobre a estrutura de custos de produção do sulfato de alumínio, ou seja, a participação de cada insumo na fabricação do referido produto. Por conta disso não conseguimos estimar o lapso de tempo necessário para o repasse do preço dos insumos para o preço do produto final. Assim, ainda que tenhamos algumas informações sobre a evolução do preço de alguns insumos, como apresentado neste voto, não há como se concluir se eles seriam responsáveis pelo aumento verificado nos preços de sulfato de alumínio nas licitações promovidas pelas Sabesp.

Note-se que a possibilidade de hoje se resgatar tais dados é praticamente inviável, dado que segundo o Código Tributário Nacional (art. 173), as empresas devem guardar os documentos fiscais por período de 05 (cinco) anos. Em diligências solicitadas às Representadas, especificamente no que tange a coleta de informações relacionadas à produção e venda de sulfato de alumínio pude observar, por exemplo, que algumas empresas não dispunham de dados referentes ao ano de 1994. Acresce a isso o fato de a Saneclor, empresa Representada, ter falido no curso do processo.

Assim, em razão do quanto exposto, entendo que os dados que constam dos autos não permitem concluir, de forma irrefutável, que de fato houve um acerto entre as empresas com o intuito de elevar os preços. Nesse sentido, voto pelo arquivamento do presente Processo Administrativo.

É o voto.

Brasília, 12 de maio de 2004.

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

Conselheiro-Relator