

RECURSO ESPECIAL Nº 1.693.334 - RJ (2017/0208433-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA**
ADVOGADOS : **RAQUEL DOS SANTOS RANGEL - RJ100460**
: **BERNARDO DA SILVEIRA LATGÉ - RJ179105**
RECORRIDO : **LINDE GASES LTDA**
ADVOGADO : **LUIZ GUSTAVO ROCHA OLIVEIRA ROCHOLI - MG072002**

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

O Ministério Público Federal propôs em face de White Martins Gases Industriais S/A e de AGA S/A uma ação civil pública em que lhes imputava a prática de infrações contra a ordem econômica.

Segundo afirmou na inicial, a ação civil pública amparava-se em denúncias de prática de preços abusivos, de formação de cartel e de controle concertado entre concorrentes no fornecimento de gases industriais às instituições hospitalares públicas no Estado do Rio de Janeiro, notadamente as companhias White Martins Gases Industriais S/A e de AGA S/A.

Essas eram as únicas duas fornecedoras de gases industriais aos hospitais federais do Rio de Janeiro.

Quanto a elas, verificava-se uma disparidade incompreensível entre os preços praticados por uma mesma empresa, para o fornecimento de produtos idênticos.

Assim, por exemplo, a companhia White Martins S/A fornecia oxigênio líquido ao Hospital de Jacarepaguá ao preço de R\$ 1,85 (um real e oitenta e cinco centavos) o metro cúbico, mas para o Hospital de Bonsucesso o custo era de R\$ 11,00 (onze reais) o metro cúbico, uma diferença de quase quinhentos por cento; no mesmo sentido a companhia AGA S/A, que fornecia oxigênio líquido ao Hospital de Nova Iguaçu ao preço de R\$ 2,10 (dois reais e dez centavos) o metro cúbico mas ao Hospital da Piedade cobrava R\$ 4,90 (quatro reais e noventa centavos) o metro cúbico do mesmo produto, uma diferença de mais de cento e trinta por cento.

Dessa forma, dizia o Ministério Público Federal que além de dominarem o mercado de fornecimento de gases hospitalares exerciam ainda, de forma abusiva, esta posição dominante,

Superior Tribunal de Justiça

praticando aumento claramente arbitrários dos lucros.

Em vista disso, pedia que as companhias fossem condenadas ao pagamento de multa equivalente a trinta por cento do valor do faturamento bruto registrado no último exercício anterior à propositura da ação, bem como à publicação da sentença em jornal.

Em primeiro grau de jurisdição o pleito foi desacolhido por falta de provas.

O Tribunal *a quo*, no entanto, apesar de manter o resultado, adotou fundamentação distinta, apontando a inexistência de evidência do conluio entre as companhias, para tanto, comparando o constante dos autos com um parecer apresentado pela Secretaria de Direito Econômico, ou seja, a despeito da diferença de preços o autor da ação civil pública não havia comprovado que as companhias haviam engendrado um conluio para o acertamento dos valores.

Observou ainda que o demonstrativo de custos, das despesas de administração (contabilidade, informática, controladoria, auditoria, jurídico, contas a receber, contas a pagar, suprimentos, compras etc) são elevadas em razão da estrutura de suporte requerida no fornecimento de gases ao setor público e representavam em torno de 15,8% do preço final nos anos de 1995 a 1996, caindo para 11,8% nos anos seguintes, essa redução decorrendo dos ganhos de produtividade, eficiência e modernização que não só a White Martins mas inúmeras outras empresas alcançaram com a estabilização da economia.

O acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 2.^a Região restou assim ementado:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. WHITE MARTINS e AGA/LIND. GASES INDUSTRIAIS HOSPITALARES. PROVA INSUFICIENTE. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. A sentença acolheu o laudo pericial e julgou improcedente a acusação de formação de cartel e o controle concentrado de preços pelo fornecimento de gases industriais a hospitais federais do Rio de Janeiro, convencido o juízo de que não se fez prova cabal da repartição do mercado, assim viciando a licitação objeto do Edital nº 002/98 do Ministério da Saúde.

2. O cartel é a mais grave lesão ao princípio da livre concorrência, tal a disciplina das condutas anticompetitivas sancionadas nas Leis nº 8.884/1994 e nº 12.529/2011, por se tratar de acordo abusivo entre agentes econômicos, mediante combinação de preços, para limitar a oferta ou a variedade de produtos, e dividir o mercado, com o efeito danoso de impor preços arbitrários, cerceando as iniciativas concorrenciais, mas é necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a prática comercial fraudulenta e a ofensa aos fundamentos da ordem

Superior Tribunal de Justiça

econômica.

3. Inexiste cerceamento de prova em desfavor do MPF, à falta de requisição de ofício de processo administrativo do Cade, possível de obter pelo próprio parquet no sítio eletrônico da autarquia, amparado em diversas normas, a começar da exegese dada ao artigo 399, II, do CPC, combinado aos artigos 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985, e 26, I, b, da Lei nº 8.625/1993, mais os inúmeros precedentes. Irrelevante, ainda, a dispensa da perícia de organização industrial, requerida pela White Martins. Precedentes.

4. É fato notório que em 2010 o Cade condenou as rés com outras empresas à multa bilionária no P.A. 08012.009888/2003-70, pelo chamado Cartel dos Gases, de âmbito nacional, delimitado no tempo a partir de 2001, circunstância que não basta, por si só, para concluir pela procedência desta ação, restrita à atuação delas em concorrência do Ministério da Saúde para fornecimento de gases industriais para hospitais federais do Rio de Janeiro, no final da década de 90, sequer referida naquele procedimento, focado na ordem sistêmica de proteção à concorrência como um fator de orientação e funcionamento do mercado.

5. O Cade investiga empresas de gases industriais desde 1992, instaurando quase trinta processos administrativos, até lograr, quase duas décadas depois, em 2010, reunir provas suficientes de conluio para repartir o mercado, com buscas, apreensões e interceptações telefônicas, ausentes nestes autos, que não alcançaram instrução probatória adequada, faltando-lhes desde a cópia do Edital nº 002/98, tido por burlado, e o Relatório do Ministério da Saúde reportado na investigação ministerial.

6. Os fatos objeto desta ação ensejaram representação do MPF ao Cade, que instaurou o P.A. nº 08012.004405/99-11, arquivado em janeiro/2010, inclusive por falta de provas, acolhendo, no aspecto, pareceres da SDE, ProCade e MPF à autarquia, tendo em vista que a mera diferença de preços e restrições de propostas são insuficientes para caracterizar o conluio entre os participantes, nota típica do cartel.

7. Para desqualificar o laudo judicial era imprescindível apontar erro evidente de premissa ou irregularidades flagrantes, sendo certo que o laudo complementar que analisou a composição dos preços pelo fornecimento de gases a cada um dos hospitais federais do Rio de Janeiro responde às impugnações do MPF, com os esclarecimentos prestados ao juízo, sendo insuficientes as ressalvas da procuradoria de que a existência de preços diferenciados não decorre apenas das variações nos custos de serviços e investimentos, mas também da margem de lucro e das despesas de administração.

8. Prevaleceu o entendimento de que o demonstrativo de custos, com destaque às despesas de administração (contabilidade, informática, controladoria, auditoria, jurídico, contas a receber, contas a pagar, suprimentos, compras, etc.), explicava-se em razão da estrutura de suporte requerida no fornecimento de gases ao setor público, representando em torno de 15,8% do preço final nos anos de 1995 a 1996, caindo para 11,8% nos anos seguintes, e que essa redução é decorrente nos ganhos de produtividade, eficiência e modernização, que não só a White Martins, mas inúmeras outras empresas alcançaram com a estabilização da economia.

9. A difícil comprovação de cartel, acordo anticoncorrencial feito quase sempre de forma simulada, não escrita, não pode ser somente circunstancial, restrita às diferenças de preços constatadas, pois as margens de lucro não são estáveis, o que prejudica qualquer análise comparativa. Na atividade empresarial busca-se conciliar objetivos de crescimento e de lucratividade e, nesse sentido, a margem de lucro é aquela possível conforme a negociação e a forma de competição.

Superior Tribunal de Justiça

10. É inútil o retorno do feito à instância de origem para esmiuçar provas antigas, jamais requeridas pelo MPF, sem prejuízo de novas demandas, à vista de fatos novos, subsidiado ou não em decisões do Cade, fundado na Lei nº 7.347/1995, que contempla as sanções dos artigos 18 e 19, voltadas ao ressarcimento de danos materiais e morais causados por infração à ordem econômica (arts. 11 e 13), com obrigação de fazer ou não fazer e pena pecuniária.

11. As sanções do CADE visam essencialmente coibir o dano concorrencial, servindo de instrumento orientador da atividade econômica, sem cogitar de danos patrimoniais e morais decorrentes do ilícito comercial, os quais não de ser buscados na ACP, sob instrução probatória convincente.

12. Remessa necessária desprovida

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs pelo qual apontou violação aos arts. 130, 399, inciso II, e 431-B do CPC/1973, ao art. 8.º, § 1.º, da Lei 7.347/1985, e ao art. 26, inciso I, alínea "b", da Lei 8.625/1993, porque o juiz da causa tem amplos poderes instrutórios na busca da verdade real e em se tratando de fatos sujeitos a perícias complexas, no que se inclui a requisição de documentos necessários ao deslinde da controvérsia.

Assim, se não havia prova suficiente das infrações à ordem econômica cumpria ao magistrado diligenciar a sua produção, não lhe cumprindo simplesmente rejeitar a pretensão deduzida na ação civil pública, o que veio a ensejar o cerceamento ao direito de defesa.

Nesse sentido, a instrução foi incompleta porque deveria ter sido determinada a juntada dos mesmos elementos de prova coligidos nos autos do **Procedimento Administrativo n. 08012.009888/2003-70**, que teriam relação intrínseca com os fatos debatidos.

Sob a ótica da divergência o recurso fundamenta-se nos arts. 130, 399, inciso II e 431-B do CPC/1973 e indica como paradigma o **AgRg no REsp 738.576/DF**, rel. Ministra Nancy Andrighi, e no **AC 00099458720034013800**, do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região.

Contrarrazões em e-STJ fls. 1583/1593, de Linde Gases Ltda., sucessora de AGA S/A, e em e-STJ fls. 1596/1621, de White Martins Gases Industriais Ltda.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial, segundo os termos reproduzidos na ementa assim redigida (e-STJ fls. 1640/1660):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. IMPROCEDÊNCIA POR FALTA DE PROVAS. ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A EXISTÊNCIA DE "INDÍCIOS FORTES, CRÍVEIS" DE CARTELIZAÇÃO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 130 E 399, INCISO II DO

Superior Tribunal de Justiça

CPC/73. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DO AUTOR NA COLHEITA DE PROVAS.
- Parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.693.334 - RJ (2017/0208433-0)

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. IMPROCEDÊNCIA POR FALTA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIA DO AUTOR DA AÇÃO. ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO MAGISTRADO. LIMITES. BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL. DEVER DE LEALDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1- Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 2/STJ: “*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*”

2. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal proposta em maio/1999 em desfavor da WHITE MARTINS e da AGA/LINDE, em razão de denúncias de prática de preços abusivos, formação de cartel e controle concertado entre concorrentes no fornecimento de gases industriais às instituições hospitalares públicas, praticado pelas requeridas.

3- Os fatos objetos da presente ACP foram objeto de investigação por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, tendo os Processos Administrativos subjacentes de nº 27/92 e 39/92 (doc. 01), sido arquivados, sem julgamento

4- Apelo especial pelo qual o autor alega que, como o juiz da causa tem amplos poderes instrutórios na busca da verdade real, era crível que requisitasse de ofício - junto ao CADE - documentos necessários ao deslinde da controvérsia.

5- De fato, existência de regras disciplinando o ônus da prova não autoriza a conclusão de que o juiz está adstrito a uma posição de inércia no campo probatório, permanecendo estante diante da iniciativa probatória das partes. Pelo contrário, o magistrado, consoante as regras previstas no art. 130 do CPC/73, compartilha com elas o dever de evitar os efeitos do *non liquet*.

6- Contudo, essa presunção não é absoluta, devendo, pois, ater-se às hipóteses nas quais, diante de um mínimo juízo de convicção quanto aos fatos narrados, a insuficiência de provas impede que o encontre de uma resposta jurídica para o julgamento.

7- O juízo de conveniência quanto às diligências necessárias, além de ser exclusivo do julgador, deve considerar os seguintes elementos: i) mínima certeza da prática delituosa, ii) existência, ainda que mínimos, de elementos probatórios que indicam a prática de infração a ordem econômica por formação de cartéis, iii) ativa atuação do autor da ACP, notadamente quanto a delimitação dos fatos narrados e com intensa participação na fase instrutória do feito.

8- Deixar de requerer diligências possíveis ao tempo da ação e atribuir responsabilidade instrutória ao magistrado, desrespeita a lealdade processual um dos deveres anexos criados pela boa-fé objetiva e direcionada a todos os partícipes do processo. Sua incidência no campo instrutória, indica ser dever das partes apontar todos os elementos probatórios, de forma a permitir que a parte *ex adversa* exerça o contraditório de forma eficaz.

9- O acórdão *a quo*, mesmo considerando ser dever do MP indicar as provas necessárias ao julgamento, dedicou capítulo exclusivo do voto para correlacionar o P.A. nº 08012. 009888/2003-70 com esta ação civil pública. Mediante prévia análise dos informações prestadas pelo CADE quanto aos dois processos administrativos, conclui ser inútil o retorno do feito à instância de origem para esmiuçar provas antigas, jamais requeridas pelo MPF. Rever tal entendimento, implica em violação ao enunciado da Súmula 7/STJ.

10- Recurso especial não provido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal proposta em maio/1999 em desfavor da WHITE MARTINS e da AGA/LINDE, em razão de denúncias de prática de preços abusivos, formação de cartel e controle concertado entre concorrentes no fornecimento de gases industriais às instituições hospitalares públicas, praticado pelas requeridas.

Restou assentado que os fatos objetos da presente ACP foram objeto de investigação por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, tendo os Processos Administrativos subjacentes de nº 27/92 e 39/92 (doc. 01), sido arquivados, sem julgamento de mérito, em razão do tempo decorrido entre a data das denúncias e da análise dos fatos.

Segundo apontado pelo MP, apesar de as investigações anteriores na esfera administrativa, as práticas lesivas ao patrimônio público por parte das duas empresas continuaram inalteradas, levando a Secretaria de Controle Interno do Ministério da Saúde e a Delegacia de Controle do Ministério da Fazenda, após resultado de auditoria realizada junto aos hospitais federais do Rio de Janeiro, concluído em 05/11/98, oferecer nova representação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em 22/12/98 .

Na petição inicial da ACP, informa o MPF que, segundo o documento apresentado pela Coordenação Geral de Unidades Hospitalares Próprias (doc.05), "em licitações realizadas no Grupo Hospitalar Conceição - GHC, de Porto Alegre, nos anos de 1996 e 1998, a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS S/A, no mês de setembro de 1998, cotou o produto oxigênio líquido para fornecimento àquela instituição hospitalar ao preço de R\$ 1,31 o metro cúbico. Para fornecimento do mesmo produto aos Hospitais Federais do RIO DE JANEIRO, em dezembro do mesmo ano, o oxigênio líquido foi oferecido, sem confronto conforme visto acima, a

Superior Tribunal de Justiça

R\$ 3,30 o metro cúbico, ou seja, mais de 150% mais caro. Destaca ainda a Coordenação Geral das Unidades Hospitalares Próprias, que o quantitativo do GHC de Porto Alegre é semelhante aos Hospitais Federais do Rio e que a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS S/A possui fábricas tanto no Rio Grande do Sul quanto no RIO DE JANEIRO, sendo semelhantes as distâncias até as capitais. Ademais, o atual fornecedor do CHC em Porto Alegre, ao preço de R\$ 0,76 o metro cúbico do oxigênio líquido, possui fábrica em condições semelhantes a da WHITE MARTINS naquela praça."

Com base nesses dados, a empresas foram instadas a esclarecerem a composição dos seus custos, durante a apuração em sede administrativa, contudo, todas a respostas foram evasivas, sob o "escudo de dever de sigilo comercial."

Diante desse cenário, a presente ACP, proposta com fundamento na violação do art. 20 incisos I a IV c/c art. 21 incisos I, II, III, VIII, XII e XXIV, da Lei nº 8884, de 1990, visa coibir infração a ordem econômica em razão de possível ocorrência de abuso do poder econômico, em tese praticado pelas duas empresas e que teria resultado na efetiva dominação do mercado de fornecimento de gases aos Hospitais Federais do RIO DE JANEIRO, causando sério prejuízo aos cofres públicos, em razão de possível prática continuada de preços disparatados.

A sentença, após tecer uma série de considerações a respeito dos efeitos nefastos do abuso do poder econômico por condutas anticompetitivas - dentre elas formação de cartel - capazes de caracterizarem-se como infrações à ordem econômica, fez as seguintes considerações com aos elementos probatórios:

1- As conclusões do Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 (que tramitou no Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, da Secretaria de Direito Econômico - SDE): "Assim, pode-se aferir pela Nota Técnica, acostada às fls. 1.069/1.146, que a apuração da denúncia de formação de cartel, por várias empresas, dentre elas as réus no presente processo, que se deu no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, da Secretaria de Direito Econômico - SDE, foi realizada de forma minuciosa e por profissionais especializados nas práticas mercadológicas envolvidas, que foram capazes de identificar os envolvidos e suas condutas, a partir do ano de 2001, culminando com a condenação dos réus por cartel. **Desta forma, em virtude dos fatos imputados aos réus, na presente demanda, datarem de período anterior ao acima mencionado, as conclusões obtidas no supracitado processo administrativo, com base em vasto conjunto probatório, não podem ser trazidas para os autos desta Ação Civil Pública como forma de comprovar a continuada conduta dos réus.**

2- O Laudo Pericial, de fls. 551/592: "... mesmo em se tratando de produtos que tenham o mesmo local de origem, seu destino poderá alterar ser custo, como a distância do centro fornecedor, forçando, por consequência, alteração no seu preço final". Esta conclusão foi impugnada pelo Ministério Público Federal, que,

Superior Tribunal de Justiça

inclusive, requereu esclarecimentos. Após a apresentação dos laudos dos assistentes técnicos da Aga S/A (fls. 744/756) e do Ministério Público Federal (fls. 777/784 e 854/870), bem como da complementação do laudo pericial (fls. 832/842), não ficaram demonstradas, de forma conclusiva, as condutas imputadas aos réus."

À míngua de provas aptas a comprovar os fatos alegados na inicial, a sentença julgou improcedente os pedidos.

Sem apelação do MPF enquanto autor da ação. O feito foi encaminhado ao Tribunal *a quo* força de remessa necessária.

O douto Procurador Federal Regional em atuação na segunda instância, como *custos legis*, opinou pelo provimento da remessa, apontado, basicamente, equívoco quanto ao exame da prova. Argumentou que, diante da relação intrínseca entre o Processo Administrativo do CADE nº 08012.009888/2003-70 ("Cartel dos Gases") e a presente ACP, deveria o magistrado ter requisitado os respectivos autos, na forma do art. 399, II, do CPC/1973. Afirmou, ainda, que não foi realizada a perícia de organização industrial, deferida à WHITE MARTINS, além de haver incongruências no laudo pericial contábil, que demonstram sua imprestabilidade.

Colhe-se do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* as seguintes informações:

1- *Em 2010, o CADE condenou a WHITE MARTINS, a AGA/LINDE, e também a AIR LIQUIDE DO BRASIL, AIR PRODUCTS DO BRASIL e a INDÚSTRIA BRASILEIRA DE GASES a pagarem, juntas, multa de R\$ 2,3 bilhões, aplicando o revogado art. 23, I, da Lei nº 8.884/199413, no patamar de 25% do faturamento bruto. O precedente, conhecido como "Cartel dos Gases", resultou do acima citado P.A. 8012.009888/2003-70*

2- *Os fatos narrados nesta ACP, cuja inicial noticia que desde 1992 o CADE investigava as empresas de gases industriais, tendo instaurado quase 30 processos administrativos, sem que o titular da ação tenha observado que apenas quase duas décadas após, em 2010, aquele órgão conseguiu reunir provas suficientes do conluio dessas empresas para repartir o mercado, mesmo assim, por fatos posteriores, a partir de 2001, salvo vagas menções ao "esboço" de cartel nos idos de 1997. A condenação administrativa, ao final, exigiu um minucioso esforço probatório, com buscas e apreensões e interceptações telefônicas.*

Superior Tribunal de Justiça

Quanto a alegação de cerceamento de defesa por parte do magistrado de piso, o Tribunal *a quo* fez clara afirmação no sentido de que, na verdade, era dever do MP olvidar esforços, mediante diligências requeridas ao juízo de primeiro grau, em prol da busca da verdade real. Contudo, ao longo da tramitação processual, o MPF, autor da ACP, **deixou de instruir adequadamente o feito**, sequer "apelou da sentença, acomodando-se com a improcedência, malgrado a evidente gravidade dos fatos narrados, em desfavor da coletividade, pela qual deveria zelar."

Afastou a alegação de violação ao art. 390, II e possível cerceamento de defesa em desfavor do autor. Primeiro, por não haver falar em cerceamento, pelo simples fato de inexistir indeferimento de qualquer pedido formulado pelo *parquet*. Segundo, pois, apesar dos amplos poderes instrutórias a cargo do magistrado na situação em questão, a complexidade dos fatos em si, somados à ineficiente adequação instrutória da inicial, tornarem impossível qualquer atuação pró-ativa do julgador no sentido de, de ofício, diligenciar em busca da verdade real.

Disse ainda:

"É verdade que o art. 399, II, do CPC autoriza o juiz a requisitar "às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União [...] ou as respectivas entidades da administração direta".

Nada obstante, a jurisprudência é restritiva quanto à aplicação desse dispositivo:

[...] 3. Embora o juiz da causa tenha poderes instrutórios para requisitar documentos que se encontram em repartições públicas (art. 399 do CPC), tal iniciativa só se mostra pertinente quando a parte comprovar a impossibilidade de obtê-los ou a recusa da repartição competente em fornecê-los. [...] (TRF 1, AG, Rel. Des. Fed. Monica Sifuentes, 3ª Turma, e-DJF 1 31/10/2014)

[...] I- **O juiz poderá valer-se do disposto no art. 399, inc. I, do CPC, desde que a parte esgote os meios existentes ao seu alcance, necessários à prova dos fatos constitutivos de seu direito.** II- Ao magistrado compete apreciar a conveniência ou não do pedido de expedição de ofício à autoridade administrativa, não tolerando o comodismo da parte que, à primeira dificuldade e sem esgotar os recursos a seu alcance, já requer providências do Poder Judiciário. III- Não demonstrada pelo agravante a impossibilidade de obter diretamente a cópia do procedimento administrativo que entendia útil ao processo, não caberia ao juiz tal providência. [...] (TRF3, Al 376738, rel. Des. Fed. Newton de Lucca, 8ª Turma, e-DJF3 12/1/2010)"

O CADE, ouvido nestes autos, esclareceu, em razão da notícia dos mesmos fatos que

ensejaram o ajuizamento desta Ação, instaurou o Processo Administrativo 08012.004405/99-11 e que Nota Técnica da SDE naquele processo teria justificado seu arquivamento em **razão da insuficiência de provas do conluio e de conduta anticompetitivas. A simples alegação de diferenças de preços, sem a prova de que houve conluio entre os participantes, não prova cartelização para formação de preços na Concorrência Pública.**

Quanto as provas dos autos, observou o *Tribunal a quo* que, em laudo complementar que analisou a composição dos preços de fornecimento de gases a cada um dos hospitais federais do RJ, o expert esclareceu "que a existência de preços diferenciados não se deve apenas às variações nos custos de serviços e investimentos, mas também nas margens de lucro, e na elevada despesa de administração" e que "o demonstrativo de custos, as despesas de administração (contabilidade, informática, controladoria, auditoria, jurídico, contas a receber, contas a pagar, suprimentos, compras, etc) são elevadas em razão da estrutura de suporte requerida no fornecimento de gases ao setor público e representam em torno de 15,8% do preço final nos anos de 1995 a 1996, caindo para 11,8% nos anos seguintes, e "essa redução é decorrente nos ganhos de produtividade, eficiência e modernização, que não só a White Martins, mas inúmeras outras empresas alcançaram com a estabilização da economia".

Toda essa narrativa do compêndio dos fatos da causa, sobretudo aqueles inerentes aos elementos probatórios considerados pelas instâncias ordinárias, bem como por toda apuração levada a efeito perante o Conselho de Defesa Econômica, se fizeram necessárias para chegarmos a seguinte conclusão: **na presente demanda coletiva, onde os interesses protegidos são de natureza essencialmente coletiva, a existência de regras disciplinando o ônus da prova não autoriza a conclusão de que o juiz está adstrito a uma posição de inércia no campo probatório, ocupando uma posição estanque diante da iniciativa probatória das partes. Pelo contrário, o magistrado, consoante as regras previstas no art. 130 do CPC/73, compartilha com elas o dever de evitar o *non liquet*.**

Contudo, essa presunção não é absoluta, devendo, pois, ater-se às hipóteses nas quais, diante de um mínimo juízo de convicção quanto aos fatos narrados, a insuficiência de provas impede o encontro de uma resposta jurídica para o julgamento.

Em outras palavras, não há que se falar em **ampla atividade probatória** a cargo do julgador de forma a alcançar diligências que uma das partes, a tempo e a ora, deixou de requerer. É fato que o princípio inquisitivo previsto nos arts. 128 e 461 do CPC/73, confere ao juiz poder de

Superior Tribunal de Justiça

não se conformar com a verdade apresentada pelas partes, se entender que aquela não se mostra suficiente para se aproximar o máximo da verdade substancial. Porém, o juízo de conveniência quanto as diligências necessárias, justamente por ser ele o destinatário da prova, é **exclusivo do julgador**.

Digo mais. Mesmo diante de um juízo positivo, no caso em questão, haveria uma mínima deliberação a ser feita, tomando como referência as seguintes questões: i) **mínima certeza da prática delituosa**, ii) **existência, ainda que mínimos, de elementos probatórios que indicam a prática de infração a ordem econômica por formação de cartéis**, iii) **ativa atuação do autor da ACP, notadamente quanto a delimitação dos fatos narrados e com intensa participação na fase instrutória do feito**.

Com essas considerações, não há como acolher a tese proposta no apelo especial de que a instrução foi incompleta por não ter determinado a juntada aos autos do **Procedimento Administrativo n. 08012.009888/2003-70**.

Senão, como dito, pelo fato de ser do magistrado a escolha de quais elementos de prova ele deve, de ofício determinar, também pelo fato de que, a se admitir a tese ora proposta, por via transversa, estar-se-ia legitimando uma ação, a meu sentir, apta desrespeitar o dever de lealdade processual.

Explico. A lealdade processual é um dos deveres anexos criados pela boa-fé objetiva. Direcionada a todos os partícipes do processo, indica ser dever das partes - no campo probatório - narrar os fatos objeto da demanda, com indicação de todos os elementos probatórios, de forma a permitir que a parte *ex adversa* exerça o contraditório de forma eficaz. Como bem ensina o professor Arruda Alvim "(...) a lealdade é um paradigma ético, que informa a atividade, no sentido do litigante agir de frente, sem chicanices, sem providências inesperadas, mesmo que tais providências sejam legítimas." **Deixar de apresentar documentos já conhecidos ao tempo da ação e atribuir responsabilidade instrutória ao magistrado, repito, fere de morte, os deveres anexos da boa-fé objetiva na seara processual**.

E ainda que assim não fosse, registro que o acórdão *a quo*, mesmo considerando ser dever do MP indicar as provas necessárias ao julgamento, dedicou capítulo exclusivo do voto para correlacionar o P.A. n° 08012. 009888/2003-70 com esta ação civil pública. Mediante prévia análise dos informações prestadas pelo CADE quanto aos dois processos administrativos, conclui **ser inútil o retorno do feito à instância de origem para esmiuçar provas antigas, jamais**

requeridas pelo MPF. Para tanto, consignou que sendo:

"esta ação civil pública específica quanto ao suposto conluio entre WHITE MARTINS e AGA/LINDE para burlar o Edital n° 002/98, dando preços acima do teto estipulado pelo MINISTÉRIO DA SAÚDE, mas, como visto, as investigações sobre esse episódio, objeto do P.A. n° 4405/99-11, nada apuraram de concreto, senão que os indícios, meras circunstâncias, sem provas mínimas de acordos entre os licitantes.

Já no P.A. n° 9888/2003, a atuação do CADE não objetivou fatos isolados, conforme a observação do Relator: "o nível de dano imposto pelo cartel é uma questão para discussão entre pessoas diretamente envolvidas, não se tratando de matéria de interesse primário do CADE. A preocupação mantida por este Conselho é de ordem sistêmica: proteger a concorrência como um fator de orientação e funcionamento do mercado".

Rever, tal posicionamento, implicaria em revolvimento fático probatório, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ.

Por fim, convém ressaltar que a interposição do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional também exige que o recorrente cumpra o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ.

Assim, considera-se inviável a apreciação de recurso especial fundado em divergência jurisprudencial, quando o recorrente não demonstrar o suposto dissídio pretoriano por meio: (a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, ou, em sua falta, da declaração pelo advogado da autenticidade dessas; (b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que o acórdão divergente foi publicado; (c) do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a mera transcrição da ementa e de trechos do voto condutor do acórdão paradigma; (d) a indicação dos dispositivos de lei federal com interpretação divergente entre os Tribunais.

Na hipótese examinada, verifica-se que a ora recorrente limitou-se a transcrever a ementa do julgado paradigma, não atendendo aos requisitos estabelecidos pelos dispositivos legais supramencionados, restando ausente adequado cotejo analítico e a similitude fática entre os

Superior Tribunal de Justiça

julgados mencionados.

Assim, é descabido o recurso interposto pela alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. Nesse mesmo sentido, confira os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FALTA COTEJO ANALÍTICO. DECISÃO PELA INADMISSIBILIDADE DO RECURSO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para a admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional, é imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ).

2. O recurso revela-se manifestamente inadmissível e procrastinatório, devendo ser aplicada a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.

3. Agravo regimental não provido com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp 733.241/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.