

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5021730-87.2011.404.7100/RS

RELATOR : FERNANDO QUADROS DA SILVA
APELANTE : COMPANHIA ULTRAGAZ S.A.
ADVOGADO : Estevão Franzoso Lubisco
APELANTE : LIQUIGAS DISTRIBUIDORA S.A.
ADVOGADO : Rodrigo Mussoi Moreira
APELANTE : NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.
ADVOGADO : ALI MUSTAFA ATYEH
: FERNANDO DAMIANI DE OLIVEIRA
: Pedro Baumgarten Cirne Lima
APELANTE : SHV GAS BRASIL LTDA
ADVOGADO : Wallace Pedroso
APELANTE : SPGAS DISTRIBUIDORA DE GAS LTDA
ADVOGADO : Estevão Franzoso Lubisco
APELADO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
: ECONÔMICA - CADE
: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE
: DO SUL
: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO : AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL
E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. INDENIZAÇÃO.

1. O pedido feito com a instauração da demanda emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação 'dos pedidos'. Devem ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da peça inaugural, ainda que implícitos. Assim, se o julgador se ateve aos limites da causa, delineados pelo autor no corpo da inicial, não há falar em decisão citra, ultra ou extra petita. Precedente STJ.

2. A prova dos autos revela que as empresas distribuidoras de gás agiam de forma concertada, em conluio, por meio da 'Área Operacional

Metropolitana (na região de Porto Alegre/Canoas), enquadrando-se nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

3. Determinada a vedação de práticas cartelizantes às rés a fim de permitir a livre concorrência no setor.

4. Com a cartelização e a adoção de métodos comerciais uniformes restou caracterizada a prática comercial abusiva, vedada ao fornecedor nos termos do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor.

5. A responsabilidade civil das distribuidoras decorre do prejuízo causado aos consumidores, difusamente considerados.

6. Mantida a indenização arbitrada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), atualizado desde a propositura da ação (2 de outubro de 1997) pelos índices normalmente admitidos na Justiça Federal (UFIR e, a partir de 1º de janeiro de 2001, IPCA-E), acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da publicação da sentença.

7. Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 27 de junho de 2012.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio com o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - em face da União, Agipliquigás, Supergasbrás, Gás Butano Ltda., Minasgás S/A, Ultragás Ltda. e Pampagás Ltda., visando à cessação de práticas violadoras da livre concorrência e dos direitos do consumidor.

Sentenciando, o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a ação para determinar às rés distribuidoras de gás de cozinha que não voltem a atuar como 'Área Operacional Metropolitana', sendo-lhes vedado adotar práticas cartelizantes, permitindo a livre concorrência no setor, devendo a ANP exercer suas atribuições de agência reguladora nessa parte, na forma da lei. Restou mantida a multa por descumprimento no valor de R\$ 20.000,00 por dia, nos termos da decisão incidental de fl. 535. Condenou as rés distribuidoras a pagar indenização em razão dos danos causados aos consumidores, difusamente considerados, equivalente a R\$ 1.000.000,00, atualizado desde a propositura da ação (2 de outubro de 1997) pelos índices normalmente admitidos na Justiça Federal (UFIR e, a partir de 1º de janeiro de 2001, IPCA-E). Estipulou que cada ré arque com percentual da condenação equivalente à sua participação no mercado na época, conforme documentos dos autos (fls. 303-304), valendo, nesse ponto, a sugestão ministerial de arbitramento. Determinou a incidência, ainda, de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da publicação desta sentença no Diário Eletrônico.

Opostos embargos de declaração, sobreveio sentença com o seguinte dispositivo: *'São providos os embargos, portanto, para esclarecer que não mais se mantém a ordem para que as rés observem a vinculação do posto revendedor a uma única distribuidora, de forma exclusiva, dada a superveniência da Portaria ANP 297/03. Correta a embargante quando afirma que 'a atual regulamentação do mercado permite o posto de revenda vinculado a mais de uma 'bandeira', inclusive como apontado pelo MP nas fls.2794/2795 (fl. 3114). Fica parcialmente revogada a alínea d da decisão antecipatória, permanecendo válida a primeira parte da determinação (d) que as distribuidoras cessem o sistema de 'rodízio' atualmente existente no atendimento aos Postos de Revenda, no prazo de trinta dias a contar da presente data (...).'*

Irresignadas as rés apelam.

Cia Ultragaz S.A. (evento 273) sustenta, preliminarmente, ser a sentença *extra petita* por conceder tutela não manifestada nos pedidos efetuados pelos Apelados em sua peça exordial. Aduz que a apelante não fez parte de qualquer conluio, inclusive atuava há pouco tempo no Estado do Rio Grande do Sul. Refere que na cidade de Canoas, exerce sua atividade por meio de uma filial, estabelecendo relações comerciais diretas com o consumidor, sem intermédio de posto de revenda. Com relação à sua atuação no município de Porto Alegre, sustenta que sua atuação se dava exclusivamente com revendedores, não mantendo relações com os denominados postos de revenda comum. Sustenta não se poder falar em violação da Portaria MINFRA 843/90, considerando ter ela sido editada pelo Departamento Nacional de Combustíveis, órgão sucessor do Conselho Nacional de Petróleo, o qual autorizou a venda do gás de cozinha por meio do sistema do posto de revenda comum. Menciona que o preço do GLP era imposto pelo Governo Federal, não havendo margem às distribuidoras para arbitrar o *quantum* cobriam. Refere, ainda, que a pouca variação de preço entre

as empresas distribuidoras de GLP condiz com o fato de o gás provir de um único distribuidor (Petrobrás S/A), não tendo restado demonstrada a ocorrência do alegado cartel.

SP Gás Distribuidora de gás Ltda. (evento 275) sustenta a necessidade de ser desconstituída a sentença por ser *extra petita*, em razão de ter condenado a apelante ao pagamento de indenização sem que exista pedido expresso nesse sentido.

Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. (evento 277) sustenta, preliminarmente, a incompetência da justiça federal para o julgamento da causa, ante a ausência de previsão na Lei 8.884/94 e de prejuízo direto à União, suas entidades autárquicas ou suas empresas públicas. No mérito, sustenta que a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial é relativa, razão pela qual devem ser analisados os documentos acostados pela apelante, os quais demonstram que a comercialização do GLP se dava de acordo com a Portaria 843/90 do MINFRA. Refere não existir qualquer documento com força probatória capaz de demonstrar que a apelante tenha praticado qualquer ato que possa ter infringido a ordem econômica. Sustenta que a existência de preço tabelado do GLP impede a possibilidade de qualquer acordo por parte dos apelantes que pudessem interferir no preço final. Menciona que sua participação no mercado de distribuição de GLP no Rio Grande do Sul ocorreu somente em novembro de 1993 e que antes do ajuizamento desta ação já havia encerrado essa forma de distribuição (em junho de 1997), considerando que optou pelo sistema de entrega sistemática a domicílio. Por fim, ressalta a necessidade de se condenar, também, a ANP (sucessora do DNC), o qual autorizou o sistema de abastecimento integrado de GLP.

SHV Gás Brasil Ltda. (evento 279) aduz, inicialmente, a ausência das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e ausência de interesse processual do MPF e do MPE), devendo a ação ser extinta sem resolução de mérito. Quanto ao mérito, ressalta estar ausente a ilicitude da prática.

Acostadas as contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

Nesta instância, o órgão do Ministério Público Federal deixou de exarar parecer na condição de *custus legis*, limitando-se a ratificar as contrarrazões já ofertadas em primeira instância.

Incluído o feito em pauta, sobreveio pedido de adiamento por parte das apelantes Cia Ultragaz S/A e SPGÁS Distribuidora de Gás Ltda, o qual foi atendido.

É o relatório.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

VOTO

Inicialmente, ressalto que o advento da nova lei que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica - lei nº 12.529/2011 - cuja vigência iniciou em 30 de maio de 2012 - não altera o panorama legislativo em se dará a análise do caso em apreço. Isso porque os fatos devem ser regidos pela lei ao tempo de sua vigência: *tempus regit actum*.

Feita essa observação, passo à análise das preliminares e prejudiciais de mérito suscitadas pelos apelantes.

Independência entre as esferas Administrativa e Judicial

Importante sinalar a independência entre as esferas administrativa e judicial no ordenamento jurídico, de tal forma que eventual decisão proferida pelo CADE não vincula este juízo, especialmente se a referida decisão (trazida à colação pelas apelantes Cia Ultragaz S/A e SPGÁS Distribuidora de Gás Ltda.) foi proferida em **averiguação preliminar**. Dito isso, a referida decisão não pode se opor à instrução desta Ação Civil Pública que obedeceu a todos os princípios afetos ao devido processo legal.

Incompetência da Justiça Federal

Consoante sustenta a apelante Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda., é bem verdade que compete à Justiça Estadual o julgamento de **crime contra a ordem econômica** previsto na Lei nº 8.137/90, porquanto esse diploma não dispõe expressamente sobre competência diferenciada para os delitos que tipifica.

No entanto, deve-se frisar que o **objeto** da presente ação é coibir as práticas violadoras da livre concorrência e dos direitos do consumidor, nos termos da Lei 8.884/94 e do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, a competência para julgamento desta ação na Justiça Federal é decorrência da presença de autarquia federal em seu polo passivo, qual seja, a ANP (Agência Nacional do Petróleo) como sucessora do DNC (Departamento Nacional de Combustíveis).

Outrossim, não se pode deixar de registrar que, sendo a competência da Justiça Federal *ratione personae*, a mera existência de órgão da União em um dos polos da ação (tal qual o é o órgão do Ministério Público Federal) é suficiente para determinar a competência nesta justiça.

Ausência das condições da ação

Suscita a apelante SHV Gás Brasil Ltda. estarem ausentes as condições da ação como a possibilidade jurídica do pedido a legitimidade das partes e a ausência de interesse processual do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual.

Consoante se depreende dos comentários ao artigo 267 do *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo* (Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, RT):

As condições da ação constituem requisitos para o julgamento do pedido do demandante e devem ser analisadas, a princípio, depois dos pressupostos processuais e antes do mérito da causa. Nosso Código de Processo Civil considera como condições da ação a legitimidade para agir (pertinência subjetiva, ativa e passiva, da ação), o interesse processual (necessidade e utilidade da tutela jurisdicional pedida pelo demandante) e a possibilidade jurídica do pedido (admissibilidade em abstrato, pelo ordenamento jurídico, do pedido do autor, art. 267, VI, CPC).

À vista disso e diante da teoria da asserção, pela qual as condições da ação devem ser aferidas diante das afirmações do demandante, vislumbra-se estarem presentes as condições da ação no caso em apreço.

Como bem esposado pelo magistrado *a quo*, o pedido não é vedado no ordenamento jurídico e considera-se cabível por interpretação sistemática da legislação (CF, artigos 1º, II e V, 3º e 13 da Lei 7.347/85, e artigos 81, parágrafo único, I, 83 e 95, entre outros da Lei 8.078/90)

No que toca à legitimidade, também há que se afastar a preliminar suscitada, pois é mister do Ministério Público constitucionalmente assegurado (art. 127) defender a ordem jurídica, o regime democrático e demais interesses sociais, nos quais restam compreendidos os direitos protegidos na presente demanda.

Por fim, também se vislumbra o interesse processual do MPF e do MPE, pois a presente ação civil pública se mostra necessária e útil à tutela jurisdicional pleiteada na exordial.

Sentença *extra petita*

Ao contrário do alegado pelos apelantes, consta da inicial pedido **expresso** de condenação ao pagamento de indenização pelos danos causados aos consumidores. No entanto, justamente os autores afirmaram ser impossível mensurar a totalidade de consumidores lesados com as práticas das rés, razão pela qual sugeriram hipótese de cálculo do montante a ser fixado a título de indenização equivalente a R\$ 0,10 (dez centavos) de real por botijão comercializado entre o período de 1991 e 1997.

Percebe-se da leitura do item 1.2 da inicial:

Do quanto até aqui exposto, resta evidenciada a ocorrência de prejuízo aos consumidores, difusamente considerados, eis que, desde o principiar da formação do cartel, a atuação das distribuidoras, culminada com a omissão do órgão público federal responsável, implicou em ofensa a um sem número de preceitos e princípios.

Em outras palavras, com a cartelização, a adoção de métodos comerciais uniformes, o atentado à livre concorrência, geraram, por óbvio, preços excessivos aos consumidores, causando-lhes danos patrimoniais de difícil - para não dizer impossível - determinação (eis que ofendidos interesses da coletividade juridicamente protegidos - não ser submetida aos efeitos do nocivo comportamento). Ou será que há dúvida de que o cartel visou a obtenção de lucro mais fácil, com abuso do poder econômico, etc.

É sabido que, do desrespeito ao regramento decorre lesão aos interessados por este protegidos.

Entretanto, casos existem em que o resultado lesivo não é quantificável patrimonialmente de modo direto, em que o dano econômico e como tal, patrimonial - não é suscetível de apuração simples, pelo que sua composição deve ser feita por arbitramento, tal qual como ocorre com o dano moral.

Nesse sentido, importante trazer à colação o ensinamento do ilustre Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (em Responsabilidade Civil, Forense, pág.60), que afirma que ao se optar, como ele fez, pela definição de dano como toda a ofensa a um bem jurídico (para que se fuja à restrição de aferição de patrimonialidade do prejuízo), toda a lesão, a qualquer direito, tem como consequência o dever de indenizar.

No caso, está-se a buscar reparação de danos patrimoniais experimentados pela coletividade de consumidores, como decorrência de sua exposição à cartelização e métodos comerciais abusivos promovidos, do que resultou maiores dificuldades para a aquisição (poucos postos de revenda), sem diferenciais de preço (apesar de o preço final ser tabelado - não pode ser ultrapassado aquele valor - isto não significa dizer de que não seria menor

acaso existisse competitividade), o que ficou afastado com a atuação do cartel.

Houve ofensa insuscetível de se medir imediatamente com o metro da pecúnia, já que não parece ser possível se aquilatar, com precisão, quanto se impôs cobrar a mais no período questionado, pois o comportamento do mercado, e aqui a virtude do sistema albergado pela Constituição, acaso alforriado das amarras do canal, por certo teria dado vezo a diferenciais (produtos ou serviços entrega do gás, proximidade e comodidade para a aquisição, valor cobrado a título de frete, diferenciais de atendimento, fornecimento aos domingos, feriados e durante horário noturno, etc). E aqui, Excelência, reside exatamente o prejuízo sofrido e que se espera recompor.

Ressalte-se, em tal sentido, que o eminente Prof. ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN, ao tratar na publicidade no CDC, preconiza, com absoluta propriedade, que em razão de uma nova perspectiva traçada pela nova lei - atinente à manifestação social difusa -, se tornou possível o pleito e deferimento de indenização difusamente requeridas, mesmo quando inexistir qualquer dano individual concretizado e identificado (ou passível de tanto).

Tal tema - ressarcimento de danos difusos, ainda que sem referencial patrimonial diretamente verificável -, embora seja novo entre nós- como de resto o é todo e qualquer relativo à defesa do consumidor como já se salientou , encontra esteio na doutrina e foi objeto de ações.

No respeitante aos prejuízos econômicos relativos a toda coletividade, a tutela só se apresenta possível na sede sancionatória, como forma de impor-se ao 'pool das distribuidoras' uma indenização pelos danos causados, de modo que sinta que houve resposta à ação danosa praticada.

A dificuldade atinente a tal tipo de dano está não se desconhece no fato de não encontrar direta e imediata correspondência no critério valorativo patrimonial. Todavia, forçoso é concluir que o mister seu será justamente impor reprimenda para a ofensa de um interesse que não tem imediato parâmetro econômico-financeiro, por, como já se disse, necessitar de arbitramento - tal qual um dano moral. Em outras palavras, tal forma de postulação indenizatória, por ser a única possível, visa uma reparação para que o ofendido não fique sem uma satisfação como se houvesse remessa aos sofrimentos inflingidos, como em um dano moral -, embora sendo e não perdendo a natureza eminentemente patrimonial. Nesse tocante, esclarecedora é a lição do já referido Prof CAIO MÁRIO (obra citada, pág. 62), quando trata do caráter da composição do dano dessa espécie, 'in verbis':

'o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para o causador do dano

que, pelo fato da condenação será castigado pela ofensa que praticou e o caráter compensatório para a vítima que receberá uma soma..... como contrapartida do mal sofrido....'

MAURO CAPELETTI, fazendo menção à lição de Henry Dupeyron, já ressaltara que '.... no caso de ação coletivaa reparação a certa lesão (de interesse coletivo) é, por si só, ao menos na grande maioria estranho à noção de um dano experimentado.....', acrescentando ele que, 'assim.....deriva necessariamente de um outro princípio e obedece e outras regras de mensuração, que derivam menos da idéia de ressarcimento (mas também, acrescentamos), do que das idéias de prevenção e de pressão..' (em Manual de Direitos do Consumidor, José Filomeno, Atlas, pág, 194).

Nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, dispõe que '.....são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação...' Como aponta Caio Mário(Op. cit., pág. 65), dentre outros doutrinadores, '.... a enumeração é meramente exemplificativa, podendo ser ampliada pela legislação ordinária ou receber extensão por via de interpretação....'

Foi o que o legislador ordinário fez. O Código de Defesa do Consumidor, como já se referiu, erigiu à categoria de direito básico do consumidor tal tipo de reparação, textualmente:

'Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos'.

Cumprir frisar, nesse estágio, que referentemente à indenização em razão dos danos, a tendência, tendo em vista a sua natureza e escopo - bem como a extensão das ofensas -, é de fixar-se quantias expressivas, de modo a constituir-se em cabal maneira de desestímulo a novas lesões. Com tal fim, sugere-se seja a indenização estabelecida em valor correspondente a R\$ 0,10 (dez centavos de real) para cada botijão de gás (P2 +P13+P45) comercializado no período (ano de 1991 a 1997 - segundo dados do DNC, sendo condenado cada réu de acordo com a sua participação no mercado - maiores lucros, maiores sanções) ou, outro valor, de acordo com a judicosa ponderação deste r. Juízo.

Não cabe - é bom que se diga - qualquer alegação de que tal importância seja excessiva. Ao sugerir tal valor, tão-só o Ministério Público pede vênias para que se atente que a prática ora combatida lesou os interesses de toda a população das cidades de Porto Alegre e Canoas, ou seja, ofendeu os

interesses de aproximadamente dois milhões de pessoas - consumidores. Como é claro, a quantia não é tão expressiva assim...

Finalmente, tratando-se de indenização derivada de lesão a interesse difuso, a sua destinação deve ser o Fundo a que se refere o art. 13 da Lei 7.347/85, de maneira a, mesmo não sendo possível a reconstituição do bem lesado, viabilizar-se, e.g., o desenvolvimento de campanhas destinadas à conscientização dos consumidores a respeito dos seus direitos.

Não se olvide que o Código de Defesa do Consumidor possibilita todas as espécies de ações capazes de proporcionar a adequada e efetiva tutela dos interesses dos consumidores (art. 83).

Ou seja, não há que se falar em ausência de pedido de condenação ao pagamento de indenização.

Nem se diga que a ausência de pedido se deve ao fato de não constar na parte final da petição inicial, pois - consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça - os pedidos devem ser depreendidos de todo o exposto na inicial.

Nesse sentido, colaciono precedente recente daquele Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ADVOGADO. RENÚNCIA AO MANDATO DEVIDAMENTE NOTIFICADA AO MANDANTE. AUSÊNCIA DE NOVO PROCURADOR. PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO E DOS PRAZOS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO.

1. O pedido feito com a instauração da demanda emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação 'dos pedidos'. Devem ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da peça inaugural, ainda que implícitos. Assim, se o julgador se ateu aos limites da causa, delineados pelo autor no corpo da inicial, não há falar em decisão citra, ultra ou extra petita.

2. A renúncia ao mandato, devidamente notificada ao mandante, resultará em prosseguimento dos processos e do prazo independentemente de intimação, se novo procurador não for constituído.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 666.835/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 21/03/2012)

Quanto ao mérito, a questão cinge-se à existência de cartel formado pelas empresas rés a fim de dominar mercado de distribuição de gás GLP.

Nesse ponto, a sentença bem analisou a questão, demonstrando a existência da organização das rés a fim de dominar o mercado, razão pela qual reproduz seus fundamentos como razões de decidir:

! ...
A prova dos autos confirmou a atuação uniforme das distribuidoras no mercado do gás de cozinha, de 1991 a 1997 (quando aforada esta ação), da forma como relatada pelo Ministério Público Federal (cf. petição inicial e, posteriormente, na manifestação de fls. 2784-2786):

'Não existia a possibilidade destes postos (os postos de revenda da capital e de Canoas) comprarem gás de determinada distribuidora a não ser no dia programado e informado pelo tabelo, e segundo se apurou. este maior controle do mercado por parte das distribuidoras já havia implicado em retirada de benefícios. bonificações e prazos. antes concedidos aos postos de revenda como estratégia comercial por parte das distribuidoras, numa relação que se podia ter como mais igualitária, propiciando a livre iniciativa e a livre concorrência, com evidentes benefícios aos consumidores que, como sói acontecer. pautam-se pelo melhor fornecimento' (fl. 2785).

Correta a observação do órgão ministerial:

'A conclusão é que tais distribuidoras, nessa atuação concertada. Ofendiam direitos básicos dos consumidores, globalmente e difusamente considerados, pois a proteção da livre concorrência (faceta da livre iniciativa. Também maculada) e a repressão ao abuso do poder econômico que elimina esta concorrência e aumenta arbitrariamente os lucros. constitui prática vedada pela Constituição e reprimida pela Lei nº 8.884/94' (fl. 2786).

As testemunhas inquiridas relataram a forma de atuação das distribuidoras na época, que empregavam a modalidade denominada pelos depoentes de 'rodízio' - ou seja, todas elas trabalhavam com os postos de revenda de gás da região Porto Alegre/Canoas, fornecendo para todos os postos, em períodos alternados com a plena ciência dos órgãos de fiscalização, primeiro o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), e depois o Departamento Nacional de Combustíveis (DNC). Segundo as testemunhas, a Administração não percebeu malefícios nessa prática, tanto é que conhecia e aceitava tal conduta comercial (depoimentos de Jacy Santos da Silveira, chefe do CNP por vinte anos, até a extinção do órgão, em 1990, transferindo-se para o DNC, de onde saiu em 1992, fls. 2667-2669; e de Carlos Roberto de Andrade Torres, chefe da Divisão de Energia da Delegacia do Ministério de Minas e Energia no Rio Grande do sul de setembro de 1992 a novembro de 1998, fls. 2769-2771). Entretanto, a chancela dos órgãos fiscais estatais à prática uniforme das distribuidoras não elide a ilicitude da conduta. O fato de o DNC aparentemente 'não ter percebido' o prejuízo aos consumidores, como se não enxergasse o outro lado da moeda, não transforma a atuação das empresárias no negócio do GLP em atuação condizente com a boa prática concorrencial.

Enfim, a prova dos autos revela que as empresas distribuidoras de gás infringiram a ordem econômica na região de Porto Alegre/Canoas, agindo

em conluio, e dai o enquadramento nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94: 'limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa', 'dominar mercado relevante de bens ou de serviços', 'aumentar arbitrariamente os lucros', e 'exercer de forma abusiva posição dominante', mediante as condutas 'fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de Serviços', 'obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre os concorrente', e 'dividir os mercados de serviços ou produtos acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários', entre outras (cf. artigos 20, 1, 11 e 111, e 21, 1 a III, V, Lei 8.884/94).

Quanto à natureza das provas colhidas no curso do processo administrativo, e do processo judicial, há elementos de convicção diretos (como os depoimentos de membros das empresas, de integrantes dos órgãos governamentais, e documentos como planilhas, tabelas) e elementos indiretos (indícios), sendo que o conjunto serviu de fundamento para a constatação da existência da ação concertada entre as distribuidoras com o objetivo de abusar do poder econômico.

Até mesmo para fins de condenação criminal a prova indiciária, ainda quando única, admite a prolação de juízo condenatório, desde que traga certeza da prática delitiva (STJ, HC 15736, Sexta Turma, decisão em 03/04/01, Rei. Min. Fernando Gonçalves; STJ, Recurso Especial 13057(), Quinta Turma, decisão em 02/09/97, Rei. Min. Felix Fischer; TRF 4, ACR 9293, Oitava Turma, decisão em 17/09/03, Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro; TRF 4, ACR 8057, Sétima Turma, decisão em 05/03/02, Rel. Juiz Vladimir Freitas). Sobre o que chama argumento probatório indireto, Ou prova indireta. o italiano Nicola Framarino Dei Malatesta, no clássico A lógica das provas em matéria criminal (Vol. 1, tradução da 3º edição de 1912. Campinas: Bookseller, 1996) observa que o conhecimento é resultado das percepções direta e indireta do homem, sendo que a percepção 'imediate da realidade ideal pode ser somada a um trabalho indutivo, a observação das verdades particulares para chegar-se a uma verdade mais geral' (Ob. cit., p. 173). A partir dessa ponderação, Malatesta ensina que os indícios coletados no processo penal, embora devam ser avaliados com cautela, jamais podem ser desprezados pelo juiz, mormente quando o conjunto indiciário é relevante e, muitas vezes, suficiente para a condenação criminal; e argumenta:

'O indicio é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio de relação de causalidade' (ob. cit., p. 197).

E a doutrina especializada admite a utilização de indícios em casos que tais, porque, via de regra, difícil a prova direta da formação do cartel:

'Como visto, o cartel é, assim, uma organização informal, nascida e mantida na clandestinidade. Sendo assim, torna-se quase impossível a obtenção de prova direta de sua constituição acordo escrito e assinado. por exemplo. Jurisprudência e doutrina têm admitido provas indiretas como presunções e indícios como indicativos da existência de acordo de Colusão. A prova do acordo, assim seria feita através do contexto do caso e seus efeitos' (Forena Duciran Van Marsen. O papel do Ministério Público no combate aos cartéis in Boletim dos Procuradores da República. Ano V, n. 51, julho de 2002, p. 7).

Confirma-se, portanto, a ordem liminar deferida em outubro de 1997 (com exceção das determinações constantes das alíneas a, b e e da decisão, fl. 534, em decorrência da revogação da Portaria do Ministério da infraestrutura nº 843, de 31/10/90, segundo esclareceu o Ministério Público Federal nas fls. 2793-2795).

Postularam o Ministério Público Federal e Estadual, ao lado das medidas repressivas do cartel (consequência dos efeitos mandamentais da antecipação da tutela, direcionada às empresas réas e ao DNC), medida reparatória dos danos causados aos consumidores na época da existência do grupo econômico, de efeito condenatório.

Dispõe o art. 1º da Lei nº 8.884/94:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

O Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), de sua vez, prevê:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - (...);

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - (...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (...)

A elevação injustificada de preços de produtos e serviços é classificada no ato normativo como prática comercial abusiva, vedada ao fornecedor (art. 39, X, do CDC).

A responsabilidade civil das distribuidoras decorre do prejuízo causado aos consumidores, difusamente considerados. Acolho, nesse ponto, os argumentos do Ministério Público Federal:

'(..) com a cartelização, a adoção de métodos comerciais uniformes. O atentado à livre concorrência, geraram, por óbvio, preços excessivos aos consumidores, causando-lhes danos patrimoniais de difícil - para não dizer impossível - determinação (eis que ofendidos interesses da coletividade juridicamente protegidos, não ser submetida aos efeitos do nocivo comportamento). Ou será que há dúvida de que o cartel visou a obtenção de lucro mais fácil, com abuso do poder econômico (..)'(fl. 2791).

Na situação concreta, admite-se a reparação dos danos experimentados pela coletividade, 'Como decorrência de sua exposição à cartelização e métodos comerciais abusivos promovidos do que resultou maiores dificuldades para a aquisição (poucos postos de revenda) sem diferenciais de preço (apesar de o preço final ser tabelado não pode ser ultrapassado aquele valor, isto não significa dizer que não seria menor (o preço) acaso existisse competitividade' (petição inicial, fl. 34).

A própria Lei 8.884/94 previu a integração dos sistemas de tutela da ordem econômica e de tutela dos consumidores e dos interesses metaindividuais:

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei n' 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Tratando-se de lesão proveniente de conduta que violou a ordem econômica, as empresas respondem pela lesão independentemente de culpa, por expressa previsão legal (art. 20 da Lei 8.884/94). De todo modo, o regime da responsabilidade civil fundada na culpa não se adapta à responsabilidade por danos causados a bens e interesses difusos e coletivos, 'em que a tônica é centrada na efetiva reparação do dano causado à sociedade ou à 'categoria ', do que na aferição de eventual culpabilidade na conduta do agente' (cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação civil pública. Revista dos Tribunais, 2007, 10ª ed., p. 325). O objetivo da condenação genérica, referente a direitos difusos lesados, é o ressarcimento dos danos causados, e não dos prejuízos

sofridos, anota Ada Pellegrini Grinover, comentando o art. 95 do CDC (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Forense Universitária, 2001, 7ª ed., p. 813).

A doutrina ampara o pleito ministerial, revertendo-se a quantia apurada ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/95 no campo das lesões aos consumidores (cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, ob. cit., p. 339-342; João Batista de Almeida, Aspectos controvertidos da ação civil pública. Revista dos Tribunais, 2009, 2ª ed., p. 190; José dos Santos Carvalho Filho, Ação civil pública: comentários por artigo, Lumen Juris, 2009, 7ª ed., p. 387-388). Como dito, nas ações coletivas de responsabilidade baseadas no sistema introduzido no ordenamento nacional pela Lei 8.078/90 (complementar à lei da ação civil pública), condena-se o réu pelos danos provocados, não excluindo a lei a destinação da indenização a objetivos diversos das reparações pessoais, quando estas se mostrarem impossíveis de serem alcançadas ou inadequadas', com autorização no art. 100 do CDC (cf. Ada Grinover, ob. cit., p. 799). É o sistema criado, segundo Ada Grinover, pela jurisprudência norte-americana:

'As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas indeterminadas podem carrear consigo algumas dificuldades. (...) A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da fluid recovery (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade; por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente' (ob. cit., p. 823).

Finalmente, o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes determinando aos causadores de danos coletivos o pagamento de indenização em dinheiro; exemplificativamente, o julgado anteriormente citado, Resp 1120117/AC, Ministra Eliana Calmon, e ainda, REsp 866636/SP, Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, j. em 29/11/2007, DJ 06/12/2007 p. 312.

Com relação ao quantum indenizatório, a sugestão dos autores, embora razoável - 'R\$ 0,10 (dez centavos de real para cada botijão de gás (P2 + P13 + P45) comercializado no período (ano de 1991 a 1997) segundo dados do DNC, sendo cada ré condenada de acordo com sua participação no mercado na época, maiores lucros, maiores sanções' (fl. 37) - traria imensos percalços para execução, porque requer a coleta de dados documentais apurados na época por órgão governamental já extinto. São conhecidas as dificuldades enfrentadas para a guarda de documentos em casos de transição entre entes da Administração. Por outro lado, não é certo que as empresas tenham guardado tais informações. É previsível que a consulta não seria fácil, que haveria discussões longas, o que retardaria ainda mais a solução efetiva do processo.

Destarte, tomo como parâmetro para a indenização O valor atribuído à causa, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), atualizado desde a propositura da ação (2 de outubro de 1997) pelos índices normalmente admitidos na Justiça Federal (UFIR e, a partir de 1º de janeiro de 2001, IPCA-E). A atualização monetária é essencial, evitando-se vantagem indevida das demandadas pelo decurso do tempo, vez que O valor dado à causa o foi de acordo com os parâmetros da época. Cada ré arcará com percentual da condenação equivalente à sua participação no mercado na época, conforme documentos dos autos (fls. 303-304), valendo, nesse ponto, a sugestão ministerial de arbitramento. Incidirão ainda juros moratórios de 1% ao mês, a contar da publicação desta sentença, afastando-se a aplicação do enunciado da súmula 54 do STJ, em vista da particularidade do caso, em que os danos, pela sua fluidez e disseminação, houveram de ser arbitrados pelo juízo'.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento às apelações.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5015143v8** e, se solicitado, do código CRC **214CF719**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Fernando Quadros da Silva

Data e Hora: 27/06/2012 18:50