

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA ____A. VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE (MS).

URGENTE

DI COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA., pessoa jurídica de Direito Privado inscrita no CNPJ/MS sob o nº 21.949.281/0001-01, com sede em Campo Grande (MS), à Rua Dolores, 381, Vila Espanhola, CEP 79100-150, doravante denominada simplesmente “**DI**”, vem respeitosamente à honrosa presença de Vossa Excelência, por seus advogados que a esta subscrevem, com endereço à Rua Manoel Inácio de Souza, 2145, CEP 79021-190, em Campo Grande (MS), onde recebem intimações, ingressar com a presente

AÇÃO ORDINÁRIA COM REQUERIMENTO *INAUDITA ALTERA PARS* DE TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE,

em face de **RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S.A.**, pessoa jurídica de Direito Privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.453.598/0001-23, com endereço em Campo Grande (MS), à Rua 98, Bloco 12, 392, Nova Campo Grande, CEP 79104-280, doravante denominada simplesmente “**RAÍZEN**”; e de (ii) **BONATTO & CIA LTDA.**, pessoa jurídica de Direito Privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.453.598/0113-20, com sede em Campo Grande (MS), à Avenida Duque de Caxias, 5403, Bairro Serradinho, CEP 79104-000, doravante denominado simplesmente “**BONATTO**”, com fundamento nos **incisos I e IV e o § 3º, IV, X, XI, XII e XVII do art. 36 da Lei 12.529/2011**, e nas demais razões de fato e de Direito:

I – DOS FATOS

1. É a **RAÍZEN** uma empresa que se dedica à distribuição e comercialização de combustíveis da marca **SHELL** (sua controladora) em todo o Brasil, sendo responsável pela venda anual de cerca de 25 bilhões de litros de combustível¹.

¹ Disponível em: <<https://www.RAÍZEN.com.br/sobre-RAÍZEN-nossos-negocios/distribuicao-de-combustiveis>>.

2. É a Primeira Requerida uma empresa com um faturamento anual estimado em cerca de R\$ 61.155.000.000,00 (sessenta e um bilhões, cento e cinquenta e cinco milhões de reais)², e pertence à **SHELL GLOBAL**, que possui um faturamento de US\$ 305,2 bilhões de dólares³.

3. A Primeira Requerida vem se utilizando de seu poderio econômico para perpetrar concorrência desleal no mercado de Mato Grosso do Sul, beneficiando indevidamente a Segunda Requerida em detrimento dos demais revendedores de bandeira **SHELL** em Campo Grande (MS), em especial a ora Autora.

4. Comparando-se os preços de venda praticados pela Requerida para a Autora e para os postos da Rede **BONATTO**, percebe-se claramente a diferença de preços, sendo comum a Requerente pagar pelo litro da gasolina comum (a granel) mais caro do que a Segunda Requerida paga na gasolina aditivada (V-Power). Vejamos:

1) Comprador	DI Com. De Comb.	1) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.025.818	Nota fiscal nº	000.025.779
Data	11/03/2017	Data	10/03/2017
Litro/Gasolina	R\$ 3,1239 (Granel)	Litro/Gasolina	3,11816 (V-Power)
2) Comprador	DI Com. De Comb.	2) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.026.022	Nota fiscal nº	000.026.054
Data	15/03/2017	Data	16/03/2017
Litro/Gasolina	R\$ 3,11573 (Granel)	Litro/Gasolina	3,11816 (V-Power)
3) Comprador	DI Com. De Comb.	3) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.028.052	Nota fiscal nº	000.028.009
Data	25/04/2017	Data	24/04/2017
Litro/Gasolina	3,12222 (V-Power)	Litro/Gasolina	3,13009 (V-Power)
4) Comprador	DI Com. De Comb.	4) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.028.240	Nota fiscal nº	000.028.182
Data	28/04/2017	Data	27/04/2017
Litro/Gasolina	3,12221 (Granel)	Litro/Gasolina	3,11483 (V-Power)
5) Comprador	DI Com. De Comb.	5) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.028.559	Nota fiscal nº	000.028.517
Data	05/05/2017	Data	04/05/2017
Litro/Gasolina	3,11623 (Granel)	Litro/Gasolina	3,10885 (V-Power)
6) Comprador	DI Com. De Comb.	6) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.029.315	Nota fiscal nº	000.028.973
Data	19/05/2017	Data	12/05/2017
Litro/Gasolina	3,15129 (V-Power)	Litro/Gasolina	3,10885 (V-Power)
7) Comprador	DI Com. De Comb.	7) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.029.017	Nota fiscal nº	000.029.238
Data	13/05/2017	Data	18/05/2017
Litro/Etanol	2,34428	Litro/Etanol	3,08884 (V-Power)
8) Comprador	DI Com. De Comb.	8) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.029.889	Nota fiscal nº	000.029.815
Data	31/05/2017	Data	30/05/2017
Litro/Gasolina	3,02424 (Granel)	Litro/Etanol	3,03684 (V-Power)
9) Comprador	DI Com. De Comb.	9) Comprador	Bonatto E Cia.
Nota fiscal nº	000.032.712	Nota fiscal nº	000.032.660
Data	25/07/2017	Data	25/07/2017
Litro/Gasolina	3,19708 (Granel)	Litro/Gasolina	2,340346 (Etanol)
10) Comprador	DI Com. De Comb.	10) Comprador	Bonatto E Cia.

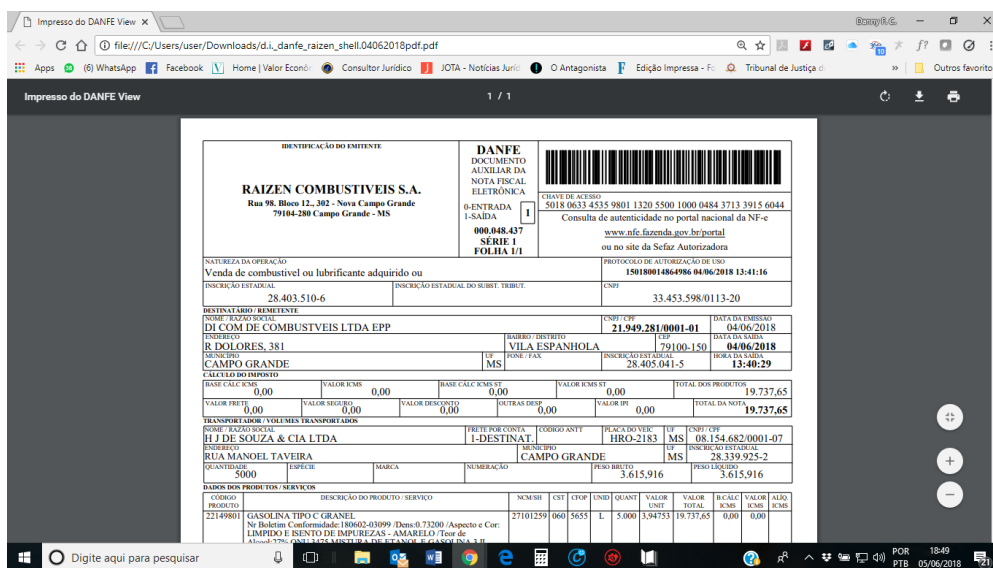
² Exame Melhores e Maiores. São Paulo: Abril, agosto de 2017, p. 164

³ Disponível em: <<https://www.shell.com/about-us/who-we-are.html>>.

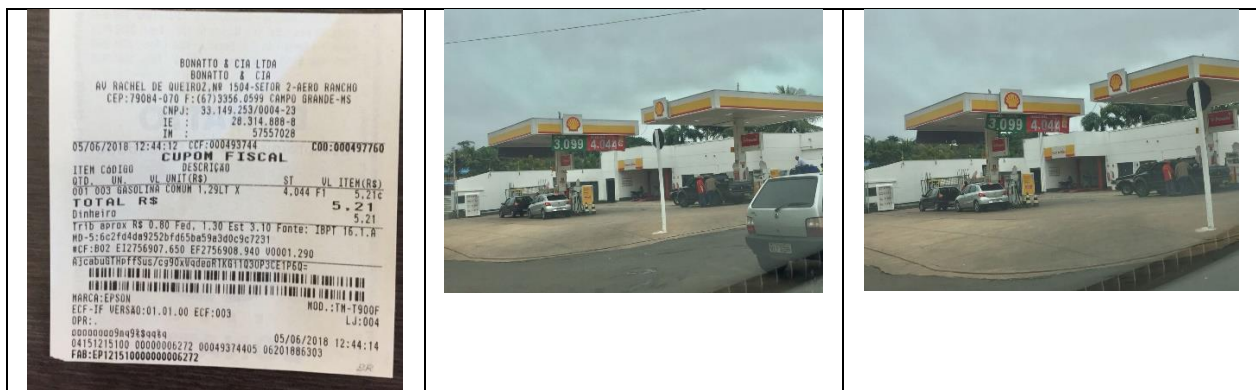
Nota fiscal nº	000.033.159	Nota fiscal nº	000.033.120
Data	02/08/2017	Data	02/08/2017
Litro/Gasolina	3,35123 (Granel)	Litro/Gasolina	2,319938 (Etanol)

5. A ocorrência de oferta de preço discriminatório pela Primeira Requerida permite que a Segunda Requerida pratique preço predatório no micromercado de Campo Grande (MS), sendo impossível para a Autora concorrer com os postos de bandeira **SHELL** da Segunda Ré, que não para de crescer, já possuindo 09 (nove) unidades nesta cidade, todas com a bandeira **SHELL**.

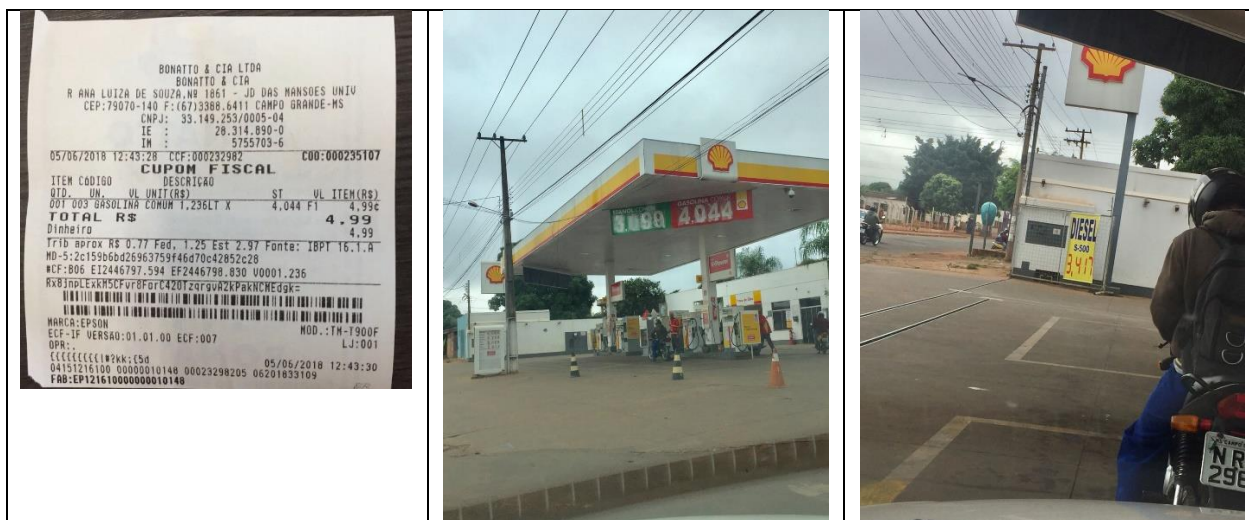
6. Na data de ontem (04/06/2018) a Autora pagou à **SHELL**, a quantia de R\$ 3,94753 por litro de gasolina comum (à granel), senão vejamos:



7. Ocorre, Excelência, que a Segunda Requerida, na data de hoje (05/06/2018), vendia a gasolina comum, a R\$ 4,04 (quatro reais e quatro centavos) como se verifica das seguintes fotografias tiradas do posto de combustíveis pertencente à Segunda Ré e localizado nesta cidade na Av. Rachel de Queiroz, 1504:



8. O mesmo preço final ao consumidor impossível de ser atingido pela Autora (em razão do preço que lhe cobra sua única fornecedora, a Primeira requerida) foi praticado no dia de hoje no posto da Segunda requerida localizado na Rua Ana Luiza de Souza, 1.861:



9. Como se verifica dos documentos anexos, a Primeira Ré comercializa o combustível em sua unidade distribuidora em Campo Grande para a Requerida **BONATTO** a um valor significativamente menor, **canibalizando a própria rede**, e gerando uma espiral de preços negativos que está levando todo o setor local à bancarrota.

10. Excelência, é impossível para a Requerente competir com os preços praticados pelos postos da **REDE BONATTO**, que recebem tratamento diferenciado da distribuidora Ré, havendo claro tratamento discriminatório.

11. **Em um cenário macroeconômico recessivo como o atual, uma diferença de preços recebidos pela Segunda Ré funciona como um poderoso chamariz para o público consumidor.**

12. Poder-se-ia pensar que essa abissal diferença de preço praticado ao consumidor decorreria de uma excelente gestão, mas não, Excelência, **esse diferencial competitivo decorre de práticas comerciais antijurídicas, havendo efeitos anticompetitivos líquidos com prejuízos para a Autora.**

13. Os atos comerciais anticoncorrenciais perpetrados pelas Rés ofenderam o disposto nos **incisos I e IV e o § 3º, IV, X, XI, XII e XVII do art. 36 da Lei 12.529/2011**, que estruturam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

14. Assim, em virtude da conduta anticoncorrencial da Rés, a Requerente ingressa com a presente ação de forma a pôr cobro nessa situação danosa à Autora, à livre-concorrência e ao próprio consumidor.

II – DO DIREITO

II.A – DO INTERESSE JURÍDICO DA AUTORA

15. O interesse jurídico da Autora revela-se pela lesão que a conduta predatória da Réus lhe causa, posto que fere a livre-concorrência. Ainda que se argumente que os preços são livremente praticados e que as Requeridas possuem contratos firmados diferenciados e que tais instrumentos são atos jurídicos perfeitos, não se pode olvidar que o **Contrato** é regrado pelo princípio da autonomia da vontade, que no dizer de **BARROS MONTEIRO**:

Encontra limites no princípio da supremacia da ordem pública, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que podem ser derogadas pelas partes.⁴

16. Os atos comerciais antijurídicos perpetrados pelos Réus ofenderam o disposto nos **incisos I e IV e o § 3º, IV, X, XI, XII e XVII do art. 36 da Lei 12.529/2011**, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.⁵

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações**, 2ª parte, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, página 8.

⁵ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

17. Com efeito, são os seguintes os delitos econômicos e anticoncorrenciais perpetrados pela Ré e previstos no **art. 36 da Lei 12.529/2011**:

Conduta	Previsão legal
Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa	Art. 36, I
Dominar mercado relevante de bens ou serviços	Art. 36, II
Aumentar arbitrariamente os lucros	Art. 36, III
Exercer de forma abusiva posição dominante. (Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante)	Art. 36, IV
Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços	Art. 36, IV
Utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;	Art. 36, VII
Impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros	Art. 36, IX
Discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços	Art. 36, X
Dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais	Art. 36, XII
Vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo	Art. 36, XV

18. Tal rol é meramente exemplificativo, sendo que durante a instrução processual certamente outras condutas anticoncorrenciais perpetradas pelas Rés virão à tona, sendo que os efeitos da conduta das Requeridas no universo econômico dos demais postos de combustível é nefasto.

19. Segundo a ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis, os preços estabelecidos nas diversas etapas da cadeia de produção de petróleo e derivados são livres, senão vejamos:

Tendo sido instituída por força da Lei nº 9478, de 6 de agosto de 1997, e como trata o art.7º desta, cabe à ANP atuar como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis. Como órgão regulador, e em conformidade com os princípios e objetivos da Política Energética Nacional, estabelecidos também na Lei 9478/97 (em especial nos incisos III e IX do artigo 1º), atua esta agência, por meio da Coordenadoria de Defesa da Concorrência/CDC, no exame de eventuais práticas

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.”

anticompetitivas perpetradas pelos agentes econômicos relacionados às indústrias reguladas.

Assim, dentre as competências específicas da ANP estão a promoção da livre concorrência e a garantia do abastecimento nacional e a defesa dos interesses do consumidor quanto a preço, oferta e qualidade. Cabe ressaltar que os preços estabelecidos nas diversas etapas da cadeia de produção do petróleo e seus derivados são livres e, portanto, os agentes econômicos estabelecem os preços em função, principalmente, dos seus custos e das especificidades de cada mercado.⁶

20. Mas o fato dos preços serem livres, não isenta a Primeira Requerida de praticar condições equânimes e isonômicas para todos os postos de combustível que utilizam a bandeira **SHELL**, sob pena de ofender o princípio da livre concorrência como bem lançou a ANP:

A garantia de concorrência é fator essencial para o bom funcionamento dos segmentos de mercado referentes tanto ao *upstream* quanto ao *downstream* das indústrias reguladas pela ANP. Nesse sentido, são de extrema importância as ações da Agência tanto em seu aspecto preventivo (buscando evitar o surgimento de estruturas de mercado que prejudiquem o processo concorrencial) quanto em seu aspecto repressivo (através das ações de monitoramento e atuação com os demais agentes do Estado).⁷

21. Desse modo, é questão basilar de Justiça que mesmo diante da liberdade de contratação, a autonomia da vontade encontra óbice em princípios conflitantes que primam pela proteção do interesse coletivo em detrimento do particular.

II.B – DOS PREÇOS DISCRIMINATÓRIOS

22. A cadeia de combustíveis automotivos no Brasil é complexa e formada por diferentes agentes econômicos apresentados na figura abaixo, como as refinarias de petróleo, as centrais petroquímicas, as usinas/destilarias, os agentes de distribuição, além dos formuladores, dos importadores, dos revendedores varejistas e dos Transportadores-Revendedores-Retalhistas (TRRs) e, na ponta final, os consumidores. Confira-se:

⁶ Disponível em:

<http://www.anp.gov.br/wwwanp/images/Precos/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribui_cao_e_Revenda_de_Combustiveis_Automotivos.pdf>.

⁷ Disponível em:

<http://www.anp.gov.br/wwwanp/images/Precos/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribui_cao_e_Revenda_de_Combustiveis_Automotivos.pdf>.

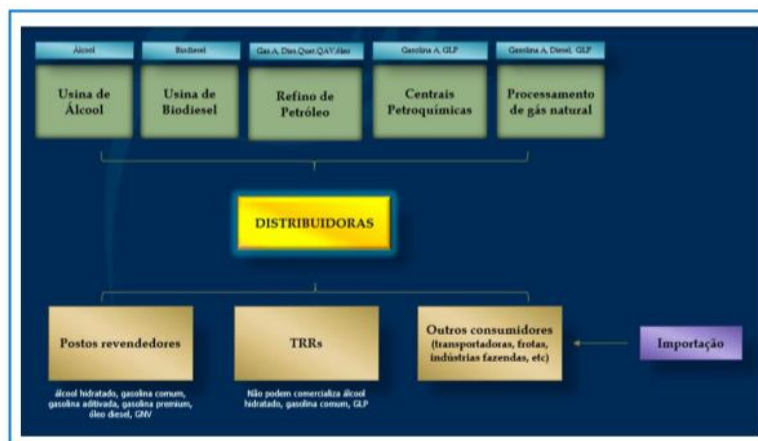


Figura 1 – Agentes no mercado de combustível
 Fonte: Baseado em (DEE/CADE, 2014, p. 7)

23. A **PETROBRÁS** possui cerca de 98% do refino nacional de gasolina⁸; assim, é óbvio que a **RAÍZEN** adquire gasolina da refinaria nas mesmas condições de preço que suas concorrentes⁹. Desse modo, o preço praticado à sua rede de postos de combustíveis de uma mesma cidade deve ser o mesmo, sendo que caberá a cada posto utilizar de ferramentas mercadológicas e de gestão para entregarem um preço mais atrativo para o consumidor final.

24. Ocorre que as irregularidades perpetradas pelas Requeridas não se limitam em fraudar a Lei, mas também decorrem da ilegal concessão de preços diferenciados (discriminatórios) aos postos de combustíveis automotivos da **REDE BONATTO**.

25. O preço discriminatório assim foi conceituado pela ANP:

A conduta tipificada como discriminação de adquirentes ou fornecedores pela imposição diferenciada de preços pressupõe que o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente econômico e assim elevar seus lucros. A infração, assim, possui três graus distintos: oferta de um mesmo produto por preços diferentes a clientes distintos, com certa aleatoriedade; discriminação por faixas de consumo e discriminação de preços para grupos de clientes diferentes^{10, 11}.

26. Segundo **LEAL**, a prática de preços discriminatórios prejudica a competitividade, senão vejamos:

⁸ Disponível em <<http://www.valor.com.br/imprimir/noticia/5466273>>.

⁹ Disponível em <<http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-as-distribuidoras/gasolina-e-diesel/>>.

¹⁰ MARQUES, F.O. Artigos 20 a 22. **Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. São Paulo: América Jurídica, 2003.

¹¹ Disponível em:

<http://www.anp.gov.br/wwwanp/images/Precos/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribuidoras_e_Revenda_de_Combustiveis_Automotivos.pdf>.

Uma empresa pode desejar ampliar suas vendas em determinado mercado, inibir a entrada de novos concorrentes ou eliminar os já estabelecidos e, para tanto, pode adotar preços discriminados: menores nas vendas que deseja impulsionar em relação ao preço das demais unidades comercializadas [discriminação primária de preços]. Ou, uma empresa, que consiga obter em suas compras uma vantagem substancial em relação aos seus concorrentes (e.g., pagando um preço menor e, portanto, diferenciado em relação aos outros compradores que com ela competem), pode reforçar sua posição competitiva, passando a dispor de condições para eliminar ou mitigar a concorrência em seu mercado de atuação. [discriminação secundária de preços]¹²

27. As condutas anticompetitivas das Rés são de natureza horizontal e vertical, decorrentes da **aplicação de preços discriminatórios** como bem exemplificou a ANP:

A prática de preço predatório constitui infração contra a ordem econômica tipificada pela Lei nº 8.884/94, definida na literatura econômica como a venda de mercadoria com preço abaixo do seu preço de custo e que tenha por efeito ou objeto prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. Segundo o guia para análise econômica de preços predatórios da SEAE29, a prática de preços predatórios ocorre quando uma firma reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo. Dessa forma, ainda que a prática de preços predatórios no curto prazo possa aumentar o bem-estar do consumidor, porque este se beneficia dos preços mais baixos, no longo prazo, como a predação reduz o número de firmas no mercado e, conseqüentemente, a concorrência, o bem-estar do consumidor se reduz.¹³

28. Note-se que no caso do abastecimento nacional de combustíveis, práticas discriminatórias, em geral, consistem na situação de discriminação secundária de preços; i.e., aquela cujos efeitos negativos refletir-se-ão no mercado de quem se beneficia com a aquisição do produto a preço menor. Isso porque a prática discriminatória na distribuição de combustíveis gera, na verdade, efeitos no segmento seguinte da cadeia (a revenda).¹⁴

29. A ocorrência de preço predatório está absolutamente demonstrada em razão da conduta anticoncorrencial das Rés, como nos ensina **SALOMÃO FILHO**:

O bom senso negocial, que também evidencia, *a contrario sensu*, a lealdade da conduta, é determinado por um método eminentemente comparativo.¹⁵ É preciso comparar a conduta praticada com aquela que seria efetivamente conveniente para o empresário.

¹² LEAL, João Paulo G. **Discriminação de preços e o ‘Robinson-Patman Act’**. Revista do IBRAC, v. 10, nº 3, 2003, p. 156-157.

¹³ “De acordo com a teoria econômica, as condutas anticompetitivas podem ser divididas em condutas horizontais e verticais. São condutas anticompetitivas horizontais aquelas que reduzem a concorrência em um mesmo mercado (as empresas atuam como vendedoras ou compradoras de produtos similares); verticais são aquelas que afetam o processo concorrencial ao longo da cadeia – envolve empresas que se relacionam como compradoras e vendedoras – consistindo em restrições praticadas por ofertantes de bens/serviços de um mercado que afetam outro mercado ao primeiro relacionado verticalmente (a montante ou a jusante).” In: <http://www.anp.gov.br/wwwanp/images/Preços/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribuição_e_Revenda_de_Combustíveis_Automotivos.pdf>.

¹⁴ Disponível em:

<http://www.anp.gov.br/wwwanp/images/Preços/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribuição_e_Revenda_de_Combustíveis_Automotivos.pdf>.

¹⁵ V. O. Williamson, para quem a comparação de comportamentos é o principal elemento a permitir a verificação da lealdade da conduta (“*Predatory pricing...*” in *Yale Law Journal* 87/337).

O padrão básico passa, então, a ser o custo de oportunidade. Fundamental para que exista a predação é que seja possível demonstrar que aquela determinada conduta só será mais conveniente que outras condutas alternativas disponíveis se o concorrente (a vítima da predação) deixar o mercado ou se, mesmo permanecendo, for possível a dominação oligopolista por parte do predador (com ou sem a participação da vítima).¹⁶

30. Segundo **FARIA**, oferecer condições comerciais diferenciadas configura discriminação:

“Em nome da igualdade de oportunidades na competição econômica”, escreve Biolay (1981, p. 430) “proclama-se a concorrência entre as empresas não deve ser falseada por condições desiguais de acesso ao mercado”. Em todos os lugares, no entanto, a concorrência é desvirtuada por empresas que transgridem o princípio de não-discriminação.

A propósito do princípio de não-discriminação, Prieur (1960, p. 527) explica eu “praticar discriminação equivale a tomar uma das três atitudes seguintes:

- a) Aplicar tratamento desigual a pessoas que se encontra, em situação comparável;
- b) Aplicar a pessoas que se acham em situações diferentes tratamento desigual que não se justifica por essa diferença;
- c) Aplicar tratamento igual a pessoas que não se encontram em situações comparáveis”.

Do ponto de vista econômico, prossegue a lição 0ob. Cit., p. 528), “existe discriminação cada vez que os preços e os custos não variam de modo concomitante. Uma diferença de preço sem diferença de custo constitui discriminação, assim como uma diferença de custo sem diferença de preço de venda”.¹⁷

31. E mais adiante:

Quando o efeito das decisões venha prejudicar “a livre deliberação dos compradores ou dos vendedores”, por meio da discriminação de preços entre aqueles ou estes, surge a figura do abuso. A pretendida unidade de decisão nunca pode ser instrumento para entravar a concorrência. **A lei reprime a discriminação de preços, em detrimento dos clientes das empresas agrupadas porque falseia o jogo da concorrência.**¹⁸

32. Vale a pena ainda verificar a lição de **GABAN** e **DOMINGUES**:

A Lei Antitruste, tanto a Lei n. 8.884/94. Art. 21, XII, quanto a NLAB, art. 36§ 3º, X, preveem explicitamente a conduta de discriminação de rivais: “*discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços*”. Como se pode notar pela própria linguagem dos dispositivos, a discriminação apresenta-se essencialmente como uma conduta levada a efeito em uma relação vertical de mercado (i. e., entre cliente e fornecedor, e *vice-versa*) e está diretamente relacionada ao princípio da isonomia ou da igualdade, pelo qual, segundo o consagrado princípio geral do direito, entende-se que, regra geral, deve-se dispensar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Como conduta anticoncorrencial, a discriminação de rivais usualmente envolve a fixação de preços (ou outras condições contratuais como prazos para pagamento, descontos, exclusividade, etc.) distintos para situações equivalentes, criando vantagens comparativas artificiais entre os diferentes *players* situados no mercado-alvo da discriminação. Essa conduta foi bastante debatida no CADE em casos envolvendo a relação de produtores e seus distribuidores.

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial. As condutas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117.

¹⁷ FARIA, Werter R. **Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 127.

¹⁸ FARIA, Werter R. **Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 131-132.

Pode-se considerar assente, tanto na jurisprudência como na doutrina (nacional e internacional), que estruturas de mercado/cadeias industriais com *players* integrados verticalmente concorrendo com *players* não integrados verticalmente são contextos favoráveis à prática de discriminação de rivais. O SBDC, por diversas ocasiões, analisou situações do gênero e referendou esse raciocínio.¹⁹

O CADE possui jurisprudência consolidada no tocante à conduta de discriminação de rivais, em suas mais variadas frentes, a partir da qual ficam claros os critérios gerais levados em consideração no julgamento da prática.

Para o CADE, para se configurar ilícito antitruste de discriminação, é necessário que: (a) os agentes econômicos infratores possuam posição dominantes nos mercados envolvidos; (b) não haja racionalidade econômica no tratamento desigual dispensado a partes diferentes; e (c) seja demonstrado o dano (atual ou potencial) à concorrência decorrente da prática.

No caso *Labo Cine do Brasil Ltda. v. Eastman Kodak Company – Latin American Region*, julgado em julho de 2006, o CADE estabeleceu bem o conceito geral da prática de discriminação:

(...) preços diferenciados de insumos comercializados por apenas uma empresa para um mercado no qual atuam apenas dois concorrentes criaria uma situação na qual a empresa que obtivesse os insumos a preços mais baixos dominaria facilmente o mercado, o que poderia nos trazer indícios de infração à ordem econômica, mesmo que haja justificativa plausível da vendedora dos insumos para a diferenciação de preços.^{20, 21}

33. No caso *Auto Posto Esmeraldas Ltda. v. Esso Brasileira de Petróleo Ltda.*, julgado pelo CADE em dezembro de 2008, assim entendeu o Conselheiro-Relator **OLAVO CHINAGLIA** sobre preços diferenciados:

Para que se possa afirmar o caráter ilícito dessa conduta, é necessário que se verifique certas condições. A primeira, é que o agente imputado detenha posição dominante. Em seguida, deve-se observar a conduta praticada tende a produzir efeitos anticompetitivos, como exclusão de rivais, a elevação de custos (*profit-squeeze*), alavancagem ou fechamento de mercado etc. Por fim, a diferenciação de preços não pode ser justificada a partir de práticas comerciais legítimas e comprovadamente neutras do ponto de vista concorrencial.²²

34. Por derradeiro, colha-se a lição de **MARTINS**:

Um problema que não raras vezes afeta os postos revendedores de combustíveis é a prática de preços discriminatórios por parte das companhias distribuidoras. O bom funcionamento do mercado depende diretamente da lealdade e da isonomia de tratamento que as distribuidoras devem conferir aos concorrentes.

O preço discriminatório pode ser conceituado como uma conduta restritiva da livre concorrência através da qual um fornecedor de produtos ou serviços trata desigualmente compradores que se encontram em iguais condições de mercado, no que diz respeito aos preços praticados, prazos para pagamento e condições operacionais do negócio. **Nos**

¹⁹ Nesse sentido, ver Atos de Concentração envolvendo aquisição de empresas prestadoras de serviços de concretagem e produtoras de pedras por empresas produtoras de cimento: Atos de Concentração n. 08012.007686/2008-06 (CCB – Cimpor Cimentos do Brasil Ltda./Polimix Concreto Ltda.) julgado pelo CADE em novembro de 2008; Ato de Concentração n. 08012.014612/2007-37, julgado pelo CADE em outubro de 2008, dentre outros.

²⁰ *Labo Cine do Brasil Ltda. v. Eastman Kodak Company – Latin American Region* – julgada pelo CADE em julho de 2006. In Voto vista do Conselheiro Luis Carlos Prado, na Averiguação Preliminar n. 0012.006717/200-46.

²¹ GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. São Paulo: Saraiva, 141-142.

²² *Auto Posto Esmeraldas Ltda. v. Esso Brasileira de Petróleo Ltda.*, julgado pelo CADE em dezembro de 2008. In: Voto do Conselheiro-Relator, Olavo Chinaglia, fl. 567, na Averiguação preliminar n. 08012.007692/1999-11.

termos do artigo 36, § 3o, X, da Lei nº 12.529/2011, a Lei de Proteção da Concorrência, o preço discriminatório consiste em “...discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;” e é reprimida com multa de até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa que o praticar.

No caso do mercado de revenda de combustíveis, o preço discriminatório ocorre quando as companhias distribuidoras vendem combustíveis e lubrificantes a preços ou condições de venda diferenciadas para postos revendedores a elas vinculados, desde que tais postos estejam em igual condição, ou seja, postos que são concorrentes diretos e que adquirem a mesma (ou similar) quantidade de produtos para pagamento no mesmo prazo ou em prazo similar. A racionalidade do preço discriminatório consiste justamente na afronta do princípio da isonomia concorrencial, através do qual postos em igualdade de condições devem ser tratados de modo igual pela companhia, sendo vedado à distribuidora praticar um preço para um posto e outro preço para o outro, pois assim a companhia estará ajudando um posto a ganhar mercado (ou a lucrar mais) em detrimento das vendas do posto alvo do preço discriminatório.

Por outro lado, se os postos, ainda que concorrentes diretos (aqueles que estão na mesma área de influência), adquirirem volumes distintos de produtos junto à companhia, ou se o prazo de pagamento for substancialmente diferente, não haverá que se falar em preço discriminatório, já que a companhia pode tratar desigualmente postos que estejam em condições desiguais. Por exemplo, se um posto adquire cem mil litros de gasolina por mês e o seu concorrente adquire quatrocentos mil litros de gasolina por mês, para pagamento no mesmo prazo, obviamente que o preço daquele que adquire um volume maior de gasolina tende a ser mais baixo do que o do outro posto que adquire apenas cem mil litros por mês, sem que se configure preço discriminatório. Isto porque, para que se configure a discriminação os dois postos devem estar em igualdade de situação, sendo injustificável por parte da distribuidora cobrar valores diferentes ou conceder prazos diferentes a cada um deles. jurisprudência nacional, representada por diversas e recentes decisões dos Tribunais brasileiros, vem acatando pedidos de ressarcimento e até mesmo de rescisão de contratos feitos por postos revendedores que foram prejudicados por preços discriminatórios impostos por companhias distribuidoras, porque tal prática, além de causar distorções de mercado e de prejudicar a livre concorrência, também afeta diretamente a lucratividade do posto discriminado e, em certos casos, pode forçá-lo a deixar o mercado.

Desse modo, comprovando-se que houve prática diferenciada de preços pela companhia para dois ou mais postos que deveriam ser tratados de modo igualitário, configurada estará a prática abusiva e anticoncorrencial da discriminação de preços, dando ensejo ao ressarcimento dos prejuízos que o posto venha a sofrer em virtude de tal prática da distribuidora e também à rescisão do contrato por abuso de poder econômico da companhia.²³

35. Demonstrada, portanto, a ocorrência constante de preço discriminatório imposto pela Primeira Requerida à Autora, em benefício da Segunda Requerida.

II.C – DOS PREÇOS PREDATÓRIOS

36. Em virtude do ilegal benefício que lhe concede a Primeira Ré, a Segunda Requerida pratica preços predatórios no mercado de Campo Grande (MS), sendo impossível para a Requerente competir e oferecer condições mais favoráveis ao consumidor final.

²³ MARTINS, Arthur Villamil. Preço Discriminatório na revenda de combustíveis. Disponível em: <<http://www.nvaa.com.br/preco-discriminatorio-na-revenda-de-combustiveis/>>.

37. Como já dito, a jurisprudência do CADE sobre preços predatórios é favorável à tese da Autora. Confira-se:

PREÇO PREDATÓRIO – SUBSÍDIO CRUZADO – TIPIFICAÇÃO – DESNECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DA BASE COMUM DE CLIENTES.

A prática de preços predatórios mediante subsídio cruzado é inerente à existência de conglomerado ou de empresa multiprodutora, não sendo, entretanto, fundamental a existência de uma base comum de clientes. Para que o mesmo possa ocorrer basta que a firma atue em mais de um mercado, exerça posição dominante em uma de suas áreas de atuação e tenha condições de sustentar o poder de mercado a longo prazo face as barreiras à entrada no mercado relevante. (Ato de Concentração n. 78/96, de 11 de agosto de 1999, Requerentes: S/A. White Martins e Unigases Comercial Ltda. In DOU de 24 de setembro de 1999, Seção 1, pág. 8.

38. Por sua pertinência ao caso em exame, pede vênia para transcrever trechos do voto do Conselheiro-Relator **MÉRCIO FELSKY**:

A existência de uma base comum de clientes não é fundamental para a prática de preços predatórios, mediante subsídios cruzados. Para que o mesmo possa ocorrer basta que a firma atue em mais de um mercado e exerça posição dominante em uma de suas áreas de atuação. A hipótese de preços predatórios é inerente à própria existência do conglomerado ou da empresa multiprodutora. O monopólio em um mercado é condição suficiente, já que se supõe que no mercado onde o produtor é monopolista, a demanda da empresa é a própria demanda do mercado e, na ausência de substitutos próximos, o cliente continuará a comprar o produto da empresa ao preço de monopólio, independentemente se o mesmo é comprador de outro produto. **Se não for monopolista e, tendo por hipótese que os clientes dispõem de todas as informações sobre os preços dos concorrentes, qualquer elevação de preço resultaria em imediata perda de market-share.**

39. A Autora demonstrou que na data de hoje (05/06/2018) a Segunda Requerida vende a gasolina comum ao consumidor final por um preço R\$ 0,09 (nove centavos) maior do que pago pela Autora à **RAÍZEN**, sendo inexplicável como a Segunda Requerida consegue ser economicamente viável.

40. Certamente, tal fato ocorre em razão dos benefícios discriminatórios concedidos pela **RAÍZEN** que lhe permite praticar preços predatórios.

41. Tanto o referido é verdade que o site Midiamax de hoje (06/08/2018)²⁴ aponta o Posto Bonatto como o revendedor com o preço mais barato da cidade, qual seja, R\$ 4,04 (quatro reais e quatro centavos) por litro de gasolina comum, como se verifica do teor da matéria:

Na tarde desta terça-feira (5), o **Jornal Midiamax** conferiu o preço do combustível em 26 postos e o valor do litro, em média, está R\$ 4,30 a gasolina e R\$ 3,24 o de etanol. **Em posto de combustível na cidade, o combustível está sendo vendido abaixo da média,** com a gasolina a R\$ 4,04 o litro e o etanol, R\$ 3,09.

42. Verifica-se da reportagem, que o preço médio entre os 26 postos verificados pela reportagem era de R\$ 4,30 (quatro reais e trinta centavos), e não há dúvidas que o posto fotografado pertence à rede da Segunda Requerida, confira-se:

²⁴ Disponível em: <<https://www.midiamax.com.br/cotidiano/2018/confira-os-precos-dos-combustiveis-posto-na-capital-tem-gasolina-a-r-404/>>.



43. Como explicar tamanha diferença Excelência? Certamente são as condições especiais e exclusivas de venda que a Primeira Requerida oferece à Segunda Requerida, o que impede a Autora de oferecer um preço mais competitivo ao consumidor final.

44. Dessa forma, impõe-se a cessação judicial da conduta antijurídica dos Réus, o que desde já se pleiteia.

II.D – DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO E DO EXERCÍCIO DE POSIÇÃO DOMINANTE

45. A concorrência, dentro dos limites permitidos pela lei, é “*ato lícito, constituído a rivalidade comercial ou industrial que faz com que os empresários disputem clientes ou fregueses.*”²⁵

46. **CARNELUTTI**, comentando a livre concorrência e seus limites, anota, por meio de uma alegoria, que certos concorrentes no mundo dos negócios não têm freios, isto é, têm uma triste inclinação de utilizar métodos e práticas desleais para vencer a porfia comercial:

Os concorrentes correm juntos em uma direção a uma mesma meta: vence quem chega primeiro. O jogo é leal, conquanto cada um se sirva, para ultrapassar os demais, de suas próprias forças; quando assim se procede, o direito assiste impassível à competição, como os juízes de uma corrida. Mas o direito não permite que qualquer dos concorrentes impeça o outro de servir-se de suas próprias forças nem menos que trate de utilizar as forças do oponente; por exemplo, quando se trate de uma corrida de cavalos o oponente procure frear um concorrente ou trocar de cavalgadura.²⁶

47. Ocorre, Excelência, que no caso do autos estão os Requeridos cometendo concorrência desleal, sendo perfeitamente possível a intervenção, como nos ensina **DA SILVA**:

²⁵ **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 209.

²⁶ Cf. **CARNELUCCI**, Francesco. *Usucapión de la propiedad industrial*. México: Porruá, 1945, p. 40-41.

As empresas – com suporte nas garantias constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência – podem participara da vida econômica do país, envidado seus esforços no sentido de augurar posição de mercado, lucros e outros benéficos econômicos. Devem, porém, obedecer aos primados da boa-fé, da lealdade comercial e do monopólio legal obtido por seus concorrentes, notadamente o direito exclusivo de propriedade industrial, artística, literária e científica e as regras que pautam a concorrência desleal. No embate diário, entretanto, muitas vezes o concorrente lança mão de artifícios para angariar mais clientela, desviando-a fraudulentamente ou procurando açambarcar mercado utilizando meios desonestos, com evidente abuso de poder econômico. Por essas e outras razões, o legislador pátrio previu a possibilidade de intervenção do Estado, bem como a criminalização e imputação como ilícito civil das condutas desleais, permitindo a tomada de medidas judiciais pelos prejudicados.²⁷

48. Segundo SAYEG, as infrações à ordem econômica caracterizam-se independentemente de culpa:

As infrações à ordem econômica caracterizam-se independentemente de culpa, porque são decorrentes das ações empresariais, que são desenvolvidas sobre a plataforma do mercado no qual se verifica o eterno jogo competitivo e especulativo, bastando que tais atos mercantis que impliquem contraposição de interesses se desviem de sua função social, tanto na linha horizontal, isto é, entre concorrentes, quanto na linha vertical, isto é, na cadeia econômica, no sentido da produção do consumidor.

A esta caracterização basta a mera potencialidade,²⁸ em razão da tamanha relevância do mercado para a coletividade, de modo que a Lei n. 8.884/1994 se alicerça na ideia da coibição das infrações de perigo,²⁹ sendo desnecessário que da respectiva conduta advenha dano concreto, tendo em vista que a probabilidade de lesão não põe outra alternativa, senão a da repressão para afastar o risco a bem tão precioso.³⁰

Verifica-se, portanto, que o jogo de mercado é permitido deste que atrelado à sua função social, contudo sem manifestações de abuso de poder econômico, as quais não se caracterizam na medida em que a vitória competitiva por um agente privado decorra das próprias eficiências produtivas resultantes de processo natural em relação a seus competidores com vistas ao consumo, ao qual caberá o ônus da prova.³¹

49. Como já dito, a Requerida possui um faturamento anual superior a R\$ 61 bilhões de reais e utiliza de sua estrutura verticalizada para oferecer condições diferenciadas aos postos de combustível da REDE BONATTO, o que constitui verdadeiro abuso de poder econômico.

50. REALE reconheceu o dado perturbador do abuso do poder econômico:

²⁷ DA SILVA, Alberto Luís Camelier. **Concorrência Desleal. Atos de confusão**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

²⁸ Cf. Luís Cabral de Moncada, **Direito Econômico**, p. 326, *in verbis*: “... basta a probabilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais para que se apliquem as normas comunitárias; não é necessário a produção real desses efeitos.”

²⁹ No Brasil é tranquila a admissibilidade pela doutrina e jurisprudência dos crimes de perigo abstrato, e para o direito europeu, discorrendo sobre as infrações de estado de perigo, o espanhol Luis Jimenez de Asúa, O Estado perigoso, p. 45, expõe que “O que interessa aos penalistas é a noção do Estado perigoso que o delinquente representa para a sociedade. Desde o momento que este estado se comprova, existe a necessidade de se defender a comunidade social ... para adiante esclarecer que “a noção do estado perigoso, mais ou menos estendida porém sempre como fórmula parcial, e não como critério generalizado que substitua os princípios clássicos de imputabilidade e responsabilidade moral, acolheu-se: ... na Noruega... na Inglaterra... na Suíça... na Alemanha... na Dinamarca... na Suécia... e na Itália como critério geral.”.

³⁰ Discorrendo sobre o cartel José Pinto Antunes, **A Produção sob o Regime da Empresa**, p. 143, expõe o risco de “degenerar em violência destruidora.”.

³¹ P. 200-201.

O que se pretende excluir é a possibilidade de abuso de direito, que é o irmão gêmeo do abuso do poder econômico, o que se torna mais fácil quando, maliciosamente, se recorre a expressões vagas na enunciação dos direitos e deveres recíprocos, ficando a exegese final a cargo do mais forte. Tais formas de inexplicável arbítrio prevalecem desde a gênese do contrato – com descabidas exigências formuladas como pressuposto do negócio – até o seu término, que pode ser abreviado a talante da Companhia produtora, desobrigada de respeitar o princípio econômico-jurídico das empresas como bens integrantes da comunidade.

É para prevenir abusos dessa ordem que o Anteprojeto discrimina diversas hipóteses e fica critérios objetivos dentro dos quais devem atuar as partes interessadas. Reconhece-se sem dúvida, a posição eminente do fabricante no que se refere à direção de sua rede distribuidora, segundo padrões técnicos condignos e condizentes com a qualidade de seus produtos, mas não se converte tal exigência numa subordinação miúda e vexatória, de tal modo que o concessionário fique reduzido a simples preposto.

De outro lado, impede-se o abuso de poder econômico efetivado através de transferências sub-reptícias de custos operacionais do produtor para o distribuidor, por carecer este de meios eficazes para se opor à compra compulsória de veículos e componentes além de sua capacidade técnico-financeira; ou a despesas de propaganda feitas à sua inteira revelia.³²

51. Além do abuso de poder econômico, a Primeira Ré exerce de forma abusiva sua posição dominante no mercado, pois como detentora de mais de 20% (vinte por cento) do mercado local de combustíveis é capaz, na forma prevista no **art. 36, IV, da Lei 12.529/2011**, de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado.

52. Comentando o conceito de posição dominante, temos a lição de **BRUNA**:

Entre nós, o conceito de posição dominante foi expressamente adotado pela Lei 8.884/94. A influência européia, todavia, muito antes do advento da lei em tela, já tinha a traído a atenção da doutrina brasileira para o tema. Com efeito, Modesto Carvalhosa¹⁰⁹, citando o Prof. Philomeno José da Costa (Autonomia do direito comercial, Ed. RT, 1956), assim se referiu ao conceito: “Conceitua-se posição dominante como a detenção por determinada entidade econômica de tal quantidade de produtos, a ponto de exercer no mercado uma grande influência para a determinação dos preços”. Para Carvalhosa, a posição dominante pressuporia um “pré-estado de poderio econômico” sendo “fruto direto e imediato da imperfeição estrutural do mercado”.³³

53. Segundo a cartilha da **ANP**:

A delimitação de um mercado relevante para a análise antitruste segue usualmente os princípios estabelecidos pelos Horizontal Merger Guidelines do D.o.J. e da F.T.C.6 (1992) dos EUA., no Brasil adotados pelo Guia para Atos de Concentração Econômica da SEAE e da SDE, consubstanciados no chamado “teste do monopolista hipotético”.³⁴

Em síntese, o mercado relevante é definido como aquele espaço de produtos e geográfico no qual o exercício de poder de mercado por parte de uma empresa seja possível, segundo parâmetros normativos do que se entende por um aumento pequeno, mas significativo e persistente do preço³⁵, por meio de ações coordenadas ou unilaterais. O escopo do mercado relevante é, assim, definido para cada situação objeto de análise antitruste, em termos de

³² REALE, Miguel. **Questões de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 144-145.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 8.

³³ BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 112-113.

³⁴ O teste do monopolista hipotético consiste em buscar identificar a combinação de menor grupo de produtos e menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento no preço.

³⁵ O guia SEAE/SDE assume como referência aumentos de 5%, 10% ou 15%, por período não inferior a um ano.

produtos e áreas geográficas³⁶, como o menor dentre aqueles mercados cujas demanda e oferta apresentem o grau de substituíbilidade necessário e suficiente para que o poder de mercado possa vir a ser exercido em nível considerado abusivo – ou seja, expressivo poder de mercado - pelos critérios normativos vigentes. [...]

O poder de mercado, de modo geral, está relacionado não apenas à concentração industrial em determinado mercado, mas sim à capacidade de uma empresa ou grupo de empresas restringir a produção e aumentar preços de modo a obter lucros acima do normal sem que outros competidores sejam atraídos para o mercado em questão. Ele é normalmente definido como a capacidade de fixar preços significativa e persistentemente acima do nível competitivo³⁷ (pode-se inferir que uma empresa detém poder de mercado quando ela possui a capacidade de restringir a produção e aumentar preços de modo a, não atraindo novos competidores, obter lucros acima do normal).³⁸

54. No plano concorrencial, esse poder, como bem anotou GOMES³⁹, exprime-se como um verdadeiro poder normativo, concorrendo e até superando o poder legislativo do Estado. **Foi o que ocorreu no caso em testilha, posto que independentemente das oscilações do preço de mercado, os postos da REDE BONATTO possuem condições mercadológicas incomparáveis em virtude dos benefícios de preço ilegalmente concedidos pela Primeira Ré.**

55. Não se pode dizer que teriam os demais postos de bandeira SHELL condições de procurar outros fornecedores em virtude dos contratos de exclusividade firmado entre estes e a Requerida.

56. Acerca da exclusividade dos contratos, vejamos a lição de SAYEG:

A cláusula de exclusividade corresponde ao pato negocial constitutivo da obrigação do revendedor de combustíveis automotivos de adquiri-los da empresa distribuidora a que esteja vinculado, pelo preço do dia praticado por esta, com a simultânea proibição de adquirir de outro distribuidor concorrente, formalizada através de contrato mercantil de fornecimento, por meio de, como de praxe se verifica no mercado brasileiro, contrato de compra e venda mercantil, contrato de promessa de compra e venda, contrato de cessão de uso da marca e outras avenças, contrato de locação ou sublocação de posto de serviços, contrato de comissão mercantil, etc.

Pela cláusula de exclusividade, o revendedor passa a ostentar as marcas e signos distintivos da respectiva empresa distribuidora,⁴⁰ ficando impedido de adquirir, e, conseqüentemente, revender combustíveis automotivos de outras empresas concorrentes, sob pena, como se vê

³⁶ As dimensões produto e geográfica podem ser definidas da seguinte maneira:

(i) Dimensão do produto: compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor, devido às suas características, preço e utilização.

(ii) Dimensão geográfica: compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços.

³⁷ Esta é a definição utilizada, por ser mais simples e de fácil aplicação, mas o poder de mercado não se expressa apenas em preços. Apesar disso, é comum a adoção da hipótese simplificadora de que a empresa capaz de elevar preços significativa e persistentemente poderia exercer seu poder de mercado por qualquer outro meio disponível.

³⁸ Disponível em:

<http://www.anp.gov.br/wwwanp/images/Preços/Principais_Praticas_Anticompetitivas_nos_segmentos_de_Distribuição_e_Revenda_de_Combustíveis_Automotivos.pdf>.

³⁹ GOMES, Orlando. **O poder legislativo da empresa**, in **Novos Temas de Direito Civil**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1983.

⁴⁰ Cf. Severiano Alves de Souza, **Evolução da Atividade Econômica do Comércio Varejista de Combustíveis no Direito Brasileiro**, p. 498, *in verbis*: "...a finalidade dos contratos das distribuidoras com os revendedores é prender o revendedor, durante o prazo da vigência contratual, até mesmo sob a ameaça de pesas multas, evitando assim que ele possa mudar de bandeira. A livre iniciativa que é uma garantia constitucional, é sempre molestada quando o revendedor, de boa-fé, aceita relação contratual e quando por ela é prejudicado, tenta se afastar.".

da observação geral do mercado, de pesadas multas contratuais ou de desocupação do imóvel no qual explora o posto de serviços, sem direito de indenização ou qualquer outra reclamação pelo fundo de comércio.⁴¹

57. **SILVA**⁴² leciona que a Constituição estatui que “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”, e a repressão aos abusos do poder econômico é prevista no **§ 4º do artigo 173 da Constituição Federal** que dispõe:

“§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

58. Diante do exposto, percebe-se imperiosa necessidade de se impedir a continuidade dessa política de preços praticada pela Ré e que prejudica a sociedade e a livre concorrência, o que desde já se pede.

59. Excelência, as vantagens comerciais decorrentes dos atos ilegais perpetrados pela Ré ofenderam o disposto no **parágrafo único do art. 170, III, IV, V, VII, VIII e IX da Constituição Federal**, que assim está redigido:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

60. Comentando o parágrafo único do **art. 170 da Carta Magna**, temos **BASTOS**:

É evidente, no entanto, que ela quis enunciar que também à lei é dado criar restrições, visto que a tanto equivale a dizer que depende de autorização. Mas aqui não de ser respeitados os limites impostos pela Constituição ao Estado no campo econômico (arts. 173 e 174). Não é lícito à lei fazer depender de autorização de órgãos públicos atividades não sujeitas à exploração pelo Estado nem uma especial regulação por parte do poder de polícia. É aceitável, pois, que dependam de autorização certas atividades sobre as quais o Estado tenha necessidade de exercer uma tutela, quanto ao seu desempenho no atinente à segurança, à salubridade pública etc. Traduzir-se-á em inconstitucionalidade se a lei extravasasse estes limites e passar, ao seu talante, a fazer depender de autorização legislativa as mais diversas atividades econômicas. Isto equivaleria sem dúvida a uma manifesta negação do princípio da livre iniciativa inserido na cabeça desse artigo.⁴³

⁴¹ SAYEG, Ricardo Hasson. **Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis**. São Paulo: Edipro, 2002, p. 121-122.

⁴² SILVA, José Antonio. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Editora RT, São Paulo, 1990, página 666.

⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, 7º Volume, Editora Saraiva, São Paulo, 1990, p. 39.

61. A teor dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que a Constituição Federal previu a observância de inúmeros princípios fundamentais para as atividades econômicas no país, de modo a garantir ao cidadão o seu direito de exercer qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão público.

62. A Constituição Federal do Brasil estabelece, em seu **art. 170**, os princípios gerais da atividade econômica, entre eles o da livre concorrência, acrescentando, ainda, em seu **art. 173**, que a legislação infraconstitucional reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, devendo haver cobro nos atos perpetrados pelos Requeridos.

63. Excelência, devem ser aplicados ao caso concreto os ditames da Lei dos Crimes Contra a Economia Popular (Lei 1.521/1951) e da Lei da Concorrência.

64. Sobre a aplicação da Lei dos Crimes Contra a Economia Popular (Lei 1.521/1951) em questões envolvendo a revenda de combustíveis, temos a lição de **SAYEG**:

Evidentemente que, pela Lei nº 1.521/1951, jamais se pretendeu um comando de restrição à livre iniciativa, mas sim, estabelecer tutela específica para coibir os graves excessos mercantis decorrentes desta, constatados no mercado de massa, especialmente quanto às operações que envolvam o abastecimento de bens de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, consoante se vê no parágrafo único de seu art. 2º.⁴⁴ [...]

Ainda que o crime seja doloso, para efeitos civis, preenchido o tipo objetivamente pela conduta na qual incorreu o agente, não cabe o erro sobre a ilicitude do fato, vez que o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil⁴⁵ afasta deste âmbito civil o erro de proibição.⁴⁶ [...]

Como expusemos no capítulo próprio, o sistema nacional de abastecimento de combustíveis automotivos é de reconhecida utilidade pública, uma vez que tem como fim precípuo garantir à população e aos meios produtivos, o respectivo fornecimento, configurando serviço público impróprio. [...]

O combustível automotivo, por sua utilidade pública e função social, é indispensável ao exercício normal das atividades da população em geral e meios produtivos.

Logo, o sistema nacional de abastecimento de combustíveis automotivos, em razão do objeto da tutela, está enquadrado expressamente na Lei dos Crimes contra a Economia Popular, a fim de expurgar, do tráfico mercantil normal da cadeia econômica a que corresponde os excessos praticados em nome da livre iniciativa, na forma dos tipos penais que elenca em seus artigos 2º, 3º e 4º.⁴⁷

65. E mais adiante, **SAYEG** leciona acerca da aplicação da Lei Antitruste:

Não é por acaso que o art. 219, da Constituição Federal, dispõe que “*o mercado interno integra o patrimônio nacional*”, pois este corresponde a um dos mais preciosos bens de

⁴⁴ Cf. Lei nº 1.521/1951: “Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.”

⁴⁵ Cf. Lei de Introdução ao Código Civil: “Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a Lei, alegando que não a conhece.”

⁴⁶ Cf. Roberto Senise Lisboa, **Manual Elementar de Direito Civil**, p. 54, *in verbis*: “Segundo o princípio da inescusabilidade, não se permite a qualquer pessoa a alegação de desconhecimento do conteúdo da lei, para justificar o seu descumprimento.”

⁴⁷ SAYEG, Ricardo Hasson. **Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis**. São Paulo: Edipro, 2002, p. 190-192.

qualquer nação do mundo,⁴⁸ uma vez que é o centro de geração das eficiências produtivas, em prol da satisfação das necessidades de consumo da população e do desenvolvimento econômico indispensável à vida dos povos.

Esta é a razão pela qual a ordem econômica está constitucionalizada em vários países do mundo, inclusive no Brasil, sendo tratada pelos arts. 170, e seguintes da Carta Política de 1988, e, além disso e com destaque, independentemente deste tratamento especial, prevista também nos fundamentos pétreos de nosso país e nos direitos e garantias fundamentais de nosso povo.

Neste diapasão, conforme o art. 1º da Carta Política, constituem fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, na forma de seu inciso IV, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, cujos objetivos, fixados pelo art. 3º, elencam-se no respectivo inciso I, constituir uma sociedade livre, porém justa e solidária; no inciso II, garantir o desenvolvimento nacional; e, no inciso III, erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que pelo entendimento comum é exequível via mercado interno. [...]

Nossa legislação, na forma da previsão constitucional, defende o mercado diretamente pela repressão aos atos de conduta monopolística, não apenas indiretamente via preservação da concorrência, mediante o controle dos atos de concentração, até porque o constituinte foi claro quando determinou a coibição da dominação de mercado em separado da eliminação da ocorrência e, ainda, destacando o aumento arbitrário dos lucros, demonstrando que a defesa da competição é apenas um dos focos da proteção.

Via de consequência, à luz da Lei nº 8.884/1994, a repressão aos atos de conduta ilícita à ordem econômica compreende não somente as disputas entre concorrentes, mas também as ações empresariais empreendidas na cadeia econômica no sentido da produção ao consumidor final, sempre que implicarem impacto monopolista no mercado.

O art. 1º da Lei nº 8.884/1994, que fixa sua finalidade, expressamente prevê que aquela norma dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações de ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico.

A Lei nº 8.884/1994, portanto, cuida dos impactos nefastos ao mercado, decorrentes de ações empresariais, seja no plano horizontal, seja no plano vertical.⁴⁹

66. OLIVEIRA e RODAS explicam acerca da malignidade dos delitos contra a ordem econômica:

12.3 Malignidade dos delitos contra a ordem econômica

No início do século passado, ao mesmo tempo em que, por força da livre iniciativa as atividades econômicas se multiplicavam, previu-se o aumento dos delitos perpetrados por meio de fraude, mormente na modalidade habilidade técnica, que demandavam cuidados especiais quanto à prova⁵⁰. O vaticínio concretizou-se com o advento de forma evoluída de delinquência, que se materializava, dissimulada e sutilmente, sob diversas feições, ferindo, direta ou indiretamente, a ordem econômica, bem supra-individual ou social, diferentemente da criminalidade clássica, que atingia bens jurídicos individuais.

Extensa pesquisa estatística, realizada sob os auspícios da ONU, confirmou, que já nos anos sessenta do século XX, incrementava-se incessante delinquência em três setores, dentre os quais na criminalidade financeira e econômica. Certamente, a disseminação contínua em nível universal, face às facilidades propiciadas nestes tempos de globalização. O epíteto de “delinquência invisível” dado aos crimes contra a ordem econômica é apropriado, pois a pequena parte deles que chega ao conhecimento das autoridades, enfrenta grandes dificuldades de investigação e prova. Os poucos casos punidos nesse

⁴⁸ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., **Regulamentação da Ordem Econômica**, publicado na RT – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, do Instituto brasileiro de Direito Constitucional, p. 98.

⁴⁹ SAYEG, Ricardo Hasson. **Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis**. São Paulo: Edipro, 2002, p. 198-200.

⁵⁰ GALLINO, op. Cit., p. 13-15.

domínio confirmam a alta probabilidade de impunidade, o que facilita grandemente a sua proliferação. Para Bajo Fernandez⁵¹, a criminalidade econômica possui dois efeitos. O efeito ressaca, pois em um ambiente de forte concorrência, o primeiro a cometer crime, força outros a fazer o mesmo. E o efeito espiral, pois cada novo delinquente é causa de nova ressaca.

Se comparados com os crimes tradicionais contra o patrimônio, percebe-se que os delitos econômicos causam danos infinitamente superiores à economia, enfraquecendo, ademais, o próprio Estado. Lembra Callegari (2001, p. 10)⁵², que além dos danos financeiros eles causam “danos imateriais” como a “perda de confiança no tráfico mercantil, a deformação do equilíbrio de mercado e eliminação da concorrência. Dias e Andrade (1998, p. 64) resumiram bem a danosidade social do crime econômico: “Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada”^{53, 54}.

67. Dessa forma, impôs-se o ingresso da presente ação para pôr cobro na conduta comercialmente delitativa e anticoncorrencial dos Réus.

II.E – DOS PREJUÍZOS DIRETOS E CONEXOS E DO PEDIDO PRINCIPAL

68. Em razão do ora narrado, a Autora teve prejuízos consideráveis em seu faturamento por não receber de parte da **RAÍZEN** as mesmas condições competitivas concedidas à **BONATTO** (preços discriminatórios), que por sua vez logra oferecer preços mais baixos ao consumidor final (preços predatórios).

69. Excelência, a extensão dos prejuízos decorrentes dos atos ilícitos das Requeridas poderá ser apurada em liquidação e execução de sentença como sói ser permitido em ações deste jaez:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO – AÇÃO POPULAR AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE REVELIA – RECONHECIMENTO – POSSIBILIDADE – CITAÇÃO VALIDAMENTE REALIZADA – RECURSO IMPROVIDO – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS À ADMINISTRAÇÃO – LICITAÇÃO – DISPENSA – DESÍDIA DO ADMINISTRADOR – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA À IMPESSOALIDADE E AMPLA CONCORRÊNCIA – EXECUÇÃO CONTRATUAL – VÍCIOS ANULAÇÃO DOS CONTRATOS – CORREÇÃO – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – PEDIDO ILÍQUIDO – CONDENAÇÃO EM PATAMAR CERTO IMPOSSIBILIDADE CONCRETA – Liquidação por artigos estabelecimento de critérios objetivos para obtenção do quantum e do ônus da prova acerca dos fatos a ser elucidados no incidente - Necessidade - Recurso conhecido e parcialmente provido. 1- Correto o reconhecimento da revelia do réu quando sua citação se deu na pessoa de seu representante legal e este, após o decurso in albis do prazo para responder à demanda, veio a falecer, não se

⁵¹ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *La Delincuencia económica: un enfoque criminológico y político criminal*. In: Anuário de Derecho Penal Y Ciencias Penales. Tomo XLV, Fascículo I, enero-abril, Madrid: Ministério de Justicia, MCMXCII, p. 590.

⁵² CALLEGARI, André Luiz. **Importância e efeito da delinquência econômica**. Boletim IBCrim., Ano 8, n. 101, p. 10, 2001.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Problemática...** op. cit., p. 64-65.

⁵⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: 2004. Renovar, p. 342-342.

justificando, nesta hipótese, o refazimento do ato, tendo em vista que já se encontrava, naquele momento, aperfeiçoado e produzindo seus regulares efeitos. 2- Agravo retido improvido. 3- Não se admite a dispensa licitatória, com base na urgência, quando tal situação tenha derivado da própria desídia administrativa, que, in casu, não previu a ocorrência de situações corriqueiras na municipalidade. Precedentes. 4- É nulo, por ofensa ao princípio da impessoalidade, pregão presencial em que a administração consultou, para fins de pesquisa de preços, somente uma pessoa jurídica do ramo, a qual, "coincidentalmente", veio a ser a única participante do certame, e a que foi declarada vencedora, praticando, inclusive, preço maior do que aquele anteriormente informado à municipalidade para fins de pesquisa. 5- A tais nulidades na contratação, somam-se desvios praticados na execução das avenças questionadas (EIS QUE NÃO COMPROVADO, PELA MUNICIPALIDADE, QUE TODO O VALOR DESPENDIDO A TÍTULO DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL FOI EFETIVAMENTE EMPREGADO NO ABASTECIMENTO DA FROTA MUNICIPAL PARA FINS DE FOMENTO À ATIVIDADE PÚBLICA), impondo-se, por consequência, a procedência da demanda popular, com a anulação daquelas. **6- É possível que o magistrado profira condenação ilícida, ainda que diante de pedido certo formulado pelo autor, e vice-versa, desde que os elementos de prova carreados aos autos permitam ou não inferir, de forma indene de dúvidas, o preciso montante devido. Precedentes. 7- Hipótese em que os elementos probatórios carreados aos autos não permitem estabelecer, de plano, a extensão da lesão praticada ao erário, impondo-se, por consequência, o acolhimento do pleito condenatório ilícido formulado pelo autor na exordial e a relegação do estabelecimento do *quantum debeatur* para a fase liquidatória de sentença, a ser realizada por artigos e de acordo com os seguintes parâmetros: estará condicionada à averiguação de toda a documentação examinada pela auditoria técnica do tribunal de contas estadual, notadamente visando a apurar o pagamento e o correspondente recebimento de combustível, sendo ônus dos requeridos (ORA APELADOS) apresentar as notas fiscais e cupons de controle, nos termos previstos nos arts. 62 e 63, § 2º, da lei 4.320/64, objetivando ensejar a eventual compensação ou abatimento nos valores pagos pelo município face ao combustível efetivamente fornecido, compreendendo, ainda, a apuração de eventual superfaturamento - Que resultará da diferença entre o valor do litro constante dos contratos questionados nestes autos e a média praticada, no mesmo período, pelos estabelecimentos localizados no município, bem como a distância média entre estes e a sede municipal, em contraposição com a da empresa recorrente (20 QUILOMETROS) - , sendo certo que a eventual inexistência de absoluta prova apurada em liquidação, haverá de resultar na integral manutenção da sentença recorrida, perpetrando-se o ressarcimento ao erário sobre a integralidade do valor contratado.** 8- Recurso de apelação cível conhecido e parcialmente provido. (TJES – Ap 0001799-65.2004.8.08.0026 – Rel. Des. Carlos Simões Fonseca – DJe 10.07.2013 – p. 98)

POLUIÇÃO DO AR – QUEIMA DE CASCA DE ARROZ – DANOS CAUSADOS À VIZINHANÇA – CONDENAÇÃO GENÉRICA – QUANTIFICAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – POSSIBILIDADE – “Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Queima de casca de arroz. Poluição do ar. Art. 535 do CPC. Não violação. Danos causados aos moradores das proximidades. Condenação genérica. Quantificação em liquidação de sentença. Possibilidade. Arts. 95 e 97 do CDC c/c o art. 21 da Lei nº 7.347/1985. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. As instâncias de origem reconheceram grave degradação ambiental decorrente da queima, por muitos anos, de casca de arroz. Afastada, no entanto, pelo Tribunal de Justiça a possibilidade de condenação genérica que fixe o *an debeatur*, mas deixe para a fase de liquidação a apuração do *quantum debeatur* a que tem direito cada uma das vítimas. 3. Na hipótese de ação civil pública relativa a interesses individuais homogêneos, com a finalidade de facilitar a proteção das vítimas e de agilizar a responsabilização do infrator, dispõe, expressamente, o Código de Defesa do Consumidor, na parte em que alterou a Lei da Ação Civil Pública: ‘Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados’ (art. 95). 4. A condenação genérica poderá, posteriormente, ser liquidada tanto pelos sujeitos intermediários como pelas próprias vítimas ou seus

sucessores (art. 97). 5. Reconhecida pelo juiz e Tribunal, in casu, a responsabilidade da ré por danos sofridos pelos moradores, a própria lei se encarrega de admitir que a quantificação em relação a cada um deles seja feita em liquidação e execução de sentença (arts. 95 e 97 do CDC, aplicáveis à ação civil pública ambiental por força do art. 21 da Lei nº 7.347/1995). Precedentes do STJ. 6. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.168.045 – (2009/0066919-8) – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 14.09.2011 – p. 132)

70. Dessa forma, deverá o montante da indenização devida à Autora ser apurado em liquidação de sentença na forma prevista **nos arts. 509 e seguintes do CPC**, para se perquirir o quanto a Autora deixou de faturar em razão das condições diferenciadas de competição que a conduta das Rés lhe impôs, seja em razão do preço discriminatório praticado pela **RAÍZEN**, seja pelo preço predatório praticado pela **BONATTO**.

71. Entretanto, além da condenação das Rés a arcarem com o pagamento dos prejuízos sofridos pela Requerente, prejuízos estes que deverão ser comprovados em liquidação de sentença, deverão as Rés também ser administrativamente condenados pelo CADE às penas previstas no **art. 37 a 39 da Lei 12.529/2011** que preveem multa de até R\$ 2 bilhões de reais, cisão da companhia, proibição de contratação com órgãos públicos, dentre outras penalidades, conforme segue:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Nota: Ver Resolução CADE nº 3, de 29.05.2012, DOU de 31.05.2012, que expede a Lista de Ramos de Atividades Empresariais para fins de aplicação deste artigo.

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

- III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
 - a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
 - b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
- VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

72. A Primeira Requerida já foi condenada pelo CADE em 2014⁵⁵:

NOTÍCIAS. Cade condena empresa e pessoas físicas por práticas anticompetitivas no mercado de revenda de combustíveis

Condenação. Multas aplicadas somam cerca de R\$ 26,5 milhões. por Assessoria de Comunicação Social **Publicado: 12/11/2014 16h00Última modificação: 18/04/2016 15h48**

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade condenou, na sessão de julgamento desta quarta-feira (12/11), a Raízen Combustíveis S/A (antiga Shell Brasil Ltda.) por abuso de poder de mercado na distribuição de combustíveis nas cidades de Marília e Bauru, no estado de São Paulo, entre os anos de 1999 e 2003. A distribuidora influenciou a adoção de conduta uniforme e fixou preços na revenda de combustíveis, impondo a padronização de sistemas contábeis, preços e margens de lucro a postos concorrentes. O Tribunal do Cade condenou também dois gerentes comerciais da empresa por participação nas condutas anticompetitivas.

O conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto-vista no processo (PA nº 08012.011042/2005-61), destacou que as instruções contidas em e-mails enviados pelos dois gerentes comerciais da empresa, à época dos fatos, mostraram que a Shell restringia a atuação dos varejistas na revenda de combustíveis.

De acordo com o conselheiro, o exercício abusivo de poder de mercado da Shell se realizava a partir de um constante monitoramento do mercado, que permitia à empresa certificar-se de que as condições impostas estavam sendo cumpridas. Caso os revendedores optassem por adotar preços, em condições de concorrência, a distribuidora ameaçava os varejistas com notificações de despejo.

“Os postos varejistas eram compelidos a aplicar, na revenda de combustíveis, a estratégia pensada pela distribuidora”, afirmou Oliveira Júnior.

Pelas práticas anticompetitivas, a Raízen Combustíveis S/A (antiga Shell Brasil Ltda.) foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 26,4 milhões. Já as pessoas físicas envolvidas no caso deverão pagar multa no valor de aproximadamente R\$ 32 mil, cada uma.

73. Ressalte-se que a Revista VEJA em 20/05/2018 publicou a seguinte nota:

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-empresa-e-pessoas-fisicas-por-praticas-anticompetitivas-no-mercado-de-revenda-de-combustiveis>>.

A ANP tenta encontrar solução para um baita problema que envolve a Raízen (Shell). Em 2016, o Cade condenou a empresa por abuso de poder econômico, cuja pena é a revogação da autorização de funcionamento. A agência nada fez e agora o MP está em cima.⁵⁶

74. Assim, impõe-se a condenação das Rés e a notificação do CADE em razão de sua recalitrância.

II.F – DA EXIBIÇÃO DOS DOCUMENTOS

75. Excelência, de forma a se garantir a produção de prova mais robusta possível e considerando as peculiaridades do caso, e em respeito ao Princípio da Celeridade, impõe-se a aplicação do art. 396 do CPC⁵⁷, que estabelece a possibilidade de exibição judicial de documento.

76. Ressalta-se, no caso concreto, a dificuldade probatória existente, razão pela qual deve ser deferida a inversão do ônus da prova. **FORGIONI**, explica o disfarce da prática de preços predatórios:

IX.10. Disfarce da prática de preços predatórios

A venda casa pode encobrir preços predatórios, com a utilização, inclusive, de subsídio cruzado; ao efetuar a venda conjunta, dificulta-se a comprovação de preços abaixo do custo ou mesmo a sua comparação com aqueles de mercado.⁵⁸ Ademais, a empresa dominante em um setor pode decidir praticar o preço predatório naquele do produto vinculado, *aplicando o lucro monopolista para subsidiar o preço do produto subordinado que enfrenta concorrência*.⁵⁹

77. É de se observar também que a exibição dos aludidos documentos nenhum prejuízo trará aos Réus, consoante magistério de **ARAGÃO**⁶⁰, citando **CALAMANDREI**:

Calamandrei opôs-se à tese de a exibição constituir ônus para a parte, pois, a seu ver, ‘o dilema, nesse caso, não está em cumprir uma atividade prejudicial ou antes uma inércia igualmente prejudicial’. Sua observação assenta no pressuposto de a parte negar-se a exibir porque o documento (ou a coisa) certamente faria prova em seu desfavor, razão porque de dois males escolheria o menor. No entanto, forçoso convir que nem sempre a recusa de exibir acarretará essa conseqüência, pois o juiz apreciará livremente a prova e também livremente julgará a causa, uma vez que a presunção derivada da recusa de exibir não é absoluta.

78. Por outro lado, é obrigação legal da parte demandada exibir os documentos requisitados na forma do art. 399, I, do CPC.⁶¹

⁵⁶ Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/radar/anp-descumpre-pena-do-cade-que-envolve-a-raizen/>>.

⁵⁷ “Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre e seu poder.

⁵⁸ Cf. Thomas E. Sullivan e Jeffrey L. Harrison. *Understanding antitrust and its economic implications*, p. 85.

⁵⁹ FORGIONI, Paula A. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255

⁶⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Exegese do Código de Processo Civil**, vol. IV, Tomo I - Rio de Janeiro: Aide, p. 187.

⁶¹ “Art. 399. O Juiz não admitirá a recusa se:

I – O requerido tiver obrigação legal de exibir;”

79. Sobre a possibilidade de cominação da pena de multa em caso de recusa, vejamos novamente a lição de **SANTOS**:

Ao pedido junta-se a cominação de uma *pena*, aplicável no caso de o réu não obedecer o preceito. A *cominação* da pena é da essência do processo cominatório, donde a sua denominação. Está nela a sua grande utilidade, ao mesmo tempo servindo de meio coercitivo indireto, para o adimplemento específico da obrigação, e de objeto de execução, quando esta não seja cumprida.⁶²

80. Nesse sentido:

Como a multa visa à realização de determinado comportamento ou abstenção e, por definição, ela representa uma forma de exercer pressão psicológica no obrigado para que realize a obrigação a que está sujeito, é correto o entendimento que ela possa superar o valor do contrário ou de eventual cláusula penal para que seja eficaz no atingimento dessa sua finalidade. A multa deve ser fixada de tal maneira que leve o executado a entender que a melhor solução para ele, pelo menos do ponto de vista econômico, é o acatamento da determinação judicial (SCARPINELLA BUENO, 2013, p. 403-4).”

81. E ainda:

Das medidas necessárias autorizadas pelo Código de Processo Civil como meios de induzir o obrigado ao adimplemento das obrigações específicas, tem bastante realce as multas coercitivas, que são a versão brasileira das astreintes concebidas pelos tribunais franceses com a mesma finalidade. Elas atuam no sistema mediante o agravamento da situação do obrigado renitente, onerando-o mais e mais a cada hora que passa, ou a cada dia, mês ou ano, ou a cada ato indevido que ele venha a repetir, ou mesmo quando com um só ato ele descumprir irremediavelmente o comando judicial – sempre com o objetivo de criar em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo (DINAMARCO, 2009, p. 535).”

82. O Superior Tribunal de Justiça admite a imediata imposição da multa cominatória, ainda que se trate de decisão interlocutória (provisória):

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 50.816 - RJ (2011/0139139-6)
RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN AGRAVANTE: AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A ADVOGADO: EDUARDO BORGES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO: MARIA DE LOURDES DA CONCEICAO ADVOGADO: CARLOS CLAUDIONOR BARROZO E OUTRO(S)
EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. FIXAÇÃO EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 07 de agosto de 2012(data do julgamento). MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator

⁶² SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações Cominatórias no Direito Brasileiro**. Max Limonad. São Paulo: 1973, Tomo II, p. 781.

83. Dessa forma, a Autora requer que Vossa Excelência determine aos Requeridos que efetuem no prazo de 15 (quinze) dias a exibição de todos os documentos solicitados (notas fiscais de vendas de combustíveis aos postos que utilizam a bandeira SHELL nos últimos 36 [trinta e seis] meses, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)), além de responder pelo crime de desobediência previsto no **art. 330 do Código Penal Brasileiro**, sem prejuízo de outras medidas previstas no **art. 139, IV do CPC**⁶³.

84. Neste sentido, a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS. EXIBIÇÃO DE NOTAS FISCAIS DA CONCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. PROVA IMPRESCINDÍVEL. A juntada das notas fiscais de venda de outros postos de combustíveis, que se valiam... Ver íntegra da ementa da bandeira da agravante, mostra-se imprescindível ao deslinde da controvérsia a fim de averiguar eventual prática abusiva - concorrência desleal - realizada na época dos fatos. Outrossim, não há falar em quebra de sigilo ou de boa-fé, uma vez que as informações trazidas se limitarão aos preços comercializados naquela época, sem a juntada de livros contábeis. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70034763474, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 27/05/2010)

85. Nesse sentido, sugere-se, considerando a gravidade do fato, a manifesta obrigação legal da Ré de exibir, bem como capacidade econômica, a fixação de multa diária em patamar não inferior ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia, após o término dos quinze dias para apresentação de resposta.

II.G – DA JURISPRUDÊNCIA

86. O STJ possui o seguinte *leading case* sobre companhias de petróleo, dentre as quais a **Shell Brasil Ltda.** (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.077.065 - RS (2008/0164728-8):

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.077.065 - RS (2008/0164728-8) RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS AGRAVANTE: PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A ADVOGADO : LUIZ RODRIGUES WAMBIER E OUTRO(S) AGRAVANTE: SHELL BRASIL LTDA ADVOGADA: RENATA BARBOSA FONTES DA FRANCA E OUTRO(S) AGRAVANTE: DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PETRÓLEO IPIRANGA S/A ADVOGADO: GERMANA SANTA CRUZ HARDMAN E OUTRO(S) AGRAVANTE: CHEVRON BRASIL LTDA ADVOGADO: HUGO DAMASCENO TELES E OUTRO(S) AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL INTERES.: UNIÃO INTERES.: ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA ADVOGADO: MÁRIO SATURNINO KRUSE E OUTRO(S) INTERES.: LATINA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA ADVOGADO: ANTÔNIO JOSÉ DIDONET E OUTRO(S) INTERES.: DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PETRÓLEO CHARRUA LTDA INTERES.: TEXACO BRASIL LTDA ADVOGADO : MELISSA ACHCAR CAPRIGLIONE E OUTRO(S) INTERES.: AGIP BRASIL S/A ADVOGADO : JOSÉ VICENTE FILIPPON SIECZKOWSKI E OUTRO(S)

⁶³ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

EMENTA PROCESSUAL CIVIL – MATÉRIA QUE ENVOLVE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL – NÃO-INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SÚMULA 126/STJ – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO – DANOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. É inadmissível recurso especial quando o acórdão recorrido assenta-se em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário. (Súmula 126-STJ). Por esse motivo, impossível o conhecimento dos recursos especiais da Shell Brasil LTDA., Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga S/A e da Chevron Brasil Ltda. 2. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos. 3. **In casu, a ação civil pública, com o objetivo de impedir a venda de combustíveis com preços discriminatórios, visa à proteção não só dos consumidores, mas também dos pilares da livre concorrência**, motivo pelo qual, é forçoso reconhecer a legitimidade do Ministério Público Federal. Agravos regimentais improvidos. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 25 de agosto de 2009(Data do Julgamento) MINISTRO HUMBERTO MARTINS Relator

87. Por sua pertinência ao caso, pede vênias para transcrever trechos do voto do relator **Ministro Humberto Martins**:

A lei de regência, todavia, somente tutela os "direitos individuais homogêneos", por meio da ação coletiva, de iniciativa do Ministério Público, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.

Pois bem, no presente caso, especulações a respeito do não-repasse, ao destinatário final, dos benefícios, porventura obtidos com o êxito da ação civil pública, não retiram a finalidade de proteção dos direitos dos consumidores.

Não se pode, de uma simples indução especulativa, concluir que a ação civil pública, neste caso, estaria sendo ofertada em defesa de interesses comerciais, apenas porque há a possibilidade de que não haja efetiva redução do preço final do combustível.

Até porque é impossível prever, *a priori*, qual o impacto que eventual provimento da ação acarretaria no preço do combustível que chegaria aos consumidores.

Isto acontece porque o valor de um bem sofre a influência das leis de mercado, sendo a livre concorrência um dos determinantes destas regras. Assim, diante de tantas condicionantes, a imprevisibilidade do valor de um produto é uma constante.

Além disso, ainda que se pudesse prever qual o resultado prático obtido com esta ação civil pública, tal exame acarretaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado a este Tribunal em face do enunciado da Súmula 7/STJ.

88. O TJMG, em caso análogo (processo nº 0208255-71.2003.8.13.0016), condenou a **Chocolates Garoto S/A** a indenizar seu representante comercial em razão da prática de preços discriminatórios:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – LEI N.º 4.886/65 – AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE NA ÁREA DA CONCESSÃO – CLÁUSULA “DEL CREDERE” – INEXISTÊNCIA – QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA – PRÁTICA DE CONDUTAS ABUSIVAS POR PARTE DA RÉ – CONCORRÊNCIA DESLEAL – PRINCÍPIO DA NÃO ADSTRICÇÃO AO LAUDO – AUSÊNCIA DE PROVAS APTAS A AFASTAR AS CONCLUSÕES DO EXPERT – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não existindo exclusividade na área da concessão, em relação a redes de supermercados e atacadistas, a requerente não faz jus a qualquer comissão sobre os valores obtidos com

vendas realizadas diretamente pela requerida com os referidos estabelecimentos. Cumpre consignar que a autora não cuidou de comprovar a realização de vendas diretas pela representada para estabelecimentos do segmento varejista, junto aos quais possuía exclusividade.

Não restou demonstrado que a apelante respondia diretamente pela solvabilidade dos compradores. Ao revés, a prova pericial destacou apenas que o pagamento das comissões estava condicionado ao adimplemento dos negócios realizados pelo representante.

Tendo como objeto o agenciamento de negócios em nome de outrem, o contrato de representação comercial encontra sustentáculo na confiança entre as partes e, sobretudo, no princípio da boa-fé objetiva, que deve reger as relações contratuais, antes, durante e depois da sua execução.

A prova técnica produzida nos autos foi clara em consignar que existia uma disparidade significativa entre os preços dos produtos da requerida que eram vendidos para a requerente e para os atacadistas. Releva notar que a i. expert foi enfática em afirmar que os atacadistas competiam diretamente no segmento varejista e que revendiam produtos por preços inferiores àqueles repassados à autora.

A requerida, assim, ao repassar seus produtos para os estabelecimentos varejistas por preço significativamente inferiores àqueles que vendia para a requerente, sua representante na região, agiu de forma abusiva, afrontando o princípio da boa-fé objetiva, dando causa, via de consequência, à rescisão do contrato.

Ora, tendo a ré ciência de que os estabelecimentos atacadistas concorriam diretamente no segmento de varejo, ao praticar uma política de preços discriminatória, beneficiando-os em detrimento da autora, sua representante comercial, acabou por impedir a realização plena da finalidade contratual.

Apesar de o princípio da não adstrição ao laudo pericial estar consagrado em nosso ordenamento jurídico, nos termos dos arts. 436 e 437, do CPC, o julgador apenas poderá deixar de basear sua decisão nas conclusões do perito, caso as demais provas presentes nos autos indiquem, com segurança, que os fatos não ocorreram conforme descritos pelo experto. Tendo a requerente demonstrado que a denúncia do contrato se deu por culpa exclusiva da requerida, que, repita-se, de forma abusiva e contrária à boa-fé, tornou impossível a realização plena do fim contratual, deverá ela arcar com o ônus da rescisão prematura da avença. Agravos retidos não conhecidos; recurso parcialmente provido.

89. Colha-se trechos do voto do **Desembargador Eduardo Mariné da Cunha**:

É importante salientar que os atacadistas, ao fixarem o preço dos produtos da ré, incluem vários outros custos, além da margem de lucro necessária para a manutenção do seu negócio. Portanto, afigura-se-me clara a prática de concorrência desleal, uma vez que, mesmo com tais acréscimos, os mencionados estabelecimentos revendiam os produtos da ré por preços inferiores àqueles praticados pela autora, o que nos permite concluir que a política de preços praticada pela ré tornava insustentável a representação comercial.

Na hipótese dos autos, conforme restou demonstrado no laudo pericial, tenho que a requerida, ao repassar seus produtos para os estabelecimentos varejistas por preço significativamente inferiores àqueles que vendia para a requerente – sua representante na região – agiu de forma abusiva, afrontando o princípio da boa-fé objetiva, dando causa, via de consequência, à rescisão do contrato.

Ora, tendo a ré ciência de que os estabelecimentos atacadistas concorriam diretamente no segmento de varejo, ao praticar uma política de preços discriminatório, beneficiando-os em detrimento da autora, sua representante comercial, acabou por impedir a realização plena da finalidade contratual.

Ao firmar contrato de representação comercial com a requerente, que foi levada a investir grande quantia em equipamentos e estrutura para cumprir suas obrigações, caberia à requerida, pelo menos, lhe garantir meios de concorrer com os atacadistas e supermercadistas, com os quais mantinha vínculo direto.

Assim, tendo a requerente demonstrado que a denúncia do contrato se deu por culpa exclusiva da requerida, que, repita-se, de forma abusiva e contrária à boa-fé, tornou

impossível a realização plena do fim contratual, deverá ela arcar com o ônus da rescisão prematura da avença.

90. O STJ manteve integralmente o referido acórdão (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 302.287 - MG (2013/0048955-7):

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 302.287 - MG (2013/0048955-7)
RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO AGRAVANTE: CHOCOLATES GAROTO S/A ADVOGADOS: DANIEL KAUFMAN SCHAFFER E OUTRO(S) HALISSON ADRIANO COSTA E OUTRO(S) NEWTON COCA BASTOS MARZAGÃO E OUTRO(S) AGRAVADO: R.G.A. LOGÍSTICA LTDA ADVOGADOS: CARLOS HENRIQUE SALGE RECIFE ENRIQUE FONSECA REIS RODRIGO EUSTÁQUIO ALVES LEÃO E OUTRO(S) EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em violação dos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

2. **O Tribunal de origem consigna a existência de prática de concorrência desleal em decorrência da prática de preços discriminatórios.** Portanto, a reforma do aresto, nestes aspectos, demanda inegável necessidade de reexame do acervo fático-probatório soberanamente delineado perante as instâncias ordinárias, providência inviável de ser adotada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de junho de 2015(data do julgamento)

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator

91. Curioso, Excelência, que a conduta das Requeridas fere os **Princípios Empresariais Gerais 2, 3 e 8 da SHELL** (Controladora da Ré), da seguinte maneira:

- (i) **Princípio 2. Concorrência:** As companhias Shell apoiam o livre empreendimento. Procuramos concorrer, justa e eticamente, dentro da estrutura das leis de concorrências aplicáveis, sem impedir que outros concorram livremente conosco.
- (ii) **Princípio 3. Integridade nos negócios:** As companhias Shell insistem na honestidade, na integridade e na justiça em todos os aspectos de nossas atividades, e esperam o mesmo em nosso relacionamento com parceiros e fornecedores. [...]
- (iii) **Princípio 8. Respeito às leis.** Acatamos todas as leis e regulamentações aplicáveis dos países em que operamos.

92. Ademais, o Código de Conduta⁶⁴ da **RAÍZEN** prevê no item Competição o seguinte:

Competimos com honestidade e ética, de acordo com as leis aplicáveis aos nossos negócios. Defesa da Concorrência Vários países no mundo desenvolveram leis de defesa da concorrência com a finalidade de assegurar uma competição livre e leal. Essas leis

⁶⁴ Disponível em: <<https://www.RAÍZEN.com.br/sobre-RAÍZEN/espaco-compliance/codigo-de-conduta>>.

proíbem uma série de práticas que são consideradas como restritivas ao comércio ou à concorrência. As leis de defesa de concorrência se aplicam onde os efeitos econômicos de um acordo são produzidos, e não apenas onde o acordo é feito. Por isso é vital que todos os que trabalham para a Raízen participem de treinamentos antitruste, entendam o que significam essas leis e ajam de acordo com os preceitos por elas estabelecidos. As leis de defesa da concorrência se aplicam a todos os negócios e atividades nos países em que a empresa opera. As leis se aplicam não só para a Raízen, mas também aos funcionários e terceiros. Os funcionários e terceiros da Raízen devem estar cientes das leis de defesa da concorrência não só para evitar sua infração, mas também para evitar que se envolvam em atividades anticoncorrenciais.

93. Assim, estando demonstrada a concorrência desleal, bem como o fato das Rés não respeitarem os Códigos de Conduta, impõe-se o julgamento de procedência dos pedidos.

II.H – DO PERIGO DA DEMORA E DO *FUMUS BONI IURIS*

94. O § 2º do art. 300 do CPC⁶⁵ reza que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia, sendo perfeitamente possível em casos de concorrência desleal. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – NOME COMERCIAL – USO INDEVIDO – Propagandas veiculadas em jornal, rádio e televisão. Alegação de concorrência desleal. Liminar deferida, na origem. Efeito suspensivo denegado. Cabimento da cautelar manejada com o objetivo de assegurar o resultado prático do processo de conhecimento que visa o pleito indenizatório, nos termos da Lei nº 9.279/96. Requisitos cautelares configurados na espécie, a teor do art. 798 do CPC c/c o § 1º do art. 209 da Lei nº 9.279/96. Comprovação escorreita e concludente da utilização indevida do nome comercial da concorrência, em propaganda supermercadista visando à captação e o induzimento dos consumidores para a compra de menor preço no estabelecimento comercial recorrente. **Afronta ao princípio da livre concorrência** (art. 170, IV da CF/88). Recurso desprovido. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS – AI 70008573594 – 13ª C.Cív. – Relª Desª Angela Terezinha de Oliveira Brito – J. 07.10.2004)

95. A concessão dessa liminar se sujeita ao preenchimento de dois requisitos: (a) ser o fundamento da demanda relevante, e (b) haver justificado receio de ineficácia do provimento final, pois conforme já explicitado, em questões de concorrência basta o indício do dano potencial para se justificar a concessão da liminar.

96. O *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) está demonstrado pela análise dos inúmeros comandos legais indicados na exordial. O *periculum in mora* (perigo de dano ao resultado útil do processo) está demonstrado pela possibilidade de permanência de prática indevida de preços predatórios e discriminatórios, causando cada vez mais danos ao mercado.

97. Assim, os fatos narrados e a documentação carreada demonstram, de forma irrefutável, a presença do *fumus boni iuris*, pautada na aplicação dos comandos legais ora invocados.

⁶⁵ “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (...) § 2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.”

98. Nessa mesma seara, o *periculum in mora* também está presente e consiste nos prejuízos diários causados à Autora. A intenção é evitar mais prejuízos.

99. Nesse diapasão, impõe-se restabelecer o império da lei e da justiça de forma célere, pois como ensina **MEIRELLES**: “em que o tardio reconhecimento do direito do postulante enseja o seu total aniquilamento. Em tais hipóteses, a medida liminar se impõe como providência de política judiciária, deixada à prudente discricção do juiz”⁶⁶.

100. Assim, deve ser concedida a liminar para que: (a) seja determinado à Primeira Requerida que se abstenha de praticar preços discriminatórios; (b) apresente em Juízo a documentação solicitada.

III. – DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS

Diante de todo o exposto pede e requer a Autora:

- (i) A concessão da medida liminar, *inaudita altera pars*, para:
 - (a) Determinar a suspensão dos atos lesivos ora impugnados, determinando-se à Primeira Requerida que efetue a venda de combustíveis e derivados para a Autora nas mesmas condições de preço, prazo e qualidade que vende para os postos da **REDE BONATTO**, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), além de responder pelo crime de desobediência previsto no **art. 330 do Código Penal Brasileiro**;
 - (b) Determinar à Primeira Requerida que traga aos autos, no prazo de 15 (quinze) dias, o inteiro teor das notas fiscais de vendas de combustíveis aos postos que utilizam a bandeira **SHELL** em Campo Grande (MS) nos últimos 36 (trinta e seis) meses, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), além de responder pelo crime de desobediência previsto no **art. 330 do Código Penal Brasileiro**;
 - (c) Determinar à Primeira Requerida que se abstenha de tomar qualquer medida persecutória contra a Requerida, em virtude do ingresso da presente ação, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), além de responder pelo crime de desobediência previsto no **art. 330 do Código Penal Brasileiro**;
- (ii) A citação das Rés, por Carta Registrada, para que, querendo, contestem o presente pleito, no prazo legal de 5 dias, sob pena de confissão e revelia, e indiquem a provas que pretende produzir, conforme **art. 306 do Código de Processo Civil**;
- (iii) A intimação do *Parquet*, na forma do **§ 4º do art. 6º da Lei 4.717/1965**;
- (iv) O julgamento de procedência dos pedidos ofertados nesta ação, para se confirmar em definitivo a liminar concedida e:

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ação Popular**, 6ª edição, p. 44.

- (a) Decretar a ilegalidade os atos ora impugnados e condenar a Primeira Requerida a dar à Autora, enquanto durar seu vínculo contratual, as mesmas condições de preço, qualidade e prazo ofertados à Segunda Requerida;
- (b) Condenar solidariamente as Requeridas a ressarcir os prejuízos causados à Autora a serem apurados em liquidação de sentença na forma prevista nos **arts. 509 e seguintes do CPC**;
- (c) Condenar as Requeridas ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, a serem sabiamente arbitrados por Vossa Excelência;
- (v) Requer, ainda, os benefícios do **art. 212, §2º, do CPC**⁶⁷.

Com fundamento no **art. 369 do CPC**, protesta provar o alegado por todas as provas em Direito admitidas, sem exceção de qualquer, especificando-as desde já: (i) depoimento pessoal do representante legal das Ré s sob pena de confesso; (ii) prova testemunhal; (iii) juntada de novos documentos; (iv) prova pericial; (v) em razão das peculiaridades do caso, a quebra dos sigilos bancário, tributário, telemático, eletrônico e postal das Requeridas e de seu representantes legais.

Requer ainda:

- (i) Seja oficiado ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com endereço à SEPN, Entrepradra 515, Conjunto D, Lote 4, Edifício Carlos Taurisano, CEP 70770-504, em Brasília (DF), para apuração de eventual conduta anticoncorrencial das Requeridas, e que manifeste interesse em intervir nos presentes autos;
- (ii) Seja oficiado à ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, com endereço na cidade do Rio de Janeiro (RJ), à Av. Rio branco, 65, 22º andar, CEP 20090-004, para que sejam tomadas as medidas cabíveis e pertinentes à espécie⁶⁸;

⁶⁷ CPC. Art. 212. Os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas. (...) §2º Independentemente de autorização judicial, as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se no período de férias forenses, onde as houver, e nos feriados ou dias úteis fora do horário estabelecido neste artigo, observado no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

⁶⁸ PODER DE POLÍCIA – AUTO DE INFRAÇÃO – ANP – ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO ADULTERADO – VENDA – BOMBAS DE COMBUSTÍVEL – INTERDIÇÃO TOTAL – POSSIBILIDADE – “Administrativo. Mandado de segurança. ANP. Auto de infração. Venda de álcool etílico hidratado adulterado. Interdição total das bombas de combustível. Possibilidade. Remessa necessária e apelação providas. 1. O impetrante foi autuado e interditado totalmente pela impetração ANP – Agência Nacional do Petróleo –, após a realização de inspeção, em razão de ter sido constatado que estava vendendo álcool etílico hidratado adulterado, ou seja, fora dos padrões exigidos. 2. A atuação da ANP tem como escopo tanto proteger o consumidor, ao impedir que combustível adulterado seja comercializado, quanto evitar a concorrência desleal entre as empresas, prevenindo e desestimulando a prática de atos ilegais. Inteligência dos art. 8º, XV, da Lei nº 9.478/1997. 3. A ANP interditou todos os equipamentos medidores (bombas) do impetrante, e seus respectivos tanques armazenados, amparada pelo art. 5º, III, da Lei nº 9.847/1999, não se podendo afirmar que o ato ora impugnado encontra-se fora dos limites dos Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade e da Motivação. 4. Não importa o fato de não haver irregularidades nas outras bombas. Basta a identificação de qualquer irregularidade para a ANP adotar providências, que, no caso em análise, foi a interdição total do posto de combustível, sanção esta que está dentro dos padrões de atuação da agência, situando-se na esfera de discricionariedade da administração. 5. Remessa necessária e apelação providas.” (TRF 2ª R. – AMS 2007.51.01.031545-0 – (73815) – 5ª T.Esp. – Rel. Guilherme Diefenthaler – DJe 16.07.2013)

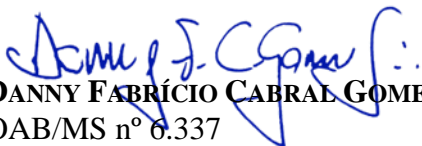
- (iii) Seja oficiado ao Ministério Público Federal para apuração de eventual ofensa à ordem econômica⁶⁹.


A Autora informa que **não tem** interesse na realização da audiência prévia de conciliação ou de mediação e requer a juntada dos inclusos documentos cujo inteiro teor é garantido pelos signatários na forma da Lei, e com suporte nos §§ 2º, 4º e 5º do art. 272 do NCPC, que da autuação e das intimações conste exclusivamente os nomes dos advogados **DANNY FABRÍCIO CABRAL GOMES** (OAB/MS 6.337) e **SORAYA THRONICKE** (OAB/MS 17.844), sob pena de nulidade⁷⁰.

Dá à causa, provisoriamente, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para fins meramente fiscais, por não ter condições, neste momento de perquirir o valor dos prejuízos que lhe foram causados pela Rés.

Nesses termos pede e espera deferimento.

Campo Grande (MS), 5 de junho de 2018.


DANNY FABRÍCIO CABRAL GOMES
OAB/MS nº 6.337
OAB/DF nº 40.070


SORAYA THRONICKE
OAB/MS nº 17.844
OAB/DF nº 53.230

Shell

⁶⁹ Cf. Denise Neves Abade. **Competência Federal nos crimes contra a livre concorrência**, *in verbis*:

“Só que tais práticas anticompetitivas previstas em especial nos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 possuem reflexo criminal, estando descritas na Lei n. 8.137/90. Assim, esses crimes ofendem *interesse e serviço federal*. É impossível negar a realidade: a União Federal tem legítimo e exclusivo interesse, a partir da Constituição E de acordo com os mandamentos da Lei n. 8.884/94, de combater as práticas concertadas e similares. Possui *bens e servidores* incumbidos, com exclusividade, dessa tarefa. E, finalmente, presta *serviço público* especializado na investigação (SDE, SEAE), julgamento e punição (CADE) de tais práticas. Ou seja, a situação acima descrita (interesse, bens e serviço federal) subsume-se com perfeição na hipótese normativa de competência do artigo 109, inciso IV da Constituição Federal.” **Lei Antitruste. 10 anos de combate ao abuso do poder econômico**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p.56.

⁷⁰ Segundo o Eg. STJ: “Havendo mais de um advogado constituído nos autos, inválida a intimação efetuada em nome de um deles, se o substabelecimento foi feito com reserva de poderes e constou pedido expresso para que a publicação fosse exclusivamente direcionada a um patrono específico, como vinha se procedendo”. (STJ - REsp 897.085/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 09/02/2009).