

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 97.00.21424-9/RS

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
ADVOGADO : JOSE DIOGO CYRILLO DA SILVA
RÉU : AGIPLIQUIGAS DO BRASIL S/A
ADVOGADO : JOSE VICENTE FILIPPON SIECZKOWSKI
AUTOR : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADOR : ADRIANA PEREIRA DE MENDONCA
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO MOURA JARDIM
: VITOR HUGO GOMES DA CUNHA
: MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL DO RGS
RÉU : SHV GAS BRASIL LTDA
ADVOGADO : NILTON MACIEL CARVALHO
RÉU : GAS BUTANO LTDA/
ADVOGADO : ALI MUSTAFA ATYEH
: ARLEI DIAS DOS SANTOS
: FERNANDO DAMIANI DE OLIVEIRA
: RUDI RUBIN MATTER
: LUIZ BASILIO FAGUNDES NEVES
: JOSE VICENTE FILIPPON SIECZKOWSKI
: PEDRO BAUMGARTEN CIRNE LIMA
: CARLOS KLEIN ZANINI
RÉU : COMPANHIA ULTRAGAS S/A
ADVOGADO : ANTONIO DE ALMEIDA MARTINS COSTA NETO
: JARBAS ANDRADE MACHIONI
RÉU : SPGAS DISTRIBUIDORA DE GAS LTDA
ADVOGADO : LUIZ BASILIO FAGUNDES NEVES
: RICARDO VALMOR MENDONCA BOETTCHER

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

O Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público Estadual (MPE) ajuizaram, em 2-10-1997, ação civil pública contra a UNIÃO e contra distribuidoras de gás atuantes na época em Porto Alegre e em Canoas, AGIPLIQUIGÁS, SUPERGASBRÁS, GÁS BUTANO, MINASGÁS, ULTRAGÁS e PAMPAGÁS (réus originários da ação, substituídos alguns ao

longo do processo), imputando aos réus a prática de atos lesivos ao direito dos consumidores, direito esse fundado na proteção constitucional e legal da livre concorrência. Afirmaram os autores: *"A presente ação civil pública tem por objetivo o desfazimento de verdadeiro cartel descoberto na distribuição do gás de cozinha nas cidades de Porto Alegre e Canoas - saliente-se, fato este conhecido pelos órgãos públicos federais responsáveis pela fiscalização deste segmento da economia - e a normalização do regime da livre iniciativa e livre concorrência que deve pautar toda a atividade econômica"* (fl. 3). Explicaram a forma de venda de gás de cozinha (gás liquefeito de petróleo, GLP) então vigente, dizendo serem seis as distribuidoras atuantes na região, com cerca de trinta postos de revenda. Afirmaram também: o gás é tabelado pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), na prática, entretanto, somente a venda no posto de revenda é tabelada; *"como o mercado está 'sob o comando' das distribuidoras, que por sua vez executam o mesmo serviço/industrialização (envazamento de gás GLP fornecido pela Petrobrás em recipientes padrões), decidiram elas, então, organizarem-se em atuação conjunta, coordenada, criando a denominada 'Área Operacional Metropolitana', estabelecendo, na prática, verdadeiro cartel de atuação, tudo com vistas a diminuir custos, implicando aumento de lucratividade, aqui entendida como arbitrária. Neste mister, comandam o mercado e chegam a fornecer tabelas aos postos de revenda, onde é indicado a estes qual a distribuidora que fornecerá gás àquela unidade em determinado dia do mês, o que é respeitado à risca pelos proprietários dos postos de revenda e vedado pela legislação vigente"* (fls. 4-5).

Apresentaram o resultado de inquérito civil público instaurado na Procuradoria da República no Rio Grande do Sul (procedimento nº 12/96), com transcrição de depoimentos de testemunhas, e juntada de documentos coletados no inquérito civil (planilhas, planos de atuação, correspondência trocada entre representantes das distribuidoras, denúncias enviadas ao DNC). Fundamentaram a ação nos artigos 170 e 173 da Constituição, e nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. Imputaram às distribuidoras condutas enumeradas como infração à ordem econômica. Expuseram as atribuições do DNC, e atos normativos relacionados aos fatos. Disseram ter ocorrido prejuízo financeiro aos consumidores, difusamente considerados, vez que o atentado à livre concorrência gerou preços excessivos, causando aos consumidores *"danos patrimoniais de difícil - para não dizer impossível - determinação, eis que ofendidos interesses da coletividade juridicamente protegidos"* (fl. 34); *"casos existem em que o resultado lesivo não é quantificável patrimonialmente de modo direto, em que o dano econômico - e como tal, patrimonial - não é suscetível de apuração simples, pelo que sua composição deve ser feita por arbitramento, tal qual ocorre com o dano moral"* (fl. 35). Pediram a fixação de indenização no valor correspondente a R\$ 0,10 para cada botijão de gás (P2 + P13 + P45) comercializado no período (anos de 1991 a 1997), apurados segundo dados do DNC, sendo condenado cada réu de acordo com sua participação no mercado. Pediram a destinação do valor ao fundo a que se refere o art. 13 da Lei 7.347/85 (fls. 2-44, com documentos, fls. 45-518).

A antecipação da tutela foi deferida (fls. 519-536).

União contestou (fls. 592-597). Confirmou ser da competência do DNC, na época, a regulação e a fiscalização do setor de combustíveis, no âmbito federal, quanto à segurança e à qualidade dos produtos de GLP, conforme Decreto 507/92. Disse que os preços máximos de GLP ao consumidor, nas distribuidoras e postos de revenda, são estabelecidos por ato governamental, e que o valor do frete de entrega domiciliar está liberado, *"podendo ser agregado ao preço do botijão específico"* (fl. 593). Disse ser mínima a interferência governamental nas relações entre as empresas distribuidoras e revendedoras de GLP. Afirmou que o Governo Federal não se omitiu, e que o DNC empenhou-se em fiscalizar o cumprimento da Portaria do Ministério das Minas e Energia nº 334/96. Argumentou que cabe ao CADE a prevenção e repressão de infrações à ordem econômica.

Pampagás contestou (fls. 623-633). Concordou parcialmente com os fatos afirmados pelos autores, admitindo a atuação concertada das distribuidoras de gás na região. Afirmou que, empresa nova no setor, *"foi convidada para fazer parte de um (assim foi-lhe apresentado) acordo de distribuição visando a agilizá-la e melhorar o serviço ao consumidor. Esse acordo revelou-se, com o tempo, maléfico à concorrência"* (fl. 625). Qualificou-se como vítima do sistema.

Ultragás contestou (fls. 680-687). Suscitou carência de ação, visto que suas atividades de venda de GLP, em Canoas e Porto Alegre, *"são absolutamente regulares"* (fl. 682). Alegou que os fatos afirmados na inicial não são verdadeiros.

Supergasbrás contestou (fls. 765-797, com documentos). Suscitou inépcia da petição inicial quanto à pretensão indenizatória, e carência de ação, porque inexistentes as situações fáticas relatadas pelos autores. Refutou as imputações.

Minasgás contestou (fls. 1886-1910). Suscitou, nessa ordem: carência de ação porque não havia ação concertada; inépcia da inicial quanto ao dano coletivo; carência de ação para o dano coletivo, por impossibilidade jurídica do pedido. Alegou que as condutas mencionadas pelo Ministério Público *"não podem ser traduzidas como infrações"* (fl. 1889).

Agpliquigás contestou (fls. 1925-2004). Suscitou inépcia da inicial, vez que ausente pedido de indenização em valor certo; impossibilidade jurídica do pedido reparatório, dada a inexistência de norma prevendo a indenização assim como pretendida; ilegitimidade ativa dos autores, por não haver direitos difusos tutelados; falta de interesse de agir, porque as práticas narradas não aconteceram. Argumentou que não existiu no ramo nenhum cartel, não existiu ajuste para exclusão ou limitação de mercados, ou zoneamentos, ou práticas limitadoras da concorrência entre as distribuidoras atuantes na capital e em Canoas.

Decisão no incidente de impugnação ao valor da causa (fls. 2397-2403).

O MPF manifestou-se, e requereu também a decretação da revelia da ré Gás Butano (fls. 2405-2407). Afastada a revelia, foi deferida instrução

probatória, com intimação do CADE para dizer sobre interesse no feito (fl. 2408).

Petrogás noticiou incorporação da Pampagás (fl. 2544).

Deferida assistência litisconsorcial do CADE (fl. 2575). CADE pediu o julgamento do feito (fl. 2585).

Determinada intimação para partes esclarecerem sobre produção de provas (fl. 2590). As partes manifestaram-se sobre a instrução.

Deferida prova testemunhal (fls. 2621 e 2628). Supergasbrás e Minasgás arrolaram testemunhas. Termo de audiência, fls. 2666-2669.

União requereu **exclusão** do polo passivo, com substituição pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) (fls. 2678-2686).

Carta precatória de oitiva de testemunhas, fls. 2768-2771.

Parecer do MPF (fls. 2779-2796).

Foi indeferida a substituição pretendida pela União (fl. 2882). A União agravou de instrumento (fl. 2904), recurso provido no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 2914-2926 e 3087-3103).

Petrogás informou sua nova denominação, **SPGás Distribuidora de Gás Ltda.**, trazendo documentos (fls. 2826-2903).

Determinada a citação da ANP, que **contestou** (fls. 2934-2949). Alegou que não se omitiu na fiscalização; que não é sua incumbência a regulação de preços do gás; fala de suas atribuições, e das atribuições do CADE.

Manifestação final do MPF (fls. 3047-3054).

Manifestação final do MPE (fls. 3059-3066).

SHV Gás do Brasil comunicou a extinção da ré Supergasbrás por incorporação, afirmando ser sua sucessora, comunicando também a alteração da razão social da Minasgás para SHV Gás do Brasil, trazendo documentos (fls. 3071-3076 e 3080-3085).

Relatei. Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Preliminares ao mérito

Carência de ação: ilegitimidade ativa dos autores

Agipliquigás suscitou ilegitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil a pretexto de não existirem os direitos difusos supostamente tutelados. A matéria relaciona-se com o mérito da causa. O objeto da ação é a tutela de direitos coletivos difusos. Dizer se tais direitos dos consumidores, da coletividade, foram ou não infringidos, exige o exame do mérito da pretensão.

Carência de ação: impossibilidade jurídica do pedido

Minasgás (figurando no polo passivo, atualmente, como SHV Gás do Brasil) e Agipliquigás disseram ser impossível o pedido condenatório de reparação pelo dano difuso coletivo, vez que inexistente lei sobre o ponto. O pedido não é vedado no ordenamento jurídico. E é inclusive cabível a concessão do pleito, por interpretação sistemática da legislação (cf. artigos 1º, II e V, 3º, e

13, da Lei 7.347/85, e artigos 81, parágrafo único, I, 83, e 95, entre outros, da Lei 8.078/90).

Carência de ação: falta de interesse processual

Ultragás, Supergasbrás (figurando no polo passivo, atualmente, SHV Gás do Brasil), Minasgás e Agipliquigás argumentaram que inexistente interesse de agir do Ministério Público, porque não aconteceram os fatos relatados pelos autores ("suas atividades são regulares"; ou "não houve ação concertada"; ou ainda "as práticas narradas não ocorreram"). O tema diz com o mérito da ação, e ultrapassa a etapa do interesse processual, indubitavelmente configurado.

Inépcia da petição inicial

O defeito da petição inicial arguido por Supergasbrás, por Minasgás, e por Agipliquigás refere-se à pretensão indenizatória postulada pelo Ministério Público para o dano coletivo, essencialmente porque ausente pedido de valor certo. A peça inicial não é inepta: admite-se, quando é imensurável o dano, e quando impossível identificar plenamente os atingidos pelo dano - e o dano patrimonial que se busca tutelar nesta ação civil pública é mesmo imensurável, porque não pode ser quantificado na sua dimensão exata, sendo indefinido e incerto quantitativamente ou financeiramente, e indefinidos e incertos os consumidores atingidos pela ação do suposto cartel -, a formulação de pedido condenatório aberto, em quantia a ser arbitrada pelo juiz, ponderadas as circunstâncias da situação concreta. É um caso clássico de interesses ou direitos difusos; são direitos difusos aqueles cujos titulares são indeterminados, unidos por uma situação de fato comum (cf. art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, CDC; assim também recente e importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, REsp 1120117 / AC, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 10/11/2009, DJe 19/11/2009). De todo modo, o Ministério Público Federal sugeriu razoável opção para a apuração da indenização.

Inclusão da ANP no polo passivo da demanda

A participação da ANP na causa, como ré na ação civil, é questão superada, resolvida em agravo de instrumento. Prejudicados, portanto, todos os argumentos lançados na contestação da autarquia, pretensamente a fim de contestar o mérito, porém de conteúdo voltado para o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, matéria que o juízo de primeira instância está impedido de rever.

Mérito

O decurso do tempo entre a propositura da ação civil pública e o julgamento da ação não retirou o interesse dos autores no andamento do processo, com o exame definitivo dos fatos afirmados na petição inicial. Especialmente, permanece vivo o interesse no pedido condenatório dirigido às empresas distribuidoras de gás de cozinha. A alteração do panorama normativo aplicável ao caso, superveniente ao ajuizamento da demanda, não é, igualmente,

prejudicial, fazendo-se necessária a adequação do pedido do Ministério Público à legislação atual, como corretamente salientou o *parquet* federal na manifestação de fls. 3047-3054.

Quanto ao direito coletivo que os autores buscaram proteger, a medida liminar deferida, cumprida, satisfaz o primeiro objetivo do Ministério Público: fazer cessar a atuação uniforme das distribuidoras de gás no mercado, reprimindo o abuso do poder econômico, que prejudicava os consumidores, compelindo-se a União a agir segundo o poder administrativo regulador do setor de combustíveis.

Sobre o tema da ação, é salutar uma rápida incursão a determinados conceitos. Sabe-se que a livre concorrência, alicerce básico da defesa da ordem econômica, **tem nítido escopo de garantia ao consumidor** contra o abuso do poder econômico. Tanto os direitos do consumidor quanto ordem econômica são defensáveis pela ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 1º, II e V). Ademais, o ajuste para formação de preços tem por objeto a eliminação do "*processo normal de concorrência*" (Pereira, José Matias. Economia de mercado e repressão ao abuso do poder econômico. In revista de informação legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano 29, n. 115 - jul/set 1992, p. 364). Preserva, pois, a livre iniciativa e está configurada no binômio "*1. liberdade de atuação dos agentes econômicos no mercado; 2. adoção desta forma de sistema econômico, juridicizado, para a consecução da justiça social, dignidade humana e valorização do trabalho humano*" (Remédio Júnior, José Ângelo. O estado democrático de direito e a defesa da concorrência. In Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: RT, n. 42, jan/fev 02, p. 196). A livre iniciativa preserva também a "*liberdade de escolha de produtos e serviços*" (Borges, Maria Cecília Mendes *et alii*. O cartel na legislação antitruste, sua relação com o fenômeno concentracionista [meio ou conseqüências?] e seus reflexos prejudiciais aos direitos do consumidor. In Revista de informação legislativa. Ano 39, n. 155, jul/set 02. Brasília: Senado Federal, p. 234).

A tutela detalhada na Lei nº 8.484/94 ("Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências") visa a coibir, não o poder econômico propriamente dito, mas o seu abuso.

E o art. 20 da lei de regência diz que a prática das infrações da ordem econômica **independem de culpa e independem do efetivo alcance dos efeitos desejados pela conduta**. Segundo Miguel Reale Júnior, "*a 'lei antitruste', não se cingiu, no âmbito da infração à ordem econômica, de forma estrita, ao princípio da tipicidade, pois a mera indicação do resultado que possa vir a ser atingido por uma conduta é suficiente para configuração da ilicitude (art. 20)*. Assim sendo, é desnecessária a exigência de congruência com um modelo de conduta concreta, bastando, pois, repita-se, constatar que o ato possa produzir o efeito, por exemplo, de 'dominar o mercado relevante', previsto no art. 20, II, para configurar a infração" (Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 7, n. 28, out./dez. 99, p. 119) (grifei).

A instrução probatória realizada após o recebimento da ação civil confirmou os fatos assim como compreendidos, liminarmente, pelo juízo prolator da decisão que concedeu a antecipação da tutela requerida pelos autores, decisão exarada com base nas peças do inquérito civil instaurado na Procuradoria da República no Rio Grande do Sul para apurar a conduta, suspeitava-se, infratora das distribuidoras, e a suposta omissão do órgão fiscal governamental, o DNC. Transcrevo, no que interessa, trechos da decisão incidental do Juiz Federal Fábio Dutra Lucarelli:

"Inicialmente, detenhamo-nos na apreciação da efetiva existência de uma atuação de forma conjunta, uniforme e pré-ordenada das empresas (rés), no que os agentes do Ministério Público Federal e Estadual nominaram como 'cartel do gás'.

A existência de atuação conjunta das empresas distribuidoras de GLP no que elas próprias denominam 'Área Operacional Metropolitana - AOM', englobando os municípios de Porto Alegre, Canoas e Nova Santa Rita é inquestionável. Restaria dispensada qualquer análise probatória pela mera constatação de que as próprias empresas, em número de seis, não se referem a suas respectivas individualidades, como se vê nos autos dos inquéritos civis públicos acostados à petição inicial, havendo reiterada referência à 'AOM', ou a 'pool'.

Tal organização, desprovida de personalidade jurídica própria, teria como atividade principal o ordenamento do comércio e distribuição do GLP na área das três cidades referidas, uniformizando procedimentos. Para tal fim, existe até mesmo pessoa contratada conjuntamente por aquelas empresas, a qual atuaria como coordenador da atuação conjunta das distribuidoras, fiscalizando os revendedores. Embora tal contratação, logicamente, não se tenha feito mediante as formalidades legais geradoras do vínculo empregatício ou por prestação de serviços, sua existência é asseverada pelo próprio diretor da Minasgás S.A., Sr. Walter Tadeu Nishino, (em) depoimento prestado nos autos do inquérito civil público, cuja cópia se encontra às fls. 253-254 (...).

Da mesma forma, o Sr. José Fernando Castioni, Diretor Regional da Supergasbrás Distribuidora de Gás S.A., no depoimento de fls. 258-259 (...).

Finalmente, a fim de dirimir dúvidas quanto ao reconhecimento, pelas próprias distribuidoras, da uniformização de condutas, ou quanto à pretensão de se considerarem como se uma só pessoa jurídica fossem, cabe aferir a cópia do comunicado de fl. 265.

A atuação das referidas empresas atingiu tamanho grau de uniformidade e poder que as mesmas chegam ao requinte de impor sanções aos estabelecimentos revendedores, como, por exemplo, demonstram os documentos das fls. 81, 83 e 84 (...)" (fls. 522-524) (grifei).

A decisão descreveu detalhadamente a ação das rés, cotejada à parca e precária fiscalização dos órgãos competentes, concluindo:

"A significativa redução na quantidade de postos de revenda, portanto, não resolveu o problema de fiscalização. (...) O efeito prático da redução do número de postos de revenda e da uniformização de procedimentos pelas distribuidoras é lógico e qualquer pessoa, por menos esclarecida formalmente que seja (porquanto o conhecimento decorrente 'da vida' todos possuem, por mais simplórios que sejam), sabe: uniformização de práticas comerciais, aumento de preço e diminuição da concorrência. Nesse sentido, os proprietários dos postos de revenda comprovam a afirmação do Ministério Público, consoante dos depoimentos dos Srs. Alberto Ramos Malta, Romeu José Buttenbender e Eduardo Kovaleski (...).

De tudo o até aqui exposto, retira-se a inarredável conclusão no sentido de que há uma atuação conjunta das distribuidoras AGIPLIQUIGÁS DO BRASIL S.A., SUPERGASBRÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS S.A., GÁS BUTANO LTDA., MINASGÁS S.A., ULTRAGÁS LTDA. E PAMPAGÁS LTDA., as quais dividem entre si o mercado consumidor das cidades de Porto Alegre, Canoas e Nova Santa Rita. Tanto é assim que é há, inclusive, planilhas nas quais consta a participação de cada uma no mercado, conforme as fls. 303-304. (...)

(E) embora as distribuidoras tenham se organizado para diminuir o custo de suas atividades (o que em tese beneficiaria o consumidor final), o que houve não foi a diminuição do preço do

GLP mas, ao contrário, o acréscimo da margem de lucro das distribuidoras (reduziram custos e passaram a cobrar o preço máximo tabelado" (fls. 525-527) (grifei).

Esses fatos todos, as rés empresárias não conseguiram refutar.

Não apresentaram prova, documental ou testemunhal, capaz de afastar as imputações a elas dirigidas pelo Ministério Público: violaram dispositivos da Lei 8.078/90, da Lei 8.884/94, contrariando princípios constitucionais (cf. artigos 170, IV e V, e 173, §4º, da Constituição).

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

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

Correta a observação do órgão ministerial:

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

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

Enfim, a prova dos autos revela que as empresas distribuidoras de gás infringiram a ordem econômica na região de Porto Alegre/Canoas, agindo em conluio, e daí o enquadramento nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94: *"limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa", "dominar mercado relevante de bens ou de serviços", "aumentar arbitrariamente os lucros", e "exercer de forma abusiva posição dominante",*

mediante as condutas "fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços", "obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre os concorrentes", e "dividir os mercados de serviços ou produtos acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários", entre outras (cf. artigos 20, I, II e III, e 21, I a III, V, Lei 8.884/94).

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

Até mesmo para fins de condenação criminal a prova indiciária, ainda quando única, admite a prolação de juízo condenatório, desde que traga certeza da prática delitiva (STJ, HC 15736, Sexta Turma, decisão em 03/04/01, Rel. Min. Fernando Gonçalves; STJ, Recurso Especial 130570, Quinta Turma, decisão em 02/09/97, Rel. Min. Felix Fischer; TRF 4, ACR 9293, Oitava Turma, decisão em 17/09/03, Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro; TRF 4, ACR 8057, Sétima Turma, decisão em 05/03/02, Rel. Juiz Vladimir Freitas). Sobre o que chama argumento probatório indireto, ou prova indireta, o italiano Nicola Framarino Dei Malatesta, no clássico *A lógica das provas em matéria criminal* (Vol. I, tradução da 3ª edição de 1912. Campinas: Bookseller, 1996) observa que o conhecimento é resultado das percepções direta e indireta do homem, sendo que a percepção *"imediate da realidade ideal pode ser somada a um trabalho indutivo, a observação das verdades particulares para chegar-se a uma verdade mais geral"* (Ob. cit., p. 173). A partir dessa ponderação, Malatesta ensina que os indícios coletados no processo penal, embora devam ser avaliados com cautela, jamais podem ser desprezados pelo juiz, mormente quando o conjunto indiciário é relevante e, muitas vezes, suficiente para a condenação criminal; e argumenta: *"O indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio de relação de causalidade"* (ob. cit., p. 197).

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

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

Confirma-se, portanto, a ordem liminar deferida em outubro de 1997 (com exceção das determinações constantes das alíneas *a*, *b* e *e* da decisão, fl. 534, em decorrência da revogação da Portaria do Ministério da Infraestrutura

nº 843, de 31/10/90, segundo esclareceu o Ministério Público Federal nas fls. 2793-2795).

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

Dispõe o art. 1º da Lei nº 8.884/94:

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

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

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

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - (...);

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

III - (...)

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

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

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

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

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

Na situação concreta, admite-se a reparação dos danos experimentados pela coletividade,

"como decorrência de sua exposição à cartelização e métodos comerciais abusivos promovidos, do que resultou maiores dificuldades para a aquisição (poucos postos de revenda), sem diferenciais de preço (apesar de o preço final ser tabelado, não pode ser ultrapassado aquele valor, isto não significa dizer que não seria menor (o preço) acaso existisse competitividade" (petição inicial, fl. 34).

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

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Tratando-se de lesão proveniente de conduta que violou a ordem econômica, as empresas respondem pela lesão independentemente de culpa, por expressa previsão legal (art. 20 da Lei 8.884/94). De todo modo, o regime da responsabilidade civil fundada na culpa não se adapta à responsabilidade por danos causados a bens e interesses difusos e coletivos, *"em que a tônica é centrada na efetiva reparação do dano causado à sociedade ou à 'categoria', do que na aferição de eventual culpabilidade na conduta do agente"* (cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação civil pública. Revista dos Tribunais, 2007, 10ª ed., p. 325). O objetivo da condenação genérica, referente a direitos difusos lesados, é o ressarcimento dos danos causados, e não dos prejuízos sofridos, anota Ada Pellegrini Grinover, comentando o art. 95 do CDC (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Forense Universitária, 2001, 7ª ed., p. 813).

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

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

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

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

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

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **julgo parcialmente procedente a ação** para determinar às rés distribuidoras de gás de cozinha que não voltem a atuar como "Área Operacional Metropolitana", sendo-lhes vedado adotar práticas cartelizantes, permitindo a livre concorrência no setor, devendo a ANP exercer suas atribuições de agência reguladora nessa parte, na forma da lei. Mantenho a antecipação dos efeitos da tutela da forma como deferida, com exceção dos provimentos referentes ao cumprimento, pelas rés, da Portaria MINFRA 843/1990 (fls. 519-536). Mantenho, para o caso de descumprimento desta sentença, a multa arbitrada na decisão incidental, no valor e proporção fixados (fl. 535).

Condeno as rés distribuidoras a pagar indenização em razão dos danos causados aos consumidores, difusamente considerados, equivalente a **R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), atualizado desde a propositura da ação (2 de outubro de 1997) pelos índices normalmente admitidos na Justiça Federal (UFIR e, a partir de 1º de janeiro de 2001, IPCA-E)**. Cada ré arcará com percentual da condenação equivalente à sua participação no mercado na época, conforme documentos dos autos (fls. 303-304), valendo, nesse ponto, a sugestão ministerial de arbitramento. Incidirão ainda juros moratórios de 1% ao mês, a contar da publicação desta sentença no Diário Eletrônico.

O valor da indenização será destinado ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei 7.347/85, conforme requerido pelo Ministério Público (fl. 37).

Deixo de condenar as rés ao pagamento de honorários advocatícios, considerando que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça assentou que, quando a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público for julgada procedente, descabe condenar a parte vencida em honorários (cf. EREsp 895530/PR, Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, j. em 26/08/2009, DJe 18/12/2009; e também REsp 1038024/SP, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 15/09/2009, DJe 24/09/2009).

Publique-se, com prioridade, e registre-se.

Porto Alegre, 13 de janeiro de 2010.

Juíza PAULA BECK BOHN