



COMARCA DE SÃO GABRIEL
2ª VARA CÍVEL
Rua Onésimo Laureano, 75

Processo nº: 031/1.07.0003189-8 (CNJ:.0031891-43.2007.8.21.0031)
Natureza: Ação Coletiva
Autor: Ministério Público
Réu: Posto Buffon - Comercial Buffon de Combustíveis e Transportes Ltda.
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Camila Celegatto Cortello Escanuela
Data: 19/10/2011

Vistos etc.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO**, com base nas suas atribuições legais e constitucionais, ajuizou **AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO**, com pedido liminar em face do **POSTO BUFFON – Comercial Buffon de Combustíveis e Transportes Ltda.**, já qualificado nos autos, expondo que foram instaurados inquéritos civis para apuração da prática de preços abusivos por parte dos postos de combustíveis desta comarca, sendo que por meio do inquérito civil 021/2007 apurou-se que a média bruta de lucro do posto demandado mostrou-se excessiva, comparada com mercados semelhantes em todo o Estado. Menciona que foi oportunizado ao representante do requerido a realização de compromisso de ajuste de conduta, a fim de reduzir a margem de lucro de 19,00% para 15,3%, margem dos mercados comparáveis, condizente com situação econômica da região, contudo, o compromisso não foi aceito. Afirma que o demandado tem exercido suas atividades comerciais com preço abusivo, salientando que o preço de venda da gasolina comum é de R\$ 2,64 (dois reais e sessenta e quatro centavos), ao passo que o produto é comprado da distribuidora, com frete incluso, por R\$ 2,21848 (dois reais e vinte um centavos). Frisa que a margem bruta de lucro, utilizada na espécie, é referência nacional quando se cuida de mercado revendedor de combustíveis, medida inclusive utilizada pela ANP em suas pesquisas, razão por que é o modo mais adequado e prático para revelar-se a abusividade ou não na fixação do preço. Aponta a ocorrência de infração à ordem econômica, citando o art. 20, inc. III, e 21, inc. XXIV e parágrafo único da Lei 8.884/94. Afirma que a margem bruta de lucro



utilizada pelo requerido está pouco abaixo da praticada pelos concorrentes no âmbito do próprio Município, mesmo assim não há justificativa para o preço estabelecido. Afirma que pela semelhança das empresas revendedoras há indicação da realização de acordos tácitos. Acena para a lesão causada aos direitos e interesses difusos e individuais homogêneos dos consumidores. Argumenta, ainda, sobre a condenação genérica prevista no art. 95 do CDC e inversão do ônus da prova. Liminarmente, propugna pela limitação máxima da margem bruta de lucro ao percentual de 15,3%, sob pena de multa no valor de R\$ 20.000,00. Salaria que tal medida não visa ao tabelamento ou congelamento de preços, mas apenas à coibição da dita abusividade. Pede, ao fim, (1) a confirmação da liminar; (2) a condenação do requerido ao pagamento de indenização ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, pelos danos causados aos consumidores, importância a ser fixada por arbitramento, considerando-se a média bruta de preço de 15,3%, contemplando-se danos patrimoniais e morais; (3) condenação à indenização genérica aos consumidores lesados, na forma do art. 95 do CDC, cuja liquidação e execução serão preferencialmente promovidas pelos interessados; (4) condenação do requerido a veicular comunicados nos jornais locais, em cinco dias intercalados, com tamanho mínimo de 15cm X 15cm, informando da parte dispositiva da eventual sentença de procedência, conforme exarado na inicial; (5) imposição de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, em caso de descumprimento do item anterior, revertendo-se o valor ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados (fls.02/23).

A liminar foi indeferida e determinada a inversão do ônus da prova após angularização processual (fls. 425/427).

Irresignado, o Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento (fl. 429).

A decisão foi mantida e o recurso recebido sem efeito suspensivo (fl. 450).

Na instância superior foi negado seguimento ao recurso (fls. 452/453).

Em sede de contestação, devidamente citado, o réu afirma que não é possível a inversão do ônus da prova, devendo ser aplicada a regra do art. 333, do CPC. Discorre sobre a inexistência de ofensa à ordem econômica, pois em nenhum momento foi adotado preço maior do que o permitido por lei, bem como é



absurda a alegação de que há acordo entre os fornecedores de combustível nesta cidade, bem como sua margem de lucro é de 5% menor que a concorrência. Relata que o correto é adotar como parâmetro a margem líquida de lucro obtido com a comercialização do combustível. Salaria que não restou demonstrada a similitude nos preços adotados pelos postos de gasolina na região, bem como nunca participou de ação coordenada com outros postos para fixação de margem de lucro. Aduz que a variação de preços apontada como baixa à média do estado foi auferida em um período curto no passado, assim não serve de parâmetro para a presente demanda. Suscita que não há como afastar a similitude nas empresas, pois estão estabelecidas na mesma região e são semelhantes em tamanho, capacidade de fornecimento, custos, número de funcionários e metas. Salaria que o mercado se movimenta pela regras de livre concorrência, por esta razão que se verifica a divergência de preços adotados em cada região, assim, a utilização média estadual não serve como parâmetro de variação. Afirma que a ação pretende impor uma obrigação ao requerido, afrontando à Constituição, infringindo a liberdade de iniciativa e livre concorrência. Requer a improcedência da ação, bem como a realização de perícia técnica e a condenação da parte autora nos ônus da sucumbência (fls. 461/470).

Houve réplica (fls. 477/491).

Foi deferida a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público e determinada a intimação das partes para informarem se possuem interesse na conciliação e as provas que pretendem produzir (fls. 492/493).

O Ministério Público informou que não tem outras provas a produzir, bem como não se opõe à realização de acordo, desde que respeitados os limites percentuais requeridos na inicial (fl. 495).

O requerido postula à fl. 497 a produção de prova pericial e a demonstração de margem de lucro frente aos custos do negócio.

Foi deferido o pedido de realização de perícia contábil para apuração de lucros e custos da demandada (fls. 498).

Foi juntado o rol de quesitos pelo Ministério Público à fl. 615 e pelo requerido às fls. 517/519.

Veio aos autos o laudo pericial (fls. 523/536).

Aportou aos autos a complementação do laudo pericial (fls. 846/847).



Encerrada a instrução, o Ministério Público ofertou memoriais ratificando os termos da inicial e postulando a procedência do pedido (fls. 853/868).

Por sua vez, o requerido apresentou memoriais ratificando os termos da contestação e pugnando a improcedência do pedido (fls. 869/871).

É o relatório.

Passo a fundamentação.

Não foram aventadas preliminares processuais, bem como não vislumbro, de ofício, nenhum óbice à análise de mérito.

Trata-se de ação coletiva de consumo aforada pelo Ministério Público em face do Posto Buffon, invocando a existência de aumento abusivo de preço, no período que media 18 de junho a 18 de julho de 2007.

Segundo o autor, a perícia realizada por seu assessor jurídico, confirmou a ocorrência de margem bruta média de lucro excessiva pelo demandado, no que tange a venda de gasolina comum. No caso, a média bruta do requerido situa-se no patamar de 19,00%, ao passo que em mercados competitivos comparáveis tal medida limita-se ao percentual de 15,3%.

Em tese, tal prática aponta para infração à ordem econômica (arts. 20, III, e art. 21, XXIV e parágrafo único da Lei n.º 8.884/94), acenando para a caracterização de preço excessivo, lesivo ao consumidor.

Primeiramente, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor é perfeitamente aplicável na espécie. O requerido encaixa-se na condição de empresa fornecedora de combustíveis, aplicando-se-lhe as normas referentes ao Diploma Consumerista, nos termos do preconizado no art. 3º, §2º, abaixo colacionado:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Não há dúvidas, pois, quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de compra e venda de combustíveis, tornando viável a análise acerca da eventual abusividade na prestação de serviços, no presente caso referente ao aumento abusivo do preço.

Consequência disso é a perfeita possibilidade do ajuizamento da



presente ação coletiva de consumo, com vistas a preservar interesses difusos dos consumidores em geral, cujo sustento normativo encontra amparo no art. 81 do CDC, que assim dispõe:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Cumprido considerar, também, que houve inversão do ônus da prova, consoante artigo 6º, VIII do CDC. Assim, o efeito de tal inversão é que ao requerido incumbe demonstrar a inoccorrência de excesso de preço de combustível.

Demais, é valioso frisar que este Juízo não desconhece que o princípio da livre iniciativa não possui feição irrestrita e absoluta, tampouco é imune à atividade fiscalizatória movida por parte do Poder Público, com vistas à repressão de abusos do poder econômico, prática esta inaceitável na atual conjuntura de um Estado Democrático de Direito, pautado, dentre outros direitos fundamentais, na defesa do consumidor. Claro está a aplicabilidade das potências normativas da Lei n.º 8.884/94, máxime em seu art. 20, inc. III, e 21, inc. XXIV e parágrafo único na espécie.

De outro prisma, se por um lado a Constituição da República, em seu art. 5º, inc. XXXII, prevê que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, prestigia uma norma tutelar da parte mais fraca na relação de consumo, de outro, não dispensa a devida demonstração probatória, uníssona e robusta da existência de abuso de poder econômico, sem o que não se há de imputar de excessivo o aumento de preço ínsito à lucratividade da atividade empresarial.

Mais ainda, o aumento arbitrário de preços, mencionado com



repressão, no art. 173, § 4º, da Carta da República, não é outro senão aquele que obsta a liberdade de concorrência, expressando desarrazoada vantagem excessiva às expensas da parte contratualmente mais fraca. Elementos que, como já se disse, necessitam de prova para sua constatação.

Isto ocorre, pois é basilar que o Direito não pode dar com uma mão e retirar com a outra, em termos de livre iniciativa, a menos que se demonstre cabal abuso vedado em lei.

Não se há de relegar ao esquecimento, outrossim, que em cenário capitalista tal como o nosso, é o lucro que move – por essencial – o ramo de empresas e negócios, que produz circulação de riqueza e fomenta o progresso da sociedade.

Nessa esteira, notório que o a intervenção do Estado no setor econômico, máxime o de preço de combustíveis, não tem mais espaço como situação corriqueira, devido a abertura de comércio, trazendo como corolário lógico cognitivo que a intervenção estatal, pois, afigura-se medida daquelas tidas por excepcionais e drásticas.

Por tal questão, José Afonso da Silva que, em estudo de elevado tomo, preceitua que nossa Carta Maior proclama a livre iniciativa como pilar da República (art. 1º da CF), bem como enfatiza seu intento nitidamente capitalista:

Temos afirmado que a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, caput, e incisos II e IV). O princípio da propriedade privada envolve, evidentemente, a propriedade privada dos meios de produção. E o fato mesmo de admitir investimentos de capital estrangeiro, ainda que sujeitos à disciplina da lei, de reconhecer o poder econômico como poder atuante no mercado (pois só se condena o abuso desse poder), e a excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173), bem mostram que a Constituição é capitalista. (AFONSO DA SILVA, José. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008).

O notável Mestre constitucionalista, tratando ainda do assunto, enfatiza que a liberdade da iniciativa econômica privada, enquanto exercida para a efetivação da paz social, trata-se de um direito fundamental:



A atividade econômica no Capitalismo, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa, sob a orientação de empresas privadas. É claro que, consoante já vimos, em uma ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público”. É, sim, um direito fundamental, enquanto exercido no interesse da realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional.

(...)

A constituição (§4º do art. 173) remete à lei ordinária a função de reprimir o abuso do poder econômico, e dá seu conteúdo essencial, ao mesmo tempo em que define o sentido básico do que se entende por “abuso de poder econômico”. Primeiro reconhece a existência fática desse tipo de poder, que não se confunde com o poder político; mas no texto sobressai a idéia de que ele deve ser por este dominado, por isso sua submissão ao controle legal que tolha seu abuso. (AFONSO DA SILVA, José. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008).

Por sua vez, preciosa é a lição de Diógenes Gasparini, respeitável administrativista, quando pontifica que a intervenção do Estado no domínio econômico não deve vir em confronto dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito:

Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção não de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que “As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 14ªed. rev.- São Paulo: Saraiva, 2009).

Não se há de compreender, ao menos com um mínimo de



ponderação, que a atividade empresarial vise ao prejuízo. Tal não seria mais que desatinado raciocínio. O lucro, como sói observar, é o que garante o desenvolvimento do ramo empresarial, gerando riquezas para o país, garantindo maior margem de emprego, trazendo benefícios à coletividade em termos de desenvolvimento.

A Lei 8.884, de 11.06.1984, reguladora do cognominado “Direito Antitruste”, tem por objetivo prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, em vista de preservar o princípio da livre concorrência, inibindo a ação de empresas em vista de dominar o mercado ou obter lucros abusivos, vedando, em última análise, que ganho individual sem limites imponha pesado custo social.

Entretanto, faz-se necessário demonstrar, de forma inequívoca, a prática de lucros abusivos, para que o Estado possa intervir na ordem econômica, sendo esta uma situação excepcional que deve ser relegada a casos específicos, o que não se vislumbra na situação posta em exame.

Toda essa digressão legal e doutrinária, visa, em um caso de relevo como o presente, a deixar claro que não se pode considerar preço abusivo aquele que é advindo de cálculo da média bruta de lucratividade, ou seja, aquela que leva em consideração o preço de venda do produto e o preço de aquisição, pois que abstrai da ponderação os gastos inerentes ao empreendimento empresarial que, em maior ou menor escala, culminam por influenciar o preço de revenda do produto (combustível).

Assim, a utilização do lucro bruto verificado, como parâmetro de comparação, não é capaz de evidenciar com nitidez a prática tipificada nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, porquanto a existência de uma margem média de lucro bruto no mercado pressupõe exatamente a variação de preços para mais e menos que este patamar, o que possibilita aos consumidores a escolha de quais empresas utilizarão os serviços.

Demais, ao lado do laudo pericial constante do IC ministerial que instruiu a presente ação coletiva de consumo, há perícia confeccionada por perito nomeado em juízo referindo que no período analisado (junho e julho de 2007) “*São Gabriel está acima da média no valor de compra e acima no valor de venda, ou seja, no grupo analisado São Gabriel comprou gasolina comum mais caro que as cidades de Alegrete, Santa Maria e Uruguaiana. Por outro lado teve um lucro menor que Alegrete e Uruguaiana.*”



Ora, a aquisição mais cara do produto é fator que, *prima facie*, justifica sua venda um tanto acima, pois do contrário inviabilizaria o próprio móvel da empresa que é a lucratividade.

O lucro bruto, malgrado entendimento diverso, não serve ao fim de constatação de prática ilícita, como quer fazer crer o agente ministerial, em que pese seus respeitáveis estudos e elogiável iniciativa na seara em que incursionou.

É cediço que as despesas de comercialização (salários e encargos sociais, seguros, impostos e contribuições sociais, energia elétrica, despesas gerais) são variáveis a ser levada em conta no ganho de cada estabelecimento mercantil – lógica contábil. Nesse aspecto, ganha relevo as argumentações lançadas pela parte requerida. No mesmo sentido, a jurisprudência:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO PRIVADO NÃO-ESPECIFICADO. CARTELIZAÇÃO E MARGEM DE LUCRO ABUSIVA NA COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. NÃO-COMPROVADAS. Inexistindo nos autos elementos de convicção a comprovar a formação e integração da demandada em cartel, bem como ausente prova da prática de preços abusivos, impõe-se a improcedência dos pedidos de abstenção de ato, de limitação da margem de lucros e de indenização por danos materiais e morais coletivos. DESPROVERAM O APELO” (AC 70033651423/Scarpato).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA ABUSIVA DE PREÇOS E FORMAÇÃO DE CARTEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DO DIREITO ALEGADO. Não há elementos nos autos capazes, por si sós, de formar juízo de convencimento acerca da suposta abusividade praticada pelo réu no que respeita a fixação do preço da gasolina, ou, ainda, quanto a prática de crime contra a ordem econômica. *In casu*, há ponderar que subsistem controvérsias acerca da prática comercial abusiva, ou dos denominados crimes contra a ordem econômica, até porque, por opção política e econômica, optou o ente Estatal pela liberação do preço dos combustíveis. Portanto, via de consequência, ausente imposição legal quanto à limitação da margem bruta de lucro. Não obstante, por certo, não está autorizado o abuso, porém, para efeito de ser configurado o crime e justificar a imposição de limitação do preço, impõe-se a produção de prova robusta nesse sentido, o que, diga-se, não é a situação do caso em comento. Por tais motivos, é de ser mantida a bem lançada sentença recorrida por seus próprios fundamentos jurídicos e de direito.



POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO” (AC 70024751612/Giannakos).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARTELIZAÇÃO NÃO VERIFICADA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE LUCRO ABUSIVO NA COMERCIALIZAÇÃO DOS COMBUSTÍVEIS. Inexistindo nos autos qualquer elemento probatório acerca da cartelização e, ainda, não sendo considerados abusivos os preços dos combustíveis comercializados, a improcedência do pedido de limitação da margem de lucro e indenização por danos materiais e morais é medida que se impõe. Apelação improvida” (AC 70022263040/Voltaire).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE DA MARGEM DE LUCRO PRATICADA E FORMAÇÃO DE CARTEL. COMARCA DE ENCANTADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM AGRAVO RETIDO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 526, DO CPC. RECURSO NÃO-CONHECIDO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMAÇÃO PARA AGIR EM JUÍZO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRAZO PARA MEMORIAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MARGEM DE LUCRO DA EMPRESA RÉ QUE SE APRESENTA CONSENTÂNEA COM A MÉDIA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE CARTELIZAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. APELO IMPROVIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO” (AC 70022679260/Kretzmann).

Com efeito, somente o lucro líquido pode refletir com precisão o vantagem econômica efetivamente auferida pela empresa, vez que já subtraídos os custos agregados à revenda do combustível. Não sendo este o critério utilizado pelo Ministério Público, pelo que falece a pretensão inaugural.

Ademais, evitando-se fastidiosa tautologia, trago à colação parte da perícia, onde à fl. 533, no quesito de n.º 6, consta expressamente que: *“A sobrevivência em um mercado competitivo leva a empresa a uma conduta de inovar e de criar, para apresentar um diferencial aos clientes. Os empreendedores, donos de postos de combustíveis, foram induzidos a aumentarem a oferta de serviços e atividades como: lojas de conveniência, banca de jornal e revistas, lanchonetes, lavagem de carro e até minimercados. Tudo isso, os conduziram a maximizar a*



margem bruta de lucros, salvo melhor juízo, para sustentar a melhor oferta de serviços e atividades aos clientes.”

É inerente à melhoria do estabelecimento o aumento no custo dos produtos, uma vez que é destes que se retira o retorno financeiro para, senão superar o acréscimo, ao menos, equilibrá-lo. Tal fato, de per si, não se consubstancia em abuso de poder econômico, tampouco enseja caracterização de aumento abusivo de preços, lesivos ao consumidor e à ordem econômica, propiciadores da intervenção estatal, e condenação genérica, por danos morais e patrimoniais.

Assim, reiterando-se aplausos aos louváveis esforços ministeriais na defesa da ordem pública e dos interesses do consumidor, tenho que a improcedência do pedido é o caminho que se impõe.

Diante do exposto, julgo **IMPROCEDENTE** o pedido formulado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** em face de **POSTO BUFFON – COMERCIAL BUFFON DE COMBUSTÍVEIS E TRANSPORTES LTDA.**

Considerando que o Ministério Público é o sucumbente e, aliado à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deixo de condená-lo nas despesas e custas processuais, bem como em honorários advocatícios, ante a ausência de ma-fé.

Renumere-se o feito a partir da fl. 536.

Com o trânsito em julgado, archive-se com baixa.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

São Gabriel, 19 de outubro de 2011.

Camila Celegatto Cortello Escanuela,
Juíza de Direito