



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
3ª Vara Federal de Caxias do Sul

Rua Dr. Montauray, 241, 5º Andar - Bairro: Madureira - CEP: 95020-190 - Fone: (54)3290-3226 -
<http://www.jfrs.jus.br> - Email: rscax03@jfrs.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM Nº 5003101-03.2014.4.04.7119/RS

AUTOR: PAULO RICARDO TONOLLI

ADVOGADO: ARTHUR VILLAMIL MARTINS

ADVOGADO: JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE ANDRADE

ADVOGADO: ELIANA PRISCILA AZEVEDO

ADVOGADO: YURI LUNA DIAS

ADVOGADO: KELLY GONCALVES PRIMO

AUTOR: AUTO POSTO TONOLLI LTDA

ADVOGADO: ARTHUR VILLAMIL MARTINS

ADVOGADO: JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE ANDRADE

ADVOGADO: ELIANA PRISCILA AZEVEDO

ADVOGADO: YURI LUNA DIAS

ADVOGADO: KELLY GONCALVES PRIMO

RÉU: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP

RÉU: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

SENTENÇA

Sentença nº 430/2016

PAULO RICARDO TONOLLI e AUTO POSTO TONOLLI LTDA. ajuizaram Ação Ordinária contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE e a AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, BIOCOMBUSTÍVEIS E GÁS NATURAL - ANP objetivando o reconhecimento de nulidade do processo administrativo nº 08012.010215/2007-96 e, consequentemente, da penalidade imposta. Afirmaram que em 02-08-2007 o CADE deu início à investigação sobre suposta ocorrência de infração à ordem econômica (cartel na revenda de combustíveis) no Município de Caxias do Sul, durante os anos de 2004 e 2006, reunindo documentação oriunda de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público contra postos revendedores estabelecidos no município e do processo criminal nº 010.207.000.52097, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal desta Comarca. Aduziram que a acusação foi de suposta prática das infrações previstas no art. 20, I e III, c/c art. 21, I e II, ambos da Lei nº 8.884/94, sendo que no âmbito do processo administrativo não foram deferidas as provas postuladas e tampouco analisados minuciosamente seus argumentos de defesa, concluindo-se pela ocorrência da suposta infração, em evidente prejuízo à sua defesa. Arguiram, em preliminar, a prescrição da pretensão punitiva do CADE. Sustentaram a nulidade do processo administrativo por

cerceamento de defesa, bem como ofensa à coisa julgada material, uma vez que a Justiça Estadual, diante do mesmo acervo probatório, concluiu pela inexistência de infração à ordem econômica no âmbito da ação criminal nº 010/2.07.0005209-7, que absolveu todos os acusados, e no âmbito da ação civil pública nº 010/1.07.0010427-8, que julgou improcedente a demanda formulada pelo Ministério Público Federal. Aduziram que *“o exame apurado e minucioso da situação posta pelo Ministério Público/RS, inclusive com a análise das interceptações telefônicas e do parecer econômico do Ministério Público, levou o Poder Judiciário, tanto na esfera civil como criminal, à conclusão de inexistência de preços artificiais ou aumento injustificado do valor de varejo dos combustíveis decorrentes de conluio, sepultando, assim, as conjecturas e preconceitos do Ministério Público contra os revendedores de Caxias do Sul”* (fls. 27-28). Mencionaram que as consultas de preços verificadas nas interceptações telefônicas são mera especulação de mercado, corriqueira e ínsita a esse tipo de negócio, das quais não decorreu a imposição de preços excessivos, situação esta que também restou esclarecida, por meio de prova pericial, na ação civil pública que se ocupou do mesmo tema. Argumentaram que a alegação de prática de preços abusivos cai por terra quando se verifica que o preço cobrado pelos revendedores, tido por abusivo, sequer alcançava o patamar estabelecido pelo Estado do Rio Grande do Sul para cobrar o ICMS incidente sobre a operação no regime de substituição tributária. Afirmaram ainda que a multa estipulada, além de incabível e de ter caráter confiscatório, não foi correta, já que fixada sem a observância do que a lei estabelece, ou seja, foi calculada sobre o faturamento bruto atualizado pela Taxa Selic até a data em que foi aplicada. Discorreram sobre a nulidade da utilização da prova emprestada do inquérito policial no processo administrativo, bem como das interceptações telefônicas prorrogadas por prazo superior a 24 meses (período de julho de 2004 a abril de 2006), afirmando ainda a inviabilidade de aplicação da teoria do ilícito pelo objeto, por afronta ao art. 173, § 4º, da CF. Após discorrerem sobre a matéria, requereram antecipação de tutela a fim de que o primeiro requerido se abstinisse de inscrever seus nomes em dívida ativa ou de adotar quaisquer atos constritivos do patrimônio dos mesmos, bem como que suspendesse qualquer interdição de direitos e a mora da multa discutida neste feito até o trânsito em julgado da decisão, oferecendo bem imóvel em garantia. Em relação à segunda demandada, requereram que se abstinisse de revogar o registro de postos revendedores do segundo autor, bem como de impedir que o primeiro autor figure no contrato social de empresas que atuam no mercado de combustíveis. Ao final, requereram a procedência da ação, anulando-se o processo administrativo e a penalidade imposta. Sucessivamente, requereram fosse reduzida a multa, em face dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Postularam ainda a condenação das rés nos ônus de sucumbência. Juntaram documentos.

Foi determinada a intimação das rés sobre o pedido de tutela antecipada (evento 6).

No evento 17 a parte autora apresentou emenda à inicial, retificando o pedido constante no item “8” dos requerimentos da inicial (fl. 1-2) e juntando documentos.

Ato contínuo, sobreveio manifestação contrária do CADE em relação ao pedido de antecipação de tutela (evento 19). No evento 21, a ANP ratificou a posição do CADE e salientou que, até o momento, não havia sido instaurado processo administrativo para aplicação da penalidade de cassação do registro em razão da condenação perante o CADE, e juntou documento (evento 23).

Em decisão anexada ao evento 24, o pedido de antecipação de tutela restou indeferido. Posteriormente, foi ainda indeferido o pedido de reunião de feitos formulado pelo CADE (evento 27). A primeira decisão foi objeto de agravo de instrumento pela parte autora, o qual foi provido, a fim de, “*mediante prestação de caução judicial ofertada pelos recorrentes, cujo termo deve ser lavrado no juízo de origem, suspender a exigibilidade das multas impostas pelo CADE aos agravantes por infração à ordem econômica, por meio do PA 08012.010215/2007-96 e, em consequência: a) determinar ao CADE que se abstenha de, enquanto discutida a matéria judicialmente, i) inscrever o nome dos agravantes em dívida ativa; (ii) adotar quaisquer atos constritivos do patrimônio dos agravantes até a decisão final; bem como para que (iii) seja suspensa qualquer interdição de direitos dos mesmos e (iv) fique suspensa a mora da multa discutida na ação de origem até a decisão final; b) em relação à ANP, determinar que se abstenha de revogar o registro de posto revendedor do segundo agravante, conforme previsto no art. 10 da Lei 9.847/99, com fundamento no cometimento da infração à ordem econômica aqui discutida*” (evento 56).

Citada, a ANP contestou (evento 41), afirmando ser descabida a alegação de que a cassação do registro caracterizaria *bis in idem* ou punição excessiva. Salientou, no entanto, que “*não houve a instauração do processo administrativo no âmbito da ANP para aplicação da penalidade de cassação do registro em razão da condenação dos autores perante o CADE, estando regular a situação dos autores perante a ANP, conforme evidenciado pela documentação acostada aos eventos 23 e 25*” (fl. 4). Requereu a improcedência da ação, com a condenação dos autores a arcar com os ônus sucumbenciais.

No evento 57 foi anexado o termo de caução.

Igualmente citado, o CADE contestou (evento 65), defendendo a independência entre as instâncias administrativa e judicial. Afirmou que “*detém a expertise para fazer a análise de infrações à ordem econômica à luz da sua lei específica, com critérios distintos de avaliação do conjunto probatório existente*” (p. 6), de modo que as decisões judiciais em nada se confundem com as decisões administrativas por ele adotadas. Defendeu que, em decorrência, não há coisa julgada no presente caso, pois a sentença que julgou a ACP do autor “*não adentrou no mérito relativo à existência das condutas e de sua caracterização*

como cartel, tendo se limitado a dizer que não restou razoavelmente demonstrada a ocorrência do citado ilícito” (p. 10). No mérito, salientou que o cartel em questão foi detalhadamente analisado no relatório final de sua Superintendência-Geral, demonstrando a existência de conduta concertada entre concorrentes, com o objetivo de alinhar preços de venda de combustíveis líquidos, com a participação efetiva dos autores. No tocante à alegação de que a multa aplicada seria desarrazoada e desproporcional, afirmou que a mesma foi aplicada dentro dos parâmetros indicados pela Lei Antitruste. Informou que as multas ficaram consideravelmente abaixo do máximo legal. Aduziu que tal fato prejudica o requerimento de alteração da base de cálculo da multa, defendendo ainda a regularidade da incidência da Taxa SELIC ao caso, destinada a recompor o valor da penalidade arbitrada. Discorreu sobre a regularidade do processo administrativo e requereu a improcedência dos pedidos formulados na inicial, com as condenações de estilo.

A parte autora apresentou réplica no evento 69, rechaçando as alegações da parte ré e reiterando seus argumentos iniciais. Na ocasião, juntou documentos.

As partes foram intimadas a especificar as provas que pretendiam produzir, tendo o CADE informado não ter interesse na produção de outras provas (evento 93). A parte autora opôs embargos de declaração (evento 76), os quais foram rejeitados (evento 80).

No evento 94 a parte autora comprovou a averbação do termo de caução junto à matrícula nº 18.318 no Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Zona e requereu a produção de prova pericial, o que foi indeferido (evento 98).

Da decisão, a parte autora opôs embargos de declaração (evento 108), os quais foram rejeitados (evento 110).

Irresignada, a parte demandante interpôs agravo retido (evento 121), que recebeu contrarrazões do CADE (evento 126), sendo a decisão mantida por seus próprios fundamentos (evento 128).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Trata-se de ação ordinária em que a parte autora pretende a anulação do processo administrativo nº 08012.010215/2007-96 e, consequentemente, da penalidade imposta. Sucessivamente, requer a redução do valor da multa aplicada *“para o patamar mínimo legal constante no art. 37, I, da Lei nº 12.529/11, de 0,1% (um décimo por cento) do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício anterior à instauração do processo administrativo”* (fl. 2 da EMENDAINIC1).

A tipificação da conduta dos autores, de acordo com a decisão administrativa, encontra-se fundamentada na Lei nº 8.884/1994, em seus artigos 20, I e III, e 21, I e II, *in verbis*:

Art. 20. 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: [\(Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011\)](#).

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

(...)

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; [\(Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011\)](#).

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

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

De acordo com a Lei nº 12.529/2011 (que revogou a Lei nº 8.884/94), a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo ainda sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, incumbe ao CADE decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, conforme dispositivos a seguir transcritos (grifos acrescidos):

Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

Art. 5º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:

I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II - Superintendência-Geral; e

III - Departamento de Estudos Econômicos.

(...)

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

(...)

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

Destarte, impõe-se observar que a competência do CADE é fundamentalmente administrativa, não se confundindo com a atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário.

No presente caso, em que pese a presunção de legalidade, legitimidade e veracidade da decisão emanada pelo CADE, não se pode olvidar que os fatos que são objeto do procedimento administrativo nº 08012.010215/2007-96 foram anteriormente analisados no âmbito judicial, tanto por meio da Ação Penal nº 010.2.07.000.52097, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal desta Comarca de Caxias do Sul (fls. 164-188 do OUT112, evento 1), como também na Ação Civil Pública nº 010/1.07.0010427-8, promovida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, a qual teve curso perante a 6ª Vara Cível da Comarca de Caxias do Sul. As referidas ações foram julgadas improcedentes, cujas decisões já transitaram em julgado.

Com efeito, a sentença proferida no âmbito da Ação Civil Pública nº 010/1.07.0010427-8, em 06-04-2010, assim se reportou quanto aos fatos (cfe. consulta feita junto ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul www.tjrs.jus.br – grifos acrescidos):

A formação de cartel se caracterizaria, portanto, se demonstrado não apenas a uniformidade dos preços dos combustíveis entre diferentes postos de gasolina, mas também o ajuste artificial dos preços, mediante acordo entre os proprietários dos postos requeridos com os demais, o que não foi demonstrado no caso em concreto, uma vez que vieram documentos a indicar a origem dos valores praticados pelos requeridos, fundamentalmente o preço da distribuidora, os impostos, o pagamento de empregados, etc., como se verá adiante, que justificaram o preço fixado pelos requeridos ao consumidor final.

Das conversas interceptadas se constata que alguns donos de postos de combustíveis entravam em acordo para fixar o preço da gasolina, mas não se evidencia que estivessem aumentando a margem de lucro pelo estabelecimento de um preço excessivo, prejudicial ao consumidor. Pelo contrário, em algumas conversas se vê alguns proprietários tentando convencer outros a baixar o preço do combustível, a fim de que todos pudessem concorrer no mesmo mercado, sempre considerando as peculiaridades de cada posto, sua localização, seu volume de vendas, em comparação com os concorrentes.

As gravações de conversas telefônicas entre proprietários de postos de combustíveis de Caxias do Sul, algumas transcritas nos autos, são indicativos de

que havia combinação entre alguns empresários, quanto aos preços que seriam oferecidos para um mesmo produto, mas não bastam a configurar a formação de cartel.

(...)

Assim, não tendo sido comprovada a formação de cartel ou a participação dos ora requeridos no cartel que se teria formado na cidade de Caxias do Sul, desaparece o fundamento para a fixação judicial de um limite na margem de lucro a ser auferido pelos postos de combustíveis requeridos.

(...)

PAULO RICARDO TONOLLI, sócio-gerente dos Postos Tonolli Ltda., quando ouvido perante a representante do órgão ministerial (fl. 99), afirmou que a margem bruta da abastecedora, relativamente à gasolina, é de 16% e explicou que pega seus custos fixos e variáveis e aplica o índice, sempre analisando o mercado, seus concorrentes.

Quanto à prova pericial, confirmou a perita que em relação à demandada Auto Posto Tonolli foi apurado percentual inferior à média dos postos investigados na cidade de Caxias do Sul (fl. 284).

(...)

Portanto, não vejo comprovada a prática comercial abusiva ou ilícita imputada às empresas requeridas. Ainda que se tenha demonstrado que alguns proprietários de postos tenham combinado preços a praticar no mercado de Caxias do Sul, não há evidências da alegada cartelização ou da prática de infração à ordem econômica, de modo a justificar a intervenção do Poder Judiciário na economia, o que poderia inviabilizar a atividade empresarial do setor de revenda de combustíveis, devendo-se garantir o princípio da livre concorrência, consagrado no art.170, IV, da Constituição Federal.

(...)

*Por todo o exposto, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos feitos na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público contra Auto Posto Tonolli Ltda. e Tonolli e Cia. Ltda., e revogo a medida liminarmente concedida. (...)"*

A referida sentença foi mantida em recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70037600137), julgado em 29-08-201, com trânsito em julgado em 22-10-2013, ocasião em que a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em voto proferido pela Relatora Dra. Munira Hanna, fez as seguintes afirmações (vide consulta feita junto ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – www.tjrs.jus.br – grifos acrescentados):

“(...) Portanto, não demonstrada a formação de cartel entre os proprietários de postos, situação que justificaria a ação do Ministério Público e a consequente intervenção judicial, desaparece o fundamento para a fixação judicial de um limite na margem de lucro a ser auferido pelo posto de combustíveis requerido.

*Ainda que verificado que o preço do combustível oferecido ao consumidor em Caxias do Sul era superior ao praticado por outros postos e que a margem bruta de lucro por eles auferida era maior do que a dos postos de outras cidades averiguadas, não há como definir que seja **abusivo** ou **arbitrário** nem que seja excessivo o lucro por ele obtido com a revenda de combustíveis, circunstâncias que impedem seja caracterizada a atividade da empresa requerida, como atentatória à ordem econômica.*

*Havendo vários fatores para definir uma maior ou menor margem de lucro aos revendedores de combustíveis, não se pode dizer tenha sido imposto pelo requerido **preços artificiais** ao consumidor ou que tenha havido aumento **injustificado** do valor de varejo dos combustíveis por ele oferecidos no mercado.*

(...)

De outra banda, quanto ao pedido de limitação do percentual da margem bruta do lucro auferido pela empresa demandada, da mesma forma, improcede o apelo.

(...)

Melhor sorte não socorre os pedidos de indenização e imposição de multa, porquanto não comprovado que o estabelecimento demandado estaria exercendo suas atividades com a prática de preço abusivo no fornecimento de combustíveis e mediante formação de cartel, ônus que cabia ao autor.

(...)

Pelo exposto, nego provimento à apelação, mantendo a sentença.”

Importa ainda salientar que os fatos foram objeto da Ação Penal nº 20700052097, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Caxias do Sul, ajuizada em 21-05-2007 pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra Roberto Tonietto, Darci José Tonietto, Deunir Luiz Argenta, Gelson Fernando Menegon, Vilson Luiz Pioner, Iur de Souza Lavratti, Lori Luiz Furlan, Ademir Antônio Onzi, Evaristo Antônio Andrezza, Paulo Ricardo Tonolli, Maria Ivanice Tonolli e Luiz Pedro Postali, inicialmente.

Posteriormente, foi aceita a proposta de suspensão condicional do processo pelos réus Lori Luiz Furlan, Paulo Ricardo Tonolli, Luiz Pedro Postali e Gelson Fernando Menegon, conforme informações extraídas do relatório da sentença proferida em 14-04-2010 (vide consulta ao processo nº

010/2.07.0005209-7 junto ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – www.tjrs.jus.br).

Ainda analisando-se os termos da referida sentença, verifica-se que nela foram enfrentadas as insurgências da parte autora em relação ao cerceamento de defesa alegado na inicial da presente demanda, bem como analisadas as demais provas, concluindo, ao final, pela condenação dos acusados Roberto Tonietto, Darci José Tonietto, Deunir Luís Argenta, Vilson Luiz Pioner, Iur de Souza Lavratti e Ademir Antônio Onzi, absolvendo os acusados Evaristo Antônio Andreazza e Maria Ivanice Tonolli.

A sentença foi objeto de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70039426382), no qual foram absolvidos os réus, na forma do acórdão proferido em 10-11-2011, com trânsito em julgado em 26-12-2011, cujos trechos seguem transcritos (vide consulta feita junto ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – www.tjrs.jus.br – grifos acrescidos):

“O Ministério Público denunciou ROBERTO TONETTO, DARCI JOSÉ TONETTO, DEUNIR LUIZ ARGENTA, GELSON FERNANDO MENEGON, VILSON LUIZ PIONER, IUR DE SOUZA LAVRATTI, LORI LUIZ FURLAN, ADEMIR ANTÔNIO ONZI, EVARISTO ANTÔNIO ANDREAZZA, PAULO RICARDO TONOLLI, MARIA IVANICE TONOLLI e LUIZ PEDRO POSTALI, por incursos nas sanções do art. 4º, incisos I, alínea a, e inciso II, alínea a, da Lei n.º 8.137/90, c/c o art. 29, caput, do Código Penal, pela prática do fato delituoso assim descrito:

Em lapso temporal não perfeitamente esclarecido no expediente investigatório, mas entre o período do mês de julho do ano de 2004 até o mês de abril de 2006, em variados horários e locais: (...) em comunhão de esforços e acordo de vontades entre si, e com outros agentes cujas identidades ainda não foram bem esclarecidas nas investigações, abusaram do poder econômico, eliminando, parcialmente, a concorrência, mediante a formação de acordo ou ajuste entre si, visando à fixação artificial dos preços dos combustíveis em Caxias do Sul/RS.

(...)

Em anexo, o expediente investigatório n.º 167/04, que tramitou na 2ª Vara Criminal desta Comarca, as gravações das principais ligações, da captação ambiental da reunião ocorrida em 12 de novembro de 2004, os resumos das ligações relacionadas ao objeto da investigação, nos anos de 2004, 2005 e 2006 de CD contendo o áudio das ligações/reunião acima referidas e CD's com os áudios de todo o período investigatório, oriundos do sistema Guardião - SJS/RS.

Importante salientar que todas as interceptações telefônicas e gravação ambiental foram autorizadas pelo juízo criminal competente.

(...)

Quanto às ligações telefônicas havidas entre os réus, é certo que em alguns casos há consulta de preços ou questionamentos em razão de aumento de preço nos postos de combustíveis da cidade de Caxias do Sul. É o que se verifica de trechos de conversas descritas na sentença, dentre outras. No entanto, nada disso comprova cometimento de crime contra ordem econômica, formação de cartel, ou fixação artificial de preços.

Trata-se de mera especulação de mercado, ínsita a este tipo de negócio. Tanto que os aumentos estão justificados pela elevação de preços nas distribuidoras, dentre outros fatores referidos pelos réus, nas próprias conversas interceptadas.

(...)

Assim, ausente prova suficiente à imposição de juízo condenatório, impositiva a absolvição dos apelantes Ademir, Darci, Vilson, Roberto, Deunir e Iur. Mantida, pelos mesmos motivos, a absolvição do apelado Evaristo, questionada pelo Ministério Público.

Rejeitadas as preliminares, dou provimento ao recurso da defesa para absolver Ademir Antônio Onzi, Darci José Tonietto, Vilson Luiz Pioner, Roberto Tonietto, Deunir Luiz Argenta e Iur de Souza Lavratti, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e nego provimento ao recurso ministerial.”

O CADE, por sua vez, tomou conhecimento da sentença de primeiro grau proferida no âmbito da Ação Penal antes mencionada e solicitou ao Juízo competente cópia das provas que instruíram o processo criminal, em especial as gravações das interceptações telefônicas realizadas entre julho de 2004 a abril de 2006, dando andamento ao processo administrativo nº 08012.010215/2007-96.

Da decisão administrativa do CADE, importa transcrever os seguintes trechos do relatório e do voto do relator (PROCADM3, evento 19 – grifos acrescidos):

“RELATÓRIO

(...) 4. Em 26 de abril de 2010, a então Secretaria de Direito Econômico – SDE - tomou conhecimento, pela imprensa, da prolação de sentença de primeira instância condenando diversos dos aqui representados pela prática de cartel no mercado de combustíveis líquidos em Caxias do Sul. Em vistas disso, solicitou ao d. juízo competente cópia das provas que instruíram o processo criminal, incluídas aí as gravações das interceptações telefônicas realizadas entre julho de 2004 a abril de 2006 (fls. 564-567). O pedido foi deferido (fls. 577) e a documentação solicitada autuada em volumes de acesso restrito – mesmo grau de publicidade atribuído pelo juízo que concedeu o empréstimo da prova.

(...) 8. Ainda visando a instrução, a SDE solicitou à ANP, para o período de janeiro de 2004 a dezembro de 2010, informação sobre o preço médio e o volume total de vendas de gasolina no município de Caxias do Sul – RS (fls. 3553-3554).

(...) 10. Testemunhas foram inquiridas conforme transcrições de fls. 5773-5831.

11. Às fls. 5837-5838 houve o encerramento da fase instrutória e a intimação para alegações finais, oferecidas às fls. 5862-5979.

(...)

VOTO

(...) **6. Mérito**

6.1. Da estrutura do cartel e seu modo de operar

(...) 46. De início, informo que considero provada a existência do cartel. A descrição do relatório final da Superintendência-Geral do CADE é rica em detalhes e referência às provas contidas nos autos – sobretudo as interceptações telefônicas e escutas ambientais realizadas com autorização judicial – de modo que merece a pena extensa citação, notando que o ProCADE e o Ministério Público Federal junto ao CADE acompanharam a Superintendência-Geral. (...)

(...) **6.5. Sobre os argumentos de que os diálogos não comprovariam cartelização, mas simples atividade social e/ou associativa da categoria**

(...) 62. No mais, consultar uns e outros para estimar o preço final decorrente de cada aumento é justamente uma das formas de concretização da conduta hipoteticamente descrita no art. 21, I, da Lei N° 8.884/1994:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; [\(Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011\)](#).

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

(...) 71. Não considero, porém, que neste processo os representados lograram alcançar tal prova negativa. Não me convenceu a tese de que as reuniões e diálogos documentados nos autos não se referiam a medidas que visavam o alinhamento artificial de preços e outras ações de restrição à competição. Deste modo, entendo que o ônus acusatório de prova da conduta e objeto restou provado e a desqualificação dos fatos por parte das defesas não teve sucesso. Dada a utilização de códigos para as comunicações, considero, inclusive, que havia ciência da ilicitude dos acordos por parte dos Representados. Fossem diálogos normais do meio empresarial, o recurso a artifício que visava dificultar a compreensão dos diálogos por terceiros não se justificaria. Tampouco

aproveita os representados o fato de o cartel aumentar a intensidade dos diálogos em períodos de aumento de combustíveis nos distribuidores e refinarias. Do ponto de vista econômico, tais aumentos de fornecedores funcionam como fator de desestabilização do pacto colusivo, sendo esperado que nestes períodos os líderes do acordo envidassem esforços para fixação de um novo nível de em patamar supra-competitivo que protegesse artificialmente os padrões de lucratividade esperados pelos membros do cartel. Também nestas épocas se verificavam os esforços de monitoramento, retaliação e/ou ameaça de retaliação. Cartel não exige que o aumento se dê independentemente do incremento dos custos, apenas que os níveis de preços sejam decididos coletivamente e não sob expectativa de ação e reação (competição) que deve caracterizar a ação eficiente dos agentes de mercado – e isto a prova dos autos demonstra ter ocorrido. (...)

8. Conclusão

123. Estes os elementos de decidir, voto pela condenação às sanções especificadas neste voto de todos os representados neste processo administrativo em razão do cometimento das infrações previstas nos arts. 20, I e III e 21, I e II, da Lei nº 8.884/1994.

124. Fixo em 30 dias o prazo para pagamento de multas, a contar da data de intimação da decisão.

125. É o voto.”

Das transcrições acima, verifica-se que o argumento do CADE, no sentido de que se valeu de novas provas para apreciação dos fatos, as quais não teriam sido objeto de análise judicial, não merece prosperar. Conforme restou amplamente demonstrado, em especial pela transcrição de parte do Voto do Conselheiro Relator, as decisões, tanto administrativa como judiciais, foram baseadas nas mesmas provas, ou seja, nas investigações realizadas durante o período de julho de 2004 até o mês de abril de 2006, principalmente as interceptações telefônicas, captação ambiental.

O que ocorreu, no presente caso, foi interpretação diversa sobre os mesmos fatos.

De fato, considerando os termos das já mencionadas decisões judiciais, em especial na Apelação Crime nº 70039426382, pode-se afirmar que não houve a ocorrência material do fato. Após análise das provas colhidas durante as investigações - as quais, como salientado, também serviram de base à decisão administrativa -, a conclusão judicial foi no sentido de que não restou caracterizada a prática de cartel, uma vez que os atos praticados pelos autores e demais envolvidos não caracterizam infração à ordem econômica, tratando-se “*de mera especulação de mercado, ínsita a este tipo de negócio. Tanto que os aumentos estão justificados pela elevação de preços nas distribuidoras, dentre outros fatores referidos pelos réus, nas próprias conversas interceptadas*” (Apelação

Cível nº 70039426382 - vide consulta feita junto ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – www.tjrs.jus.br).

Por essa razão, e pelo fato de que a mesma conclusão foi adotada na decisão proferida na esfera cível, no âmbito da Ação Civil Pública nº 010/1.07.0010427-8, em que Auto Posto Tonolli Ltda. e Tonolli e Cia. Ltda. eram réus, reconheço a existência de coisa julgada material, cuja eficácia impede o reexame da questão.

Nessa linha, uma vez analisados os fatos no âmbito judicial, não se afigura possível ao CADE decidir de forma diversa, já que não poderia rever decisão judicial transitada em julgado.

Com efeito, muito embora o CADE sustente que suas decisões administrativas são de caráter técnico e que “*detém a expertise para fazer a análise de infrações à ordem econômica à luz da sua lei específica, com critérios distintos de avaliação do conjunto probatório existente*” (p. 62, CONT1, evento 62), não pode o referido órgão desconsiderar decisão judicial que já tenha analisado os mesmos fatos, dando-lhes interpretação diversa.

Importa ainda registrar que o respeito à autoridade da coisa julgada está diretamente ligado ao princípio da segurança jurídica e proteção à confiança, ambos consagrados pela Constituição, e que não podem ser desconsiderados sob o argumento de análise técnica por meio de órgão administrativo especializado.

Saliente-se, por oportuno, trecho da obra de J. J. GOMES CANOTILHO a respeito (“*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, p. 250, 1998, Almedina):

“Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conxionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' – legislativo, executivo e judicial.” (grifei)

Cabe igualmente destacar que, de acordo com Sérgio Gilberto Porto, *a coisa julgada material* projeta-se de “*forma pan-processual – externa –*

motivo por que se impõe perante demandas diversas daquela em que se verificou, tornando inadmissível novo exame do assunto e solução diferente a respeito da mesma relação jurídica, seja por outro, seja pelo mesmo juízo que a apreciou” (in Coisa Julgada Civil, Rio de Janeiro, Aide, 1996, p. 55) (grifos ausentes no original).

É o que ocorre no presente caso: a relação jurídica base já foi analisada de modo definitivo na esfera judicial – tanto cível como penal -, que não caracterizou a conduta como prática de cartel ou eliminação da concorrência. Já a decisão que ora se pretende desconstituir foi proferida pelo CADE posteriormente ao trânsito em julgado de ambas as decisões judiciais, o que não se admite, por força da já referida coisa julgada material existente sobre o tema. Reitere-se que a decisão do CADE não abarcou fato novo, que deixasse de estar ao abrigo da análise judicial anterior. Neste ponto, esclareça-se que sequer a alegação de existência de novas provas – o que, aliás, não se verificou no presente caso – poderia autorizar a reanálise administrativa de fatos já submetidos à apreciação judicial.

Nesse sentido, cita-se julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

“MANDADO DE SEGURANÇA – APRECIÇÃO, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA – DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO QUE RECONHECE A INCORPORAÇÃO, À REMUNERAÇÃO DA PARTE IMPETRANTE, DA VANTAGEM PECUNIÁRIA QUESTIONADA PELO TCU – INTEGRAL Oponibilidade da “RES JUDICATA” AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL – INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA – EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” – “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEAT” – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO, NOTADAMENTE EM SEDE ADMINISTRATIVA, DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INADMISSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO, NA VIA ADMINISTRATIVA, DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA – PRECEDENTES – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA MANDAMENTAL DECIDIR, EM ATO SINGULAR, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA – COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA EM SEDE

REGIMENTAL, PELA SUPREMA CORTE (RISTF, ART. 205, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 28/2009) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- O Tribunal de Contas da União não dispõe, constitucionalmente, de poder para rever decisão judicial transitada em julgado (RTJ 193/556-557) nem para determinar a suspensão de benefícios garantidos por sentença revestida da autoridade da coisa julgada (RTJ 194/594), ainda que o direito reconhecido pelo Poder Judiciário não tenha o beneplácito da jurisprudência prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (MS 23.665/DF, v.g.), pois a “res judicata”, em matéria civil, só pode ser legitimamente desconstituída mediante ação rescisória. Precedentes.

- A norma inscrita no art. 474 do CPC impossibilita a instauração de nova demanda para rediscutir a controvérsia, mesmo que com fundamento em novas alegações, pois o instituto da coisa julgada material – considerada a finalidade prática que o informa – absorve, necessariamente, “tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser” (LIEBMAN), mas não o foram.

A autoridade da coisa julgada em sentido material estende-se, por isso mesmo, tanto ao que foi efetivamente arguido pelas partes quanto ao que poderia ter sido questionado, mas não o foi, desde que tais alegações e defesas se contenham no objeto do processo (“tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debebat”). Aplicação, ao caso, do art. 474 do CPC. Doutrina. Precedentes.”

(STF, Ag. Reg. em MS nº 28.572/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 04-12-2012, DJE nº 244, divulgado em 12-12-2012)

Diante dessas considerações, em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada material existente quanto aos fatos que originaram a penalidade objeto de discussão nestes autos, a pretensão formulada no âmbito destes autos merece acolhida para o fim de reconhecer a nulidade das penalidades administrativas impostas aos autores com fundamento no art. 37, I, c/c art. 45 da Lei nº 12.529/2011, fixada em multa equivalente a 15% do faturamento no ramo de atividade no ano anterior ao da instauração do processo administrativo (base ano calendário 2009) ao Posto Tonolli (R\$ 1.300.022,23), e 12,5% da multa imputado ao Posto Tonolli para Paulo Ricardo Tonolli (R\$ 162.502,78), bem como, em consequência, reconhecer a nulidade da penalidade reflexa prevista no art. 10, V, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.847/99.

Prejudicado, em decorrência, o exame das demais questões suscitadas na demanda.

ANTE O EXPOSTO, **julgo procedente a ação**, para o fim de reconhecer a nulidade das penalidades administrativas impostas aos autores com fundamento no art. 37, I, c/c art. 45 da Lei nº 12.529/2011, fixada em multa equivalente a 15% do faturamento no ramo de atividade no ano anterior ao da instauração do processo administrativo (base ano calendário 2009) ao Posto

Tonolli (R\$ 1.300.022,23), e 12,5% da multa imputado ao Posto Tonolli para Paulo Ricardo Tonolli (R\$ 162.502,78), bem como, em consequência, reconhecer a nulidade da penalidade reflexa prevista no art. 10, V, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.847/99, em razão de decisão tomada por órgão colegiado do CADE, que os condenou pela infração prevista nos artigos 20, I, e 21, I e II, da Lei nº 8.884/1994, nos termos da fundamentação.

Arcarão os réus com as custas processuais e com os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora, na proporção de ½ para cada litisconsorte, sendo os honorários fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor do proveito econômico obtido com a demanda, nos termos dos §§ 2º e 3º, III, do art. 85 do CPC/2015.

Espécie sujeita a reexame necessário.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Na hipótese de interposição de recurso de apelação, intime-se a parte contrária para contrarrazoar, querendo, no prazo legal.

Vindas, ou decorrido o prazo, remetam-se ao E. TRF 4ª Região.

Com o trânsito em julgado, proceda-se ao levantamento da caução lavrada no âmbito destes autos.

Documento eletrônico assinado por **ADRIANE BATTISTI, Juíza Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **710002461028v7** e do código CRC **2c0a3642**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ADRIANE BATTISTI

Data e Hora: 07/06/2016 15:28:08

5003101-03.2014.4.04.7119