



COMARCA DE PORTO ALEGRE
15ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL
Rua Manoelito de Ornellas, 50

Processo nº: 001/1.15.0176446-3 (CNJ:.0254933-52.2015.8.21.0001)
Natureza: Ação Coletiva
Autor: Ministério Público
Réu: Abastecedora de Combustíveis SMR Ltda (Posto três Figueiras V)
Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. Roberto José Ludwig
Data: 13/12/2016

Vistos etc.

O **Ministério Público**, pela Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Consumidor, propôs, com base no IC n. 535/2012, a presente **ação coletiva de consumo** em face de Abastecedora de Combustíveis SMR Ltda. (Posto três Figueiras V), pessoa jurídica qualificada no feito.

Narrou ter apurado que a requerida aumentou injustificadamente o preço da gasolina no período de 19.10.2012 a 31.10.2012, elevando a sua margem de lucro em detrimento dos consumidores.

Aduziu que tal conduta configura prática abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 39, incs. V e X) e infração à disciplina legal da defesa da concorrência (art. 36, inc. III, da Lei n. 12.259/2011).

Argumentou que, embora a vigência do regime geral de liberdade de preços, essa elevação de preços carece de justa causa, uma vez que não se demonstrou a ocorrência de desabastecimento ou de reajuste promovido pelas distribuidoras ou ainda outra razão relevante, afora o ganho abusivo.

Pediu a procedência da demanda, para que a ré seja condenada a (a) indenizar os interesses difusos lesados (dano moral coletivo); (b) devolver em dobro dos valores indevidamente cobrados dos consumidores entre os dias 19.10.2012 e 31.10.2012 (sic), na forma do art. 95 do CDC; (c) publicar, às suas expensas, a parte dispositiva da sentença de procedência, sob pena de imposição de multa diária por descumprimento.

Requeru a inversão do ônus da prova.

Juntou documentos e requereu provas.



Citada, apresentou a ré **contestação** (fls. 569-604).

Sustentou que o reajuste de preço se deu em momento de escassez de produto, bem como que, no ano de 2012, houve um aumento nos insumos e nos custos de operação dos postos de combustíveis. Asseverou que fez apenas um pequeno reajuste nos preços da gasolina comum e da aditivada no período em que houve o desabastecimento. Citou os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Alegou a ausência de requisitos para configuração de crime contra a ordem econômica e contra as relações de consumo. Aduziu que os preços foram compatíveis com as margens de mercado, não havendo aumento excessivo e injustificado.

Refutou os pedidos formulados pelo autor e pugnou pela improcedência da demanda.

Combateu a inversão do ônus da prova.

Acostou documentos.

Houve **réplica** (fls. 803-806v).

Em saneamento e organização do feito, foram instadas as partes a especificarem provas de seu interesse, observada a distribuição do ônus da prova (fl. 807), tendo o autor pugnado pelo julgamento do feito no estado em que se encontra (fl. 809); a ré silenciou.

Vieram-me os autos conclusos.

É O RELATO.

PASSO A DECIDIR.

Cabível o pronto julgamento do feito, ante a natureza da controvérsia e a documentação já inserida nos autos, o que possibilita a solução da lide, que versa sobre matéria eminentemente de direito, a partir de fatos documentados e/ou incontroversos.

Além disso, as partes não demonstraram efetivo interesse na dilação probatória.

Não há preliminares, nem nulidades a serem sanadas, de modo que se faz cabível o exame imediato do mérito.



Embora viável em tese, entendo que não procede, no mérito, a demanda.

Ainda que incidente a norma de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6, inc. VIII),¹ incumbe ao autor da ação o encargo de trazer elementos probatórios mínimos² para satisfação do pressuposto legal da mencionada inversão, que é o padrão de verossimilhança da alegação, segundo as regras ordinárias de experiência.

Por isso, a norma inversora não autoriza que se atribua ao demandado a chamada prova diabólica, ou a prova negativa diante de alegações fáticas aleatórias ou despidas de mínimo suporte de contato com a realidade da experiência.

No caso vertente, reputo inatingido o padrão de verossimilhança referido.

Com efeito, alega o Ministério Público que, em sede de inquérito civil, foi constatado o reajuste injustificável dos preços da gasolina comum e da gasolina aditivada comercializados pela ora ré durante o período compreendido entre 19.10.2012 e 31.10.2012.

Ora, o critério adotado, confessadamente, pelo *Parquet* consiste na margem bruta de lucro, a qual teria registrado, no referido lapso temporal, incrementos de até 20,1% na gasolina.

De fato, a tabela inserida na inicial (fl. 04) expressamente discrimina a variação da margem bruta de lucro (MBL).

A ré não contesta que houve uma flutuação dessa margem, mas controverte a validade do próprio critério eleito para determinar se tal conduta caracteriza prática abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 39, incs. V e X) e/ou infração à disciplina legal da defesa da concorrência (art. 36, inc. III, da Lei n. 12.259/2011).

Assiste razão à demandada.

O conceito de margem bruta de lucro durante períodos

¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

² Ação coletiva de consumo objetivando a redução dos preços da comercialização dos combustíveis por aumento arbitrário dos lucros. Lucro médio bruto. Preço de combustíveis em cidades análogas. A insuficiência da prova dos fatos da pretensão coletiva, cujo ônus incumbe ao órgão demandante, justifica a improcedência da ação. (Apelação Cível Nº 70047303136, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 18/04/2012).



escolhidos aleatoriamente parece inapropriado para servir de critério jurídico para aquela finalidade, porquanto não representa, do ponto de vista da economia, um parâmetro confiável para medir a desproporção entre o comportamento esperado do preço de uma mercadoria em particular de acordo com os fatores corriqueiros de uma ordem econômica normal – leia-se livre, embora regulamentada dentre dos limites postos pela Constituição – e aquele ditado por fatores de distorção da concorrência e do processo ordinário de formação de preços, tais como os introduzidos por dominação de mercado, cartéis, entre outros.

O motivo principal da inadequação foi tangenciado pela ré: economicamente, a margem bruta de lucro despreza fatores que necessariamente ingressam no cálculo do lucro líquido efetivo de um estabelecimento durante um determinado período ou de uma operação em especial, que são os custos específicos do estabelecimento (ou de determinada operação comercial) e as variações de custos no tempo e espaço.

Juridicamente, desde a Lei da Economia Popular, o legislador vinha optando pelo conceito de lucro líquido como parâmetro para definição do abuso no que tange à fixação de preços,³ mas a mais recente linha de normatividade prefere operar as questões atinentes à ordem econômica com um tratamento sistemático, envolvendo aspectos preventivos (além de repressivos) e orientada pelas diretrizes constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico.

Nessa visão mais sistêmica, passa à frente a proteção da concorrência, ao invés da ideia do controle de preços de mercadorias, conceito abandonado após experiências autoritárias frustradas em diversos planos governamentais.⁴

Da mesma forma, a defesa objetiva e sistêmica da concorrência apresenta potencialidade de proteção mais eficaz que a tendência antiga, de viés jurídico-moral, de sancionar (inclusive

3 LEI Nº 1.521, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.

Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

(...)

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, **lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.**

4 LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e 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.



criminalmente) atos isolados como “aumento arbitrário dos lucros” ou “cobrança de juros usurários”.

Isso não significa que o sancionamento de condutas deva ser desprezado como inatingível. Ao contrário, há previsão específica no sentido de que essa medida persiste indispensável para o atingimento das finalidades protetivas em tela.

Porém, para tanto devem ser tratados os problemas verificados na relação entre conceitos científicos e normativos. É preciso equacionar as assimetrias entre conceitos econômicos/contábeis e os jurídicos.

Veja-se, por exemplo, o problema relativo ao conceito de lucro. O Estado, através dos seus órgãos legislativos e fiscais, elegeu o lucro líquido anual (e não a margem bruta de um período aleatório qualquer) para medir a potencialidade econômica que está na base da contribuição social para o financiamento da seguridade social (CSLL),⁵ a qual se pauta pelo resultado de um exercício definido, a saber, considera custos variáveis dentro de um lapso definido e mais amplo.

Isso não impede de o legislador construir conceitos como o lucro presumido ou fictício, com a finalidade de mensurar a capacidade contributiva de empresas.⁶

Contudo, a liberdade normativa apresenta limites.

Não se admite um descolamento integral entre conceito técnico e o normativo, sob pena de incursão em arbitrariedade na intervenção.

O risco de atuação estatal arbitrária deve ser expurgado num Estado de Direito Democrático, por mais nobres que sejam os motivos, ligados à tutela dos relevantes direitos coletivos de consumidores. E o zelo contra a arbitrariedade deve ser objeto de maior atenção em face de

5 LEI Nº 7.689, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1988.(...)

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

6 “Para fins da legislação do imposto de renda, a expressão “lucro real” significa o próprio lucro tributável, e distingue-se do lucro líquido apurado contabilmente. De acordo com o art. 247 do RIR/1999, lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação fiscal. A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das leis comerciais.”

Fonte:

(http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipj2014/Capitulo_VI_IRPJ_LucroReal2014.pdf)



intervenção revestida de gravidade.

Não há dúvida de que neste feito se cogita de uma grave intervenção estatal na economia, porquanto se trata de preços praticados em regime de liberdade, dentro da lei da oferta e da demanda, enquanto que o órgão estatal ministerial arroga para o Estado o direito de reputar ilícitos tais preços e de atribuir sanções onerosas e abrangentes à conduta do agente econômico.

Aqui ingressa o aspecto central da discussão a ser feita nesta espécie de demanda, a saber, se a proposta de intervenção estatal – realizada neste caso pelo Estado-Juiz – encontra ancoradouro nos permissivos constitucionais.

Tenho que não.

A um, porque a relevância dos princípio da liberdade de iniciativa e de concorrência exige, para a sua restrição com base no bem coletivo geral da proteção dos consumidores,⁷ elevada carga de certeza nas premissas epistêmicas levadas em consideração para apuração do alegado abuso, que justificaria o sancionamento estatal da conduta.

Trata-se, com efeito, de exigência formulada pela própria estrutura da ponderação entre princípios colidentes.⁸

E não pode haver dúvida da elevada importância do princípio geral da liberdade, direito fundamental⁹ que é, assim como da liberdade de iniciativa,¹⁰ expressão setorial daquela primeira no âmbito da

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

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

8 Esta exigência encontra-se expressa no que Robert Alexy formulou como segunda lei da ponderação, que qualificou de epistêmica, com a seguinte redação: “Quanto mais grave pesar uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.” ALEXY, Robert. *A fórmula peso*. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 150.

9 CF/88.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

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



regulação da economia.

A dois, porque, como acima demonstrado, não há tal grau de certeza quanto à premissa de que, segundo o critério da variação temporária de margem de lucro bruto, pode ser apurado abuso de preço ou outra violação da ordem de defesa do consumidor ou da livre concorrência.

Daí que não alcança o patamar mínimo de evidência a assertiva fática, posta como premissa na exordial, de que a ré lançou mão de incremento de preços de forma abusiva, com o único propósito de majorar a sua margem de lucro, sem correspondência com fatores sazonais ou momentâneos de alta geral de preços.

Assim, como já concluíra este mesmo órgão judiciário em caso similar, impõe-se a improcedência da demanda.¹¹

No mesmo diapasão ressoa a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado.¹²

11 "A prova documental contida nos autos, muito embora farta, não comprova a suposta conduta abusiva praticada pela ré de aumento artificial do preço do combustível nesta Capital, em detrimento da concorrência, e, por conseguinte, dos consumidores desta região.

É cediço que os preços variam de acordo com o número de produtos disponíveis no mercado, bem como do número de consumidores dispostos a adquiri-los, assim sobrevive a sociedade de consumo capitalista.

Ademais, a suposta abusividade de preço praticado pelo fornecedor não pode ser verificada pela mera constatação do lucro bruto daqueles, uma vez que as despesas de comercialização (salários e encargos sociais, seguros, impostos e contribuições sociais, energia elétrica, locação e outras despesas gerais) são variáveis a ser levada em consideração no ganho de cada estabelecimento. Em síntese, apenas o lucro líquido pode refletir com precisão o lucro auferido pelo posto combustível."

(PROCESSO Nº 001/1.13.0138551-5. Prolatora: DÉBORA KLEEBANK; DATA DA SENTENÇA: 11 DE MARÇO DE 2014.)

12 Ementa: AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. LUCRO ABUSIVO. VENDA DE GASOLINA. POSTO DE COMBUSTÍVEL. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA E AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NÃO CARACTERIZADA. Negado provimento ao agravo retido. Não há cerceamento de defesa quando, motivadamente, o Juízo indefere o pedido de produção de provas não essenciais ao deslinde da causa. A tese autoral funda-se excepcionalmente no critério da margem bruta de lucro para aferição da abusividade suscitada. Ocorre que a Lei nº 8.884/94 - cujos dispositivos hoje se encontram revogados e, em parte, reprisados na nova Lei nº 12.529/2011 -, não aponta em seu texto que, de fato, seja este o caminho para a constatação de infrações a ordem econômica. Nem mesmo conforme o critério pretendido pela apelante restou cabalmente demonstrada a prática ilícita do réu. Em nosso Estado, por força da Constituição Federal, vigora o regime da livre iniciativa (art. 170, CF), justificando-se a interferência estatal somente por "imperativos da segurança nacional" ou relevante interesse coletivo (art. 173, CF). Como se sabe, no Brasil, consagrou-se o regime de liberdade de preços no que concerne à produção e comercialização de combustíveis, consagrado no texto vigente da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo). Assim sendo, qualquer pretensão de intervenção econômica, em especial pela via do Poder Judiciário, deve se realizar cum grano salis, sob pena de violação direta ao texto Constitucional e aos princípios que regem a ordem econômico-financeira de nosso país. Somente quando efetivamente constatada a existência de abuso de poder econômico ou outra infração ao direito concorrencial, à ordem econômica, é que tal intervenção se justifica. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70047692918, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 19/06/2012)



DISPOSITIVO

Isso posto, com fundamento no artigo 269, inc. I, do Código de Processo Civil, **julgo improcedente a demanda.**

O Ministério Público, na ação civil pública, atuando como substituto processual da sociedade, está isento do pagamento das custas, despesas e honorários profissionais na exata interpretação dos artigos 17 e 18 da Lei nº 7.347/85, e ao artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Demais diligências legais.

Havendo interposição de apelação no prazo recursal, intime-se o apelado, para, querendo, oferecer contrarrazões; após, nada

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. FORMAÇÃO DE CARTEL. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA NÃO CARACTERIZADA. Não restando evidenciado o ajuste de preços entre os proprietários de postos de combustíveis, de modo a artificialmente maximizar seus lucros, em detrimento da concorrência e, por conseguinte, prejudicando o consumidor, a manutenção da sentença de improcedência dos pedidos é medida que se impõe. APELO DESPROVIDO.

(Apelação Cível Nº 70046472734, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 25/04/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMBUSTÍVEIS. AUSÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA ABUSIVA DE PREÇO NO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. LIMITAÇÃO DA MARGEM DE LUCRO. AFASTAMENTO. Hipótese em que a prova colhida não foi conclusiva o suficiente a ponto de imputar ao estabelecimento demandado que estivesse exercendo suas atividades com a prática de preço abusivo no fornecimento de combustíveis e mediante a formação de cartel, ônus processual do qual o autor não se desincumbiu a contento, na forma do art. 333, I, do CPC. Ausência de demonstração de violação à ordem econômica e à livre concorrência, descaracterizando a imposição de limite da margem de lucro bruta auferida. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70044168557, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 14/12/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. MARGEM DE LUCRO BRUTO DE POSTO DE COMBUSTÍVEL. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE. LIVRE CONCORRÊNCIA. 1. O mercado brasileiro de combustíveis é marcado pela liberdade de preços, não cabendo ao Estado intervir, "a priori", no preço praticado pelos agentes econômicos da cadeia, à exceção de condições excepcionais. Nada impede, todavia, o controle posterior de eventual abusividade, pois há ampla proteção legal ao consumidor. 2. Caso em que a prova dos autos indica que o preço praticado pela ré, revendedora de combustíveis estabelecida no Município de São Gabriel, não se mostra abusivo quando comparado com o mercado de cidades semelhantes. 3. É sabido que injustificado tabelamento de preços atrofia a iniciativa privada, produz desemprego e dependência perante o Estado, características típicas de nações subdesenvolvidas; ausente qualquer comprovação de abuso no preço praticado, a medida deve ser evitada, privilegiando-se a livre iniciativa, princípio da ordem econômica (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal). 4. A prova existente nos autos não foi suficiente ao ponto de imputar ao réu a prática da abusividade do preço do combustível, além da formação de cartel. APELO E AGRAVO RETIDO DESPROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70046681003, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 28/03/2012)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



mais ensejando intervenção do juízo de primeiro grau, remeta-se ao TJRS; não havendo interposição de recurso, certifique-se o trânsito em julgado e, uma vez recolhidas eventuais custas, archive-se com baixa.

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2016.

Roberto José Ludwig,
Juiz de Direito