



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2081262 - RS (2022/0252631-6)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
RECORRENTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE
RECORRIDO : AUTO POSTO TONOLLI LTDA
RECORRIDO : PAULO RICARDO TONOLLI
ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475
ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485
YURI LUNA DIAS - MG134148
KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026
JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE ANDRADE - MG146823
GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO - MG146792
MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406
CLARISSA CORTE ROSA - MG134255
AGRAVANTE : AUTO POSTO TONOLLI LTDA
AGRAVANTE : PAULO RICARDO TONOLLI
ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475
ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485
YURI LUNA DIAS - MG134148
KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026
JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE ANDRADE - MG146823
GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO - MG146792
MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406
CLARISSA CORTE ROSA - MG134255
AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
AGRAVADO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL. OFENSA AOS ARTS. 489, § 1º, III, IV E VI, E 1.022, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 20, I E III, 21, I E II, DA LEI N. 8.884/1994. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, V, § 2º, DA LEI N. 9.847/1999 E 50 DA LEI N. 8.884/1994. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULAS Ns. 283/STF e 284/STF. PRINCÍPIO DA RELATIVA INDEPENDÊNCIA ENTRE ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL POR FALTA DE PROVAS. VIABILIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER SANCIONATÓRIO PELA AUTARQUIA ANTITRUSTE. INTELIGÊNCIA

DOS ARTS. 66 do Código de Processo Penal, 935 do Código Civil de 2002, 125 da Lei n. 8.112/1990, 19 E 29 da LEI N. 8.884/1994, E 35 E 47 DA LEI N. 12.529/2011. IMPROCEDÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA. regime da *RES JUDICATA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS*. APLICAÇÃO DO ART. 16 DA LEI N. 7.347/1985. RECURSO ESPECIAL DA ANP NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DO CADE CONHECIDO Em parte e, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II – Ausente ofensa aos arts. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II, do CPC/15, uma vez que a Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes.

III – A falta de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal *a quo*, não obstante oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211/STJ.

IV – Considera-se deficiente a fundamentação quando apresentadas razões recursais dissociadas dos fundamentos utilizados pela Corte de origem ou não apontado o dispositivo de lei federal violado pelo acórdão recorrido, bem como em hipótese na qual a tese invocada pelo recorrente não encontra amparo no preceito legal tido por contrariado, circunstâncias que atraem, por analogia, os óbices contidos nas Súmulas ns. 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal.

V – À vista do princípio da relativa independência entre as instâncias de responsabilização consagrado nos arts. 66 do Código de Processo Penal, 935 do Código Civil de 2002 e 125 da Lei n. 8.112/1990, ressalvada a prevalência da jurisdição criminal quanto à afirmação categórica acerca da inocorrência da conduta, ou, ainda, quando peremptoriamente afastada a contribuição do agente para sua prática, as conclusões levadas a efeito em âmbito criminal não reverberam sobre as atribuições da autarquia antitruste, viabilizando-se, por isso, a submissão de idêntico acervo probatório ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para exame dos pressupostos indispensáveis à apuração de condutas anticoncorrenciais. Inteligência dos arts. 19 e 29 da Lei n. 8.884/1994, e 35 e 47 da Lei n. 12.529/2011.

VI – O art. 16 da Lei n. 7.347/1995, excepcionando parcialmente o regramento *pro et contra* estampado no art. 502 do CPC/2015, institui o regime jurídico da *res judicata secundum eventum probationis*, de modo a assentar a ausência de formação de coisa julgada quando, não obstante apreciado o mérito da ação civil pública, a sentença de improcedência é fundada em insuficiência probatória, hipótese na qual exigida apresentação de prova nova tão somente como requisito de ulterior demanda coletiva aviada por outros legitimados, regra não extensível à análise do mesmo contexto fático pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

VII – Malgrado a incorreção do entendimento abraçado pelo tribunal de origem, descabe acolher integralmente a pretensão recursal quando as instâncias ordinárias não examinaram todas as causas de pedir formuladas na petição inicial para o acolhimento do pedido anulatório, sendo inviável a esta Corte apreciá-las nesta fase processual, porquanto, afora a ausência do necessário prequestionamento, entendimento diverso implicaria evidente supressão de instância, impondo-se, portanto, o retorno dos autos à origem para novo julgamento.

VIII – Recurso Especial da ANP não conhecido. Recurso Especial do CADE conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA, por unanimidade, não conhecer do

recurso especial da ANP e conhecer parcialmente do recurso do CADE e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues (Presidente) e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 21 de novembro de 2023.

REGINA HELENA COSTA

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 2.081.262 - RS (2022/0252631-6)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
RECORRENT : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS
E NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS
RECORRENT : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
E ECONÔMICA-CADE
RECORRIDO : AUTO POSTO TONOLLI LTDA
RECORRIDO : PAULO RICARDO TONOLLI
ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475
ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485
YURI LUNA DIAS - MG134148
KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026
JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE
ANDRADE - MG146823
GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO -
MG146792
MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406
CLARISSA CORTE ROSA - MG134255
AGRAVANTE : AUTO POSTO TONOLLI LTDA
AGRAVANTE : PAULO RICARDO TONOLLI
ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475
ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485
YURI LUNA DIAS - MG134148
KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026
JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE
ANDRADE - MG146823
GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO -
MG146792
MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406
CLARISSA CORTE ROSA - MG134255
AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS
NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS
AGRAVADO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA-CADE

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (RELATORA):

Trata-se de Recursos Especiais interpostos pelo **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE** e pela **AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS – ANP** contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento

de Apelações e Reexame Necessário, assim ementado (fls. 12.336/12.337e):

AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP. FORMAÇÃO DE CARTEL. NÃO RECONHECIDA. PENALIDADES AFASTADAS. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CAUSA COMPLEXA.

1. A tipificação da conduta dos autores, de acordo com decisão administrativa, encontra-se fundamentada nos inc. I e III do art. 20 e inc. I e II do art. 21, todos da L 8.884/1994.
2. As atribuições do CADE são administrativas e não se confundem com a atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário.
3. O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado a independência entre as instâncias administrativa, civil e penal, salvo se verificada absolvição criminal por inexistência do fato ou negativa de autoria.
4. Os fatos objeto do processo administrativo 08012.010215/2007-96 foram de modo prévio analisados judicialmente, tanto por meio de ação penal como por meio de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, e foram considerados insuficientes para a condenação.
5. Trata-se de causa complexa em que se discute a nulidade de penalidades administrativas impostas pelo Cade, cujo resultado poderia implicar severos prejuízos aos autores ou mesmo o encerramento de suas atividades. Sem prejuízo, trata-se de ação que discute temas especializados de Direito da Concorrência em que se exigiu análise de processo administrativo, além de processo criminal e ação civil pública, sendo que o trabalho desenvolvido pelos advogados dos autores exigiu grande preparo e estudo, sendo eles especializados em direito da concorrência, inclusive com doutorado na área.

Opostos sucessivos Embargos Declaratórios, foram rejeitados (fls. 12.429/12.432e e 12.565/12.569e).

Nas razões recursais da **ANP** (fls. 12.403/12.420e), com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, sustenta-se contrariedade aos preceitos normativos abaixo indicados, sob os seguintes fundamentos:

i) Arts. 489, § 1º e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015: a despeito da oposição de recurso integrativo, o tribunal de origem não apreciou a tese segundo a qual a revogação do registro é atividade vinculada da **ANP** quando sobrevém decisão do **CADE** reconhecendo a prática de infração à ordem econômica;

ii) Arts. 20, I e III, 21, I e II, da Lei n. 8.884/1994, e 10, V, § 2º, da Lei n. 9.847/1999: a absolvição no âmbito criminal fundada em interpretação de fatos, bem como a improcedência de ação civil pública na qual ausente integração do **CADE** ao contraditório, não induzem coisa julgada apta a afastar a possibilidade de exercício das atribuições da autarquia antitruste. Assim, uma vez comprovada a prática de infração à ordem econômica, de rigor a revogação da autorização para o exercício de atividade relativa à indústria de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis.

Por sua vez, no Recurso Especial do **CADE** (fls. 12.446/12.478e), com amparo no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, aponta-se, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

i) Arts. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015: há omissões no acórdão recorrido, não sanadas no julgamento dos Embargos Declaratórios, notadamente quanto à tese de independência entre as instâncias civil, penal e administrativa, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na legislação, o que poderia redundar em desfecho diverso do alcançado pelas instâncias ordinárias;

ii) Arts. 935 do Código Civil de 2002, 16 da Lei n. 7.347/1985, 66 do Código de Processo Penal, 124 e 125 da Lei n. 8.112/1990, e 50 da Lei n. 8.884/1994: as decisões prolatadas no processo civil coletivo e no processo penal não induzem coisa julgada para o âmbito administrativo,

ressalvada a hipótese de reconhecimento de inexistência material do fato ou de sua autoria, razão pela qual as decisões transitadas em julgada na Ação Penal n. 010.2.07.000.52097 e na Ação Civil Pública n. 010.1.07.0010427-8 não obstam o exercício das atribuições da autarquia de defesa da concorrência previstas na Lei Antitruste, viabilizando-se, por conseguinte, juízo condenatório relativamente às infrações à ordem econômica constantes da Lei n. 8.884/1994. Desse modo, como “[a]s improcedências dos pedidos formulados no bojo da ação civil pública e da ação criminal não se deram por negativa da existência do fato, nem por negativa da autoria, mas por insuficiência de provas a caracterizar o ilícito (atipicidade da conduta), não é admissível a comunicação entre a instância administrativa e as instâncias judiciais” (fl. 12.470e), de modo que, “em homenagem à independência das instâncias, o acórdão condenatório proferido pelo Plenário do Tribunal Administrativo do CADE não merecia ser anulado pelo acórdão recorrido, razões que justificam sua reforma” (fl. 12.470e).

A **ANP** interpôs novo Recurso Especial às fls. 12.540/12.547e, insurgência não conhecida pelo Sr. Vice-Presidente do tribunal de origem em razão da preclusão consumativa (fl. 12.676e).

De outra parte, o Recurso Especial de **AUTO POSTO TONOLLI LTDA. e PAULO RICARDO TONOLLI** foi inadmitido (fls. 12.671/12.674e), sobrevindo interposição de Agravo (fls. 12.712/12.719e), o qual não foi conhecido mediante decisão monocrática (fls. 12.788/12.791e), ulteriormente mantida por esta 1ª Turma (fls. 12.827/12.828e; e 12.860/12.867e).

Com contrarrazões (fls. 12.631/12.651e), os demais recursos foram inadmitidos (fls. 12.678/12.681e e 12.683/12.686e), tendo sido interpostos Agravos nos próprios autos (fls. 12.694/12.701e e 12.737/12.752e), posteriormente convertidos em Recursos Especiais (fls. 12.788/12.791e).

O Ministério Público Federal se manifestou, na qualidade de

Superior Tribunal de Justiça

custos iuris, opinando pelo parcial provimento dos recursos (fls. 12.793/12.806e).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.081.262 - RS (2022/0252631-6)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENT : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS
E
NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
RECORRENT : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
E
ECONÔMICA-CADE
RECORRIDO : AUTO POSTO TONOLLI LTDA
RECORRIDO : PAULO RICARDO TONOLLI
ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475
ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485
YURI LUNA DIAS - MG134148
KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026
JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE
ANDRADE - MG146823
GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO -
MG146792
MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406
CLARISSA CORTE ROSA - MG134255
AGRAVANTE : AUTO POSTO TONOLLI LTDA
AGRAVANTE : PAULO RICARDO TONOLLI
ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475
ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485
YURI LUNA DIAS - MG134148
KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026
JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE
ANDRADE - MG146823
GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO -
MG146792
MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406
CLARISSA CORTE ROSA - MG134255
AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS
NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
AGRAVADO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA-CADE

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL. OFENSA AOS ARTS. 489, § 1º, III, IV E VI, E 1.022, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 20, I E III, 21, I E II, DA LEI N. 8.884/1994. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, V, § 2º, DA LEI N. 9.847/1999 E 50 DA LEI N. 8.884/1994. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULAS NS. 283/STF E 284/STF. PRINCÍPIO DA RELATIVA INDEPENDÊNCIA ENTRE ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL POR FALTA DE PROVAS. VIABILIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER SANCIONATÓRIO PELA AUTARQUIA ANTITRUSTE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 66 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 935 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, 125 DA LEI N. 8.112/1990, 19 E 29 DA LEI N. 8.884/1994, E 35 E 47 DA LEI N. 12.529/2011. IMPROCEDÊNCIA DE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA. REGIME DA RES JUDICATA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS. APLICAÇÃO DO ART. 16 DA LEI N. 7.347/1985. RECURSO ESPECIAL DA ANP NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DO CADE CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II – Ausente ofensa aos arts. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II, do CPC/15, uma vez que a Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes.

III – A falta de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal *a quo*, não obstante oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211/STJ.

IV – Considera-se deficiente a fundamentação quando apresentadas razões recursais dissociadas dos fundamentos utilizados pela Corte de origem ou não apontado o dispositivo de lei federal violado pelo acórdão recorrido, bem como em hipótese na qual a tese invocada pelo recorrente não encontra amparo no preceito legal tido por contrariado, circunstâncias que atraem, por analogia, os óbices contidos nas Súmulas ns. 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal.

V – À vista do princípio da relativa independência entre as instâncias de responsabilização consagrado nos arts. 66 do Código de Processo Penal, 935 do Código Civil de 2002 e 125 da Lei n. 8.112/1990, ressalvada a prevalência da jurisdição criminal quanto à afirmação categórica acerca da inocorrência da conduta, ou, ainda, quando peremptoriamente afastada a contribuição do agente para sua prática, as conclusões levadas a efeito em âmbito criminal não reverberam sobre as atribuições da autarquia antitruste, viabilizando-se, por isso, a submissão de idêntico acervo probatório ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para exame dos pressupostos indispensáveis à apuração de condutas anticoncorrenciais. Inteligência dos arts. 19 e 29 da Lei n. 8.884/1994, e 35 e 47 da Lei n. 12.529/2011.

VI – O art. 16 da Lei n. 7.347/1995, excepcionando parcialmente o regramento *pro et contra* estampado no art. 502 do CPC/2015, institui o regime jurídico da *res judicata secundum eventum probationis*, de modo a assentar a ausência de formação de coisa julgada quando, não obstante apreciado o mérito da ação civil pública, a sentença de improcedência é fundada em insuficiência probatória, hipótese na qual exigida apresentação de prova nova tão somente como requisito de ulterior demanda coletiva aviada por outros legitimados, regra não extensível à análise do mesmo contexto fático pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

VII – Malgrado a incorreção do entendimento abraçado pelo tribunal de origem, descabe acolher integralmente a pretensão recursal quando as instâncias ordinárias não examinaram todas as causas de pedir formuladas na petição inicial para o acolhimento do pedido anulatório,

sendo inviável a esta Corte apreciá-las nesta fase processual, porquanto, afora a ausência do necessário prequestionamento, entendimento diverso implicaria evidente supressão de instância, impondo-se, portanto, o retorno dos autos à origem para novo julgamento.

VIII – Recurso Especial da ANP não conhecido. Recurso Especial do CADE conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.081.262 - RS (2022/0252631-6)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENT : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS
E
NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
RECORRENT : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
E
ECONÔMICA-CADE
RECORRIDO : AUTO POSTO TONOLLI LTDA
RECORRIDO : PAULO RICARDO TONOLLI
ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475
ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485
YURI LUNA DIAS - MG134148
KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026
JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE
ANDRADE - MG146823
GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO -
MG146792
MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406
CLARISSA CORTE ROSA - MG134255
AGRAVANTE : AUTO POSTO TONOLLI LTDA
AGRAVANTE : PAULO RICARDO TONOLLI
ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475
ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485
YURI LUNA DIAS - MG134148
KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026
JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE
ANDRADE - MG146823
GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO -
MG146792
MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406
CLARISSA CORTE ROSA - MG134255
AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS
NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
AGRAVADO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA-CADE

VOTO

**A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA
HELENA COSTA (RELATORA):**

De acordo com o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, destaco a inocorrência de contrariedade aos arts. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015,

uma vez que o tribunal de origem analisou detidamente a tese de ausência de vinculação do **CADE** às sentenças transitadas em julgado prolatadas na Ação Penal n. 010.2.07.000.52097 e na Ação Civil Pública n. 010.1.07.0010427-8, concluindo, no entanto, ser inviável, à vista das particularidades do caso, juízo condenatório em âmbito administrativo quando idênticos fatos apreciados pela autarquia antitruste foram objeto de prévio escrutínio judicial, notadamente em hipótese na qual não constatada a existência de cartel para revenda de combustíveis no Município de Caxias do Sul/RS (fls. 12.351/12.352e e 12.431/12.432e).

Assim, o tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, de modo que ausente a apontada negativa de prestação jurisdicional.

Passo, então, ao exame da admissibilidade dos recursos.

I. Admissibilidade do Recurso Especial da ANP

Inicialmente, quanto à suscitada ofensa aos arts. 20, I e III, 21, I e II, da Lei n. 8.884/1994, verifico que a insurgência carece de prequestionamento, porquanto, a despeito da menção aos citados preceitos legais versando sobre a qualificação de ações concertadas entre agentes privados como espécie de infração à legislação de defesa da concorrência, a matéria não foi analisada pelo tribunal de origem, o qual se limitou a reconhecer a existência de coisa julgada a obstar a incursão do **CADE** acerca da suposta prática de cartel.

Com efeito, o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados.

No caso, malgrado a oposição de Embargos Declaratórios, o tribunal de origem não analisou, ainda que implicitamente, a aplicação dos supracitados preceitos legais, incidindo, na espécie, o óbice contido na Súmula n. 211 desta Corte, a teor do qual "[i]nadmíssível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

A respeito do indicado malferimento ao art. 10, V, § 2º, da Lei n. 9.847/1999, atinente à penalidade de revogação da autorização para o exercício de atividade ligada à indústria de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis, o tribunal a quo se manifestou nos seguintes termos (fl. 12.352e):

A ANP afirma que sua participação em penalidade prevista no inc. V e §§ 1º e 2º do art. 10 da L 9.847/1999 seria meramente homologatória, sem realizar qualquer tipo de juízo a respeito da infração.

Por essa razão não teria legitimidade passiva para a causa. Entretanto, a homologação de procedimento administrativo encerra em si o juízo de deliberação – em que se afere a regularidade e legalidade do procedimento administrativo – o que é suficiente para a legitimação da ANP para a causa. O recurso não deve ser provido no ponto.

Entretanto, a parte Recorrente deixou de impugnar fundamento suficiente do acórdão recorrido, alegando, tão somente, a viabilidade de aplicação da sanção quando reconhecida a prática de cartel pela autarquia federal de defesa da concorrência.

Desse modo, as razões recursais se encontram dissociadas daquilo que restou decidido pela Corte de origem, o que caracteriza deficiência na fundamentação do Recurso Especial e atrai, por analogia, os óbices das Súmulas ns. 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal, as quais dispõem, respectivamente: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”; e “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Por fim, relativamente à alegação de independência entre as órbitas administrativa, civil e criminal, de sorte a viabilizar a condenação imposta pelo **CADE** a despeito do trânsito em julgado de demandas judiciais acerca do mesmo quadro fático, observo a ausência de apontamento do dispositivo de lei federal supostamente violado pelo acórdão recorrido, circunstância a admitir a incidência da orientação contida na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal (cf. AgRg no AREsp n. 438.526/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES,

PRIMEIRA TURMA, j. 5.8.2014, DJe 8.8.2014; e AgRg nos EDcl no AREsp n. 87.521/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 4.4.2013, DJe 10.5.2013).

II. Admissibilidade do Recurso Especial do CADE

A tese segundo a qual o **CADE** pode aplicar sanções fundadas na Lei Antitruste, conquanto julgadas improcedentes ação civil pública e ação penal com idêntico conjunto de fatos, não encontra amparo no art. 50 da Lei n. 8.884/1994, que versa sobre a definitividade das condenações proferidas pela autarquia concorrencial no âmbito do Poder Executivo, impedindo, por conseguinte, a apreciação da contrariedade ao indicado preceito normativo, aplicando-se ao ponto a exegese extraída da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal (cf. AgRg no AREsp n. 385.170/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 5.8.2014, DJe 8.8.2014; AgRg no REsp n.1.369.630/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22.10.2013, DJe 20.11.2013).

Da mesma maneira, o Recurso Especial não pode ser conhecido com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, pois a parte recorrente deixou de indicar os dispositivos legais que teriam sido interpretados de forma divergente pelos acórdãos confrontados, o que caracteriza deficiência na fundamentação recursal e atrai, uma vez mais, a aplicação analógica da diretriz estampada na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal (cf. AgRg no REsp n. 1.346.588/DF, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, j. 18.12.2013, DJe 17.3.2014).

As demais questões federais debatidas foram satisfatoriamente prequestionadas, estando o Recurso Especial hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada nas razões recursais não demanda reexame fático-probatório, pois todos os aspectos factuais e processuais estão clara e

suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anote-se ter a Corte a *qua* dirimido a controvérsia com arrimo em fundamentos infraconstitucionais.

III. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Na origem, **PAULO RICARDO TONOLLI** e **AUTO POSTO TONOLLI LTDA.**, ora Recorridos, ajuizaram demanda buscando a anulação da condenação imposta pelo **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE** no Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96 pela prática de infrações concorrenciais descritas nos arts. 20, I e III, e 21, I e II, da Lei n. 8.884/1994, e da correlata penalidade de revogação da autorização para exercer atividade de posto de combustíveis, aplicada pela **AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP** com amparo no art. 10, V, § 2º, da Lei n. 9.847/1999 (fls. 4/85e).

Segundo se extrai da inicial, foram formuladas diversas causas de pedir para fundamentar o pleito anulatório, quais sejam: *i*) cerceamento de defesa durante o trâmite do mencionado processo administrativo; *ii*) afronta à coisa julgada formada na Ação Penal n. 010.207.000.52097 e na Ação Civil Pública n. 010.1.07.001043-59; *iii*) ausência de provas do abuso de poder econômico e do prejuízo causado aos consumidores; *iv*) inconstitucionalidade da aplicação da teoria do ilícito pelo objeto; *v*) ilegalidade da atualização do faturamento anual para cálculo da multa, inclusive em razão de seu perfil confiscatório; e *vi*) desproporcionalidade da revogação da autorização de funcionamento.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, tendo o juízo da 3ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS apontado a inviabilidade de o **CADE** reconhecer a existência de cartel, condenando os Recorridos por violação às infrações à ordem econômica descritas nos arts. 20, I e III, e 21, I e II, da Lei n. 8.884/1994, quando os mesmos fatos estavam acobertados pelo manto da coisa julgada decorrente da Ação Civil Pública n. 010.1.07.001043-59 e da Ação Penal n.

010.207.000.52097, ocasião na qual afastada a existência de conduta ilícita (fls. 12.200/12.214e).

Interpostas Apelações, a sentença foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 12.338/12.356e).

A questão controversa está, portanto, em *definir se, a despeito da independência entre as órbitas de responsabilidade, a coisa julgada formada em ação civil pública e em ação penal obsta o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência de exercer suas atribuições administrativas concernentes a idêntico contexto fático.*

IV. Da relativa independência entre as instâncias civil, criminal e administrativa em matéria de proteção à concorrência

De acordo com os arts. 66 do Código de Processo Penal e 935 do Código Civil de 2002, a sentença penal somente repercute na esfera civil quando presente deliberação positiva ou negativa acerca da existência material do fato e de sua respectiva autoria. Do mesmo modo, à vista do art. 125 da Lei n. 8.112/1990, as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Tais dispositivos consagram, no direito brasileiro, o *princípio da relativa independência entre as instâncias civil, administrativa e penal*, possibilitando apurações distintas no âmbito de cada esfera de responsabilidade, ressalvada a prevalência da jurisdição criminal quanto à afirmação categórica acerca da inoccorrência da conduta ou quando peremptoriamente afastada contribuição do agente para sua prática.

No contexto do direito concorrencial, igual exegese se extrai dos arts. 19 e 29 da Lei n. 8.884/1994 – que, atualmente, encontram correspondência nos arts. 35 e 47 da Lei n. 12.529/2011 –, preceitos normativos os quais, a par de ressaltarem a autonomia das sanções por violação às normas da legislação antitruste relativamente a ilícitos de natureza diversa, autorizam os prejudicados por práticas anticompetitivas a postularem pela cessação de condutas violadoras da ordem econômica e o ressarcimento pelos prejuízos causados, individualmente ou mediante acionamento da tutela jurisdicional coletiva, independentemente da

instauração de inquérito ou processo administrativo pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:

Lei n. 8.884/1994:

Art. 19. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

[...]

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.

Lei n. 12.529/2011:

Art. 35. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

[...]

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no 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 inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação (destaques meus).

Dessarte, a relativa independência entre as sanções administrativas fundadas na legislação de defesa da concorrência e as demais órbitas de responsabilidade permite que o mesmo acervo probatório tido por insuficiente para a condenação nos âmbitos civil e penal seja reputado idôneo à aplicação das penalidades pela prática de condutas anticoncorrenciais, ressalvada a hipótese descrita no art. 66 do CPP, como leciona Fábio Ulhôa Coelho:

O legislador preocupou-se em ressaltar que a responsabilização administrativa do empresário, por infração

à ordem econômica, é totalmente independente da civil e penal, em razão da mesma conduta. A absolvição ou a condenação do empresário em nível administrativo não implica a responsabilização ou não do mesmo agente nas esferas de direito civil ou penal.

Assim, os prejudicados pela infração poderão demandar em juízo o integral ressarcimento de seus prejuízos, em ações individuais ou coletivas (art. 29), sem que a imposição de multa ou de qualquer outra penalidade, baseada na lei antitruste, possa servir à definição, exclusão ou redução da verba indenizatória. As provas reunidas no processo administrativo, por evidente, poderão ser aproveitadas na ação civil, mas do resultado alcançado no julgamento do CADE, qualquer que seja este, não deriva necessariamente idêntica conclusão relativa à responsabilidade civil. O empresário pode, assim, sofrer a punição administrativa e não ser condenado pelo ressarcimento dos danos decorrentes de uma mesma conduta. Ou vice-versa.

Por outro lado, nas hipóteses em que a infração contra a ordem econômica caracteriza ainda ilícito penal, esse último nível de responsabilização também não está condicionado e não depende da aplicação ou não das sanções administrativas. [...] A condenação à pena de detenção dos responsáveis pelo ilícito não está ligada necessariamente à aplicação da multa e outras sanções de natureza antitruste. São relativamente autônomas as duas órbitas de responsabilização. Na verdade, apenas se deve considerar insubsistente qualquer tipo de responsabilidade administrativa se o juízo penal concluir de forma categórica pela inexistência de crime ou pela negativa de autoria do implicado (CPP, art. 66).

(Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei n. 8.884/94. Saraiva, 1995, pp. 48-49 – destaques meus).

Vale destacar que tal inteligência deflui dos objetivos de cada plano de proteção à concorrência. Enquanto, de um lado, as infrações administrativas à Lei Antitruste visam a coibir condutas anticompetitivas e a punir os respectivos infratores com a imposição de sanções – a exemplo de multas, proibição do exercício de atividade empresarial ou o impedimento à contratação com instituições financeiras oficiais (arts. 37 e 38 da Lei n. 12.529/2011) –, no âmbito civil, por sua vez, a resposta estatal tem por escopo precípua a reparação dos prejuízos sofridos pelas vítimas, a título individual ou coletivo, bem como a fixação de ordens mandamentais voltadas a conformar a atuação dos agentes econômicos

aos quadrantes da legislação, sem prejuízo, como critério interventivo sujeito ao princípio da *ultima ratio*, do acionamento da jurisdição penal quanto às pessoas físicas às quais se atribua a prática das mais graves condutas violadoras da ordem econômica.

Exsurge, desse modo, um sistema próprio de defesa da concorrência, composto por ao menos três esferas independentes e autônomas entre si – civil, administrativa e criminal –, temática destacada na doutrina de Ana Cristina Paulo Pereira:

São de natureza diversa os atos que podem afetar a concorrência. Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro prevê, além da responsabilização administrativa do empresário, sobre a qual retomaremos com maior profundidade no decorrer deste trabalho, a responsabilização cível e penal do mesmo, uma não excluindo a outra.

Confirmando o exposto, o artigo 19 da Lei antitruste brasileira prevê que a repressão das infrações no âmbito administrativo não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei. Assim, a responsabilização administrativa do empresário por infração contra a ordem econômica é totalmente independente das responsabilidades civil e penal, em razão da mesma conduta; e nem poderia ser de outra forma já que o CADE não é competente para julgar os conflitos entre partes privadas, assim como não tem legitimidade para defender interesses individuais, ainda que se trate de causas de concorrência desleal.

A responsabilização simultânea do empresário nas três esferas acima referenciadas é perfeitamente justificável, visto que, em primeiro lugar, o direito da concorrência é, por essência, ramo do Direito Público, para o qual não existe qualquer interesse nas querelas privadas; segundo porque a legislação antitruste, ao nosso ver, constitui um instrumento de implementação da política econômica do Estado, sendo assim um ramo do Direito Econômico utilizado em prol da preservação das estruturas de mercado, logo um instrumento de intervenção estatal na economia, que, indiretamente, protege interesses dos particulares, seja dos agentes econômicos seja dos consumidores, que desejam participar de um mercado ao abrigo de práticas restritivas da concorrência.

Com base no art. 29 da Lei Antitruste brasileira, o particular que se sentir lesado por uma prática anticoncorrencial, e desde que esta esteja tipificada em legislação ordinária, pode requerer em juízo a determinação de sua cessação,

cumulada com o pedido de indenização pelas perdas e danos decorrentes com base no artigo 159 do CCB, o qual prevê a atribuição genérica da responsabilidade. Trata-se aqui de responsabilidade civil do empresário em razão da mesma conduta caracterizada como ilícito administrativo, possibilitando o curso simultâneo de processo civil e administrativo relativos à mesma matéria, não havendo assim incompatibilidade entre as duas instâncias, muito menos litispendência, já que os processos e as respectivas decisões são independentes entre si.

No âmbito do Direito Penal, o empresário pode ser responsabilizado por crimes contra a propriedade industrial e contra a ordem econômica e as relações de consumo.

(Responsabilidade Administrativa do Empresário na Concorrência. In: Revista de Direito Econômico, n. 23, p. 73-84, abr./jun. 1996 – destaques meus).

Em âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal e esta Corte abraçam inteligência segundo a qual as esferas de responsabilização são relativamente independentes, afastando, portanto, automáticas repercussões recíprocas, excepcionadas apenas as circunstâncias de absolvição penal por incorrência da conduta ou por negativa de autoria:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO QUE DECIDIDO NO HC 138.837 (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI). INEXISTÊNCIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Determinadas condutas podem ser classificadas, simultaneamente, como ilícito penal, civil e administrativo. Nesses casos, poderá haver condenações concomitantes em todas as esferas de apuração, valendo a regra da independência e autonomia entre as instâncias. Há, contudo, hipóteses em que haverá vinculação entre as instâncias, qual seja, a absolvição na esfera penal poderá impedir eventual condenação na esfera civil ou administrativa. Isso ocorrerá em dois casos: a) absolvição penal pela inexistência de fato; ou b) absolvição penal pela negativa de autoria (CPP, Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal).

2. No julgamento do HC 138.837, embora tenha sido determinado o trancamento de determinada ação penal, a

colenda 2ª Turma desta CORTE não o fez em razão de absolvição por inexistência do fato ou de negativa de autoria, o que, em tese, poderia influenciar no julgamento das demais instâncias.

[...]

5. Recurso de agravo a que se nega provimento.

(Rcl 52.364-AgR, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, j. 22.4.2022, DJe 26.4.2022 – destaques meus).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. SUSPEIÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. ALEGAÇÃO ABSTRATA. REJEIÇÃO. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. IRRELEVÂNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. ANÁLISE PROBATÓRIA. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DE JURISDIÇÃO E VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 651 E 650 DO STJ. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, "a simples alegação de suspeição de integrante da comissão disciplinar, se desacompanhada de prova documental robusta e convincente, não justifica a concessão da ordem". (MS n. 25.375/DF, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 14/6/2023, DJe de 19/6/2023).

2. O arquivamento do inquérito policial relativo aos mesmos fatos do processo disciplinar, por insuficiência do acervo probatório, não ostenta relevância no âmbito administrativo, por ser "pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual as instâncias penal, civil e administrativa são independentes e autônomas entre si. Em razão disso, a repercussão da absolvição criminal nas instâncias civil e administrativa somente ocorre quando a sentença, proferida no Juízo criminal, nega a existência do fato ou afasta a sua autoria, o que não ocorreu na espécie." (AgInt no REsp n. 1.375.858/SC, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 16/5/2017, DJe de 2/6/2017).

[...]

5. Ordem denegada.

(MS n. 27.896/DF, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 9.8.2023, DJe 15.8.2023 – destaques meus).

Especificamente quanto à legislação antitruste, a temática em exame foi apreciada pela 2ª Turma desta Corte, concluindo-se pela

independência e autonomia entre as tutelas administrativa, civil e criminal de defesa da concorrência, considerados seus respectivos escopos, nos termos dos seguintes trechos de voto condutor proferido pelo Sr. Ministro Herman Benjamin:

No Brasil, a despeito de o Cade existir desde 1962, foi apenas com a instituição de uma economia de mercado pós-redemocratização e com a edição da Lei 8.884/94 que se erigiu a proteção da concorrência a tema de relevância para as políticas públicas econômicas e sociais.

No âmbito da atividade repressiva, neste primeiro período de consolidação da disciplina e da tutela antitruste no Brasil, concentraram-se esforços no public enforcement, ou seja, na tutela da concorrência oferecida por entes públicos, preocupados com a eficiência dos agentes econômicos, com a concorrência como instituição e com a proteção do bem-estar social, sempre conforme a Lei 8.884/1994. Foram, portanto, pouco menos de duas décadas destinadas à criação de órgãos especializados no exame da matéria e formação de técnicos com expertise em disciplina bastante específica e com ainda pouca disseminação acadêmica.

Esse esforço, bastante louvável, jamais eliminou a possibilidade do public enforcement autônomo e independente – realizado por órgãos do Poder Judiciário, por meio de Ações Cíveis Públicas amparadas na Lei 7.347/1985 e Ações Penais fundadas na Lei 8.137/1990, especialmente em casos de cartéis –, tampouco do private enforcement, pelo qual concorrentes podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência de condutas anticompetitivas, nos termos da regra geral do art. 927 do CC: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Não haveria qualquer bis in idem entre ações individuais, cíveis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos cíveis de sentenças penais, quando aplicáveis.

(REsp n. 1.181.643/RS, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 1º.3.2011, DJe de 20.5.2011 – destaques meus).

Assentadas tais diretrizes, prossigo com o exame das repercussões jurídicas da coisa julgada formada em ação civil pública

sobre as demais órbitas de responsabilização.

V. Regime jurídico da coisa julgada formada em ações coletivas: o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 e a *res judicata secundum eventum probationis*

Nos termos do art. 503 do CPC/2015, a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida, estabelecendo, dessa forma, o regime geral da coisa julgada *pro et contra*, cuja perfectibilização condiciona-se unicamente à prolação de sentença de procedência ou de improcedência do pedido formulado na petição inicial.

No entanto, no âmbito das ações coletivas, tal disciplina é parcialmente excepcionada pelos arts. 18 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e 16 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), os quais instituem o regime jurídico da *res judicata secundum eventum probationis*, de modo a assentar a ausência de formação de coisa julgada quando, não obstante apreciado o mérito, a sentença de improcedência é fundada em insuficiência probatória, nos seguintes termos:

Lei n. 4.717/1965:

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Lei n. 7.347/1985:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (destaques meus).

Acerca dos mencionados regimes *pro et contra* e *secundum eventum probationis* da coisa julgada, destaco a doutrina de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

Quanto ao seu modo de produção, há três diferentes tipos de coisa julgada.

Em primeiro lugar, temos a coisa julgada pro et contra, que é aquela que se forma independentemente do resultado do processo, do teor da decisão judicial proferida. Pouco importa se de improcedência ou de improcedência, a decisão definitiva ali proferida sempre será apta a produzir coisa julgada. Essa é a regra geral, amplamente difundida nos países latino-americanos.

Em segundo lugar, temos a coisa julgada secundum eventum litis que é aquela que somente é produzida quando a demanda for julgada procedente. Se a ação for julgada improcedentes, ela poderá ser reproposta, pois a decisão ali proferida não produzirá coisa julgada material. Este regime não é bem visto pela doutrina, pois trata as partes de forma desigual, colocando o réu em posição de flagrante desvantagem

[...]

Em terceiro lugar, há ainda a coisa julgada secundum eventum probationis, que é aquela que só se forma apenas em caso de esgotamento de provas: se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas. A decisão judicial só produzirá coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julga. [...]
Mitiga-se a eficácia preclusiva da coisa julga material. Na verdade, a decisão é considerada uma decisão sem enfrentamento do mérito, a questão não é decidida ou é decidida sem o caráter de definitividade em face de a própria cognição revelar-se secundum probationem.

(Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 15ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 495 – destaques meus).

Assim, a par de ausente formação de coisa julgada substantiva à mingua de exauriente instrução processual, viabiliza-se o manejo de nova ação coletiva pelos demais legitimados, exigindo-se, no entanto, como requisito específico da petição inicial da demanda superveniente, a indicação de outros elementos a amparar a causa de pedir, porquanto, nesses casos, “[a] prova suficiente é um requisito específico das ações coletivas” (op. cit. p. 498).

Importa consignar que a instituição do regime da *res judicata* de acordo com a extensão da atividade probatória decorre da

preocupação legislativa com os interesses difusos e coletivos tutelados em demandas dessa natureza, exigindo robusta e exauriente produção de provas para tornar indiscutível decisão versando sobre direitos de caráter transindividual, prescindindo-se, para sua aplicabilidade, de expressa declaração judicial acerca da ausência de elementos de convicção bastantes a fundamentar juízo definitivo.

Acerca do tema, cito os ensinamentos de Sérgio Cruz Arenhardt e Gustavo Osna:

Por outro lado, no que toca especificamente ao problema da insuficiência de provas aqui trazido, parece de fato haver certo ineditismo na estrutura conferida às ações coletivas. Diante disso, as questões apresentadas possuem especial importância – permitindo que se atribua tratamento mais adequado ao problema em à própria máxima efetividade da tutela coletiva.

Para compreender o problema, coloca-se como premissa que, em nossa visão, ao propiciar a revisão da decisão pela eventual insuficiência de provas a preocupação do legislador é assegurar que o julgamento do litígio coletivo ocorre de maneira plenária – com base em todo o material probatório atinente ao conflito. Por força disso, apenas nessa circunstância haveria real estabilidade à autoridade da decisão.

[...]

Em razão dessa característica da coisa julgada nas ações coletivas, acreditamos que quando o magistrado julga a ação improcedente por insuficiência de provas (ainda que não exponha, manifestamente, essa causa como motivo da rejeição da demanda) não haverá formação de coisa julgada material (mas apenas formal) [...].

(Curso de Processo Civil Coletivo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 242-243).

Na mesma linha, as Turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte reconhecem, com amparo no sobredito art. 16 da Lei n. 7.347/1985, a ausência de formação de coisa julgada em ações coletivas quando prolatada sentença de improcedência por insuficiência de provas, como denotam acórdãos assim ementados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. PEDIDOS DE DETERMINAÇÃO, AO ENTE PÚBLICO, DA

REALIZAÇÃO DE ESTUDOS TÉCNICOS PARA A PADRONIZAÇÃO DO EQUIPAMENTO PLEITEADO E DE EXTENSÃO DOS LIMITES DA COISA JULGADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. ACÓRDÃO QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ART. 16, SEGUNDA PARTE, DA LEI N. 7.347/85.

1. Agravo interno que visa seja determinada a realização de estudos técnicos pelo ente público com o objetivo de padronização, no âmbito do SUS, do equipamento pleiteado, com reconhecimento de extensão da eficácia da sentença para além dos limites territoriais do juízo prolator.

2. O art. 16, segunda parte, da Lei federal n. 7.347/85, excepciona a disciplina jurídica da extensão dos limites da coisa julgada em sede de ação civil pública quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, o que é o caso dos autos.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.365.842/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 9.3.2020, DJe 11.3.2020 – destaques meus).

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS. APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CPC/2015. PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE.

1. Acórdão do TRF da 4ª Região extinguiu o processo sem julgamento do mérito por insuficiência de provas sem que o fundamento adotado tenha sido previamente debatido pelas partes ou objeto de contraditório preventivo.

[...]

14. A ampliação demasiada das hipóteses de retirada da autoridade da coisa julgada fora dos casos expressamente previstos pelo legislador pode acarretar insegurança jurídica e risco de decisões contraditórias. O sistema processual pátrio prevê a chamada coisa julgada secundum eventum probationis apenas para situações bastante específicas e em processos de natureza coletiva. Cuida-se de técnica adotada com parcimônia pelo legislador nos casos de ação popular (art. 18 da Lei 4.717/1965) e de Ação Civil Pública (art. 16 da Lei 7.347/1985 e art. 103, I, CDC). Mesmo nesses casos com expressa previsão normativa, não se está a tratar de extinção do processo sem julgamento do mérito, mas de pedido julgado "improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova" (art. 16, ACP).

[..]

18. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.676.027/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 26.9.2017, REPDJe 19.12.2017, DJe 11.10.2017 – destaques meus).

Fixadas as premissas jurídicas necessárias ao deslinde da presente controvérsia, passo ao exame do caso concreto.

VI. Análise do caso concreto

In casu, no julgamento do Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96, o **CADE** reconheceu que os ora Recorridos, juntamente com outros agentes econômicos, durante os anos de 2004 a 2006, atuaram concertadamente na formulação de cartel para revenda de combustíveis líquidos no Município de Caxias do Sul/RS, condenando-os pela prática das infrações à legislação antitruste estampadas nos arts. 20, I e III, e 21, I e II, da Lei n. 8.884/1994, impondo-se à **ANP**, em consequência, a revogação da autorização de funcionamento da respectiva atividade ligada à indústria do petróleo, nos termos do art. 10, V, § 2º, da Lei n. 9.847/1999 (fls. 7.128/7.198e).

Os Recorridos ajuizaram ação ordinária buscando a anulação do acórdão prolatado pela autarquia antitruste, pelos seguintes fundamentos: *i*) cerceamento de defesa durante o trâmite do mencionado processo administrativo; *ii*) afronta à coisa julgada formada na Ação Penal n. 010.207.000.52097 e na Ação Civil Pública n. 010.1.07.001043-59; *iii*) ausência de prova do abuso de poder econômico e do prejuízo causado aos consumidores; *iv*) inconstitucionalidade da aplicação da teoria do ilícito pelo objeto; *v*) ilegalidade da atualização do faturamento anual para cálculo da multa, inclusive em razão de seu perfil confiscatório; e *vi*) desproporcionalidade da penalidade de revogação da autorização de funcionamento (fls. 4/85e).

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente pelo juízo da 3ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS, sob o argumento de que, não obstante a independência entre as instâncias de responsabilidade, inviável o reconhecimento de cartel para revenda de combustíveis quando os mesmos fatos estavam acobertados pelo manto da coisa julgada

decorrente da Ação Civil Pública n. 010.1.07.001043-59 e da Ação Penal n. 010.207.000.52097, ocasião na qual afastada a existência de conduta ilícita por parte dos Recorridos (fls. 12.200/12.214e), decisão mantida pelo tribunal de origem no julgamento de Apelações e Reexame Necessário (fls. 12.338/12.356e).

Nesse contexto, em meu sentir, o acórdão recorrido desconsiderou aspectos essenciais acerca da comunicabilidade meramente relativa entre as esferas civil, penal e administrativa no contexto da proteção à concorrência, além de olvidar particularidades atinentes à formação de coisa julgada no âmbito de ações coletivas.

Isso porque, à luz da parcial independência entre as instâncias de responsabilização amparada pelos arts. 66 do CPP, 935, do Código Civil de 2002, 125 da Lei n. 8.112/1990, 19 e 29 da Lei n. 8.884/1994, a sentença criminal somente ressoa perante o âmbito administrativo, obstando o exercício do poder sancionatório do Poder Público em matéria de defesa da concorrência, quando atestada, de maneira cabal, a inoccorrência material do fato, ou, ainda, categoricamente afastada a autoria delitiva, circunstância não relevada no caso dos autos, uma vez que, a par de parcela dos acusados terem aceitado o benefício da suspensão condicional do processo – o qual, de acordo com art. 89 da Lei n. 9.099/1995, não encerra juízo decisório acerca dos fatos imputados pelo titular da ação penal, mas apenas a homologação de acordo despenalizador –, a sentença condenatória prolatada na Ação Penal n. 010.207.000.52097 relativamente aos demais réus foi reformada pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, absolvendo-os com amparo no princípio *in dubio pro reo* cristalizado no art. 386, VII, do CPP, segundo o qual o juiz deve inocentar os imputados quando “[...] não existir prova suficiente para a condenação”.

Essa conclusão é extraída de trechos do aresto absolutório indicados no *decisum* impugnado, *in verbis* (fls. 12.344/12.346e):

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

Superior Tribunal de Justiça

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 Andreazza, Paulo Ricardo Tonolli, Maria Ivanice Tonolli e Luiz Pedro Postalli, inicialmente.

Posteriormente, foi aceita a proposta de suspensão condicional do processo pelos réus Lori Luiz Furlan, Paulo Ricardo Tonolli, Luiz Pedro Postalli 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):

[...]

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 (destaques meus).

Desse modo, ausente incursão conclusiva do juízo criminal quanto à existência de cartel para revenda de combustíveis líquidos no Município de Caxias do Sul/RS no período de 2004 a 2006, tampouco contundente afastamento da responsabilidade penal de quaisquer dos imputados por sua prática, *as conclusões levadas a efeito em âmbito penal não reverberam sobre as atribuições da autarquia antitruste constantes da Lei n. 8.884/1994, viabilizando-se, por isso, a submissão de idêntico acervo probatório ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para exame acerca dos pressupostos fáticos indispensáveis à apuração de condutas anticoncorrenciais.*

Além disso, é impertinente à solução do caso a assertiva acolhida pelo tribunal de origem relativamente à coisa julgada formada em âmbito civil, porquanto a mera leitura dos excertos da sentença prolatada pelo juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Caxias do Sul/RS na Ação Civil Pública n. 010.1.07.001043-59, devidamente transcritos no acórdão recorrido, revela que *os pedidos veiculados na demanda coletiva foram julgados improcedentes por insuficiência probatória (fls. 12.342/12.344e):*

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.

(...)

Superior Tribunal de Justiça

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 (destaques meus).

Outrossim, no julgamento de Apelação em face da sobredita sentença, a 16ª Câmara Cível do TJRS reiterou a ausência de provas para a caracterização do cartel de venda de combustíveis, conclusão extraída de fragmentos textuais igualmente reproduzidos no acórdão recorrido (fl. 12.344e):

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 (destaques meus).

À vista desse panorama, não houve formação de coisa julgada na Ação Civil Pública n. 010.1.07.001043-59, porquanto, tratando-se de demanda coletiva julgada improcedente por incompletude de provas, incide o regime da *res judicata secundum eventum probationis* constante do art. 16 da Lei n. 7.347/1985, o qual condiciona a imutabilidade e a indiscutibilidade da questão judicialmente decidida ao exaurimento da atividade probatória, situação não revelada na hipótese em exame.

Ademais, conquanto o acórdão recorrido indique que a decisão do **CADE** no Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96 foi pautada nas mesmas provas submetidas ao escrutínio da 6ª Vara Cível da Comarca de Caxias do Sul/RS e da 16ª Câmara Cível do TJRS, *tal circunstância não influencia no deslinde da presente controvérsia, pois a norma cristalizada no art. 16 da Lei n. 7.347/1985 é clara ao afastar a perfectibilização da coisa julgada quando rejeitado o pedido à mingua de elementos fáticos suficientes, exigindo-se a apresentação de prova nova tão somente como requisito de ulterior demanda coletiva aviada por outros legitimados, regra não extensível à análise administrativa de idêntico contexto fático pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.*

A par disso, embora transcrito apenas parcialmente no *decisum* impugnado, a análise do relatório elaborado pelo Sr. Conselheiro Relator do Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96 consigna que, *além dos elementos produzidos nos âmbitos criminal e civil, outras diligências foram empreendidas pelas autoridades antitruste durante a instrução probatória – a exemplo da oitiva de testemunhas e da coleta de informações junto à agência reguladora do setor petrolífero acerca dos preços de combustíveis no mercado local –, afastando-se, portanto, a compreensão segundo a qual a decisão administrativa foi amparada exclusivamente em provas emprestadas (fls. 7.128/7.140e):*

1. *Trata-se de processo administrativo que tem por objeto*

apurar a existência coordenação de mercado ajustada entre revendedores de combustíveis líquidos (gasolina álcool e diesel) com atuação no Município de Caxias do Sul - RS - nos anos 2004, 2005 e 2006.

2. A apuração se iniciou com o envio ao SBDC, pela 3ª Vara Cível de Caxias do Sul, de documentação relativa a ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Estadual contra revendedores de combustíveis líquidos daquela cidade¹ (fls. 35-323). A esta documentação pioneira juntou-se outras de responsabilidade de outras varas cíveis na mesma Comarca e também de vara federal presente na cidade (fls. 325-386, 420-493, 494- 500, 501-561, 580-588, 769-2156, 2180-3444).

3. Além de comunicação das ações a este CADE, o Poder Judiciário solicitou parecer à ANP. A agência reguladora apontou a existência de indícios económicos de alinhamento de preços no mercado de revenda gasolina, quais foram: (i) estabilidade de preços médios em alguns períodos combinados com (ii) baixos níveis de dispersão de preços e (iii) margens médias brutas de revenda elevadas, quando comparadas com cidades da mesma região. A análise dos dados do mercado de álcool hidratado não apontou indícios de alinhamento de preços, enquanto que para óleo diesel o comportamento dos preços e os indicadores calculados foram considerados compatíveis com a hipótese de que o mercado opera em concorrência (fls. 2-34 e 387-419). Com relação a estas últimas conclusões, a ANP ressaltou que "É importante destacar, entretanto, que para que a fixação de preços seja considerada prática anticompetitiva não é necessária a constatação de indícios económicos de sua existência quando existem provas concretas do acordo em si (como parece ser o caso).

4. Em 26 de abril de 2010 a então Secretaria de Direito Económico - 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 disto, solicitou ao d. juízo competente cópia das provas que instruíram o processo criminal, incluídas aí as degravações das interceptações telefónicas 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 - mesma grau de publicidade atribuído pelo juízo que concedeu o empréstimo da prova².

5. Em face dos novos elementos carreados, nos termos da Nota Técnica e Despacho de fls. 589-629, foi instaurado presente processo administrativo. Ato seguido, os indicados representados foram notificados para defesa e apresentação

dos respectivos faturamentos, quando cabível (fls. 631-764):
[...]

8. Ainda visando a instrução, a SDE solicitou à ANP, para o período 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).

9. Às fls. 5271-5311 a SDE rejeitou argumentos em torno de questões preliminares e da prescrição da pretensão punitiva da administração pública. No mesmo estágio do processo e também às fls. 5705-5712, reiterou a intimação para que os representados juntassem provas documentais nos termos do art. 37 da Lei nº 8.884/1994 e especificassem justificadamente as provas que desejassem produzir. Tal reiteração de intimação gerou as respostas e documentos de fls. 5312-5622, 5657-5704, 5751-5770.

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.

12. Às fls. 5080-6036 a Superintendência-Geral do CADE apresentou relatório final concluindo pela recomendação de condenação em razão de considerar restar provada a infração prevista nos arts. 20,1 e III e 21,1 e II, ambos da Lei nº 8.884/1994.

13. Chegando os autos a este Tribunal para minha relatoria, abri vistas para manifestações da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE - ProCADE - e da representação do Ministério Público junto ao CADE - MPF. Ambos acompanharam a recomendação de condenação da Superintendência-Geral (6103-6151 e 6157-6186). A ProCADE fez observação especial quanto à individualização das sanções conforme a gravidade da conduta de cada um dos representados.

14. Intimados para manifestação sobre relatório da Superintendência-Geral e pareceres da ProCADE e do MPF, os representados reiteraram argumentos às fls. 6026-6040, 6084-6165, 6171-6182, 6197-6211 e 6217-6220.

15. É o relatório (destaques meus).

Dessarte, tanto em razão da relativa incomunicabilidade entre as esferas civil, administrativa e criminal de proteção à concorrência, como em virtude da ausência de coisa julgada operada em ação coletiva julgada improcedente por insuficiência probatória, de rigor a reforma do acórdão recorrido.

Por fim, apesar da incorreção do entendimento abraçado

pelo tribunal de origem, descabe acolher integralmente a pretensão recursal quando as instâncias ordinárias não examinaram todas as causas de pedir formuladas na petição inicial para o acolhimento do pedido anulatório, sendo inviável a esta Corte apreciá-las nesta fase processual, porquanto, afora a ausência do necessário prequestionamento, entendimento diverso implicaria evidente supressão de instância.

Posto isso, **NÃO CONHEÇO** do Recurso Especial da **AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP**, e **CONHEÇO EM PARTE** do Recurso Especial do **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**, e, nessa extensão, **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para afastar a existência de coisa julgada relativamente à Ação Civil Pública n. 010.1.07.001043-59 e à Ação Penal n. 010.207.000.52097 e assentar a independência entre as instâncias administrativa, civil e criminal de tutela da ordem econômica, determinando, em consequência, o retorno dos autos à origem para novo julgamento das Apelações e da Remessa Necessária.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2022/0252631-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.081.262 / R S

Número Origem: 50031010320144047119

PAUTA: 21/11/2023

JULGADO: 21/11/2023

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO SÉRGIO DOMINGUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE AUGUSTO TORRES POTIGUAR**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS

RECORRENTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE

RECORRIDO : AUTO POSTO TONOLLI LTDA

RECORRIDO : PAULO RICARDO TONOLLI

ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475

ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485

YURI LUNA DIAS - MG134148

KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026

JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE ANDRADE -
MG146823

GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO - MG146792

MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406

CLARISSA CORTE ROSA - MG134255

AGRAVANTE : AUTO POSTO TONOLLI LTDA

AGRAVANTE : PAULO RICARDO TONOLLI

ADVOGADOS : ARTHUR VILLAMIL MARTINS - MG095475

ELIANA PRISCILA AZEVEDO - MG124485

YURI LUNA DIAS - MG134148

KELLY GONÇALVES PRIMO - MG128026

JULIO CEZAR CAMPOS OLIVEIRA STAUFFER DE ANDRADE -
MG146823

GABRIELLE CAROLLINE SANTOS EZIDORO - MG146792

MATHEUS PROVETI DILLY COSTA - MG206406

CLARISSA CORTE ROSA - MG134255

AGRAVADO : AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS

AGRAVADO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Intervenção no Domínio Econômico - Proteção à Livre Concorrência - Cartel

SUSTENTAÇÃO ORAL

Assistiu ao julgamento o Dr. JONATHAN DE MELLO RODRIGUES MARIANO, pela parte
RECORRENTE: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS e CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA-CADE

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2022/0252631-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.081.262 / R S

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A PRIMEIRA TURMA, por unanimidade, não conheceu do recurso especial da ANP e conheceu parcialmente do recurso do CADE e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues (Presidente) e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.