

PROCESSO Nº: 0818544-60.2017.4.05.8300 - APELAÇÃO CÍVEL**RELATÓRIO**

O DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI: Apelação interposta pela INTERIORANA SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA em face de sentença que reconheceu a prescrição da pretensão reparatória anterior a 12/12/2014 em relação à PETROBRAS e, que precede a 12/12/2012, relativa à União Federal, e no mais, julgou improcedente a demanda.

A Demandante foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, estabelecidos em 10% sobre o valor da causa, com fulcro no art. 85, § 3º, do CPC.

Nas razões recursais, a Apelante suscitou, preliminarmente, o cerceamento de defesa em face do indeferimento do pedido de produção de novas provas.

No mérito, aduziu, em síntese, que:

a) na condição de empresa que industrializa a cana de açúcar para produção de etanol anidro (adicionado à Gasolina A para formar a Gasolina C) e hidratado, "vem sofrendo com a prática de preços predatórios de produto concorrente (gasolina A e gasolina C), por parte da Ré, PETROBRÁS, orientada pelo seu Conselho de Administração, dominado pela UNIÃO".;

b) a competição entre as empresas produtoras de etanol e a PETROBRAS foi ilegalmente prejudicada pela "prática ilícita de adoção de preços da gasolina abaixo do seu custo", já que o preço do álcool "flutuou seguindo o preço artificial da gasolina" e, por consequência, também teve que ser comercializado abaixo do seu custo;

c) embora o governo federal tenha incentivado o aumento da produção de etanol entre 2006 a 2009, a comercialização deste combustível caiu cerca de 40% entre 2009 e 2012 por conta da concorrência predatória da PETROBRÁS;

d) em 2013 os veículos *flex-fuel* representavam 90% da frota nacional e, mesmo assim, "os mencionados preços artificiais da gasolina, além de deteriorarem o mercado de etanol, provocaram aumento do prejuízo da PETROBRÁS"; d) "em todo o Brasil, o total de usinas e destilarias que fecharam as portas, desde 2008, chega a 66 unidades, sendo que cinco delas estão situadas em Pernambuco, a saber: Catende, em Catende; Cruangi, em Timbaúba; Pumaty, em Joaquim Nabuco; Salgado em Ipojuca; e São Luiz, em Maraial";

e) as condutas das Rés feriram a livre concorrência, estabelecida na constituição, assim como foram de encontro à Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), no que diz respeito a livre competição e as condições de mercado;

f) o nexo causal entre a conduta dos demandados com os danos suportados pela autora, reside na redução do preço predatório da gasolina que gerou, na mesma proporção, a diminuição do preço do etanol hidratado e anidro;

g) a responsabilidade da UNIÃO "resulta do fato desta ser acionista controladora [...] e dirigir o conselho de administração da PETROBRÁS";

h) por tudo isso, como pessoa jurídica, sofreu danos morais, na sua reputação e na imagem do seu principal produto.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

tcv

PROCESSO Nº: 0818544-60.2017.4.05.8300 - APELAÇÃO CÍVEL**VOTO**

O DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI: Inicialmente, quanto à preliminar de cerceamento de defesa alegada pela Recorrente, urge esclarecer que cabe ao Magistrado verificar a existência de provas suficientes ao

julgamento antecipado da lide, considerando o princípio do livre convencimento motivado.

Inclusive, o art. 370, "caput" e parágrafo único, do CPC permitem ao Juiz indeferir a produção de provas inúteis e meramente protelatórias.

Segundo entendimento firmado pelo egrégio STJ, "Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, devidamente fundamentado, sem a produção das provas tidas por desnecessárias pelo juízo, uma vez que cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento" (STJ - AIRESP - Agravo Interno no Recurso Especial 1.653.868 - 2017.00.30495-0, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 20/03/2019).

Sendo assim, para que se tenha caracterizado o cerceamento de defesa em decorrência da ausência de dilação probatória é necessário que, confrontadas as provas requeridas com os demais elementos de convicção trazidos aos autos, elas sejam capazes de demonstrar o fato alegado, bem como a sua indispensabilidade à solução do conflito, o que não ocorreu nos presentes autos.

Quanto ao ponto, transcrevo o que foi consignado na sentença:

"No que tange ao pedido de realização de perícia para apuração de eventuais danos suportados pela parte autora, após a análise detida de todos os elementos de convicção postos no processo, entendo não haver necessidade de produção de outras provas, além das que já constam nos autos.

Com efeito, afora todas as informações apresentadas pelas partes e pelo MPF, constam dos autos quesitos (por todos formulados) respondidos pela Agência Nacional do Petróleo - ANP (id. 4058307.10319405), bem como diversos dados disponibilizados pela ANP nos autos do processo n. 0803059-81.2016.4.05.8000 (id. 4058307.13207486) - elementos que, a meu sentir, são suficientes para formação de uma cognição exauriente." (Id. 4058307.14402503)

Rejeito, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

Outrossim, considerando que o Supremo Tribunal Federal já firmou posicionamento de que a motivação referenciada "per relationem" não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais (HC 160.088 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/03/2019, Processo Eletrônico DJe-072, Public 09-04-2019; e AI 855.829 AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, Public 10-12-2012), adoto como razões de decidir os termos da sentença, que passo a transcrever:

"Do mérito

Sustenta-se, com a presente demanda, que a Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras e a União teriam infringido a ordem econômica e a Lei do Petróleo, gerando, assim, danos materiais e morais à autora, empresa que industrializa cana para produção de etanol anidro (adicionado à gasolina A para formar a gasolina C) e hidratado.

Acerca do tema, o art. 36 da Lei 12.529/2011 estabeleceu rol exemplificativo das hipóteses que configurariam infrações à ordem econômica:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A conduta anticompetitiva imputada pela parte autora às rés **só é palpável** no que se refere a quebra de condições igualitárias de **concorrência** entre os agente econômicos, participantes do mercado de combustíveis, especificamente e tão somente **entre os produtos "etanol hidratado" (produzido pela autora) e "gasolina A" da Petrobras** - já que o etanol anidro é obrigatoriamente adicionado à gasolina A para formar a gasolina C, não havendo que se cogitar concorrência entre estes.

Para melhor ilustrar o que leva o "etanol hidratado" e a "gasolina A" a serem efetivamente concorrentes, destaco o seguinte excerto do bem lançado parecer ministerial (id. 4058307.14358062 - grifos acrescidos):

O âmbito de atuação nacional da Petrobras garante que haja competição entre a ré a autora no mesmo mercado do produto. A rivalidade entre os agentes econômicos, portanto, atende ao critério da dimensão geográfica.

Embora a matéria-prima seja diversa e os agentes produtores de um e outro combustível estejam expostos a diferentes etapas produtivas, **há potencial substituíbilidade entre a gasolina A e o etanol hidratado, porque se o preço da gasolina C aumentar o consumidor pode optar por abastecer o veículo com etanol hidratado.**

Assim, a apuração da conduta anticompetitiva deve levar em consideração eventual impacto que a gasolina A provoca na comercialização do etanol hidratado.

[...]

A partir das informações técnicas, porém, constata-se que o fundamento para comparação entre gasolina e etanol hidratado que justifica a utilização de um ou outro combustível pelo consumidor não decorre de uma conduta direta e imediata da Petrobras, mas de circunstância fática que se origina da ineficiência do próprio produto que a autora produz, ou, quando muito, da indústria automotiva em não produzir um motor capaz de afastar a limitação desse combustível.

Com essas considerações, faz-se necessário averiguar se, de fato, as demandadas, tanto em relação à comercialização nacional como internacional da gasolina A, praticaram preço predatório - que nos termos do indigitado art. 36, § 3º, XV, seria "*vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo*".

Pois bem.

A Agência Nacional de Petróleo, ao indagada pela UNIÃO (mediante quesitos) se existiria um "preço de mercado mundial para a gasolina", um parâmetro global de custo; respondeu da seguinte forma:

Existem múltiplos mercados e preços de petróleo e derivados (como a gasolina) no mundo, com segregações em termos regionais, de especificações dos produtos e outras.

Os múltiplos agentes do mercado de petróleo e derivados em todo o mundo elegem benchmarks de acordo com a própria conveniência, e em geral consideram aspectos como:

- Volume de produção: deve ser, preferencialmente, suficiente a ponto de evitar distorções no preço negociado decorrentes da falta de liquidez;
- Diversificação da base de produtores: deve ser, preferencialmente, suficiente a ponto de evitar a influência isolada de um produtor sobre o preço negociado;
- Estabilidade político-institucional do país/região produtor(a): deve ser, preferencialmente, estável, de modo a evitar influências dos riscos e incertezas do país/região no preço negociado.
- Ritmo de produção e condições de armazenamento e escoamento: devem garantir, preferencialmente, um fornecimento estável e confiável, que evite que restrições lógicas influenciem o preço negociado;
- Cláusulas de restrição de destino: deve-se evitar, preferencialmente, produtos que possuam restrição de destino e, conseqüentemente, tenham preços negociados influenciados por essa condição.

Salientou ainda, de maneira técnica e desinteressada na causa, que "desde 1º de janeiro de 2002, os preços dos combustíveis automotivos estão liberados, cabendo a cada agente econômico estabelecer suas margens de comercialização e seus preços de venda em um cenário de livre concorrência, conforme previsto pela Lei nº 9.478/1997, de 06 de agosto de 1997, e com redação determinada pela Lei nº 9.990, de 21 de julho de 2000" (id. 4058307.10319405).

Cogente, assim, perceber que a autora parte da premissa equivocada de que o parâmetro para definição do "preço de custo" nacional da gasolina A seria o valor que este produto apresenta no mercado internacional (a chamada "paridade de importação").

Nesse sentido, mais uma vez trago a colação a elucidativa análise Ministerial, que passo adotar na presente sentença (id. 4058307.14358062):

Como se verifica, o preço do combustível no Brasil não se vincula a preço praticado no mercado internacional nem a preço tabelado pelo governo federal há bastante tempo, antes mesmo de a autora iniciar suas atividades

de produção de etanol (os documentos contábeis anexos à petição inicial para contabilizar o dano datam de 2010 em diante).

Assim, **não é correto o raciocínio da demandante em utilizar o parâmetro de preço de paridade de importação para demonstrar que o preço do combustível nacional é predatório**. Admitir esse pressuposto como verdadeiro é autorizar ingerência quanto a política de preço da Petrobras, decisão que, num mercado competitivo, cabe exclusivamente ao agente econômico.

Inexistente um preço tabelado ou internacional que sirva como presunção de "preço de custo" da gasolina A, é necessário determinar o custo médio variável da fabricação do produto, conforme inteligência do inciso XV, do §3º, do art. 36 da Lei 12.529/2011. Como é intuitivo, para aferi-lo, **é necessário o exame completo da etapa de fabricação realizada pelo agente econômico (no caso da gasolina A nacional, extração do petróleo, refino, produção da gasolina, pagamento dos tributos e venda à distribuidora), o que não foi feito nem requerido pela autora**.

Como a demandante não se desincumbiu do ônus probatório de demonstrar que a gasolina A produzida e comercializada no Brasil origina preço predatório, deve ser afastada a infração à ordem econômica.

O mesmo se diga em relação a gasolina A importada e comercializada no Brasil pela Petrobras, pois, conforme demonstrado pela ANP, não há como mensurar de forma simples e objetiva um preço unitário e internacional da gasolina A no mercado mundial. E mesmo que assim não fosse, **a PETROBRAS não tem como cobrar de distribuidoras preços distintos entre a gasolina produzida no Brasil e a que é importada** - seja por ausência de autorização legal, seja por impossibilidade fática, já que prática diversa poderia gerar uma concorrência desleal entre postos de combustíveis, que fixariam seus preços a depender da origem da gasolina.

Ao contrário do que se sustenta na exordial, verdadeira infração à ordem econômica seria se a PETROBRAS criasse política de preços para *"discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços"*; conduta expressamente reprimida no art. 36, § 3º, X, da Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Noutro giro, é importante advertir que, em última análise, **a concorrência entre os preços da gasolina e do álcool se dão nos postos de abastecimento e não na venda da gasolina A pela PETROBRAS às distribuidoras, pois são estas últimas que comercializam os combustíveis para os postos de abastecimento**.

O custo final da gasolina não depende apenas da política de preços adotada pela PETROBRAS mas de toda cadeia de suprimento, desde a extração do petróleo, passando pelas tributações (CIDE, PIS/PASEP, COFINS e ICMS), custo do etanol obrigatório até chegar às margens da distribuição e revenda do produto. Em outras palavras, **a PETROBRAS é apenas um dos agentes na produção da gasolina e se responsabilização houvesse (como pretendido pela empresa autora), esta teria que ser repassada aos importadores, distribuidores, revendedores e inclusive aos próprios produtores de biocombustíveis**. É dizer: não há como reconhecer a relação direta entre o preço da gasolina A, o único que depende da PETROBRAS, com o preço da gasolina C, praticado na bomba de combustível. Basta lembrar que em março deste ano, após oito quedas consecutivas do preço da gasolina A, o valor final do combustível continuou praticamente o mesmo[2].

Não fosse tudo isso, a própria ANP, ao responder o quesito 7 da UNIÃO, por meio de dados oficiais, explanou graficamente que a variação percentual média dos preços finais da gasolina C ao consumidor, no Brasil, seguiu os principais mercados globais (de Nova Iorque e da Costa do Golfo), entre os anos de 2005 e 2018 - circunstância que afasta por completo qualquer possibilidade de prática de preço predatório (*vide* id. 4058307.10319405).

De mais a mais, o nexo de causalidade sugerido entre a conduta da PETROBRAS e eventuais danos materiais sofridos pela autora não se sustentam: i) seja porque, como já dito, os custos de extração de petróleo não definem o preço da gasolina nas refinarias, porquanto esta operação está atrelada a vários fatores, inclusive ao mercado de *commodities*, conectado à variação internacional; ii) seja porque, embora concorrentes, segunda a ANP *"o etanol hidratado possui poder calorífico inferior ao da gasolina C"*, **fator externo aos agentes econômicos que, por ter "reflexo direto sobre a rentabilidade por quilômetro rodado dos dois combustíveis"** [3], também é avaliado pelo consumidor na hora da escolha do produto, tornando-se mais uma variável que afasta a argumentação autoral.

Inteirado disso, concluiu, com razão, o MPF que *"deferir o pleito da inicial é, sem dúvidas, penalizar a Petrobras pela ineficiência do produto que a demandante produz (etanol hidratado), o que vai de encontro ao ideal de eficiência que o sistema capitalista de produção e a Lei de Defesa da Concorrência deve proporcionar aos consumidores, assegurado pela liberdade de disputa de mercado entre os agentes econômicos"* (id. 4058307.14358062).

A corroborar todas essas conclusões, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao analisar matéria semelhante, nos autos do Procedimento de Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98, assentou por meio de sua Secretaria de Direito Econômico que não existiam indícios de predação por parte da Petrobrás em face da Refinaria Manguinhos que justificassem a abertura de processo administrativo (*vide* id. 4058307.5706388).

Com efeito, na ocasião o CADE enfatizou as seguintes premissas: i) no mercado de combustíveis, vigora o regime da liberdade de preços, não existindo qualquer normativo que regulamentasse um eventual controle por parte do Estado; ii) com a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97) e suas alterações, desde 2002 os reajustes nos preços dos combustíveis cabem exclusivamente a cada agente econômico, por isso nenhum órgão de Estado ou de governo tem atribuições de tabelamento ou controle de preços ou quantidade para comercialização de combustíveis; iii) os agentes econômicos que atuam nesse segmento estão sujeitos a Lei nº 12.529/2011 que estabeleceu o controle do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC (*vide* id. 4058307.5706388).

Embora obviamente tais diretrizes não sejam vinculantes; lastreado concomitantemente nos pareceres do MPF e da ANP, é possível arrematar que, de fato, a PETROBRAS e a UNIÃO não possuíam meios concretos e diretos de controle de preços do setor de combustíveis que pudessem atrair a responsabilidade civil estatal. Dito de outra forma: ainda que esteja comprovado dos autos a existência de eventuais danos suportados pela demandante, o que se vê é que não há como vinculá-lo a qualquer conduta das partes requeridas.

Não obstante a autora insista na tese que as planilhas de ids. 4058307.13524360 e 4058307.13524382 demonstram que a revenda de gasolina se deu abaixo do preço de mercado e dos custos de aquisição, o fato é que dados oficiais compartilhados e esmiuçados pela ANP dizem exatamente o contrário e até mesmo justificam a política então adotada pela Petrobras, de não repassar de imediato a variação de preços do petróleo ao consumidor, reduzindo a instabilidade interna decorrente da alta volatilidade dos preços internacionais (fato que era de conhecimento da parte autora quando iniciou suas atividades no ramo, não podendo o risco empresarial ser repassado às rés).

Mutatis mutandis, em um caso mais extremo que o vertente (em que houve efetivo controle de preços entre 1995 a 1998), o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.636.376/SP, abonou o entendimento de que "a intervenção econômica do Estado no setor sucroalcooleiro é legítima e a fixação de preços" - o que não houve no caso - "não resultou em danos patrimoniais". Vejamos a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. SETOR SUCROALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. NÃO COMPROVAÇÃO DO DANO. INDENIZAÇÃO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária proposta por Marcos Villela Rosa e outros em face da União objetivando, em síntese, a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos patrimoniais sofridos em razão da fixação de preços em dimensão inferior àquela resultante da aplicação da variação dos fatores de custo de produção da cana-de-açúcar, no período de junho de 1995 a abril de 1998.

2. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

3. Não se conhece de Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil/1973 quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Incidência, por analogia, da Súmula 284/STF.

4. Nos termos do que foi decidido no Recurso Especial 1.347.136/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 11.12.2013, DJe 7.3.2014, sob o rito dos Recursos Repetitivos, decidiu que o suposto prejuízo decorrente da fixação, pelo Poder Público, de preços para o setor sucroalcooleiro, em desacordo com os critérios previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 4.870/1965, deve ser efetivamente comprovado, sendo inadmissível "a mera diferença entre o preço praticado pelas empresas e os valores estipulados pelo IAA/FGV como único parâmetro de definição do quantum debeatur". Nesse sentido: AgRg no REsp 1.395.823/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22.10.2014.

5. Nos presentes autos, o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que "Ora, no caso dos autos, não há, na conduta da ora apelada, nada que tenha exorbitado de sua esfera de

competência, quando do exercício de sua atribuição legítima de reguladora de atividades econômicas, desde que, como de fato ocorreu, nos lindes do artigo 174, da Constituição Federal. (...) Portanto, embora a parte autora sustente que os preços aplicados ocasionaram-lhes danos patrimoniais no período de junho de 1995 a abril de 1998, tinha ciência de que os preços do setor estavam submetidos à política de preços do Governo Federal, que passaram a ser ditados pelo Ministério da Fazenda. Nesse passo, sob a ótica política econômica que vivia o país, os preços eram controlados e reajustados sem que isso causasse algum tipo de prejuízo às empresas do setor, que, aliás, lidam com o fator risco inerente à atividade econômica. Enfim, a intervenção econômica do Estado no setor sucroalcooleiro é legítima e a fixação de preços não resultou em danos patrimoniais. (...) Em suma, no caso dos autos, não há nexos causal entre os alegados prejuízos e a atuação dos agentes da pessoa jurídica de direito público interno ora apelada, daí não radicar-lhe nenhuma obrigação de indenizar, conquanto não verifiquemos dano patrimonial em decorrência dos preços fixados pelo Governo Federal para o setor sucroalcooleiro" (fls. 612-624, e-STJ, grifei). A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no REsp 1.530.871/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 6.12.2016; EDcl no AgRg no AREsp 20.930/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 10.11.2016; e EDcl no REsp 1.368.371/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 3.2.2016.

6. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1636376/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/06/2017).

Por todas essas ponderações é que entendo que as condutas das demandadas não configuraram qualquer infração à ordem econômica e, por conseguinte, não se qualificam como ato ilícito apto a ensejar a responsabilidade civil, mormente quando evidenciado a inexistência de nexos causal a justificar qualquer reparação, seja de cunho material ou moral."

Irretorquível a sentença combatida, portanto.

Forte nestas razões, **nego provimento à Apelação**. Condenação da Apelante em honorários recursais, ficando majorado em 1% (um por cento) o percentual aplicado na sentença, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

É como voto.

tcv

PROCESSO Nº: 0818544-60.2017.4.05.8300 - APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: INTERIORANA SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES LTDA

ADVOGADO: Thiago Moura De Albuquerque Alves e outros

ADVOGADO: Jose Jorge Andrade Dias Junior

ADVOGADO: Maria Fernanda Quintella Brandão Vilela

ADVOGADO: José Marques De Moura Neto

ADVOGADO: Carina De Andrade Presmich

ADVOGADO: Maria Fernanda Soares De Moura

ADVOGADO: Thaina Tenorio Toledo Pessoa

APELADO: PETROLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS e outro

ADVOGADO: Romulo De Amorim Galvao e outros

RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Cid Marconi Gurgel de Souza - 3ª Turma

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Tarcisio Correa Monte

EMENTA

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA PRODUTORA DE ETANOL. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE PREÇO PREDATÓRIO DE PRODUTO CONCORRENTE (GASOLINAS A E C) COM O FIM DE DOMINAR O SETOR E ELIMINAR A CONCORRÊNCIA. INFRAÇÃO A ORDEM ECONÔMICA. NÃO COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS NÃO CONFIGURADOS.

1. Apelação interposta pela Empresa em face da sentença que reconheceu a prescrição da pretensão reparatória anterior a 12/12/2014 em relação a PETROBRAS e, que precede a 12/12/2012, relativa a União Federal, e no mais, julgou improcedente a demanda. A parte Autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, estabelecidos em 10% sobre o valor da causa, com fulcro no art. 85, § 3º, do CPC.

2. Quanto à preliminar de cerceamento de defesa alegada pela Recorrente, urge esclarecer que cabe ao Magistrado verificar a existência de provas suficientes ao julgamento antecipado da lide, considerando o princípio do livre convencimento motivado. Inclusive, o art. 370, "caput" e parágrafo único, do CPC permitem ao Juiz indeferir a produção de provas inúteis e meramente protelatórias. Segundo entendimento firmado pelo egrégio STJ, "Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, devidamente fundamentado, sem a produção das provas tidas por desnecessárias pelo juízo, uma vez que cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento" (STJ - AIRESP - Agravo Interno no Recurso Especial 1.653.868 - 2017.00.30495-0, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 20/03/2019).

3. No caso, o Juiz indeferiu o pedido de produção de prova Pericial, ao argumento de que nas informações apresentadas pelas partes e pelo Ministério Público Federal, constam dos autos quesitos (por todos formulados) respondidos pela Agência Nacional do Petróleo - ANP, bem como vários dados disponibilizados pela referida Autarquia nos autos do Processo nº 0803059-81.2016.4.05.8000, elementos esses suficientes para formação de uma cognição exauriente.

4. A questão controvertida nos autos reside em saber se a Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS e a União Federal teriam infringido a ordem econômica e a Lei do Petróleo, gerando, assim, danos materiais e morais à Autora, Empresa que industrializa cana para produção de Etanol Anidro (adicionado à gasolina A para formar a gasolina C) e Hidratado.

5. A teor do disposto no art. 36, da Lei nº 12.529/2011, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

6. A conduta anticompetitiva imputada pela parte Autora às Rés só é palpável no que se refere a quebra de condições igualitárias de concorrência entre os agentes econômicos, participantes do mercado de combustíveis, especificamente e tão somente entre os produtos "Etanol Hidratado" (produzido pela Autora) e "Gasolina A" da PETROBRAS - já que o Etanol Anidro é obrigatoriamente adicionado à Gasolina A para formar a Gasolina C, não havendo que se cogitar concorrência entre estes.

7. Nesse contexto, destaca-se o seguinte excerto do Parecer Ministerial: "O âmbito de atuação nacional da Petrobras garante que haja competição entre a ré a autora no mesmo mercado do produto. A rivalidade entre os agentes econômicos, portanto, atende ao critério da dimensão geográfica. Embora a matéria-prima seja diversa e os agentes produtores de um e outro combustível estejam expostos à diferentes etapas produtivas, há potencial substituíbilidade entre a gasolina A e o etanol hidratado, porque se o preço da gasolina C aumentar o consumidor pode optar por abastecer o veículo com etanol hidratado. Assim, a apuração da conduta anticompetitiva deve levar em consideração eventual impacto que a gasolina A provoca na comercialização do etanol hidratado. [...] A partir das informações técnicas, porém, constata-se que o fundamento para comparação entre gasolina e etanol hidratado que justifica a utilização de um ou outro combustível pelo consumidor não decorre de uma conduta direta e imediata da Petrobras, mas de circunstância fática que se origina da ineficiência do próprio produto que a autora produz, ou, quando muito, da indústria automotiva em não produzir um motor capaz de afastar a limitação desse combustível.

8. A partir de tais considerações, importa averiguar se, de fato, as demandadas, tanto em relação à comercialização nacional como internacional da gasolina A, praticaram preço predatório - que nos termos do art. 36, § 3º, XV, seria "vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo".

9. Com base no conjunto probatório constante dos autos, pode-se observar que: a) Agência Nacional de Petróleo, ao ser indagada se existiria um preço de mercado mundial para a gasolina, afirmou que, "desde 1º de janeiro de 2002, os preços dos combustíveis automotivos estão liberados, cabendo a cada agente econômico estabelecer suas margens de comercialização e seus preços de venda em um cenário de livre concorrência, conforme previsto pela Lei nº 9.478/1997, de 06 de agosto de 1997, e com redação determinada pela Lei nº 9.990, de 21 de julho de 2000", o que leva à conclusão de que a Autora partiu da premissa equivocada de que o parâmetro para definição do "preço de custo" nacional da gasolina A seria o valor que este produto apresenta no mercado internacional (a chamada "paridade de importação"); b) conforme demonstrado pela ANP, em relação a gasolina A importada e comercializada no Brasil pela Petrobras, não haveria como mensurar de forma simples e objetiva um preço unitário e internacional da gasolina A no mercado mundial; c) a Petrobras não teria como cobrar de distribuidoras preços distintos entre a gasolina produzida no Brasil e a que é importada - seja por ausência de autorização legal, seja por impossibilidade fática, já que prática diversa poderia gerar uma concorrência desleal entre postos de combustíveis, que fixariam seus preços a depender da origem da gasolina; d) verdadeira infração à ordem econômica seria se a Petrobras criasse política de preços para "discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços"; conduta expressamente reprimida no art. 36, § 3º, X, da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

10. É importante destacar que, a concorrência entre os preços da gasolina e do álcool se dão nos postos de abastecimento e não na venda da gasolina A pela Petrobras às distribuidoras, pois são estas últimas que comercializam os combustíveis para os postos de abastecimento, bem como que o custo final da gasolina não depende apenas da política de preços adotada pela Petrobras mas de toda cadeia de suprimento, desde a extração do petróleo, passando pelas tributações (CIDE, PIS/PASEP, COFINS e ICMS), custo do etanol obrigatório até chegar às margens da distribuição e revenda do produto.

11. Em outras palavras, a Petrobras é apenas um dos agentes na produção da gasolina e se responsabilização houvesse (como pretendido pela empresa autora), esta teria que ser repassada aos importadores, distribuidores, revendedores e inclusive aos próprios produtores de biocombustíveis. É dizer: não há como reconhecer a relação direta entre o preço da gasolina A, o único que depende da Petrobras, com o preço da gasolina C, praticado na bomba de combustível. Basta lembrar que em março deste ano, após oito quedas consecutivas do preço da gasolina A, o valor final do combustível continuou praticamente o mesmo.

12. Conforme consta dos autos, a própria ANP, ao responder questionamento da União, por meio de dados oficiais, explanou graficamente que a variação percentual média dos preços finais da gasolina C ao consumidor, no Brasil, seguiu os principais mercados globais (de Nova Iorque e da Costa do Golfo), entre os anos de 2005 e 2018 - circunstância que afasta por completo qualquer possibilidade de prática de preço predatório.

13. O nexo de causalidade sugerido entre a conduta da Petrobras e eventuais danos materiais sofridos pela Autora não se sustentam, a uma porque os custos de extração de petróleo não definem o preço da gasolina nas refinarias, porquanto esta operação está atrelada a vários fatores, inclusive ao mercado de *commodities*, conectado à variação internacional; a duas, porque, embora concorrentes, segundo a ANP *"o etanol hidratado possui poder calorífico inferior ao da gasolina C"*, fator externo aos agentes econômicos que, por ter *"reflexo direto sobre a rentabilidade por quilômetro rodado dos dois combustíveis"*, também é avaliado pelo consumidor na hora da escolha do produto, tornando-se mais uma variável que afasta a argumentação autoral.

14. Concluiu o MPF que, "deferir o pleito da inicial é, sem dúvidas, penalizar a Petrobras pela ineficiência do produto que a demandante produz (etanol hidratado), o que vai de encontro ao ideal de eficiência que o sistema capitalista de produção e a Lei de Defesa da Concorrência deve proporcionar aos consumidores, assegurado pela liberdade de disputa de mercado entre os agentes econômicos".

15. Por sua vez, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao analisar matéria semelhante, nos autos do Procedimento de Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98, assentou por meio de sua Secretaria de Direito Econômico que não existiam indícios de predação por parte da Petrobras em face da Refinaria Manguinhos que justificassem a abertura de processo administrativo. Com efeito, na ocasião o CADE enfatizou as seguintes premissas: i) no mercado de combustíveis, vigora o regime da liberdade de preços, não existindo qualquer normativo que regulamentasse um eventual controle por parte do Estado; ii) com a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97) e suas alterações, desde 2002 os reajustes nos preços dos combustíveis cabem exclusivamente a cada agente econômico, por isso nenhum órgão de Estado ou de governo tem atribuições de tabelamento ou controle de preços ou quantidade para comercialização de combustíveis; iii) os agentes econômicos que atuam nesse segmento estão sujeitos a Lei nº 12.529/2011 que estabeleceu o controle do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

16. Embora tais diretrizes não sejam vinculantes, mas lastreado concomitantemente nos pareceres do MPF e da ANP, é possível arrematar que, de fato, a Petrobras e a União não possuíam meios concretos e diretos de controle de preços do setor de combustíveis que pudessem atrair a responsabilidade civil estatal, vale dizer, ainda que estivesse comprovado nos autos a existência de eventuais danos suportados pela Demandante, o que se percebe é que não há como vinculá-lo a qualquer conduta das partes requeridas.

17. Apesar de a parte Autora insistir na tese de que as planilhas colacionadas aos autos demonstram que a revenda de gasolina se deu abaixo do preço de mercado e dos custos de aquisição, o fato é que dados oficiais compartilhados e esmiuçados pela ANP dizem exatamente o contrário e até mesmo justificam a política então adotada pela Petrobras, de não repassar de imediato a variação de preços do petróleo ao consumidor, reduzindo a instabilidade interna decorrente da alta volatilidade dos preços internacionais (fato que era de conhecimento da parte autora quando iniciou suas atividades no ramo, não podendo o risco empresarial ser repassado às Rés).

18. Demonstrado nos autos que as condutas das Demandadas não configuraram qualquer infração à ordem econômica e, por conseguinte, não se qualificam como ato ilícito apto a ensejar a responsabilidade civil, mormente quando evidenciado a inexistência de nexo causal a justificar qualquer reparação, seja de cunho material ou moral.

19. **Apelação improvida.** Condenação da Apelante em honorários recursais, ficando majorado em 1% (um por cento) o percentual aplicado na sentença, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

PROCESSO Nº: 0818544-60.2017.4.05.8300 - APELAÇÃO CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à Apelação, nos termos do relatório e voto do Desembargador Relator, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 08 de julho de 2021.

Desembargador Federal **CID MARCONI**

Relator

tcv



Processo: **0818544-60.2017.4.05.8300**

Assinado eletronicamente por:

Cid Marconi Gurgel de Souza - Magistrado

Data e hora da assinatura: 12/07/2021 10:30:15

Identificador: 4050000.26872416



21071210272197400000026825637

Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

Para validar, utilize o link abaixo:

https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/Painel/painel_usuario/documentoHashHTML.seam?hash=319bb5cd913244f89c55958f24f647547a61480e&idBin=26825637&idProcessoDoc=26872416