

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.436.903 - DF (2014/0035705-1)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : COMAL COMBUSTÍVEIS AUTOMOTIVOS LTDA
RECORRENTE : LUBRIFICANTES GASOL INDUSTRIA E COMERCIO
LTDA
RECORRENTE : CASCOL COMBUSTÍVEIS PARA VEÍCULOS LTDA
RECORRENTE : CAL COMBUSTÍVEIS AUTOMOTIVOS LTDA
RECORRENTE : GASOL COMBUSTÍVEIS AUTOMOTIVOS LTDA
RECORRENTE : AUTO POSTO GASOL LTDA
RECORRENTE : CANAÃ COMBUSTÍVEIS PARA VEÍCULOS LTDA
RECORRENTE : CONVER COMBUSTÍVEIS VEÍCULOS E
REPRESENTAÇÕES LTDA
RECORRENTE : CONTAGEM DERIVADOS DE PETROLEO LTDA
RECORRENTE : MELHOR POSTO DE COMBUSTÍVEIS LTDA
RECORRENTE : REDE GASOL DE COMBUSTÍVEIS
ADVOGADO : MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA E OUTRO(S)
RECORRIDO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE
REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial interposto (art. 105, III, "a" e "c", da Constituição) contra acórdão assim ementado:

ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. MERCADO RELEVANTE DE COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA (REDE DE HIPERMERCADOS). INTERVENÇÃO DESNECESSÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DISCUSSÃO JUDICIAL POR SANÇÕES DO CADE EM DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES

1. Em causas versando sobre a aplicação de penalidades do CADE aos agentes econômicos, ambas as turmas que integram a 3ª Seção têm entendido que não há interesse público * primário que justifique a participação cogente do Ministério Público. Precedentes: AC 0022918-81.2001.4.01.34001DF (Rei. conv. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, 5ª Turma, e-DJF de 30/07/2010, p. 100). "(...) Indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis". (REsp 640412/SC, rei. Min Luiz Fux, Primeira Turma, publ. DJ 13/06/2005 p. 176). (AC 200334000176838, 5ª T., Selene, e-DJF11 5/11/2010, p. 79). Preliminar rejeitada.

Superior Tribunal de Justiça

2. sentença recorrida reformou o entendimento plenário do CADE que impusera às autoras condenação por práticas previstas na Lei Antitruste (artigos 20, 1, 11 e IV, e 21, I, IV, V e X, da Lei 8.884/94), daí as penalidades de multa no valor de 5% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do procedimento administrativo, inscrição da recorrida REDE GASOL no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, e publicação de anúncio de meia página em jornal de grande circulação com o extrato da decisão punitiva. Para o CADE, as autoras-recorridas valeram-se de seu poder econômico com o intuito de eliminar a possibilidade da concorrência potencial a ser exercida por redes de hipermercados locais que pretendiam ingressar no ramo de revenda de combustíveis, a ponto de exercerem pressões em autoridades dos poderes Executivo e Legislativo para aprovar lei distrital que vedava a instalação de postos de combustíveis em estacionamentos de supermercados.

3. As autoras argüiram a intercorrência de prescrição nos moldes do art. 40 da Lei 9.873/99 e art. 28, §§ 10 e 2 da Lei 8.884/94, mas a sentença em exame afastou a prejudicial de prescrição da aplicação da sanção administrativa. O julgador, entretanto, avançou para ter como descaracterizada a infração à ordem econômica, a ponto de refutar as atividades das autoras-apeladas como potencialmente atentatórias à liberdade de concorrência. Esse nortear da fundamentação da sentença evidentemente que feriu tema cujas dimensões são exclusivas da Administração, o próprio mérito do ato administrativo.

4. Por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de ver-se que também ambas as turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação. (AC 200134000253660, Laranjeira, 5ª T., e-DJF1 30/7/10, p. 101; (AC 200134000258588, Meguerian, 6ª T., e-DJF1 7/3/12, p. 310).

5. Apelação e remessa oficial providas. Ônus da sucumbência invertidos, inclusive honorários (10% sobre o valor atualizado da causa).

Sustenta as partes recorrentes, em Recurso Especial, violação, em preliminar, do art. 535 do CPC; e, no mérito, dos artigos 515, 516, 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil; os artigos 70, II; 20, incisos I, II e III; 21, incisos II, IV e V; 23, inciso III; 27, incisos I e VIII; e 60, todos da Lei 8.884/94; e o artigo 20, § 4º, também do Código de Processo Civil, além de divergida jurisprudência dessa e. Corte e do TRF 1ª Região.

Buscaram a anulação de decisão administrativa proferida pela dita Autarquia que, nos autos do Processo Administrativo nº 0800.024581/94-77, vislumbrando a ocorrência de supostas condutas representativas de infrações previstas nos artigos 20, 1, 11 e IV; e 21, 11, IV, V e X, todos da Lei 8.884/94, aplicou-lhes pena de multa correspondente a 5%

Superior Tribunal de Justiça

(cinco por cento) do faturamento bruto do ano anterior à instauração do procedimento, a inscrição da Rede GASOL no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e a publicação de extrato da decisão punitiva em jornal de grande circulação.

É o **relatório**.

Decido.

Os autos ingressaram neste Gabinete em 29.1.2015.

A irresignação não merece prosperar.

Preliminarmente, constato que não se configurou a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Na hipótese dos autos, a parte insurgente busca a reforma do aresto impugnado, sob o argumento de que o Tribunal local não se pronunciou sobre o tema ventilado no recurso de Embargos de Declaração. Todavia, constata-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição.

Cabe destacar que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. ALEGADA OFENSA AOS ARTIGOS 273, 458, II, 473, 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 11 DA LEI N. 8692/93. SÚMULAS 05 E 07 DO STJ. EM VIRTUDE DA FALTA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE PROVOCAR UM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, RESTA MANTIDA A DECISÃO ANTERIOR.

I - Os embargos de declaração são recurso de natureza particular, cujo objetivo é esclarecer o real sentido de decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão.

II - O simples descontentamento dos embargantes com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, que servem ao aprimoramento, mas não, em regra, à sua modificação, só muito excepcionalmente admitida.

(...)

VI - Agravo improvido (AgRg nos EDcl no Ag 975.503/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 11/09/2008).

Superior Tribunal de Justiça

Registre-se, portanto, que da análise dos autos extrai-se ter a Corte recorrida examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

Observo que o Tribunal local não emitiu juízo de valor sobre os dispositivos legais cuja ofensa se aduz.

O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. IPTU, TIP E TCLLP. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 211 do STJ).

(...)

(REsp 767.250/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/06/2009).

Acrescente-se que não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa a dispositivos legais que não foram analisados pela instância de origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública, como a prescrição. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento. Nesse sentido, destaco a recente decisão da Corte Especial:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESCRIÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

– A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame ex officio de questão não debatida na origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública, como a prescrição.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl nos EAg 1127013/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, DJe 23/11/2010).

Além disso, apenas para esclarecer eventuais dúvidas, ressalto que, mesmo nos casos em que a instância ordinária acolhe os Embargos de Declaração "para efeito de prequestionamento", não é satisfeita a exigência de prequestionamento. Isso porque, para que se tenha por atendido esse requisito, não basta que a Corte *a quo*

Superior Tribunal de Justiça

dê por prequestionado o dispositivo, é indispensável também a emissão de juízo de valor sobre a matéria.

Nessa linha, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 620 DO CPC. (...)

(...)

3. *É entendimento assente da Primeira Turma que a mera declaração do Tribunal a quo de se ter por prequestionados dispositivos a fim de viabilizar o acesso à instância superior não se mostra suficiente para esta Corte se, após análise feita, constatar-se a inexistência do imprescindível debate.*

(...)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1159497/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 30/11/2009, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM OMISSO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO DO RECURSO APENAS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO, SEM EFETIVA DISCUSSÃO ACERCA DOS DISPOSITIVOS TIDOS COMO VIOLADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ.

1. *O simples fato de o Tribunal a quo ter asseverado, por ocasião da apreciação dos embargos de declaração, que tal e quais dispositivos encontravam-se prequestionados, sem que tenha havido efetiva discussão a respeito das teses referentes à aplicabilidade dessas normas, não é suficiente para ensejar a admissão do recurso especial.*

2. *O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido de que incide, no ponto, a Súmula n. 211 desta Corte. Precedentes.*

3. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp 948.716/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/11/2008, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ARGÜIÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF.(...)

(...)

2. *Não satisfaz o requisito do prequestionamento a mera referência pelo Tribunal a quo de que teria por prequestionados os dispositivos legais tidos por malferidos. Precedentes da Turma. São aplicáveis os óbices das Súmulas 211/STJ e 282/STF.*

(...)

4. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 929.737/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA,

SEGUNDA TURMA, DJ 03/09/2007, p. 159, grifei).

Os insurgentes restringem-se a alegar genericamente ofensa à citada norma sem, contudo, demonstrar de forma clara e fundamentada como o aresto recorrido teria violado a legislação federal apontada. Incide na espécie, por analogia, o princípio estabelecido na Súmula 284/STF. Nessa esteira:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. TAXA DE EXPEDIÇÃO. IMPORTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 2.145/33. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTOS NODAIS DO ARESTO RECORRIDO. SÚMULAS 283 E 284 DO STF. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. Incide a Súmula 284 do STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."), acarretando a inadmissibilidade do recurso especial, quando os motivos que embasaram a alegação de violação não guardam pertinência com o disposto no dispositivo legal indicado (Precedentes: REsp 441.800/CE, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 06/05/2004; AGREsp 363.511/PE, 2ª T., Rel. Min. Paulo Medina, DJ 04/11/2002).

(...)

7. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 947.901/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009).

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. IR E CSSL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. PREJUÍZOS FISCAIS. COMPENSAÇÃO. LIMITES. LEI N. 8.981/95. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Alegação genérica de ofensa a lei federal não é suficiente para delimitar a controvérsia, sendo necessária a especificação do dispositivo legal considerado violado (Súmula n. 284 do STF).

(...)

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(REsp 462.204/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 18/08/2006 p. 366).

A Corte de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos, assentou que:

Superior Tribunal de Justiça

As autoras argüiram a intercorrência de prescrição nos moldes do art. 40 da Lei 9.873/99 e art. 28, §§ 10 e 20 da Lei 8.884/94, mas a sentença em exame afastou a prejudicial de prescrição da aplicação da sanção administrativa. O julgador, entretanto, avançou para ter como descaracterizada a infração à ordem econômica, a ponto de refutar as atividades das autoras-apeladas como potencialmente atentatórias à liberdade de concorrência. Esse nortear da fundamentação da sentença evidentemente que feriu tema cujas dimensões me parecem ser exclusivas da Administração, o próprio mérito do ato administrativo.

A meu convencimento, ainda que a sentença invocasse o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade como fundamento de análise dos motivos determinantes da sanção imposta às autoras-apeladas, tal premissa seria descabida aos moldes em que o legislador privatamente atribuiu ao CADE como órgão regulador e fiscalizador da atividade econômica (art. 70, 11, da Lei 8.884/94). Atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos - no caso a atuação das autoras e de seu sindicato na repressão à entrada de novo distribuidor no mercado varejista de combustíveis com prejuízo à livre concorrência - é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria.

Estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial. No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro.

Ainda que se registre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça um precedente quanto à possibilidade da intervenção judicial em casos tais, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional^{1 2}, é de ver-se que também ambas as turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação.

(...)

Tais os precedentes, ACOELHO a apelação e a remessa para reformar a sentença e inverter o ônus da sucumbência, impondo aos apelados o pagamento de verba honorária no mesmo patamar da decisão ora reformada (10% sobre o valor atribuído à causa - R\$5.000.000,00, devidamente atualizado desde abril de 2005).

Observar-se que a instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que a análise da controvérsia demanda o necessário reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial."

A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o

Superior Tribunal de Justiça

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), como o que se afigura no presente caso, impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal. Confirma-se o precedente:

TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE TAXA DE ÁGUA E DE SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMÚLAS NS. 282 E 283 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADO.

(...)

3. Não se conhece do dissídio jurisprudencial quando não atendidos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Recurso especial não-conhecido.

(REsp 649.084/RJ; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJ de 15/8/2005).

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Cumprido ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

Por tudo isso, **nego provimento ao Recurso Especial.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de março de 2015.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator