

**PODER JUDICIÁRIO**  
**JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA**  
**SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL 21ª VARA**  
**MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL**

**FINMECCANICA S.P.A. E OUTRO X CADE**

**MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL**  
**PROCESSO Nº: 2001.13688-2**  
**CLASSE 2100: MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL**  
**IMPETRANTES: FINMECCANICA S.P.A. E OUTRO**  
**IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE**  
**DEFESA ECONÔMICA -CADE**

*DECISÃO*

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Finmeccanica S.p.A. e GKN plc contra ato do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE que lhe aplicou multa em decorrência de suposta intempestividade na apresentação de Ato de Concentração.

Alegam que, em razão da disposição do art. 54 da Lei 8.884/94, submeteram à apreciação do CADE o referido ato de concentração econômica em 26.07.2000, tendo este aprovado o ato, mas aplicado-lhe multa em razão de tê-lo considerado intempestivo.

Afirmam que a aplicação da multa se deu em razão do disposto na Portaria 15, de 19 de agosto de 1998 do CADE, a qual, entretanto, contraria as disposições do citado art. 54 da Lei 8.884/90.

Requerem a concessão de medida liminar.

Nesta fase inicial do mandado de segurança, cumpre ao juiz verificar, em juízo de cognição sumária, a existência da plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, bem o risco de a medida tomar-se ineficaz, acaso concedida apenas ao final, quando do proferimento da sentença ( art. 7º, II, da LMS).

Nesses termos, parece-me assistir razão aos Impetrantes.

Com efeito, dispõe o art. 54 da Lei 8.884/94:

*“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam /imitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.*

...

*§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).(Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

*§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30/03/95)*

*§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32 “.*

Por outro lado, a Resolução 15/CADE, na qual se embasou a tese da intempestividade, citada no parecer da Procuradoria do CADE (fl. 394), dispõe que:

*. “Art. 2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos termos dos § 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alterações nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente em momento diverso “.*

Num primeiro momento, parece-me que efetivamente a decisão de aplicar a multa desbordou dos parâmetros estabelecidos na legislação.

Com efeito, as normas aplicáveis exigem que a comunicação de intenção de formalizar ato de concentração seja prévia ou no prazo de 15 dias. Dos documentos acostados nos autos se vê que o acordo definitivo se deu em 26.07.2000 e a comunicação em 16.08.2000.

Os acordos nos quais se baseou o relator para considerar apresentação intempestiva não são vinculantes. Tendo em vista a complexidade da formação da *joint venture* em questão é natural a existência de acordo prévios. Estes, entretanto, não podem ser tidos como definitivos ou como passíveis de limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

A conselheira Hebe Romano, voto vencido na questão, bem enfatizou tais aspectos, os quais transcrevo:

*“Ora, trata-se de uma ‘Joint Venture’ de um negócio altamente sofisticado de fabricação e suporte de helicóptero, envolvendo concessões públicas e segurança de espaço aéreo que necessitam do mínimo de garantia para validade da transação.*

*Conforme se verifica, trata-se de prática saudável para garantias de negócios futuros. Algumas empresas o fazem tacitamente até que seja assinado o contrato definitivo, neste caso as empresas preferiram garantias expressas e assim procederam. Isto não significa que tais garantias devam ser consideradas como atitudes prejudiciais à concorrência. O CADE tem que agir de modo a dar segurança jurídica suficiente e não para confundir o jurisdicionado e levá-lo a traçar estratégias para ocultar a verdade dos fatos “.*

Há de ser ressaltado, ainda, a aplicação retroativa da Resolução 15/CADE: Isso porque a mesma foi editada em 1998 enquanto o relator considerou o primeiro ato praticado em 9 de dezembro de 1997.

Em caso semelhante, reconheceu o e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região a possibilidade de se suspender o recolhimento da multa, diante da iminência de risco de dano à parte:

*“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CADE. AÇÃO*

*CAUTELAR.. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA.*

*1 - Se a multa e imposta por maioria dos membros do órgão administrativo, saindo vencido, inclusive, o relator evidentemente, em principio, ha uma probabilidade que a empresa tenha razão, e possa sagrar-se vencedora, no processo principal.*

*2- O periculum in mora se configura pelo fato de a parte sofrer prejuízo com o desembolso da quantia pertinente a multa, e só poder reavê-la mediante ação de repetição” (AG 95.01.06806-4. Rei. Juiz Tourinho Neto. Pub. DJ 04/05/1995 P .26370).*

Por fim, ressalte-se que a medida liminar não tem cunho satisfativo, podendo, acaso revogada, ser reiniciado o procedimento de cobrança da multa em questão.

Diante do exposto, defiro a medida liminar requerida para suspender a eficácia da aplicação da multa quando do julgamento do Ato de Concentração 08012.003736/00-11 e, via de consequência, determinar ao Impetrado que se abstenha de praticar qualquer ato com vistas à sua cobrança.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora para imediato cumprimento e prestar as devidas informações, no prazo legal.

Intimem-se.

Após, ao MPF.

Brasília, 10 de maio de 2001.

**GUILHERME JORGE DE RESENDE BRITO**

JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA 21ª VARA

**SENTENÇA Nº 390/2002**

**PROCESSO:** 2001.34.00.013688-2

**CLASSE 2100:** MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

**IMPETRANTE:** FINMECCÂNICA S.P.A E OUTRO

**IMPETRADO:** PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA. ECONÔMICA - CADE

---

*DECISÃO*

Vistos, etc.

FINMECCÂNICA S.P.A e GKN PLC., pessoas jurídicas de direito privado, qualificadas na inicial, impetraram Mandado de Segurança contra ato do PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, objetivando a desconstituição de multa aplicada por suposto atraso na apresentação de ato de concentração ao CADE.

Alega, em favor de tal pretensão, que, de acordo com o art. 54, § 4º, da Lei 8.884/94, os atos que visem à qualquer forma de concentração econômica devem ser submetidos à apreciação do previamente ou no prazo de quinze dias úteis da sua realização; que, apesar de não terem, à época, realizado a operação em razão da pendência de condições, submeteu seu ato de concentração ao CADE em 16 de agosto de 2000, antes mesmo da sua apresentação à Comissão Européia e às autoridades americanas, tendo ambas se manifestado favorável à aprovação do ato de concentração; que tal apresentação se pautou pela data de assinatura do contrato definitivo, ocorrida em 26 de julho de 2000 e que, em razão desses fatos, este ato se deu de forma tempestiva.

Nesse compasso, assevera que a solução da demanda requer a ‘definição do termo inicial ~o citado prazo legal, se é a celebração dos contratos preliminares, se o da assinatura do contrato definitivo ou se o do cumprimento das condições, sustentando que deve ser considerada a data de subscrição do contrato definitivo porquanto, até então, não existia ato de concentração no plano fático. Por fim, acrescenta que os contratos preliminares não têm sequer potencialidade para causar lesão capaz de justificar a atuação do CADE, observando que a Resolução 15, de 19 de agosto de 1998, ultrapassou os limites do art. 54, § 4º, da Lei 8,884/94.

Instruem a inicial os documentos de fls. 23/368. Deferida a liminar na decisão de fls. 370/373.

Em suas informações, a Autoridade Impetrada defende a legalidade da sua conduta com base na premissa de que as Impetrantes firmaram contrato vinculativo em 9 de dezembro de 1997, constando do contrato preliminar de 1999 o rateio de lucros, realçando, ademais, que a Resolução 15, de 1998, foi editada, para fins de integração dos comandos da Lei 8.884/1994.

No seu parecer, a i. representante do Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem de segurança.

Relatados e examinados,  
Decido.

Sob exame, nestes autos, multa aplicada às Impetrantes em face da apresentação, segundo a Autoridade Impetrada, intempestiva do ato de concentração econômica envolvendo ambas, em detrimento do disposto no art. 54, § 4º, da Lei 8.884/94, que estabelece:

*Art. 54...*

...

*§ 4º. Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para .exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.*

A solução do conflito, conforme sinalizado pela própria Impetrante, requer a verificação do momento em que seu deu o ato de concentração econômica, divergindo as partes quanto a sua configuração nos contratos preliminares ou na celebração do contrato definitivo, sendo, a meu ver, imprescindível, nesse contexto, a definição preliminar do conteúdo da expressão concentração econômica.

Tal individualização dispensa maiores pesquisas jurídicas na medida em que a própria Lei 8.884/94, no seu art. 54, § 3º, delimita os atos de concentração econômica, afirmando que abrangem toda sorte de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implique em participação de empresa ou grupo de empresas que resulte em 20% ou mais de um mercado relevante ou quando quaisquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Portanto, sem exame do caso concreto, não se pode afirmar que o ato de concentração econômica se efetiva nos contratos preliminares ou no contrato definitivo. Assim é que considero que art. 2º da Resolução 15, de 19 de agosto de 1998, não ultrapassa os limites da legal quando determina que o momento da realização da operação é definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre os requerentes, *ipsis litteris*:

*Art. 2º - O momento de realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando a alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas terceiro agente ocorrer em momento diverso.*

Resta, pois, o exame do conteúdo jurídico da expressão *.documento vinculativo*, a qual, considerando o próprio *caput* do art. 54 da Lei Antitruste, deve ser entendido como o ajuste que produza efeitos de concentração econômica, em prejuízo da livre concorrência, assim explicitando, de forma inequívoca, o mencionado artigo de lei: *Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.*

De acordo com a Autoridade Impetrada, as Impetrantes firmaram contrato vinculativo em 9 de dezembro de 1997 (fls. 48/59); em 9 de abril de 1998, pactuaram exclusividade (fl. 63) e, em 16 de março de 1999, ajustaram rateio de lucros relativos ao exercício de 1999 (fl. 79), representante do Ministério Público Federal a mesma exegese.

Peço vênica para discordar de tal conclusão pelas razões que se seguem.

O contrato preliminar de fls. 48/55, de 9 de dezembro de 1997, não tem caráter vinculativo. Tem, por objeto, tão-somente a troca de informações em caráter confidencial, constando, expressamente, do mesmo que:

*A. A GKNWL e a Finmeccanica, por meto de suas empresas subsidiárias GKN Westland Helicopters United e Agusta, são fabricantes líderes de helicópteros e possuem uma Sociedade de Joint Venture na Inglaterra, a EH Industries Limited. As partes mantiveram conversações sobre associações comerciais e outros possíveis empreendimentos que foram regidos pelas disposições de um Contrato de Confidencialidade datado de 29 de maio de 1997 (“Contrato de Confidencialidade”) e agora pretendem examinar em profundidade as possibilidades de combinar todas as companhias subsidiárias, ou parte destas, e outras operações diretamente pertinentes à fabricação e ao suporte de helicópteros (“Objetivo”).*

*B. A fim de facilitar a abertura das discussões em relação ao Objetivo, será necessário que cada Parte revele mais informações à outra, informações estas que são confidenciais à parte divulgadora (fls. 48/49).*

...

*9. Nenhuma disposição deste Contrato imporá qualquer obrigação legal a qualquer uma das Partes de celebrar qualquer outro contrato com a outra Parte, ou em relação à mesma, ou de concluir a transação pretendida pelo Objetivo, para evitar dívidas, cada Parte terá a liberdade de retirar-se, a qualquer tempo, de quaisquer discussões relacionadas ao Objetivo, sem responsabilidade para com a outra Parte, salvo conforme o disposto neste Contrato (fl. 53).*

Também a referida nuance vinculativa não consta do ajuste preliminar das Impetrantes firmado em 9 de abril de 1998 (fls. 61/67), cujo objeto é a análise da viabilidade da fusão, dele defluindo, de forma clara e objetiva, a sua feição precária, consoante sobressai dos seus itens 1 e 10:

*1. O presente Memorando de Compromisso Preliminar confirma a intenção das Partes de celebrar negociações exclusivas com o objetivo de estabelecer a viabilidade de se formar uma joint venture ou alguma outra forma de aliança estratégica (a “Fusão”) entre a Agusta, uma Divisão da Finmeccanica S.p.A (“Agusta”) e a GKN Westland Helicopter Limited, uma subsidiária da GKN Plc. (“Westland”), sujeitas ao ajuste da avaliação das respectivas atividades, dar início à Fusão, m no início de 1999, de acordo com o procedimento descrito neste instrumento.*

...

*10. As partes trabalharão em conjunto até o final de junho de .1998; após esta data, tanto uma como a outra poderá, a qualquer tempo, encerrar as discussões e negociações com uma notificação de 30 dias de antecedência a outra Parte, sem ser obrigada a expor os motivos que a levaram a fazê-lo ou a responder ‘por perdas e danos ou pelo reembolso de custos e despesas ou ainda pelo pagamento de custos de qualquer outra natureza, contanto que tal rescisão não envolva violação dos termos dos parágrafos 5, 6 e 8 supra citados (fls. 61 e 64/65).*



Nem apoia a tese da Autoridade Impetrada o contrato preliminar de 16 de março de 1999 (fls. 73/106), que, na verdade, traça as diretrizes da futura *Joint Venture*, explicitamente, cominando, no item 1.7 (destacado apenas em parte pela Autoridade), a independência dos resultados das Impetrantes e disciplinando potenciais reflexos das negociações preliminares sobre aqueles, *litteris*:

*1.7 .No período compreendido entre 1º de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 1999, tanto a Agusta quanto a Westland serão:*

*.....*  
*1.7.1 Contadas como se fossem empresas a realizarem suas atividades de maneira independente; e*

*.....*  
*1.7.2 Administradas segundo as melhores práticas comerciais em conformidade com as metas da Joint Venture, abstendo-se de qualquer medida que possa tanto afetar negativamente os lucros com prejuízo das Partes ou de qualquer delas, quanto antecipar os lucros ou de outro modo privar a Joint Venture, no todo ou em parte, dos benefícios pretendidos das sinergias potenciais advindas da combinação da Agusta com a Westland. Em apoio a isto, na medida em que os lucros para 1999 tanto da Agusta quanto da Westland forem maiores do que os lucros incluídos nas projeções comerciais dos respectivos negócios conforme ajustado entre as Partes, os acordos serão então efetuados de modo a permitir tal excedente, a ser dividido igualmente entre as Partes (fl. 79).*

Dessarte, tenho que, efetivamente, o ato de concentração econômica em questão só se perfez em 26 de julho de 2000, estando ele caracterizado no contrato de fls. 113/264, daí sobressaindo o direito líquido e certo das Impetrantes a não serem sancionadas com a multa aplicada pela Autoridade Impetrada.

São, nesse compasso, irrepreensíveis as considerações iniciais feitas pelo i. juiz que deferiu a prestação antecipatória nestes autos:

*Os acordos nos quais se baseou o relator para considerar apresentação intempestiva não são vinculantes. Tendo em vista a complexidade da formação da joint venture em questão é natural a existência de acordos prévios. Estes, entretanto, não podem ser tidos como definitivos*

*ou como passíveis de limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.*

*A conselheira Hebe Romano, voto vencido na questão, bem enfatizou tais aspectos, os quais transcrevo:*

*“Ora, trata-se de uma ‘Joint Venture’ de um negócio altamente sofisticado de fabricação e suporte de helicóptero, envolvendo concessões públicas e segurança de espaço aéreo que necessitam do mínimo de garantia para validade da transação.*

*...*

*Conforme se verifica, trata-se de prática saudável para garantias de negócios futuros. Algumas empresas o fazem tacitamente até que seja assinado o contrato definitivo, neste caso as empresas preferiram garantias expressas e- assim procederam. Isto não significa que tais garantias devam ser consideradas como atitudes prejudiciais à concorrência. O CADE tem que agir de; modo a dar segurança jurídica suficiente e não para confundir o jurisdicionado e levá-lo a traçar estratégias para ocultar a verdade dos fatos” (fl. 372).*

Diante do exposto, concedo ordem de segurança para fins de tornar insubsistente a decisão impugnada na parte em que impôs às Impetrantes o pagamento de sanção pecuniária por suposta violação ao art. 54, § 4º, da Lei 8.884/94.

Sentença sujeita à remessa oficial.

Sem honorários advocatícios (Súmula 512 do STF e 105 do STJ).

Custas *ex lege*.

P.R.I

Brasília-DF, 02 de outubro de 2002

**VERA CARLA NELSON CRUZ SILVEIRA**  
JUÍZA FEDERAL TITULAR DA 21ª VARA