

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

AG: 2001 01.00.031395-8/DF

Proc ong: 2001 34. 00 018763-6

EMBRAER E OUTROS X CADE

AGRAVO

RELATOR: MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS

AGRAVANTE: EMBRAER E OUTROS

ADVOGADOS: LUIZ CUSTÓDIO DE LIMA BARBOSA E OUTROS

AGRAVADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE

DECISÃO

Vistos etc.

1. EMBRAER - EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S.A, CIA BONZANO SIMONSEN, PREVI-CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL e FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL **agravam, com pedido de efeito suspensivo ativo**, contra a decisão do MM Juiz Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Alexandre Vidigal de Oliveira, que indeferiu o pedido de liminar no mandado de segurança que impetraram contra ato do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

2. O mandado de segurança foi impetrado para afastar a multa imposta pelo CADE, sob o fundamento de terem os impetrantes deixado de observar o prazo de notificação de 15 dias quanto aos atos de concentração econômica, de que trata o § 4º do art. 54 da Lei n. 8.884 de 1994.

O ilustre Juiz *a quo* reconhece que são relevantes as razões apresentadas pelas impetrantes, mas negou a liminar, sob o argumento de que:

É indispensável a necessidade premente da manifestação judicial, a evitar a lesão irreparável ou de difícil reparação, aspectos estes não explicitados suficientemente na inicial.

Aceito ser relevante a fundamentação do pedido (inc. II do art. 7º da Lei 1533 de 1951), resta examinar se do ato impugnado poderá resultar a ineficácia da medida, caso venha a ser deferida (segundo requisito para a concessão da liminar em mandado de segurança segundo dispõe o inc. II, segunda parte, do art. 7º da Lei 1.533, de 1951).

Dizem as impetrantes que o perigo da demora está em que, se não concedida a liminar “serão obrigadas a pagar a multa pecuniária que lhes foi imposta na decisão atacada pelo *mandamus*”. Se vierem a ser vencedoras, em decisão final, terão, se recolhida multa de ingressarem com uma nova ação para repetirem o indébito. Logo, a medida que buscaram mediante o mandado de segurança resultou, na verdade, ineficaz.

3. Ante o exposto, concedo a liminar pretendida pelas impetrantes, ora agravantes no mandado de segurança que interpuseram contra o CADE (efeito suspensivo ativo).

4. Comunique-se ao MM Juiz a *quo*.

5. Intime-se o agravado para, querendo, apresentar contra-razões.

6. Dispensadas as informações.

7. Publique-se.

Brasília-DF, 12 de julho de 2001.

JUIZ TOURINHO NETO

Relator (Turma Especial de Férias)

MANDADO DE SEGURANÇA

Sentença nº: 2029 2002 Livro LXIII - B

Autos nº: 2001.34.00.018763-6

Impetrantes: Empresa Brasileira de Aeronáutica AS - EMBRAER: CIA Bozano Simonsen: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI e Fundação Sistel de Segurança Social

Impetrado: Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

SENTENÇA

EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S.A - EMBRAER e OUTRAS, impetraram o presente mandado de segurança em desfavor do

SR. PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, objetivando anular a multa administrativa ou diminuir seu valor para o mínimo legal.

2. Afirmam, em suma, que deve ser anulada a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a qual considerou intempestiva a apresentação do ato de concentração da venda de 20% das ações ordinárias da EMBRAER às empresas francesas Aérospatiale Matra, Dassault Aviation, Thomson-CSF e Société Nationale D'étude et de Construction de Moteurs D'aviation - SNECMA. impondo-lhe o pagamento de multa no valor de 180.000 UFIR, conforme disposto no art. 54, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.884/94.

Para tanto. sustentam que a apresentação do ato de concentração econômica se deu dentro do prazo legal de 15 (quinze) dias úteis, visto que, não obstante terem assinado um documento denominado "Stock Purchase Agreement" em 23/07/99, a operação foi efetivamente realizada no dia 05/11/99. Aduz, ainda, que o "Stock Purchase Agreement" é mera promessa de venda futura de ações sem nenhum impacto sobre o mercado, que a Resolução nº 15/98 CADE não poderia criar regra jurídica nova, bem como que a compra e venda era sujeita a condição suspensiva aleatória, qual seja, a concretização da oferta pública que. caso não consumada. seria como se acordo celebrado em 27/03/99 não tivesse existido, hipótese absurda em que as requerentes estariam obrigadas a notificar ato que não aconteceu e sujeitas. ainda. a multa por intempestividade.

Outrossim, defende que. caso aplicada. a multa deveria restringir-se ao mínimo admitido em lei. isto é. 60,000 UFIR.

A inicial veio instruída pelos documentos de fls. 23/213.

3. A liminar foi indeferida pela r. decisão de fl. 216, Contra a decisão. foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2001,01.00.018763-6, no qual foi concedido efeito suspensivo ativo (fls. 222/223).

4. Em informações de fls. 240/263, a Impetrada argüiu, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo. No mérito, alegou que o contrato vinculativo denominado "Stock Purchase Agreement", criou uma relação obrigacional entre as partes que, imediatamente. produziu potenciais efeitos no mercado e nas relações de concorrência: defendeu a legalidade da Resolução nº 15/98, sendo que o vocábulo "realização" insculpido no § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 deve ser interpretado como o momento em que ocorre ato que pode gerar alterações nas relações de concorrência, o que inclui os atos realizados antes do fechamento da transação e que o valor da multa foi fixado em estrita observância aos ditames da Lei nº 8.884/94

As informações vieram acompanhadas dos documentos de fls. 264/342.

5. Em parecer de fls. 343/348, o Ministério Público Federal pugnou pela denegação da segurança.

Manifestação das Impetrantes juntada às fls. 352/358. Este é o breve relatório.

II

7. A existência de direito líquido e certo é exigência tipicamente processual, relativa à demonstração da existência dos fatos nos quais se baseia a impetração, não se confundindo com o mérito do litígio. É de se ter claro que tal condição especial da ação de mandado de segurança liga-se à existência de prova documental pré-constituída que corrobore os fatos sobre os quais de assenta a pretensão do Impetrante. Líquido e certo, assim, é o direito que se fundamenta em fatos incontroversos, documentalmente provados. Não se confunde, portanto, com o mérito do *writ*, de sorte que é possível, em tese, que haja direito líquido e certo (isto é, que existam provas documentais dos fatos alegados) sem que isso signifique a necessária procedência da ação. Daí afirmar-se ser este conceito nitidamente processual, posto que liga-se à possibilidade da ação, e não à sua procedência. No caso em tela, está presente tal requisito, posto que o Impetrante carregou documentos que comprovam os fatos por ele narrados., sendo desnecessário dilação probatória.

Rejeito, pois, a preliminar.

8. O ponto central da questão consiste em estabelecer em que momento se configurou, efetivamente, a realização de ato de concentração apto a limitar ou prejudicar a livre concorrência, sujeito ao controle da Administração.

A argumentação das Impetrantes fundamenta-se, basicamente, na interpretação de que o negócio jurídico previsto no contrato particular de fls. 114/147, firmado em 23/07/99, somente se realizou posteriormente com a efetiva compra das ações, pois o “Stock Purchase Agreement” é mera promessa de compra e venda de ações sem nenhum impacto no mercado. Alegam, ainda, que a compra e venda de ações prevista no pacto era sujeita a condição suspensiva aleatória da efetiva oferta pública das ações que, caso não consumada, seria como se o “Stock Purchase Agreement”, não tivesse existido, hipótese que tornaria ainda mais evidente a desnecessidade de notificar a existência do pacto firmado.

De outro lado, a Autoridade apontada como coatora fundamentou a intempestividade da comunicação no entendimento de que o prazo começaria a fluir a partir da data da assinatura do contrato. ocorrida em 23/07/99.

9. A Lei de Proteção da Concorrência (Lei nº 8.884/94) impõe o controle das operações de concentração entre empresas pelos órgãos de defesa da concorrência nos seguintes termos:

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.

.....

§ 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 a SEAE.

§ 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 6000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.. (grifamos)”

A lei refere-se. assim. à realização do ato como sendo o marco inicial do prazo para apresentação, o que efetivamente pode abrir margens a dúvidas quanto ao termo inicial, razão pela qual o CADE, a fim de unificar um critério de interpretação de tal norma editou a resolução nº 15, *verbis*:

Art. 2º O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

Vale notar que. revendo posicionamento anteriormente adotado. não vislumbro, *a priori*, a existência qualquer ilegalidade na Resolução 15 o CADE, desde que respeitados alguns critérios de hermenêutica. É que, em

face do princípio da força obrigatória das leis, é de se dar a todo regulamento administrativo a interpretação que melhor garanta a eficácia do dispositivo legal que o regulamento visa a completar.

Assim, no caso em tela, tenho ser admissível que a autoridade administrativa fixe, como critério de unificação de interpretação, o momento em que se considera realizada a operação de concentração. tal qual foi feito pela Resolução nº 15, desde que empreste-se à ressalva constante do art. 2º da mencionada resolução (“salvo quando a alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”, o entendimento de que, em sendo comprovado que o ato de concentração cuja apresentação é obrigatória ocorreu em momento diverso do primeiro documento vinculativo (seja este momento anterior ou posterior). não há que se falar no primeiro documento vinculativo como termo inicial.

De fato, conforme determina a Lei de Proteção da Concorrência, o importante é identificar o momento em que ocorre a realização de ato, sob qualquer forma manifestado, com potencial de “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”.

Portanto, tal resolução somente pode ser aplicada quando não for possível definir com clareza o momento da alteração nas relações de concorrência potencialmente danosas ao mercado. sendo correto o CADE utilizar-se do critério definido na mencionada resolução, a fim de considerar realizado o ato no momento de seu primeiro documento vinculativo. Assim, em resumo, tenho que a resolução 15 do CADE nada mais faz do que estabelecer uma presunção *iuris tantum* da data de ocorrência do ato de concentração capaz de influir ou interferir no comportamento concorrencial, que deve ceder quando houver provas de outro ser o momento de realização do mesmo.

Ora, a verificação da possibilidade de interferência na livre concorrência pelos órgãos de defesa pode ser feita “previamente ou no prazo máximo de quinze dias de sua realização”. sendo evidente que a apresentação da documentação em prazo posterior ao conferido por lei retarda a ação dos órgãos de regulação do mercado e dificulta a repressão contra atos danosos, já consolidados. Com efeito, a efetiva atuação do CADE depende muito da cooperação dos agentes econômicos em notificar suas operações de fusão e aquisição no tempo o mais próximo possível ao momento em que tiver ocorrido a alteração nas relações econômicas entre as partes.

No caso em tela, verifico que o ato de concentração representado pelo “Stock Purchase Agreement” celebrado entre as Impetrantes e as empresas francesas, prevendo a entrada das últimas na Embraer mediante futura aquisição de ações privadas é ato que efetivamente pode *“limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”*, devendo, assim, ser submetido à apreciação do CADE, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

De fato, tenho ser possível afirmar que, de um modo geral o contrato vinculativo de fls. 114/147, mesmo sujeito a cláusulas e condições (de eficácia, e não de validade) futuras, configura ato capaz de influir no comportamento concorrencial. A assinatura de um contrato dessa natureza tem evidente poder de afetar o mercado, mesmo antes da efetiva compra das ações, tomando-se objeto de apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência.

A partir do momento que o contrato foi filmado entre as partes, mesmo que este não interfira no comportamento de outras empresas do ramo atuantes no mercado, obviamente há uma alteração de estratégias de mercado das empresas envolvidas na avença. Como exemplo, transcrevo a disposição contida no parágrafo 5.3 da Cláusula V do “Stock Purchase Agreement”, a qual tem inegável poder inibidor nas relações de mercado:

“PARÁGRAFO 5.3 Em seu nome e em nome das demais Acionistas Controladoras, a Vendedora neste ato garante que, **durante o período de vigência deste Contrato**, as Acionistas Controladoras não farão negócios com qualquer compradora em potencial das Ações Ordinárias Desembaraçadas que possam ter uma participação conflitante com aqueles das Compradoras, nem venderão Ações Ordinárias em quantidades que possam atrapalhar o mercado ou a IPO futura ou tornar impossível o sucesso da Oferta. **Durante o mesmo período**, a Vendedora fará com que a Embraer não adquira Ações Ordinárias Desembaraçadas.” (fl. 142 - grifamos).

Assim, é facilmente identificável que a assinatura do contrato configurou a realização de ato que, conforme determina a Lei de Proteção da Concorrência, pelo seu potencial lesivo à livre concorrência, deve ser submetido à apreciação do CADE, SDE e SEAE, não podendo prosperar a interpretação desejada pela Impetrantes de que somente após a efetiva compra das ações começaria a correr o prazo fatal para que os órgãos de defesa da

concorrência apreciassem a legalidade do ato. visto que. independente do implemento das condições suspensivas pactuadas e da total eficácia do contrato, este já era ato passível de controle por importar em alteração.

nas relações de concorrência. no mínimo. entre as partes celebrantes do acordo, desde a assinatura do mesmo.

Pelo mesmo motivo não procede a argumentação das Impetrantes de que, caso não ocorresse a efetiva compra das ações acordadas no “Stock Purchase Agreement”, nada haveria a ser notificado aos órgãos de defesa da concorrência. pois seria como se o acordo prévio jamais tivesse existido, motivo pelo qual somente haveriam que comunicar a efetiva concretização da operação. Ora. o parágrafo 5.3 do “Stock Purchase Agreement” acima transcrito evidencia claramente que, mesmo que o acordo não fosse concretizado. era por si mesmo. limitador da livre concorrência. suscetível de avaliação pelo CADE, valendo notar que o objeto da comunicação obrigatória ao CADE, a teor do disposto no art. 54 da Lei antitruste, não é um negócio jurídico complexo que, após terminado, implique em alteração das relações concorrenciais. O que deve ser submetido é qualquer ato jurídico que afete as relações, pelo que o prazo de apresentação há que ser contado da realização do ato, e não do momento da eficácia do negócio.

10. No que diz respeito ao valor da multa fixado pelo Colegiado do CADE, a pretensão de sua fixação pelo mínimo legal não merece guarida, uma vez que estipulada fundamentadamente e levando em consideração os critérios previstos no art. 27 da Lei nº 8.884/94, posto que partiu da multa mínima prevista em lei, agravando a penas. progressivamente. nos termos do art. 27 da Lei nº 8.884/94.

Sobre o tema. destaco que o art. 27 da Lei de Proteção da Concorrência estabelece critérios objetivos e subjetivos que devem ser levados em m conta pelo julgador para a adequada aplicação da pena. como por exemplo a capacidade econômica das empresas envolvidas, não cabendo ao Poder Judiciário interferir no mérito do ato Administrativo sem que haja nenhum indício de excesso, abuso ou desvio de poder.

IV

Em face do exposto, **denego a segurança.**

Custas já recolhidas. Sem honorários advocatícios em virtude das Súmulas nºs 512, do STF, e 105, do STJ.

Em face do Agravo de Instrumento nº 2001.01.00.031395-8. officie-se ao Egrégio TRF/1ª Região encaminhando cópia desta sentença.

P. R. I. Officie-se.

Brasília-DF. 23 de setembro de 2002.

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Juiz Federal Substituto

