

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA

BANCO BRASCAN S/A E OUTROS X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA
DECISÃO Nº 243/2002-B 3ª VARA CÍVEL SJDF
MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO: 2002.34.00.014981-0/DF

IMPTE.: BANCO BRASCAN S/A E OUTROS

IMPDO.: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Vistos etc.,

DECISÃO

Cuida-se de mandado de segurança, impetrado por BANCO BRASCAN S/A, BRASCAN PARTICIPAÇÕES FINANCEIRAS LTDA. e MELLON INTERNACIONAL INVESTMENT CORPORATION contra ato tido como coator, praticado pelo PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, consistente na imposição de multa administrativa de R\$ 127.692,00 por ter submetido, intempestivamente, à sua apreciação o ato comercial de subscrição de ações do Banco Brascan S/A pela Mellon International Investment Corporation, que passou a deter 40% do capital social do referido banco.

Sustentam os impetrantes não ter submetido a referida transação à apreciação do CADE por considerá-la desnecessária, uma vez que aprovada sem restrições pelo Banco Central, órgão detentor de competência para tanto.

Não obstante, quando por outro ato (aquisição pela Brascan Brasil S/A, participação societária de King Ranch Ltda.), o CADE tomou conhecimento da transação em tela, e determinou que a mesma lhe fosse submetida para apreciação. Os impetrantes, contudo, apresentaram as documentações exigidas. que, após análise culminou com a instauração, em

1º de dezembro de 2000, do Ato de Concentração nº 08012.006482/2000-92. Este, com pareceres administrativos, AGU/LA-01/2001, DPDE acatado pela SDE, pugnando pelo seu arquivamento, por incompetência do CADE, foi aprovado por maioria de votos, impondo-se as sanções ora questionadas. à consideração de ter sido intempestiva a submissão do ato à sua apreciação.

Com efeito, em princípio, sobressai-se de todo evidente a plausibilidade jurídica dos fundamentos da impetração. Muito embora a transação comercial não tenha sido efetivamente apresentada. em data oportuna. à apreciação do CADE, os impetrantes. após formalmente exigidos, não se negaram em colaborar com o órgão de defesa econômica, sempre alegando não haver cometido qualquer irregularidade à legislação de regência, ao entendimento de que a operação, aprovada sem restrições pelo Banco Central, não se submetia ao crivo desse órgão. fato que, inclusive, se confirma pelos pareceres recebidos em sentido contrário no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.006482/2000-92 e a aprovação, também sem restrições desse próprio órgão.

O *periculum in mora* embora não demonstrado materialmente parece evidente, na medida em que, imposta a multa, não constando a interposição de recurso administrativo, sendo de se antever desnecessário como pressuposto para a presente ação, sua cobrança pode se efetivar a qualquer momento.

Assim, sem adentrar na competência do CADE para apreciar e julgar a presente questão, entendo que o sobrestamento da cobrança da penalidade em questão, até o julgamento do mérito do presente *mandamus* em nada afetará a administração pública. enquanto aos impetrantes. uma vez recolhidos tais valores só lhes restaria a penosa ação de repetição de indébito.

Todavia, é certo que, em sendo denegado o pedido, a cobrança por parte da administração também restará ainda mais demorada, razão pela qual entendo plausível a prestação de garantia de seu pagamento no futuro.

Quanto às custas procedimentais (CR\$ 45.000,00), estas se caracterizam como meros consectários legais retributivos da atividade administrativa.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, **defiro parcialmente a liminar buscada**, determinando ao Presidente do CADE se abstenha de exigir, até julgamento do mérito, a penalidade imposta aos impetrantes no Ato de Concentração nº 080 12.006482/2000-92.

Apresente os impetrantes, no entanto, carta de fiança bancária no valor da multa aplicada (R\$ 127.692,00), constando cláusula de correção do seu valor com validade até o julgamento definitivo do presente *mandamus*,

sob pena de revogação desta decisão, em 10 (dez) dias. Apresentada a garantia determinada, intime-se a autoridade impetrada para dá-la fiel cumprimento, servindo o mandado de notificação para apresentação das informações em tempo legal.

Após, ao Ministério Público Federal. Brasília. 03 de junho de 2002.

OSMANE ANTONIO DOS SANTOS

Juiz Federal Substituto da 3ª Vara

BANCO BRASCAN S/A E OUTROS X CADE

SENTENÇA Nº 1012/2002-B 3ª VARA CÍVEL SJDF

AÇÃO: MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO: 2002.34.00.014981-0/DF

IMPTE.: BANCO BRASCAN S/A E OUTROS

IMPDO.: PRESIDENTE DO CADE E OUTRO

DECISÃO (2)

I- RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por BANCO BRASCAN S/A, BRASCAN PARTICIPAÇÕES FINANCEIRAS LTDA. e MELLON INTERNACIONAL INVESTMENT CORPORATION, contra ato tido como coator, supostamente praticado pelo PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, consistente na imposição de multa administrativa de R\$ 127.692,00 por terem submetido, intempestivamente, à sua apreciação, o ato comercial de subscrição de ações do Banco Brascan S/A pela Mellon International Investment Corporation, que passou a deter 40% do capital social do referido banco.

Sustentam os impetrantes não terem submetido a referida transação à apreciação do CADE por considerarem-na desnecessária, uma vez que aprovada sem restrições pelo Banco Central, órgão detentor de competência para tanto.

Não obstante, quando por outro ato (aquisição pela Brascan Brasil S/A, participação societária da King Ranch LTDA.), o CADE tomou conhecimento da transação em tela e determinou que a mesma lhe fosse submetida para apreciação. Os impetrantes, contudo, apresentaram as documentações exigidas que, após análise, culminou com a instauração, em 1º de dezembro de 2000, do Ato de Concentração nº 08012.00648212000-92. Este, com pareceres administrativo, AGU/LA-01/2001, DPDE acatado pelo SDE, pugnando pelo seu arquivamento, por incompetência do CADE, foi aprovado por maioria de votos, impondo-se as sanções ora questionadas, à consideração de ter sido intempestiva a submissão do ato à sua apreciação.

Liminar deferida parcialmente a fls. 138/40.

Carta de fiança Bancária a fls. 149/150.

Notificado, o Presidente do CADE prestou informações (fls. 161/172) alegando, preliminarmente, não ser o único legitimado no pólo passivo, pois o ato coator foi também praticado pelo Conselho do CADE e não, exclusivamente por ele. No mérito, afirmou a competência da autarquia para analisar o ato de concentração em questão e a legalidade da fixação do valor da multa.

Parecer do Ministério Público Federal pela concessão parcial do *writ* (fls. 348/363).

É, em síntese, o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

A preliminar suscitada não deve prevalecer, porquanto, embora se trate de uma decisão proferida por um colegiado administrativo, seu presidente, autoridade coatora no presente feito, é quem está a exigir a multa aplicada. Assim, muito embora não tenha competência para rever a decisão em si, é quem deve cumprir a ordem mandamental, na hipótese.

Ademais, em suas informações, refuta, com veemência o mérito da questão.

Com esses fundamentos, rejeito a preliminar suscitada.

Passo ao exame do mérito.

Os impetrantes insurgem-se contra a imposição de multa administrativa de R\$ 127.692,00 por terem submetido, intempestivamente, à apreciação do CADE, o ato comercial de subscrição de ações do Banco Brascan S/A pela Mellon International Investment Corporation, que passou a deter 40% do capital social do referido banco.

Tenho que a controvérsia na presente ação cinge-se à apreciação da competência do CADE para analisar atos de concentração realizados por instituições financeiras, decorrendo daí a legalidade ou não da multa imposta e das custas exigidas.

.Adoto como razões de decidir o duto parecer elaborado pelo representante do Ministério Público, Dr. Orlando Martello Júnior, que de forma percuciente enfrentou a questão, *verbis*:

A Lei nº 4.594/64, art. 10, X, “g”, confere “privativamente” ao Banco Central do Brasil atribuição para autorizar transformações, fusões, incorporações, assim como, a transferência, sob qualquer forma, do controle acionário de instituição financeira.

O§ 2º doa art. 18 dessa mesma lei atribui ao Banco Central, no exercício da fiscalização que lhe compete, regular as condições de concorrência entre instituições financeiras.

Os documentos juntados a fls. 76/79, por sua vez, comprovam que a operação de transferência do controle acionário do BANCO BRASCAN S/ A à instituição financeira MELLON, ocorrida em 12/02/98, foi submetida e aprovada pelo BACEN.

Os impetrantes, entretanto, não submeteram essa operação ao CADE por entenderem não ser da competência deste Órgão a sua apreciação, mas sim exclusivamente ao Banco Central.

Não obstante os argumentos expostos, pensamos de forma diversa. Atribuição concorrente entre o CADE e BACEN.

(...)

Com o intuito de aperfeiçoar os mecanismos de defesa da concorrência reclamados pela nova Constituição, o CADE, criado em 1962, foi transformado em autarquia federal pela Lei nº 8.884/94.

Essa mesma lei, com o objetivo de garantir efetividade à norma constitucional, ampliou os poderes do CADE, definindo com maior precisão as práticas consideradas ofensivas á concorrência, bem como, dentre outras ‘atribuições, conferiu-lhe competência para decidir sobre a ocorrência de infração à ordem econômica e apreciar “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.”

Importante observar que a legislação em questão, ao definir a competência do CADE, não faz qualquer restrição a determinado setor da economia. Vale dizer, na técnica do direito econômico, que a Lei nº 8.884/94 não instituiu imunidade aos atos praticados por instituições financeiras, ao contrário, a sua redação (os atos sob qualquer forma manifestados) sugere uma interpretação extensiva da competência do CADE, de modo a abranger, inclusive, as operações relativas ao sistema financeiro.

O art. 1º da Lei nº 8.884/94 também identifica a amplitude de aplicação desta lei ao dispor que o seu objetivo é prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica; sem qualquer restrição.

Art. 1º- Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico.

o art. 15 da mesma lei em comento, da mesma forma, confirma a intenção do legislador em aplicá-la “às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidade ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio”. Mais uma vez, ao especificar o limite subjetivo de sua aplicação, a Lei nº 8.884/94 não fez qualquer restrição.

A nosso ver, pois, todo ato de concentração (fusões, aquisições, incorporações; transferência de controle acionário etc.), praticado por qualquer pessoa, deve, obrigatoriamente, ser submetido ao CADE, nos termos do exposto no art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Note-se que a CF, no diz respeito à repressão ao abuso de poder econômico, exigiu a expedição de lei ordinária para regulamentar a matéria (art. 173, par. 4º -”A lei reprimirá o abuso do poder econômico...”), o que foi feito com a promulgação da Lei nº 8.884/94.

Com isso, entretanto, não se está a afirmar que a Lei nº 8.884/94 revogou os arts. 10, inciso X, alínea “g” e 18 da Lei nº 4.595/64. O que se defende é que ambas as normas coexistem validamente. A “atribuição” das duas autarquias são complementares, e não excludentes.

O CADE possui uma estrutura especialmente criada para conhecer e julgar atos de concentração, sob o enfoque concorrencial, em qualquer setor da atividade econômica.. de modo que não procede o argumento de não estar preparado para apreciar a aquisição do controle acionário de instituição financeira. Ainda que tal afirmativa fosse verdadeira, seria necessário que aquela autarquia melhor se estruturasse para lidar com matérias monetárias e financeiras, com vista ao cumprimento de suas funções constitucionais e legais, mas jamais diminuir-lhe a sua competência em razão de seu suposto despreparo.

As duas autarquias exercem, nesse sentido, atividades concorrentes, o que é possível e até salutar. Isto porque a função fiscalizadora e normativa exerci da pelo Banco Central - que não possui competência para julgar - tem por finalidade maior a preservação do sistema financeiro e o seu equilíbrio, enquanto o enfoque do CADE extrapola esse setor, possuindo um caráter mais geral, que está fora do alcance daquele órgão.

(...)

O ideal seria que o BACEN e o CADE, na apreciação dos atos de concentração relativos ao sistema financeiro, se articulassem com vistas a um melhor controle e resultado em suas intervenções, conforme ocorre hoje com as agências reguladoras federais (ANEEL, Lei nº 9.247/96, art. 3º).

(...)

Verifica-se, assim, que a atribuição concorrente - ou mesmo a sobreposição de competências, como ocorre com a maioria das agências reguladoras - a dois órgãos para fiscalizar atos de concentração é perfeitamente possível, sobretudo porque, no caso dos autos, como já referido, têm eles enfoques diversos.

É certo que o órgão próprio para tal mister é o CADE, órgão julgador de controle da concorrência por excelência, nada obstando, porém, que outro órgão, no caso o Banco Central,

também verifique a prática de atos de concentração, desde que autorizado por lei, como de fato está previsto pelo art. 18 da lei nº 4.595/64.

Lei Ordinária X lei Complementar

Como demonstrado, ao dispor sobre a prevenção e repressão ao abuso de poder econômico, a CF/88 prevê que lei ordinária regulamenta a matéria, de modo que a lei nº 8.884/94, que atribuiu competência ao CADE para apreciar todo ato de concentração, em qualquer setor da economia, tem seu fundamento de validade na lei Maior.

Como o sistema financeiro nacional deve ser estruturado, por meio de lei complementar, com o fim de promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, também lhe pode ser atribuída concorrentemente a função de reprimir o abuso de poder em seu setor específico de atuação.

Em razão desses argumentos não há de se falar em revogação de lei complementar por lei ordinária, já que ambas as leis buscam fundamento de validade na CF.

(...)

Irrelevância concorrencial da operação e sua consolidação

Dizem os impetrantes ser a operação em questão notoriamente irrelevante, inofensiva para a livre concorrência, já que a participação do BANCO BRASCAN no mercado não ultrapassa a 0,19%.

Ainda que possa parecer irrelevante aos autores, é certo que todos os atos que puderem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devem ser submetidos à apreciação do CADE. Somente após a sua apreciação pelo Órgão competente é que se poderá afirmar se a operação era ou não relevante.

Para que a submissão dos atos de concentração não fique a critério das empresas ou de seus administradores, a lei impõe de forma cristalina que todos os feitos devem ser encaminhados ao CADE para apreciação, bem como estabelece sanção para o seu descumprimento.

Assim, todos os atos de concentração, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94; devem ser submetidos ao CADE, até mesmo para que este órgão o aprove, cujos efeitos retroagirão à data de sua realização.

Quanto ao segundo argumento, de que teria ocorrido a consolidação da operação e de seus efeitos, observa-se que tal fato se deu exatamente em razão da omissão da impetrante, que descumpriu o dever de apresentá-la.

Ademais, as alegações de que do ponto de vista prático e apreciação do ato de aquisição do controle acionário da BRASCAN colocaria em risco um conjunto de negócios celebrados, cujas conseqüências e efeitos seriam irreversíveis, não constituem óbice à aplicação da Lei nº 8.884/94. Tanto que o § 8º, do art. 54 da referida lei, dispõe que em caso de não aprovação dos atos de concentração eles poderão ser desconstituídos, total ou parcialmente.

Demora na aprovação e risco sistêmico

Afirmam os impetrantes que a aprovação das operações envolvendo instituições financeiras exige celeridade sob pena de provocar insegurança no mercado e, por conseqüência, a ocorrência de risco sistêmico.

Risco sistêmico é o vocábulo da moda instituído pelos tecnocratas para justificar mazelas governamentais perpetradas na área financeira. Toda espécie de operação, sobretudo empréstimos para o setor, passou a ser justificado por essa expressão.

Não procede, entretanto, tal afirmativa. É certo que o mercado financeiro é sensível, mas este fato não serve para subtrair do CADE a sua competência para apreciar as operações envolvendo este setor. Já dissemos e repetimos, se é que há despreparo ou morosidade do CADE na apreciação destas questões, este problema deve ser sanado por meio de reestruturações, cursos, treinamento, convênio etc., e não através de subtração de sua competência legal.

Ademais, ninguém duvida que às empresas de capital aberto dos demais setores da economia, ao submeterem suas operações ao CADE, sujeitam-se às mesmas incertezas das instituições

financeiras. Até a aprovação do respectivo ato de concentração, sofrem com as oscilações de preço de suas ações no mercado mobiliário, também altamente sensível.

Logo, não há motivo para privilegiar o setor financeiro, que necessita sim de um órgão autônomo e imparcial para o seu controle e julgamento no que diz respeito ao abuso do poder econômico. Note-se que o BACEN não tem atribuição nem estrutura para realizar julgamentos sobre a matéria.

A propósito, nos parece muito oportuno submeter as operações envolvendo instituições financeiras ao CADE, já que, como órgão colegiado de julgamento, sujeita-se menos às pressões externas e não é responsável por política econômico-financeira.

Multa

Não obstante o exposto, pensamos que a multa no valor de R\$ 1.27.692,00 não é devida, pois:

- a) há, em tese, divergência sobre a necessidade de submeter os atos de concentração referentes a instituições financeiras ao CADE;
- b) os impetrantes submeteram a operação em questão ao BACEN;
- c) os impetrantes comunicaram posteriormente ao CADE a operação realizada” revelando que agiram de boa-fé.

Com efeito, a divergência sobre a competência para aprovar os atos relativos a instituições financeiras está bem comprovada nos autos e, atualmente, é objeto de inúmeras discussões doutrinárias, tendo encampado a lese dos impetrantes a AGU e parte minoritária dos conselheiros do CADE.

A operação outrossim, foi devidamente comunicada ao BACEN, que a aprovou, sem qualquer ressalva.

Os impetrantes também comunicaram a operação ao CADE, ainda que a destempo, por ocasião da aquisição da sociedade King Ranch LTDA., demonstrando que sua omissão em relação à aquisição do controle acionário do Banco Brascan realmente não foi intencional, indicando a sua boa-fé.

Tais fatos, a nosso ver, constituem causas que justifiquem o comportamento dos impetrantes, de modo que não poder ser

penalizados pela inobservância dos prazos previstos no parágrafo 5º, do art. 54, da Lei nº 8.889/94. Somos, pois, pela exclusão da multa.

Custas

As custas são devidas. A Lei nº 9.781/99 instituiu a taxa processual referente aos processos de competência do CADE, que tem como fato gerador, dentre outros, a apresentação de atos e contratos previstos no art. 54 da Lei nº 8.884/94.

No presente caso, nos termos aduzidos, entendemos que a aquisição do controle acionário BANCO BRASCAN deveria ter sido submetido obrigatoriamente ao CADE, como realmente o foi, embora extemporaneamente.

Sendo a apreciação do ato de concentração da competência daquela autarquia, as custas por tal movimentação processual são devidas.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, **concedo parcialmente a segurança**, para determinar ao Presidente do CADE que se abstenha, definitivamente, de exigir a multa imposta aos impetrantes no Ato de Concentração nº 08012.006482/2000-92, no valor de R\$ 127.692,00. Ressalvo, contudo, como legal e legítimo o pagamento das custas processuais no valor de R\$ 45.000,00, por se traduzirem meros consectários legais retributivos da atividade administrativa.

Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios a teor dos enunciados nos 512 e 105 das Súmulas dos Egrégios STF e STJ, respectivamente.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Após o trânsito em julgado desta sentença, devolva-se a carta de fiança de fls. 149/150.

Retifique-se a autuação para constar como autoridade impetrada o Presidente do CADE.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Brasília, 9 de outubro de 2002.

OSMANE ANTONIO DOS SANTOS - Juiz Federal Substituto da 3ª Vara

