

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

BORGES & MARTINS X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

SENTENÇA Nº: 247/2002 B

CLASSE: 02100: MANDADO DE SEGURANÇA

AUTOS: 2001.34.00.020789-5

IMPETRANTE: BORGES & MARTINS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ADVOGADO: JOSILENY MENEZES

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E OUTRO

SENTENÇA

BORGES & MARTINS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra atos do **PRESIDENTE** e do **PROCURADOR-GERAL DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**, objetivando anular a decisão proferida por referida autarquia, na parte que considerou intempestiva a apresentação do ato de concentração e impôs o pagamento de multa, bem como impedir que as autoridades impetradas promovam definitivamente a cobrança da multa vergastada e a inscrição da impetrante na dívida ativa.

A impetrante aduziu que em 22.9.1999, firmou com a sociedade Jerónimo Martins, .S.G.P.S., S.A, um “acordo de parceria” (contrato preliminar), onde se previu. uma futura associação dessas empresas para atender no ramo de supermercados/áreas atacadista e varejista.

Narrou que em citado acordo ficou também estabelecido que a constituição de nova sociedade e a integralização conjunta do capital seriam condições para a concretização da parceria - o que é efetivamente veio a ocorrer em 7.2.2000, por meio do “acordo de acionistas”. A contar desta

data, a impetrante e sua parceira comercial comunicaram a realização da operação ao CADE, no prazo legal de quinze “- dias úteis (§ 4º do art. 54, Lei 8.884/94).

Sustentou ainda que o contrato preliminar firmado entre as sociedades jamais teve o condão, por si só, de gerar efeitos no mercado de modo a prejudicar a livre iniciativa e/ou a livre concorrência. Desta forma, o CADE não deveria ter julgado intempestivo o ato de concentração.

Com a inicial vieram os documentos de ff. 26/86.

Liminar deferida às ff. 88/89.

As duas autoridades impetradas apresentaram informações por meio de uma única peça (ff. 95/124), com documentos (ff. 125/194). Preliminarmente, suscitarão a ilegitimidade passiva *ad causam* do Procurador-Geral do CADE, bem como a inexistência de direito líquido e certo, pugnando pela extinção do processo sem julgamento do mérito. Requereram ainda a revogação da liminar concedida em favor da impetrante, visando possibilitar a imediata execução das sanções impostas. Diante da possibilidade de não prosperarem as preliminares, adentraram no mérito, pugnando pela denegação da segurança.

Em seguida, o CADE juntou cópia do Agravo de Instrumento interposto em face da decisão que concedeu a liminar (ff. 197/228).

Parecer Ministerial opinando pela denegação da segurança (ff. 232/234).

É o relatório.

Decido.

PRELIMINARES

Merece prosperar a suscitada ilegitimidade passiva *ad causam* do Procurador-Geral do CADE.

Referida autoridade, com efeito, não pode ser tida por coatora no presente *mandamus*, visto que vinculada a órgão consultivo da Autarquia. Nesse contexto, apesar de possuir atribuições para inscrever na dívida ativa débitos em favor do CADE, nos termos do previsto no artigo 10 da Lei 8.884-, de 11.6.1994-, sua atuação, nessa hipótese, restringe-se a executar ato praticado pelo plenário da Entidade. Em sendo assim, por não ser de sua autoria o ato vergastado, deve ceder lugar ao agente público que efetivamente praticou o ato dito coator.

Assim, acolho a preliminar.

A argüição de inadequação da via processual eleita, por ausência de direito líquido e certo, confunde-se com o mérito e com ele será analisado, em seguida.

MÉRITO

Por meio deste *Writ*, a impetrante almeja anular a decisão do CADE que considerou intempestiva a apresentação do ato de concentração e lhe impôs o pagamento de multa, no valor de 60.000 (sessenta mil) UFIRs.

Para tanto, aduziu (f. 15) que a decisão combatida contém vício de legalidade, por haver baseado-se em um instrumento infra-legal - art. 2º da Resolução 15/98 - que modificou a definição legal' do momento da comunicação da operação, fazendo com que a 'realização do ato' se confunda com a 'assinatura do primeiro documento , vinculativo' - o que diverge do previsto no art. 54-, § 4º, da Lei Antitruste.

Enfatizou que mesmo não tendo a operação realizada se encaixado em nenhuma das hipóteses elencadas no *Caput do art. 54 da Lei 8.884(94*, ainda assim lhe foi imposta multa.

A discussão sobre a tempestividade da apresentação do ato de concentração requer, basicamente, a definição do momento em, que se realiza a operação, cujo teor merece apreciação do CADE com vistas a verificação da ocorrência de danos a livre concorrência ou dominação de mercados:

A regra considerada pela Impetrante como ilegal é o art. 2º da Resolução 15, de 19.8.1998, que definiu o “momento” a partir do qual as empresas devem começar a contar o prazo legal de 15 dias para apresentarem o requerimento de notificação da operação, haja vista a omissão do § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Da análise dos fatos verifica-se que o CADE, com a edição da norma atacada, procurou fixar entendimento onde se estabeleceu que o primeiro documento vinculativo firmado entre as empresas, por ter força de lei entre elas, bem assim, ante sua potencialidade de gerar efeitos no mercado de bens e serviços, deve se sujeitar ao disposto nos §§ 3º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Nesse contexto, após leitura do “Acordo de Parceria” firmado entre a Impetrante e a sociedade “Jerónimo Martins, S.G.P.S., S.A.” (ff. 31/48), detecta-se que por meio deste instrumento foram estabelecidas todas as regras

de constituição da nova estrutura empresarial, denominada “**JM&M**” (item 3), além do modelo de gestão (item 4), direitos e obrigações, de cada uma das partes envolvidas (itens 5 e 6), bem como os efeitos por inadimplemento das obrigações assumidas (item 10).

Além disso, dentro da cláusula “2” (objetivo do acordo), subitem 2.3, ficou estabelecido que “Em nenhuma hipótese deverá haver concorrência entre a **JM&M** e qualquer das partes, e entre as próprias partes, na mesma área e no mesmo formato simultaneamente. “

Por sua vez, o “Acordo de Acionistas”, celebrado posteriormente (ff. 168/176), na cláusula 14, subitem 14.3, estabeleceu o seguinte:

“Este ACORDO DE ACIONISTAS e o ACORDO DE PARCERIA, mencionado na Cláusula 1, supra, constituem o total entendimento entre os ACIONISTAS, no que se refere à associação das mesmas na JM & MARTINS, revogando e substituindo, para todos os efeitos legais, quaisquer outros acordos anteriores. O ACORDO DE PARCERIA e este ACORDO DE ACIONISTAS constituem para fins de interpretação um documento único, devendo os dispositivos de ambos serem sempre interpretados de forma a ter, um posicionamento único, sem conflito entre os dispositivos de um ou outro documento, levando-se em consideração as alterações de substância efetivamente realizadas neste ACORDO DE ACIONISTAS.”

A empresa impetrante, por força do disposto no art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94, submeteu à análise do CADE, em 28.2.2000, o “Ato de Concentração Econômica” (f. 62, item 13), sendo que em 22.9.1999 firmou o “Acordo de Parceria” (f. 31/41), e no dia 7.2.2000, o “Acordo de Acionista” (f. 168/176).

Diante do estabelecido nos dois acordos firmados entre as partes, resta claro que não merece qualquer censura a interpretação da expressão “realização do ato” como sendo o momento, da assinatura do “Contrato de Parceria” - primeiro documento vinculativo entre as partes -, feita pelo CADE ao aplicar multa à impetrante.

Isso porque, o que importa, para efeito de contagem do prazo de apresentação de um dos atos enquadrados no artigo 54 da lei de defesa da concorrência (Lei 8.884/94), é o momento, efetivo ou presumido, a partir do

qual o agente adquire a capacidade efetiva ou jurídica de influir no comportamento concorrencial, como um *plus* decorrente da operação submetida ao exame do CADE. Esse momento se deu a partir de 22.9.1999, quando foi firmado o “Acordo de Parceria” (fls. 31/41), vez que nesse termo ficou estabelecido, inclusive, alteração nas relações de concorrência entre as partes envolvidas (cláusula 2ª, subitem 2.3).

Assim, não há qualquer ilegalidade ou abuso de poder passível de reparo judicial, por meio do presente mandado de segurança.

Ante o exposto, **denego a segurança** e, por conseguinte, revogo a liminar anteriormente concedida.

Sem honorários a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ.

Custas *ex lege*.

Registre-se. Publique-se. Oficie-se.

Remeta-se cópia desta sentença ao Juiz Relator do Agravo de Instrumento 2001.01.00.033754-2 (TRF -1ª Região).

Brasília, 30 de outubro de 2002.

EDNAMAR SILVA RAMOS

Juíza Federal Substituta

1ª Vara - SJ/DF

