

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE**  
**Ato de Concentração nº 08012.002730/98-41**  
**Requerentes: Indústrias Químicas Elgin Ltda. e Sherwin Williams Brasil**  
**Indústria e Comércio Ltda.**  
**Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado**

EMENTA. Ato de Concentração. Aquisição da totalidade das quotas da Indústrias Químicas Elgin pela Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda. Mercado relevante nacional de tintas para repintura em geral. Mercado relevante em crescimento com baixas barreiras à entrada. Operação não elevou consideravelmente o grau de concentração do mercado. Ausência dos pressupostos contidos no caput do artigo 54 da lei nº 8.884/94. Multa por descumprimento do § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrição.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração sem restrições e, por maioria, vencido o Conselheiro Arthur Barrionuevo, aplicar, às requerentes, multa prevista no § 5º do artigo 54 da Lei 8884/94, no valor de R\$ 172.998,00 (cento e setenta e dois mil, novecentos e noventa e oito reais), equivalente a 180.000 UFIR. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky, Ruy Afonso de Santacruz Lima, declarando-se impedido, e Marcelo Procópio Calliari. Presente a Procuradora-Geral Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 19 de agosto de 1998 (data do julgamento).

### ***VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA Lucia Helena Salgado e Silva***

1. Os atos de Concentração de números 08012.002730/98-41 e 08012.002740/98-02 versam sobre operações concretizadas em 25/04/96 e 17/05/96, respectivamente, e apresentadas para análise do CADE somente em 28/04/98, em virtude do relator Conselheiro Antonio Fonseca com a anuência do Plenário, quando do julgamento da aquisição da Sumaré Indústria Química S/A pela Sherwin-Williams do Brasil. O voto do então conselheiro dispõe nos

seguintes termos sobre a argumentação de que as referidas operações não haviam sido submetidas à apreciação do CADE, à época, devido a dúvidas quanto ao critério de faturamento da empresa:

“5.Se existia, a suscitada dúvida agora não existe mais. A obrigação de fazer da Sherwin-Williams, prevista nos §§ 4º e 5º, art. 54, da Lei 8.884/94, persiste porque não apanhada pela prescrição quinquenal. **Se a mesma dúvida era relevante, isso poderá afastar a multa pelo atraso na manifestação, não a obrigação de apresentar. Sobre este ponto, reservo-me para, noutra oportunidade e após aprofundado exame, tomar posição definitiva.**”

2.Tal possibilidade de exame levantada pelo ex conselheiro foi interpretada, posteriormente, pela procuradoria como a colocação de novo prazo após a publicação do acórdão, o que eximiria a requerente da cobrança de multa pela intempestividade na apresentação do fato. Todavia, conforme o relatado nos autos, em nenhum momento foi concedida a isenção de multa pelo plenário. Além disso, como foi destacado pela procuradoria, o acolhimento da apresentação dos atos de concentração em prazo distinto do previsto, violaria expressamente o texto legal:

3.Conforme o ilustre conselheiro ressaltou, há que se fazer uma avaliação minuciosa da questão suscitada: para isso, é preciso ater-se ao exame das Leis nº 8.884/94 e 9021/95 dentro do espírito de defesa da concorrência em que foram concebidas.

4.Faz-se imprescindível a observância do princípio da finalidade da administração pública, definido pelo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>1</sup>: “...o princípio da finalidade impõem que o administrador, ao manejar as competências postas a seu cargo, atue com rigorosa obediência à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução.” Redundante, portanto, lembrar que uma das finalidades da lei Antitruste é a coibição do abuso do poder econômico dos grandes participantes do mercado. Assim lê-se:

“Art.2º.Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

---

1 Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p.62

Parágrafo único. Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório estabelecimento, agente ou representante.”

“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.”

“§ 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 o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultantes em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de UFIR, ou unidade de valor superveniente.

§4º. Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em 3 (três) vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à 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 6.000.000 (seis milhões) de UFIR, a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art.32”.

5. À luz desses dispositivos legais, coloca-se incontestável a competência do CADE para apreciar o mérito das operações realizadas uma vez que uma das condições alternativas foi preenchida: Sherwin-Williams do Brasil é subsidiária do grupo The Sherwin-Williams Co. e este teve faturamento de R\$ 3,3 bilhões em 1995.

6. É óbvio que o critério de faturamento a ser adotado engloba o montante realizado pelo grupo inteiro, composto por quantas forem as subsidiárias ou sucursais que o constituem. De outro modo, se se adotasse como parâmetro o faturamento de uma simples sucursal, estar-se-ia menosprezando dramaticamente o potencial que um grande conglomerado tem de exercer poder econômico; e não é esse o alicerce que sustenta as diretrizes adotadas pelo

CADE. A matriz e suas filiais mantêm vínculo jurídico-econômico entre si, o que basta para as caracterizar como partes do mesmo grupo empresarial perante a legislação antitruste. Cumpre ao CADE averiguar quaisquer atos que possam limitar ou abalar a livre concorrência, seja preventiva ou repressivamente, tutelando os bens jurídicos de toda a coletividade.

7. Portanto, não procede a afirmação por parte da empresa da dúvida quanto ao critério do faturamento. Como é sabido, não se cabe jamais alegar o desconhecimento da Lei. O voto do ato de concentração no 28/95 apenas confirmou o entendimento que a própria Lei 8.884/94 já consolidava. Ademais, o parecer da procuradoria no ato de concentração no 126/97 elucidou qualquer questionamento::

"Conclui esta Procuradoria que na dúvida a empresa deveria ter submetido a operação aos órgãos de Defesa da Concorrência, pois mesmo que a empresa tivesse entendido que não houve alteração na estrutura de mercado, inexistindo potencialidade de risco a concorrência, não exime a empresa de não levar a operação à apreciação do órgão julgador. pois mesmo sendo a operação considerada viável. corria o risco de não ser, e conseqüentemente ser reprovada. Aliás, a obrigação determinada pelos parágrafos 3o e 4o do art. 54 é de natureza objetiva."

8. Houve infração ao prazo legal previsto no § 4o do art. 54. Observa-se que, conforme dispõe o parágrafo 5o, a multa é aplicada devido à inobservância dos prazos estipulados, não interessando, nesse dispositivo, se houve danos ou lesões à livre concorrência. Se estes puderem existir, caberá, daí, a abertura de processo administrativo. No caso, existem duas operações que não foram apresentadas às autoridades, logo, haverá determinação de cobrança de duas multas.

9. A the Sherwin Williams Co. contava com faturamento de R\$ 3,3 bilhões em 1995, o que ultrapassa, em muito, o limite posto na Lei antitruste de 100.000.000 (cem milhões) de UFIR, determinado no § 3o em vigor naquela data.

A Lei adota como pressuposto básico para a competência do CADE o poder econômico do grupo de empresas que constituem o conglomerado empresarial, Senão, bastaria a constituição de uma subsidiária, filial ou agência, que obtendo faturamento diferente (obviamente menor) do grupo da qual faz parte, para que se afastasse a aplicabilidade da lei. Ora, o art. 2o, ao situar a em-

presa estrangeira no Território Nacional desde que opere no Brasil, descarta em definitivo essa insensata possibilidade.

10. O §5º determina o piso de 60.000 (sessenta mil) UFIR e o teto de 6.000.000 (seis milhões) de UFIR como valores da multa pecuniária a ser aplicada. Subsidiariamente, deve-se recorrer ao art. 27, naquilo que for aplicável, sem prejuízo, certamente, de se considerar outras circunstâncias na graduação da multa.

11. A não apresentação ( e não intempestividade na apresentação) de atos de concentração ao CADE constitui-se conduta grave, pois, configura ocultação de operações possivelmente danosas à livre concorrência e ao mercado consumidor. Consoante ao texto legal, a apresentação do ato se faz indispensável, uma vez que dela depende a análise das autoridades reguladoras e, por conseguinte, o bom funcionamento do mercado. O CADE, nesse aspecto de suas atribuições, situa-se em posição de inércia, aguardando a conduta-dever do administrado. Logicamente, tal "inércia", em Direito Administrativo tem limite nas funções-deveres da Administração a qual exercerá. o poder de polícia e fiscalização nos moldes do art. 174 Constituição Federal.

12. Sobre a situação econômica do infrator, dispensa-se maiores elucubrações. haja visto os valores de faturamento bruto anual que auferir o grupo adquirente. Releva-se que qualquer multa a ser aplicada deve desempenhar, além da função de sanção que lhe é inerente. a função de caráter educativo, isto é, a multa deve ser representativa segundo as condições de cada infrator para que haja real desestímulo à reincidência da infração.

13. Tendo-se discutido os incisos do art. 27 pertinentes de consideração no presente caso, caberá ao administrador fixar o valor da multa. observando os valores mínimo e máximo determinados pelo §5º do art. 54. Vale lembrar, a guisa de ilustração, que o modelo brasileiro, diferentemente do americano, admite certa subjetividade na exata quantificação do montante da multa.

14. Nos Estados Unidos, a notificação dos atos de concentração que preencham os pré requisitos legais, é processada anteriormente à concretização da operação. As autoridades terão, então, 30 dias para manifestarem eventuais impedimentos para a transação econômica. A não manifestação do órgão competente significa o sinal verde para a realização da operação. Entretanto, qualquer consumação ou aquisição econômica sem a devida notificação das autoridades implicará aos responsáveis punições de US\$ 11.000 por dia de atraso.

15. No marco legal brasileiro, a autoridade tem como dever seguir os princípios legais visando ao seu fim maior: o de consecução do interesse público. Na aplicação de sanções, aplica-se o princípio da razoabilidade que descende do princípio da legalidade: "Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discricção administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir dessarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente.."<sup>2</sup>

16. Por isso, a medida a ser adotada dever ser razoável e proporcional à infração cometida. Dentro dos limites impostos pela lei (multa entre 60.000 e 6.000.000 de UFIR), e a gradação indicada pelas diretrizes do art. 27, com que foram identificados dois agravantes e considerando a responsabilidade solidária de que trata o art. 17 da lei, determino a imposição de multa no valor de

172.998,00 (cento e setenta e dois mil e novecentos e noventa e oito reais).equivalente a 180.000 UFIRs, às requerentes por cada uma das duas operações não notificadas. que corresponde ao triplo da multa mínima estipulada pela lei, devendo as mesmas procederem ao recolhimento dos valores no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do acórdão. sob a supervisão da procuradoria do CADE. que, na ausência dos pagamentos, adotará as providências cabíveis previstas na Resolução no 9/97.

Na gradação das multas considereirei como atenuante o fato das operações não terem criado nem elevado poder de mercado.

17. No mérito, sou pela aprovação dos atos sem restrições pois que as operações não elevaram consideravelmente o grau de concentração do mercado, não havendo barreiras à entrada de novos players no mercado relevante o qual, conforme apontado, encontra-se em crescimento. Não se configura indício de lesão ou ameaça à livre concorrência pelo o que não estão presentes os pressupostos do caput do art. 54 da Lei.

É o voto.

Brasília, 05 de agosto de 1998.

Lucia Helena Salgado Silva  
Conselheira-Relatora

---

2 Id. Ibdem,p.36



### **I - Auto de Infração nº 06/98-08700.001158/98**

No Ato de Concentração nº 08012.002730/98-41

**Requerente:** Sherwin-Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda. (nos autos em que figura também como requerente Indústrias Químicas Elgin Ltda.).

### **II-Auto de Infração nº 05/98-08700.001159/98**

No Ato de Concentração nº 08012.002740/98-02

**Requerente:** Sherwin-Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda. (nos autos em que figura também como requerente Lazzuril Tintas S/A).

## **VOTO**

Tendo em vista que o Pedido de Reconsideração foi apresentado pela requerente ora peticionária a este órgão em uma única peça, bem assim como a anterior impugnação aos Atos de Infração 05/98 e 06/98, será apresentado um voto comum a ambos os referidos autos.

Como o explicitado no Relatório, o presente Pedido de Reconsideração se baseia essencialmente em três questões suscitadas pela peticionante:

1. que a consideração do faturamento de empresa estrangeira controladora de outra nacional participante de operação de concentração no país, para fins de submissão dos atos aos órgãos concorrenciais, teria sido uma inovação jurisprudencial do CADE, posterior à data das operações sancionadas pelos Autos de Infração 05/98 e 08/98;
2. que tal interpretação não poderia retroagir em prejuízo da administrada à luz de diversos dispositivos legais e comandos constitucionais, e ainda que pudesse, a requerente se eximiria do pagamento das multas diante de erro sobre a ilicitude do fato;
3. que houve inadequação das penas à sistemática do artigo 27 da Lei 8.884/94, e que seria inadmissível a discricionariedade do aplicador da Lei, no momento de quantificação das multas.

A lei 8.884/94 prescreve as diversas condutas sanções distintas, sempre para possibilitar o efetivo cumprimento do poder/dever dos julgadores do CADE na prevenção e repressão das infrações e dos abusos à ordem econômica, e na

garantia de livre concorrência, incluindo o Diploma Concorrencial, neste sentido, diversas punições de natureza pecuniária.

Dentre elas, destaque-se o desrespeito ao prazo estabelecido no art. 54, § 4º da Lei Antitruste, penalizado com a sanção prevista no § 5º do mesmo dispositivo.

A infringência ao dever de notificar os órgãos concorrenciais de operação tipificada no art 54, § 3º da Lei Antitruste cria aos requerentes uma obrigação autônoma de pagamento de sanção pecuniária, independente do desdobramento final do ato de concentração em que foi verificada a desatenção à prescrição legal.

A notificação tempestiva da operação é um dever necessário à instrução dos processos de competência do CADE, e, assim, à adequada proteção do direito da coletividade à livre concorrência. Trata-se da obrigação de natureza instrumental, imposta aos administradores para que a autarquia possa cumprir sua tarefa de prevenção contra abusos do poder econômico.

O dever de apresentar as operações realizadas entre a Sherwin-Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e as Indústrias Químicas Elgin Ltda. (AC nº 08012.002730/98-41) e entre a Sherwin-Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e a Lazzuril Tintas S/A (AC nº 08012.002740/98-02) deriva de expressa determinação legal (art. 54, caput e §§ 3º e 4º, da Lei 8.884/94). Descumprido o prazo, incorreram as requerentes na sanção pecuniária prevista no parágrafo 5º, do mesmo dispositivo.

Como as alegações das peticionárias no presente feito não trazem qualquer argumento ou fato novo relativamente àqueles abordados quando da imposição original da multa e da impugnação, rejeitada aliás pelo CADE, as razões de decidir no presente caso são as mesmas já repetidas vezes expostas neste plenário.

Ora, como já reiterado neste e noutros casos, não se pode acatar a tese formulada no pedido de reconsideração, no sentido que a computação do faturamento de empresas estrangeiras vinculadas a outras no Brasil, com a finalidade de averiguar se totalizava valor superior a R\$ 400 milhões-para fins de aplicação do artigo 54, § 3º da Lei 8.884/94-teria sido uma inovação jurisprudencial do CADE.

Inicialmente consigne-se que, no tocante à alegada dúvida ou insegurança do Plenário do CADE, quanto à aplicação do parágrafo 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 à época das operações, em nenhum momento esta suposta incerteza

se mostrou presente nas posições adotadas pelo Colegiado. De fato, não foi trazida a esses autos qualquer evidência que o Plenário tivesse dúvida relativa à exegese do parágrafo 3º do artigo 54 da Lei Antitruste. É evidente que não se poderia alegar que a suposta existência de dúvida por parte de advogados, empresas, ou mesmo, no limite, da SDE, poderia eximir os administrados do cumprimento da Lei.

Quanto à menção formulada pela peticionária ao voto proferido pelo ex-Conselheiro Leônidas Xausa no caso Nalco-Exxon (AC 28/95) por ensejo do julgamento do Ato de Concentração 49/95 (SHV Energi-Minasgás), em que se considerou o faturamento de empresas no exterior, deve-se ressaltar que, desta alusão, não há como extrair qualquer conclusão no sentido de Ter o caso mencionado inovado a jurisprudência como o prometido. O que se afere da menção feita pelo Conselheiro Xausa ao caso Nalco/Exxon, na verdade, é apenas o esforço de reiterar precedente anterior deste plenário.

E o próprio voto proferido no caso Nalco/Exxon, aliás, em nenhum momento, de forma alguma, dá a entender que procede a qualquer inovação. Afirma apenas que é isso o que diz a lei.

Finalmente em relação ao voto proferido pelo Conselheiro Ruy Santacruz no Ato de Concentração 117/97 (agco-Iochpe Maxion), mencionado pela requerente, ressalve-se que, além de se tratar de voto vencido, foi revisto pelo próprio Conselheiro por ensejo da votação da impugnação do Auto de Infração extraído dos mesmos autos.

Em votação unânime, acompanhada, portanto pelo Conselheiro Ruy Santacruz, e conduzida por Relatório proferido pelo Conselheiro Marcelo Calliari, o Plenário decidiu que “... em nenhum momento esta suscitada incerteza se mostrou presente nas posições adotadas pelo Colegiado.”

Quanto aos outros votos mencionados pelas requerente, é até desnecessário reiterar que votos isolados não bastam para comprovar uma tendência jurisprudencial ou uma interpretação. De toda forma, de nenhum deles, a não ser dos vencidos, pode-se extrair a possibilidade de que houvesse qualquer dúvida quanto à matéria em tela.

Como já explicitado, em nenhum momento o Plenário do CADE externou dúvidas relativas à necessidade da submissão de atos de concentração entre empresas se ao menos uma delas fosse controlada ou participasse de grupo estrangeiro com faturamento global superior a R\$ 400 milhões.

Diferente, aliás, não poderia ser, vez que, como o por bem enfatizado pela Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva em seu voto proferido nos autos principais do Ato de Concentração nº 08012.002730/98-41 (Sherwin-Williams-Elgin) , “...se se adotasse como parâmetro o faturamento de uma simples sucursal, estar-se-ia menosprezando dramaticamente o potencial que um grande conglomerado tem de exercer poder econômico; e não é esse o alicerce que sustenta as diretrizes adotadas pelo CADE.”

Isso tudo sem contar que, conforme o enfatizado pela Conselheira Lucia Helena no referido voto, da leitura conjunta do artigo 2º da Lei Antitruste com outros dispositivos do mesmo diploma, evidente a necessidade de se considerar o faturamento de empresas estrangeiras que, ainda que por subsidiárias, operem no mercado nacional e tenham a potencialidade de causar lesão à ordem econômica pátria.

De fato, o diploma concorrencial faz várias vezes menção a grupo de empresas (cf. art. 20 §§ 2º e 3º), deixando claro que essa é a unidade relevante para a concorrência-conclusão, aliás, absolutamente corriqueira para qualquer pessoa com um mínimo de contato com a matéria antitruste.

Assim, esta não é só a leitura mais adequada da lei, é também a única aceitável, já que outra alternativa, restringindo o alcance apenas à pessoa jurídica específica participante da operação, abriria uma porta inadmissível para burla da própria lei. Uma tal interpretação não seria nem imediata, nem aceitável.

Não tendo havido portanto modificação na orientação jurisprudencial, como o demonstrado, inadmissível, destarte, a aplicação do comando constante no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei 9.784/99, que veda aplicação retroativa de nova interpretação. Não há de fato qualquer nova interpretação, dado que não havia uma interpretação anterior diferente.

Vale ainda sublinhar que não é porque não tenha havido qualquer decisão, judicial ou administrativa, aplicando a lei a determinada hipótese fática, que poderia ser alegada dúvida por qualquer destinatário da norma para eximir-se do seu cumprimento. Seria afirmar que qualquer nova norma não poderia Ter seu cumprimento exigido até a primeira decisão por parte do órgão julgador competente, dado que poderiam existir “dúvidas” quanto ao seu significado. É uma posição absurda. Não se pode afirmar que a ausência de uma decisão expressa signifique a existência de duvida suficiente para afastar a obrigatoriedade de lei.

No tocante à alegada afronta aos dispositivos constitucionais e legais de natureza penal que impedem a aplicação retroativa de normas posteriores em detrimento do réu, mencionadas pela requerente como parte de sua fundamentação, vale reiterar o quanto adotado pelo Plenário no julgamento da Impugnação ao Auto de Infração nº 06/99, envolvendo Agco Corporation, citando CRETELLA JÚNIOR, o qual, ao produzir estudo sobre a Lei Antitruste, enfatizou que o que “ilustres penalistas não compreendem é o que o ilícito é gênero, de que o ilícito penal e o ilícito administrativo constituem espécies”<sup>1</sup>. Com efeito, “o lícito administrativo empenha a responsabilidade administrativa, que tem por objeto a aplicação de penas que, entretanto, não fazem parte do Direito Penal, porque não são aplicadas pelo Estado, em sua função de justiça, mas no exercício de potestade administrativa.”<sup>2</sup>. Assim, inadmissível a analogia pretendida pela requerente, entre ramos do Direito nitidamente autônomos e regidos por princípios distintos.

Mesmo se, ad argumentandum tantum, fosse admitida a regência dos princípios constitucionais e dispositivos legais, todos de aplicação na esfera penal, a processos administrativos como o presente, ainda assim tais comandos não socorreriam a requerente porque não se está discutindo nestes autos retroatividade de lei, mas sim suposta modificação de entendimento jurisprudencial.

E quanto a isso, repita-se, não houve qualquer alteração de entendimento jurisprudencial do CADE, relativo à matéria em foco. Conseqüentemente, a disposição do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei 9.784/99 de forma alguma teria o condão de socorrer a requerente.

Como já explicitado, a aplicação da Lei Antitruste pelo Plenário orientou-se nestes autos pela mais adequada e razoável interpretação realizada sobre o quanto estabelecido no art. 54, § 3º do diploma, em nenhum momento precedida por outra exegese elaborada em sentido diverso.

Evidente, ainda, o dever da manutenção da sanção, por se tratar a aplicação da multa um poder/dever estabelecido em lei que vincula o julgador, não se lhe podendo deferir juízo de conveniência neste ponto específico. Somente a ponderação relativa aos critérios de valoração de multa pode, contrariamente, se caracterizar como ato administrativo discricionário.

---

1 1-CRETELLA JÚNIOR, José, Comentários à Lei Antitruste, Rio de Janeiro, 2º edição, 1996, pág.83

2 2-CRETELLA JÚNIOR, José, ob. Cit. Pág.84

Devem ainda ser refutadas as alegações suscitadas pelas requerentes no sentido que ao se calcular o quantum da multa aplicada não teriam sido consideradas as circunstâncias atenuantes previstas no artigo 27 da Lei 8.884/94, ao lado da alegada aplicação errônea das causas de aumento.

Remeto-me, quanto a este ponto, à argumentação aprovada pelo CADE no citado voto de impugnação envolvendo Agco Corporation. Tendo-se que o Plenário, legitimado pelo mesmo artigo 27, iniciou o cálculo da multa no valor mínimo previsto pela lei, para sancionar a ausência das submissões das operações de compra que ensejaram a expedição dos Autos de Infração aqui discutidos, evidente que sopesou todas atenuantes de possível aplicação ao caso.

Podendo impor uma sanção até o valor de 6.000.000 UFIR, os julgadores orientados por inúmeros precedentes já julgados pelo CADE, consideraram a ausência de evidências de má fé por parte das requerentes, bem como não verificaram efeitos negativos produzidos ao mercado, nem tampouco lesão à concorrência, motivo porque consideraram, a partir da pena mínima, a gravidade da infração (Lei 8.884/94, art. 27, inc. I) e a situação econômica da infratora (inc. VII)

A gravidade da infração se aferiu da ausência de submissão das operações ao CADE. De fato, se é sancionado pela legislação antitruste o atraso por alguns dias da aludida notificação, evidente que deve ser graduada a multa conforme o período de duração desta morosidade. A não apresentação de operações, por sua vez, consubstancia a forma mais grave de infração à obrigação de apresentação tempestiva, prevista no artigo 54, § 4º da lei concorrencial, devendo pois, neste caso, ser agravado o sancionamento.

A consideração de sua situação econômica, por sua vez, foi necessária ao cumprimento do caráter educativo das penas, obtido à luz da aplicação teleológica do efeito dissuasório do dispositivo. Impossível desconsiderar o referido inciso VII do art. 27 da Lei Antitruste. Isto porque para a empresa cujo faturamento do grupo superou R\$ 3,3 bilhões à época da apresentação do ato de concentração, praticamente seria ineficaz a aplicação de multas em valores menores que os estabelecidos.

Sublinhe-se ainda que as multas de 180.000 UFIR aplicadas por operação correspondem somente a 3% da multa máxima prevista em lei, conforme destacado pelo Conselheiro Mércio Felsky no citado caso de impugnação envolvendo a Agco, motivo porque também não se podem admitir os argumentos lançados pela requerente para alegar sua abusividade.

Vale enfatizar que tal método de quantificação de multas está sendo aplicado por este Plenário de forma consistente em inúmeros julgados recentes. Dentre eles destaque-se as decisões proferidas nos Atos de Concentração nº 84/96 (Metal Leve S/A, Mahle Gmbh e COFAP), nº 08012.9353/98-18 (Leitesol e Mastellone), nº 08000.0262/99/96-31, 102/96 (S/A Indústrias Votorantim, Companhia Siderúrgica Nacional e Companhia de Cimentos Ribeirão Grande) e nº 117/97 (Agco Corporation, Agco Limited, Agco do Brasil Comércio e Indústria Ltda. e Iochpe-Maxion S/A), bem como no Auto de infração nº 02/99, em que era impugnante a Agco Corporation.

Sublinhe-se ainda que, como se viu, não obstante a aplicação da sanção prevista no art. 54, § 5º, da Lei 8.884/94 seja vinculante, sua dosimetria, nos termos do artigo 27 do mesmo diploma, consubstancia-se em ato de natureza nitidamente discricionária.

Isto porque, como ato discricionário, a quantificação da multa caracteriza-se, “em essência, por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento.”<sup>3</sup>

Em outras palavras, e seguindo a lição ministrada pelo Prof. Régis Fernandes de Oliveira, a opção adotada pelo julgador, inscrita dentro de limites mínimo e máximo de valores previsto em lei, como o verificado no caso em tela, evidenciaria incontestável exercício de discricionariedade, posto que:

“Discricionariedade é, pois, a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites da liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.”<sup>4</sup>

Daí porque tampouco se admitir a aplicação somente de pena mínima, como o pretendido injustificadamente pela requerente.

Diante do exposto, não acolho o Pedido de reapreciação e mantenho as multas aplicadas, no mesmo valor que o consignado nos Autos de Infração 05/98 e 06/98.

---

3 3-MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1998, pág.120

4 OLIVEIRA, Régis Fernandes de, Ato Administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1992, pág 83

É o voto

Brasília, 21 de julho de 1999

**Marcelo Calliari**

Conselheiro do CADE

