

REVISTA DO

IBRAC

10 anos

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 10 número 4
2003

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 10 número 4 - 2003

ISSN 1517-1957

***INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL - IBRAC***

**Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748**

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro, Maria Cecília Andrade, Jorge Fagundes.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.
Periodicidade: 6 números em 2002
Catalogação

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957
339.19 / 343.53

CDU

www.ibrac.org.br
ibrac@ibrac.org.br

DECISÕES JUDICIAIS

SUMÁRIO

LABORATÓRIO SABIN X CADE	7
<i>AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	7
DESPACHO	7
CADE X LABORATÓRIO SABIN	11
<i>EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	11
RELATÓRIO	11
VOTO	13
VOTO	15
EMENTA	16
ACÓRDÃO	17
USIMINAS X CADE	19
<i>AÇÃO DECLARATÓRIA</i>	19
DECISÃO	19
AGCO DO BRASIL X CADE	25
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	25
DECISÃO	25
DECISÃO	27
EMENTA	30
ACÓRDÃO	32
RELATÓRIO	32
VOTO	33
LAB. DE PATOLOGIA CLÍNICA X CADE	39
<i>EMBARGOS À EXECUÇÃO</i>	39
SENTENÇA	39
RELATÓRIO	39
FUNDAMENTAÇÃO	40
J. D. BEBIDAS LTDA. X CADE	49
<i>MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL</i>	49
DECISÃO	49
UNIMED BLUMENAU X CADE	51
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	51
RELATÓRIO	51

VOTO	51
DECISÃO	54
<i>APELAÇÃO EM MANDATO DE SEGURANÇA</i>	58
EMENTA	59
ACÓRDÃO	59
RELATÓRIO	60
VOTO	60
VOTO-VISTA	62
VOTO-VOGAL	67
INGERSOLL RAND COMPANY X CADE	69
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	69
DECISÃO	69
DECISÃO	71
<i>AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	74
DECISÃO	75
MSB PARTICIPAÇÕES S/A X CADE	77
<i>MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL</i>	77
DECISÃO	77
COTIA TRADING S/A X CADE	81
<i>AÇÃO CAUTELAR INOMINADA</i>	81
DECISÃO	81
DECISÃO	82
<i>AÇÃO ORDINÁRIA</i>	85
DECISÃO	85
<i>MEDIDA CAUTELAR</i>	87
DECISÃO	87
FINMECCANICA S.P.A. E OUTRO X CADE	91
<i>MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL</i>	91
DECISÃO	91
DECISÃO	95
UNIMED DE FOZ DO IGUAÇU X CADE	101
<i>AÇÃO CAUTELAR INOMINADA</i>	101
DECISÃO	101
<i>AÇÃO ORDINÁRIA</i>	103
DECISÃO	103

TOTAL FINA ELF S/A E OUTRO X CADE	109
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	109
DECISÃO	109
CADE X TOTAL FINA ELF S/A	111
<i>AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	111
DECISÃO	111
TOTAL FINA ELF S/A E OUTRO X CADE	115
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	115
SENTENÇA	115
CADE X TOTAL FINA ELF S/A	119
<i>APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA</i>	119
RELATÓRIO	119
VOTO	120
VOTO-VOGAL	123
EMENTA	123
ACÓRDÃO	124
EMBRAER E OUTROS X CADE	125
AGRAVO	125
DECISÃO	125
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	126
SENTENÇA	126
FENOSPAR X CADE	135
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	135
DECISÃO	135
SINDICATO DOS LABS. DE BRASÍLIA X CADE	139
<i>APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA</i>	139
EMENTA	139
ACÓRDÃO	140
RELATÓRIO	140
VOTO	141
VOTO-VISTA	142
ELEVADORES DO BRASIL LTDA. X CADE	147
<i>AÇÃO CAUTELAR</i>	147
DECISÃO	147

DECISÃO	149
DECISÃO	150
<i>AÇÃO CAUTELAR INOMINADA</i>	151
DECISÃO	151
SINDICATO DOS MÉDICOS DO DF X CADE	155
<i>APELAÇÃO EM MS</i>	155
EMENTA	155
ACÓRDÃO	155
RELATÓRIO	155
VOTO	156
JÓIA POSTO LTDA. X CADE	159
<i>AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	159
DECISÃO	159
GE-DAKO S/A X CADE	165
<i>AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	165
DECISÃO	165
<i>MEDIDA CAUTELAR</i>	167
DECISÃO	167
<i>AÇÃO ORDINÁRIA</i>	169
DECISÃO	170
<i>AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	175
DECISÃO	175
S/A WHITE MARTINS X CADE	177
<i>MEDIDA CAUTELAR</i>	177
DECISÃO	177
BANCO BRASCAN S/A E OUTROS X CADE	183
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	183
DECISÃO	183
DECISÃO (2)	185
COMPUTER ASSOCIATES INTERNATIONAL X CADE	195
<i>AÇÃO CAUTELAR</i>	195
DECISÃO	195
ESTALEIRO ILHA S/A X CADE	199
<i>AÇÃO ORDINÁRIA</i>	199
DECISÃO	199

UNIMED DE SANTA CATARINA X CADE	205
<i>APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA</i>	205
RELATÓRIO	205
VOTO	207
VOTO-VISTA	212
RATIFICAÇÃO DE VOTO	219
CENTRAIS ELÉTRICAS MATROGROSSEENSES S.A. X CADE	221
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	221
SENTENÇA	221
BANCO BCN S/A E BANCO BRADESCO S/A X CADE	229
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	229
DECISÃO	229
BANCO BCN X CADE	231
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	231
SENTENÇA	231
BORGES & MARTINS X CADE	235
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	235
SENTENÇA	235
KODAK X CADE	241
<i>MEDIDA CAUTELAR</i>	241
DECISÃO	241
BELGO-MINEIRA X SDE	247
<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i>	247
DECISÃO	247
DECISÃO	249
BELGO-MINEIRA X CADE	251
<i>AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	251
DECISÃO	251
GENERAL ELETRIC X CADE	255
<i>APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA</i>	255
EMENTA	255
ACÓRDÃO	256
RELATÓRIO	256
VOTO	257

VOTO	263
VOTO-VOGAL	267
VÉSPER SÃO PAULO S/A X CADE	269
<i>AGRAVO DE INSTRUMENTO</i>	269
DECISÃO	269
DECISÃO	272
SARA LEE X CADE	275
<i>AÇÃO CAUTELAR</i>	275
DECISÃO	277

LABORATÓRIO SABIN X CADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1998.01.00.083106-6/DF

RELATOR: JUIZ OLINDO MENEZES

AGRAVANTE: LABORATÓRIO SABIN DE PATOLOGIA CLÍNICA DE TAGUATINGA LTDA.

ADVOGADOS: MARCUS F. H. CALDEIRA E OUTROS

AGRAVADA: UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR: AMAURY JOSÉ DE AQUINO CARVALHO

DESPACHO

1. Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão proferida na 18ª Vara Federal do Distrito Federal (...) de obrigação de não fazer proposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, impondo à empresa agravante, que opôs embargo do devedor, a caução de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), nos termos do art. 65 da Lei nº 8884, de 1994 fl. 26).

Sustenta a recorrente que o próprio Plenário do CADE, ao julgar o processo administrativo, absteve-se da aplicação de multa, preferindo confessadamente dar à sua decisão um sentido mais didático, até mesmo por cuidar-se de empresa de pequeno porte econômico, não se justificando, pelos mesmos motivos, a exigência de caução, menos ainda no elevado valor posto na decisão recorrida.

2. Entendo que não se aconselha a prestação de caução, pois a decisão executada - de obrigação de não fazer - não impôs multa à empresa. A decisão recorrida está sendo mais realista (rigorosa) do que o órgão exequente, que preferiu privilegiar o aspecto pedagógico da sua decisão plenária .

Além disso, tendo havido embargos, até que sejam decididos não há razão para fixar multa pelo descumprimento da obrigação, a menos que se pretenda executá-la até mesmo na constância dos embargos, o que não se aconselha, pela óbvia razão de que a parte pode obter sucesso na sua impugnação.

Diante do exposto, recebo o agravo no efeito suspensivo, para sustar os efeitos da decisão recorrida, no que se refere a fixação de caução. Dê-se conhecimento desta decisão ao juízo recorrido, para os devidos fins.

Responda o recorrido, querendo, em dez dias. Corrija-se a autuação, pois a União não é recorrida. Intimem-se.

Brasília, 13 de novembro de 1998.

Juiz **OLINDO MENEZES**, Relator

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Ofício nº 066/98 - GABJU - 18ª Vara Brasília, 27 de novembro de 1998

Senhor Relator,

Em atenção ao contido na decisão prolatada no Agravo de Instrumento 1998.01.00.083 106-6, em 13/11/98, cujo conhecimento fora dado a este juízo, em 19/11/98, via fax nº 110/98, passo a Vossa Excelência as informações que seguem:

Inicialmente cumpre destacar que, ao contrário do que busca noticiar a Agravante, o CADE não deixou de lhe impor multa diária. Esta fora expressamente imposta à Agravante, à razão de R\$ 4.423,50, por dia, a qual vem incidindo desde 29/07/96 - data de publicação da decisão respectiva, no DOU/I daquela data -, sendo de se destacar, para que não parem dúvidas, que referida imposição observa-se pelo descumprimento a determinação do CADE, pela Agravante, configurando-se tal ocorrência exatamente com a propositura da Execução de Obrigação de Não-Fazer à qual encontra-se vinculada a decisão ora agravada. Frise-se que, tivesse a Agravante cumprido a decisão administrativa do CADE, situação a descaracterizar a concretização daquela multa, esta própria Execução careceria de objeto ao seu prosseguimento.

Assim, impõe-se este reparo inicial, de ordem fática, a permitir o devido conhecimento da questão ora trazida a desate.

Exmº Sr.

Dr. Olindo Menezes

Juiz Relator do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

NESTA

Por sua vez, no que se refere à caução exigida na decisão agravada, decorre a mesma de expressa disposição legal, contida no artigo 65, da Lei 8884/94, como já acentuado por este Juiz na decisão de fls. 143. E, no que se refere ao montante fixado, fora levado em consideração, e apenas como parâmetro, o valor da multa diária imposta pelo CADE, e que, à data da decisão agravada, já totalizava o montante superior a R\$ 3.000.000,00 (aproximadamente 730 dias x R\$ 4423,00), resultando, assim, aquela caução, em menos de 10% do valor, a princípio, já devido pela Agravante, o que estaria a demonstrar, s.m.j., não se configurar a desproporcionalidade sustentada no presente recurso.

A propósito, a decisão agravada não ensejou situação mais gravosa à Executada do que a penhora anterior e equivocadamente procedida, e que considerou o montante de R\$ 150.000,00. Na hipótese de o CADE vir a executar a Agravante com relação à multa já imposta, na forma do disposto no artigo 61, da Lei 8884/94, a penhora certamente deverá observar-se em montante superior até mesmo àqueles R\$ 3.000.000,00, acima mencionado.

Oportuno se esclarecer, ainda, que o valor daquela multa-diária imposta ao Agravante não integra o título instrumentalizador da Execução em análise, conforme exprime a decisão anteriormente proferida a respeito (fls. 101), a qual, em caso idêntico ao presente logrou ser confirmada por decisão da 4ª Turma desse Egrégio TRF, conforme retrata o acórdão no AG 1998.0 1.00.030792-9/DF.

Essas, Senhor Relator, as informações que me cumpria prestar a Vossa Excelência.

Na oportunidade, renovo protestos de elevado apreço e distinta consideração.

JOSÉ PIRES DA CUNHA

Juiz Federal na titularidade da 18ª Vara - DF

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

CADE X LABORATÓRIO SABIN

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº: 1998.01.00.030792-9/DF

RELATORA: JUÍZA SELENE MARIA DE ALMEIDA

AGRAVANTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA

PROC/S/OAB: CLAUDIUS FABIO CARAN BRITTO

AGRAVADO: LABORATÓRIO SABIN DE PATOLOGIA CLÍNICA DE
TAGUATINGA LTDA.

ADVOGADO: EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO

EMBARGANTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA- CADE

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE ao acórdão proferido pela Terceira turma deste Tribunal, assim ementado:

‘PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. COBRANÇA DE PENALIDADE PECUNIÁRIA. CADE.

1. A penalidade pecuniária(multa) prevista em título de obrigação de não fazer expedida pelo CADE - decisão plenária do órgão, obrigando empresa a não utilizar tabelas médicas, com imposição de multa diária - deve ser cobrada pelo rito da execução fiscal (cf. Lei nº 8.884/94 - art. 61), e não dentro do agravo de instrumento.”

Alega o embargante, Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que interpôs o agravo de instrumento para impugnar decisão que indeferiu a aplicação da multa diária, bem como entendeu pela sua inexigibilidade naquela via executiva, tendo em vista o disposto no art. 61 da Lei 8.884/94.

Aduz que a multa é parte integrante da própria sanção imposta pelo ora embargante ao embargado, como teria reconhecido o acórdão embargado, não havendo que se cogitar do seu indeferimento, eis que, sendo parte e acessório do principal, qual seja a ação de execução de obrigação de não fazer, deve seguir a mesma sorte daquele. Assim sendo, a multa expressa no título executivo extrajudicial não é decorrente da infração, tampouco possui natureza administrativa, conforme exposto no acórdão embargado.

Aduz também que a infração prevista no título é aquela constante nos incisos I e XVII do art. 3º da Lei 8.158/91, recepcionados pela Lei nº 8.884/94.

Afirma que o objetivo precípuo das astreintes é compelir o devedor, no bojo de sua execução de fazer e não fazer, a cumprir a obrigação e sensibilizar de que vale mais a pena cumprir a obrigação do que pagar a pena pecuniária.

Diz que o juiz singular e o Relator do agravo não se atentaram para o disposto no art. 645 do CPC/73, verbis:

“Art. 645 - Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, se excessivo.

Sustenta que a própria disciplina processual civil ampara a fundamentação exposta, dispondo claramente que, nas execuções que versem sobre obrigação de fazer ou de não fazer I fundadas em título executivo extrajudicial, é aplicável a multa diária por atraso no cumprimento da obrigação. Dessa forma, cabe ao magistrado afixação da multa, quando esta não estiver prevista no título, ou, quando já prevista, o juiz poderá reduzi-la, caso a entenda que a multa é excessiva.

Pede o provimento dos embargos de declaração para suprir as omissões indicadas e o pronunciamento quanto aos artigos mencionados para fins de prequestionamento.

É o relatório.

VOTO

A EXM^a SR^a JUÍZA SELENE MARIA DE ALMEIDA:

O eminente relator assim sumariou o recurso:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, contra despacho que, em execução de obrigação de não fazer ajuizada contra a empresa agravada - Laboratório Sabin de Patologia Clínica de Taguatinga Ltda. -, indeferiu a aplicação de multa diária á empresa executada e, da mesma forma, a sua cobrança na própria execução.

Afirma o julga dor que a multa já consta do titulo em execução e a sua exigência, á luz do art. 61 da Lei n° 8.884, de 11/06/94, deve reger-se pela Lei de Execução Fiscal, por tratar-se exclusivamente de cobrança de multa pecuniária.

Sustenta o agravante, em resumo, que não incide no caso o nominado art. 61, pois o objeto da execução não é exclusivamente financeiro, devendo ser aplicado o preceito do art. 645 do Código Civil.

Processado o recurso sem efeito suspensivo (fl. 35), o recorrido apresentou contraminuta.

É o relatório”.

As alegações de omissão inexistem, in casu.

Sobre a cobrança de multa o voto-vencedor declarou:

“O documento de fls. 27-28, expressando uma decisão plenária do CADE, já contém a aplicação de multa diária á empresa (R\$ 4.423,50), desde julho/96, acaso descumpra o que lhe fora determinado: deixar de utilizar as tabelas da Associação Médica Brasileira.

Se assim é, realmente não teria o juiz que aplicar a multa, posto que já aplicada. O que poderia ocorrer seria a sua exigência (cobrança), mas que, dentro do rito da execução de obrigação de não fazer, ficaria difícil administrar I sem tumulto processual. “;’

Na obrigação de não fazer, o devedor é citado para desfazer o ato do qual deveria se abster. Havendo recusa ou mora, seguisse o desfazimento por terceiro, á sua custa, com perdas e danos, o que também ocorre no caso de irreversibilidade material (arts. 642 e 643 - CPC).

Não há, portanto, espaço processual para a exigência da multa, que consubstancia execução por quantia certa e tem outro rito, seja à luz do CPC (art. 646), seja em face da Lei de Execução Fiscal.

É aconselhável, portanto, que o CADE, depois de exaurir a execução de obrigação de não fazer, que, inclusive, pode acarretar perdas e danos, cobre a multa, já devidamente quantificada, em outra execução, seguindo o rito da Lei nº 6.830/80, regente da execução fiscal.

Ainda que o caso (em exame) não seja de obrigação com objeto exclusivamente financeiro, deve incidir mencionado art. 61 da Lei nº 8.884/94. O preceito do art. 645 do CPC não infirma essa compreensão, pois o título exequente já contém a aplicação da multa.

“A cumulação ou a sucessão dos dois ritos num mesmo processo de execução não me parece aconselhável, pelo que não vejo razão fundada para desfazer a decisão recorrida “.

O acórdão manifestou-se expressamente sobre a interpretação que dava ao artigo 61 da Lei 8.884/94, Mas os embargos declaratórios não se destinam a corrigir os fundamentos da decisão embargada.

Quanto à norma do artigo 645 do CPC o eminente Relator entendeu que não era o caso de aplicação de multa diária por parte do juízo agravado porquanto o documento de fls. 27 -28 já contém a aplicação de multa diária à empresa agravada (R\$ 4.423,50), desde julho/96, acaso descumpra o que lhe fora determinado.

Diz o voto “*se assim é, realmente não teria o juiz que aplicar a multa, posto que já aplicada*”.

São incabíveis embargos de declaração utilizados “*com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada*” pelo órgão julgador (RTJ, 164/773).

Com esses fundamentos, rejeito os declaratórios do CADE.
É o voto.

VOTO

A EXM^a SR^a JUÍZA SELENE MARIA DE ALMEIDA:

O eminente relator assim sumariou o recurso:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, contra despacho que, em execução de obrigação de não fazer ajuizada contra a empresa agravada - Laboratório Sabin de Patologia Clínica de Taguatinga Ltda -, indeferiu a aplicação de multa diária á empresa executada e, da mesma forma, a sua cobrança na própria execução.

Afirma o julga dor que a multa já consta do título em execução e a sua exigência, á luz do art. 61 da Lei nº 8.884, de 11/06/94, deve reger-se pela Lei de Execução Fiscal, por tratar-se exclusivamente de cobrança de multa pecuniária.

Sustenta o agravante, em resumo, que não incide no caso o nominado art. 61, pois o objeto da execução não é exclusivamente financeiro, devendo ser aplicado o preceito do art. 645 do Código Civil.

Processado o recurso sem efeito suspensivo (fl. 35), o recorrido apresentou contraminuta.

É o relatório”.

As alegações de omissão inexistem, in casu.

Sobre a cobrança de multa o voto-vencedor declarou:

“O documento de fls. 27-28, expressando uma decisão plenária do CADE, já contém a aplicação de multa diária á empresa (R\$ 4.423,50), desde julho/96, acaso descumpra o que lhe fora determinado: deixar de utilizar as “ 2 tabelas da Associação Médica Brasileira.

Se assim é, realmente não teria o juiz que aplicar a multa, posto que já aplicada. O que poderia ocorrer seria a sua exigência (cobrança), mas que, dentro do rito da execução de obrigação de não fazer, ficaria difícil administrar sem tumulto processual.

Na obrigação de não fazer, o devedor é citado para desfazer o ato do qual deveria se abster. Havendo recusa ou mora, segue-se o desfazimento por terceiro, á sua custa, com perdas e danos, o que também ocorre no caso de irreversibilidade material (arts. 642 e 643- CPC).

Não há, portanto, espaço processual para a exigência da multa, que consubstancia execução por quantia certa e tem outro rito, seja á luz do CPC (art. 646), seja em face da Lei de Execução Fiscal.

É aconselhável, portanto, que o CADE, depois de exaurir a execução de obrigação de não fazer, que, inclusive, pode acarretar perdas e danos, cobre a multa, já devidamente quantificada, em outra execução, seguindo o rito da Lei n° 6.830/80, regente da execução fiscal.

Ainda que o caso (em exame) não seja de obrigação com objeto exclusivamente financeiro, deve incidir mencionado art. 61 da Lei n° 8.884/94. O preceito do art. 645 do CPC não infirma essa compreensão, pois o título exequente já contém a aplicação da multa.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CADE. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. COBRANÇA DE PENALIDADE PECUNIÁRIA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO FEDERAL.

1. O acórdão embargado decidiu que “A penalidade pecuniária (multa) prevista em título de obrigação de não fazer, expedida pelo CADE - decisão plenária do órgão, obrigando a empresa a não utilizar tabelas médicas, com imposição de multa diária - dever ser cobrada pelo rito da execução fiscal (cf. Lei 8.884/94, art. 61) e não dentro da execução daquela obrigação.

2. Tendo o acórdão embargado se manifestado expressamente sobre a interpretação e aplicação da norma do artigo 61 da Lei 8.884/94, não há omissão a ser suprida.

3. Quanto a norma do artigo 645 do C PC o acórdão não é omissivo pois claramente declarou: “Se assim é, realmente não teria o juiz que aplicar a multa, posto já aplicada.”

4. São incabíveis embargos de declaração utilizados “com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo órgão julgador” (RTJ 166/793).

5. Os embargos de declaração não se destinam a corrigir os fundamentos da decisão embargada. 6. Embargos do CADE rejeitados.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do voto da Excelentíssima Senhora Juíza Selene Maria de Almeida.

Brasília, 03 de setembro de 2001.

Juíza SELENE MARIA DE ALMEIDA - Relatora

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

USIMINAS X CADE

AÇÃO DECLARATÓRIA

SENTENÇA N° 0128/99

CLASSE: 01500 - AÇÃO ORDINÁRIA/OUTRAS

PROCESSO: 1998.34.00.001835-3

AUTOR: USIMINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A E OUTRAS

RÉU: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE

DECISÃO

Trata-se de ação declaratória proposta por **USIMINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A - USIMINAS, VALE-USIMINAS PARTICIPAÇÕES S/A - VUPSA e COMPANHIA PAULISTA DE FERRO-LIGAS - CPFL** contra o **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**, objetivando a anulação de decisão do CADE, que cominou às autoras pena de multa por inobservância do prazo legal para a apresentação de atos prejudiciais à livre concorrência, e dos procedimentos de cobrança.

Argumentaram que:

a) o CADE deixou de apreciar as impugnações à cobrança, desobedecendo a Resolução por ele mesmo baixada que o obriga à apreciação das impugnações aludidas;

b) as impugnações oferecidas pelas Autoras foram erroneamente recebidas e apreciadas como pedido de reapreciação de ato de concentração e, além disso, foram relatadas pelo mesmo Relator do suposto Ato de Concentração - que é autoridade manifestamente incompetente -, desobedecendo a Resolução do próprio CADE, que determina a distribuição a novo Relator, estando aqui violado também o princípio constitucional da ampla defesa;

c) o procedimento de cobrança da multa não teve início com o necessário Auto de Infração, como determina a Resolução baixada pelo próprio CADE, assim desobedecida;

d) o CADE não é titular da multa por ele aplicada e conseqüentemente não pode efetuar a sua cobrança, muito menos em seu nome;

e) o ato apreciado pelo CADE já fora chancelado pelo Poder Judiciário e portanto não poderia ser reapreciado pelo CADE, como órgão auxiliar do Poder Judiciário;

f) o prazo de comunicação aos órgãos competentes foi efetivamente cumprido pela VUPSA;

g) a CPFL e a USIMINAS, por nada terem adquirido, não podem ser responsabilizadas, com a multa, pelo atraso no pagamento, inexistindo a solidariedade passiva, sendo certo que a CPFL não chegou a ser intimada para o processo administrativo nem dele participou;

h) a aquisição do controle acionário da CPFL, pela VUPSA, não é ato enquadrado no disposto no artigo 54 e respectivo parágrafo 3º da Lei nº 8.884, de 1994, uma vez que a CPFL era uma empresa falida e não houve qualquer ato de concentração econômica;

Em contestação, fls. 229/261, a autarquia-ré sustentou a tempestividade - da contestação; a ausência do interesse de agir e, no mérito, que a operação caracterizou-se como ato de concentração e a multa decorreu da inobservância do prazo estabelecido no art. 54, da Lei 8.884/94.

Ressaltou que o procedimento de cobrança sequer iniciou, razão por que é inaplicável a Resolução 09/97 e, mais, a notificação deu-se para cientificar e oportunizar o pagamento voluntário.

Houve réplica, fls. 283/295.

Sem especificação de provas, determinou-se o registro para sentença.

Relatados.

DECIDO

Efetivamente, não há necessidade de dilação probatória, pelo que passo ao julgamento antecipado da lide, *ex vi* do art. 330, I, do CPC.

No tocante à preliminar cogitada pela parte-ré, constato que as autoras cumularam os pedidos de anulação da decisão que fixou a multa e daquele destinado à sua cobrança.

Este último é claramente impróprio, eis que não deflagrado o processo executório, sendo que a notificação deu-se para intimar da decisão e oportunizar a quitação voluntária. Caso não adimplida, aí sim, esclareceu o Ofício, seria imprimida a cobrança, após inscrição na dívida ativa.

No entanto, sobeja à apreciação judicial, o pedido de nulidade da Decisão fustigada.

Acolho, apenas em parte a preliminar .

No mérito, de antemão, visualizo que as autoras equivocaram-se na interpretação dada ao ofício notificatório. Como sobredito, não se trata de ato deflagrador de cobrança, mas sim de cientificação do teor da Decisão, facultando o pagamento espontâneo.

Desta forma, são descabidas as alegações de que o CADE deixou de apreciar as impugnações à cobrança em desrespeito à Resolução 9/97, vez que este instrumento normativo disciplina o procedimento de inscrição na dívida ativa, ato - até o ajuizamento da ação - não verificado.

De outra parte, a reapreciação minuciosa e bem fundamentada da Decisão hostilizada apresenta-se em total sintonia com os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Revestindo, sem sombra de dúvida, do caráter recursal, nos termos da Resolução pertinente (nº 5/96).

Observe-se que, consoante art. 28 da minuciosa Resolução, a reapreciação deve ser dirigida ao Conselheiro-Relator, autor do voto condutor da decisão do Colegiado. Logo, restou adotado o procedimento regular .

Demais disto, não há o menor indício, pelo teor do voto de fls. 170/172, de parcialidade, face a objetividade intrínseca da causa geradora da multa.

Em síntese, a “impugnação” teve a exata solução, na medida em que nela os autores pediram, tão-somente, o arquivamento do processo de cobrança, até então inexistente, o que, a rigor, resultaria no não conhecimento, mas, não obstante isto, os Conselheiros do CADE reavaliaram todas as questões.

A afirmação de que o CADE não é titular da multa, e que assim não estaria legitimado a cobrá-la, afasta-se da razoabilidade e torna-se impertinente frente ao objeto, acima delineado, da presente demanda (nulidade da decisão que fixou a multa).

Repita-se, por necessário, que o procedimento de cobrança ainda não se iniciara, decorrendo a sustentação de equivocada interpretação da natureza dos ofícios nºs. GB/CADE 1.160/97 e 1.162/97.

Outrossim, a alegação de que o ato apreciado pelo CADE já havia sido cancelado pelo Judiciário afronta os mais comezinhos princípios jurídicos.

Demais disto, a multa não resultou da classificação do ato como atentatório à ordem econômica, mas da inobservância do dever legal de complicar ao CADE a transação. Este *munus* decorre, como arrolado no título VII, Capítulo I, da Lei 8.884/94, do poder de controle, de atos e contratos, outorgado ao CADE.

De mencionar-se, que o art. 54, *caput*, da Lei Antitruste é de abrangência bem aquém do art. 20.

Noutro giro, não cabe às partes valorar se o ato configura concentração econômica prejudicial aos princípios estampados no art. 10 da Lei Antitruste ou não, uma vez configuradas as hipóteses do art. 54, *caput* e § 3º, devem submeter à apreciação do CADE, a quem compete avaliar se o agrupamento societário representará ofensa à livre concorrência ou dominação do mercado .

É cogente o dispositivo ao exigir a apresentação do ato ao CADE, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis, contados da sua realização.

Ora, restou patente que as Autoras observaram aludido prazo, considerando que a transação efetivou-se em 23.12.94 e a apresentação ao CADE, deu-se, somente, em 24.07.95, após requisição.

O fato de, no interregno, a SDE ter enviado ofício alertando para o cumprimento do dever legal, não se constitui, por falta de previsão legislativa, em causa interruptiva ou suspensiva do prazo.

Assim sendo, ainda que considerada a data indicada pelas autoras, 21.06.95, inexistindo causa interruptiva ou suspensiva incidente, vê-se que houve inobservância do prazo legal.

É certo, pois, que as autoras olvidaram a obrigação prevista no art. 54, da Lei Antitruste.

Por derradeiro, no que pertine à solidariedade entre as autoras, tem-se como fato incontroverso, pois, .como mencionado linhas volvidas, a natureza jurídica da multa é bem distinta daquela que lhes atribuíram na exordial. Trata-se de infração administrativa, apenas. Descumprimento, pura e simplesmente, do dever de apresentar o ato à apreciação do CADE.

Destarte, competindo-lhes agir , uma vez que todas estavam envolvidas no ato, cumpre-lhes arcar com a responsabilidade pela omissão .

ISTO POSTO, julgo **improcedente** o pedido.

Custas pelas autoras e honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento), sobre o valor da causa.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Brasília, 26 de fevereiro de 1999.

Rosimayre Gonçalves de Carvalho

JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

2ª Vara Federal - DF

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA

AGCO DO BRASIL X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

DECISÃO N°: 651/99

CLASSE: 02100: MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO: 1999.34.00.029156-5

IMPETRANTE: AGCO DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

DECISÃO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por **AGCO DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.** contra ato do **PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**, objetivando, liminarmente, que seja determinado à Autoridade Coatora que se abstenha de promover sua inscrição na dívida ativa, em vista da multa a que lhe foi infligida, quando do julgamento do ato de concentração n° 117/97, bem como a suspensão da exigibilidade do pagamento da precitada multa.

Asseverou que adquiriu a “divisão de máquinas agrícolas” do grupo IOCHPE-MAXION e que, na época, esta transação não foi submetida ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, pois acreditava que somente “os atos de concentração que resultassem em participação de empresa ou grupo de empresa em 20% (vinte por cento) ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), conforme preceitua o art. 54 da Lei n° 8.884/94.

Prosseguiu alegando que, em virtude da aquisição da empresa Deutz do Brasil Comercial Ltda., transação também aprovada pelo CADE, informou, conjuntamente, os termos da transação efetuada com o grupo IOCHPE-MAXION, consubstanciada no Ato e Concentração nº 117/97.

Entretanto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, em decisão por maioria de votos, entendeu pela imposição da multa pela apresentação intempestiva do Ato de Concentração, a qual foi estipulada no valor 03 (três) vezes superior ao mínimo legal, por entender que há agravantes para a majoração da precitada multa.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 28/82.

Conclusos. Decido.

Prevê o art. 7º, II, da lei nº 1.533/51 a possibilidade de liminar, condicionando-a à concorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Confiro a relevância à fundamentação, à vista do princípio da razoabilidade limitador do poder de polícia, ao exigir reprimenda proporcional à lesão. No caso, a não apresentação do Ato de Concentração à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE no tempo oportuno, ao que restou apurado, além de não resultar em efeitos negativos ao mercado, não se evidenciou má-fé pela existência de dúvida razoável à época acerca da necessidade ou não do ato, conforme argumentos de fls. 60/63.

O perigo de ineficácia decorre do encerramento do prazo para pagamento da multa, dia 23.09.99, o que obrigará a impetrante perfilhar a *via crucis* da petição de indébito.

Isto posto, defiro o pedido, liminarmente, para determinar ao impetrado que se abstenha de exigir a multa imposta à impetrante no Ato de Concentração nº 117/97.

Intime-se para imediato cumprimento.

Publique-se. Notifique-se para as informações. Após, dê-se vista ao MPF.

Brasília, 22 setembro de 1999.

Rosimayre Gonçalves de Carvalho

JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

1ª Vara Federal/ DF

SENTENÇA Nº: 508/2001

CLASSE: 02100: MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO: 1999.34.00.029156-5

IMPETRANTE: AGCO DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

ADVOGADA: CRISTIANE ROMANO

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA- CADE

DECISÃO

Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por **AGCO DO BRASIL, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.** Contra ato do **PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**, objetivando a reforma da decisão proferida na apreciação do Ato de Concentração 117/97, com o fim de reduzir o valor da multa imposta ao mínimo legal, fixando-a em 60.000 UFIR, de acordo com o § 5º do art. 54, da Lei 8.884/94.

Aduziu ter adquirido a “divisão de máquina agrícolas” do grupo IOCHPE-MAXION e que, na época, não submeteu a transação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por acreditar que a hipótese não se enquadrava dentre aquelas previstas no art. 54 da Lei 8.884/94.

Posteriormente, em 25.3.1997, ao adquirir a empresa Deutz do Brasil Comercial Ltda., informou ao CADE esta operação juntamente com os termos da transação efetuada com o grupo IOCHPE-MAXION, consubstanciado no Ato de Concentração nº 117/97.

Contudo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, ao decidir, impôs multa pela apresentação intempestiva do Ato de Concentração, a qual foi estipulada em valor 03 (três) vezes superior ao mínimo legal, por entender que havia duas agravantes que implicavam na majoração da imposição (gravidade da infração e situação econômica do infrator).

A empresa impetrante atacou mencionada decisão, aduzindo que houve violação ao princípio da legalidade (art. 37 da Carta Magna). Explicou que os elementos ensejadores da fixação da multa em valor superior ao mínimo não poderiam ter sido aplicados no caso em comento, em face da ausência das supostas “causas de majoração” encontradas pelo CADE, quais

sejam, a gravidade da infração e a situação econômica do infrator.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 28/82.

Liminar deferida (fls. 84/86).

Nas informações prestadas (fls. 144/153), a autoridade impetrada aduziu, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante. No mérito, narrou que os fatos que fundamentaram a instauração do Ato de Concentração fulcrou-se nas normas do art. 54, da Lei 8.884/94, pugnando pela denegação da segurança.

Parecer Ministerial opinando pela denegação da segurança (fls. 156/158).

A autoridade impetrada requereu a juntada de cópia do Agravo de Instrumento interposto em face da decisão concessiva de liminar (fls. 160/171).

Às fls. 188, o Procurador-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica informa o novo endereço da Procuradoria, requerendo que os novos mandados e intimações endereçados aos Procuradores do CADE sejam encaminhados para tal local.

Esse é o relatório.

Tudo visto e examinado, passo à **decisão**.

DA PRELIMINAR

A preliminar argüida confunde-se com o mérito e com ele será apreciado.

DO MÉRITO

Merece prosperar a pretensão da empresa impetrante, consistente na fixação da multa aplicada no valor mínimo (60.000 UFIR'S), pois as duas agravantes consideradas para elevar o valor mínimo ao equivalente ao triplo não se sustentam. Vejamos:

1) Quanto à **gravidade da infração** - o próprio CADE considerou que a operação realizada pela impetrante não causou lesão no mercado e nem evidenciou má-fé.

Assim, o fato de a empresa impetrante não haver remetido aprazadamente os documentos de transação para análise e aprovação do

CADE, propicia a aplicação de multa prevista em lei (§ 5º do art. 54, da Lei 8.884/94) como efetivamente ocorreu, mas jamais poderia ter o condão de majorá-la no patamar alcançado no caso em comento, uma vez que referido atraso, conforme reconhecido pelo CADE, não gerou qualquer dano ao mercado ou à livre concorrência.

Ademais, esta agravante não se encontra fundamentada. Isto é, não foi explicitado como deveria, o suposto fato que configurou de grave a infração.

De outra parte, na espécie dos autos, considerando que o atraso na apresentação dos documentos da operação deveu-se à dúvida existente no CADE sobre a necessidade de ser efetuada essa comunicação - fato incontroverso - é evidente que o atraso em referência não pode dar causa à majoração da pena, ainda mais para configurar fato grave.

2) Quanto à **situação econômica do infrator** - em que pese ser um dado legal de majoração da sanção, evidencia que a finalidade da norma e individualizar a pena e, no caso concreto, para que isso ocorra há necessidade de considerá-la no mínimo legal.

De fato, três foram as atenuantes consideradas pelo próprio CADE, sendo elas: ausência de má-fé, ausência de efeitos negativos no mercado e ausência de lesão à livre concorrência; e apenas duas foram as supostas agravantes, quais sejam: gravidade da infração, que inexistente, nos termos acima expressos e situação econômica do infrator, que apesar de objetiva não serve para majorar a pena.

Na aplicação da pena individual - como deve ser - , concorrendo uma suposta agravante com três atenuantes, não há como a pena ser fixada acima do mínimo legal. Ademais, insista-se, o fato de à época existir dúvida no CADE não ser desconstitutivo da infração, deve ser considerado para a individualização da pena.

De outra parte, se assim ainda não fosse, não há dado concreto do patrimônio da impetrante justificador da elevação da multa ao triplo do mínimo ficado.

Isto posto, concedo a segurança para reformar a decisão do CADE e fixar o valor da multa imposta à empresa impetrante no mínimo legal (60.000 UFIR's), nos termos do disposto no art. 54, § 5º da Lei 8.884/94.

Sem honorário a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ

Custas *ex lege*

Sentença sujeita ao reexame necessário.

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

Remeta-se cópia desta sentença ao Juiz Relator do Agravo de Instrumento 1999.01.00.093351-8 (TRF - 1ª Região).

Brasília, 28 de setembro de 2001

Solange Salgado

JUÍZA FEDERAL

1ª Vara Federal/DF

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

APELAÇÃO EM MANDATO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO EM MS: 1999.34.00.029156-5/DF

Processo na Origem: 1999.34.00.029156-5

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA

RELATOR: JUIZ LINDOVAL MARQUES DE BRITO (CONVOCADO)

APELANTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

ADVOGADO: CLAUDIUS FABIO CARAN BRITTO

APELADO: AGCO DO BRASIL COMERCIO E INDUSTRIA LTDA.

ADVOGADO: CRISTIANE ROMANO E OUTROS(AS)

REMETENTE: JUÍZO FEDERAL DA 1 A VARA - DF

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LEI ANTITRUSTE. LIVRE CONCORRÊNCIA. ATOS. LIMITAÇÃO. CADE. APRECIÇÃO. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA. MULTA. DOSIMETRIA. DIREITO PENAL. MÍNIMO LEGAL.

1. Prevê o art. 54 da Lei Antitruste devam os atos, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, ser submetidos à apreciação do CADE.

2. Os atos, de que tratam o art. 54 da Lei nº 8.884/94, devem ser apresentados previamente ou no prazo máximo de 15 dias à Secretaria de Direito Econômico - SDE, como previsto no § 4º.
3. A apresentação intempestiva sujeita o infrator à multa de 60.000 (sessenta mil) UFIR até 6.000.000 (seis milhões) de UFIR, aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para apuração dos fatos.
4. Na aplicação da sanção administrativa, deverá o CADE adotar os critérios previstos no art. 27 da Lei 8.884/94 e a dosimetria do Direito Penal (CPP, art. 59) não é utilizável no Direito Administrativo.
5. Conquanto certo que a Administração Pública possa usar de discricionariedade na fixação da multa, no tocante ao *quantum*, não precisará de declinar justificativa para impor o limite mínimo previsto na legislação.
6. Contudo, a penação em patamar superior ao mínimo traduz-se em ato administrativo inafastavelmente vinculado, devendo ser plenamente motivado.
7. O próprio CADE, aprovando sem restrições e por unanimidade o Ato de Concentração nº 117/97, reconheceu expressamente a “*Inexistência de danos à concorrência*” e a sua Procuradoria-Geral mostrou que a própria Autarquia tinha dúvida sobre a interpretação do art. 54.
8. Fez-se a aplicação da multa por maioria, vencido o relator (do CADE), o qual entendia a inaplicabilidade, em virtude da incerteza da obrigatoriedade da apresentação, conforme decisões em tal sentido, à época.
9. Opinando por força do art. 42 daquela Lei, a Procuradoria-Geral sugeriu que a multa fosse “*ajustada aos critérios discricionários que a tornaria legal, dando-lhe suporte para a execução forçada, caso tal medida venha a ser necessária*”, fixando-se-à “*no mínimo legal*”.
10. Reconhecimento administrativo de ilegalidade do ato impugnado, estando correta a concessão da segurança.
11. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional - 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 13 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Juiz LINDOVAL MARQUES DE BRITO

Relator Convocado

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ-RELATOR LINDOVAL MARQUES DE BRITO:

Contra ato do **PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE** impetrou-se o presente mandado de segurança pela **AGCO DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, visando à obtenção de liminar para suspender a inscrição na dívida ativa e a exigibilidade do pagamento de multa imposta ao se decidir o Ato de Concentração nº 117/97 e, ao final, a concessão da segurança com vistas a reformar a decisão do CADE, a fim de reduzir a multa para o mínimo legal.

Pela sentença de fls. 194-199, da lavra da ilustre Magistrada SOLANGE SALGADO, o MM. Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou procedente o pedido, para reformar “*a decisão do CADE e fixar o valor da multa imposta à empresa impetrante no mínimo legal (60.000 UFIR), nos termos do disposto no art. 54, § 5º da Lei 8.884/94*”.

Interposta apelação de fls. 207-211, contra-arrazoada nas fls. 236-251, subiram os autos e a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do apelo (fls. 256-259).

É o relatório.

VOTO

**O EXMO. SR. JUIZ LINDOVAL MARQUES DE BRITO
(RELATOR):**

A dosimetria do Direito Penal não se aplica ao Direito Administrativo, consoante arrazou a Apelante, invocando o art. 59 do Código Penal.

2. Em discussão nos autos o Ato de Concentração nº 117/97, que se encontra na fl. 43, pelo qual o CADE impôs a multa de 180.000 UFIR à Impetrante, por força do art. 54, § 5º, da Lei nº 8.884/94, cuja ementa tem a seguinte relação:

“Ato de concentração. Aquisição de controle acionário. Hipótese contemplada pelo § 3º do artigo 54 da lei nº 8.884/94. Inexistência de danos à concorrência. Aprovação sem restrições. Existência de operação anterior não comunicada aos órgãos da defesa da concorrência. Multa.”

3. Resumidamente, a Impetrante foi constituída com a finalidade de adquirir a divisão agrícola da IOCHPE-MAXION, daí resultando a participação da **AGCO CORPORATION E AGCO LIMITED** no mercado brasileiro, sendo alegado que, *“Na época, tal operação não foi submetida ao CADE pois entendeu a impetrante que a operação não se enquadrava nas hipóteses previstas na Lei nº 8.884/94 (que transformou o CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica), tendo em vista que somente estão obrigados a análise e aprovação por parte do CADE os atos que limitem ou, de qualquer forma, prejudiquem a livre concorrência, ou resultem em dominação de mercados relevantes de bens ou serviços no intuito de se evitar a concentração econômica, a diminuição e a prevenção ao surgimento e desenvolvimento das atividades econômicas”*.

4. A Lei nº 8.884, de 11/6/94, estabelece as diretrizes para a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, dispondo o art. 20 como atos ilícitos aqueles que tenham por objeto ou possam produzir efeitos, ainda que não alcançados, de *“limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”* (inciso I), *“dominar mercado relevante de bens ou serviços”* (inciso II) e *“exercer de forma abusiva posição dominante”* (inciso IV).

5. Tira-se daí a conclusão de que é necessário se fazer a submissão à apreciação do CADE dos atos “*que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços*”, como estipula o art. 54, devendo ser considerado de tal natureza o ingresso de empresa estrangeira no mercado brasileiro, mediante a constituição de subsidiária nacional, para o fim de comprar outra indústria sediada no Brasil.

6. Por sua vez, o § 4º fixa o prazo da apresentação da documentação à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, o que deveria acontecer previamente ou em quinze dias úteis de sua realização.

7. Dispõe o § 5º do mencionado art. 54 que “*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*”.

8. Não está em discussão a infração em si, mas tão-somente o valor da multa aplicada, no montante de 180.000 (cento e oitenta mil) UFIR, correspondente a três vezes o mínimo permitido, o qual, no entanto, se encontra dentro dos limites previstos no art. 54, § 5º, da Lei Antitruste.

9. Conquanto certo que a Administração Pública possa usar de discricionariedade na fixação da multa, no tocante ao *quantum*, não precisará de declinar justificativa para impor o limite mínimo previsto na legislação.

10. Contudo, a apenação em patamar superior ao mínimo deverá ser plenamente motivada e com a adoção dos critérios preconizados na Lei nº 8.884/94, cujo art. 27 estipula:

“Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I – a gravidade da infração;

II – a boa-fé do infrator;

III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV – a consumação ou não da infração;

V – grande lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII – a situação econômica do infrator;

VIII – a reincidência”.

11. Como visto na fl. 43, o Ato de Concentração foi aprovado sem restrições, por unanimidade, constando a “*Inexistência de danos à concorrência*” e, por maioria, os conselheiros do CADE decidiram aplicar a multa de 180.000 UFIR, a qual, entretanto, não foi justificada no tocante à exacerbação, de modo que é lícito ao Poder Judiciário examinar se o ato administrativo está amoldado nos ditames legais, podendo restringir os seus efeitos.

12. Pelo que observo do parecer jurídico de fls. 55-63, exarado de conformidade com o art. 42 da Lei nº 8.884/94, não há respaldo para a majoração da penalidade, consoante entendeu o ilustre parecerista, por sinal um dos que constam como redatores da interposição desta apelação, tendo concluído da seguinte forma:

“No mérito, opino para que o recurso seja provido, no sentido de que, mesmo sendo reconhecida a infração e mantida a sanção, a decisão seja ajustada aos critérios discricionários que a tornará legal, dando-lhe suporte para execução forçada, caso tal medida venha a ser necessária. Nesse diapasão, opino para que, ante os fundamentos outrora explicitados, a multa seja fixada no mínimo legal, ou quantum próximo a ele”.

13. No citado parecer, foi transcrito parte do voto do Conselheiro-Relator Ruy Santacruz, vencido na ocasião da apreciação do Ato de Concentração nº 117, por entender pela não aplicação da multa, quando disse:

“Quanto à intempestividade na apresentação da primeira operação para exame do CADE (aquisição de negócios de máquinas agrícolas e tratores industriais da Iochpe – Maxion S/A, em 28/06/96), esta parece-me indiscutível. Na verdade tal operação não chegou sequer a ser apresentada formalmente, tendo sido examinada em conjunto com a operação da aquisição da Deutz do Brasil por um exercício de informalidade processual por parte das autoridades de defesa da concorrência, sendo levadas a julgamento pelo CADE, nessa forma, por economia de tempo e recursos.

Acredito, entretanto, que a operação em questão se deu num período de razoável incerteza quanto aos critérios de obrigatoriedade, incerteza que se estendia, então, ao próprio CADE. Assim, entendeu que não detinha qualquer participação anterior em qualquer empreendimento localizado no mercado relevante, compreendido pelo território brasileiro”.

14. O ilustre parecerista mostra que “A dúvida reinava perante o órgão aplicador da lei, assim é razoável o erro do administrado. Ressalte-se que o voto vencedor expõe com propriedade que a ninguém é lícito alegar o desconhecimento da lei. Com efeito, a ignorância da lei não pode ser sustentada, mas o erro pode recair sobre os fatos ou sobre a lei, sendo a falsa interpretação da lei ou a errada percepção fática”, tendo dito ainda “que resta a dúvida quanto à conveniência da aplicação da sanção. Tal conveniência decorrerá da supremacia do interesse público, em que fica descartado o fim de lucro, visto que a sanção administrativa não pode ter esse fim”.

15. Vejo bastante razoáveis as ponderações da douta Procuradoria-Geral do CADE, contidas no mencionado parecer de fls. 55-63, merecendo a transcrição dos itens 28 e 29:

“28. Outrossim, jurisprudência é a decisão consolidada, em outras palavras, é o costume dos tribunais. O CADE tinha dúvidas quanto à aplicação do art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, mas isso não indica contrariedade na jurisprudência. Ao contrário, apenas indica que existia, na época, o entendimento de que a apresentação intempestiva não acarretava a responsabilidade do administrado. Tal posicionamento era pacífico, o qual, sendo reiterado, não pode ser denominado de temeroso. Jurisprudência temerosa é aquela isolada e contraditória é a divergente. Conseqüentemente, entendemos, nesse aspecto, que o posicionamento do saudoso Carlos Maximiliano constitui reforço para a tese esposada no voto vencido, não para o voto vencedor.

29. Hoje, o CADE tem um posicionamento consolidado sobre a matéria. Assim, a sustentação do erro, nessa fase da história da autarquia, não poderá encontrar terreno tão fértil. Não obstante, o atraso na comunicação ocorreu em outra época, o que admite a percepção do erro. Aliás, conforme bem consignou a

recorrente, a própria Conselheira Lúcia Helena, um dos nomes mais festejados do plenário desta autarquia, proferiu voto não muito esclarecedor sobre a matéria na ocasião do atraso na comunicação. Esse voto demonstra que a dúvida residia dentro da própria autarquia.”

16. Ora, a própria Autarquia vivia tomada de dúvida sobre a interpretação do art. 54 da Lei 8.884/94, tanto que vários casos foram decididos no sentido de que o administrado não poderia ser apenado em virtude da apresentação tardia daqueles atos referidos no citado artigo.

17. Não está em discussão nos presentes autos se deveria ou não a empresa apresentar o ato de concentração ou se deveria ou não ser aplicada a multa pelo retardamento de sua obrigação e sim o valor da multa, pretendendo a Apelada, no *mandamus* apenas a fixação no valor mínimo.

18. Nada melhor do que as próprias fundamentações do CADE, por intermédio de sua Procuradoria-Geral, para se mostrar ter sido excessiva a quantidade na aplicação da sanção administrativa, a qual, no meu entender, se superior ao mínimo legal, passa a ser ato de cunho inafastavelmente vinculado, devendo ser plenamente motivado.

19. Em nenhum momento, a Apelante mostrou a justificativa da aplicação da multa em grau mais elevado e, a propósito, não conheço dos documentos de fls. 212-230, trazidos com a apelação, os quais serão desentranhados e devolvidos.

Assim exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação e à remessa oficial e determino o desentranhamento das fls. 212-230, devolvendo-as à Apelante.

É como voto.

Juiz LINDOVAL MARQUES DE BRITO

Relator Convocado

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

LAB. DE PATOLOGIA CLÍNICA X CADE

EMBARGOS À EXECUÇÃO

SENTENÇA Nº: 1402/2000

PROCESSO: EMBARGOS À EXECUÇÃO N. 1998.34.00.012882-3

EMBARGANTE: EXAME LABORATÓRIO DE PATOLOGIA CLÍNICA LTDA.

EMBARGADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

JUÍZO: 19ª VARA FEDERAL

SENTENÇA

Vistos etc.

RELATÓRIO

Cuida-se de Embargos do Devedor opostos por Exame Laboratório de Patologia Clínica Ltda. contra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, onde se pretende a anulação de acórdão proferido pelo CADE, objeto da execução, que determinou a não utilização da Tabela da AMB ou instrumento equivalente de uniformização de preços por parte do Embargante.

Após alegar a inépcia da inicial, ante a ausência de comprovação de descumprimento da decisão do CADE, aduz que a Secretaria de Direito Econômico promoveu processo administrativo contra diversas entidades médicas para apurar provável conduta cartelizadora, ao entender que a fixação de preços para serviços médicos regularia a oferta de serviços do setor, violando, por conseguinte, normas de direito econômico.

Contrapõe-se, no entanto, o Embargante ao afirmar que a combatida prática decorreu de decisão tomada pelo Sindicato da categoria no sentido de fazer uso da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica

Brasileira - AMB, razão pela qual, passaram os Laboratórios a utilizá-la como referencial mínimo para a contra prestação de seus serviços, não consentindo com os Convênios que porventura não a aceitasse.

Sustenta que nem sempre o aviltamento dos preços dos serviços médicos gera benefícios aos pacientes, em razão da massificação de sua procura e que a Tabela de Honorários Médicos funciona como orientadora dos honorários mínimos, nada impedindo afixação de valores maiores por qualquer profissional.

Afirma, ainda, que diversos órgãos públicos utilizam a Tabela de Honorários Médicos nos seus contratos e que tal instrumento é de observância obrigatória, já que o Conselho Federal de Medicina pune a cobrança de honorários vis.

Em sua impugnação, o Embargado sustenta a lesividade do uso de tabelas, sob o argumento de que iguala valores desiguais, trazendo vantagens indevidas em detrimento de terceiros. Acrescenta, ainda, que o seu uso não é defeso em lei, mas sim, o embaraço à livre concorrência, ocasionado pela uniformização de preços.

Réplica às fls. 1736/1752.

Não houve especificação de provas.

É o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

As provas constantes dos autos são suficientes para julgamento antecipadamente da lide.

O Embargante levanta a preliminar de inépcia da inicial, ante a ausência de comprovação de descumprimento da decisão do CADE.

Afirma que após a decisão proferida pelo plenário do CADE deixou de utilizar qualquer instrumento de uniformização de preços, fato reconhecido pelo próprio Embargado, e que a utilização da Lista de Procedimentos Médicos, que sequer foi juntada aos autos, não configura descumprimento da referida decisão, na medida em que não contém preços, mas tão somente códigos.

O título executivo é a decisão do Plenário do CADE, nos termos do art. 60, da Lei 8.884/94, que dispõe:

“Art. 60. A decisão do Plenário do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial”.

E, após regular procedimento administrativo, condenou o Plenário do CADE o Embargante a:

- “1) Que o laboratório Pio X deixe de utilizar a tabela da AMB ou **instrumento equivalente de uniformização de preços** como parâmetro para a retribuição de seus serviços;
- 2) Que o laboratório Pio X demonstre ao CADE, no prazo de trinta dias, que cumpriu a sua determinação;
- 3) No caso de descumprimento das determinações, imponho à Representada, de acordo com artigo 25 da lei nº 8.884/94, multa diária de R\$4.423,50 (quatro mil, quatrocentos e vinte e três reais e cinquenta centavos). Encaminhe-se ao Ministério Público Federal a decisão para as providências de direito, sem prejuízo da competência originária da Procuradoria do CADE”.

Veja-se que a imposição foi a não utilização da Tabela de Honorários Médicos ou de qualquer outro instrumento equivalente de uniformização de preços.

Por outro lado, vêem-se, às fls. 20/22 da execução (documentos repetidos às fls. 1716/1718, destes embargos), documentos que comprovam o descumprimento da decisão do Plenário do CADE ao informar a substituição da Tabela de Honorários Médicos pela Lista de Procedimentos Médicos, a qual, como se verá, é instrumento equivalente à Tabela de Honorários Médicos.

Assim, não há que se falar em inépcia da inicial executiva, posto que atende a todos os requisitos legais, inclusive no que se refere à regularidade do título executivo e à prova do descumprimento da obrigação de não fazer.

A questão do *quantum* da caução já foi enfrentada na execução e se encontra superada.

No mérito, busca o Embargante a anulação de acórdão proferido pelo CADE, que lhe determinou a não utilização da Tabela da AMB ou instrumento equivalente de uniformização de preços.

Aduz que a Secretaria de Direito Econômico promoveu processo administrativo contra diversas entidades médicas, sustentando provável

conduta cartelizadora, ao entender que a fixação de preços para serviços médicos regularia a oferta de serviços do setor, violando, por conseguinte, normas de direito econômico.

Desta forma, o cerne da presente questão está em se aferir se afixação de preços por meio de tabela, o qualquer outro instrumento semelhante, constitui conduta cartelizadora e, conseqüentemente, infração à ordem econômica.

Os dispositivos tidos como violados pelo CADE são os incisos I e XVII do art. 3º da Lei 8.158/91, assim versados:

“Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de .. meios artificiosos;

XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta lei”.

Contrapõe-se, no entanto, o Embargante, com vários argumentos.

Afirma que a combatida prática decorreu de decisão tomada pelo Sindicato da categoria no sentido de fazer uso da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira - AMB, razão pela qual, passaram os Laboratórios a utilizá-la como referencial mínimo para a contraprestação de seus serviços, não consentindo com os Convênios que porventura não a aceitasse. Sustenta que nem sempre o aviltamento dos preços dos serviços médicos gera benefícios aos pacientes, em razão da massificação de sua procura e que a Tabela de Honorários Médicos funciona como orientadora dos honorários mínimos, nada impedindo a fixação de valores maiores por qualquer profissional.

Afirma, ainda, que diversos órgãos públicos utilizam a Tabela de Honorários Médicos nos seus contratos e que tal instrumento é de observância

obrigatória, já que o Conselho Federal de Medicina pune a cobrança de honorários vis.

Em sua impugnação, o Embargado sustenta a lesividade do uso de Tabelas, sob o argumento de que iguala valores desiguais, trazendo vantagens indevidas em detrimento de terceiros. Acrescenta, ainda, que o seu uso não é defeso em lei, mas sim, o embaraço à livre concorrência, ocasionado pela uniformização de preços.

Como dito, a presente execução tem por objetivo fazer o Embargante adimplir o que lhe foi imposto pelo CADE, ou seja, que não seja utilizada a Tabela de Honorários Médicos ou qualquer outro instrumento uniformizador de preços.

O procedimento administrativo teve início com a informação de que os laboratórios do Distrito Federal não atenderiam os planos de saúde que se recusassem a pagá-los de acordo com a Tabela de Honorários Médicos, conforme decisão tomada pelo Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília e seus associados, dentre eles o ora Embargante.

Após longa tramitação, onde foram produzidas várias provas, concluiu o CADE pela caracterização de conduta cartelizadora a imposição de preços uniformes e determinou que os envolvidos se abstivessem de utilizá-la sob pena de incorrerem em multa diária.

Em princípio, o simples uso de tabelas não é ilegal. Nada impede que os concorrentes cobrem o mesmo preço pelo mesmo produto ou serviço. Diante da livre concorrência, cada um é livre para cobrar o que entender razoável pelo seu produto ou serviço.

Esta regra não é absoluta, entretanto. A própria Constituição cria parâmetros para a livre atuação dos que exercem a atividade econômica como meio de coibir eventuais abusos.

Assim, a utilização de tabelas pode ou não configurar infração à ordem econômica, dependendo das circunstâncias de cada caso.

Tanto é assim que a legislação vigente acerca do assunto, a Lei 8.884/94, exemplifica no art. 21 as condutas que caracterizam infração da ordem econômica. Mas para que sejam consideradas ilegais têm que produzir alguma das conseqüências previstas no art. 20 da mesma lei, ou seja, têm que produzir algum dos seguintes efeitos:

“I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços ;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

Sobre esse tema, veja-se a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho:

“A caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela *indispensável* conjugação dos dois dispositivos. A conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do art. 21 somente é infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no art. 20, isto é, resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros...” (*In: Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8,884/94, São Paulo: Saraiva, 1995. p. 52*).

E nem poderia ser diferente, diante da disposição do § 4º do art. 173 da CF/88, *verbis*:

“§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Assim, o próprio poder judiciário tem reconhecido a licitude de utilização de tal instrumento, como se vê do julgamento proferido pelo c. ST J, no MS 3.461-8/DF, relatado pelo e. Min. Humberto Gomes de Barros e também por órgão de 1ª Instância, tal qual a sentença acostada às fls. 380/392 e 377, da lavra da eminente Juíza Selene Maria de Almeida.

Tem até mesmo, as tabelas, a função de evitar o aviltamento dos preços cobrados.

Não obstante, entendo que no presente caso as circunstâncias fáticas são diversas, razão pela qual entendo que há infração à ordem econômica.

Basta que se diga que o próprio sindicato reconhece que a utilização de instrumentos padronizadores de preços pode infringir a ordem econômica. Na correspondência que enviou a seus associados, consta expressamente:

“...considerando a necessidade de adaptar a fixação dos honorários médicos ao contexto jurídico da Lei 8.884...” (fl. 1718).

Também o Embargante, após defender a licitude da utilização da Tabela de Honorários Médicos, afirma que tem cumprido a decisão do CADE ora executada.

Quanto à utilização de instrumento uniformizador de preços não há a menor dúvida de que a Lista de Procedimentos Médicos é utilizada para tal fim.

Veja-se o que consta dos documentos de fls. 1717 e 1718:

“1. A Associação Médica, no cumprimento de suas obrigações estatutárias, elaborará, divulgará e oficializará a partir de 01/maio/1996, para todo o País, uma LISTA DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS, com *valores referenciais* expressos em moeda vigente -R\$.

...

6. As tabelas de honorários médicos da AMB, edições 1990 e 1992 e o atual coeficiente de honorários - CH - não deverão mais serem utilizados a partir de maio de 1996”

“NOTA OFICIAL

A Associação Médica Brasileira, no cumprimento das suas obrigações estatutárias, comunica que a partir 1º de maio de 1996 o valor da Consulta Eletiva ...terão os seus valores estabelecidos em R\$ 39,00 (trinta e nove reais) para os atendimentos médicos prestados aos diversos tipos de convenções e planos de saúde.

Outrossim, considerando a necessidade de adaptar a fixação dos honorários médicos ao contexto jurídico da Lei 8.884, bem como o de não conflitar com a política econômica do governo, *decide* extinguir a Tabela vigente e o Coeficiente de Honorários- CH.

Para substituí-los a AMB *oficializa* a partir desta data sua LISTA DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS com valores referenciais expressos em moeda vigente REAL (R\$). Esta LISTA estará ser impressa e distribuída durante o mês de maio”

Nesse contexto, afirma o Embargante que a Lista de Procedimentos médicos contém apenas códigos de procedimentos e não valores em moeda corrente.

Não é o que se vê dos autos. Além da clareza meridiana dos comunicados supracitados, o Embargado trouxe à colação cópia da referida

lista, referente ao ano de 1996 (fls. 430/512), onde além de códigos, constam também preços em moeda corrente (Real).

Como, então, aceitar o argumento de que está cumprindo a decisão do CADE com a adoção da Lista de Procedimentos Médicos, que contém somente códigos dos procedimentos?

Está evidente o intuito de utilizar-se a Lista de Procedimentos Médicos como instrumento uniformizador de preços.

Mas se, como dito, a utilização de tabela ou de outro instrumento uniformizador de preços não configura violação à ordem econômica, onde está a infração? Entendo que esteja na imposição irrestrita da Tabela de Honorários Médicos ou da Lista de Procedimentos Médicos aqueles que se utilizem dos serviços dos Laboratórios vinculados ao Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília.

A decisão de não atender a quem não se submeter à Tabela de Honorários Médicos é que constitui a infração, na medida em limita a livre concorrência (art. 173, § 4º, da CF/88; art. 3º, I e XV da Lei 8.158/91; e art. 20, I, c/c art. 21, II, X e XI da Lei 8.884/94).

É óbvio que a livre concorrência está cerceada. Seja a Tabela de Honorários Médicos, seja a Lista de Procedimentos Médicos não são apresentadas como mera indicação. São impostas, de forma coativa. Está evidenciado que quem não dispuser a pagar o lá constante não será atendido. A conduta é manifestamente anticoncorrencial. Não dá a menor margem a que os laboratórios do segmento ofereçam seus produtos e serviços a preços abaixo dos fixados em tais instrumentos.

O fato de órgãos públicos utilizarem a Tabela de Honorários Médicos como parâmetro de seus contratos em nada modifica presente conclusão. Isso porque, como dito, não é sua simples utilização que configura a infração à ordem econômica.

Assim, está evidente o descumprimento da decisão do CADE, a qual foi proferida dentro dos parâmetros legais, razão pela qual entendo absolutamente insubsistentes os argumentos lançados pelo Embargante.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo, com fundamento no art. 269, I do CPC, improcedente o pedido formulado pelo embargante, a quem condeno em honorários, os quais fixo em 5% (cinco por cento) do valor atribuído à causa,

devidamente atualizada (CPC, art. 20, § 4º).

Junte-se cópia desta sentença aos autos da Execução Diversa nº 1997.34.00.013511-1.

Sem recurso, desapensem-se estes e remetam-nos ao arquivo, com baixa na distribuição, prosseguindo-se com a execução.

P. R.I.

Brasília/DF, 18 de dezembro de 2000.

GUILHERME JORGE DE RESENDE BRITO

JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA TITULARIDADE DA 19ª VARA

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

J. D. BEBIDAS LTDA. X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

SENTENÇA N°: 842/2000

CLASSE: 2100

PROCESSO: 2000.34.00.029357-7

IMPTE.: J. D. BEBIDAS LTDA.

IMPDO.: CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO

DECISÃO

Vistos etc.

J. D. BEBIDAS LTDA., devidamente qualificada na inicial, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO, objetivando suspender a análise da fusão das companhias de cerveja Brahma/Antártica.

Alega, em suma, que tem direito de preferência e opção de compra de todas as ações negociadas da Cervejaria Brahma.

Inicial documentada.

O Juízo Federal da 38 Vara de Curitiba-PR declinou da competência para esta Seção Judiciária (fl. 630).

Intimado a impetrante para manifestar sobre a persistência de seu interesse no prosseguimento do feito, o mesmo restou silente, conforme certidão de fl. 634v.

É o relatório.

DECIDO.

Trata-se de mandado de segurança, cujo pedido restringe-se à suspensão da análise pelo CADE da questão referente à fusão das cervejarias Brahma/ Antártica.

O interesse de agir, traduzido pela necessidade ou pela utilidade da tutela jurisdicional, é um requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito, que deve existir tanto no momento do ajuizamento do *mandamus*, a fim de que seu direito líquido e certo seja protegido contra qualquer tipo de violação, bem como durante toda a demanda, inclusive no instante em que a sentença é proferida.

Constata-se, na espécie, falta de interesse de agir e perda do objeto, nada restando a prover nestes autos, eis que a análise que se pretendia suspender já ocorreu, tendo-se concluído pela aprovação da fusão em comento, desde que seja vendida urna das companhias Brahma, Antarcica ou Skol pela Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV.

Pelo exposto, **julgo extinto o processo, sem julgamento de mérito**, com fundamento no art. 267, VI do CPC (interesse de agir).

Custas pela impetrante.

Sem honorários advocatícios.

Sem recurso, archive-se.

P.R.I.

Brasília, 24 de outubro de 2000.

LÍLIA BOTELHO NEIVA

Juíza Federal Substituta em exercício pleno na 4ª Vara/DF

**JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
21ª VARA
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

UNIMED BLUMENAU X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

RELATÓRIO

**A Sra. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa Calixto
(Convocada):**

UNIMED de Blumenau - Cooperativa de Trabalho Médico impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, objetivando anulação da decisão do CADE e a manutenção da cláusula estatutária que veda a chamada “dupla militância”.

O Juízo de primeiro grau denegou a segurança, ao argumento de que se faz visível o domínio de mercado exercido pela Apelante, desrespeitando o princípio constitucional da livre concorrência.

Inconformada, a UNIMED de Blumenau apelou, sustentando a legalidade da cláusula estatutária que impede a denominada dupla militância.

Contra-razões apresentadas.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo não-provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

**A Sra. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa Calixto
(Convocada):**

A sentença de primeiro grau merece ser confirmada.

Em que pesem os argumentos sustentados pela Apelante, não lhe assiste razão, diante do desrespeito ao princípio da livre concorrência verificado na cláusula de seu estatuto, que veda a chamada dupla militância.

Não há qualquer dúvida de que a relação entre a cooperativa e o profissional que a ela se filia é regulamentada pelos seus estatutos, que contêm normas fundamentais sobre organização, direitos e deveres das partes, impostas àqueles que se filiam à cooperativa.

Trata-se, pois, de uma relação privada entre cooperativa e profissional, que somente se mantém filiado enquanto aderir às suas normas, podendo, por conseguinte, desvincular-se a qualquer tempo.

Da mesma forma, plenamente possível que a cooperativa, visando à concorrência, estipule, em seus estatutos, a exclusividade do profissional em relação a outras entidades concorrentes.

Dentro desse aspecto, somente se verificam questões privadas entre partes capazes e legítimas, exercentes de seus direitos oriundos de contrato.

Todavia, a partir do momento em que o CADE, exercendo sua função de repressor do abuso econômico, verifica que a relação privada está atingindo o interesse público, a situação se inverte.

Conforme demonstrado, a cláusula em debate, que se caracteriza como liberdade de organização, levou ao domínio de mercado relevante, impedindo que o paciente, por meio de outro plano de saúde, possa ter acesso ao profissional escolhido (vide relatório de fls. 407/413; 330/336).

O profissional não pode ficar obrigado a deixar de atender a pacientes que o procurem, mas a não se associar a outra entidade congênere.

O quadro de fls. 394 mostra, à sociedade, que o domínio de mercado chega, em alguns casos, v.g. nas áreas de oftalmologia, hematologia e oncologia, a 100%, não havendo qualquer dúvida quanto ao desrespeito ao princípio constitucional da livre concorrência.

Outro aspecto que merece ser destacado diz respeito ao fato de que, apesar de ser formalmente uma cooperativa, é público e notório que a Apelante pratica atos de comércio e, por conseguinte, não lhe podem ser aplicados, sem reservas, os termos da Lei n° 5.764/71, já que tem por objetivo maior a regulamentação de outras espécies de cooperativas.

Aplicáveis, pois, *in casu*, o disposto na Lei n° 8.884/94, cujos artigos, 7°, incisos II e V; 20, inciso I, e 21, incisos IV e V, têm a seguinte redação, *verbis*:

Art. 7º - Compete ao Plenário do CADE:

.....
II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei;

.....
V - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar.

Art. 20 - Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

.....
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Art. 21 - As seguintes condutas, além de outras na medida em que configurem hipótese previstas no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.

IV- limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

Assim sendo, há que se aplicar, à hipótese, o princípio segundo o qual o interesse privado não pode se sobrepor ao interesse público. Há que se manter as relações privadas *como* tal, sem ingerência externa, até que suas ações atinjam o interesse público, quando então devem ser limitadas pelo órgão competente.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

SENTENÇA Nº: _____/00

CLASSE: 2100 - MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO nº: 1999.30902-1

IMPTE: UNIMED DE BLUMENAU - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

IMPDO: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO: SERVMED SAÚDE LTDA.

DECISÃO

Unimed de Blumenau - Cooperativa de Trabalho Médico impetrou Mandado de Segurança contra ato do Presidente do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - objetivando o afastamento de multa administrativa e a manutenção de cláusula estatutária que proíbe a chamada dupla militância, nos termos estabelecidos no Estatuto da Cooperativa em seu art. 3º, §§ 1º e 7º e no art. 35, inciso IV da Lei nº 5764/71.

2. Para tanto, alega que a empresa Servmed Saúde Ltda. Representou (processo administrativo nº 08012.007632/97-28) perante o CADE contra a impetrante alegando, que a representada estava exigindo que os seus cooperados se descredenciassem da representante, sob o argumento de que o Estatuto da Unimed Blumenau exige lealdade exclusiva.

3. O Plenário do CADE, por unanimidade, em sua 131ª Sessão Ordinária, realizada em 04/08/99, caracterizou a conduta da impetrante ofensiva aos arts. 20, inciso I, 21, incisos IV, V e VI e incisos I, II e IV do art. 50 da Lei nº 8884/94, aplicando-lhe multa no valor de 60.000 UFIR, equivalente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais). Além da multa, obrigou-a a comunicar aos seus associados a decisão orar proferida, bem como a comprovar o cumprimento destas determinações, no prazo de 30 dias da publicação do acórdão da decisão, e no caso de continuidade da prática infracional, a aplicação de multa diária o valor de 6.000 UFIR correspondente a R\$ 5.862,00 (cinco mil, oitocentos e sessenta e dois reais), conforme art. 25 da Lei nº 8884/94.

4. Em seu pro, a impetrante argumenta que a representação não tem procedência diante da livre associação para fins lícitos, da inexigência de autorização do Poder Público para criação de cooperativas, da possibilidade de os médicos poderem enquanto profissionais liberais, atenderem a quem em seu consultório se apresente somando-se ao fato de que a cláusula proibitiva da dupla militância foi estabelecida pelos próprios associados. A vedação imposta aos cooperados encontra fundamentação na Carta Magna, na Lei nº 5764/71, no Estatuto da Cooperativa e na jurisprudência pátria que colaciona.

5. Por fim, argumenta que a Lei nº 9656/98, que regulamentou os planos de saúde não pode macular situações e atos pretéritos. Neste sentido a representação da Servmed Saúde Ltda. Recebida em 20/11/97 não poderia afetar atos perfeitamente estabelecidos e aperfeiçoados dentro dos limites da legislação vigente à época da criação da Cooperativa.

6. Juntou documentos às fls. 30/140.

7. Devidamente notificada, a autoridade coatora prestou informações (fls. 147/176), alegando preliminarmente a inexistência de direito líquido e certo e o desvirtuamento da natureza jurídica das cooperativas e, no mérito, a legalidade do ato praticado amparado na Lei 8884/94, conforme amplamente debatido no processo administrativo nº 08012.007632/97-28.

8. O pedido de liminar foi indeferido às fls. 428.

9. Citada como litisconsorte passiva necessária, a Servmed Saúde Ltda. Contestou a ação às fls. 437/449, sustentando em síntese, que a conduta da ora impetrante restringe a livre concorrência e que a natureza jurídica da Unimed Blumenau é a mesma das empresas de medicina do grupo ou seguro saúde, estando portanto sujeitas às Leis nºs 8884/94 e 9656/98.

10. O Ministério Público, em parecer de fls. 468/471, opinou pela **denegação** da ordem.

É o relatório.

11. Nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser subtraída ao exame do Poder Judiciário (CF, art. 5º - XXXVI). Não tem pertinência, portanto, a preliminar deduzida por SERV MED Saúde Ltda.

12. A matéria discutida nos presentes autos foi exaustivamente debatida no Processo Administrativo nº 08012.007632/97-28 instaurado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, provocado por representação de empresa Servmed Saúde Ltda. A própria impetrante afirma em sua peça inicial que o aludido processo seguiu seu trâmite regular, tendo apresentado defesa e alegações finais.

13. Cumpre destacar que a impetrante fulcra a sua defesa no fato de não estar sujeita aos ditames da Lei nº 8884/94, que dispõe sobre repressão ao abuso econômico, mas aos da Lei nº 5.764/71, por ser um cooperativa e suas atividades estarem sujeitas à intervenção e ao controle do INCRA. A própria impetrante no processo administrativo bem como no presente *mandamus* admite que exige de seus cooperados lealdade exclusiva em relação à prestação de serviços médicos, vedando que os mesmos participem de outras entidades concorrentes. Em defesa de sua tese evoca a atual Carta

Política, a Lei nº 5.764/71 e seu Estatuto.

14. Analisemos preliminarmente a legislação de que a impetrante se utiliza para defender a sua tese.

15. O Estatuto da Unimed de Blumenau em seu art. 3º, § 7º dispõe:

“Art. 3º - Poderão associar-se na Cooperativa, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços por parte desta, todos os médicos que preencham as condições previstas nos parágrafos abaixo:

(...)

§ 7º - Compromisso de não ser proprietário, associado, credenciado ou prestador de serviços de pessoa física ou jurídica de qualquer natureza (civil, comercial, pública ou privada), que explore, direta ou indiretamente, contanto que com fins econômicos, o trabalho médico, ressalvadas na condição de empregado, as hipóteses de contrato de trabalho devidamente formalizado por escrito, e a vinculação aos serviços de diagnóstico, terapia e prontos-socorros”.

16. Por sua vez, a Lei nº 5.764/71 (Lei das Cooperativas):

“Art. 35 - (...)

(...)

IV - Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade”.

17. Verifica-se que para associar-se à Unimed de Blumenau, o associado forma compromisso, entre outros, de não ser associado ou credenciado ou prestador de serviços de pessoas física ou jurídica de qualquer natureza, que explore atividade, direta ou indiretamente, com fins econômicos, relacionada com o trabalho médico.

A Lei das Cooperativas, por seu turno, não foi tão abrangente como o Estatuto, proibindo tão-somente o ingresso em seu quadro dos agentes de comércio e empresários que atuem na mesma área econômica da Cooperativa.

18. Ressalte-se que não podemos deixar de considerar que, ao

vincular-se à Cooperativa Médica, o associado adere às normas impostas pelo Estatuto. Ressalte-se, ainda, que não constam nos autos manifestações dos médicos-associados contra as disposições estatutárias, limitando-se tão-somente se desvincularem da empresa Servmed Saúde Ltda. permanecendo, assim, vinculados à Unimed de Blumenau.

19. Porém, afigura-se, *in casu*, questão maior.

20. A Unimed de Blumenau em sua defesa insiste na tese de que, sendo uma Cooperativa, não estaria sujeita à Lei nº 8.884/94 e sim, à Lei nº 5.764/71, Lei das Cooperativas. Analisando os objetivos elencados no art. 2º do Estatuto Social observa-se que “no cumprimento de suas atividades, a Cooperativa poderá assinar, em nome dos seus Cooperados, contratos para a execução dos serviços com pessoas jurídicas de direito público ou privado, convencionando a concessão de assistência médica-hospitalar aos seus empregados e dependentes” e “poderá também em nome dos seus Cooperados, assinar contratos com pessoas físicas, instituindo planos de assistência familiar ou pessoal”, atividades nitidamente empresariais.

21. A atual Carta Política em seus arts. 5º, XVIII, 21, XXV, 174, §§ 2º a 4º, e 192, VII atribuiu especial relevo ao sistema cooperativista bem como à liberdade de associação (art. 5º, incisos XVII e XXIV a XXI). A própria Cooperativa, valendo-se desses dispositivos constitucionais tenta justificar a cláusula estatutária que proíbe a dupla militância.

22. Nota-se contudo que, obrigando o associado à unimilitância, não está preocupada com o bem-comum ou dos cooperados, visto que impede que outros pacientes através de seus planos de saúde possam ter acesso aos serviços médicos prestados por seus cooperados. Neste aspecto a cooperativa frustra a liberdade de associação para fins lícitos no momento em que restringe a livre concorrência e iniciativa.

23. A livre concorrência, um dos princípios que rege a atividade econômica brasileira (art. 170, IV), foi maculado, conforme se vê do quadro de fls. 394. Visível o domínio do mercado médico nas regiões abrangidas pela Unimed Blumenau (100% da oftalmologia, da hematologia, da oncologia, da alergologia, da psiquiatria e da anestesiologia; 81% da radiologia, 88,8% da otorrinolaringologia e 84,2% da pediatria).

24. Outro ponto a considerar, é o fato de as cooperativas sociedades anônimas e microempresas possuírem legislação específica, Leis nºs 5.764/71, 6.404/76 e 8.864/94, respectivamente, não as afasta da obrigatoriedade de cumprirem os dispositivos da Lei nº 8.884/94.

25. Com o advento da Lei nº 9.656, a unimilitância apregoada pela impetrante foi expressamente vedada, no inciso III do art. 18 do aludido diploma legal, *verbis*:

“Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, impõe-lhe as seguintes obrigações e direitos: (...)

III - a manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar, sendo expressamente vedado impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”

26. De acordo com a Lei nº 8.884/94, o CADE possui competência para julgar e aplicar sanções à conduta da ora impetrante, como o fez no processo administrativo carreado aos autos através de cópia. A não aplicação das sanções em outras congêneres da impetrante deve-se ao fato da não comprovação impetrante deve-se ao fato da não comprovação de domínio do mercado.

27. Diante do exposto, **REJEITO** o pedido.

28. Custas já pagas. Sem honorários.

29. P.R.I

30. Brasília, /06/2000.

RUBEM MARTINEZ CUNHA

Juiz Federal da 21ª Vara/DF

APELAÇÃO EM MANDATO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO EM MS Nº: 1999.34.00.030902-1 DF

Processo na Origem: 199934000309021

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS

RELATORA: JUÍZA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA CALIXTO (CONV.)

APELANTE: UNIMED DE BLUMENAU - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

ADVOGADO: CEUDIR MARIA GOEDERT BECKHAUSER E OUTROS (AS)

APELADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROC/S/OAB: ADRIANA PEREIRA DE MENDONÇA

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. ESTATUTOS. CLÁUSULA DE RESTRIÇÃO À DUPLA MILITÂNCIA. LEGALIDADE. VEDAÇÃO, CONTUDO, DA PRÁTICA DO DOMÍNIO DE MERCADO. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.

1. A relação entre a cooperativa e o profissional que a ela se filia é regulamentada pelos seus estatutos, que contêm normas fundamentais sobre organização, direitos e deveres das partes, impostas àqueles que se filiam à cooperativa.

2. É plenamente possível que a cooperativa, visando à concorrência, estipule, em seus estatutos, a exclusividade do profissional em relação a outras entidades concorrentes.

3. A liberdade de contratar é matéria atinente ao interesse privado e deve ser irrestrita até o momento em que se configure o domínio de mercado, uma vez que o interesse privado não pode se sobrepor ao público. Há, portanto, que se manter as relações privadas como tal, sem ingerência externa, até que suas ações atinjam o interesse público, em violação ao princípio da livre concorrência, quando então devem ser limitadas pelo órgão competente (Lei 8884/94, art. 20, I).

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF - 1ª Região 28.03.2003.

Juíza Federal DANIELE MARANHÃO COSTA CALIXTO

Relatora (convocada)

*RELATÓRIO***A Sra. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa Calixto
(Convocada):**

UNIMED de Blumenau - Cooperativa de Trabalho Médico impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, objetivando anulação da decisão do CADE e a manutenção da cláusula estatutária que veda a chamada “dupla militância”.

O Juízo de primeiro grau denegou a segurança, ao argumento de que se faz visível o domínio de mercado exercido pela Apelante, desrespeitando o princípio constitucional da livre concorrência.

Inconformada, a UNIMED de Blumenau apelou, sustentando a legalidade da cláusula estatutária que impede a denominada dupla militância.

Contra-razões apresentadas.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo não-provimento do apelo.

É o relatório.

*VOTO***A Sra. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa Calixto
(Convocada):**

A sentença de primeiro grau merece ser confirmada.

Em que pesem os argumentos sustentados pela Apelante, não lhe assiste razão, diante do desrespeito ao princípio da livre concorrência verificado na cláusula de seu estatuto que veda a chamada dupla militância.

Não há qualquer dúvida de que a relação entre a cooperativa e o profissional que a ela se filia é regulamentada pelos seus estatutos, que contêm normas fundamentais sobre organização direitos e deveres das partes, impostas àqueles que se filiam à cooperativa.

Tratam-se, pois, de uma relação privada entre cooperativa e profissional, que somente se mantém filiado enquanto aderir às normas, podendo, por conseguinte, desvincular-se a qualquer tempo.

Da mesma forma, plenamente possível que a cooperativa, visando

à concorrência, estipule, em seus estatutos, a exclusividade do profissional em relação a outras entidades concorrentes.

Dentro desse aspecto, somente se verificam questões provadas entre partes capazes e legítimas, exercentes de seus direitos oriundos de contrato.

Todavia, a partir do momento em que o CADE, exercendo sua função de repressor do abuso econômico, verifica que a relação privada está atingindo o interesse público, a situação se inverte.

Conforme demonstrado a cláusula em debate, que se caracteriza como liberdade de organização, levou ao domínio de mercado relevante, impedindo que o paciente, por meio de outro plano de saúde, possa ter acesso ao profissional escolhido (vide relatório de fls. 407/413, 330/336).

O profissional não pode ficar obrigado a deixar de atender a pacientes que o procurem, mas a não se associar a outra entidade congênere.

O quadro de fls. 394 mostra, a saciedade, que o domínio de mercado chega, em alguns casos, v.g. nas áreas de oftalmologia, hematologia e oncologia, a 100%, não havendo qualquer dúvida quanto ao desrespeito ao princípio constitucional da livre concorrência.

Outro aspecto que merece ser destacado diz respeito ao fato de que, apesar de ser formalmente uma cooperativa, é público e notório que a Apelante pratica atos de comércio e, por conseguinte, não lhe podem ser aplicados, sem reservas, os termos da Lei nº 5.764/71, já que tem por objetivo maior a regulamentação de outras espécies de cooperativas.

Aplicáveis, pois, in casu no disposto na Lei nº 8.884/94m cujos artigos, 7º, incisos II e V; 20, inciso I e 21, incisos IV e V, têm a seguinte redação, *verbis*:

Art. 7º - Compete ao Plenário do CADE:

.....
 II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei;

.....
 V - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar.

.....
 Art. 20 - Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma

manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

.....
 Art. 21 - As seguintes condutas, além de outras na medida em que configurem hipótese previstas no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.

.....
 IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
 V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

Assim sendo, há o que se aplicar, à hipótese, o princípio segundo o qual o interesse privado não pode se sobrepor ao interesse público. Há que se manter as relações privadas como tal, sem ingerência externa, até que suas ações atinjam o interesse público, quando então devem ser limitadas pelo órgão competente.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO EZEQUIEL

A eminente Relatora Juíza DANIELE MARANHÃO COSTA CALIXTO (Convocada), assim relatou o presente feito, à fl. 541:

“UNIMED de Blumenau - Cooperativa de Trabalho Médico impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, objetivando anulação da decisão do CADE e a manutenção da cláusula estatutária que veda a chamada dupla militância.

O juízo de primeiro grau denegou a segurança ao argumento de

que se faz visível o domínio de mercado exercido pela Apelante, desrespeitando o princípio constitucional da livre concorrência. Inconformada, a UNIMED de Blumenau apelou, sustentando a legalidade da cláusula estatutária que impede a denominada dupla militância.

Contra-razões apresentadas.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo não-provimento do apelo.

É o relatório.”

Às fls. 542-544, votou S. Ex^a pelo IMPROVIMENTO do apelo, após o que pedi vista dos autos, para melhor exame, por se tratar de matéria que é pela primeira vez submetida à apreciação desta Egrégia 5^a Turma.

Examinados os autos, para melhor exame, por se tratar de matéria que é pela primeira vez submetida à apreciação desta egrégia 5^a Turma.

Examinados os autos, constata-se que a apelante, UNIMED de Blumenau - Cooperativa de Trabalho Médico, rebela-se contra decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que lhe aplicou multa de 60.000 UFIR, nos termos dos artigos 20, incisos I, e 21, incisos IV, V e VI, da Lei nº 8884/94, por estar a prejudicar a livre concorrência, ao impedir, por cláusula estatutária, que os seus cooperados prestem serviços médicos a empresas congêneres, caracterizando a chamada dupla militância”.

Pedi a apelante, na exordial, além da anulação da decisão do CADE, a manutenção da cláusula citada, assim redigida, no que interessa ao presente julgamento:

“Art. 3º - Poderão associar-se na cooperativa, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços por parte desta, todos os médicos que preencham as condições previstas nos parágrafos abaixo:

.....
 Parágrafo sétimo. Compromisso de não ser proprietário, associado, credenciado ou prestador de serviços de pessoa física ou jurídica de qualquer natureza (civil, comercial, pública ou privada), que explore, direta ou indiretamente, contanto que com fins econômicos, o trabalho médico, ressalvadas nas condições de empregado, as hipóteses de contrato de trabalho devidamente,

formalizado por escrito, e a vinculação aos serviços de diagnóstico, terapia e pronto socorros.

.....”
(fls. 61 e 62)

Invocou, em seu favor, arestas se colendo STJ nos Resps 36.189-3/RS (4ª Turma) e 83713-RS (3ª Turma), cujas ementas e respectivos votos condutores acham-se transcritos em parecer reproduzido na petição inicial (fls. 21 e seguintes), bem assim no Resp. nº 126.391-SP (3ª Turma), cujo teor é visto às fls. 101 e seguintes.

A sentença indeferiu a segurança, por considerar maculado o princípio da livre concorrência, e por considerar que o fato de as sociedades cooperativas possuírem legislação específica não lhes retira a obrigatoriedade de cumprirem os dispositivos da Lei nº 8884/94 e da Lei nº 9656/98, estando, também, sujeitas à fiscalização exercida pelo CADE (fl. 480).

Esse entendimento foi mantido no voto da eminente Relatora, ao qual ora empresto a minha adesão, ressaltando, para logo, que os dois primeiros acórdãos acima referidos, do STJ, não examinaram a matéria de fundo, porque ambos os recursos não foram conhecidos, ao passo que o último deles apreciou o mérito, restando assim ementado:

“COMERCIAL - COOPERATIVA (UNIMED) - ATO DA ASSEMBLÉIA - ESTATUTOS.

I - No direito cooperativo, assentou a doutrina que os estatutos contém as normas fundamentais sobre a organização, a atividade dos órgãos e os direitos e deveres dos associados frente à associação. São disposições que valem para todos os partícipes (cooperados) por isso que de natureza geral e abstrata, tal como a constituição reguladora da vida do estado rege o comportamento das sociedades personificadas. Tais normas não assumem uma característica contratual, mas regulamentar ou institucional.

II - O associado que adere a Cooperativa Médica sujeita-se ao seu estatuto. Não está obrigado a não atuar livremente no atendimento a pacientes que o procurem. Todavia não pode vincular-se a outra entidade congênere, provocando concorrência à cooperativa e desvirtuando a finalidade com que instituída.

III - recurso conhecido e provido.”
(fl. 101)

Vê-se, pois, que esse último decisório conferiu validade à cláusula estatutária que veda ao cooperado a dupla militância, cláusula essa que encontra supedâneo no art. 29, § 4º, da Lei nº 5764/71, que assim dispõe:

“Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade”.

Se bem que o profissional médico não possa ser considerado “agente de comércio”, ou “empresário”, enquanto exercendo, individualmente, a sua profissão liberal, contudo, admitida como legítima a organização de cooperativa de médicos, para prestação de serviços médicos, com base na lei citada (Lei nº 5764/71), legitima-se, também, em princípio, a adoção de cláusula que estabeleça, para os seus associados, a mesma proibição de que trata a aludida disposição legal.

Isso não obstante, a validade de tal restrição não legitima a atuação da cooperativa em ofensa à livre concorrência, sendo esse o fato motivador da punição contra qual se insurge a apelante nestes autos, destacando-se, na decisão hostilizada, os seguintes trechos:

“Quanto à análise do setor, acentua-se que ficou demonstrado que o mercado relevante no caso é o de serviços médicos através de planos de seguros de saúde, sendo que, no plano geográfico, exerce nítida posição relevante.

Entretanto, o ponto nos parece fulcral é que, em exigir o cumprimento da supra citada cláusula de lealdade exclusiva, impede o acesso de concorrentes às fontes de insumo (serviços médicos profissionais). Nesse passo, basta uma passada de olhos no quadro elaborado às fls. 168, para que se tenha noção de que em algumas especialidades a concentração de médicos cooperados à Reclamada chega a 100% (cem por cento)” (fl. 412).

E, de fato, como registrado na sentença apelada, apurou o CADE (v. quadro de fl. 394) que a apelante controla, através de seus cooperados, na

sua área de atuação geográfica, 100% da Oftalmologia, da Hematologia, da Oncologia, da Alergologia, da Psiquiatria e da Anestesiologia; 88,8% da Otorrinolaringologia e 84,2% da Pediatria, o que, sem dúvida, configura absoluto domínio de mercado, em detrimento não apenas dos interesses de outras empresas do gênero, mas de grande parte da população local, que, em se associando a outro plano de saúde, fica impedida de recorrer, através dele, a todos os profissionais cooperados da apelante.

Daí afirmar, em seu voto, a eminente Relatora:

“Não há qualquer dúvida de que a relação entre a cooperativa e o profissional que a ela se filia é regulamentada pelos seus estatutos, que contêm normas fundamentais sobre organização, direitos e deveres das partes, impostas àqueles que se filiam à cooperativa. Trata-se, pois, de uma relação privada entre cooperativa profissional, que somente se mantém filiado enquanto aderir às suas normas, podendo, por conseguinte, desvincular-se a qualquer tempo.

Da mesma forma, plenamente possível que a cooperativa, visando à concorrência, estipule, em seus estatutos, a exclusividade do profissional em relação a outras entidades concorrentes.

Dentro desse aspecto, somente se verificam questões privadas entre partes capazes e legítimas, exercentes de seus direitos oriundos de contrato.

Todavia, a partir do momento em que o CADE, exercendo sua função de repressor do abuso econômico, verifica que a relação privada está atingindo o interesse público, a situação se inverte.” (fl. 542).

Verifica-se, pois, que a sentença apelada não anulou o dispositivo estatutário que veda a dupla militância do cooperado, mas apenas decidiu que não pode a cooperativa, com base em tal cláusula, praticar o domínio do mercado. Tanto que a sentença registra, ao seu final, que “a não aplicação (pelo CADE) das sanções em outras congêneres da impetrante deve-se ao fato da não comprovação de domínio do mercado” (fl. 481)

Desse modo, ainda quando se reconheça que a disposição constante do inciso III do art. 18 da Lei nº 9656/98 (que veda ao prestador de serviços

ou profissional de saúde que houver aceito a condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde “impor contrato de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”), não se dirige aos cooperados, mas, sim, às empresas ou profissionais de saúde credenciados de outras entidades operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde, isso não libera a sociedade cooperativa para, através do uso da cláusula vedatória da “dupla militância”, exercer o domínio do mercado, porque a tanto se opõe o art. 170, inciso, IV, da Constituição Federal, que assegura o princípio da livre concorrência.

Isso posto, o voto é pelo IMPROVIMENTO do apelo, acompanhando, nessa conclusão, o voto da eminente Relatora.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O SR. JUIZ URBANO LEAL BERQUÓ NETO: Sr. Presidente, acompanho o voto do Desembargador Antônio Ezequiel, apenas aduzindo que a saúde é um direito público, de acordo com os arts. 196 e 197 da Constituição Federal. Então, por maior que seja a possibilidade de existir alguma cláusula legal, como há, a vedar que haja essa dupla militância, isso deve ser tomado com certo tempero, porque acima disso está o interesse da sociedade, o interesse público da comunidade.

Assim, apenas acrescentando esses pequenos dados, acompanho o Desembargador Antônio Ezequiel e a Juíza-Relatora.

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

INGERSOLL RAND COMPANY X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

DECISÃO N°: 17/2001

CLASSE: 02100 - MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO N°: 2001.34.00.01788-4

IMPETRANTE: INGERSOLL RAND COMPANY

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

DECISÃO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por **INGERSOLL RAND COMPANY** contra ato do **PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA- CADE**, com pedido de liminar.

Conclusos. **Decido.**

Não confiro densidade jurídica suficiente à tese principal.

A Resolução do CADE, nº 15, que cristalizou o entendimento quanto ao termo *a quo* do prazo para apresentação, data de agosto de 1998, portanto, mais de um ano anterior ao acordo de negociação da impetrante. E mais, a Resolução foi publicada, regularmente. Assim, não houve elemento surpreendente no ato hostilizado, sendo que a impetrante tinha total conhecimento da posição do órgão, quando deixou de observá-la.

Demais disso, verifica-se que o art. 54, em seu *caput*, preconiza que os **atos, sob qualquer forma manifestados** devem ser apresentados ao CADE dentro do prazo de 15 (quinze) dias da “realização”. Por seu turno, do mesmo dispositivo, o § 9º dá a exata compreensão do termo, ao dispor: se os atos especificados neste artigo não forem **realizados** sob condição

suspensiva ou deles já tiverem decorridos efeitos perante terceiros ...”

Portanto, analisando sistematicamente, deve-se concluir que o legislador ao referir-se a **realizado**, assim expressou para designar assinado ou praticado e não exaurido ou com eficácia, pois fez Clara distinção entre **realizar** sob condição suspensiva ou **realizar** com plena eficácia.

Destarte, não há espaço para pretender limitar ou equiparar o termo “realizado” com ato apto a produzir efeitos perante terceiros ou sem condição suspensiva. Afinal, impõe-se manter a coerência com a cabeça do artigo, que preceitua que o ato sob **qualquer** forma manifestado deve ser submetido ao CADE.

Não é verdade que, assim entendendo, não haveria possibilidade de apresentação prévia, esta, por óbvio, ocorre quando se apresenta à análise ato representativo da **intenção de (...)**. Caso aprovado, assina-se o contrato, com ou sem condicionamentos.

Entretanto, antevejo relevância à causa de pedir remanescente, eis que o art. 83 da Lei nº 8.84/94 determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, esse Estatuto, no art. 561, estabelece que todos os Ministros, mesmo os vencidos na preliminar, deveriam ter votado, o que não ocorreu.

O periculum in mora configura-se pelo fato de a parte sofrer prejuízo com o desembolso da quantia pertinente à multa e só poder reavê-la mediante ação de repetição, precatório etc.

ISTO POSTO, **defiro** a liminar para suspender até julgamento final deste *mandamus*, a eficácia da decisão que impôs multa à impetrante.

Intime-se para imediato cumprimento. Publique-se. Notifique-se para as informações.

Após, dê-se vista ao MPF.

Brasília, 25 de janeiro de 2001

Rosimayre Gonçalves de Carvalho

JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA

1ª Vara Federal/DF

SENTENÇA Nº 003/2002

CLASSE: 02100 - MANDADO DE SEGURANÇA

AUTOS: 2001.34.00.001788-4

IMPETRANTE: INGERSOLL RAND COMPANY

ADVOGADO: TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO E OUTROS
IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE
DEFESA ECONÔMICA

DECISÃO

INGERSOLL-RAND COMPANY impetrou Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato do **PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**, visando anular a decisão proferida por referida autarquia, na parte que considerou intempestiva a apresentação do ato de concentração e impôs o pagamento de multa, sob fundamento de violação do art. 54, §§ 4º e 5º, da Lei 8.884/94.

A impetrante afirmou que a decisão combatida contém vício de legalidade, por haver se baseado em definições contidas em um instrumento infra-legal - Resolução 15 do CADE - que divergem do previsto no art. 54, § 4º, da Lei Antitruste, norma descrita no próprio decisum.

Sustentou ainda que na hipótese deste Juízo desconsiderar os argumentos anteriores, deverá anular a decisão vergastada, já que houve desrespeito ao *quorum* mínimo exigido pela Lei 8884/94, art. 49 (maioria absoluta), bem como determinar ao CADE que profira um novo julgamento para fixação do valor da multa.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 23/266.

Liminar deferida às fls. 269/271.

Notificada, a autoridade impetrada apresentou informações (fls. 278/301). Aduziu que o momento de realização da operação é decisivo na análise antitruste e que o CADE editou a Resolução 15 após uma longa discussão com a comunidade jurídica nele atuante e no intuito de diminuir a subjetividade de suas decisões.

Rebateu os argumentos de que' tenha havido irregularidades em relação ao quorum de votação para aplicação da multa. Ao final, pleiteou a revogação da liminar e a extinção do feito, sem julgamento do mérito, por entender incabível o *Writ* na espécie. No mérito, pugnou pela denegação da segurança. Juntou documentos (fls. 302/413).

O CADE juntou cópia do Agravo de Instrumento interposto em face da decisão que concedeu a liminar (fls. 415/431).

Parecer Ministerial opinando pela concessão parcial da segurança (fls. 435/437).

Os autos foram baixados em diligência para juntada de substabelecimento (fls. 439 e 442).

Esse o relatório. **Decido.**

DA PRELIMINAR

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

DO MÉRITO

A empresa impetrante submeteu à análise do CADE, em 23.2.2000, o “Ato de Concentração Econômica” (fl. 36), sendo que assinou o “Acordo de Negociação” em 30.12.99 (fl. 58) e concluiu efetivamente a operação no dia 2/2/2000.

Por meio deste *Writ*, 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 180.000 (cento e oitenta mil) UFIRs.

Para tanto, apresentou duas causas de pedir. Na primeira, aduziu que a decisão combatida contém vício de legalidade por ter se fulcrado em um instrumento infra-legal - Resolução 15, do CADE, que modificou completamente 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’ - e isso diverge do previsto no art. 54, § 4º, da Lei Antitruste, norma descrita no próprio *decisum*.

Sem qualquer consistência essa fundamentação.

Inicialmente, é importante registrar que por meio da Exposição de Motivos da Resolução 15 (“Super 5 - fls. 324/413 -), observa-se que o CADE, ao editar tal resolução, respeitou o limite de sua competência normativa (art. 7º, Inciso XIX da Lei 8884/94) e observou os parâmetros estabelecidos em mencionado regramento jurídico. Além disso, o fez visando proporcionar uma maior segurança jurídica aos administrados e diminuir o grau de subjetividade de suas decisões, harmonizando seu entendimento com o das modernas legislação antitruste (fls. 324 e 343).

A discussão sobre a tempestividade da apresentação do ato' de concentração requer, basicamente, a definição do momento em que se realiza a operação.

A regra considerada pela impetrante como ilegal é o art. 2º da Resolução 15, de 19.8.1998, que nada mais fez que definir o “ponto” 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.

O CADE procurou, a partir desse dispositivo atacado, “*apresentar uma linha geral de entendimento estabelecendo como uma presunção relativa o primeiro documento vinculativo firmado entre as empresas, deixando ao aplicador da norma a possibilidade de interpretar se houve alteração nas relações de concorrência em momento diverso ao desse ato formal.*” (fl. 593).

Portanto, não merece qualquer censura a interpretação da expressão “**realização do ato**” como sendo o momento da assinatura do contrato - primeiro documento vinculativo entre as partes -, feita pelo CADE ao aplicar multa à impetrante.

Trilhando, ainda, pelas alegações trazidas na exordial, merece prosperar a segunda causa de pedir. Realmente houve irregularidade procedimental por ocasião da fixação do *quantum* da multa. Vejamos:

O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é composto de um Presidente e 6 Conselheiros - todos com direito a voto (artigos: 4º, Caput, 8º, II e 9º, I).

O art. 49 da Lei 8.884/94, assim se expressa:

“ Art. 49 - As decisões do Cade serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros”.

Por sua vez, o artigo 83 da Lei Antitruste prevê a aplicação subsidiária do CPC em tais questões. Referido Estatuto Processual, no art. 561, estabelece que na hipótese do coligido afastar a questão preliminar suscitada, todos os juizes (tanto os que proferiram votos vencedores quanto vencidos na preliminar) devem ser chamados para se pronunciar a respeito da matéria principal.

O plenário do CADE, ao decidir sobre o valor da multa a ser aplicada à impetrante pela intempestividade da apresentação do ato de concentração (180.000 UFIRs), o fez com base nos votos de apenas três (3) Conselheiros,

os quais foram vencedores na preliminar de intempestividade, em que pese o fato dos sete (7) Conselheiros se encontrarem presentes à sessão.

Destaque-se ainda que um dos Conselheiros (Afonso Arinos) que também votou pela intempestividade, não participou da decisão fixadora do *quantum* da multa, por haver divergido nesse ponto (havia se manifestado pela aplicação da multa no valor de 60.000 UFIRs - fl. 169).

Assim, não restam dúvidas de que foram infringidos os citados dispositivos legais.

Ante o exposto, **concedo a segurança** “para anular a decisão do CADE no pertinente à fixação da multa, bem como para determinar a autoridade impetrada que proceda a um novo julgamento para fixação do valor da multa ria espécie, respeitando o *quorum* mínimo de maioria absoluta, previsto no art. 49 da Lei 8.884/94.

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

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

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

Remeta-se cópia desta sentença ao Juiz Relator do Agravo de Instrumento 2001.01.00.0010018-2 (TRF - 1ª Região).

Brasília, 06 de fevereiro de 2002.

Solange Salgado

JUÍZA FEDERAL

1ª Vara Federal/DF

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N°: 2002.01.00.023827-1/DF

PROCESSO NA ORIGEM: 200134000017884

RELATOR (A): DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS

AGRAVANTE: INGERSOLL - RAND COMPANY

ADVOGADO: JURANDIR FERNANDES DE SOUSA E OUTROS (AS)

AGRAVADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Ingersoll-Rand Company, objetivando a reforma da decisão proferida pela Juíza Federal da 1ª Vara Federal do Distrito Federal, Dr.^a Solange Salgado, que recebeu, somente no efeito devolutivo, apelação interposta contra sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2001.34.00.001788-4, impetrado pela Agravante.

Decido.

Na situação peculiar da causa, não se me afigura presente o requisito atinente à relevância da fundamentação, porquanto o segundo pedido formulado no *writ* pela ora Agravante (em ordem sucessiva- C PC, art. 289) logrou êxito pleno, pois, verificando-se a correlação entre essa vindicação (fls. 36/37) e o dispositivo da sentença (fls. 44), tem-se, de forma incontestável, o seu integral acolhimento pela ilustre julgadora a *quo*.

Ora, se tal pretensão foi atendida na forma requerida, a meu ver falece razão à parte que requereu, por meio deste Agravo, a suspensão de uma providência que ela própria pleiteou em seu pedido sucessivo. Assim, parece-me seguro entender que o pleito constante de fls. 07, objetivando que se vede ao CADE a aplicação de outra multa, vem de encontro àquele formulado pela Agravante no *writ*.

Relevante anotar que desta decisão nenhum prejuízo advém para a Agravante, uma vez que, sobrevindo nova imposição de multa pelo CADE, abre-se, novamente, a oportunidade para um outro mandado de segurança repressivo.

Ante o exposto, ausente o segundo requisito a que alude o art. 558 do CPC, **INDEFIRO** o pretendido efeito suspensivo.

Intimem-se os Agravados para responder, querendo, no prazo de 10 (dez) dias (CPC, art. 527, V).

Brasília-DF 10 de julho de 2002.

Desembargador Federal FAGUNDES DE DEUS

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

MSB PARTICIPAÇÕES S/A X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

SENTENÇA Nº: 0122/2001

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL (2100) Nº: 2000.30602-6

IMPTE: MSB PARTICIPAÇÕES S/A

IMPDO: PRESIDENTE DO CADE

DECISÃO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **MSB PARTICIPAÇÕES S/A** contra ato do **PRESIDENTE DO CADE**, objetivando que a autoridade impetrada se abstenha da prática de qualquer ato tendente à cobrança da multa a que alude o Auto de Infração nº 12/99, lavrado contra a impetrante em virtude da apresentação intempestiva perante a SOE do Ato de Concentração nº 29/95, em violação ao disposto no artigo 54, parágrafo 4º, da Lei nº 8.884/94, bem . assim da inscrição do respectivo débito na dívida ativa do CADE e no CADIN do Governo Federal.

O pedido de liminar, que fora inicialmente indeferido pela decisão de fls. 232/233, foi, em face de pedido de reconsideração formulado pela impetrante reapreciado às fls. 241/242, tendo sido acolhido nesta oportunidade.

Em suas informações (fls. 253/261), as autoridades impetradas sustentam, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Sr. Procurador-Geral do CADE para o feito, ..assim como a inadequação da via processual eleita, ressaltando, quando ao mérito, que inexistente qualquer ilegalidade ou abuso/desvio de poder no ato administrativo impugnado, que se baseou estritamente nas disposições do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

O parecer do Ministério Público Federal é pela denegação da ordem (fls. 267/269).

Conclusos, **decido**.

Inicialmente, tenho que procede a preliminar de ilegitimidade passiva do Procurador-Geral do CADE, haja vista o auto de infração ter sido assinado exclusivamente pelo Presidente daquele Colegiado.

Quanto à preliminar de inadequação da via processual eleita, confunde-se esta com o mérito da impetração que será a seguir analisado.

Cumpre, a meu ver, examinar, em primeiro lugar, a validade do documento de fls. 239, fax enviado à empresa ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA, para o fim de comprovar que a comunicação.. ao Ato de Concentração n° 29/95 ocorreu em 06.12.96.

Há que ser considerado o seguinte: o documento não foi apresentado com a defesa administrativa das impetrantes ao CADE; não está autenticado; e não especifica que documentos teriam sido encaminhados via fax à SDE em 06.12.96.

Como em sede de Mandado de Segurança não cabe dilação probatória, tenho que o fax em questão não faz prova de que a comunicação do Ato de Concentração supra-referido foi feita em 06.12.96. Observe-se que isto não significa que este fato não possa ser esclarecido nas vias ordinárias, quando outras provas poderão corroborar o documento em tela.

Com relação aos demais pontos desta impetração, repito as razões com que fundamentei a decisão de fls. 232/233, deste teor:

“Ao contrário do que sustenta a impetrante, a comunicação do Ato de Concentração à Secretaria de Direito Econômico ocorreu em 09.12.96 e não em 06.12.96, conforme se extrai do despacho exarado na própria comunicação (fls. 123).

Cuidando-se de contrato de compra e venda de ações realizado em ‘caráter irretratável e irrevogável, não me parece que o ato de transferência das ações nos livros próprios possa ser considerado como condição suspensiva, como alega a impetrante.

Se esta comunicação (art. 54, parágrafo 4º, da Lei n° 8.884/94) tem por finalidade garantir a fiscalização de ato que possa limitar ou reduzir a livre concorrência, a mim me parece, tendo em vista a espécie dos autos, que o prazo de quinze (15) dias úteis, de fato deve ser contado da assinatura do contrato. de vez que celebrado em caráter irretratável e irrevogável. Assinado o contrato em 14.11.96, o décimo-quinto dia útil subsequente

recaiu no dia 06.12.96, não havendo, à primeira vista, incorreção na decisão do CADE que considerou intempestiva a comunicação protocolada em 09.12.96.

Sendo do CADE a competência para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica, e estando prevista como tal a inobservância do referido prazo, ex vi do parágrafo 5º do artigo 54 da Lei nº 8.888/94, é, em princípio, irrelevante o fato de o servidor da SDE ter considerado tempestiva a comunicação protocolada em 09.12.96.

No tocante às irregularidades apontadas pela impetrante no auto de infração, em exame provisório, não as identifiquei, haja vista que a descrição da infração, os fundamentos da sanção e a gradação da pena constam da decisão do CADE, que já era do seu conhecimento.

A propósito da gradação da pena, é de se ver que o parágrafo 5º do citado artigo 54 estabelece que a multa será de 60.000 a 6.000.000 de UFIR, não parecendo, à primeira vista, abusiva a multa fixada em 420.000 UFIR, que está sendo cobrada da impetrante em virtude da solidariedade das empresas que participaram do Ato de Concentração, mas que foi aplicada em caráter pro rata.”

É de se concluir, portanto, que, estando o Ato sujeito a comunicação ao CADE, e não tendo a impetrante provado tê-la feito em tempo hábil, é legítima a imposição da pena de multa prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, não sé apresentando abusivo o *quantum* em que fixada.

Relativamente ainda ao valor da multa, além dos limites mínimo e máximo previstos na Lei, é de se ter em conta que não há desproporcionalidade com a capacidade econômica das Empresas envolvidas no Ato de Concentração, *ad exemplum* a Caraíba Metais S/A, que teve, em 1994, faturamento de US\$ 424 milhões, conforme consignou o Conselheiro-Relator do CADE (fls. 45).

Ante o exposto, **denego a segurança**, tornando sem efeito a liminar concedida nestes autos.

Corrija-se o cadastro processual, com a exclusão do pólo passivo do Sr. Procurador-Geral do CADE.

Custas ex lege.

Sem honorários advocatícios.

P.R.I.

Brasília, 30 de janeiro de 2001

MARCOS AUGUSTO DE SOUSA

Juiz Federal - 2ª Vara/DF

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

COTIA TRADING S/A X CADE

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

PROCESSO: 2001.4169-8

REQTE: COTIA TRADING S/A

REQDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-
CADE

DECISÃO

Trata-se de Ação Cautelar Inominada preparatória, com pedido de concessão de liminar, ajuizada por COTIA TRADING S/A contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, objetivando a suspensão da decisão proferida pelo requerido, que aplicou multa de 180.000 UFIRs à requerente tendo em vista a intempestividade na apresentação do Ato de Concentração nº 08012.005760/99-07.

Na hipótese vertente, para se aferir a fumaça do bom direito, torna-se necessária oitiva prévia do requerido, mesmo porque presumem-se legítimos os atos praticados pela Administração Pública.

Todavia, face a existência do *periculum in mora*, defiro liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo CADE, mediante depósito do valor questionado, 180.000 UFIRS.

Oficie-se ao requerido para cumprimento desta medida liminar, após efetivado o depósito acima referido.

Cite-se.

Publique-se.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2001.

AÇÃO CAUTELAR

SENTENÇA Nº: 308/2002

AÇÃO CAUTELAR (9200) Nº: 2001.34.00.004169-8

REQTE: COTIA TRADING S/A

REQDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
CADE

DECISÃO

Vistos, etc.

COTIA TRADING S/A ajuizou a presente ação Cautelar, com pedido de liminar, contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, objetivando a suspensão da decisão proferida pelo requerido, que aplicou multa de 180.000 UFIRs à requerente, bem como seja proibida a sua inscrição na Dívida Ativa da União.

Aduz ser uma empresa que atua no mercado de prestação de serviços de importação, financiamentos ao consumidor, operações de leasing, revendas de veículos e operações logísticas; que firmou contrato de joint venture com a empresa americana *Penske Logistics Inc.*, cujo objeto é a prestação de serviços de logísticas no Brasil e no Mercosul; que utilizou como veículo para concretização da operação a empresa PTL do Brasil Participações Ltda., pertencente ao grupo Penske, a qual teve sua denominação social alterada para Cotia Penske Logística Ltda., ocorrido tal fato em maio de 1998.

Informa, ainda, que a operação foi apresentada ao sistema brasileiro de concorrência em 30.06.99, alegando o não enquadramento da operação no *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, sob o argumento de que “a operação é submetida apenas *ad cautelam*, de acordo com a redação dada ao art. 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, haja vista que não se enquadra nas hipóteses previstas em seu *caput*, ou seja, não limita ou de qualquer forma prejudica a livre concorrência, ou mesmo resulta na dominação do mercado relevante, mesmo potencialmente”.

Assevera que o CADE, após a análise da operação, aprovou-a, reconhecendo não haver danos à concorrência, mas considerou a apresentação da operação intempestiva, nos termos do art. 54, § 4º, da Lei Antitruste, determinando multa de 180.000 UFIRs.

Pedido de liminar deferido para suspender os efeitos da decisão proferida pelo CADE, mediante depósito do valor questionado, 180.000 UFIRs (fls. 171).

A requerente, às fls. 173/5, requer a substituição da determinação do depósito em dinheiro por outra espécie de caução, oferecendo fiança

prestada por uma empresa pertencente ao seu grupo econômico - Terca - Transportes e Locação S/A.

Este Juízo manteve a decisão de fls. 171 (fl. 186).

A requerente reitera seu pedido de substituição do depósito por outra espécie de caução (fl. 188).

Pedido indeferido, nos termos da decisão de fl. 189.

O requerido apresentou sua contestação (fls. 191/202), pleiteando pela improcedência do pedido.

Petição de Agravo de Instrumento interposto por COTIA TRADING S/A às fls. 189, o qual foi deferido no sentido de assegurar o direito à substituição do depósito judicial pela fiança apontada às fls. 173/5 (fl. 410).

Houve réplica (fls. 441/444).

É o relatório.

DECIDO

No caso em tela, a Requerente busca, por via de ação cautelar, a satisfação completa da sua pretensão, ou seja, a não aplicação da decisão proferida pelo requerido, referente a multa de 180.000 UFIRs à requerente, bem como seja proibida a sua inscrição na Dívida Ativa da União. Ressalte-se que a matéria aqui é meramente de direito e comporta prova inequívoca através dos documentos juntados com a inicial.

Embora seja admissível a ação cautelar para assegurar a eficácia da prestação da tutela jurisdicional, desde que ocorrente o “*periculum in mora*” e o “*fumus boni iuris*”, a mesma não possui natureza satisfativa, dado o seu caráter eminentemente instrumental, seja em relação ao processo de conhecimento seja em relação ao processo de execução.

Este é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, consoante a ementa do acórdão que se segue:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. PRETENSÃO DE NATUREZA SATISFATIVA EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL (INTERESSE-ADEQUAÇÃO).

1. Proposta ação cautelar inominada para veicular pretensão de natureza satisfativa, correta a sentença que indefere a inicial e julga extinto o processo por ausência de interesse processual,

na modalidade “interesse-adequação”. Precedentes da jurisprudência (AC nº 95.02.13691/RJ, TRF 2ª Região, Relator. Juiz HENRY BARBOSA, 1ª Turma, in DJ, 06/03/97, PG: 012302 e AC nº 92.03.002120-5/SP, TRF 3ª Região, Relatora: Juíza SYLVIA STEINER, 2ª Turma, in DJ, 20/03/96; PG: 016860).

2. Apelação improvida.”

AC 1998.01.00.024998-9/PI. Relator JUIZ OLINDO MENEZES. Relator Convocado JUIZ ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA.) Órgão Julgador TERCEIRA TURMA Publicação DJ 10/09/1999 P. 221 Ementa Data Decisão 13/05/1999 Decisão Negar provimento à apelação, por unanimidade.

Outrossim como bem registrado no voto do Exmo. Sr. Juiz Antônio Ezequiel, proferido no acórdão acima referido, “a ação cautelar tem, via de regra, natureza meramente instrumental, objetivando garantir o resultado útil da ação principal já ajuizada (cautelar incidental) ou por ajuizar (cautelar preparatória), não se prestando, portanto, para propiciar, em si mesma, o alcance de pretensão de direito material.”

De fato, a ação cautelar é meio hábil para pleitear a tutela jurisdicional definitiva, realizável, com propriedade, pelos processos de cognição e de execução. As medidas cautelares não têm um fim em si, eis que servem a um processo principal, com o fim de tornar possível a atuação posterior de eventual tutela jurisdicional definitiva.

Neste mesmo sentido foram julgados o AC nº 95.02.13691/RJ, TRF 2ª Região, Relator: Juiz HENRY BARBOSA, 1ª Turma, in DJ, 06/03/97. PG: 012302 e AC nº 92.03.002120-5/SP, TRF 3ª Região, Relatora: Juíza SYLVIA STEINER, 2ª Turma, in DJ, 20/03/96, PG: 016860, dentre outros.

Assim, não há como o presente feito prosseguir, devendo o mesmo ser extinto sem julgamento do mérito em face da inadequação da via eleita. Não é possível antecipar a prestação da tutela jurisdicional definitiva, nem os seus efeitos (art. 273 do CPC), em sede de ação cautelar.

Por fim, cumpre registrar que, como bem acentuado por Vicente Greco Filho, “o interesse é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação” (in Direito

Processual Civil Brasileiro, 1º vol. 10ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 1995. Página 81).

DISPOSITIVO

Ex positis, com supedâneo nas razões suso colecionadas, **indefiro a inicial e extingo o feito sem julgamento de mérito**, nos termos dos arts. 267-I c/c 295, III, **ambos** do CPC.

Condeno a requerente em honorários advocatícios em favor dos requeridos, arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Custas, ex lege.

P.R.I.

Brasília-DF, 27 de agosto de 2002.

IRAN ESMERALDO LEITE

Juiz Federal Substituto da 16ª Vara no exercício da titularidade

AÇÃO ORDINÁRIA

Processo nº: 2001.34.00.007638-4

Ação Ordinária: Classe 01500

Requerente (s): COTIA TRADING S.A

Requerida (s): CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE

DECISÃO

COTIA TRADING S.A, qualificada na inicial, ajuizou esta Ação Ordinária, com Pedido de Antecipação de Tutela, em face da Requerida, objetivando provimento jurisdicional para anular a multa aplicada à Autora, no valor de 180.000 UFIRs, anulando-se, por via de consequência o auto de infração correspondente. Como pedido alternativo, requer a redução do valor da multa aplicada.

Em síntese, sustenta, que a multa está em dissonância com o direito posto, por não estar a operação econômica guerreada subsumida à apreciação pelo CADE, não se prestando o ato objeto da multa a alterar a estrutura do mercado brasileiro de logística, operação incapaz de causar danos à ordem econômica ou trazer risco à livre concorrência.

Dentre as mini reformas empreendidas no âmbito do Código de Processo Civil, uma delas trouxe para o ordenamento pátrio a possibilidade de entrega da prestação jurisdicional alvitrada - em termos parciais ou mesmo na sua totalidade - logo no início da relação processual ou mesmo no curso da demanda, conforme passou a dispor o art. 273, I e II CPC ; mediante os requisitos ali exigidos.

Tal qual como delineada, constitui, sem dúvida, exceção à regra geral, caso em que a tutela pretendida só é dada após exauridas todas as fases do *iter processual*.. Por se tratar de exceção, há de se ter em conta que só em casos - excepcionalíssimos - pode haver a liberação do provimento judicial, **daí porque, só em situações de extrema e comprovada excepcionalidade pode haver a prévia liberação da tutela reclamada.** No caso que ora se cuida, pelo contexto dos autos não restou evidenciada a prova inequívoca que convença o Julgador da verossimilhança da alegação. Os atos, de que tratam o art. 54 da Lei nº 8.884/94, devem ser apresentados previamente ou no prazo máximo de 15 dias à Secretaria de Direito Econômico - SDE, como previsto no § 4º. A apresentação intempestiva sujeita o infrator à multa de 60.000 (sessenta mil) UFIR até 6.000.000 (seis milhões) de UFIR, aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para apuração dos fatos.

Por conseguinte, em cognição sumária, não diviso o direito da Requerente à anulação da multa e do auto de infração aplicado pela Ré, por não exsurgir dos autos a certeza do direito apregoados. **Daí porque, em prévio juízo de delibação, não antevejo como liberar - de pronto - a tutela colimada.**

Em sendo assim e a conta das razões expostas, **indefiro o pedido de tutela antecipada. Ordeno que seja expedido o mandado de citação das Requeridas, com observância das prescrições legais.**

Intime-se.

Brasília-DF, 06 de fevereiro de 2003.

IOLETE MARIA FIALHO DE OLIVEIRA

Juíza Federal Substituta da 16ª Vara

**MEDIDA CAUTELAR
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

MEDIDA CAUTELAR N°: 2003.01.00.011 056-4/DF

Processo na Origem: 200134000041698

RELATOR(A): DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

REQUERENTE: COTIA TRADING S/A

ADVOGADO: FLAVIA MARIA PELLICIARI E OUTROS(AS)

REQUERIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE .

PROC/S/OAB: FREDERICO DE CARVALHO PAIVA

DECISÃO

I

Cuida-se de ação cautelar ajuizada por COTIA TRADING S/A buscando, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo a recurso de apelação que interpôs, nos autos de outra ação cautelar (processo n° 2001.34.00.004169-8/DF), em curso perante o douto juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Notícia a autora que, nos autos da ação cautelar em referência, em que se busca a suspensão dos efeitos de decisão proferida pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, aplicando-lhe uma multa no valor correspondente a 180.000 UFIRs, obteve, liminarmente, a tutela cautelar, mediante o depósito do valor questionado (180.000 UFIRs), posteriormente substituído pela garantia de fiança bancária, mas que o juízo singular extinguiu o feito, sob o fundamento de que a pretensão, ali, deduzida, possuía caráter satisfativo (fls. 151/155). Contra essa sentença, a autora interpôs competente recurso de apelação (fls. 209/219), o qual restou recebido no efeito devolutivo, tão-somente (fls. 220).

Ocorre que, ao contrário do que entendera o juízo monocrático, a discussão acerca da legitimidade do auto de infração em referência está sendo travada nos atos da ação anulatória de ato administrativo, ajuizada perante aquele mesmo juízo (fls. 182/208), sendo certo que a pretensão cautelar,

deduzida nos autos de origem, diz respeito, tão-somente, à suspensão da exigibilidade da aludida multa e da adoção das medidas daí decorrentes, como a inscrição do débito em dívida ativa, o que, à toda evidência, não se reveste de caráter de satisfatoriedade.

Requer, assim, liminarmente, a concessão, liminar, da tutela cautelar em referência, para suspender, independentemente de caução, os efeitos do auto de infração e a conseqüente inexigibilidade da multa respectiva, até a decisão final da ação principal, ou, alternativamente, até o julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença proferida nos autos de origem (fls. 02/11).

II

Via de regra, o recurso de apelação interposto contra sentença que decide o processo cautelar, como narrado nos presentes autos, é recebido, tão-somente, no seu efeito devolutivo (CPC, art. 520, IV). A suspensão dos efeitos da sentença recorrida, porém, em casos que tais, poderá ser obtida, nos próprios autos, na hipótese prevista no parágrafo único do art. 558 do mesmo Código de processo Civil, evitando-se, dessa forma, a proliferação desnecessária de feitos judiciais e, conseqüentemente, o atravancamento do Poder Judiciário.

Na hipótese em comento, o eventual recebimento da apelação interposta perante o juízo monocrático, também, no seu efeito suspensivo, em nada aproveitaria à autora, na medida em que não teria o condão de restabelecer a decisão liminar, anteriormente deferida naqueles autos, mas revogada por ocasião da sentença que julgou extinto o processo cautelar em referência.

A tutelar cautelar, porém, aqui, almejada ainda se reveste dos I pressupostos legais necessários ao seu deferimento (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), até mesmo porque, como bem esclareceu a autora, o que se pretende, por meio do presente processo cautelar e daquele que fora julgado extinto, é, simplesmente, a suspensão da exigibilidade da multa que lhe foi imposta, até que se decida, nos autos principais, sobre a legitimidade, ou não, da sua cobrança. Em sendo assim, não vislumbro qualquer caráter satisfativo no referida tutela. A todo modo, a antecipação de tutela cautelar, aqui pretendida, encontraria abrigo, até mesmo no bojo do processo principal, com as letras do § 7º do art. 273 do CPC.

Por outro lado, se não deferida a pretensão cautelar em referência, estará a autora sujeita à autuação da autoridade administrativa, com as conseqüências legais decorrentes.

III

Com estas considerações, **defiro, liminarmente, a antecipação da tutela cautelar, na espécie, para suspender a exigibilidade da multa questionada no feito principal, mediante a garantia de fiança bancária já ofertada nos autos de origem**, até ulterior deliberação judicial.

Cite-se o promovido, para ciência e cumprimento deste decisum e para responder, querendo, no prazo legal.

Publique-se.

Brasília-DF., em 08 de maio de 2003.

Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE

Relator

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 vênia 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 dúvidas, 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
JUIZA FEDERAL TITULAR DA 21ª VARA

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

UNIMED DE FOZ DO IGUAÇU X CADE

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

SENTENÇA N°: 609/2001

PROCESSO N°: 2000.34.00.013700-3

CLASSE: 9.200

VARA: 22ª

REQUERENTE: UNIMED DE FOZ DO IGUAÇU - COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO LTDA.

REQUERIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

DECISÃO

Trata-se de medida cautelar inominada proposta por UNIMED DE FOZ DO IGUAÇU - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA., já qualificada nos autos, contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, objetivando, em síntese, a suspensão dos efeitos do ato administrativo impugnado que condenou a requerente ao pagamento de multa no valor de 60.000 UFIR e em obrigação de não fazer consubstanciada na não exigência de cláusula estatutária sob pena de multa diária no valor de 6.000 UFIR, até o julgamento final da ação principal (Ação Ordinária - Processo n° 2000.34.00.018874-8).

Na demanda matriz, a autora requer a anulação da decisão administrativa hostilizada, por manifesta inconstitucionalidade decorrente da sua insuficiente fundamentação.

Nesse diapasão, a promovente defende, neste feito cautelar, a existência do chamado *fumus boni iuris*, ponderando, ainda, que o não pagamento das multas aplicadas implicará em inscrição da requerente na dívida ativa da União, com conseqüente proibição de participar de licitações pelo período mínimo de cinco anos, evidenciando, dessa formal o *periculum in mora*.

Exordial documentada.

Às fls. 283/284, o magistrado então processante deferiu, em parte, a liminar requerida.

Regularmente citado, o CADE oferece sua resposta, sustentando, em resumo, a legitimidade/legalidade da decisão hostilizada.

Agravo de Instrumento interposto pelo CADE em face da .decisão de fls. 283/284 (fls. 572).

As partes não apresentam outras provas.

É o breve relatório.

DECIDO

O processo cautelar está a serviço do processo e não do direito material invocado. Não pode, com efeito, antecipar o mérito da demanda matriz. Deve apenas garantir a utilidade e eficácia de uma futura sentença.

A decisão liminar de fls. 283/284 bem delineou a lide em apreço. Com efeito, vislumbro a presença dos requisitos autorizadores para concessão de medida cautelar, unicamente nos termos da liminar supramencionada. O *fumus boni juris* encontra-se presente na plausibilidade da tese levantada pela empresa-requerente, no sentido da nulidade da decisão administrativa hostilizada por insuficiente fundamentação. De outra parte, presente, também, o *periculum in mora*, consubstanciado no risco de lesão a requerente em face da execução do crédito tributário oriundo da aplicação da multa em apreço, o que, por conseqüência, recomenda a suspensão unicamente da exigibilidade da multa aplicada no valor de 60.000 UFIR até julgamento final da ação principal.

Mantenho, de outra parte, a obrigação de não fazer consubstanciada na ordem no sentido de que a requerente se abstenha de aplicar cláusula estatutária que exija de seus médicos-cooperados dever de fidelidade, sob pena de multa diária no valor de R\$ 6.000 UFIR, tendo em vista gozarem os atos administrativos de presunção *juris tatum* de legalidade.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo procedente, em parte, o pedido formulado, em conformidade com o teor da liminar anteriormente concedida, afim de suspender unicamente a exigibilidade da multa aplicada

no processo administrativo 0800.004488/97-61 /CADE, no valor .de 60.000 UFIR até ulterior decisão no processo principal (Ação Ordinária nº 2000.34.00.018874-8).

Arcará o requerido com as custas processuais e com a verba honorária, que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

Extraia-se cópia desta decisão, juntando-a no feito principal.

P.R.I.

Brasília, 15 de maio de 2.001.

RAFAEL PAULO SOARES PINTO

Juiz Federal Substituto no Exercício da titularidade plena da 22ª Vara/DF

AÇÃO ORDINÁRIA

SENTENÇA N°: 484/2002

AÇÃO: ORDINÁRIA/OUTRAS

PROCESSO N°: 2000.34.00.018874-8

VARA: 22ª

CLASSE: 1.900

AUTORA: UNIMED DE FOZ DO IGUAÇU - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.

RÉU: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

DECISÃO

Trata-se de ação de procedimento ordinário proposta por **UNIMED DE FOZ DO IGUAÇU - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.** contra o **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE** objetivando, em síntese, a anulação da decisão administrativa - acórdão do CADE no P.A. nº 0800.004488/97 - que considerou abusiva a proibição inscrita no estatuto *social* da acionante consistente na não prestação de serviços médicos, pelos cooperados, a usuários de convênios e planos de saúde concorrentes, aplicando, na espécie, multa no valor de 60.000 UFIR's, acrescida de obrigação de não fazer consubstanciada na não exigência da referida cláusula de exclusividade, sob pena de multa diária.

Esclarece, em primeiro lugar, que a autora é uma sociedade de profissionais de medicina, constituída sob a forma de cooperativa e regida pela Lei 5.764/71. Logo, o poder de constituir regras estatutárias, que regulem as atividades e permanência dos cooperados em seus quadros decorre do art. 21 do citado diploma normativo. Nesse sentido, a cláusula de exclusividade ou unimilitância não restou alterada pela Lei 9.656/98 nem viola os princípios constitucionais da livre concorrência, de proteção ao consumidor e da liberdade de trabalho. O médico, ao aderir à cooperativa, não está na posição de consumidor. Pelo contrário, - será o prestador de serviços, tendo em vista sua condição de cooperado. Na verdade, a cláusula de lealdade é um instrumento de solidariedade. Eventual domínio de mercado, que a organização UNIMED pudesse deter, decorreria, unicamente da sua eficiência, com respaldo no § 1º, do art. 20 da Lei 8.884/94.

Defende, de outra parte, que o ato administrativo questionado está destituído da necessária fundamentação (requisito de ordem constitucional e infraconstitucional - Lei nº 9.784/99, arts. 46 e 50), inexistindo, igualmente dados fático-jurídicos para a imposição das restrições administrativas fixadas.

Em favor de sua tese, invoca diversos precedentes jurisprudenciais, inclusive do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Exordial documentada.

A exigibilidade do crédito em questão (multa de 60.000 UFIR's) restou suspensa, nos autos da Medida Cautelar nº 2000.34.00.013700-3, julgada em 15 de maio de 2001 (fls. 458/460 - cópia da sentença).

Em sua resposta, a requerida sustenta a improcedência da demanda, eis que a cláusula de exclusividade detectada é abusiva e ilegal, sendo certo o desvirtuamento da natureza jurídica das cooperativas e a legitimidade do ato administrativo praticado pelo CADE, amparado pela Lei 8.884/94 (arts. 20 e 21), conforme amplamente debatido no Processo Administrativo nº 0800.004488/97-61. Rechaça, de outra parte, os vícios de formalidades suscitados. Colaciona, em favor de sua tese, precedentes do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e defende que as decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça, indicadas na peça vestibular, deixaram de observar a superveniência da Lei 9.658/98. Espera, pois, a rejeição dos pedidos ofertados.

Há réplica.

Sem outras provas, passo ao julgamento antecipado da lide.

Estive convocado no TRF/1ª Região no período de abril/2000 a junho de 2002. Após a fruição de períodos de férias vencidas, reassumi minhas

funções nesta Vara, no dia 20 de setembro último.

É o relatório.

DECIDO

A matéria meritória posta em juízo não tem mais sabor de novidade.

Em que pese a r. manifestação em sentido contrário, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou-se na perspectiva de que o associado que adere à Cooperativa Médica sujeita-se ao seu estatuto, sendo, pois, legítima, mesmo após a edição da Lei nº 9.658/98, a cláusula estatutária que proíbe a vinculação do cooperado a outra instituição concorrente.

Nesse diapasão, a título exemplificativo, vale a pena conferir os seguintes julgados, **in verbis**:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA. MÉDICOS ASSOCIADOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXCLUSIVIDADE.

- O médico associado à cooperativa está obrigado ao seu estatuto. - Se esse contém cláusula que prevê a exclusividade de prestação de serviços, devem os médicos associados abster-se de prestar serviços em entidade congênere. Precedentes” (RESp. nº 367.627-SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJU/I de 24.06.2002).

“COMERCIAL - COOPERATIVA (UNIMED) - ATO DE ASSEMBLÉIA - ESTATUTOS.

I. No direito cooperativo, assentou a doutrina que os estatutos contêm as normas fundamentais sobre a organização, a atividade dos órgãos e os direitos e deveres dos associados frente a associação. São disposições que valem para todos os partícipes (cooperados) por isso que de natureza geral e abstrata, tal como a constituição reguladora da vida do estado rege o comportamento das sociedades personificadas. Tais normas não assumem uma característica contratual, mas regulamentar ou institucional.

II. O associado que adere à Cooperativa Médica sujeita-se ao seu estatuto. Não está obrigado a não atuar livremente no atendimento a pacientes que o procurem. Todavia, não pode

vincular-se a outra entidade congênere, provocando concorrência à cooperativa e desvirtuando a finalidade com que instituída.

III. Recurso conhecido e provido” ((RESp. n° 126.391-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DUI de 27.09.1999).

Sobre os princípios constitucionais envolvidos (livre concorrência e liberdade de trabalho), lapidar é o douto voto do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, nos autos do RESp. n° 83.713-RS:

“Tenho que correto o acórdão. Com efeito, do fato de as normas internas da recorrida vedarem a participação de seus associados em organizações consideradas concorrentes, não se haverá de concluir que realizada a previsão contida no primeiro daqueles dispositivos. Não se vislumbra, com efeito, possa daí resultar a dominação do mercado nacional ou mesmo a eliminação, ainda que parcial, da concorrência. As empresas que se dediquem ao mesmo ramo da atividade poderão valer-se de outros médicos, ou mesmo atrair os profissionais ligados à recorrida e que considerem interessante dela se desvinculem (DJU/II de 16.03.98).

De outra parte, prevalece no âmbito do Egrégio STJ, a orientação no sentido de que a Lei 9.656, de 03.06.98, não alterou “as disposições sobre as associações cooperativas, que têm as peculiaridades que as distinguem das empresas que exploram comercialmente a atividade médica, cujos contratos, estes sim, não podem significar restrição à atividade profissional- (trecho do douto voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, no RESp. n° 212.169-SP - sessão de julgamento: 13.08.2001).

De igual forma, nos autos do RESp. n° 367.627-SP 1 recentemente julgado pela Colenda Terceira Turma do STJ (sessão de 04.06.2002 } e transcrita a ementa respectiva no corpo desta sentença, a questão da legitimidade da proibição estatutária de” dupla militância” do médico cooperado restou, igualmente, confrontada com o disposto nos arts. 35 da Lei 5.764/71 e 1° da Lei 9.656/198, não havendo que se falar, pois, em alteração da matéria por legislação superveniente.

Portanto, embora não vislumbre os defeitos formais invocados pela acionante, na peça exordial, eis que entendo suficientemente fundamentada a decisão administrativa impugnada, a pretensão deduzida merece

acolhimento pelo Judiciário, posto que a conclusão final do CADE está em total desconformidade com a jurisprudência uniformizadora do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que considera válida a cláusula estatutária que proíbe a dupla militância dos médicos-cooperados.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com alicerce na diretriz pretoriana invocada, **julgo procedente** o pleito ofertado, para, anulando a decisão administrativa do CADE questionada, proclamar também insubsistentes a multa e a obrigação de não fazer aplicadas no P.A nº 0800.004488/97-61

Arcará a requerida com o reembolso das custas processuais antecipadas e com a verba honorária, que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

Após o trânsito em julgado desta decisão, autorizo o levantamento, pela autora, de eventual depósito realizado, nos autos da Medida Cautelar intentada.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

P.R.I.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2002

REYNALDO SOARES DA FONSECA

Juiz Federal no Distrito Federal

22ª Vara

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
PROCESSO Nº: 2001.14888-4
CLASSE: 2100

TOTAL FINA ELF S/A E OUTRO X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

DECISÃO

I

TOTAL FINA ELF S/A E OUTRO impetraram MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido liminar, contra ato do **PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**, objetivando a suspensão da eficácia de decisão que impôs o pagamento de multa em razão da intempestividade de recurso.

Aduz em seu proclamação que resolução interna não tem o condão de se sobrepor à lei antitruste, restando por tempestivo seu recurso.

II

O *fumus boni iuris* fica evidenciado diante do disposto no § 4º, do art. 54 da Lei nº 8884/94, verbis:

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 à Seae.

Por outro lado, a Resolução n° 15/98 impõe que tal prazo deve-se contar da assinatura do primeiro documento vinculado ao contrato.

Ab initio, verifica-se que os ditames da Resolução no 15/98, não tem o condão de desconstituir o comando legal da legislação antitruste.

Assim, o prazo para comunicação prévia deve ser contado a partir da realização do ato, que se deu em 04.06.99, estando, portanto a data da protocolização da comunicação, dentro do lapso exigido pela lei, mesmo porque, desse ato que se implementam as condições pactuadas.

Da mesma forma, o *periculum in mora* restou consubstanciado diante da dificuldade de reparação do prejuízo, caso a medida venha a ser concedida ao final.

Presentes, portanto, os pressupostos processuais para a concessão da medida liminar (inciso II do art. 7° da Lei n° 1.533/51).

Pelo exposto, DEFIRO o pedido liminar para determinar à autoridade impetrada que suspenda a cobrança de multa relativa à intempestividade do recurso em debate, até decisão final.

Oficie-se e Intime-se.

Brasília-DF, 18 de junho de 2001.

DANIELE MARANHÃO COSTA CALIXTO

Juíza Federal da 5ª Vara

Seção Judiciária do Distrito Federal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

CADE X TOTAL FINA ELF S/A

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2001.01.00.033755-6/DF

Processo na Origem: 200134000148884

RELATOR: JUIZ SOUZA PRUDENTE .

**AGRAVANTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE**

PROC/S/OAB: ADRIANA PEREIRA MENDONÇA

AGRAVADO: TOTAL FINA ELF S/A E OUTRO(A)

ADVOGADO: EDUARDO CAMINATI ANDERS E OUTRO(A)

DECISÃO

I

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo CADE contra decisão proferida pelo douto juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, deferiu o pedido de antecipação da tutela mandamental-inibitória, determinando a suspensão da exigibilidade de multa administrativa (fls. 34/35).

Requer a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo, até o pronunciamento definitivo da Turma(fl. 02/32).

II

A tutela jurisdicional, liminarmente preconizada nos artigos 527, II e 558 do CPC, **tem natureza cautelar** e não satisfativa, como assim pretende a agravante, no caso sob apreciação.

O pedido de tutela, veiculado no presente agravo, em que se pede sustar os efeitos da decisão recorrida esgota o objeto da pretensão deduzida

no feito principal, pois uma vez atendido, em sede liminar, o pedido da agravante, autorizar-seja a imediata exigibilidade do crédito questionado nos autos principais e a adoção das medidas daí decorrentes, revelando, assim, portanto, seu caráter nitidamente satisfativo e incompatível com a tutela do agravo cautelar, manifestada nas letras e na inteligência do artigo 558 do CPC, em referência.

Este é, aliás, o entendimento já consagrado pela colenda Sexta Turma deste egrégio Tribunal no julgamento do AG nº 2001.01.00.015073-5, do qual fui relator, nestas letras:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA E CAUTELAR, COM EFICÁCIA MANDAMENTAL-INIBITÓRIA NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA SATISFATIVA NAS COMPORTAS PROCESSUAIS DO AGRAVO.

*I - Inexiste, na sistemática processual vigente, a figura mais explorada do “efeito suspensivo ativo”, no agravo do instrumento, a revelar-se em **travestido pedido de antecipação de tutela satisfativa**, que não se comporta nos lindes autorizativos do art. 558 do CPC, instrumentalizador apenas, **de tutela cautelar, com eficácia mandamental-inibitória negativa e nunca positiva**, como se pretende, no caso.*

*II - Não há como admitir-se a pretensão de tutela satisfativa, no recurso de agravo, que não possibilita, na exigüidade de suas comportas procedimentais, a solução definitiva da lide, posta, exame no espaço processual amplo e adequado do feito principal sob o comando do juízo natural, a devolver-se à Corte revisora somente pelas vias do recurso próprio e nos limites do **tantur devolutum quantum appellatum**.*

III - Agravo desprovido. “

Ademais, no caso em tela, a decisão recorrida se conforma com moldura da tutela, prevista no art. 558 do CPC, na linha da determinação vinculante do princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV).

III

Com estas considerações, **nego seguimento ao presente agravo**, nos termos do art. 557, **caput**, do CPC.

Baixem-se os presentes autos, oportunamente, à instância de origem, com as anotações de estilo.

Publique-se, de logo, a presente decisão.

Brasília-DF., em 27 de agosto de 2001

Juiz SOUZA PRUDENTE - Relator

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIARIA DO DISTRITO FEDERAL

TOTAL FINA ELF S/A E OUTRO X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

SENTENÇA Nº: 057/2002-A

PROCESSO Nº: 2001.14888-4

CLASSE 2100: MANDADO DE SEGURANÇA

IMPETRANTE: TOTAL FINA ELF S/A E OUTRO

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

SENTENÇA

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por TOTAL FINA ELF S/A e PETROFINA S/A contra ato do Sr. PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, objetivando anular a decisão que lhe impôs multa sob alegação de violação ao art. 54, parágrafos 4º e 5º, da Lei nº 8.884/94.

As impetrantes alegam que são empresas que atuam no ramo petrolífero, pertencentes, atualmente, ao Grupo Total Fina Elf.

Salientam que firmaram urna negócio jurídico, composto de diversos atos preparatórios, visando a coligação das empresas, no qual a empresa Total Fina Elf S/A adquiriu a totalidade das ações representativas do capital social da Petrofina S/A

Sustentam que a primeira etapa do negócio jurídico foi concluída em 26.03.99, com a aprovação do negócio pela European Commission, órgão antitruste da comunidade européia, e a segunda etapa concluída em 04.06.99, com a realização da efetiva troca de 100% ~ de ações de emissão da Petrofina S/A por ações de emissão da Total Fina Elf S/A.

Assim sendo, em 08 de junho de 1999, a impetrante protocolizou Ato de Concentração Econômica, para análise dos órgãos administrativos de defesa da concorrência, quatro dias após a efetiva realização do negócio jurídico.

Aduz que o ato referido foi aprovado à unanimidade pelo CADE,

mas, todavia, foi imposta multa às impetrante sob alegação de intempestividade do Ato de Concentração.

Devidamente notificada a autoridade impetrada prestou informações sustentando a inexistência de direito a amparar a pretensão inicial, posto que legítimo o ato que se entende coator.

A liminar foi deferida às ff. 675.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pela de negação da ordem.

É o relatório.

DECIDO

A impetrante pretende ver declarada nulidade do ato que lhe impôs o pagamento de multa por intempestividade de Ato de Concentração.

Os dispositivos da Lei nº 8.8884/94 regulamentadora da espécie, e que originaram presente impetração, têm a seguinte redação:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados 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 à SEAE.”

Cinge-se a presente controvérsia exatamente no tocante ao início do prazo de quinze dias da realização dos atos tratados no *caput* do artigo, que, segundo a autoridade impetrada, deveria ser contado da data do contrato vinculativo denominado “Protocolo de Acordo Geral” e “Convenção de Contribuições em Espécie”, ou seja, em 01.12.1998, e, segundo a impetrante, sua contagem deve ter início em 04.06.1999, data do fechamento da operação.

Até agosto de 1998 o entendimento era no sentido de que o prazo deveria ser contado da realização do ato, considerado como tal, o fechamento da operação.

Posteriormente, foi editada a Resolução n° 15, pelo CADE, cujo artigo 2°, alterou o entendimento anterior, nos seguintes termos:

“Art. 2° - O momento de realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4° e 5° do art. 54 da Lei n° 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 e terceiro agente ocorrer em momento diverso.”

Todavia, os ditames de uma resolução não podem alterar o disposto na lei, da forma como ocorre *in casu*.

A lei é clara em se referir a realização do ato, considerado como tal sua concretização, e não mero documento vinculativo como especifica a citada resolução.

A intenção da lei, em estipular tal prazo, é conferir ao CADE, prazo para analisar a possibilidade de lesão à ordem econômica.

Dentro desse contexto, não há interesse em proceder-se a uma apreciação pormenorizada para a *posteriori*, o negócio não se concretizar. Por outro lado, não haveria prejuízo se a análise se desse quando efetivamente concluído o negócio.

Caso a intenção do legislador fosse que a apreciação da viabilidade do negócio se desse durante as negociações, não utilizaria a expressão *de sua realização*, mas outra que definisse o momento exato da análise.

Assim sendo, não verifico intempestividade a justificar a aplicação de multa ao impetrante, impondo-se a concessão da ordem.

Pelo exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** impetrada por TOTAL FINA ELF S/A e PETROFINA S/A contra ato do Sr. PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, para determinar à autoridade impetrada que suspenda a cobrança da multa imposta em virtude de intempestividade do Ato de Concentração n° 08012.005189/99-11.

Custas *ex lege*.

Sem honorários (Súmula 512, do STF).

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Brasília-DF, 05 de fevereiro de 2002.

DANIELE MARANHÃO COSTA CALIXTO

Juíza Federal da 5ª Vara

Seção Judiciária do Distrito Federal

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

CADE X TOTAL FINA ELF S/A

APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA N°:
2001.34.00.014888-4/DF

Processo na Origem: 200134000148884

RELATOR(A): DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

APELANTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE

PROC/S/OAB: FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

APELADO: TOTAL FINA ELF S/A E OUTRO(A)

ADVOGADO: EDUARDO CAMINATI ANDERS E OUTRO(A)

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
(RELATOR):**

Cuida-se de apelação interposta contra sentença da lavra do douto juízo da 5a Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por TOTAL FINA ELF S/A e OUTROS contra ato do Sr. Presidente do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, buscando a anulação da decisão que lhe impôs multa por suposta violação ao artigo 54, parágrafos 4º e 5º, da Lei nº 8.884/94, concedeu a segurança buscada, sob o fundamento de que a comunicação relativa aos atos de coligação das empresas impetrantes àquele Conselho fora efetivada tempestivamente.

Em suas razões recursais (fls. 542/561), sustenta o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE que a multa imposta às impetrantes decorreu do fato de que fora comunicado intempestivamente sobre a realização dos atos de concentração a que deram início, nos termos dos §§ 4º e 5º da Lei nº 8.884/94, por entender que o prazo de 15 (quinze)

dias, previsto para essa finalidade, deve ser contado a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, no caso, o “Protocolo de Acordo Geral” e a “Convenção de Contribuições em Espécie”, ocorridos em 1º de dezembro de 1998, conforme disposto no art. 2º da Resolução nº 15/1998- CADE. Alega, ainda, que não merece prevalecer o entendimento adotado pelo julgado recorrido, no sentido de que a aludida Resolução teria alterado o disposto no § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, posto que a aludida norma apenas emprestou interpretação ao dispositivo legal em referência, no tocante ao termo inicial do prazo ali estipulado. Ademais, a decisão administrativa, onde se decidiu pela aplicação da questionada multa, embasou-se nos dispositivos legais supracitados, e não na aludida Resolução Administrativa.

Requer, assim, o provimento do recurso de apelação, para reformar-se a sentença recorrida, denegando-se a segurança buscada.

Com as contra-razões de fls. 865/881, subiram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a douta Procuradoria Regional da República pelo provimento do recurso (fls. 888/890).

Apreciando o pedido de efeito suspensivo, formulado pelo CADE, nos autos do agravo de instrumento nº 2001.01.00.033755-6/DF, interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação da tutela mandamental, neguei seguimento ao aludido recurso, em face do caráter nitidamente cautelar da tutela liminarmente deferida pelo juízo singular (fls. 892/894).

Este é o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE (RELATOR):

O douto juízo singular resumiu a espécie dos autos, nestas letras:

“A impetrante pretende ver declarada nulidade do ato que lhe impôs o pagamento de multa por intempestividade de Ato de Concentração.

Os dispositivos da Lei nº 8.884/94 regulamentadora da espécie, e que originaram presente impetração, têm a seguinte redação:

“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 SOE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.”

Cinge-se a presente controvérsia exatamente no tocante ao início do prazo de quinze dias da realização dos atos tratados no *caput* do artigo, que, segundo a autoridade impetrada, deveria ser contado da data do contrato vinculativo denominado “Protocolo de Acordo Geral e “Convenção de Contribuições em Espécie”, ou seja, em 01.12.1998, e, segundo a impetrante, sua contagem deve ter início em 04.06.1999, data do fechamento da operação.

Até agosto de 1998 o entendimento era no sentido de que o prazo deveria ser contado da realização do ato, considerado como tal, o fechamento da operação.

Posteriormente, foi editada a Resolução nº 15, pelo CADE, cujo artigo 2º, alterou o entendimento anterior, nos seguintes termos:

“Art. 2º - O momento de 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 a alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.”

Todavia, os ditames de uma resolução não podem alterar o disposto na lei, da forma como ocorre *in casu*.

A lei é clara em se referir à realização do ato, considerado como tal sua concretização, e não mero documento vinculativo como especifica a citada resolução.

A intenção da lei, em estipular tal prazo, é conferir ao CADE, prazo para analisar a possibilidade de lesão à ordem econômica.

Dentro desse contexto, não há interesse em *proceder-se a uma .apreciação pormenorizada para a posteriori*, o negócio não se concretizar.

Por outro lado, não haveria prejuízo se a análise se desse quando efetivamente concluído o negócio.

Caso a intenção do legislador fosse que a apreciação da viabilidade do negócio se desse durante as negociações, não utilizaria a expressão de sua realização, mas outra que definisse o momento exato da análise.

Assim sendo, não verifico intempestividade a justificar a aplicação de multa ao impetrante, impondo-se a concessão da ordem.

Pelo exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** impetrada por **TOTAL FINA ELF S/A** e **PETROFINA S/A** contra ato do Sr. **PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**, para determinar à autoridade impetrada que suspenda a cobrança da multa imposta em virtude de intempestividade do Ato de Concentração nº 08012.005189/99-11.”

Não merece reparos a sentença recorrida.

Como bem registrou o douto juízo singular, o § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, estipula que o “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 SPE” (*grifei*). Assim, não poderia uma simples Resolução Administrativa inovar, na espécie, definindo regras de procedimento distintas daquelas existentes no texto legal, posto que a norma regulamentadora não pode, nem deve, desgarrar-se das raias delimitadas pela norma regulamentada

Ao contrário do que entende o CADE, a Resolução nº 15/98, ao emprestar interpretação ao § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, alterou-lhe o conteúdo, na medida em que o termo inicial do prazo, ali, estabelecido, como sendo a partir da “realização” do ato, passou a ser a partir do “primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes”.

Há de se ressaltar que a realização de atos de concentração dessa natureza, pela sua complexidade, reclama a prática de atos preparatórios, no caso, o “Protocolo de Acordo Geral e a “Convenção de Contribuições em Espécie”, ocorridos em 1º/12/1998, com vistas no resultado final almejado, a aquisição das ações representativas do capital social da Petrofina S/A pela Total Final Elf S/A, concluída em 04/06/1999. Somente após alcançar-se esse objetivo é que o ato terá se efetivado, concluído e acabado, por fim, realizado. Assim, não resta a menor dúvida de que o prazo previsto no aludido § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 terá início a partir da conclusão do ato de

concentração descrito na inicial, assim entendido o dia 04 de junho de 1999, quando finalizou-se a “Oferta de Troca” de ações entre as empresas envolvidas na transação de concentração do poder econômico.

Postas estas considerações e tendo em vista que as impetrantes submeteram o ato de concentração em referência à apreciação do Conselho de Defesa Econômica - CADE no dia 08 de junho de 1999, conclui-se que essa comunicação se deu dentro do prazo legalmente previsto (Lei nº 8.884/90, art. 54, § 4º), afigurando-se, em consequência, indevida a aplicação da multa questionada nestes autos.

Com estas considerações, **nego provimento** à apelação, para manter a sentença recorrida em todos os seus termos.

Este é o meu voto.

VOTO-VOGAL

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO: Senhor Presidente, demonstra-se claramente, pelo relatório e pelo voto do eminente Relator, a ilegalidade perpetrada pelo CADE ao editar a Resolução 1.598, contrariando o comando da Lei 8.884, art. 54.

Portanto, intempestiva me parece a apresentação da documentação para o ato de concentração. Acompanho Sua Excelência no seu voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE. COMUNICAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO DE PODER ECONÔMICO. CONTAGEM DO PRAZO. FLUÊNCIA. LEI Nº 8.884/94, ART. 54, § 4º. RESOLUÇÃO Nº 15/98-CADE (ART. 2º), ILEGALIDADE DA MULTA APLICADA.

I - Nos termos do § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, o prazo para submissão dos atos de concentração do poder econômico ao Conselho de Defesa Econômica - CADE é de quinze dias úteis, contados a partir de sua realização.

II - Em razão do princípio da hierarquia das normas, o art. 2º da Resolução nº 15/1998-CADE não pode contrariar disposições da Lei nº 8.884/94, estabelecendo forma divergente de contagem de prazo previsto no § 4º do

art. 54 da aludida Lei.

III - A anulação de multa imposta pelo CADE, fundada em suposta intempestividade, decorrente de interpretação equivocada da norma legal de regência, é medida que se impõe, como forma garantidora do Estado de Direito, em face da manifesta ilegalidade da resolução em que se embasou.

II - Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Em 25/10/2002.

Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE (Relator)

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 "Stok Purchase Agreement" em 23/07/99, a operação foi efetivamente realizada no dia 05/11/99. Aduz, ainda, que o "Stok 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 litúgio. 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 carrou 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 firmado 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 n° 2001.01.00.031395-8. oficie-se ao Egrégio TRF/1ª Região encaminhando cópia desta sentença.

P. R. I. Oficie-se.

Brasília-DF. 23 de setembro de 2002.

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Juiz Federal Substituto

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
SENTENÇA n° 385/2001- JFS

FENOSPAR X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO n°: 2000.34.00.023971-0

IMPETRANTE: FEDERAÇÃO DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ESTADO DO PARANÁ - FENOSPAR

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

DECISÃO

A FEDERAÇÃO DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ESTADO DO PARANÁ - FENOSPAR impetrou o presente mandado de segurança contra ato do PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA- CADE para tomar sem efeito decisão proferida por aquele Conselho no processo administrativo 08000.002322/96-57, impondo-lhe multa no valor de 60.000 UFIR's, além da proibição de elaborar e divulgar quaisquer tabelas de preços ou qualquer outra informação sobre preços dos serviços entre suas entidades associadas.

Relatou que foi alvo de denúncia junto à Secretaria de Direito Econômico porque teria encaminhado a todas as empresas de Medicina de Grupo uma suposta nova tabela de serviços hospitalares para convênios, orientando as entidades que se não aceitassem tal tabela no suposto prazo de sete dias, estariam automaticamente notificadas de que os hospitais conveniados deixariam de atender os usuários pelo sistema de convênio, atendendo-os exclusivamente como particulares.

Alegou, em síntese, que tal denúncia não retrata a realidade havida, como exaustivamente comprovado nos autos e até reconhecido pelo representante, a qual peticionou aduzindo nenhum prejuízo ter sido imposto as suas representadas.

Disse, ainda, que desde de novembro de 1992, mediante acordo entre as partes, a Tabela FEHOSPAR-ASSEPAS se constituída instrumento normatizador das relações entre compradores e prestadores de serviço de saúde no Estado do Paraná, sendo que os três maiores grupos de compradores sempre adotaram tal instrumento; que o período da denúncia, algumas empresas, unilateralmente e prevalecendo-se de seu poderio econômico, começaram a alterar itens já consagrados, provocando mudanças extremamente prejudiciais aos estabelecimentos de serviço de saúde; que, partiu-se para uma negociação com os convênios, procurando compensar as diferenças, mas eles negaram-se a isso; que, inconformados, os hospitais solicitaram a intervenção da FEHOSPAR para encabeçar um movimento no sentido de serem ouvidas as suas reivindicações; que, reunidos em assembléia geral, decidiram adotar medida mais forte que provocasse a interlocução com os convênios; que tal medida surtiu efeito desejado e, enviadas as correspondências, foi designada comissão mista para estudar o caso; que, retomadas as negociações, a FEHOSPAR imediatamente revogou todos os documentos enviados e anulou o aviso prévio de rescisão contratual concedido.

Esclareceu, por fim, que nunca houve nenhuma tabela editada pela FEHOSPAR; que o único documento editado foi o instrumento normatizador de regras e preços conjuntamente entre a FEHOSPAR e a ASSEPAS, o qual, por ser consensual e registrado em cartório, constitui-se em convenção coletiva de consumo, dentro do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, gerando direitos e deveres apenas aos convênios participantes da própria ASSEPAS, e não os demais convênios, aí incluídos os do SINAMGE.

Requeru medida liminar que foi indeferida.

Com as informações, vieram aos autos cópias do processo administrativo, tendo a autoridade impetrada defendido a legitimidade tanto da multa como da obrigação de não fazer imposta à impetrante.

Disse o impetrado que após regular processo administrativo, observados todos os direito da denunciada, foi reconhecido pelo Plenário do CADE que a impetrante violou a Lei nº 8.884/94, reputando-se suficientes as provas carreadas aos autos para caracterizar as práticas objeto da denúncia - imposição de tabela de serviços hospitalares para convênios, que deveria ter sido integralmente aceita pelas empresas de medicina de grupo, sob pena de deixar de atender os usuários pela forma de convênio, passando a atendê-los unicamente como particulares, o que constitui infração à ordem econômica por infringência do artigo 20, inciso I, combinado como o artigo 21, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.
É o relatório.

DECIDO.

-II-

Sem preliminares, passo ao exame do mérito.

O pedido da impetrante está centrado na alegação de que o instrumento normatizador por ela editado, alvo da denúncia feita pelo SINAMGE junto à Secretaria de Direito Econômico e da decisão proferida pelo CADE, não chegou a produzir efeitos concretos, inexistindo prejuízo para as empresas filiadas ao Sindicato denunciante.

Ainda como justificativa, disse que o ato foi uma forma de provocar a interlocução com os convênios, propiciando, ao menos, uma reunião para discussão das dificuldades e tentativas de resolução dos problemas.

Ocorre, porém, que a infração da Ordem Econômica subsiste mesmo quando não alcançados os efeitos do ato, sendo a responsabilidade objetiva.

Como se infere do art. 20 da Lei nº 8.884/94, “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou *possam produzir* os seguintes efeitos, *ainda que não sejam alcançados*”.

Diante do texto da lei, portanto, não importa que a Tabela FEHOSPAR-ASSEPAS tenha sido revogada ou suspensa depois da sua edição e que não tenha havido prejuízo. É fato incontroverso nos autos que a impetrante fez publicar a referida tabela, induzindo as suas associadas a cumpri-la, estando, por isso mesmo, configurada a prática de infração da ordem econômica.

Conforme consta do acórdão proferido no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (fls. 577), “Ainda que as atitudes da requerida tenham sido tomadas por um motivo maior, o de forçar à negociação, ou remediar prejuízos históricos, estas afirmações não tem o condão de ilidir a prática do ilícito”.

“O fato de a tabela não ter produzido qualquer efeito é irrelevante para a avaliação da presente infração, uma vez que a Lei dispõe, com clareza solar, no seu artigo 20 que *‘constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, **ainda que não***

sejam alcançados:” (grifos no original)

“As provas dos autos demonstram que o representado atuou de forma a subverter os mecanismos de formação de preços dos serviços médico-hospitalares, induzindo suas entidades filiadas à prática de conduta cartelizada entre concorrentes.”

Também o parecer do Ministério Público Federal é no sentido de manutenção do ato impugnado, nos seguintes termos:

“9. É importante recapitular, o impetrante não nega ter implementado a conduta do artigo 3º da Lei nº 8.158/91, incisos I, parte final, e XV:

Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

I - Impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas e máximas e margem de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos;

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.”

- III -

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA buscada pela FEDERAÇÃO DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ESTADO DO PARANÁ- FENOSPAR.

Custas processuais pela impetrante.

Sem honorários advocatícios.

P.R.I.

Brasília, 16 de julho de 2001.

CESAR ANTONIO RAMOS

Juiz Federal Substituto

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

SINDICATO DOS LABS. DE BRASÍLIA X CADE

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º:
1999.01.00.059757-6/DF

Processo na Origem: 9600208417

RELATOR: JUIZ JULIER SEBASTIÃO DA SILVA

RELATOR P/ ACÓRDÃO: JUIZ DANIEL PAES RIBEIRO

APELANTE: SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA

ADVOGADOS: OSCAR LUÍS DE MORAIS E OUTROS (AS)

APELADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCURADORES: RICARDO PANQUESTOR E OUTROS (AS)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA (LEI N. 8.884/94, ART. 20). NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Consoante disposto no art. 20 da Lei n. 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

2. O art. 21 do mesmo diploma legal enumera as condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, “na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos”, entre as quais *obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes* (inciso II).

3. Não configura tal hipótese, todavia, simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos, que apenas sugere aos profissionais os

valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, nem conduzindo a “conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

4. Sentença reformada.

5. Apelação provida, para conceder a segurança.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, vencido o Sr. Juiz-Relator, dar provimento à apelação Brasília-DF, 26 de setembro de 2001.

Juiz DANIEL PAES RIBEIRO

Relator p/ Acórdão

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ JULIER SEBASTIÃO DA SILVA (RELATOR): - Trata-se de apelação interposta pelo Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília, em desfavor da sentença de fls. 541/546, a qual denegou a segurança pleiteada. onde a Ré buscava a nulificação da multa aplicada ao Apelante pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em decorrência de infração à ‘ordem econômica.

Aduz preliminarmente que a decisão do Apelado, datada de 19/06/1996, em que foi multado por ter sido considerado infrator da legislação repressiva dos abusos de poder econômico, com a determinação da cessação da prática considerada abusiva (aplicação da tabela de honorários mínimos), é nula, pois seu advogado não foi cientificado desta cerceamento de defesa.

No mérito, defende a aplicação da tabela de honorários médicos da AMB ao argumento desta representar importante e essencial mecanismo de orientação referencial de parâmetros mínimos no estabelecimento de valores de retribuição do trabalho médico, não impedindo que qualquer entidade ou profissional fixe valores além ou aquém dos indicados na tabela.

Contra-razões às fls. 579/589 pela improcedência do pedido e confirmação da denegação da segurança

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 592/594 pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ JULIER SEBASTIÃO DA SILVA: O Apelante apresenta duas razões objetivando nulificar a decisão emanada do CADE.

No que se refere à primeira, impõe-se de imediato afastá-la. A nulidade do julgamento administrativo absolutamente não existe. No primeiro julgamento, a publicação prévia omitiu os nomes dos advogados do Impetrante, sendo, assim, nulificado na sessão julgadora seguinte. Para esta última, os advogados foram devidamente notificados e se fizeram presente à sessão. Logo, não se caracterizam o mencionado do cerceamento do direito de defesa.

De outro giro, verifica-se que também, no que se refere ao mérito da decisão do CADE, a pretensão do Apelante não pode ser acolhida.

O CADE penalizou o Apelante em face deste impor aos convênios e usuários de serviços médicos a adoção da tabela de honorários elaborada pela Associação Médica Brasileira. A autarquia federal considerou a prática como infração à ordem econômica, enquadrando o Apelante nas disposições dos arts. 3º, I e IV, da Lei 8.158/91 e 21,11, da Lei 8.984/94.

Alega a Apelante que orientou a utilização da tabela mencionada apenas como referencial para os médicos, não havendo qualquer tentativa de fixação de preços uniformes. Assertiva do Apelante é contrariada, no entanto, pelo documento de fl. 235, onde os convênios são informados de que somente serão atendidos aqueles que adotarem a tabela de honorários médicos da AMB. Mencionado documento foi subscrito por vários laboratórios filiados ao Impetrante.

Como se nota, foi imposta a uniformização dos preços médicos, importando, destarte, em informação à ordem econômica e ao direito de escolher do consumidor.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como o voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. JUIZ DANIEL PAES RIBEIRO: Trata-se de apelação interposta pelo Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília de sentença que denegou a segurança impetrada, mediante a qual pleiteava a anulação de penalidade que lhe fora aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por infração à ordem econômica.

Na sessão do dia 17 de agosto pretérito, o Relator, Juiz Julier Sebastião da Silva, proferiu voto negando provimento à apelação, por entender que a infração administrativa efetivamente ocorreu, eis que o apelante não apenas orientou seus filiados à utilização da Tabela de Honorários Médicos, mas impôs sua utilização, ao expedir comunicado informando-os de que somente seriam atendidos aqueles que adotassem a referida tabela.

Pedi vista dos autos, para melhor exame da matéria.

O apelante foi condenado por acórdão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por infração à ordem econômica, prevista no art. 3º, I e XV, da Lei n. 8.158/91, hoje definida no art. 21, II, da Lei n. 8.884/94 (*influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes*), sendo-lhe aplicada multa no valor de R\$5.308,00 (cinco mil, trezentos e oito reais).

Alega, na apelação, preliminarmente, cerceamento ao direito de defesa, por não ter constado, da pauta de julgamento, o nome do advogado constituído, e, quanto ao mérito, não estar configurada a infração, eis que a Tabela de Honorários Médicos, cuja utilização foi recomendada a seus associados, apenas sugere os valores mínimos de honorários profissionais para cada procedimento médico, laboratorial, etc., nada impedindo que “qualquer profissional ou entidade fixe valores superiores aos indicados na THM”.

No que concerne à preliminar, tenho que não lhe assiste razão, visto que, como anotado no voto do eminente Juiz Relator, o primeiro julgamento, no qual foram omitidos os nomes dos advogados do impetrante, foi anulado na sessão subsequente, de cuja pauta os advogados foram regularmente notificados e se fizeram presentes à sessão.

Relativamente à questão de mérito, penso que assiste razão ao apelante. Com efeito, foi ele punido por suposta infração ao art. 3º, I e XV, da Lei n. 8.158/91, que assim dispunha:

“Art. 3º - Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresa, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margem de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos;

XV- obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

A matéria está disciplinada, atualmente, pela Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, cujo art. 20 define as infrações à ordem econômica, nestes termos:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV- exercer de forma abusiva posição dominante”.

O art. 21 enumera as condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, “na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos”, entre as quais, *obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes* (inciso II).

Desse modo, não é qualquer conduta, dentre as elencadas no art. 21, que caracteriza infração da ordem econômica, mas, sim, quando configuradora de hipótese de que cuida o art. 20, incisos I a IV.

Como tal, não entendo a recomendação, pelo apelante, de utilização da Tabela de Honorários Médicos, pois, como assinalado no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, constante dos autos e transcrito no memorial,

“a Tabela de Honorários Médicos resulta de um ato com o escopo de sugerir aos profissionais da Medicina, honorários mínimos, capazes de remunerar dignamente os serviços prestados”.

Acrescenta o mesmo voto:

“Ela não contém qualquer norma de conduta. Tampouco, comina sanção para quem não observar os valores recomendados.

Quem já exerceu profissão liberal conhece a utilidade de semelhantes tabelas, em relação, notadamente, aos novos.

Muitas vezes o jovem profissional queda-se perplexo, diante de uma situação que lhe é posta. Coloca-se frente ao dilema: fixar honorários, em valor alto demais e explorar (ou perder) o cliente; ou estabelecê-los em valor irrisório, em atenção à dignidade profissional?

A tabela obvia o embaraço.

Ela não induz conduta comercial uniforme entre concorrentes. Suas recomendações, simplesmente divulgam valores razoáveis:

Se a realidade econômica revela que tais valores são demasiadamente elevados, a clientela desaparece;

Se, pelo contrário, a conjuntura os coloca em patamares demasiadamente elevados, os prestadores de serviços desprezam as sugestões e elevam os honorários.

Sob outro aspecto, o profissional que se torna famoso contrata honorários, sem levar em conta qualquer tabela”.

E o eminente Ministro conclui seu voto nestes termos:

“Não vejo como a tabela de honorários mínimos possa conduzir a ‘conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes’.

Enxergo nelas um instrumento de defesa das profissões liberais, contra organizações, que na atual sociedade de massas, exploram o trabalho de seus integrantes”.

O próprio impetrado afirma, em suas informações, que “a tabela em si, não impõe qualquer desrespeito à Lei, mais sim, (*sic*) a sua imposição

como parâmetro de mínimo a ser cobrado dos serviços médicos e laboratoriais de todas as entidades já mencionadas culminando numa uniformização de preços e castrando a livre iniciativa, onde a comunidade seria a maior beneficiária” (fls. 225).

Argumenta, de outra parte, em memorial apresentado, que “o fato de tal tabela não ter produzido qualquer efeito é irrelevante para a avaliação da presente infração, uma vez que a Lei dispõe, com clareza solar, no seu artigo 20 que ‘constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados” (grifos do original).

Efetivamente, o artigo citado assim dispõe. Tal dispositivo, contudo, sofreu acerba crítica de João Luiz Coelho da Rocha, *in Alguns Aspectos Heréticos da Lei Antitruste (Lei 8.884/94)*, Revista de Direito Mercantil, n. 97, Janeiro-Março/1995, p. 109/113. Depois de tecer considerações críticas sobre a severidade de alguns dispositivos da Lei, enfatiza, no que se refere ao art. 20:

“Mais flagrante, porém, e aí autorizando perceber-se logo uma patente inconstitucionalidade é a absurda tipificação dos delitos contra ordem econômica expressa no *caput* do art. 20: ‘Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa. os atos, sob qualquer forma manifestadas, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados’.

Está-se aí definindo tipologicamente certas ações como ilícitos. Ilícitos civis. naturalmente. Ora. o ilícito civil no princípio básico da lei brasileira (art. 159 do CC) assenta-se na culpa, naquele dispositivo definida (v. Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 7ª ed., I/366 e Bevilacqua, *Código Civil*, Ed. Histórica, 11426).

Não tem cabimento jurídico, pois, que, em afronta aos termos da Lei Complementar (como é o Código Civil, que tal força óbvia teria) a Lei 8.884 defina como ilícitos civis (comerciais. na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta injurídica punível e não de criação de uma simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva.

Parece contudo inesgotável a impropriedade do legislador nesse

trato da ordem econômica e suas infrações. Pois na composição tipológica daqueles ilícitos resolveu compreender atos que tenham por objeto certos efeitos nocivos ao saudável fluxo econômico. então listados, mas ainda atos que não propriamente objetivem o alcance daquelas situações de incorreto desbalanceamento da economia mas que ‘possam produzir’ tais efeitos ‘ainda que não sejam alcançados’.

Entende-se portanto no texto legal que qualquer ato da empresa - ainda que desprovido de culpa, como vimos - que na verdade não prejudique a livre concorrência, mas que poderia eventualmente tê-lo feito, qualifica um ilícito contra a ordem econômica.

E, certamente, - invertendo toda a concepção do ato ilícito, e pervertendo a técnica mais comezinha da formação dos tipos legais, defere do abstrato, vago, nebuloso e perigoso parâmetro da ‘possibilidade’ de produção de algum daqueles efeitos tidos como deletérios, a verificação da ocorrência da infração legal.

Não temos ciência, no quadro legal brasileiro nem nos chamados crimes de perigo (arts. 250 e ss. do CP), de alguma norma tipológica tão em aberto, deixando à apreciação perigosamente ampla do seu aplicador, sobre o que enfim caracteriza na fatispécie a possível ocorrência dos eventos em causa. E, ainda, antes do curso judicial teremos aí um aplicador administrativo da lei com tal amplitude discricionária de caracterização do delito, em um procedimento legal criado, (arts. 39 e ss.) de teor sumário.”

Em vista do exposto, por não ver configurada infração da ordem econômica, no caso, dou provimento à apelação, para conceder a segurança, para anular a decisão administrativa, nos termos do pedido.

É o meu voto.

Juiz DANIEL PAES RIBEIRO

RELATOR

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

ELEVADORES DO BRASIL LTDA. X CADE

AÇÃO CAUTELAR

AÇÃO CAUTELAR N.º: 2001.34.00.032223-2

CLASSE: 9200

DECISÃO

Trata-se de ação cautelar, com pedido de liminar, ajuizada por **ELEVADORES DO BRASIL LTDA.** em face do **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA** e **UNIÃO FEDERAL** objetivando, liminarmente, garantir a apresentação de contrato sujeito à apreciação do primeiro Requerido, sem se ver compelido a recolher a Taxa Processual instituída pela Lei n.º 9.781/99, alterada pela Lei n.º 10.149/2000.

Afirma que celebrou contrato sujeito à apreciação do CADE, nos termos do art. 54 da Lei n.º 8.884/94, devendo submetê-lo à citada autarquia, constituindo tal ato fato gerador da Taxa Processual do CADE.

Sustenta que a cobrança da referida taxa não encontra suporte no art. 145, inciso II, da Constituição Federal, eis que a atuação do não poderia ser enquadrada como contraprestação estatal.

Alega que a cobrança pela taxa fere o direito de petição, gratuito nos termos da Constituição, além dos princípios da razoabilidade e finalidade, tendo em vista o alto valor da taxa.

É um sucinto relatório.

DECIDO

A concessão de medida liminar pressupõe a existência dos requisitos legais, consubstanciados na relevância do direito invocado e no fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Verifica-se, em juízo de cognição sumária, que a taxa instituída pela Lei n.º 9.781/99 é cobrada em razão do poder de polícia exercido pela

autoridade administrativa. O conceito de poder de polícia foi delimitado pelo Código Tributário Nacional nos seguintes termos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, **regula a prática de ato ou a abstenção de fato**, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Assim, a Taxa Processual não se relaciona com o direito de petição, mas com a própria regulação e controle do setor econômico, previstos no Capítulo I do Título VII da Constituição Federal, os quais são exercidos pelo CADE, com a assistência da SDE/MJ e da SEAE/MF, especialmente em relação aos atos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94.

Por outro lado, o elevado valor da taxa não pode ser visto como ofensa ao princípio da razoabilidade ou finalidade, eis que o procedimento de apreciação de tais atos econômicos é complexo, envolvendo a análise de diversos órgãos administrativos, o que justificaria o valor cobrado. Ademais, a requerente não trouxe nenhum elemento minimamente apto a fundamentar sua alegação.

Por fim, consigne-se inexistir, em tese, ofensa à capacidade contributiva da requerente, eis que, por força do art. 4.º, inciso III, da Lei n.º 9.781/99, são isentos do pagamento da taxa aqueles que provarem insuficiência de recursos, o que não foi ao menos alegado pela parte autora.

Deste modo, em princípio, não se vislumbra quaisquer inconstitucionalidades na impugnada Taxa Processual, pelo que resta ausente o *fumus boni iuris*.

Ante o exposto, **INDEFIRO A LIMINAR.**

No entanto, faculto ao requerente, por sua conta e risco, o depósito da Taxa Processual referente ao caso em questão, mediante o qual restará suspensa a exigibilidade da mesma, devendo ser recebido e processado o pedido administrativo sujeito à exação depositada.

Citem-se.

Publique-se. Intimem-se.

Retifique-se a autuação para que conste a litisconsorte passiva no respectivo termo (fl. 15).

Brasília, 27 de Novembro de 2001.

LÍLIA BOTELHO NEIVA

Juíza Federal Substituta da 4ª Vara/DF

DECISÃO.

Cuida-se de ação cautelar proposta por ELEVADORES DO BRASIL LTDA., qualificado e representado nos autos, contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA- CADE, com pedido de liminar, objetivando a suspensão do pagamento da Taxa de Processual do CADE, instituída pela Lei nº 9.781/99, alterada pela Lei nº 10.149/00, sob o fundamento de que a referida taxa é inconstitucional.

2. Alega que celebrou com a empresa ABC ASSISTÊNCIA TÉCNICA DE ELEVADORES E COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA. contrato de aquisição de portfólio que se enquadra na hipótese do art. 54 da Lei nº 8.884/94, encontrando-se, portanto, sujeito à apreciação prévia do CADE.

3. Sustenta que a cobrança de taxa pelo órgão de defesa econômica é inconstitucional porque não há referibilidade a nenhum serviço público específico e divisível ou tampouco constituiu exercício de poder de polícia.

4. Não vislumbro a presença dos pressupostos autorizadores da medida. A requerente, como reconhece na inicial, celebra contratos, (não é o primeiro), que poderiam configurar infração à ordem econômica ou dominação de mercado, razão pela qual estão sujeitos à aprovação do CADE.

5. Desse modo, em princípio, a taxa impugnada tem referibilidade no poder de polícia, uma vez que o tipo de contrato efetuado pela requerente impõe uma atuação do órgão na proteção da sociedade contra o abuso econômico, como forma de intervenção do Estado na ordem econômica para garantir a livre concorrência.

6. Por outro lado, o valor da taxa não é exorbitante, se considerarmos o faturamento da empresa, valendo registrar que a requerente deixou de juntar aos autos o contrato referido.

7. Assim, INDEFIRO a liminar.

8. Publique-se. Cite-se.

Brasília, 10 de dezembro de 2001

Anamaria Reys Resende

Juíza Federal Substituta da 13ª Vara em exercício na 21ª Vara

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

SENTENÇA N°: 1.215/2001

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

CLASSE: 9200

PROCESSO: 2001.34.00.032223-2

AUTOR: ELEVADORES DO BRASIL LTDA.

RÉU: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE E OUTRO

DECISÃO

Vistos etc.

ELEVADORES DO BRASIL LTDA., qualificado na inicial, ajuíza ação cautelar inominada contra o **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE e UNIÃO FEDERAL**, objetivando, liminarmente, garantir a apresentação de contrato sujeito à apreciação do primeiro requerido, sem se ver compelido a recolher a Taxa Processual instituída pela Lei n.º 9.781/99, alterada pela Lei n.º 10.149/2000.

A liminar foi indeferida (fls. 50/52).

O autor requereu à fl. 55 a desistência do feito e sua conseqüente extinção.

Os réus não foram citados.

Diante do exposto, **homologo a desistência** requerida e, em conseqüência, julgo extinta a presente ação, com fundamento no art. 267, VIII do CPC. Arcará o autor com as custas processuais já antecipadas. Deixo de condená-lo na verba honorária uma vez que não houve citação dos réus.

Arquivem-se os autos após as anotações devidas e dê-se baixa na distribuição.

P.R.I.

Brasília, 19 de dezembro de 2001.

LÍLIA BOTELHO NEIVA

Juíza Fede Substituta da 4ª Vara/DF

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

SENTENÇA N.: 384/2002.

PROCESSO: 2001.34.00.033470-5

CLASSE 9200: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

REQUERENTE: ELEVADORES DO BRASIL LTDA.

REQUERIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA .

Juízo: 21ª VARA

DECISÃO

Vistos, etc.

ELEVADORES DO BRASIL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, qualificada na inicial, ajuizou ação, sob o rito cautelar, contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE, objetivando apresentar contrato, para fins do art. 54, § 3º, da Lei 8.898/94, sem o recolhimento da Taxa Processual ao CADE.

Fundamentando tal pretensão, assevera que, no exercício de sua atividade econômica, celebrou contrato através do qual adquiriu a posição contratual de outra empresa em acordos para conservação e manutenção de elevadores; que a referida operação, por haver sido realizada por empresa de relativa atuação no mercado, deve ser submetida à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica; que a apresentação do contrato ao Réu a obriga ao recolhimento da Taxa Processual no valor de R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); que a citada exação é inconstitucional, de vez que não está vinculada à prestação de um serviço público específico e divisível ou ao efetivo exercício do poder de polícia pelo CADE; e que a sua instituição da taxa constitui violação aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e finalidade.

A inicial está instruída com os documentos de fls. 16/41.

Liminar indeferida pela i. juíza processante da causa a fl. 44
Contestação do CADE a fls. 58/63, Réplica a fls. 69/73.

Relatados e examinados, decido.

Cuida-se, nestes autos, de prestação cautelar para fins de apresentação, no dia 11 de dezembro de 2001, de contrato, para fins do art. 54, § 3º, da Lei 8.898/94, sem o recolhimento da Taxa Processual ao CADE.

Ocorre, entretantes, que a liminar restou indeferida sob a seguinte fundamentação pela e. julgadora processante, *in verbis*:

“Cuida-se de ação cautelar proposta por ELEVADORES DO BRASIL LTDA., qualificado e representado nos autos, contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, com pedido de liminar, objetivando a suspensão do pagamento da Taxa de Processual do CADE, instituída pela Lei 9.781/99, alterada pela Lei 10.149/00, sob o fundamento de que a referida taxa é inconstitucional. Alega que celebrou com a empresa ABC ASSISTÊNCIA TÉCNICA .:DE ELEVADORES E COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA., contrato de aquisição de portfólio que se enquadra na hipótese do art. 54 da Lei 8.884/94, encontrando-se, portanto, sujeito à apreciação prévia do CADE.

Sustenta que a cobrança de taxa pelo órgão de defesa econômica é inconstitucional porque não há referibilidade a nenhum serviço público específico e divisível ou tampouco constituiu exercício de poder de polícia.

Não vislumbro a presença dos pressupostos autorizados da medida. A requerente, com reconhece na inicial, celebra contratos, (não é o primeiro), que poderiam configurar infração à ordem econômica ou dominação de mercado, razão pela qual estão sujeitos à aprovação do CADE.

Desse modo, em princípio, a taxa impugnada tem referibilidade no poder de polícia, uma vez que o tipo de contrato efetuado pela requerente impõe uma atuação do órgão na proteção da sociedade contra o abuso econômico, como forma de intervenção do Estado na ordem econômica para garantir a livre concorrência.

Por outro lado, o valor da taxa não é exorbitante, se considerarmos o faturamento da empresa, valendo registrar que a requerente deixou de juntar aos autos o contrato referido (fl. 44).

Assim é que, considerando que o presente pedido instrumental, tendo sido articulado para apresentação do mencionado contrato ao CADE, em 11 de dezembro de 2001, sem o recolhimento da Taxa Processual, restou, com o indeferimento da medida liminar, sem objeto a presente ação. Aliás, a própria inicial cuidou de alertar sobre o risco do perecimento do interesse de agir da Requerente caso não deferida a prestação antecipatória:

Posto isso, é presente Medida Cautelar para requerer à Vossa Excelência o direito de apresentar seu contrato no próximo dia 11, sem ver compelida a recolher a Taxa Processual do CADE, pedido este que deve ser concedido ad cautelam inaudita altera parte, por restar evidente o perigo na demora anterior exposto. Sendo certo que a autora proporá no prazo legal a ação ordinária (fl. 14)

Nesse contexto, vale salientar os precisos ensinamentos de Batista Lopes, na sua obra *Ação Declaratória*, páginas 55/56, no sentido de que as condições da ação, *ex vi* do art. 462 do CPC, devem ser examinadas não somente na instauração da lide, mas em todo curso do processo, *in verbis*:

É certo que o preceito citado não se refere às condições da ação, mas a fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Entretanto, como anota Arruda Alvim, se o art. 462 refere-se à própria existência do direito (verbis fato constitutivo... do direito_), com maior razão, há de ser aplicado para elemento constitutivo do próprio direito de ação.

De outro lado, se o interesse de agir, existente ao tempo do ajuizamento da ação, desaparecer ulteriormente, deverá o juiz extinguir o processo, sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, VI).

Em face do exposto, de ofício, extingo o feito sem exame de mérito, nos moldes do art. 267, VI, do CPC, condenando a Autora nas custas processuais e em honorários advocatícios, que arbitro, com amparo no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, em R\$ 200,00 (duzentos reais).

P. R. I.

Brasília-DF, 30 de setembro de 2002.

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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

SINDICATO DOS MÉDICOS DO DF X CADE

APELAÇÃO EM MS

APELAÇÃO EM MS Nº: 95.01.10357-9/DF

Processo na Origem: 9400097964

RELATOR (A): JUIZ LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.)

APELANTE: SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL

ADVOGADO: OSCAR LUÍS DE MORAIS E OUTROS (AS)

APELADO: UNIÃO FEDERAL

PROC/S/OAB: ANTONIO GERALDO DA ROCHA

EMENTA

PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE QUE PRATICOU O ATO.

1. Na vigência da Lei 8.158/91 a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) não tinha competência, nem mesmo com fulcro no artigo 12 dela, para impor sanções por violação à ordem econômica. Precedente do STJ.
2. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma Suplementar, por unanimidade, dar provimento à apelação. Brasília, 20 de fevereiro de 2002.

LEÃO APARECIDO ALVES

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ LEÃO APARECIDO ALVES: Trata-se de apelação de

sentença de lavra do MM. Juiz Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que denegou a segurança impetrada pelo SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL contra ato do SECRETARIO DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, que determinou a observância da Tabela de Honorários Médicos à qual se vincularam o Sindicato dos Médicos - AMBR, AMHPDF, COBRASA e o Sindicato dos Laboratórios para atenderem aos convênios celebrados a partir de 04/05/92, sujeitando o impetrante à multa em caso de descumprimento da decisão (fls. 278/290).

Em suas razões de apelo, alega, em síntese, que o impetrado não dispunha de competência para a prática do ato e que não houve infração à ordem econômica, nos termos do art. 3º, I e XV, da Lei nº 8158/91 (fls. 293/317).

Sem contra-razões.

Oficiou a Procuradoria Regional da República pelo não provimento do apelo (fls. 326/336).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ LEÃO APARECIDO ALVES:

1. Na vigência da Lei 8.158/91 a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) não tinha competência, nem mesmo com fulcro no artigo 12 dela, para impor sanções por violação à ordem econômica.

Neste sentido, orienta-se a jurisprudência do STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA. ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. TABELA DE HONORÁRIOS MÉDICOS. DIVULGAÇÃO. PROIBIÇÃO. MULTA DIÁRIA. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO-SNDE. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE.

- À luz da lei 8158/91, não compete a SNDE impor medidas preventivas, mas tão só proceder à instrução do processo, competindo ao CADE decidir quanto a aplicação de sanções.

- Segurança parcialmente concedida.(DJ DATA: 19/06/1995 PG: 18593, Rel. Min. AMÉRICO LUZ (0272), 14/03/1995 S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

Essa decisão acolheu o parecer do então Subprocurador-Geral Dr. José Arnaldo da Fonseca, do qual extraio a seguinte passagem (fls. 315/316):

“Pelo art. 12, cabe à SNDE e ao CADE adotar medidas preventivas, em qualquer fase da averiguação preliminar do processo administrativo, da execução ou da intervenção...”

Vê-se, claramente, que esse artigo deve ser interpretado em conjugação com os artigos 1º e 7º (d) que atribuem à SNDE a faculdade de solicitar ao CADE providências hábeis a fazer cessar a prática ilícita, daí porque a inserção da preposição ~ deve ser compreendida como, conjuntamente isto é, a SNDE provocará, e, o CADE, adotará no âmbito de sua atribuição, medidas preventivas tendentes a evitar lesão grave à livre concorrência ou que venha tornar inócuo o resultado final do processo.

“Em regra de hermenêutica, não iria a Lei 8,158/91, nos artigos 1º e 7º, arrolar as atribuições da SNDE, em que não se inserem a de impor obrigação de fazer, medidas preventivas e multa, e já no disposto no artigo subsequente, o 12, entende-se que à SNDE é conferida essa atribuição restritiva de direitos. Não. As atribuições da SNDE estão nos art. 1º e 7º. As de artigo 12 são exercidas em conjunto com o CADE; e isto porque já houve ou está havendo averiguação preliminar do processo administrativo, a execução e a intervenção, procedimento de exclusiva competência do CADE (art. 17, a, i e m da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962) não modificada pela Lei 8.158/91. E sendo da competência do CADE a averiguação preliminar, a execução e a intervenção é curial que esse órgão, de ofício ou por provocação da SNDE, adote medidas preventivas para valer as suas próprias decisões.”

“Assim neste ponto, procede a impetração, ou seja descabia ao Secretário de Direito Econômico, nos termos da Lei 8, 158/91 impor: obrigação de fazer, medidas preventivas e multa. E tanto é certo que a atual Lei 8, 884, de 11 de junho de 1994, que revogou a Lei 8.158/91, dando-se pela omissão, ao disciplinar a Secretaria de Direito Econômico diz a ela competir, dentre outras, a atribuição de ‘adotar medidas preventivas que

conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento (art. 14, inciso, XI). Ontem não tinha (Lei 8884/94), e como a competência se examina á avista do momento em que exercitada, insubsistente e a imposição da medida sob o pálio da citada Lei 8158/91.”

2. À vista do exposto, dou provimento à apelação para deferir a segurança a fim de **anular** o ato administrativo em causa por incompetência da autoridade que o praticou.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

JÓIA POSTO LTDA. X CADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º: 2002.01.00.005899-1/DF

Processo na Origem: 200234000027983

RELATOR: JUIZ DANIEL PAES RIBEIRO

AGRAVANTE: JÓIA POSTO LTDA.

ADVOGADOS: BEATRIZ QUINTANA NOVAES E OUTROS(AS)

AGRAVADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE

DECISÃO

A Secretaria de Direito Econômico, na hipótese dos autos, instaurou, a pedido do Ministério Público Estadual, processo administrativo contra diversos estabelecimentos revendedores de combustíveis, localizados no Estado de Santa Catarina, para a apuração de infração à ordem econômica. no caso suposto acordo de preços praticados pelos denunciados, sob a influência do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis.

Valendo-se do permissivo do art. 53, da lei 8.884/94. “*Jóia Posto Ltda.*”, um dos relacionados na representação ministerial, via do seu representante legal, nos autos do mencionado processo administrativo, requereu a celebração de compromisso de cessação, indeferido pela autoridade administrativa sob o fundamento da existência de provas suficientes para a condenação dos representados.

Inconformada, ajuizou ação declaratória, com pedido de antecipação de tutela, objetivando a declaração do seu direito subjetivo a firmar o compromisso de cessação em qualquer fase do procedimento administrativo, e a anulação deste a partir da proposta formulada, prosseguindo-se em relação aos demais (fls. 03/52).

Ao entendimento de que a tutela antecipada postulada tem nítida natureza cautelar, de cumulação incompatível com os demais pedidos formulados na inicial, a liminar restou Indeferida (fls. 53).

Dáí o ajuizamento de ação cautelar incidental, onde melhor sorte não logrou a autora, pois teve seu pedido de liminar indeferido, estando a decisão, no que interessa, assim motivada (fls. 62/63):

“...Depreendo que os autores foram recomendados a serem incurso nos artigos 20, I, c/c 21, I, II e XXIV da Lei 8.884/94 pela Procuradoria do CADE e que aos dias 20/06/2001 formularam o pedido administrativo para a assinatura de compromisso de cessação sob o argumento de que não teriam esse seu direito subjetivo atingido pela alteração implementada pela Lei 10.149/2000 ao artigo 53 da referida norma, porquanto estavam sendo investigados por fatos ocorridos antes de sua edição.

É de clareza solar o preceito do § 5º, do art. 53 da Lei em comento de que os autores não podem serem beneficiados pejo Compromisso de Cessação previsto no caput do mesmo artigo.

Ademais, apesar dos fatos ensejadores da eventual imposição de penalidades aos autores terem ocorrido antes da referida alteração legal, devo ressaltar que os atos administrativos se regem pelas normas vigentes à data de sua realização. É decorrência do princípio da legalidade.

Dispositivo.

Em face da ausência da fumaça do bom direito, indefiro a liminar requerida.”

Irresignada, interpõe o presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo (ativo) onde sustenta, em síntese, que, embora o ato administrativo tenha efeito imediato, deve respeitar os efeitos jurídicos produzidos no passado, convocando, no ponto, ensinamento doutrinário posto no sentido de que *“de regra, o ato administrativo geral e especial tem o efeito imediato, isto é, aplica-se ao presente, a partir da sua entrada em vigor, respeitando os efeitos jurídicos produzidos no passado”* (Odete Medauar. *In Direito Administrativo Moderno*. SP, 2001, p. 166). Com este posicionamento, afasta a aplicação da restrição imposta pelo § 5º do art. 53 da Lei 8.884/94, na redação da lei 10.149. de 21 de dezembro de 2000.

Este, em síntese, o resumo da questão.

Decido.

Estatui o art. art. 53 da Lei 8.884/94, que:

“Em qualquer fase do procedimento administrativa poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação. que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada”.

Sobre tal instituto, traz a agravante ensinamentos doutrinários, dentre os quais o de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Em sua obra de comentários à lei antitruste denominada “*Lei de Proteção da Concorrência*”, RJ, 1995, às fls. 137, afirma que “o *objetivo primordial da existência e concretização do compromisso de cessação, do ponto de vista da Administração, é o de fazer cessar a prática dos atos que ela entende estarem em conflito com a ordem econômica*”; e o de Fábio Ulhoa Coelho, sobre dizer que “*um dos mais importantes instrumentos da nova lei antitruste, o compromisso de cessação tem o objetivo de superar a atuação administrativa na defesa das estruturas do livre mercado, através da composição com o empresário representado*” (Direito Antitruste Brasileiro, SP, 1995). (Fls. 15/16).

No mesmo diapasão, o escólio de Sidio Rosa de Mesquita Júnior, concluindo pela obrigação de os órgãos públicos de defesa econômica celebrarem tais acordos, *verbis* (fls. 04/05):

“...Cremos que o compromisso de cessação de prática, fundado no principio constitucional que a ordem econômica se dará pela livre Iniciativa, tem natureza mista, envolvendo, inclusive, a transação prevista no Código Civil.

É inegável a natureza de transação da suspensão condicional do processo, onde a autarquia e a empresa fazem um acordo que visa a imediata cessação da infração sob investigação.

É mister a lembrança de que o art. 89 da lei 9.099/95 encontra-se assim escrito: “...o Ministério Público. ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo...” Da mesma forma, a lei 8.884/94, de faculdade do Estado, mas de direito subjetivo do acusado.

Indubitável é que o compromisso de cessação de prática, permite o alcance dos objetivos do Estado de forma mais célere. Outrossim, alcança o fim de se concretizar uma economia processual salutar ao Estado, tendo em vista que o mesmo deixa de empregar recursos humanos e materiais par a solução de lide. Finalmente (e principalmente), permite a solução do problema econômico segundo a livre iniciativa, evitando-se a intervenção estatal em tal campo.” (Revista de Direito Econômico do CADE, n. 24, julho/dezembro de 1996, fls. 65/72).

Ao que demonstram os autos, desde o nascedouro do procedimento administrativo instaurado, suplica a agravante pela celebração do mencionado compromisso de cessação, indeferido na instância administrativa, à consideração, dentre outras, de que norma posterior, de caráter processual, aplicável imediatamente, impediria o atendimento.

Ora, conforme observa precedente do Superior Tribunal de Justiça, trazido à colação pela agravante, “em tema de direito intertemporal, o princípio fundamental que norteia o sistema situa-se no plano constitucional, que preconiza o dogma de que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”* (Ministro Vicente Leal. EDRMS 9833/CE). (Fls. 25)

No caso dos autos, a representação ofertada pelo Ministério Público foi encaminhada à SDE em 03 de julho de 2000, historiando fatos, para apuração, ocorridos em junho desse mesmo ano.

Assim, em consonância com o entendimento esposado no precedente do Superior Tribunal de Justiça, não poderia ser convocada à hipótese a Lei 10.149 que, dando nova redação ao aludido artigo 53 da Lei 8.884/94, restringiu a celebração do compromisso de que se cuida para casos de denúncia de formação de cartel, coarctando direito subjetivo da agravante. Isto porque entrou ela em vigor em 21 de dezembro de 2000.

Neste contexto, inegável, penso eu, o direito subjetivo da agravante e celebração do compromisso de que se trata, sendo irrelevante encontrar-se o processo na SDE ou no CADE, eis que a transação, nos termos da redação original do dispositivo legal pertinente, poderia ser firmada “em qualquer fase do processo”.

Isto posto, defiro o pedido (fls. 27/28).

Comunique-se, para as devidas providências.

Intime-se o agravado para resposta.

Publique-se.

Brasília-DF, 22 de fevereiro de 2002.

Juiz DANIEL PAES RIBEIRO

RELATOR

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2002.01.00.005520-4/DF

GE-DAKO S/A X CADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO

RELATOR (A): JUÍZA SELENE MARIA DE ALMEIDA

AGRAVANTE: GE - DAKO S/A

ADVOGADO: ROGÉRIO DA SILVA VENÂNCIO PIRES E OUTROS (AS)

AGRAVADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - CADE/MJ

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GE - DAKO S/A e, face da r. decisão do MM Juíza da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília que, em sede de medida cautelar Incidental, condicionou os efeitos de medida liminar suspensiva de exigibilidade de multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça - CADE/MJ, ao prévio depósito dos valores discutidos.

A agravante sustenta, em síntese, que lhe foi aplicada multa pelo CADE/MJ por suposto atraso na comunicação da operação empresarial - aquisição do controle acionário da Indústria e Comércio DAKO do Brasil S.A - e que a MM. Juíza **a quo** condicionou a concessão da liminar pleiteada para suspender a exigibilidade dos supostos créditos ao efetivo depósito dos valores devidos, face ao disposto no artigo 65 da Lei 8.884/94.

Argumenta que tal dispositivo da Lei mencionada, não se aplica no caso, pois é de notar que o artigo referido está inserido no Título VIII, Capítulo I que trata especificamente do Processo de execução das decisões do CADE, sendo pressuposto para sua aplicação a existência de uma ação de execução.

Enfatiza que a redação dada pelo legislador ao artigo 65 da Lei 8.884/94 está em conformidade com a atual sistemática do processo executivo fiscal, e que tal entendimento se torna claro ao se verificar que o processo de

execução das decisões do CADE deve seguir o rito procedimento da Lei nº 6.830/80 (LEF), nos termos do artigo 61 da Lei 8.884/94.

Por tais razões requer a concessão do efeito suspensivo para suspender a exigibilidade dos créditos, consubstanciados nos autos de infração de n.s 07/98 e 08/98, sem que esteja condicionado ao depósito do montante discutido, e a procedência do recurso.

II

Em que pese a r. argumentação expendida pela agravada, não vislumbro estarem presentes os requisitos ensejadores da concessão do efeito suspensivo pleiteado.

Tenho que não encontra suporte a existência de que uma ação anulatória em curso tenha o poder de afastar a presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos, que a par de admitirem prova em contrário, trazem em si a presunção de que em sua formulação tenham observado os preceitos vigentes, o que lhes garante a auto-executoriedade.

Pressupor que os atos foram praticados ao arrepio da legislação é contrapor-se à: pressuposições constitucionais, legais e regimentais da administração pública, sem prejuízo da inversão do entendimento preconizado pela jurisprudência e a doutrina pátrias.

No artigo 66 da Lei 8.884/94, existe ainda é uma previsão de maior amplitude que a citada no art. 65, que trazem em si o pressuposto de que a administração pública observa, na confecção de seus atos administrativos ou de suas decisões colegiadas, a estrita adequação à lei.

No caso do CADE, tem-se que é um órgão administrativo que tem por função primordial combater o abuso do poder econômico, objetivando especialmente impedir infrações à ordem econômica, o que pelo menos em tese, foi realizado no processo administrativo que ensejou à aplicação de multa à agravante.

Ainda que a empresa/agravante pretenda discutir ou mesmo anular o procedimento administrativo, entendo que a exigibilidade da multa somente poderá ser obstada com a devida observância do disposto no art. 65 da Lei n.º 8884/94, ou seja, com a regular garantia do juízo ou a prestação de caução que o juízo fixar.

Pelo exposto, nego o efeito suspensivo pleiteado.

Dê-se conhecimento do inteiro teor desta decisão ao juízo a quo, para os fins devidos.

Intime-se o agravado para, querendo, responder a este recurso, no prazo legal.

Intime-se. Oficie-se

Brasília-DF, 28 de fevereiro de 2002

Juíza SELENA MARIA DE ALMEIDA - Relatora

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR

SENTENÇA N°: 056-B/2003

PROCESSO: MEDIDA CAUTELAR N° 2001.34.00.034222-0

REQTE: GEDAKO S/A E OUTRO

REQDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

JUÍZO: 17ª VARA/DF

DECISÃO

Trata-se de MEDIDA CAUTELAR requerida por GEDAKO S/A e GENERAL ELECTRIC DO BRASIL S/A contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, objetivando suspender qualquer ato tendente a promover a inscrição dos créditos, consubstanciados nos autos de infração de nos 07/98 e 08/98, na dívida ativa do CADE, suspendendo-se a sua exigibilidade.

Para tanto aduzem, em síntese, que a empresa General Electric, visando ingressar no mercado de eletrodomésticos, adquiriu o controle acionário da Indústria e Comércio DAKO do Brasil S.A, cuja operação foi submetida à apreciação do CADE em 22/11/1996, em conformidade com o art. 54 da Lei 8.884/94.

Dizem que o CADE, apesar de aprovar por unanimidade a operação, aplicou as multas ora questionadas, por considerar intempestiva a apresentação do referido ato, com fundamento na Resolução nº 15, de 19/08/98, que disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54, da lei 8.884/94.

Afirmam que o CADE está na iminência de promover a inscrição na dívida ativa dos supostos créditos objeto dos referidos autos de infração, o que demonstra a existência do *periculum in mora*.

Foi deferido o pedido de liminar, sob condição de serem efetuados depósitos em conta judicial - fls. 354 e verso -, o que ensejou a interposição de Agravo de Instrumento, ao qual foi negado efeito suspensivo - fls. 372/373.

Não efetivado o depósito e não tendo o Agravo de Instrumento efeito suspensivo, foi cassada a liminar - fls. 371.

A fls. 377 foi reconsiderada a Decisão que cassou a liminar, mediante depósito de Carta de Fiança Bancária.

Juntada das respectivas Cartas de Fiança - fls. 378/395.

Homologada desistência do Agravo de Instrumento - fls. 416.

Citado, o réu contestou o feito alegando inexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requerendo seja o pedido julgado improcedente.

Foi apresentada réplica à contestação.

Após, vieram-me os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

//

DECIDO

Busca o processo cautelar assegurar a probabilidade de êxito quando da discussão de mérito, na ação principal própria, sendo requisitos do mesmo, o “*periculum in mora*” e o “*fumus boni iuris*”.

A presente medida foi requerida como preparatória à Ação de Ordinária nº 2001.34.00.021170-3, através da qual as autoras impugnaram a legalidade das multas em questão.

Restou devidamente comprovado nos autos que as multas encontram-se na iminência de serem inscritas em dívida ativa do CADE,

sendo certo também que a qualquer momento podem ser iniciados procedimentos para cobrança extrajudicial do valor das mesmas.

Embora este juízo tenha julgado improcedente o pedido da ação principal, este encontra-se sujeito a recurso e, portanto, passível de ser reformado.

Portanto, resta plenamente evidenciado o *periculum in mora*.

Além disso, conforme relatado, as requerentes depositaram em juízo Cartas de Fiança Bancária, não havendo, portanto, possibilidade de prejuízo ao requerido.

//

Pelo exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para suspender os efeitos da decisão proferida pelo CADE nos autos do Ato de Concentração nº 188/97, na parte em que aplicou a multa no então vigente valor de 60.000 UFIR para cada uma, e para determinar que o CADE se abstenha de proceder a inscrição dos nomes das autoras na dívida ativa ou adotar qualquer outro procedimento destinado à cobrança das referidas multas, até julgamento definitivo da ação principal - processo nº 2001.34.00.021170-3.

Confirmo a liminar anteriormente concedida. i

Condeno o requerido no pagamento das custas

processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Traslade-se cópia desta para os autos da ação principal (Processo nº 2001.34.00.021170-3).

Defiro o pedido de fls. 682, para determinar que as publicações na imprensa sejam feitas nos nomes dos procuradores ali indicados, procedendo-se as devidas anotações.

P.R.I.

Brasília (DF), 31 de março de 2003.

ANA MARIA REYS RESENDE

Juíza Federal Substituta em exercício na 17ª Vara

AÇÃO ORDINÁRIA

SENTENÇA nº: 067-B/2003

PROCESSO: AÇÃO ORDINÁRIA nº 2001.34.00.021170-3

AUTORA: GEDAKO S/A E OUTROS .

RÉ: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

JUÍZO: 17ª Vara - DF

DECISÃO

Trata-se de ação sob o procedimento ordinário ajuizada por GEDAKO S/A e GENERAL ELECTRIC DO BRASIL LTDA. contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, objetivando seja declarada a nulidade da decisão do CADE, proferida no Ato de Concentração nº 188/97, na parte em que lhes condenou ao pagamento de multa equivalente a 60.000 UFIR para cada uma, bem como para anular os Autos de Infração nºs 07/98 e 08/98, relativamente à cobrança destas multa.

Para tanto aduzem, em síntese, que a empresa General Electric, visando ingressar no mercado de eletrodomésticos, adquiriu o controle acionário da Indústria e Comércio DAKO do Brasil S.A, cuja operação fora submetida à apreciação do CADE em 22/11/1996, em conformidade com o art. 54 da Lei 8.884/94.

Dizem que o CADE, apesar de aprovar por unanimidade a operação, aplicou as multas ora questionadas, por considerar intempestiva a apresentação do referido ato, com fundamento na Resolução nº 15, de 19/08/98, que disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54, da Lei 8.884/94.

Afirmam que a aplicação da referida Resolução fere o princípio da legalidade.

Deferida antecipação de tutela nos termos da Decisão de fls. 372 e verso, para o fim de suspender qualquer ato tendente a promover a inscrição dos débitos em questão em dívida ativa do CADE, bem como para suspender a exigibilidade dos mesmos.

Na mesma decisão foi determinada a regularização da representação processual das autoras, o que foi efetivamente cumprido, conforme fls. 545/567.

De tal decisão foi interposto Agravo de Instrumento, ao qual foi dado provimento - fls. 655/669.

Citado, o réu contestou o feito argüindo, em preliminar, ser indevida

a concessão de antecipação de tutela antes da regularização da representação processual além de contrariar dispositivo expressa no art. 65 da Lei 8.884/94. No mérito, afirma, tanto a constitucionalidade quanto a aplicabilidade da Resolução nº 15/98, ao caso ora examinado, pugnando, ao final, pela improcedência do pedido.

Foi apresentada réplica à contestação fls. 605/608.

Não foi requerida a produção de outras provas.

É o relatório.

//

DECIDO

A preliminar argüida pelo réu no sentido de ser indevida a concessão de antecipação de tutela, encontra-se preclusa em face da regularização da representação processual das autoras e do julgamento do Agravo de Instrumento, conforme relatado acima.

Passo ao julgamento do mérito.

Objetivam as autoras ver declarada a nulidade da ‘decisão do CADE, proferida no Ato de Concentração nº 188/97, na parte em que lhes condenou ao pagamento de multas equivalentes a 60.000 UFIR cada uma, bem como para anular os Autos de Infração nos 07/98 e 08/98, relativamente à cobrança destas multas.

Em face da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa e livre concorrência, entre outros, e obrigatória a apreciação pelo CADE, das operações econômicas, como a realizada pelas autoras.

O Ato por elas realizado, conforme narrado na inicial, deu-se da seguinte forma:

“A empresa General Electric do Brasil Ltda. (doravante denominada GE-Brasil), visando ingressar no mercado de eletrodomésticos, adquiriu o controle acionário da Indústria e Comércio DAKO do Brasil S.A (doravante denominada DAKO), em 01/11/1996. Esta operação empresarial foi concretizada através do Contrato de aquisição de ações (fls. 03).

Com a reestruturação societária, houve a mudança da denominação social da DAKO para Ge Dako S/A, a qual passou a atual no mercado de eletrodomésticos, por meio da assinatura dos seguintes documentos: (i) acordo de acionistas datado de 01/11/1996 (Doc. 04) e (ii) ata de assembléia geral extraordinária: datada de 01/11/1996 (Doc. 05).”

As autoras entendem que a primeira operação que realmente interessa ao caso foi realizada em 10.11.1996, quando foi assinado o acordo entre os acionistas e lavrada a ata da assembléia geral extraordinária.

O CADE, de outro lado, entende que a primeira operação efetivou-se em 29.10.1990, data da celebração do Instrumento Particular.

Portanto, a controvérsia gira em torno da fixação da data da ocorrência da operação, que segundo a autora, foi em 10.11.1996, quando foi concretizada a associação, enquanto o réu entende que a data é 29.10.96, quando foi celebrado o primeiro argumento vinculativo, conforme determinado pela Resolução nº 15, de 19/08/98.

A referida Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, em seu art. 54, §§ 4º e 5º, preceitua o seguinte:

“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 à SPE.

§ 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”.

Em 19 de agosto de 1998, foi editada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, a Resolução n° 15, que disciplina as formalidades e às procedimentos relativos aos atos de que trata o dispositivo acima transcrito - art. 54 da Lei 8.884/94 -, a qual, em seu art. 2°, estabelece:

“Art. 2° O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento do §§ 4° e 5° do art. 54 da lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.”

Como argüido em contestação, e de acordo com o art. 51, da Lei 8.884/94, a Resolução n° 15, tem por objeto regulamentar o processo administrativo no âmbito do CADE.

Pertine observar que o CADE, ao editar a referida resolução não desrespeitou o limite de sua competência normativa, pois nada fez além de regulamentar a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, ou seja, não alterou os parâmetros desta, mas apenas definiu qual o “momento da realização da operação”, estabelecendo que será a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes.

Não há ofensa ao princípio da legalidade.

Ora, se o Instrumento Particular não representou nenhum vínculo entre as associadas, então qual o fundamento de sua celebração? É evidente que é a partir daí considera-se realizada a operação.

Se a administração, no caso o CADE, tem o dever de zelar pela ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais, dentre eles o da livre concorrência, é prudente que tome conhecimento e possa apreciar negociações de tão grande monta, como a associação em questão, antes que o negócio efetivamente se realize.

Oportuno mencionar, ainda, que a decisão do CADE não viola o princípio da segurança jurídica, pois tal ocorreria se após a concordância expressa com o negócio entabulado pelas autoras, este, sem fundamento legal, criasse obstáculo ao seu cumprimento.

No entanto, o que determina a Resolução é justamente para evitar que o negócio que dependa de apreciação do CADE só seja submetido a sua apreciação após concretizado.

Além disso, o CADE, até o momento em que a autora lhe encaminhou a documentação não tinha conhecimento da transação, o que confirma que não existia situação jurídica consolidada.

Quanto aos valores das multas, foram devidamente fixados dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei 8.884/94, ou seja, em valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR, em decisão que certamente foi fundamentada, porque não houve alegação nesse sentido.

Estando o valor da multa em conformidade com a legislação que rege a matéria e não tendo havido irregularidade no processo que culminou com sua aplicabilidade está passível de correção pelo Poder Judiciário.

Afirmam as autoras que no presente caso inexistia a obrigatoriedade de submissão da operação empresarial ao CADE, vez que a atuação deste somente se aplica às situações previstas no § 4º do art. 173, da Constituição Federal, e, na realidade, não existe situação concorrencial antes da aquisição do controle acionário, pelo fato da natureza da presente operação não configurar ato de concentração econômica.

Tal alegação é totalmente destituída de fundamento.

O § 4º do art., 173 da CF, dispões expressamente que: “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*”

Evidente, portanto, que a negociação entabulada pela autoras deveria, obrigatoriamente, ser submetida ao CADE, que só após análise do ato em si, pode, verificar se há ou não possibilidade de ocorrência do abuso do poder econômico, conforme dispositivo transcrito.

Não há, portanto, como dar provimento ao pedido das autoras.

//

Pelo exposto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO.**

Condeno as autoras no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

P.R.I.

Brasília, 31 de março de 2003.

ANA MARIA REYS RESENDE

Juíza Federal Substituta em exercício na 17ª Vara

AGRAVO DE INSTRUMENTO**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº:** 2002.01.00.005520-4/DF**RELATORA:** JUÍZA SELENE MARIA DE ALMEIDA**AGRAVANTE:** GE-DAKO S/A**ADVOGADO:** ROGÉRIO DA SILVA VÊNANCIO PIRES E OUTROS (AS)**AGRAVADO:** CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - CADE/MJ*DECISÃO*

Diante da manifestação da agravante às fls. 425, requerendo a desistência do feito, é de se acolher a referida manifestação.

Pelo exposto, homologo a desistência do recurso formulado pela agravante (art. 30, inc. VIII, RITRF - 1ª Região) para que produza seus jurídicos e legais efeitos.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos nos moldes regimentais e regulamentares vigentes.

Brasília-DF, 17 de abril de 2002.

Juíza SELENE MARIA DE ALMEIDA - Relatora

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIARIA DO DISTRITO FEDERAL

S/A WHITE MARTINS X CADE

MEDIDA CAUTELAR

SENTENÇA Nº: 357 A/2002

PROCESSO: MEDIDA CAUTELAR Nº 2001.34.00.003844-7

REQTE: S/A WHITE MARTINS

**REQDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
- CADE**

JUÍZO: 17ª VARA/DF

DECISÃO

Trata-se de MEDIDA CAUTELAR requerida por S/A WHITE MARTINS contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, objetivando suspender os efeitos da decisão do CADE, proferida no Ato de Concentração nº 78/96, na pare em que lhe condenou ao pagamento de multa.

Para tanto aduz, em síntese, que visando ampliar sua atuação comercial, houve por bem proceder a incorporação da UNIGASES COMERCIAL LTDA., submetendo tal ato (Ato de Concentração nº 78/96) à apreciação do CADE, isso em 22/05/96, em conformidade com o art. 54 da Lei 8.884/94.

Diz que o CADE, apesar d aprovar por unanimidade a operação, aplicou a multa ora questionada, por considerar tempestiva a apresentação do referido ato, com fundamento na Resolução nº 15, de 19/08/98 que disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54, da Lei 8.884/94.

Afirma a ilegalidade da aplicação da referida Resolução, que é muito posterior à data da realização do Ato que ensejou a multa impugnada.

O pedido de liminar foi deferido nos tenros da Decisão de fls. 265, o que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento, através do qual foi

concedido efeito suspensivo, sob o argumento de falta de garantia do juízo.

Em face disso, foi prestada caução - fls. 310017, a qual foi admitida.

Citada, a ré contestou o feito argüindo sem razão a requerente, pelos motivos que expende.

Foi apresentada réplica à contestação.

É o relatório.

DECIDO.

Objetiva a autora suspender os efeitos da decisão do CADE, proferida no Ato de Concentração n° 781, na parte em que lhe condenou ao pagamento de multa.

Busca o processo cautelar assegurar a probabilidade de êxito quando da discussão de mérito, na ação principal própria, sendo requisitos do mesmo, o “periculum in mora” e o “fumus boni juris”.

Em verdade, a presente medida foi requerida como preparatória à ação ordinária n° 2001.34.00.006952-4, a qual foi julgada procedente.

Considero pertinente transcrição das razões que fundamentaram o decisório proferido na referida ação, *in verbis*:

‘Em face da Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa e livre concorrência, entre outros, é obrigatória a apreciação pelo CADE, das operações econômicas, como a realizada pela autora, no caso a concentração em sua subsidiária brasileira WHITE MARTINS, de todas as atividades indústrias e comerciais das subsidiárias da LIQUID CARBONIC na América do Sul.

O Ato de Concentração efetuado pela autora, conforme narrado na inicial, deu-se da seguinte forma:

“Em 30 de abril de 1996, a S.A WHITE MARTINS incorporou a parcela de patrimônio da UNIGASES COMERCIAL LTDA., referente aos investimentos desta última nas empresas LIQUID CARBONID na América do Sul. Tal operação no Brasil ocorreu como consequência de uma negociação na qual a PRAXAIR,

INC. (que detém o controle acionário da autora S.a WHITE MARTINS), em 12 de janeiro de 1996, adquiriu, através de oferta pública de ações na bolsa de Valores de Nova Iorque, o controle acionário da empresa também norte-americana CBI INDUSTRIES INC., que, por sua vez, era a controladora da LIQUID CARBONIC Co, a qual possuía cotas do capital da UNIGASES COMERCIAL LTDA.

A PRAXAIR, INC. decidiu concentrar na sua subsidiária brasileira WHITE MARTINS todas as atividades industriais e comerciais das subsidiárias da LIQUID CARBONIC Co na América do Sul e para que a WHITE MARTINS pudesse assumir o controle das empresas LIQUID CARBONIC na América do Sul foram realizadas as seguintes operações: Todos os investimentos da LIQUID CARBONIC Co nas suas subsidiárias que operavam na América do Sul foram transferidos para a sua subsidiária LIQUID CARBONIC INC., sediada no Canadá; A LIQUID CARBONIC INC. do Canadá, posteriormente, tornou-se sócia quotista da empresa brasileira UNIGASES COMERCIAL LTDA., subsidiária da PRAXAIR, INC., integralizando o capital subscrito através da transferência dos investimentos nas indústrias LIQUID CARBONIC”.

Diz ainda a autora que a primeira operação que realmente interessa ao caso que ora se discute foi realizada em 30/04/96, quando foi promovida a cisão da UNIGASES e a separação da parcela do capital referente a esses investimentos, seguida do repasse dessa mesma parcela para a WHITE MARTINS, consistindo na operação que foi submetida á apreciação do CADE, a fim de que a WHITE MARTINS assumisse o controle dos investimento da LIQUID CARBONIC em toda a América Latina.

O CADE, de outro lado, entende que a operação efetivou-se em 12 de janeiro de 1996, data do acordo internacional celebrado entre as controladoras.

Portanto, a controvérsia gira em torno da fixação da data da ocorrência da operação, que segundo a autora, foi em 30/04/96, quando foi efetivamente aprovada a “concentração” conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária, enquanto o réu entende que a data é 12/01/96, quando foi celebrada o

primeiro documento vinculativo, conforme determinado pela Resolução nº 15, de 19/08/98.

A referida Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. em seu art. 54, §§ 4º e 5º, preceitua o seguinte:

“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 à SPE.

§ 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”

Em 19 de agosto de 1998, foi editada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, a Resolução nº 15, que disciplina as formalidades e os procedimentos relativos aos atos de que trata o dispositivo acima transcrito - art. 54 da Lei 8.884/94, - a qual, em seu art. 2º, estabelece:

“Art. 2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento do §§ 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 alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”.

Como argüido em contestação, e de acordo com o art. 51, da lei 8.884/94, a Resolução nº 15, tem por objeto regulamentar o processo administrativo no âmbito do CADE.

Em verdade, a controvérsia destes autos não é matéria de natureza processual. Mas, de toda forma, não teria aplicabilidade o art. 2º

do Código de Processo Penal, segundo o qual a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, como alegado pelo réu.

A irretroatividade das leis é princípio consagrado em nosso ordenamento constitucional- art. 5º, XXXVI.

Como mencionado, o réu entendeu intempestiva a apresentação da documentação pela autora, em face de ter a Resolução nº 15, determinado que o momento da realização da operação será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes.

Não podendo ser ignorado preceito constitucional, evidente a inaplicabilidade da referida Resolução ao caso ora examinado, estando plenamente caracterizado que, nos termos do nosso ordenamento jurídico, se tomou devida a submissão do Ato de Concentração celebrado pela autora, ao CADE, a partir da data de aprovação deste em Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 30 de abril de 1996.

Além do mais, sendo a autora uma Sociedade Anônima, está sujeita aos ditames da Lei 6.404, que em seu art. 122, estabelece:

“Art. 122. Compete privativamente à assembléia geral:

.....
VII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas;”

Sem amparo legal, portanto, a imposição da multa à autora sob o argumento de intempestividade da apresentação do Ato de Concentração ao CADE.”

Sendo ilegal a imposição da multa, restam evidenciados os requisitos para a concessão da presente medida.

Pelo exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para suspender os efeitos da decisão do CADE, proferida no Ato de Concentração nº 78/96, na parte em que condenou a autora ao pagamento de multa, até o trânsito em julgado da decisão proferida nos autos da ação principal.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Condeneo o réu no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído

causa, corrigido monetariamente, desde a data da propositura da ação.

P. R. I. Oficie-se ao eg. Tribunal Regional Federal.

Brasília(DF), 28 de maio de 2002.

MAISA GIUDICE

Juíza Federal da 17ª Vara

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA

BANCO BRASCAN S/A E OUTROS X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

DECISÃO N° 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 (R\$ 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 à 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 8.884/94. 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

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

COMPUTER ASSOCIATES INTERNATIONAL X CADE

AÇÃO CAUTELAR

Processo nº: 2002.34.00.003201-5

Reqte: COMPUTER ASSOCIATES INTERNATIONAL

Reqdo: CADE

DECISÃO

Cuida-se de pedido de liminar em ação cautelar proposta contra COMPUTER ASSOCIATES INTERNATIONAL, INC. (CA) e COMPUTER ASSOCIATES DO BRASIL LTDA. (CA BRASIL) contra o CADE que, considerando intempestiva a comunicação da realização de negócio jurídico entre as Requerentes e a empresa PLATINUM Technology International, Inc, as autouo e aplicou a multa prevista no art. 54, § 4º da Lei 8.884/94. Alega, em suma, que o negócio em tela somente se aperfeiçoou em 27 de maio de 1999, quando finalmente restaram cumpridas todas as condições exigidas e, em 29 de junho de 1999 a existência independente da HARD METAL cessou incorporada por PLATINUM, que se tornou com isso subsidiária integral da CA. Sustentam que submeteram a operação de forma prévia, em 24 de maio de 1999, antes de ter sido encerrada a oferta pública em questão, quando então a operação passaria a produzir efeitos no Brasil.

O ponto central da questão consiste em estabelecer que momento efetivamente pode ser considerado realizado o negócio jurídico entre as Requerentes e a PLATINUM, termo inicial do prazo previsto no § 4º do art. 54 da Lei antitruste. A argumentação das Requerentes fundamenta-se, basicamente, na interpretação de que o negócio com a empresa PLATINUM somente ter-se-ia realizado quando do encerramento da oferta pública em 27.05.1999.

Marcio L. C. Freitas

Juiz Federal Substituto

O CADE, entretanto, fundamentou a intempestividade da comunicação no entendimento de que, desde o Acordo e Plano de Incorporação firmado no exterior, em 29.03.1999, já havia possibilidade de interferência no equilíbrio concorrencial, de sorte que também aquele ato prévio deveria ser apresentado à SDE.

Da análise dos autos, em especial do documento 07, (Acordo e Plano de Incorporação), tenho que, pelo menos nessa fase de cognição sumária da questão, parecem relevantes os fundamentos do pedido. De fato, pelo que se verifica das cláusulas do referido acordo houve tão somente a proposta para a incorporação e aquisição das ações em poder do público, mas o momento do fechamento do contrato fora postergado para data posterior à aquisição das ações disponibilizadas em leilão público.

Já de início é de se ter claro que este juízo não vislumbra, *a priori*, a existência de ilegalidade na resolução 15 do CADE, desde que respeitados alguns critérios de hermenêutica. Vale notar 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, é admissível que a autoridade administrativa fixe, como critério de unificação de interpretação, o momento em que se considera realizado o negócio jurídico, como foi feito pela citada resolução.

Ocorre, entretanto, que tal resolução somente pode ser aplicada quando não for possível definir com clareza o momento da realização o negócio, posto que se evidentemente outro for o momento de realização, admitir-se a aplicação da resolução significaria estar-se admitindo que um regulamento administrativo tivesse revogado a lei 8.884/94, que em seu art. 54, § 4º dispõe que o prazo para a apresentação do negócio à SDE é contado a partir da realização do negócio. Assim nas hipóteses em que não for possível definir com clareza o momento em que se realizou o negócio, o CADE pode, utilizando-se do critério definido na mencionada resolução, considerar realizado o negócio no momento de seu primeiro documento vinculativo. Entretanto, se quando do primeiro documento escrito pelas partes, seja em razão das peculiaridades do negócio, seja em razão de normas legais locais, não puder ser considerado como realizado o negócio, não há que se aplicar a resolução 15, mas deve-se obedecer o efetivo momento de realização. 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 negócio, que deve ceder quando houver provas de outro ser o momento da consumação do mesmo.

A primeira vista, portanto, parece que o negócio de fato estava subordinado a algumas condições para que pudesse se considerar efetivamente realizado o negócio.

Assim, *prima facie*, somente quando do implemento das condições de validade do negócio, qual seja a aquisição de 50% das ações da PLATINUM, é que se pode efetivamente falar em realização do ato que, em tese, estaria sujeito à apreciação pela SDE. O contrato preliminar, tendo como objeto um acordo de vontades que subordina a conclusão do contrato definitivo ao implemento de algumas condições, não configura ato que deva ser analisado pela SDE, justamente por não possuir, por si só, potencialidade lesiva à livre concorrência ou à dominação de mercado.

Revele-se, ainda, que tendo o processo cautelar unicamente a finalidade de garantir os efeitos úteis de eventual provimento do processo principal, não, cabe, aqui, aprofundar a questão relativa ao mérito do processo principal, de sorte que os argumentos anteriormente expedidos já são mais do que suficientes para configurar o *fumus boni iuris*.

Presente, portanto, a relevância dos fundamentos do pedido. O *periculum in mora*, por seu turno, é evidenciado pelo longo tempo passado desde a condenação definitiva das Requerentes (17.10.2001), conforme comprova o Acórdão de fls. 30, e a real possibilidade de inscrição da dívida na dívida ativa, de vez que estando a Administração Pública adstrita ao princípio da legalidade, é de se supor que a condenação administrativa efetivamente será inscrita na dívida ativa.

Assim, em face do exposto, concedo a liminar o fito de suspender a decisão do Cade que aplicou a multa por intempestividade às Requerentes, determinando ao CADE que se abstenha de inscrever a referida multa na dívida ativa da União.

Intime-se. Cite-se.

Brasília. 06 de agosto de 2002.

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Juiz Federal Substituto

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

ESTALEIRO ILHA S/A X CADE

AÇÃO ORDINÁRIA

SENTENÇA Nº 453/2002-B

CLASSE 1500: AÇÃO ORDINÁRIA

PROCESSO Nº: 2001.34.00.025366-0

AUTOR: EISA - ESTALEIRO ILHA S/A

ADVOGADO: BRUNO NOURA DE MORAES REGO

**RÉU: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.
CADE**

DECISÃO

Vistos, etc.

EISA - ESTALEIRO ILHA S/A, ajuizou esta ação de procedimento ordinário, em face do **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE** objetivando a declaração de nulidade da decisão proferida nos autos do processo administrativo nº 08.012.009.118/98-26. por ofensa ao devido processo legal.

Informa que é uma empresa de engenharia especializada em construção naval. e participou de edital de licitação pública. publicado pela Petrobrás S/A, em outubro de 1996, para a contratação de serviços para adaptação e manutenção da Plataforma Petrobrás X (PX-10).

Afirma que o edital previa. inclusive. a participação de consórcios e foi vendido no Brasil e no Exterior por U\$1.000.00 (mil dólares), tendo sido adquirido por onze empresas. sendo que apenas duas delas. a Autora EISA - Estaleiro Ilha S/A e a Marítima Navegação e Engenharia Ltda. apresentaram proposta.

Sustenta que firmou com a Marítima Navegação e Engenharia Ltda. em 17.02.1997. um contrato intitulado “Instrumento Particular de Transação Comercial” no qual reconheceram interesse em participar isoladamente da concorrência. bem como o fato de trabalharem em conjunto para a formatação técnica de cada uma de suas propostas. Ao final pactuaram o ressarcimento

dos investimentos realizados isoladamente ou em conjunto. a ser efetuado pelo contratante que viesse a vencer a licitação.

Informa que participou sozinha do certame enquanto que a Marítima formalizou consórcio com a Estaleiros Navais de Lisboa S/A.

Notícia que o consórcio liderado pela Marítima saiu vencedor do certame. e o acordo firmado com tal empresa foi desfeito. tendo em vista a redução de sua margem de lucro.

A notícia do acordo veiculou na imprensa e na dúvida quanto à lisura do resultado do certame. foi instaurada uma comissão de sindicância no âmbito da Petrobrás para apuração dos fatos e recomendado procedimento administrativo pela Secretaria de Direito Econômico - SED do Ministério da Justiça. O Tribunal de Contas da União - TCU, também abriu procedimento para apuração de irregularidades.

A sindicância feita pela Petrobrás concluiu que não houve qualquer irregularidade no processo licitatório.

O Ministério Público e o Tribunal de Contas da União entenderam que o acordo firmado não burlou lei de licitação.

Por outro lado. o procedimento administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça concluiu que o acordo firmado pelas empresas. fixando vantagens ao perdedor. ensejaria conduta anticoncorrencial prevista na Lei 8.884/94, e que a concorrência foi limitada pela existência de ressarcimento à empresa perdedora.

Assim a autora juntamente com a Marítima foram condenadas. no Processo Administrativo nº 08.012.009-118/98-26, a infração prevista no art. 21. inciso VIII, c/c inciso I do art. 20 da Lei 8.884/94. com aplicação de multa de 1% do faturamento bruto, e a publicação da notícia da decisão condenatória em meia página do jornal de maior circulação no Rio de Janeiro, além da apresentação ao CADE do valor de seu faturamento bruto do exercício anterior à ocorrência das infrações.

Afirma que tal decisão viola dispositivos constitucional e legais que regem o devido processo legal, uma vez que não realizou provas importantes, e ao não realizá-las, negou vigência ao ordenamento que regula a prevenção e repressão de infrações à ordem econômica.

Sustenta que o CADE aplicou a Lei nº 8.884/94 sem o necessário suporte fático, violando o devido processo legal. uma vez que o próprio Tribunal de Contas da União reconheceu a legitimidade da licitação.

Atribuiu valor à causa.

Juntou procuração e documentos (fls. 25/168).

O processo foi distribuído por dependência, tendo em vista a existência da Ação Cautelar nº 2001.22957-6, em tramite neste Juízo.

Citado, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE contestou às fls. 179/184, alegando inexistir dúvidas quanto ao fato de ter a Autora infringido a Lei nº 8.884/94. Esclarece que a existência de conclusões diferentes nos diversos procedimentos instaurados, se justifica pelo fato de que o CADE tem em vista a proteção de direitos difusos, enquanto que os controles interno e externo têm em vista o patrimônio público. Além do que, a Lei 8.884/94, não exige o dano concreto, bastando a potencialidade da conduta para gerar o dano.

Juntamente com a contestação vieram os documentos de fls. 185/252.

Réplica às fls. 256/261.

Não foram produzidas outras provas.

Memoriais às fls. 244/252 e 253/289, do respectivamente.

É o relatório

DECIDO

Trata-se de pedido de anulação de decisão em Processo Administrativo, instaurado pelo CADE, que condenou a Autora nas penas previstas no art. 21, inciso VIII, c/c com o inciso I do art. 20 da Lei nº 8.884/94, consistente no pagamento de multa de 1% (um por cento) do faturamento bruto no exercício imediatamente anterior ao da data em que a infração foi praticada e à publicação de meia página da notícia da condenação no jornal de maior circulação no Rio de Janeiro, e, ainda, a informar ao CADE seu faturamento para fins de apuração da multa.

Observo que na fase instrutória do Processo Administrativo, das empresas que adquiriram o edital, somente três responderam a indagação do porquê da não participação, e nenhuma relação houve entre os motivos aventados e a suspeita da Administração.

A Autora afirma que a Administração não observou a teoria dos motivos determinantes, uma vez que tendo indicado os motivos que a levaram a praticar o ato, ou seja, ter alegado que instaurou o processo administrativo para apurar se o pacto firmado entre a Autora e a Marítima influenciou a não participação das

outras empresas. ficou vinculada a esse motivo. Todavia, mesmo não comprovado esse fato decidiu pela condenação, o que invalida o ato.

Para essa teoria, todo ato praticado pela Administração deve ser motivado, ou seja, pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa. Motivo é pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Conforme ensinava o Prof. Helly Lopes Meirelles, “A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos. quando tiverem sua prática motivada. ficam vinculados aos motivos expostos. para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato. e. por isso mesmo. deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários. se forem motivados. ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade. o ato é inválido.”(*Direito Administrativo. 24º Edição Malheiros Editores. pg. 181/182*)

Daí deflui que quando a Administração motiva o ato. mesmo que a lei não exija a motivação. se alegado o motivo, o ato só será válido se os motivos forem verdadeiros.

No caso em exame. a Administração não alegou este fato isoladamente. Está ele inserido na alegação de que a combinação prévia de vantagens entre as empresas EISA e Marítima. tenha influído no resultado do certame. configurando uma situação de domínio do mercado que propiciou a fixação antecipada dos preços, portanto. totalmente, em consonância com os termos da Lei 8.884/94, que no art. 21, inciso VIII, assim dispõe:

“Art. 21- As seguintes condutas. além de outros. na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

VIII- combinar previamente preços ou ajustar vantagens”.

Por seu turno o inciso I do art. 20, da mesma lei, dispõe:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzidos

seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;”

A Lei 8.884/94, em seus diversos artigos define normas de conduta, que conforme artigo acima citado “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados...”, portanto, tem razão o réu, quando afirma que “a lei 8.884/94, não exige o dano concreto, bastando a potencialidade da conduta para gerar o dano”. O escopo da lei é a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e tem a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos por ela.

Com o fito de defender o interesse público, a Administração tem o poder-dever de punir quando constata a prática de ilícito administrativo, pois cada vez que se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

O exame dos atos da Administração Pública, de qualquer natureza, vinculados ou discricionários, sob o aspecto da legalidade, cabe ao Poder Judiciário. Já decisões acerca do mérito administrativo ficam, exclusivamente, a cargo da Administração.

Nesse diapasão, é lícito concluir que não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato, a ausência ou falsidade do motivo caracteriza dor de ilegalidade, suscetível de invalidação do ato pelo Poder Judiciário.

In casu, o Processo Administrativo (cópia juntada às fls. 89/164), transcorreu dentro da legalidade, em observância aos princípios a ele inerentes que são, além de outros, o do contraditório e da ampla defesa, inculcado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e ainda, o art. 2º da Lei 9.784/99.

Assim, não tem razão a Autora, pois o fato de as outras empresas não terem respondido a indagação da Administração e do mesmo modo, as que responderam, não terem ligado sua não participação ao pactuado pela EISA e pela Marítima, não descaracteriza o dano causado ao interesse público pelas conseqüências desse acordo.

ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE v pedido formulado por **EISA ESTALEIRO ILHA S/A**. Condeno-a no pagamento de custas processuais e verba honorária que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Publique-se

Registre-se

Intime-se

Brasília, 27 de agosto de 2002.

Adverci Rates Mendes de Abreu

Juíza Federal Substituta

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

UNIMED DE SANTA CATARINA X CADE

APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA N°:
2000.34.00.007650-2/DF

Processo na Origem: 200034000076502

RELATOR(A): DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

APELANTE: UNIMED DE SANTA CATARINA - FEDERAÇÃO
ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS

ADVOGADO: PAULO TEIXEIRA MORINIGO E OUTROS(AS)

APELADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE

PROC/S/OAB: ADRIANA PEREIRA DE MENDONÇA

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
(RELATOR):**

Cuida-se de apelação interposta contra sentença da lavra do douto juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, denegando a segurança buscada nos autos do Mandado de Segurança impetrado por UNIMED DE SANTA CATARINA- FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS contra ato do Sr. Presidente do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que, por considerar o procedimento da impetrante contrário à ordem econômica, cominou- lhe o pagamento de multa bem como determinou que a mesma deixasse de exigir, por parte de seus associados, exclusividade na prestação de serviços médicos.

Em suas razões recursais (fls. 542/561), sustenta a impetrante, preliminarmente, ofensa aos direitos constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, por não ter sido intimada para apresentar sustentação oral, no julgamento do procedimento administrativo.

No mérito, aduz que, na legislação de regência, não há proibição ou impedimento para a cláusula de exclusividade na prestação de serviços, tendo apoio no art. 18, da Lei 5539/68, no art. 14, do Decreto 94664/87, nos arts. 82 a 86, da Lei 4215/63, nos arts. 27 a 30, da Lei 8906/94, na CLT (art. 482) e no art. 29, parágrafos 20 e 21, da Lei 5764/71. Alegou, também, que não há violação à norma constitucional do livre exercício profissional, na espécie, uma vez que a Constituição não veda a figura jurídica da exclusividade. Alegou, ainda, que não ficou comprovada a nocividade da cláusula contratual aos habitantes do país, à coletividade e ao Estado, tendo os cooperados liberdade para ingressar ou se desligar da cooperativa quando desejarem, desde que obedecidas as normas regimentais e estatutárias reguladoras do cooperativismo.

Sustentou, por fim, que a imposição da multa é desproporcional para quem não praticou nenhum ato que possa ser passível de punição de tal magnitude. Requereu o provimento do recurso, para que a ordem seja concedida e anulada a decisão administrativa.

Com as contra-razões de fls. 570/585, subiram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a douta Procuradoria Regional da República pelo desprovimento do recurso (fls. 625/627).

Por meio da petição de fls. 635/636, pleiteou a autora recorrente a concessão de “liminar incidental”, a fim de que seja determinada a suspensão da exigibilidade da multa questionada nos autos, até o trânsito em julgado do **decisum**.

Este é o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE (RELATOR):

Na espécie, a tutela mandamental fora negada pelo juízo singular, encontrando-se o julgado, agora, pendente de revisão por este egrégio Tribunal. O pedido de antecipação dessa tutela, formulado às fls. 635/636, sob a roupagem de “liminar incidental”, não encontra respaldo na legislação de regência (Lei nº 1.533/51), à míngua do pretense direito líquido e certo, já negado pelo juízo **a quo**.

Nesse sentido, é o entendimento já sumulado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se vê do enunciado da Súmula n° 405, nestas letras:

“Denegado o Mandado de Segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Com estas considerações, preliminarmente, não conheço do pedido de fls. 635/636, à minguada de amparo legal.

Este é meu voto preliminar.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE (RELATOR):

No mérito, melhor sorte não se reserva à pretensão da impetrante. A questão suscitada pela impetrante, em seu recurso de apelação, relativamente à nulidade do processo administrativo, encontra-se superada, tendo em vista que a autoridade impetrada, com vistas em decisões proferidas em outras ações judiciais, resolveu anular, voluntariamente, o aludido processo administrativo, a partir da intimação dos advogados da impetrante, facultando-lhes o patrocínio da defesa de sua constituinte. No tocante ao **quorum** mínimo exigido pelo art. 49 da Lei n° 8.894/94, que estabelece que as decisões do CADE serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros, há de ver-se que esse limite foi observado, na espécie, conforme registrado nos Acórdãos de fls. 376 e 621, em fotocópia. O fato dos advogados da impetrante não terem atendido ao chamamento para comparecerem à Sessão de julgamento, apesar de regularmente intimados para esse fim, não coloca sob suspeita a observância do aludido **quorum**, cuja Ata fora publicada, inclusive, no Diário Oficial da União (fls. 377 e 622).

As demais questões postas nestes autos, foram bem decididas pelo douto juízo singular, amparado em sólido parecer do ilustre representante do Ministério Público Federal, nestas letras:

“Trata-se de mandado de segurança ajuizado por Cooperativa Médica que se rebela contra decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE que a condenou por infração aos incisos I, II e IV do art. 50 da Lei nº 8.884, estando configurados os ilícitos do art. 21, incisos IV, V e VI da mesma lei.

As conclusões do CADE foram fruto de robustos estudos do mercado em que opera a impetrante, procedendo-se à valoração dos fatos apurados e a subsunção às normas de defesa da concorrência, e.g. os relatórios de fls. 407/413;

A impetração não contra-argumenta nenhum dos Juízos do CADE. A impetrante baseia seu “writ” na alegação de que a lei de cooperativas lhe impõe cláusula de exclusividade e que a Constituição resguarda a liberdade de associação.

A impetrante possui em seus estatutos o seguinte dispositivo:

“Art. 30- Poderão associar-se na Cooperativa, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços por parte desta, todos os médicos que preencham as condições previstas nos parágrafos abaixo:

(...)

§ 7º- Compromisso de não ser proprietário, associado, credenciado ou prestador de serviços de pessoa física ou jurídica de qualquer natureza (civil, comercial, pública ou privada), que explore, direta ou indiretamente, contanto que com fins econômicos, o trabalho médico, ressalvadas na condição de empregado, as hipóteses de contrato de trabalho devidamente formalizado por escrito, e a vinculação aos serviços de diagnóstico, terapia e prontos-socorros.”

A lei das cooperativas (Lei nº 5.764/71):

“Art. 35:

IV- Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade”.

Em uma leitura linear permite notar-se que o seu estatuto cooperativo vai além da lei, não sendo lastro para a impetrante.

Todavia, ainda que a impetrante se organizasse na exata dicção do dispositivo, a decisão do CADE mesmo assim subsistiria.

A uma, porque, como nos autos se aponta, é discutível se a impetrante não é empresa disfarçada de cooperativa.

A duas, porque a constitucional liberdade de associação impõe que se não suprima dos associados o direito a outras associações em um plausível fundamento.

A três, porque o que se mostra é que a castração da liberdade dos cooperados não é feita para o bem comum, ou dos cooperados.

A quatro, porque mesmo a liberdade de associação é restringível, contemplando a Constituição a possibilidade de sua dissolução quando perniciosas.

A cinco, porque os estudos técnicos demonstram que o abuso de liberdade de organização da impetrante levou ao domínio de um mercado relevante (100% da oftalmologia, da hematologia, da oncologia, da alergologia, da psiquiatria e da anesthesiologia; 81% da radiologia; 88,8% da otorrinolaringologia e 84,2% da pediatria).

A seis, porque a lei impede que qualquer um exercite suas liberdades econômicas a ponto de suprimir a liberdade econômica do consumidor, de seus contratados ou eventuais concorrentes.

A sete, porque a exegese da lei das cooperativas, das SS.AA., ou das microempresas não pode colocá-las fora do alcance da legislação da concorrência.

A oito, porque a abusividade da impetrada e o choque entre a legislação concorrencial e cooperativa foram pesados e medidos no mercado que a impetrante explora, e não no plano abstrato, apenas como o faz a impetrante nesta ação.

A nove, porque até mesmo o legislador houve por bem generalizar a abusividade de procedimentos como da impetrante, vetando-os por lei (Lei nº 9656, art. 18, III).

A dez, porque o CADE possui a competência para julgar a conduta da impetrante e aplicar-lhe as sanções que indica.

A onze, porque o CADE não aplicou sanções semelhantes a cooperativas similares que laborando em grandes centros não dominavam o mercado relevante.

A doze, porque houve um devido processo legal, com oportunidade de defesa e longa discussão.

A treze, porque o ato guerreado possui fundamentação adequada e suficiente, com lastro em laudos técnicos econômicos.

A catorze, porque em um conflito de normas prevalecem as mais recentes e as de hierarquia superior, posição em que não se encontra a norma em que a impetrante lastreia sua impetração.

A quinze, porque a jurisprudência em que se funda a impetração consiste de recursos não-conhecidos. Ou seja, as idéias nele expressas não são opinião da Corte, mas obter dictum.

Em face do exposto, o Ministério Público Federal não vislumbra nos autos ilegalidade ou abuso da autarquia concorrencial nem tampouco direito da impetrante a ser amparado” (FLS. 529/532)

A esses fundamentos, acrescento que o viés dessa exclusividade, pretendida pela impetrante, nada mais é do que o domínio do interesse financeiro em prejuízo do interesse coletivo e social, ainda que não comungue da expressão ministerial de que “é discutível se a impetrante não é empresa disfarçada de cooperativa”.

Essa prática, porém, encontra obstáculos em garantias fundamentais, asseguradas em nossa Carta Magna.

Com efeito, e não obstante seja função do Estado apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo (CF, art. 174, § 2º), essa função deve observar o princípio maior da livre concorrência, insculpido no art. 170, inciso IV, do Texto Constitucional em vigor, devendo a lei, inclusive, reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (CF, art., 173, § 4º), punindo os infratores da ordem econômica e financeira e da economia popular (CF, art., 173, § 5º).

Não se deve perder de vista, também, a garantia fundamental de uma ordem social voltada para o bem-estar e a justiça sociais (CF, art., 193), incluindo-se, aí, a proteção à saúde, bem coletivo e merecedor de tratamento privilegiado, a sobrepor-se a interesses privados, sendo “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**” (CF, art. 196) - grifei.

Nesta perspectiva constitucional, incluem-se os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I).

Com essa inteligência voltada para garantias maiores é que esta colenda Sexta Turma entendeu e decidiu que “a UNIMED é uma cooperativa sem fins lucrativos, que busca atender ao segurados de seu plano médico, sem estabelecer concorrência com as farmácias em geral e farmacêuticos, respeitando os Códigos de Ética Médica e de Defesa do Consumidor” (AMS nº 2000.01.00.027915-0/MT, Rei. Juiz SOUZA PRUDENTE. Unânime. Julg. em 30.03.2001).

Sob esse ângulo, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que estabelece as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, diz, expressamente, que “a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, reconhecendo, sobretudo, o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”(art. 4º, I).

Neste plasma de garantias fundamentais, a matéria não deve ser tratada, como até aqui o fora, no plano simples da legalidade, mas, a todo modo, há de ser alçada, nas alturas da constitucionalidade, para excluir-se, de vez, qualquer tentativa de estabelecer-se exclusividade ao serviço médico cooperado, como se pretende, na espécie dos autos. Assim, qualquer cidadão poderá dispor dos serviços do profissional médico que melhor lhe aprouver, sem ter que se submeter à exclusividade almejada pela impetrante, prática essa, inclusive, que encontra óbice, também, de natureza legal, conforme o disposto no art. 18, inciso III, da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, nestas letras:

“Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos:

.....

III- a manutenção de relacionamento de contratação,

credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional “.

Como se vê, as disposições da Lei nº 5.764/71, na espécie, restaram superadas pelas normas da referida Lei nº 9.656/98, perfeitamente afinadas aos comandos constitucionais já citados, com plena vigência, nos dias atuais.

Com estas considerações, nego provimento à apelação, para manter a sentença recorrida em todos os seus termos.

Este é meu voto.

VOTO-VISTA

Trata-se de apelação cível interposta por UNIMED de Santa Catarina - Cooperativa de Trabalho Médico contra sentença que denegou a segurança por ela requerida e com a qual buscava suspender os efeitos de decisão proferida pelo Conselho I Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que aplicou multa a suas filiadas por entender

que tinham violado o art. 20, incisos I e II, e art. 21, incisos IV, V e VI, da Lei nº 8.884/94. A sentença apelada, citando parecer do Procurador da República Humberto Jacques de Medeiros, entendeu, em síntese, que a multa aplicada pelo CADE é procedente e decorre do monopólio que a UNIMED desenvolveu no Estado de Santa Catarina, em virtude de cláusula prevista em seu Estatuto Social, que impõe exclusividade aos médicos cooperados, impedindo-os de prestar serviços a outras entidades que também operem planos de assistência à saúde.

Irresignada, recorreu a UNIMED, alegando que a sua cláusula de exclusividade encontra respaldo na Lei nº 5.764/71, que define a política nacional do cooperativismo, e que se o médico associado não concordar com ela, não precisa permanecer associado, podendo, se quiser, retirar-se da cooperativa. Sustenta, também, que se não houvesse esse tipo de cláusula, os associados poderiam trabalhar em empresas que prestam o mesmo tipo de serviço da cooperativa, o que constituiria, claramente, concorrência desleal.

Acrescentou, ainda, que não está impedindo o acesso de concorrentes no mercado e que o fato de a maioria dos médicos do Estado de

Santa Catarina estarem vinculados à UNIMED não significa que não atendam clientes de outras seguradoras, pois, apesar da obrigação estatutária de fidelidade cooperativa, muitos associados a têm desrespeitado, credenciando-se a outros planos de saúde.

Afirma, também, que a conquista do mercado de Santa Catarina foi resultante de um processo natural, em virtude da maior eficiência da Apelante, e não caracteriza ato ilícito. Por fim, defende que o art. 18, III, da Lei nº 9.656/98, não se aplica ao caso, tendo em vista o princípio da irretroatividade das leis, já que ela entrou em vigor após a sua suposta conduta infrativa.

Com contra-razões, subiram os autos a este Tribunal.

Às fls. 625/627, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não provimento da apelação. O Procurador Franklin Rodrigues da Costa considerou que “a UNIMED, por meio de cláusula de exclusividade na prestação dos serviços médicos, criou, verdadeiramente, um monopólio no setor em Santa Catarina, havendo eliminado, virtualmente, toda e qualquer possibilidade de concorrência”, e que, diante das provas juntadas aos autos, não merecia reforma a sentença recorrida.

Às fls. 635/636, a UNIMED formulou pedido de liminar incidental, requerendo a suspensão da exigibilidade da multa aplicada pelo CADE e que a autarquia se abstivesse de promover a sua inscrição na dívida ativa e em cadastros de inadimplentes. Juntou, nessa ocasião, recente julgado do ST J, em que a relatora, Ministra Nancy Andrigui, defende a tese de que o médico está obrigado a observar o estatuto da cooperativa, devendo abster-se de prestar serviços em entidade congênere, se há cláusula proibitiva neste sentido.

O eminente Relator, Desembargador Souza Prudente, quando do julgamento da apelação, inicialmente, indeferiu o pedido de liminar incidental da UNIMED, ao fundamento de que não encontrava respaldo na Lei na 1.533/51. Ultrapassadas esta e outras preliminares, ao analisar o mérito, entendeu que a sentença de primeiro grau está correta, sendo ilegal, de fato, a cláusula que veda a dupla militância dos médicos cooperados da UNIMED. Considerou que este tipo de imposição fere o princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da CF, e o art. 18, inciso III, da Lei nº 9.656/98.

Após atenta análise dos autos, entendo que a sentença deve ser integralmente confirmada, tendo em vista as peculiaridades de fato que justificaram a imposição da penalidade, circunstâncias estas que não estavam presentes nos casos julgados pelo ST J e invocados como precedentes pela Apelante.

II

O ponto principal da questão que se discute nos autos é saber se a UNIMED, por meio da sua cláusula de exclusividade, estabeleceu um monopólio no ramo de planos de saúde no Estado de Santa Catarina.

Inicialmente, ressalto que o assunto foi profundamente analisado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE), pertencente ao Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, e, ainda, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia também vinculada ao Ministério da Justiça, tendo sido unânime a conclusão de que a conduta da UNIMED de Santa Catarina está sendo prejudicial à livre concorrência. Como são órgãos e entidades que lidam especificamente com o direito de antitruste, realizando, inclusive, pesquisas de campo, entendo que se deve dar a devida importância às suas conclusões, as quais, diante dos documentos juntados aos autos, considero terem sido corretas.

Verifica-se que, em Santa Catarina, a maioria dos médicos registrados junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado é associada à UNIMED, e não há nenhuma especialidade médica em que a UNIMED tenha menos do que 50% dos profissionais da região, sendo que, em alguns casos, ela detém até 100% desses profissionais (cf. fls. 611/612/613).

Ora, como esses médicos não podem, de acordo com o Estatuto da UNIMED, vincular-se a outro plano de saúde, é evidente que a UNIMED monopoliza o setor. Vale dizer que, por uma questão de lógica, nenhum consumidor haverá de contratar com um plano de saúde que, diferentemente da UNIMED, não ofereça todas as especialidades médicas ou, então, que ofereça poucas opções de escolha dentre os profissionais credenciados. Assim, a UNIMED, por meio da sua cláusula de exclusividade, tornou-se, sem dúvida, para os consumidores de Santa Catarina, a única boa opção em termos de plano de saúde, e é de se ressaltar que essa situação tende a continuar, a menos que os médicos cooperados se desvinculem da UNIMED.

Note-se, todavia, que essa possibilidade de o cooperado se desligar da cooperativa, caso não concorde com a cláusula de exclusividade, parece-me remota. Com efeito, não deve ser fácil para um médico deixar a UNIMED e optar por ser associado a um outro plano de saúde, se este outro plano não pode competir em termos isonômicos com a UNIMED. Certamente, o número de pacientes que ele passará a atender será bem menor e, assim, ele perderá grande parte da sua renda.

Anoto que a maior prova da relutância de os médicos deixarem a UNIMED é a afirmação da própria UNIMED de que muitos associados têm desrespeitado a sua obrigação estatutária de fidelidade cooperativa e se associado a outros planos. Percebe-se, com isto, que os profissionais até querem se associar a outro plano, mas sem deixar a UNIMED. Dessa forma, afigura-se evidente o poder da UNIMED no Estado de Santa Catarina e constata-se que a sua vedação à dupla militância é um fator que limita, de fato, o acesso de concorrentes ao mercado.

III

Tendo sido comprovado que a UNIMED desenvolveu um monopólio no Estado de Santa Catarina, resta saber, porém, se ele foi legalmente constituído; ou seja, resta saber se a Lei n° 5.764/71 permitia que a UNIMED impusesse a dita cláusula de exclusividade a seus cooperados, como procura ela sustentar em seu recurso.

Observo que esta lei estabelece, em seu art. 29, que os cooperados devem obedecer ao que está estabelecido no Estatuto da cooperativa e, ainda dispõe, em seu § 4°, que “*não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade*”. Não entendo que estes dispositivos justifiquem a imposição de cláusula de exclusividade no caso de cooperativas médicas. No caso do § 4°, então, embora sua intenção seja evitar a concorrência desleal, seria dar uma interpretação amplíssima a esse dispositivo, se entendêssemos que médicos são equiparados a agentes de comércio e empresários¹.

E, mesmo que se pudesse, por analogia, estender o § 4° aos médicos e dizer que a cláusula de exclusividade prevista no Estatuto da UNIMED é simples dispositivo visando a impedir a concorrência desleal dos seus médicos associados, considero que tal argumento só poderia vingar em um mercado que fosse competitivo e em que as empresas quisessem preservar a sua equipe de renomados profissionais para atrair clientes. Neste caso, como já foi visto,

¹ Cf. voto-vista proferido pelo Ministro Eduardo Ribeiro no REsp. n. 126391, em que diz: “com a devida vênia, parece óbvio que o médico, ao trabalhar em outra empresa, nem por isso é empresário. Menos ainda agente de comércio. Não há como emprestar aos termos entendimento abrangente, para alcançar hipóteses por eles não compreendidas. Tal procedimento violaria o tranqüilo princípio de hermenêutica, dizendo com normas com a natureza da em exame.”

não há mercado competitivo. Assim, entendo que não merece prosperar a tese de que os médicos não poderiam trabalhar em empresas concorrentes, porque isto prejudicaria a própria UNIMED.

Ademais, deve-se levar em conta que se a Lei n° 5.764/71 admitia a cláusula de exclusividade, como esta lei é anterior à Constituição Federal de 1988 e à Lei n° 8.884/94, não restam dúvidas de que deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados pela nova ordem constitucional, dentre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF). Já tarde o nosso ordenamento jurídico passou a reconhecer a necessidade de se fiscalizar o mercado afim de evitar a formação de monopólios e cartéis e todos os prejuízos que eles acarretam para os consumidores.

Como bem esclareceu o Presidente do CADE, em suas informações (cf. fls. 186/189):

“É preciso salientar que a lei de cooperativas foi promulgada em 1971, quando o quadro social brasileiro ainda não tinha despertado para as grandes preocupações para a coletividade. Depois daquela lei, em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, que é um marco sumamente importante para os interesses da coletividade, sobrepujando os interesses meramente individuais. A partir dessa data, não se aceitam, senão após severa crítica, os chamados **contratos de adesão**. E os contratos firmados pelos médicos com as UNIMED's são autênticos contratos de adesão. Depois da lei de proteção ao consumidor, o surgimento da Lei n. 8.884/94, veio reforçar o caminho percorrido no sentido de dar maior ênfase aos interesses da coletividade. Tanto é assim que o **parágrafo único do artigo primeiro** desta última lei estabelece que **“a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”**. Sob essa fundamentação, não se pode permitir que a atividade da Representada no desempenho de sua finalidade prejudique a coletividade, na forma de restrição à concorrência. A cláusula contratual estabelecida pela Cooperativa não pode gerar efeitos nocivos à própria coletividade. como ocorre no caso em tela. sob a alegação de que tal cláusula de exclusividade é legítima. vez que os médicos livremente aderiram à Cooperativa e aos termos de sua constituição e funcionamento.

O interesse público prevalece sobre o interesse particular, este o fundamento da Lei Antitruste. E é justamente em nome desse interesse público que a lei confere ao julgador decretar a nulidade de determinadas cláusulas consideradas pelo legislador como nulas de pleno direito. Assim é que o art. 51 da Lei n. 8.078/90 dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas que

estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

A razão jurídica dos dois diplomas é fundamentalmente diferente. **A Lei 5.764, de 1971, que rege as cooperativas teve como finalidade precípua dar apoio efetivo à área rural, como se depreende da exposição de motivos nº 45, de 1º de abril de 1971, elaborada pelo Ministério da Agricultura, verbis:**

“Temos a honra de submeter a Vossa Excelência o incluso projeto de lei que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.

*Tal iniciativa, que reputamos de alta relevância, enquadra-se nas metas do governo de Vossa Excelência de **apoio efetivo à área rural**, para incorporá-la ao processo de desenvolvimento nacional. “*

É preciso salientar que as cooperativas foram criadas, para integrar os produtores rurais, mas não para escravizá-los.

Por outro lado, o surgimento, como já dito, da **Lei 8.884**, de 1994, veio concretizar a ideologia constitucional da **liberdade de iniciativa** e, conseqüentemente, de **liberdade de concorrência**. **Os tempos mudaram, a ideologia constitucional se alterou, a legislação acompanhou tal mudança, o judiciário passou a enfatizar a liberdade de iniciativa”.**

E vale dizer que a situação mudou, não só pela Constituição e pela Lei nº 8.884/94. Deve-se considerar, também, que a cláusula do Estatuto da Unimed afronta, expressamente, o disposto no art. 18, inciso III, da Lei n. 9.656/98, *in verbis*: “a aceitação por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, impõe-lhe as seguintes obrigações e direitos [...] III - **a manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar, sendo expressamente vedado impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”.**

Saliento que esta lei aplica-se a todas as pessoas jurídicas de direito privado que operam plano ou seguros privados de assistência à saúde, independentemente da forma jurídica de sua constituição (art. 1º, § 1º, inciso I). Sendo assim, aplica-se, sem dúvida, à UNIMED, fazendo com que sua cláusula de exclusividade seja, portanto, ilegal.

Dessa forma, embora a multa aplicada pelo CADE tenha tido como fundamento a infração à Lei n. 8.884/94, ante a comprovação da existência de monopólio no Estado de Santa Catarina, o Estatuto da Apelante viola a literalidade do art. 18, inciso III, da Lei n. 9.656/98.

A Apelante sustenta que tal proibição legal não se lhe aplica, porque posterior à conduta que gerou a multa. Com a devida vênia, tal argumentação somente seria sustentável se a UNIMED alegasse haver se adequado ao disposto na Lei n. 9.656/98, eliminando de seus Estatutos a cláusula de exclusividade, após a entrada em vigor da citada lei. Mas não. O que ela defendia, no ano de 2000, quando foi aplicada a multa, e ainda defende, na presente apelação, é justamente a legalidade do monopólio que exerce em Santa Catarina, com base na cláusula de exclusividade, que entende legal e constitucional, fundamentando-se em uma pretendida liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII e XVIII), que, como já visto, é de fato impossível na realidade do mercado por ela dominado.

Assim, como não há direito adquirido a regime jurídico - no caso, a legislação anterior à proibição instituída pelo art. 18, inciso III, da Lei n. 9.656/98, e como durante a tramitação e julgamento do processo administrativo já estava em vigor tal restrição, não tendo a Apelante em nenhum momento procurado adequar-se a ela, e, ainda, levando-se em conta ser a infração de natureza continuada e não instantânea do dia da autuação (ela continuou dominando mercado relevante após a autuação e quando já em vigor a Lei 9.656/98), entendo que, por todos estes motivos, além dos fundamentos legais já constantes da decisão do CADE, deve a punição ser considerada legal.

IV

Assinalo, por fim, que os precedentes do ST J no sentido de que o associado que adere à Cooperativa Médica sujeita-se ao seu estatuto e não pode se vincular a outra entidade congênere, porque isto provocaria concorrência à cooperativa e desvirtuaria a finalidade com que instituída, não infirmam a sentença recorrida, porque nenhum deles aprecia a questão sob o prisma do art. 18, inciso III, da Lei n. 9.656/98.

Ademais, todos esses precedentes cuidavam de situação de fato diversa - discutia-se se o contrato celebrado entre os médicos cooperados e a UNIMED permitia a exclusão daqueles que descumprissem a sua cláusula de fidelidade e se esta cláusula seria legal. Neste caso, discute-se se a

UNIMED estabeleceu um monopólio no mercado de Santa Catarina. Isto, como vimos, foi devidamente comprovado. Assim, considero que a multa aplicada pelo CADE foi legal, pois ficou devidamente comprovada a violação à Lei nº 8.884/94.

Assim, em face de todo o exposto, acompanho o voto do eminente Relator.

É como voto.

Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE: Senhor Presidente, no meu voto, quero ressaltar que a exclusividade buscada pela UNIMED) neste caso, afronta literalmente o disposto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que estabelece como fundamentos do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ora, é incompatível essa cláusula do valor social do trabalho com a exclusividade do trabalho, como também é incompatível com a livre iniciativa. Ademais, afronta literalmente a norma do inciso I do art. 3º da mesma Constituição da República, aqui posta como fundamento da República Federativa do Brasil, de se construir uma sociedade solidária, livre e justa. Qualquer exclusividade assim constituída afronta a solidariedade e a liberdade de que necessita a sociedade brasileira para construir esta República com justiça. Então, ratifico meu voto nesses termos.

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA

CENTRAIS ELÉTRICAS MATROGROSSEENSES S.A. X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

Impetrante: Centrais Elétricas Matogrossenses S.A

Impetrado: Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

SENTENÇA

CENTRAIS ELÉTRICAS MATROGROSSEENSES S.A. concessionária de serviços públicos de redistribuição de energia elétrica no Estado do Mato Grosso, impetrou o presente mandado de segurança em desfavor do SR. PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. objetivando anular a multa administrativa objeto do Auto de Infração n° 0027/2000 ou diminuir seu Valor para o mínimo legal.

2. Afirma, em suma, que deve ser anulada a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. a qual considerou intempestiva a apresentação do ato de concentração representado pelo contrato de compra e venda celebrado entre a Impetrante e a Enermat Investimentos e Participações S.A. para a transferência integral da propriedade do capital da Itamarati Norte S.A - Agropecuária, representado pela totalidade das ações nominativas de sua emissão, impondo-lhe o pagamento de multa no valor de 120.000 UFIR, conforme disposto no art. 54. §§ 4° e 5°, da Lei n° 8.884/94.

Para tanto, sustenta que a apresentação do ato de concentração econômica se deu dentro do prazo legal de 15 (quinze) dias úteis, visto que, não obstante a assinatura do ato datar do dia 01/06/99, este foi protocolado em 22/09/99 e a consumação do ato de aquisição somente se deu em 31/08/99, após o implemento das condições suspensivas previstas no Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra.

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. 39/197.

3. A liminar foi indeferida pela r. decisão de fls. 200/204, contra a qual foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2001.01.00.021905-5 (fls. 269-293).

4. Em informações de fls. 209/231, a Impetrada argüiu, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo. No mérito, alegou que o dever de comunicar a realização de um ato enquadrado no artigo 54 da Lei de Defesa da Concorrência deve observar o prazo de 15 dias úteis a contar da celebração do negócio jurídico, sendo também legal a fixação do valor da multa por intempestividade na apresentação da operação.

As informações vieram acompanhadas dos documentos de fls. 232/268.

5. Em parecer de fls. 295/299, o Ministério Público Federal pugnou pela denegação da segurança.

Este é o breve relatório.

II

6. 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 se 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 carrou documentos que comprovam os fatos por ele narrados, sendo desnecessário dilação probatória” Rejeito, pois, a preliminar”

III

7. 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 da Impetrante fundamenta-se, basicamente, na interpretação de que o negócio jurídico previsto no contrato particular de compra e venda de ações celebrado entre a Impetrante e a Enermat Investimentos e Participações S.A. somente se realizou em 31/08/99, após o implemento de três condições suspensivas previstas no pacto celebrado em 01/06/99, abaixo relacionadas, pois, antes do implemento de tais condições, o negócio era desvestido da necessária eficácia para poder ser considerado como realizado.

“(i) sem a anuência da ANEEL - ocorrida em 6 de agosto de 1999 (documento 3) - não era possível a realização de qualquer ato de transferência do controle acionário, sob pena de caducidade da própria concessão do serviço público de energia elétrica:

(ii) sem anuência do BNDES - ocorrida em 25 de agosto de 2000 (documento 4)- a transferência das ações estaria privada de qualquer efeito, dada a existência de caução dessas mesmas ações em favor desse banco: c

(iii) acima de tudo isso, as partes, com supedâneo no artigo 118 do Código Civil Brasileiro - determinaram que só estariam vinculadas ao cumprimento das obrigações pactuadas a partir do último dia útil do mês em alie implementada a última das condições suspensivas acima indicadas, ou seja, 31 de agosto de 2001 (cláusula 5.4 do Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Ações, transcrita no item 2, supra-documento 2).” (fl. 11)

De outro lado, a Autoridade apontada como coatora fundamentou a intempestividade da comunicação no entendimento de que o prazo começaria afluír a partir da data da assinatura do contrato, ocorrida em 01/06/99.

8. 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 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo. nos termos do art. 32. (grifamos)”

Assim, o prazo deve ser contado a partir da realização de ato, sob qualquer forma manifestado, com capacidade para influir nas relações de concorrência, seja no momento do primeiro documento vinculativo entre as partes ou momento diverso.

Nesse sentido dispõe a Resolução nº 15/CADE:

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.

Revedo posicionamento anterior, esclareço que este Juízo não vislumbra, a priori, a existência de 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, afim 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 da 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 Contrato Particular de Venda e Compra celebrado entre a Impetrante e a Enermat, para transferência integral das ações nominativas da Itamarati Norte S.A para a Impetrante é ato que 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.

Ora, é possível afirmar que, de um modo geral, o contrato vinculativo de fls. 43/76, mesmo sujeito a cláusulas e condições futuras, é capaz de influir no comportamento concorrencial. A assinatura de um contrato dessa natureza - pelo qual a Impetrante adquire uma sociedade auto-produtora de energia elétrica “autorizada a vender o excedente de energia elétrica por ela produzida nas Usinas Hidrelétricas de Juba I e Juba II” - tem evidente poder de afetar o mercado, mesmo antes de implementadas as condições suspensivas da eficácia do negócio, estipuladas no exclusivo interesse individual das partes, tomando-se objeto de apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência. De fato, a partir do momento que o contrato foi firmado entre as partes, mesmo que este não interfira no comportamento de outras empresas do ramo atuantes no mercado, inegável que implica na alteração de estratégias de mercado das empresas envolvidas na avença, eis que a empresa Itamarati, por exemplo, obviamente reduzirá ou cessará de adotar medidas agressivas para tomar clientes da empresa compradora ou, ainda, quaisquer tipos de investimentos ou entendimentos visando qualquer tipo de associação, aquisições, fusões, constituição de *joint-ventures*, etc. com terceiros, o que tem inegável poder inibidor nas relações de mercado.

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 Impetrante de que somente após o implemento de condições contratuais por elas estipuladas 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.

8. 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:

“A multa pecuniária prevista no art. 54, §5º, da Lei nº 8.884/94 pode atingir a cifra de 6.000,000 de UFIRs. No entanto, siga a jurisprudência benevolente deste Conselho no sentido de partir sempre da multa mínima prevista em lei, considerando portanto presentes todas as circunstâncias atenuantes possíveis,

agravando-a progressivamente nos termos do art. 27 da Lei nº 8.884/94. Uma das circunstâncias previstas no referido artigo é a situação econômica do infrator. Ora, o Grupo Rede, ao qual a Cemat pertence, controla pelo menos nove empresas geradoras de energia elétrica. atuando ainda na distribuição e comercialização de energia. Entre as diversas sócias da CEMAT, contam-se, por exemplo, além de Furnas Centrais Elétricas S.A e Eletrobrás, a Inepar que teve faturamento de US\$ 821.217.000,00 no ano de 1998, conforme Revista Exame, junho/99, p. 103. Assim, imponho às requerentes multa no valor de 120.000 UFIR. Destaco que este valor equivale somente a 2% do valor máximo previsto em lei.” (fls. 229/230)

Sobre o tema, destaco que o art. 27 da Lei de Proteção da Concorrência estabelece critérios objetivos e subjetivos que devem ser levados em conta pelo julgador para a adequada aplicação da pena, 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 2001.01.00.021905-5, officie-se ao Egrégio TRF/1ª Região encaminhando cópia desta sentença.

P. R. I. Officie-se.

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Juiz Federal Substituto

BANCO BCN S/A E BANCO BRADESCO S/A X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA Nº: 2002.34.00.033475-0

14ª VARA FEDERAL

BANCO BCN S/A E BANCO BRADESCO S/A

VERSUS

PRESIDENTE DO CADE

DECISÃO

Objetiva-se, em apertada síntese, a suspensão dos efeitos do acórdão prolatado pelo CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, na parte em que se ordenou a apresentação da operação de compra do BCN, primeiro impetrante, pelo BRADESCO, segundo impetrante. Alega-se, basicamente, que o acórdão administrativo impugnado teria desobedecido o disposto no Parecer AGU/LA- 01/2001, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, cuja conclusão é pela competência privativa do BANCO CENTRAL DO BRASIL para aprovar os atos de concentração no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. É o relatório.

2. Um exame perfunctório evidencia a flagrante colidência entre o citado parecer vinculativo da AGU e o ato impugnado, o que, obviamente, não poderia ocorrer por força do que dispõe o art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/93. Assim; aprovado o ato de concentração BRADESCO/BCN pelo BACEN ainda em 1998; dirimido definitivamente no âmbito da Administração Federal o conflito de atribuições existente entre o CADE e o BACEN, no quanto concerne à aprovação dos atos de concentração das instituições financeiras (atribuída à autoridade monetária), em 2001; não faz o menor sentido, nem lógico nem jurídico, a exigência feita no bojo do acórdão administrativo ora impugnado. Relevante, pois, o argumento de que a operação BRADESCO/BCN, além de já ter sido aprovada pelo BACEN, não é da alçada do CADE.

3. Ademais, antolha-se a presença do *periculum in mora*, haja vista que o termo fatal, para o cumprimento do acórdão do CADE, sob pena de multa diária, será amanhã, 22. Evidente, pois, o risco de ineficácia do

provimento final, casa não seja sustada, desde logo, a exequibilidade da injunção administrativa ora hostilizada.

4. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar para suspender os efeitos do acórdão administrativo do CADE, publicado em 1º.10.02, prolatado nos autos dos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.002381/2001-23 (cópia a fl. 99).

5. Notifique-se e intimem-se.

Brasília-DF, 21 de outubro de 2002.

FRANCISCO ALEXANDRE RIBEIRO

Juiz Federal Substituto

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

BANCO BCN X CADE

MANDADO DE SEGURANÇA

SENTENÇA Nº: 448/2003-B

PROCESSO Nº: 2002.34.00.033475-0 CLASSE 2100

IMPETES: BANCO BCN S/A E OUTRO

IMPDO: PRESIDENTE DO CADE

SENTENÇA

Vistos. Etc.

Trata-se de Mandado de Segurança. com pedido de liminar, impetrado pelo BANCO BCN S/A e BANCO BRADESCO S/A contra ato do PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE.

Sustentam os Impetrantes que após submeterem à análise do Banco Central do Brasil a operação de compra do Banco BCN pelo Banco Bradesco, apropriada em 20 de janeiro de 1998, o CADE, em 1º de outubro de 2002, determinou lhe fosse submetida, igualmente, a operação da compra do BCN.

Os Impetrantes argumentam que as operações envolvendo o sistema financeiro nacional refogem à alçada. do CADE - conforme já havia sido fixado no Parecer AGU/LA- 01/2001 , Pedem, com efeito, liminar e segurança definitiva que suspenda a determinação do Conselho neste sentido-

Em resposta, a Autoridade Impetrada aduz que não está submetida à conclusão do Parecer AGU/LA- 01/2001, em face da ausência de subordinação do CADE perante outros órgãos da Administração Pública.

Sustenta, ainda, que a competência do BACEN e do CADE são complementares, o que obriga a submissão das operações de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro a julgamento pelo conselho.

Parecer ministerial. fls. 293/300.

O Impetrante fez juntar manifestação. fls. 310/332.

Relatei.

Decido.

Sobre a regulação do sistema financeiro nacional, conquanto a Constituição tenha estabelecido o tratamento da matéria pela via da Lei Complementar (CF, art. 192) é a Lei nº 4.595/64, recepcionada com esse status, que define as regras acerca do trato da matéria. E o faz de forma detalhada, mormente no que toca à definição da estrutura do sistema financeiro, seu controle e fiscalização.

Trata-se, pois, de norma dotada de especialização em tema de sistema financeiro. Com base nela o Banco Central do Brasil atua de modo a controlar toda e qualquer operação envolvendo instituições financeiras, vejamos:

Art. 1º O Sistema. financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído;

I. da Conselho Monetário Nacional;

II. do Banco Central da República do Brasil;

III. do Banco do Brasil S.A;

IV. do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;

V. das demais Instituições financeiras públicas e privadas.

No cumprimento de sua prerrogativa pode autorizar que instituições financeiras sejam transformadas, fundidas ou encampadas, como se vê do seguinte texto, *verbis*:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:
(omissis)

IX. Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

(omissis)

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas:

De igual modo o art. 18, em seu § 2º, do mesmo diploma legal assim dispõe:

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com aplicação da pena nos termos desta Lei.

Ora, o poder de conceder as autorizações para as operações de concentração, como sói acontecer no presente caso, passam, necessariamente, por uma análise dos impactos que a eventual aquisição de uma. Instituição financeira, por outra possa ocasionar em matéria de concorrência no mercado financeiro e no tocante ao consumidor. A submissão prévia do negócio jurídico ao BC é resultante do seu poder de polícia. *In casu*, como ensina Hely Lopes Meirelles, *quem tem competência para regular tem competência para policiar* (Direito Administrativo Brasileiro, p. 114).

Não teria sentido do ponto de vista jurídico que a mesma operação de compra fosse submetida ao duplo controle, quando é consabido que o Banco Central é autárquico que detém o corpo técnico especializado na área de finanças (art. 3º, Lei 9.650/98), com conhecimento sobre todas as atividades vinculadas às competências legais do BACEN. A regra aqui é a exclusividade do policiamento das atividades Envolvendo as regras do sistema financeiro nacional, como pontifica. J Lopes Meirelles acerca do exercício do poder de polícia (ob. cit. P. 114). Prescinde de Interpretação o vocábulo “privativamente”, posto no art. 10 da lei que trata das competências do BC.

Ademais disto, o parecer da Advocacia Geral da União nº LA- 01/ 200J, longe de traduzir submissão ao escopo do CADE. dá cumprimento à regra posta no art. 40 da Lei Complementar nº 73/93, que alcança todos os órgãos da Administração Pública. como sói acontecer com o CADE.

Vejamos:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento

Pois bem. em que pese a tese de defesa colocar o CADE em posição de total independência na sua atuação, na tentativa de expandir a formação tripartite dos poderes do Estado, o fato é que se trata de administração pública.

O que, em que pese sua destacada relevância na análise das concentrações de empresas, não deixa de ser descentralização do poder executivo estando, portanto, subordinados ao princípio da legalidade estrita e, de conseguinte, à regra acima transcrita.

Por fim, cumpre destacar que a interpretação teleológica da Lei que regula o sistema financeiro nacional (Lei nº 4.595/64) não deixa dúvida que nessa seara não cabe a submissão das concentrações aos aspectos da lei nº 8.884/94, o que tal cair por terra a tese de que existe complementaridade entre as normas em tela.

Pelo exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para desconstituir a ato do Presidente do CADE consistente em determinar submissão da operação de compra do BCN pelo Bradesco a julgamento por esse órgão.

Custas pagas. Sem honorários advocatícios e homenagem à Súmula nº 512/STF.

Após o decurso de prazo, archive-se.

P.R.I.

Brasília, 14 de julho de 2003.

CHARLES RENA FRAZÃO DE MORAES

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara

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, suscitaram 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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

KODAK X CADE

MEDIDA CAUTELAR Nº: 2003.01.00.000538-5/DF

Processo na Origem: 2001.34.00.029773-7/DF

(MCP - 04-01-2003)

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL - PRESIDENTE

REQUERENTE: KODAK BRASILEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ADVOGADOS: DRS. MARIA EUGÊNIA DEL NERO POLETTI E OUTROS

REQUERIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

DECISÃO

1- KODAK BRASILEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. requer, com espeque no parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil, a atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta da sentença de improcedência proferida na Ação Cautelar 2001.34.00.029773-7, ajuizada pela Requerente perante a 16. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para suspender a exigibilidade do pagamento da multa imposta pelo Requerido em decorrência do Ato de Concentração nº 08012.003393/99-07 e do Auto de Infração nº 72/00.

2- Alega, em resumo, o seguinte:

“a) que, visando a otimização das atividades produtivas de distribuição e comercialização dos produtos da linha de negócios de artes gráficas, realizou uma operação mundial entre os grupos Kodak e Sun Chemical;

b) que, para tanto, em 24/11/97, por meio de contrato de aparte de capital e compra de ativo, celebrado entre Eastman Kodak Company, Sun Chemical Group B.V e Kodak Polychrome

Graphics Company Ltda., as contratantes manifestaram o ensejo de combinar determinadas parcelas de atividades comerciais gráficas operadas, até então, de forma independente;

c) que, todavia, até a efetivação da venda do negócio da Requerente para a Kodak Polychrome Graphics do Brasil Ltda., em 1º/4/99, a linha de negócios de artes gráficas da Kodak Brasileira ficou sob a gerência administrativa, financeira e contábil da própria Kodak Brasileira, ou seja, apenas sob o controle do grupo Kodak. Da mesma forma o negócio de artes gráficas da Sun Chemical do Brasil continuou sob a gerência do grupo Sun Chemical;

d) que as atividades relacionadas ao negócio da Requerente não sofreram qualquer interferência do acordo firmado em 24/11/97 no exterior, até 1º/4/99, mesmo porque, conforme acordado entre as Empresas, a consumação da associação se daria localmente; isto é, com a transferência do negócio da Kodak Brasileira e da Sun Chemical do Brasil para a empresa que seria a joint venture no país, qual seja, a Kodak Polychrome do Brasil;

e) que, em cumprimento aos dispositivos da Lei nº 8.884/94, que determina a obrigatoriedade da apresentação de diversos tipos de operações econômicas aos órgãos de Defesa da Concorrência, a operação supracitada foi submetida em 26/4/99, à secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, do Ministério da Fazenda, à secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, e posteriormente à apreciação do CADE (Ato de Concentração nº 08012.003393/99- 07, nos exatos termos do art. 54, § 4º, da aludida Lei, ou seja, dentro do prazo de quinze dias úteis contados a partir da realização do ato de concentração em 1º/4/99;

f) que o Requerido, por unanimidade, após a análise da operação houve por bem aprová-la, mas considerou a apresentação do referido ato que lhe devia ser submetido intempestivo, na medida em que, no seu entendimento, o dies a quo para contagem do prazo de apresentação da operação teve início em 24/11/97, determinando, conseqüentemente, a aplicação de multa no valor de 180.000 UFIR;

g) que, após a publicação do acórdão supratranscrito no Diário Oficial de 23 de outubro de 2000, foi lavrado o Auto. de Infração

nº 72/2000, notificando a Requerente para pagar o valor acima descrito, ou apresentar defesa, no prazo de 20 (vinte) dias;

h) que apresentou impugnação à multa aplicada pelo Requerido, tendo o plenário do CADE negado provimento à impugnação, por votação unânime, razão pela qual a requerente aguarda que a ação anulatória, ora em fase de saneamento, seja julgada procedente, afastando a aplicação da dita sanção;

i) que estaria presente, na hipótese, a plausibilidade jurídica do pedido, representada no fato de que a Resolução nº 15/98, que regulamentou o art. 54, além de desrespeitar o ordenamento jurídico pátrio, causou-lhe séria insegurança jurídica, de vez que a orientação adotada pela mesma vai de encontro à própria jurisprudência do CADE, requerido, pois até 19/8/98, ocasião em que foi editada a referida Resolução, o Requerido entendia que o momento da realização do ato, isto é, o momento de sua consumação, era o fechamento da operação, e não o da assinatura de “um primeiro documento contratual”, conceito inserido pela citada Resolução;

j) que, sendo a Resolução ato hierarquicamente inferior à Lei, jamais poderia ser aplicada no caso, pois foi além da Lei ao ampliar o disposto no art. 54;

l) que o art. 2º da Lei em comento, determina sua aplicação, 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;

m) que, quanto ao risco do dano., ele resultaria da iminente inscrição da multa na dívida ativa da união, sendo imprescindível o deferimento da liminar, independentemente de caução, a fim de ajustar os efeitos da condenação que lhe foi imposta até o trânsito em julgado da Ação Anulatória da referida multa, 2001.34.00.032222-0, ou então até o julgamento da apelação interposta na Cautelar 2001.34.00.029773-7, que tramitou perante a 16ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.”

3- Assere, também, que o juízo de origem após a apresentação da contestação e de documentos pelo Requerido, debatendo somente o mérito da demanda cautelar, quando deveria abrir prazo para réplica e posterior

saneamento do feito, proferiu sentença, indeferindo a inicial ao argumento de que lhe faltaria interesse de agir .

4- Assevera, ainda, que não buscou na Ação Cautelar a satisfação da sua pretensão, ou seja, a suspensão dos efeitos da condenação que lhe fora imposta, mas, tão-somente, que o Requerido se abstivesse de inscrever a multa que lhe fora aplicada como Dívida Ativa da União, até o trânsito em julgado da decisão.

5- Conclui, dizendo que interpôs recurso de Apelação para impugnar a mencionada sentença, pleiteando sua anulação, e que, por não ter o apelo efeito suspensivo, não tem a liminar cassada nenhuma. eficácia após a extinção do processo, razão pela qual interpôs a Medida Cautelar neste Egrégio Tribunal, pleiteando a suspensão da exigibilidade da multa administrativa que lhe fora imposta pelo Requerido.

6- Verifica-se, pelo com pulsar do processo, que a sentença proferida na Medida Cautelar no 2001.34.00.029773-7, ajuizada pela Requerente para suspender a exigibilidade da multa que lhe fora aplicada pelo Requerido, e evitar inscrição na Dívida Ativa da União, está, em síntese, assim fundamentada:

“No caso em tela, a Requerente busca, por via de ação cautelar, a satisfação completa de sua pretensão, ou seja, a suspensão dos efeitos da condenação que lhe foi imposta, consoante Auto de Infração n° 72/2000, no valor equivalente a 180.000 (cento e oitenta mil) UFIR, e ato contínuo, que o Requerido se abstenha de proceder a inscrição da referida multa como Dívida Ativa da União, até à trânsito em julgado da decisão.

De fato, a ação cautelar é meio hábil para pleitear a tutela jurisdicional definitiva, realizável, com propriedade, pelos processos de cognição e de execução. As medidas cautelares não têm um fim em si, eis que servem a um processo principal, com o fim de tornar possível a atuação posterior de eventual tutela jurisdicional definitiva.

Neste mesmo sentido foram julgados os AC n° 9S.02.13691/RJ, TRF 2ª Região, Relator: Juiz HENRY BARBOSA, 1ª Turma, in DJ 06/03/97, PG: 012302 .e. AC n° 92.03.002120-5, TRF 3ª Região, Relatora: Juíza SYLVIA STEINER, 2ª Turma, in DJ, 20/03/96, PG: 016860, dentre outros.

Assim, não há como o presente feito prosseguir, devendo o mesmo ser extinto sem julgamento ‘de mérito em face da

inadequação da via eleita. Não é possível a prestação da tutela jurisdicional definitiva, nem os seus efeitos (art. 273 do CPC) , em sede de ação cautelar.

Por fim cumpre registrar que, como bem acentuado por Vicente Greco Filho, “o interesse é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela., em tese, não for apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial. Haverá, *pois*, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação” (Direito Processual Civil Brasileiro, 1ª Vol. 1ª. Edição. .Ed. Saraiva. São Paulo. 1995. Página 81).” (Fls. 197/198.)

7- Na inicial da Medida Cautelar em comento (fls. 25/47), a Requerente: a) informa ser a Cautelar preparatória; b) disserta a respeito da inaplicabilidade da Resolução n° 15/98 do Requerido, sua inconstitucionalidade e ilegalidade; c) postula a sustação dos efeitos da condenação que lhe fora imposta em Auto de Infração, mediante suspensão da exigibilidade do pagamento da multa de 180.000 (cento e oitenta mil) UFIRs, e determinação de que o Requerido se abstenha de inscrevê-la em Dívida Ativa da União até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida na ação principal.

8- Nessa ordem de idéias, não há dúvida de que a Requerente não pleiteou a anulação da multa imposta, mas, apenas, sua sustação e, conseqüentemente, da inscrição do débito em Dívida Ativa da União até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida na ação principal.

9- De outro lado, não me parece crível que a Cautelar tenha caráter de satisfação, mesmo porque, a ação principal, na qual a Requerente pleiteia a anulação do ato administrativo, já foi ajuizada.

10- Não fora isso, a discussão a respeito da validade da aludida Portaria, sua hierarquia, alcance e desdobramentos em relação à Lei n° 8.884/94 será apreciada pelo juízo natural; caso contrário, o Conteúdo daquela ação seria esvaziado.

11- E mais, a apelação interposta para impugnar a sentença proferida na Cautelar não tem efeito suspensivo, o que legitima a via processual eleita.

Pelo exposto, defiro a liminar para sustar, até o julgamento da ação principal supracitada, a exigibilidade da multa aplicada à Requerente e sua

inscrição em Dívida Ativa da União, .sem prejuízo do reexame da matéria pelo Relator, querendo.

Cite-se a Requerida.

Ao Relator.

Publique-se e intimem-se.

Brasília, 16 de janeiro de 2003.

Desembargador Federal CATÃO ALVES

Presidente

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

BELGO-MINEIRA X SDE

MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2003.34.00.005159-1 Protocolado em 19/02/2003

Classe: 2100 - MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

Objeto: PROCESSO ADMINISTRATIVO

Impete:

Adv.: RJ00017587 - SÉRGIO BERMUDES E OUTROS

Impdo.: SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Vara: 21ª VARA FEDERAL DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA em 19/02/2003

Compl.: SUSPENSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO/ANULAR DECISÃO DO SECRETÁRIO DA SDE

MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO: 2003.34.00.05159-1

CLASSE 2100: MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

IMPETRANTE: COMPANHIA SIDERÚRGICA BELGO-MINEIRA

IMPETRADO: SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO

JUÍZO: 21ª VARA

DECISÃO

Cuida-se de pedido de liminar em mandado de segurança impetrado por COMPANHIA SIDERÚRGICA BELGO-MINEIRA contra ato praticado pelo Secretário de Direito Econômico, objetivando a suspensão de procedimento administrativo e o desentranhamento de relatório do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE).

Alega violação ao art. 39 da Lei 8.894/94 e ao princípio do devido processo legal.

Instruem a inicial os documentos de fls. 08/182.

É o relatório, decido.

A Lei 8.894/94 em seu art. 39 assim dispõe:

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório consubstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao Cade para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao Cade nesta última hipótese.

Verifica-se, pois, que o relatório deverá ser antecedido da oportunidade para apresentar alegações finais, o que é coerente com a lógica do devido processo legal, uma vez que aquelas alegações tem por finalidade facultar o pronunciamento da parte acerca das provas coligidas na instrução probatória. Assim, as alegações finais têm aptidão, ao menos potencial, de influenciar na conclusão do relatório da autoridade coatora.

De outro lado, o documento de fl. 16 comprova inversão das fases procedimentais, com a apresentação precoce do relatório. Diante disso, vislumbro a fumaça do bom direito a embasar o pedido de liminar.

Por fim, o perigo na demora reside no fato de que o prazo final para apresentação das alegações finais termina no dia 21 de fevereiro (amanhã).

Isto posto, concedo o pedido de liminar para suspender o Processo Administrativo n. 08012.004086/2000-21 e determinar o desentranhamento do relatório elaborado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômico, assegurando à Impetrante a apresentação de suas alegações finais na forma do art. 39 da Lei 8.884/94.

Notifique-se, com urgência, a autoridade.

Após informações ou decurso do respectivo prazo, remetam-se os autos ao MPF.

Intime-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2003.

GUILHERME JORGE DE RESENDE BRITO

JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA 21ª VARA

PROCESSO: 2003.34.00.05159-1**CLASSE 2100:** MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL**IMPETRANTE:** COMPANHIA SIDERÚRGICA BELGO-MINEIRA**IMPETRADO:** SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO**JUÍZO:** 21ª VARA*DECISÃO*

A omissão da Impetrante quanto à Portaria MJ n. 849, de 22 de setembro de 2002, levou este Juízo a laborar em erro ao deferir a li minar de fls. 186/187.

De fato, dispõe o art. 26 e 27 daquela portaria:

Art. 26. Concluída a instrução processual, será elaborado relatório sucinto dos atos do processo e indicadas as conclusões preliminares da Secretaria relativas aos fatos apurados, devendo o Secretário da SDE, acolhida nota técnica de responsabilidade do DPDE, notificar o representado para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar alegações finais.

Art. 27. Decorrido o prazo previsto no artigo anterior, com ou sem manifestação do representado, o Secretário da SDE, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese.

Da conjugação desses dois artigos percebe-se que o relatório apresentado é somente preliminar (art. 26) e que o relatório do art. 39 da Lei 8.894/94 ficou estabelecido no art. 27 da portaria. Com isso, a existência de relatório prévio somente beneficia a Impetrante, já que favorece a confecção de suas alegações finais, que serão analisadas antes da elaboração do relatório final, como manda a referida lei.

Não se apresenta, assim, plausível o pedido de liminar, motivo pelo qual revogo a liminar de fls. 186/187.

Oficie-se à contra-ordem.

Intime-se.

Brasília, 20 fevereiro de 2003.

GUILHERME JORGE DE RESENDE BRITO
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA 21ª VARA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

BELGO-MINEIRA X CADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2003.01.00.004988-0/DF

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EUSTÁQUIO SILVEIRA

AGRAVANTE: COMPANHIA SIDERÚRGICA BELGO-MINEIRA

ADVOGADOS: WAGNER ROSSI RODRIGUES E OUTROS

**AGRAVADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA- CADE**

DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, contra decisão que revogou liminar anteriormente concedida para suspender o Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21 e determinar o desentranhamento do relatório elaborado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica assegurando à ora agravante a apresentação de suas alegações finais na forma do art. 89 da Lei nº 8.884/94.

Distribuído o agravo ao eminente Desembargador Federal Eustáquio Silveira, os autos foram remetidos a este gabinete hoje, por volta das 17:00 horas, em razão do impedimento temporário do eminente relator.

Examinando a questão em juízo de cognição sumária, verifico que não estão configurados os pressupostos que autorizam a antecipação da pretensão recursal, devendo a douda decisão agravada ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Com efeito, destacou a decisão agravada:

“A omissão da Impetrante quanto à Portaria MJ n. 849, de 22 de setembro de 2002, levou este Juízo a laborar em erro ao deferir a liminar de fls. 186/187. De fato, dispõe o art. 26 e 27 daquela portaria:

Art. 26. Concluída a instrução processual, será elaborado relatório sucinto dos atos do processo e indicadas as conclusões

preliminares da Secretaria relativas aos fatos apurados, devendo o Secretário da SDE, acolhida nota técnica de responsabilidade do DPDE, notificar o representado para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar alegações finais.

Art. 27. Decorrido o prazo previsto no artigo anterior, com ou sem manifestação do representado, o Secretário da SDE, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese.

Da conjugação desses dois artigos percebe-se que o relatório apresentado é somente preliminar (art. 26) e que o relatório do art. 39 da Lei 8.894/94 ficou estabelecido no art. 27 da portaria. Com isso, a existência de relatório prévio somente beneficia a Impetrante, já que favorece a confecção de suas alegações finais, que serão analisadas antes da elaboração do relatório final, como manda a referida lei.

-” Não se apresenta, assim, plausível o pedido de liminar, motivo pelo qual revogo a liminar de fls. 186/187.”

O exame dos autos revela que o procedimento administrativo seguiu os trâmites regulados pela Portaria n° 849, de 22.9.2000, do Ministério da Justiça, sendo concedido prazo à agravante para apresentação de alegações finais, na forma do seu art. 26.

A simples aprovação e juntada de relatório circunstanciado elaborado pelo DPDE não significa antecipação do pronunciamento da Secretaria de Direito Econômico sobre a questão. Ao contrário, presta-se muito mais a conferir à agravante ampla oportunidade de rebater as imputações que lhe são feitas, vez que, ao ter vista dos autos para alegações finais, a agravante terá oportunidade de analisar e impugnar todos os argumentos nele contidos.

Ademais, o ato impugnado não tem conteúdo decisório, na medida em que confere prazo para alegações finais e, somente após a apresentação destas, é que a Secretaria de Direito Econômico deverá elaborar relatório circunstanciado, contendo os elementos descritos nos itens I a VI do § 1° do art. 27 da Resolução n° 849/2000, quando decidirá pela remessa, ou não, dos autos ao CADE para julgamento.

Assim, não vislumbro, *prima facie*, nenhuma ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Isso posto, **indefiro** o pedido de antecipação da pretensão recursal.

Oficie-se à autoridade prolatora da decisão agravada, dando-lhe ciência deste decisório.

Intime-se o agravado, na forma do artigo 527, V, do CPC.

Intime-se.

Brasília, 28 de fevereiro de 2003.

Desembargador Federal Antônio Sávia de Oliveira Chaves

Relator em substituição eventual

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

GENERAL ELETRIC X CADE

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA: 2000.34.00.009970-9/DF

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA

RELATOR: JUIZ URBANO LEAL BERQUÓ NETO (CONVOCADO)

APELANTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA- CADE

PROC/S/OAB: SIDIO ROSA DE MESQUITA JUNIOR E OUTROS(AS)

APELADO: GENERAL ELETRIC COMPANY- GE

ADVOGADO: JURANDIR FERNANDES DE SOUSA E OUTROS(AS)

REMETENTE: JUÍZO FEDERAL DA 13 A VARA - DF

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI Nº 8.884/94. ATO DE CONCENTRAÇÃO. AQUISIÇÃO OCORRIDA NO ESTRANGEIRO. APRESENTAÇÃO DO ATO DE AQUISIÇÃO, TIDA POR INTEMPESTIVA. AFASTAMENTO. MULTA REPELIDA.

1. Estabelece o art. 54 da Lei nº 8.884/94 que os atos 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.

2. De acordo com o parágrafo 4º do aludido preceptivo, os atos em questão 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 Secretaria de Direito Econômico que imediatamente enviará uma via ao Conselho Administrativo de Defesa

Econômica e outra à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

3. A apresentação fora do prazo faz com que haja punição com multa pecuniária de valor não inferior a 60.000 UFIR nem superior a 6.000.000 de UFIR (parágrafo 5º do art. cit.).

4. Nô caso vertente, o negócio realizado ocorreu no estrangeiro e sem repercussão no Brasil para os fins do *caput* do art. 2º da Lei 8.884/94.

5. Ademais. por cautela, a empresa comunicou O ato de concentração ao CADE em momento posterior ao pré-contrato, onde existiriam cláusulas suspensivas, mas anterior à assinatura do contrato definitivo, atendendo, assim, ao § 4º do artigo 54 da Lei Antitruste.

6. Não se pode aplicar, no particular, o art. 2º da Resolução nº 15/1998. do CADE, que apregoa que o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos parágrafos 4º e 5º, do art. 54 da Lei 8.884/94. será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, porquanto a regulamentação em destaque não se funda em autorização legal.

7. Sentença mantida. Apelo e remessa improcedentes.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal -1. Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator .

Brasília, 31 de março de 2003 (data do julgamento).

Juiz **URBANO LEAL BERQUÓ NETO**

Relator (Convocado)

RELATÓRIO

Juiz URBANO LEAL BERQUÓ NETO (Convocado):

Trata-se de mandado de segurança ajuizado por General Electric Company (GE) contra pretensão ato ilegal/abusivo do Senhor Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, com o fito de ser anulada a decisão do aludido órgão que impôs à impetrante o pagamento de multa sob alegação de violação do artigo 54, §§ 4º e 5º, da Lei Antitruste.

Alegou que adquiriu a Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte - "Heavy Duty" - da empresa Alstom France S.A, através de contrato celebrado, em 23/03/1999, no exterior, "já que nenhuma das empresas envolvidas possuía qualquer ativo referente a esse mercado no Brasil". O negócio em questão sujeitava-se a diversas condições que, se não satisfeitas, invalidariam a operação, havendo data, inclusive, para o fechamento da transação (23/12/1999). Por cautela a impetrante, não obstante o negócio não atingisse ativo no país, levou, em 23/06/1999, ao crivo do CADE o ato de concentração, lembrando que em 25/06/1999 o ato de compra e venda fora consumado no estrangeiro.

Entrementes, o plenário do CADE, por maioria, aplicou à impetrante a multa de R\$ 58.610,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e dez reais), por ter submetido, intempestivamente, a comunicação em referência ao mencionado órgão. Irresignada, aforou o presente *mandamus* sob argumento de que a comunicação fora atempada, uma vez que a conclusão do contrato só ocorrera em 25/06/1999 e antes de tal data não haveria jurisdição brasileira sobre o negócio em face dos contraentes não terem ativos no Brasil em relação ao objeto da compra e venda (art. 2º da Lei 8.884/94).

A sentença julgou procedente o pedido.

Em seu apelo (fls. 372 e posteriores) a autarquia suscitou, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo. No mérito, alinhavou que a imposição pecuniária deveria prevalecer em respeito a ter o negócio sido realizado não quando da concretização, mas, isto sim, a partir do instante em que os interessados firmaram o pacto de. e por conta da cláusula 5ª do contrato cogitado.

Contra razões a partir de fls. 383.

É o relato.

VOTO

Juiz URBANO LEAL BERQUÓ NETO (Convocado):

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI Nº 8.884/94. ATO DE CONCENTRAÇÃO. AQUISIÇÃO OCORRIDA NO ESTRANGEIRO. APRESENTAÇÃO DO ATO DE AQUISIÇÃO, TIDA POR INTEMPESTIVA. AFASTAMENTO. MULTA REPELIDA.

1. Estabelece o art. 54 da Lei nº 8.884/94 que os atos 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.

2. De acordo com o parágrafo 4º do aludido preceptivo, os atos em questão 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 Secretaria de Direito Econômico que imediatamente enviará uma via ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e outra à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

3. A apresentação fora do prazo faz com que haja punição com multa pecuniária de valor não inferior a 60.000 UFIR nem superior a 6.000.000 de UFIR (parágrafo 5º do art. Cit.).

4. No caso vertente, o negócio realizado ocorreu no estrangeiro e sem repercussão no Brasil para os fins do *caput* do art. 2º da Lei 8.884/94.

5. Ademais, por cautela, a empresa comunicou o ato de concentração ao CADE em momento posterior ao pré-contrato, onde existiriam cláusulas suspensivas, mas anterior à assinatura do contrato definitivo, atendendo, assim, ao § 4º do artigo 64 da Lei Antitruste.

6. Não se pode aplicar, no particular, o art. 2º da Resolução nº 15/1998, do CADE, que apregoa que o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos parágrafos 4º e 5º, do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, porquanto a regulamentação em destaque não se funda em autorização legal.

7. Sentença mantida. Apelo e remessa improcedentes.

Preliminarmente frisa-se que a tese cogitada pela apelante de que inexistiria direito líquido e certo a lastrear o mandado de segurança acaba por se confundir com o próprio mérito da pretensão, razão pela qual, ao se dirimir aquele estar-se-á, automaticamente, elucidando a apontada defesa indireta de mérito.

Cuidando do tema de fundo propriamente dito, mister transcrever o artigo 54 e seus parágrafos 4º e 5º da Lei 8.884/94:

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.

§1º omissis.

§ 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.

§ 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.

Daí, intui-se que a multa a ser aplicada ao infrator oscilará entre 60.000 a 6.000.000 de UFIR. Outrossim, o ato de concentração deverá ser examinado, previamente, ou no prazo máximo de 15 dias úteis de sua realização. por intermédio do envio da respectiva documentação aos órgãos competentes. O núcleo verbal a ensejar a fluência do prazo subsume-se ao ato de realizar. Ora, não se pode, *data venia*, tomar o contrato de operações (fls. 30 e seguinte) como se fosse o pacto confirmador da aquisição. Em verdade, a avença em discussão seria mero pré- contrato (também denominado contrato preliminar ou contrato preparatório ou promessa de contrato).

Assim o é, em virtude de só criar obrigações para os participantes, quanto ao objeto do contrato principal, se este. efetivamente. for subscrito. Lembre-se, ademais, que o pré-contrato suscitado traz em seu bojo, notadamente no parágrafo 2.03 *fechamento* (fls. 37) que a conclusão da compra e venda das ações dar-se-ia em endereço situado em Paris - França, que ocorreria no último dia útil do mês social após a satisfação das condições estipuladas na cláusula 10 ou em outra data e k>cal que pudessem os contratantes acordar. A seu turno, a cláusula 10 (a partir de fls. 85) preconiza uma série de condições

para, só então, as partes consumarem o “fechamento” da entabulação. Dentre esta plêiade de condições haveria, por exemplo, aquelas atinentes ao cumprimento das garantias. além de solucionadas quaisquer pendências judiciais que as envolvidas teriam perante as autoridades governamentais onde situadas as matrizes ou subsidiárias, como também a efetivação do licenciamento de qualquer propriedade intelectual, não se olvidando da inexistência de qualquer lei, norma ou regulamento que impedisse alienação. com o conseqüente arquivamento nos órgãos apropriados. Mister, ainda, que as subsidiárias localizadas na Argentina e em Singapura também se submetessem às condições em destaque.

Assim, detecta-se que o contrato preliminar de natureza bilateral, subordinava-se à condição suspensiva. Aliás, escora-se na lição de Orlando Gomes, *Contratos*, Editora Forense, 17. ed., 1996, Rio de Janeiro, pág. 138, para admitir-se a existência da figura do pré-contrato e com as características referidas. A propósito, o aludido autor defende a tese que o contrato definitivo permaneça em estado latente, que assim perdurará até que o pré-contrato esteja suficientemente cumprido consoante obra citada, pág. 139:

*Ao exercer a faculdade que se reservou, o pré-contratante quer a eficácia do contrato preliminar. Exige-se apenas que seja exercida **tempore utile**, porquanto os requisitos de capacidade e forma foram apurados na celebração do pré-contrato. Enquanto latente, o chamado **contrato definitivo** vive em estado potencial, só se tornando eficaz no momento em que o pré-contratante exige o cumprimento da obrigação. Desde então - **ex nunc** - o contrato projetado deverá ser cumprido. Atinge-se, segundo De Castro y Bravo, ao segundo momento da complexa relação contratual, iniciada com o contrato preliminar.*

Saliente-se que se aplica ao Direito Comercial o tratamento dado pelo Direito Civil no que tange aos contornos gerais dos contratos (art. 121. Código Comercial).

Em conseqüência, considerando que o contrato preliminar em análise data de 23/03/1999 (fls. 30) e que somente foi firmado o contrato definitivo. no dizer da impetrante, em 25/06/1999, obtém-se a ilação que a comunicação, por iniciativa da impetrante, efetuado perante o CADE, a respeito da concentração econômica, cuja protocolização deu-se em 23/06/1999 (fls. 264), respeitou a estipulação do § 4º do art. 54 da Lei Antitruste.

A argumentação tecida pela autarquia apelante que a cláusula 5ª do pré-contrato confirmaria e tese de que o contrato fora realizado quando da assinatura da peça de operações, isto é, em 23/03/1999 *data venia*, não é aceita. Pela mencionada cláusula (fls. 39 e decorrentes) há apenas vedação a que a parte vendedora se obrigue e novos liames que acarretassem aumento da oneração de seus ativos - sem prejuízo à manutenção dos gravames anteriormente firmados - o que se apresenta razoável, haja vista que poderia existir, com as novas obrigações contratadas, diferenças no preço da aquisição. Portanto, tal escrito não induz à conclusão de que o pré-contrato já seria o definitivo mas, ao contrário, revele que até a assinatura do pacto final não poderia a vendedora agravar a liquidez de seus bens.

Ademais, há outro motivo à manutenção da sentença *a quo*.

Conforme se depura do artigo 2º de Lei Antitruste, esta, com ressalva de convenções e tratados subscritos pelo Brasil, aplica-se às práticas cometidas em todo ou em parte do território nacional ou que nele possa produzir efeitos.

Por conseguinte, diante dos informes da Procuradoria Geral do CADE (fl. 202 e seguintes), não haveria motivo para vislumbrar efeitos da aquisição no território nacional, notadamente, pelo tipo de produto objeto da compra e venda não ter mercado de forma contínua, só funcionando através de encomendas esporádicas. Logo, a despeito do negócio ter ocorrido em terra alienígena, inexistiria repercussão ainda que parcial, no mercado brasileiro. Consolidando tal pensamento, segue transcrição de Carlyle Popp e Edson Vieira Abdala, in Comentários à Nova Lei Antitruste, Juruá, 97, pág. 40:

*Na verdade, a eficácia desta lei aos atos praticados no exterior tem como condição **sine qua non** o fato de também ser realizado no país, Destarte, trata-se de infração motivada ou originada no exterior, mas com atos materiais no território nacional.*

Logo, a atitude da impetrante em comunicar o ato de aquisição, exteriorizado no estrangeiro, deu-se por mera cautela, e sem imperatividade legal, pois não estaria o ato de compra e venda em discussão jungido aos regramentos da lei brasileira, quanto ao Direito Econômico.

Finalmente, indispensável acrescentar comentários que não seria tolerável a utilização da Resolução nº 15, de 19/08/1998, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que, sob o fundamento do artigo 7º, inciso XIX, da Lei 8.884/94 regulamentou o artigo 54 da legislação referida.

Não se permite tal aplicação porque, em primeiro plano, o artigo 7º, inciso XIX, dá poderes ao plenário do CADE para elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo, assim, sobre o seu funcionamento, forma de deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, sem qualquer menção à possibilidade de esmiuçar a contagem de prazos para os efeitos do § 4º do art. 54 da Lei Antitruste. Destarte, é patente que o órgão em questão extrapolou o conteúdo regulamentador que a lei lhe auferiria, uma vez que dissecou o tema não alusivo ao seu funcionamento interno mas, a toda prova, condizente à questão do próprio conteúdo material tratado pela lei econômica.

Malgrado o exposto, ainda se pode acrescentar que em se permitindo a edição de resolução com caráter autônomo, estar-se-ia, indubitavelmente, descuidando-se do princípio da legalidade, o qual informa, de forma inarredável, a Administração (art. 37, *caput* e *cânon* 52, ambos da Carta Magna). E pacífico que na órbita do Direito Administrativo a entidade estatal só pode proceder em total respeito à lei, não podendo dela se afastar, enquanto ao particular, só lhe é defeso praticar o que a lei assim determina. Nesta trilha, o escólio de Maria Silvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 8ª ed., Atlas. São Paulo. 1997, pág. 61:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer

espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.

Portanto, não poderia a autarquia estabelecer, sem regramento legal (entendido este no seu sentido material e formal em conjunto) que o momento da realização da operação, para satisfação dos § 4º e 5º, do art. 54, da Lei 8.884/94 seria aquele estabelecido a contar do primeiro documento vinculativo assinado entre os requerentes (art. 2º da Resolução nº 15/1998-fls. 227). Em se admitindo tal detalhamento, haveria sangria ao princípio já aludido, como também extrapolar-se-ia o poder regulamentar outorgado pela lei, ainda mais que ocorreria agravamento à condição do administrado que, ainda sem saber se haveria, realmente, a aquisição de outro estabelecimento, deveria apresentar o ato de intenção sem, ao menos, saber se este se concretizaria e quicá, pela divulgação, ver acarretada a perda do segredo do negócio, característica assaz importante em operações deste naipe.

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, confirmando, pois, a sentença de primeiro grau.

É o voto.

VOTO

A Exm^a. Sr.^a Desembargadora Federal **SELENE MARIA DE ALMEIDA** (Relatora):

O ponto central da questão é examinar a regularidade da resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. Que disciplinou a apresentação dos atos e contratos ao CADE. com fundamento no artigo 7º, Inciso XIX, da Lei nº 8.884/94.

O referido dispositivo está inserido na esfera de competência atribuída ao Plenário do CADE, que para maior clareza, transcrevo na Integra:

“Lei nº 8.884/94 - Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

- I- zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;*
- II- decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;*
- III- decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;*
- IV- decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;*
- V- ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;*
- VI- aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;*
- VII- apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator;*
- VIII- intimar os Interessados de suas decisões;*
- IX- requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;*
- X- requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei;*
- XI- contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei;*
- XII- apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;*
- XIII- requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei;*
- XIV- requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;*
- XV- determinar à Procuradoria do Cade a adoção a. providências administrativas e judiciais;*

XVI- firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;

XVII- responder a consultas sobre matéria de sua competência;

XVIII- instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XIX- elaborar e aprovar seu regimento interno dispendo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei.

XX- propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal;

XXI- elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei.

XXII- indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento.

Observa-se que o inciso XIX fornece ao Plenário a possibilidade de elaborar e aprovar seu regimento interno, estabelecendo normas para seu funcionamento e forma de deliberações, bem como, normas procedimentais e de organização de seus serviços internos, inclusive, as férias do Colegiado e da Procuradoria-Geral.

Não foi concedido por aquele dispositivo poder normativo em relação às disposições contidas na lei, ou seja, não foi atribuído poder normativo relativamente à interpretação de termos da lei ou de formas de entendimento acerca de formalidades estipuladas no diploma legislativo.

Inexistindo autorização para tal procedimento, deve ser reconhecido que ao estabelecer regras sobre a interpretação acerca do momento em que a operação deva ser considerada como realizada, o Plenário extrapolou o Poder Normativo que lhe fora deferido, incidindo em ilegalidade ao regulamentar aquilo que a lei não previu fosse objeto de regulamento.

Assim, não pode prosperar a imposição de sanção fundada em regulamento que não foi expedido em observância ao regramento normativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra *Direito Administrativo*¹, prefere retratar os atos da Administração tendentes a esclarecer dispositivos legais como Poder Normativo, sendo oportuno transcrever trecho da lição para melhor ilustrar o posicionamento:

“Normalmente, fala-se em poder regulamentar; preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras, conforme se verá.

Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos. (...)

*(...) O poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo (art. 84, IV, da Constituição) e se exterioriza por meio de **decreto**. Ele somente se exerce quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem desenvolvidos pela Administração, ou seja, quando confere certa margem de discricionariedade para a Administração decidir a melhor forma de dar execução à lei. Se o legislador esgotou a matéria, não há necessidade de regulamento.*

Além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo; estabelecem normas que têm alcance ilimitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Há, ainda, os regimentos, pelos quais os órgãos estabelecem normas sobre o seu funcionamento interno.

Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nele não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37, caput, da Constituição). (...)”

A fixação de entendimento sobre prazo não diz respeito à organização administrativa do órgão, nem sobre seu funcionamento, nem sobre a forma de suas deliberações, o que conduz à conclusão de que exorbitou

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; *Direito Administrativo*; 8ª edição; São Paulo; Atlas; 1997; fls. 74/75.

em suas atribuições normativas, ferindo direito líquido e certo da Impetrante que em face do princípio da legalidade teve direito líquido e certo violado, pois está sendo compelida a pagar multa por apresentação intempestiva de ato de concentração com fundamento em resolução estipulada sem fundamento em autorização legislativa.

Resta demonstrado que multa aplicada por apresentação intempestiva fundada em regulamentação efetivada sem observância ao princípio da legalidade não pode prevalecer, sob pena de vulneração a disposição constitucional que estabelece a legalidade como princípio a ser obedecido pela Administração Pública.

Pelo exposto, acompanho o entendimento do ilustre relator.

É como voto.

VOTO-VOGAL

A DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA: Ouvi com atenção o relatório e o voto do Relator, o voto do Desembargador Federal Antônio Ezequiel e também a exposição muito clara do procurador da apelante. Relativamente à matéria de fato, tenho que as questões principais foram bem elucidadas, o que facilitaria muito um voto neste momento. Todavia, como é a primeira vez que esta 5ª Turma vai se manifestar a respeito da compatibilidade do art. 2º da Resolução nº 15, de 1998, do CADE, com o § 4º e § 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, peço vista dos autos para examinar melhor se o CADE se ateuve nos limites da lei ou se eventualmente extrapolou a intenção e a vontade do legislador

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

VÉSPER SÃO PAULO S/A X CADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2003.01.00.016068-9/DF

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES

AGRAVANTE: VÉSPER SÃO PAULO S/A

ADVOGADO: FLAVIO LEMOS BELLIBONI

AGRAVADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

DECISÃO

Vésper São Paulo S/A interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida em mandado de segurança, impetrado pela Agravante, contra ato do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que indeferiu a liminar pleiteada por entender inexistentes os requisitos autorizadores, porque a legislação que determina o pagamento de taxa para o procedimento administrativo de análise de atos de concentração prevê a atuação da SDE e da SEAE, mesmo em face do contido no art. 7º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.472/97-

Facultou, contudo, à Agravante o depósito da taxa processual, acarretando a suspensão de sua exigibilidade, “devendo ser recebido e processado o pedido administrativo sujeito à exação depositada”.

A Agravante sustenta que não pode ser coagida a pagar à Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE e à Secretaria de Direito Econômico - SDE parcela de taxa processual cobrada para a análise de atos de concentração de empresas de telecomunicações, já que tais órgãos não possuem essa competência em razão do disposto no art., 7º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.472/97. que atribuiu apenas ao CADE, por intermédio da ANATEL, a análise dos atos praticados por prestadora de serviço de telecomunicação e que tenham por objeto a concentração econômica.

Entende que a norma do art. 54, §§ 4º e 6º, da Lei nº 8.884/94 não mais se aplica às empresas de telecomunicações, dado que foi editada lei específica, a Lei nº 9.472/97, que regulou a matéria de forma diversa, determinando que os atos de concentração dessas empresas devem ser submetidos ao CADE por meio da ANATEL, o que exclui a análise da SDE e da SEAE, afastando, em consequência, o pagamento de taxa para esses órgãos.

Acrescenta que, desde a promulgação da Lei nº 9.472/97, “a SDE e SEAE nunca proferiram pareceres técnicos a respeito de atos de concentração envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicações, já que as partes sempre submetem os documentos relativos a tais operações, em duas vias, à ANATEL, que se encarrega do envio da segunda via ao CADE”.

Requer, assim, a concessão de liminar, a fim de que não seja compelida a “complementar” a taxa processual, acrescida de multa e juros, tendo em vista que a lei nº 10.149/00 aumentou o valor dela, passando a ser de R\$ 45.000,00, a serem divididos entre o CADE, a SDE e SEAE, sendo que já pagou R\$ 15.000,00 para o CADE, pretendendo, ainda, a autoridade impetrada obrigá-la a pagar mais R\$ 30.000,00.

É relevante a tese de que, após a edição da lei nº 9.472/97, nos casos relativos a ato de concentração de empresa de telecomunicação, a análise do pleito será submetida somente ao CADE, por meio do órgão regulador que é a ANATEL, ficando afastada, assim, a necessidade de apresentação de parecer pela SDE e SEAE.

Esta interpretação é corroborada pela assertiva da Agravante de que a SDE e a SEAE, até o presente momento, não emitiram pareceres técnicos a respeito de atos de concentração de empresa de telecomunicação, e ainda pelo fato de que, após a publicação da referida lei, o procedimento passou a ser o protocolo do pedido de análise do ato de concentração apenas com duas vias do pedido, uma para a ANATEL e outra para o CADE. Para os demais atos de concentração, continuou-se a aplicar o procedimento do art. 54, § 4º, da lei nº 8.884/94, no qual está previsto o “encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE”, dando margem, portanto, ao entendimento de que para as empresas de telecomunicações o procedimento a ser adotado deve ser o da Lei nº 9.472/97.

No caso dos autos, o pedido de análise do ato de concentração foi submetido a ANATEL, em dezembro de 2001 (fl. 20), sendo-lhe anexada uma via para remessa ao CADE, tendo obtido parecer favorável da ANATEL e da Procuradoria-Geral do CADE (fl. 178- 82). Apenas em abril de 2003,

quando o processo já se encontrava instruído para julgamento, o Conselheiro Relator manifestou-se no sentido da necessidade de pagamento da complementação da taxa, sem sequer cogitar da hipótese de intervenção da SDE ou da SEAE (fl. 193). A regular tramitação do procedimento do ano de 2001 a 2003, apenas com o pagamento da parcela da taxa devida ao CADE, reforça a compreensão de que o procedimento adotado pela Agravante foi considerado, em princípio, correto pela Administração.

Acrescente-se, ainda, que a Agravante juntou cópia de parecer emitido pela Procuradoria do Ministério da Fazenda (fls. 217/225), no qual se conclui no sentido de que “levados em conta os princípios norteadores da Administração Pública e, ainda, a análise sistemática das normas que regem a matéria, opinamos no sentido de que a Taxa Processual prevista no artigo 5º da lei nº 9.871/99, com as alterações da lei nº 10.149/00, seja cobrada no valor de R\$ 15.000,00, pelo serviço efetivamente prestado pelo CADE, uma vez que o serviço que deveria ser prestados pela SEAE e SOE é efetivamente realizado pela ANATEL.”

Assim sendo, embora a decisão definitiva da controvérsia vá ocorrer no julgamento de mérito do mandado de segurança, considero caracterizado o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* reside na circunstância de que, sem que a Agravante providencie a complementação da taxa - mais R\$ 30.000,00, além do R\$ 15.000, 00 que já foram pagos ao CADE, desde o ano de 2001 - não poderá ter seu pedido de analisado e sofrerá as conseqüências descritas no ofício de fl. 229, a saber, a imposição de multa diária de 5.000 UFIR, a qual pode ser aumentada em até 20 vezes.

Assinalo que não há irreversibilidade da medida liminar ora concedida, pois caso seja denegada a segurança, poderá ser cobrada a taxa, cuja exigibilidade fica provisoriamente suspensa por força desta liminar.

Defiro, portanto, o pedido de liminar para que a Agravada tenha seu pedido de análise do Ato de Concentração 53500.007079 julgado sem que tenha que “complementar” a taxa processual que já pagou ao CADE, até decisão final do mandado de segurança. Fica também suspensa, por este período, a exigibilidade da cobrança da referida taxa, bem como obstadas quaisquer medidas administrativas tendentes a sua cobrança.

Intime-se a Agravada para, querendo, apresentar resposta (art. 527, V, CPC).

Após, voltem-me os autos conclusos.

Publique-se. Intime-se

Brasília, 5 de junho de 2003.

Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO N°: 2003.01.00.016068-9/DF

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES

AGRAVANTE: VÉSPER SÃO PAULO S/A

ADVOGADO: FLAVIO LEMOS BELLIBONI

AGRAVADO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

DECISÃO

Véspers São Paulo S/A interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida em mandado de segurança, impetrado pela Agravante, contra ato do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que indeferiu a liminar pleiteada por entender inexistentes os requisitos autorizadores, porque a legislação que determina o pagamento de taxa para o procedimento administrativo de análise de atos de concentração prevê a atuação da SDE e da SEAE, mesmo em face do contido no art. 7º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.472/97-

Facultou, contudo, à Agravante o depósito da taxa processual, acarretando a suspensão de sua exigibilidade, “devendo ser recebido e processado o pedido administrativo sujeito à exação depositada”.

A Agravante sustenta que não pode ser coagida a pagar à Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE e à Secretaria de Direito Econômico - SDE parcela de taxa processual cobrada para a análise de atos de concentração de empresas de telecomunicações, já que tais órgãos não possuem essa competência em razão do disposto no art., 7º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.472/97. que atribuiu apenas ao CADE, por intermédio da

ANATEL, a análise dos atos praticados por prestadora de serviço de telecomunicação e que tenham por objeto a concentração econômica.

Entende que a norma do art. 54, §§ 4º e 6º, da Lei nº 8.884/94 não mais se aplica às empresas de telecomunicações, dado que foi editada lei

especifica, a Lei nº 9.472/97, que regulou a matéria de forma diversa, determinando que os atos de concentração dessas empresas devem ser submetidos ao CADE por meio da ANATEL, o que exclui a análise da SDE e da SEAE, afastando, em consequência, o pagamento de taxa para esses órgãos.

Acrescenta que, desde a promulgação da Lei nº 9.472/97, “a SDE e SEAE nunca proferiram pareceres técnicos a respeito de atos de concentração envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicações, já que as partes sempre submetem os documentos relativos a tais operações, em duas vias, à ANATEL, que se encarrega do envio da segunda via ao CADE”.

Requer, assim, a concessão de liminar, a fim de que não seja compelida a “complementar” a taxa processual, acrescida de multa e juros, tendo em vista que a lei nº 10.149/00 aumentou o valor dela, passando a ser de R\$ 45.000,00, a serem divididos entre o CADE, a SDE e SEAE, sendo que já pagou R\$ 15.000,00 para o CADE, pretendendo, ainda, a autoridade impetrada obriga-la a pagar mais R\$ 30.000,00.

É relevante a tese de que, após a edição da lei nº 9.472/97, nos casos relativos a ato de concentração de empresa de telecomunicação, a análise do pleito será submetida somente ao CADE, por meio do órgão regulador que é a ANATEL, ficando afastada, assim, a necessidade de apresentação de parecer pela SDE e SEAE.

Esta interpretação é corroborada pela assertiva da Agravante de que a SDE e a SEAE, até o presente momento, não emitiram pareceres técnicos a respeito de atos de concentração de empresa de telecomunicação, e ainda pelo fato de que, após a publicação da referida lei, o procedimento passou a ser o protocolo do pedido de análise do ato de concentração apenas com duas vias do pedido, uma para a ANATEL e outra para o CADE. Para os demais atos de concentração, continuou-se a aplicar o procedimento do art. 54, § 4º, da lei nº 8.884/94, no qual está previsto o “encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE”, dando margem, portanto, ao entendimento de que para as empresas de telecomunicações o procedimento a ser adotado deve ser o da Lei nº 9.472/97.

No caso dos autos, o pedido de análise do ato de concentração foi submetido a ANATEL, em dezembro de 2001 (fl. 20), sendo-lhe anexada uma via para remessa ao CADE, tendo obtido parecer favorável da ANATEL e da Procuradoria-Geral do CADE (fl. 178- 82). Apenas em abril de 2003, quando o processo já se encontrava instruído para julgamento, o Conselheiro Relator manifestou-se no sentido da necessidade de pagamento da

complementação da taxa, sem sequer cogitar da hipótese de intervenção da SDE ou da SEAE (fl. 193). A regular tramitação do procedimento do ano de 2001 a 2003, apenas com o pagamento da parcela da taxa devida ao CADE, reforça a compreensão de que o procedimento adotado pela Agravante foi considerado, em princípio, correto pela Administração.

Acrescente-se, ainda, que a Agravante juntou cópia de parecer emitido pela Procuradoria do Ministério da Fazenda (fls. 217/225), no qual se conclui no sentido de que “levados em conta os princípios norteadores da Administração Pública e, ainda, a análise sistemática das normas que regem a matéria, opinamos no sentido de que a Taxa Processual prevista no artigo 5º da lei nº 9.871/99, com as alterações da lei no 10.149/00, seja cobrada no valor de R\$ 15.000,00, pelo serviço efetivamente prestado pelo CADE, uma vez que o serviço que deveria ser prestados pela SEAE e SDE é efetivamente realizado pela ANATEL.”

Assim sendo, embora a decisão definitiva da controvérsia vá ocorrer no julgamento de mérito do mandado de segurança, considero caracterizado o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* reside na circunstância de que, sem que a Agravante providencie a complementação da taxa -mais R\$ 30.000,00, além do R\$ 15.000, 00 que já foram pagos ao CADE, desde o ano de 2001 - não poderá ter seu pedido de analisado e sofrerá as consequências descritas no ofício de fl. 229, a saber, a imposição de multa diária de 5.000 UFIR, a qual pode ser aumentada em até 20 vezes.

Assinalo que não há irreversibilidade da medida liminar ora concedida. pois caso seja denegada a segurança, poderá ser cobrada a taxa, cuja exigibilidade fica provisória mente suspensa por força desta liminar.

Defiro, portanto, o pedido de liminar para que a Agravada tenha seu pedido de análise do Ato de Concentração 53500.007079 julgado sem que tenha que “complementar” a taxa processual que já pagou ao CADE, até decisão final do mandado de segurança. Fica também suspensa, por este período. a exigibilidade da cobrança da referida taxa, bem como obstadas quaisquer medidas administrativas tendentes a sua Cobrança.

Intime-se a Agravada para, querendo, apresentar resposta (art. 527, V, CPC).

Após, voltem-me os autos conclusos.

Publique-se. Intime-se

Brasília, 5 de junho de 2003.

Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues - Relatora

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

SARA LEE X CADE

AÇÃO CAUTELAR

SENTENÇA N°: 0831/2003-B

PROCESSO N°: 2002.34.00.026152-1

REQUERENTE: SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA.

REQUERIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Trata-se de ação cautelar proposta por SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA. em desfavor do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. CADE, objetivando a suspensão dos efeitos da decisão administrativa proferida pelo CADE nos autos do Ato de Concentração n° 08012.007490/99-05, notada mente no tocante à aplicação da multa no valor de 180000 UFIR, correspondente a R\$ 191.540,00 (cento e noventa e um mil quinhentos e quarenta reais) até julgamento final da ação declaratória n° 2002.34.00.025645-8.

Informa que se encontra na iminência de ter débito inscrito em Dívida Ativa pelo CADE e que o ato que motivara a aplicação da penalidade de multa consistente na aquisição da empresa Café do Ponto não pode ser caracterizado como ato de concentração econômica e não se exige, portanto, obrigatoriedade de sua submissão ao CADE, pelo que sustenta a ilegalidade da multa aplicada pela intempestividade da apresentação.

Liminar indeferida pela decisão de fls. 290/291.

A requerente formulara pedido de reconsideração, requerendo a concessão da liminar mediante prestação de caução real. Fora determinado o depósito judicial no valor da multa arbitrada e, após realização do mesmo, intimado o CADE para abster-se de inscrever o nome da autora em Dívida Ativa da União.

O CADE fora citado e apresentou contestação em que justifica a aplicação da multa como penalidade pela intempestividade da apresentação do Contrato de Subscrição de Ação e Outras Avenças onde a Sara Lee adquiriu

os negócios de fabricação e comercialização de café torrado e moído e correlatos da Café do Ponto do Brasil, baseado no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, aduzindo que tão somente cumpriu com sua função legal, exercendo os atos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Não houve especificação de provas.

É o relatório. DECIDO.

O processo cautelar tem a função de garantir a eficácia e utilidade do processo principal, exigindo a consecução dos requisitos do *fumus boni iuris* - plausibilidade da existência do direito material que faz surgir a possibilidade do acolhimento do pedido na ação principal - e o *periculum in mora* ou risco de lesão grave e de difícil reparação decorrente da demora no julgamento da ação principal.

Na hipótese vertente, acerca do direito invocado pela requerente, verifica-se que a obrigatoriedade da análise pelo CADE ocorre apenas naqueles casos em que as operações realizadas entre empresas no país possam, mesmo que potencialmente, limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. No caso em apreço há relevância da fundamentação no sentido de que a requerente não exercia qualquer atividade no mercado nacional antes da operação realizada com a Café do Ponto S/A, sendo que o negócio celebrado com a mesma consistiu em mera alteração societária, na medida em que continuou a exercer no mercado a mesma atividade e na mesma proporção que a empresa adquirida exercia anteriormente.

Por outro lado, encontra-se também presente o *periculum in mora*, tendo em vista o risco da requerente ter seu nome inscrito na Dívida Ativa da União em decorrência na mora do pagamento da multa arbitrada pelo CADE, bem como ser praticado os atos relativos à execução da mesma, causando-lhe, desta forma prejuízos patrimoniais.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para suspender os efeitos da decisão proferida pelo CADE no Ato de Concentração nº 08012.007490/99-05, que impõe à requerida a obrigação de pagar multa no valor de 180.000 (cento e oitenta mil) UFIR, enquanto pendente de julgamento a ação ordinária nº 2002.34.00.025645-8. Condeno o CADE a arcar com o pagamento das custas finais e honorários advocatícios em favor do requerida que arbitro em R\$ 300,00 (trezentos reais).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de junho de 2003.

RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA

Juiz Federal Substituto no exercício da titularidade da 2ª Vara Federal/DF

JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA N°: 0830/2003-B

PROCESSO N°: 2002.34.00.025645-8

AUTORA: SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA.

RÉU: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

DECISÃO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada pela **SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA.** contra o **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**, objetivando a anulação ou desconstituição dos efeitos de decisão administrativa do CADE nos autos do Ato de Concentração n° 08012.007490/99-05, em que fora imposta multa à autora no valor de 180.000 UFIR por infringência ao § 4° do artigo 54 da Lei n° 8.884/94 e, sucessivamente, requer seja a multa aplicada no seu valor mínimo.

A requerente sustenta a ilegalidade da condenação imposta no Auto de Infração n° 014/2000, em razão da intempestividade na comunicação ao CADE acerca da realização de atos de concentração de poder econômico, ao fundamento de que o artigo 54 da Lei 8.884/94 prevê obrigatoriedade da apresentação dos atos que *possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante de bem ou serviço*, e que no caso da operação realizada entre a autora e a Café do Ponto S/A, Indústria, Comércio e Exportação, fora praticado tão somente um ato necessário à entrada da empresa recém constituída no mercado nacional. Ademais, tendo em vista que tanto a Sara Lee Brasil como qualquer outra empresa do Grupo Sara Lee jamais tiveram quaisquer negócios no Brasil, entende a autora não ser necessária a análise do contrato de Subscrição de Ações e Outras Avenças, celebrado em março de 1998, pelo CADE, mesmo porque, este contrato foi constituído tão somente para formalizar a aquisição da empresa Café do Ponto S/A pelo Grupo Sara Lee.

Fundamenta a pretensão argumentando que, além de não se caracterizar ato de concentração, o entendimento acerca da obrigatoriedade da apresentação ao CADE não se encontrava pacificado em 1998, gerando

divergências de interpretação até mesmo entre as autoridades administrativas que proferiam as decisões relativas à questão antitruste brasileira, sendo que a noção de que os meros atos de entrada não estavam incluídos no conceito de atos de concentração veio a ser consolidada com a Portaria n° 39 da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, de 01/07/99. Alega que o ato por ela realizado representou tão somente a entrada do Grupo Sara Lee, por meio da Sara Lee Brasil no país, via aquisição de uma empresa nacional. Além disso, os requisitos do §3° do artigo 54 da Lei n° 8.884/94 não eram considerados critérios objetivos para submissão de operações ao CADE à época da realização do negócio, sendo que nenhuma das empresas contratantes possui participação de 20% em mercado relevante, tampouco faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

O CADE foi citado e apresentou contestação em que argüi ter a autora firmado contrato vinculativo em março de 1998 e somente ter submetido tal operação aos órgãos de defesa da concorrência após provocação pelo CADE, em agosto de 1999. Argumenta que a competência para decidir se os atos de concentração são nocivos ou não à concorrência é exclusiva do Plenário do CADE e, além disso, o fato da operação não ter sido considerada lesiva não exime as empresas contratantes de apresentarem-na tempestivamente ao CADE. Quanto ao valor da multa, entende ter sido legalmente arbitrado ante o lapso de tempo transcorrido entre a concretização do ato de concentração e sua apresentação. E aduz que foi considerado o faturamento anual das empresas contratantes; que o valor fora arbitrado próximo ao mínimo legal e que não acarretou dano às empresas contratantes.

A requerente manifestou-se em réplica reafirmando os fundamentos expostos na exordial.

Sem especificação de provas.

É o relatório.

DECIDO

O pedido de declaração de nulidade do procedimento administrativo adotado pelo CADE deve ser analisado à luz das disposições da Lei 8.884/94, que regula as medidas de prevenção e de repressão das infrações à ordem econômica. Dispõe o artigo 54 do referido diploma legal que os *atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à*

apreciação do CADE. E detalha ainda, no §3º do dispositivo legal que os atos que envolvam fusão, incorporação ou agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresa resultante em 20% de um mercado relevante ou qualquer dos seus participantes tenha faturamento bruto anual no último balanço equivalente a quatrocentos milhões de reais também devem ser submetidos à apreciação do CADE.

Com a celebração do Contrato de Subscrição de Ações e Outras Avenças o que ocorreu na verdade foi uma alteração do contrato acionário da empresa Café do Ponto S/A, sem qualquer potencial de lesividade à livre concorrência ou ao mercado relevante de bens e serviços. Conforme declarado no próprio instrumento de contrato, a Sara Lee, por intermédio da Sara Lee/De Coffee & Tea Brasil Ltda. - da qual a autora é sucessora - adquiriu os negócios conduzidos pela Café do Ponto S/A Indústria, Comércio e Exportação.

Desta forma, a participação da autora no mercado corresponde àquela já exercida anteriormente pela empresa adquirida, mesmo porque o Grupo Sara Lee, da qual a autora é integrante, não possuía qualquer atividade no mercado nacional antes da aquisição da Café do Ponto S/A, não tendo como ter elevado sua participação no mercado com este contrato, visto que foi através dele que se iniciou seus negócios no Brasil.

Além disso, a Café do Ponto S/A não possuía 20% do mercado relevante, tampouco as “empresas contratantes registraram faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), não havendo fundamento legal para submissão do negócio por elas realizado à apreciação do CADE, tendo ocorrido tão somente modificação no controle acionário da empresa adquirente, não interferindo de qualquer forma na concorrência ou no mercado relevante de bens ou serviços.

Nenhuma das empresas do Grupo Sara Lee participava, antes do negócio realizado com a Café do Ponto S/A, do mercado nacional de produção de café ou de qualquer outro mercado na qual atuava a empresa adquirida, sendo, por esse motivo, desnecessária a análise de aludida operação pelo CADE, já tendo orientação nesse sentido exarada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE, através da Portaria nº 39/99.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para declarar a nulidade da decisão proferida pelo CADE no Ato de Concentração nº 08012.007490/99-05, relativamente à aplicação da penalidade de multa e para declarar a nulidade do Auto de Infração nº 014/2000. Condene o CADE no pagamento das custas processuais finais e honorários advocatícios em favor da autora, que arbitro em R\$ 300,00 (trezentos reais).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de junho de 2003

RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA

Juiz Federal Substituto no exercício da titularidade da 2ª Vara Federal/DF

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br