

Processo Administrativo nº 148/92

Recurso Voluntário

Representada: KRAFT SUCHARD BRASIL S.A.

DECISÃO

O Plenário, por unanimidade, conheceu do recurso, dando-lhe provimento parcial, para cassar a decisão impugnada.

PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC

PROCURADORIA

Parecer nº 28/96

***EMENTA:** Recurso voluntário interposto contra Medida Preventiva aplicada com fundamento no art. 52 da Lei nº 8.884/94. Não demonstrados os pressupostos legais. Revogação.*

Trata-se de recurso voluntário, tempestivamente interposto pela KRAFT SUCHARD BRASIL S.A., ao Plenário do CADE, contra os Despachos nºs 18/96 de 26.03.96 e 81/96 de 27.05.96, ambos do Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, nos autos do Processo Administrativo nº 148/92. O primeiro deles, ao concluir a fase investigatória, entendeu procedente a Representação e aplicou a Representada a Medida Preventiva prevista no art. 52 da Lei nº 8.884/94, consistente na cessação da prática de utilização de tabelas verticais de preços, determinando o seu recolhimento no prazo de 10 (dez) dias úteis para a região centro-sul e de 15 (quinze) dias consecutivos para o resto do País, sob pena de pagamento de multa diária, estipulada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O segundo, Despacho nº 81/96, restaurou a integralidade do anterior, tendo em vista a suspensão dos prazos processuais para a apreciação do CADE, determinada por Medida Preventiva.

Em suas alegações, a Recorrente insurge-se contra a adoção da Medida Preventiva,

alegando, em resumo, afronta à ordem jurídica e não atendimento aos pressupostos legais para sua interposição

O presente recurso veio a este Colegiado e foi distribuído, por sorteio, ao Conselheiro Leônidas Xausa, que o encaminhou para parecer desta Procuradoria.

É o relatório.

A medida adotada pela SDE/MJ foi aplicada com base na citada Lei nº 8.884/94, que prevê em seu art. 52, que “em qualquer fase do processo administrativo, poderá o Sr. Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante aprovação do Procurador-Geral do CADE, adotar Medida Preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo”.

Trata-se, portanto, de um instrumento jurídico de que se vale o órgão competente, dentro da discricionariedade que lhe é conferida pela norma legal, para o restabelecimento de situação concorrencial no mercado.

Como pressuposto para a sua aplicação, há que existir, potencial ou efetivamente, indício ou fundado receio de lesão no mercado. Tem-se, no entanto, que a lesão deverá ser irreparável, ou de difícil reparação, ou de tal ordem que torne ineficaz o resultado final do processo.

A Medida Preventiva constitui providência acautelatória, e como tal, impõe-se a demonstração, não só da sua necessidade face aos efeitos gerados nas relações concorrenciais do mercado, como, mais do que isso, impõe-se a valoração do grau e do alcance desses efeitos, para caracterizá-los à luz do “caput” do citado art. 52.

Em nosso entendimento, por tais razões, a Medida Preventiva não deve prosperar, eis que indemonstrados os efeitos que a justificariam.

Com relação ao pedido de arquivamento, prejudica-se o seu exame, na medida em que o mérito deverá ser apreciado por ocasião do julgamento do processo administrativo pelo Plenário deste Colegiado.

Brasília, 31 de maio de 1996.

MAGALI KLAJMIC
Procuradora “ad hoc”

Processo Administrativo nº 148/92

Recurso Voluntário

Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo e Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo

Representada: KRAFT SUCHARD BRASIL S.A.

**RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR
LEÔNIDAS RANGEL XAUSA**

EMENTA: Recurso voluntário contra decisão da SDE que encaminha para julgamento processo administrativo, e impõe Medida Preventiva. Aplicação Subsidiária do CPC Pedido Liminar de natureza cautelar. Direito do recorrente de ver seu recurso apreciado antes do termo final para cumprimento da Medida. Ausência dos pressupostos do art. 52 da Lei. Provimento parcial, quanto à preliminar, para dar-lhe acolhimento e cassar a decisão da SDE. Quanto ao mérito, ordenar o processamento na forma da lei.

1. Recurso contra o ato do Sr. Secretário de Direito Econômico que, no Processo Administrativo nº 148/92, determinou a remessa do processo ao CADE para julgamento, e ao mesmo tempo, aplicou Medida Preventiva para efeito de, em 10 (dez) dias, proceder ao recolhimento, das tabelas de preços dos sorvetes Kibon praticados ou

sugeridos pela representada, ora recorrente. Tudo no apoio nos arts. 21, II, XI e 52 da Lei 8.884/94. Cominada a multa diária de R\$ 5.000,00 em caso de descumprimento.

2. Em síntese, a recorrente ostenta os seguintes fundamentos:

a) as referidas tabelas não veiculam imposição mas sim meras sugestões de preços sem comprometer a concorrência;

b) a prova do caráter sugestivo reside na dispersão dos preços médios dos produtos Kibon no mercado relevante - fato que levou a SUNAB a atestar inexistência de uniformização de preços;

c) a Lei nº 8.884/94 não recepcionou o critério per se de ilegalidade;

d) a decisão impugnada não qualifica estatutariamente a conduta da recorrente e padece de argumentação lógica (ausência de motivação);

e) ofensa aos princípios da isonomia e proporcionalidade, que exigem imposição de semelhante gravame aos agentes econômicos em mesma situação;

f) ausência de lesão ao mercado;

g) descabimento da Medida Preventiva.

3. Pede a “urgente apreciação do recurso” quanto à Medida Preventiva e, no mérito, “de ponto”, o arquivamento do processo.

É o relatório.

VOTO

Quanto ao Mérito

4. O pedido de arquivamento, “de ponto”, é evidentemente extemporâneo e impertinente.

Implica o julgamento do fundo da questão, o que só se poderá dar após a tramitação regular nesta Casa, prevista no art. 42 e s.s. da Lei nº 8.884.

Indefiro, pois, o pedido, nos termos em que formulado, determinando o processamento regular do feito até final apreciação pelo plenário.

Quanto ao Pedido Preliminar

5. O apelo de revogação da Medida Preventiva se reveste das características típicas de pedido liminar de natureza cautelar.

E sendo a Lei omissa quanto ao procedimento, aplico na espécie, subsidiariamente, os princípios e normas do Cód. Proc. Civil, especialmente aqueles do livro III (art. 83 da Lei nº 8.884). Sem prejuízo a Princípios Gerais do Direito e à Ordem Constitucional.

O presente recurso não tem efeito suspensivo (art. 52 da Lei nº 8.884). Assim, nesta parte o retardamento da decisão pelo CADE, para além do prazo de início do cumprimento da Medida Preventiva frustraria seu próprio objeto, tornando o recurso imprestável e sem efeito prático. Tal a essência da questão.

Constitui, pois, inegável direito do recorrente, em tese, ter seu pedido liminar julgado antes do termo final do prazo.

6. A par do conceito processual, as tutelas de urgência, de qualquer tipo, representam uma conciliação entre duas exigências quase sempre contrastantes, a da celeridade e de justiça, ou, na formulação clássica da CALAMANDREI, a opção “entre fazer logo, porém mal, e fazer bem”.

E, “in casu” o conteúdo da reclamação põe ao julgador a avaliação de dois tipos de danos em virtual conflito, cabendo apreciá-los dentro do princípio da “livre convicção”.

De uma parte, a imposição da Medida Preventiva apóia-se teoricamente e legalmente no “indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo” (art. 52 da Lei nº 8.884).

Por outra, o dano presente no pedido do representado é o de ver retiradas, neste momento, suas tabelas, ditas sugestivas, após cerca de 4 anos de processo administrativo, para eventualmente vê-las com direito a retornar em tempo próximo, caso seu recurso seja acolhido no mérito por este Colegiado.

O “periculum in mora” não está demonstrado pela autoridade recorrida, nem genericamente nem nas condições expressas na Lei. Parece razoável a alegação do recorrente de que “tendo sempre presente que as medidas preventivas são funcionalmente equiparáveis às liminares expedidas em ação cautelar, ação civil pública ou mandado de segurança, em razão de sua natureza cautelar em regime de urgência, pode-se afirmar, com segurança, que, salvo no caso de surgirem fatos novos no decorrer do processo, quanto mais longo for o tempo da instrução, mais tênue se torna o receio de que a conduta investigada produza efeitos lesivos ao mercado de sorte a ensejar a adoção de medida preventiva. Deve, assim, ser tomada a providência cautelar contemporaneamente ao conhecimento dos fatos que autorizariam a sua imposição. A concessão da medida decorridos vários anos de instrução, durante os quais não surgiram fatos novos, é incompatível com a natureza jurídica do instituto, constituindo puro ato de arbítrio, principalmente quando praticado sem a indispensável motivação e o devido suporte nas notas técnicas que lhe serviram de fundamentação”.

Ou ainda, a de que a lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado”, prevista no art. 52 da mencionada Lei, não pode ser equiparada à infração da ordem econômica, pois, se assim fosse, a adoção de medidas preventivas seria obrigatória em todos os processos administrativos, o que seria um contra-senso.

Como falar, pois, em “lesão irreparável” ou de “difícil reparação” ao mercado, ou de risco de tornar “ineficaz o resultado final do processo” quando a Medida somente foi adotada na própria decisão final da SDE?

7. Assim, no balanço entre os danos potenciais ao mercado, contidos na decisão do Sr. Secretário de Direito Econômico, reparáveis a curto prazo, em tese, e os danos atuais à representada, na hipótese de eventual resultado favorável no mérito - inclino-me - por entender que o prejuízo maior a se tutelar é o da recorrente.

Não se trata de equiparar riscos ao interesse público a riscos a interesses privativos abstratamente. Trata-se, “in concreto”, de sopesar danos virtualmente causáveis ao mercado com aqueles infligíveis não só ao representado, mas como alegado, igualmente, ao próprio mercado e ao consumidor.

Em suma, manter a Medida Preventiva, neste momento, próximo da decisão de mérito, importaria, essencialmente, em antecipar-lhe o julgamento, impondo medida de caráter satisfativo, sob forma tutelar. O que não parece ser a decisão mais acertada.

8. Do exposto, e “ad cautelam”, conheço do recurso para dar-lhe provimento em parte, cessando a Medida Preventiva do Senhor Secretário de Direito Econômico de fls. 1030 em todos os efeitos, por não demonstrados os pressupostos do art. 52. Como, de resto, enfatiza a promoção da douta Procuradoria.

Intime-se. Publique-se. Após o que, seja processado o julgamento do mérito com nova vista à Procuradoria.

É o voto.

Brasília, 05 de junho de 1996.

LEÔNIDAS RANGEL XAUSA
Conselheiro-Relator

