

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 121/92 - RECURSO VOLUNTÁRIO

Processo Administrativo n° 121/92

Recorrente: SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO
NO ESTADO DE SÃO PAULO - SIEEESP

Recorrido: SECRETARIO DE DIREITO ECONÔMICO

Relator: Conselheiro CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ATA DA
268 SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 21 DE SETEMBRO DE 1994

Aos vinte e hum dias do mês de Setembro de hum mil novecentos e noventa e quatro, às quatorze horas, no Edifício Anexo II do Ministério da Justiça, 2° andar, reuniu-se, em Sessão Pública de Julgamento, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, presidido pelo seu Presidente RUY COUTINHO DO NASCIMENTO, presentes os Conselheiros CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO, NEIDE TERESINHA MALARD, MARCELO MONTEIRO SOARES, JOSÉ MA TIAS PEREIRA e o Procurador-Geral Substituto JORGE GOMES DE SOUZA. O Presidente submeteu ao Conselho a ata da sessão anterior, que foi aprovada. Prosseguindo, deu início ao julgamento do recurso interposto pelo SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SIEEESP nos autos do Processo Administrativo n° 121/92, em decorrência da decisão do Secretário de Direito Econômico, que adotou medida preventiva contra a Recorrente. O Conselheiro Relator, CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO, procedeu a leitura do relatório. Em seguida, de acordo com o Regimento Interno, o Presidente deu a palavra ao Procurador-Geral Substituto. O Conselheiro Relator, proferiu, então, o seu voto, propondo como questão preliminar, que fosse tornada sem efeito a distribuição que lhe coube, por sorteio, para relatar aquele recurso, encaminhando-se os autos, por prevenção de competência, ao ilustre Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, que relatou o Processo Administrativo n° 121/92. Propôs, ainda, que o novo Regimento do CADE, venha a dispor sobre tal matéria. O voto foi acompanhado, por unanimidade, pelos membros do Colegiado.

DECISÃO

Por unanimidade, o Conselho decidiu no sentido de que fosse tornada sem efeito a atribuição realizada por sorteio, para relatar o recurso, encaminhando-se os autos, por prevenção de competência, ao Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, que relatou o Processo Administrativo nº 121/92, neste Colegiado, na Sessão de 1.06.94.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO

esidente do Conselho

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: Recurso voluntário interposto contra decisão da SDE, que adotou medida preventiva. Competência do Colegiado do CADE para sua apreciação, face à superveniência da Lei nº 8.884/94. Processo principal já julgado pelo CADE. Prevenção de competência do Conselheiro que então relatou o processo.

01. Vem a julgamento deste Colegiado, recurso interposto pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo - SIEEESP, contra decisão proferida Secretário de Direito Econômico - SDE, nos autos do Processo Administrativo nº 121/92, em que figuram, como Representante, o Ministério Público do Estado de São Paulo e, como Representadas, a ora Recorrente e a Federação Interestadual das Escolas Particulares - FIEP.

02. O aludido recurso, então dirigido ao Ministro de Estado da Justiça, foi autuado, em separado, na Secretaria de Direito Econômico - SDE, eis que, ao tempo da sua propositura, a 03.12.93, o processo encontrava-se no CADE, para julgamento, o que reu a 1.06.94, conforme no D.a.V. do dia 08, subsequente, Sessão I, p. 1.120.

03. Lê-se, às fls. 347-350, que o SIEEESP pretende, ao recorrer:

- que venha a ser examinado um outro recurso, anteriormente apresentado contra decisão SDE, adotando medida preventiva contra as Representadas, o qual não veio a ser conhecido pelo Ministro do Estado da Justiça, ao argumento de intempestividade de sua interposição (fls. 245, 251-287, 292);

- que seja reformada decisão do Secretário de Direito Econômico, proferida a 19.11.93, na qual, aquela autoridade, ao considerar violada a medida preventiva anteriormente adotada, decuplicou a multa diária fixada, ao tempo em que concedeu o prazo de 10 (dez) dias para recolhimento da importância correspondente, exigível desde 20.7.93, até a data n que a SIEEESP fizesse prova bastante da efetiva cessação da prática (fls. 325).

Juntou ao recurso, os documentos de fls. 351-412.

04. Com a superveniência da Lei nº 8,884, de 11.06.94, e ainda pendente de julgamento o recurso citado, manifestou-se o Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, a fls. 422, no sentido de que a competência para decidir recursos voluntários interpostos contra decisões do Secretário da SDE, que aplica medidas preventivas, fora expressamente transferida para o CADE, por força do disposto no art. 52, parágrafo 2º, da Lei citada. Sugeriu então, o encaminhamento dos autos a este Colegiado, o que foi determinado pela autoridade ministerial.

05. Por distribuição, realizada através de sorteio, coube-me relatar o recurso (fls. 423-424).

06. Ao encaminhar os autos à Procuradoria, a fls. 427, solicitei, preliminarmente, uma manifestação daquele órgão quanto à possível prevenção de competência do Conselheiro-Relator do Processo Administrativo nº 121/92, Dr. Marcelo Monteiro Soares, para relatar o recurso ora submetido à apreciação do CADE.

07. Em seu bem fundamentado parecer, o ilustre Procurador-Geral Substituto, Dr. Jorge Gomes de Souza, conclui pela prevenção de competência do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, no caso, "porque o processo estava pendente de julgamento, sem decisão terminativa, quando foi interposto o recurso". Registra que tal critério não discrepa daquele adotado por nossos Tribunais Superiores em seus regimentos internos e encarece a necessidade de que o novo Regimento Interno do CADE venha a dispor de normas específicas acerca da competência e de sua modificação.

08. Este é o relatório. Passo a decisão.

09. Sem dúvida, em face da sistemática processual adotada pela Lei nº 8.884/94, a competência para apreciar os recursos voluntários interpostos contra decisões do Secretário de Direito Econômico, que adotam medida preventiva, é do Colegiado do CADE, em face do que dispõem os arts. 7º, VII e 52, parágrafo 2º, da Lei referida.

10. Entendo, todavia, de todo conveniente, submeter a este Plenário, uma questão preliminar que diz respeito à prorrogação de competência do Relator do processo no CADE, para apreciar recursos ou outras questões relativas a esse mesmo processo. Trata-se, por certo, de matéria que ganha relevo em face das alterações de caráter processual introduzidas pela Lei nº 8.884/94, a exigir, também sob esse aspecto, adaptações no atual Regimento Interno do CADE.

11. A tal propósito, ensinam os doutrinadores que o "o juízo que primeiro conheceu de uma das causas conexas tem, por isso, ampliada, por prevenção, sua competência para todas as ações interligadas que se lhe seguirem. "Prevenção, em tal hipótese, vem a ser a prefixação de competência, para todo o conjunto das diversas causas, do juiz que primeiro tomou conhecimento de uma das lides coligadas por conexão ou continência." Mencionam, ainda, que além dos casos de conexão e continência, ocorre também prorrogação de competência nas hipóteses de ações acessórias e ações incidentais, registrando, inclusive, que é princípio de ordem pública aquele que recomenda o julgamento comum das ações conexas, para impedir decisões contraditórias e evitar perda de tempo da Justiça (conforme Humberto Theodoro Júnior, in "Curso de Direito Processual Civil, v.1." p. 197-198).

12. Como bem assinala o Procurador-Geral Substituto, esta é uma orientação observada pelos nossos Tribunais Superiores, em seus Regimentos Internos.

Veja-se, a título de ilustração e observadas as respectivas peculiaridades, o disposto no art. 136 do Regimento Interno do TST:

"Sempre que o processo haja sido apreciado pelo órgão Especial, por uma das Seções Especializadas ou uma das Turmas e volte a nova apreciação, será encaminhado ao mesmo órgão julgador, conforme o caso, e ao mesmo relator, ou, se vencido esse, ao Ministro redator do acórdão. Se o relator não se encontrar em exercício no órgão prevento, será o feito distribuído a um de seus componentes."

Observa-se, ainda, a adoção desse critério no art. 69 do Regimento Interno do STF e no art. 71 do Regimento Interno do STJ.

13. Assim considerando, manifesto minha concordância com as conclusões do parecer emitido pela Procuradoria do CADE, e, como preliminar, submeto a questão a este Egrégio Colegiado, propondo que se

adote tal princípio com relação àqueles processos que se enquadrarem nas hipóteses aqui referidas, e vierem à apreciação do CADE, devendo constar do Regimento Interno, norma a tal respeito.

14. Se assim vier a ser decidido, o meu voto, no caso concreto, é no sentido de que seja tornada sem efeito a distribuição que me coube por sorteio, para relatar o presente recurso, encaminhando-se os autos, por prevenção de competência, ao ilustre Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, que relatou o Processo Administrativo nº 121/92, sendo o seu voto, na sessão de 01.06.94, acompanhado, por unanimidade, pelo membros deste Egrégio Conselho.

Brasília, 21 de setembro de 1994
Carlos Eduardo Vieira de Carvalho
Conselheiro-Relator

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

ATA DA 408 SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 13 DE SETEMBRO DE 1995

Aos treze dias do mês de setembro de hum mil novecentos e noventa e cinco, às quatorze horas, em sua sede no anexo II do Ministério da Justiça, 2º andar, reuniu-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, sob a Presidência do Dr. RUY COUTINHO DO NASCIMENTO, com a presença dos Conselheiros CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO, MARCELO MONTEIRO SOARES, JOSÉ MA TIAS PEREIRA, EDISON RODRIGUES-CHA VES, EDGARD LINCOLN DE PROENÇA ROSA e do Procurador-Geral Substituto JORGE GOMES DE SOUZA. Ausente, por motivo justificado, a Conselheira NEIDE TERESINHA MALARD. Iniciada a sessão, o presidente submeteu ao Conselho a Ata da sessão anterior, que foi aprovada, e, em seguida, foi colocado em pauta, o recurso voluntário interposto pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de São Paulo - SIEEESP, contra atos da Secretaria de Direito Econômico - SDE, nos autos do Processo Administrativo nº 121/92, em que figuram, como Representante, o Ministério Público do Estado de São Paulo, e, como Representados, a Recorrente, SIEEESP e a Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP. O Presidente passou então a palavra ao Conselheiro-Relator Marcelo Monteiro Soares, que procedeu à leitura do Relatório. De acordo com o Regimento Interno do CADE, usou da palavra o Procurador-

Geral Substituto, que reiterou os termos do parecer da Procuradoria, e, em seguida, não havendo manifestação do advogado da Representada, o Presidente devolveu a palavra ao Conselheiro-Relator, que proferiu o seu voto, no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso voluntário, para declarar a invalidade do ato praticado pela SDE, que adotou medida preventiva, bem daquele que decuplicou o valor da multa determinada juntamente com a medida. Manifestou-se, ainda, pela invalidade da decisão do CADE, proferida em 01.06.94, ao julgamento do Processo Administrativo nº 121/92, na parte que considerou como agravante o descumprimento pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de São Paulo - SIEEESP, da medida preventiva adotada pela SDE. Desconsiderada a agravante, fixou nova multa ao valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), a ser paga pelo Sindicato, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da publicação desta decisão, no Diário Oficial da União. Para a fixação deste valor invocou o disposto no artigo 23, inciso III da Lei nº 8.884/94, com a redação introduzida pelo artigo 78 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, por entender que, em comparação com a legislação anterior, adota critério mais benigno para o apenado. Determinou, ainda, que o Representado, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação desta decisão, demonstre ao CADE que cumpriu a sua determinação. Em seguida, o presidente colocou o pleito em votação. terminada a votação, o Presidente proclamou a decisão. Por unanimidade, o Conselho conheceu do recurso e a ele deu provimento, e decidiu pela invalidade dos atos praticados pela SDE, e, também, da decisão proferida pelo Colegiado, em 01.06.94, na parte que considerou como agravante o descumprimento pelo SIEEESP, da medida preventiva adotada pela SDE. Ainda, por unanimidade, fixou nova multa ao valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), a ser paga pelo Sindicato, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da publicação desta decisão no Diário Oficial da União, determinando que o Representado, no prazo de 30 (trinta) dias, demonstre o cumprimento da decisão proferida pelo Colegiado, em 01.06.94.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO

Presidente do Conselho

DECISÃO

Por unanimidade, o Conselho conheceu do recurso, e, a ele deu provimento, manifestando-se pela invalidade dos atos praticados pela SDE, e, também, da decisão proferida pelo Colegiado em 01.06.94, na parte que considerou como agravante o descumprimento pelo SIEEESP, da medida

preventiva adotada pela SDE. Ainda, por unanimidade, fixou multa no valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), a ser paga pelo Sindicato, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da publicação desta decisão, no Diário Oficial da União, determinando que o Representado, no prazo de 30 (trinta) dias, demonstre o cumprimento da decisão proferida pelo Colegiado, em 01.06.94.

Plenário do CADE, 13 de setembro de 1995.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro-Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

EDISON RODRIGUES-CHAVES - Conselheiro

EDGARD LINCOLN DE PROENÇA ROSA - Conselheiro

Fui Presente:

JORGE GOMES DE SOUZA - Procurador-Geral Substituto

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR MARCELO MONTEIRO SOARES

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo Sindicato de Estabelecimentos de Ensino do Estado de São Paulo ao Ministro da Justiça contra atos do Secretário de Direito Econômico consubstanciados nos Despachos de nº 295, de 08.07.93, e de nº 351, de 19. 11. 93 .

Quanto ao primeiro despacho, exarado após a conclusão da instrução processual, o Secretário de Direito Econômico manifestou-se pela procedência da representação, adotando medida preventiva de que trata o art. 12 da Lei nº 8.158/91, e determinando às Representadas que as abstivessem das práticas ilícitas de veicular notas informativas que influenciassem a uniformização de conduta comercial no setor de ensino particular, através da adoção de contrato padrão ou da, divulgação de índices de reajustes de preços por tabelas ou quaisquer outros instrumentos, sujeitando-as ao pagamento de multa diária no valor de 20.000 (vinte mil) UFIRs, na hipótese de descumprimento da medida preventiva (fls. 245 - apartado).

Os representados, com fulcro no art. 21 da Lei nº 8.158/91, recorreram hierarquicamente da referida decisão, tendo o Ministro da Justiça indeferido os apelos, ao fundamento de haverem sido interpostos intempestivamente (fls. 292 - apartado).

Em 05.08.93 o Secretário de Direito Econômico recebeu correspondência do Ministério Público do Estado de São Paulo, informando que o Sindicato representado continuava a recomendar aos seus afiliados, conforme publicação que fazia anexar, que aplicassem reajustes às mensalidades escolares, nos termos do avençado ilegalmente em contrato de adesão, à razão de 100% da variação do índice econômico, em flagrante desobediência ao preceituado pela Lei nº 8.158/91 (fls. 959/972).

Em despacho de 19.08.93, o Secretário de Direito Econômico remeteu os autos ao CADE para julgamento, tendo instado o CADE para que decidisse, em preliminar, se teria havido violação da medida preventiva imposta, face às informações do Ministério Público São Paulo (fls. 997).

Este Conselheiro, a quem coube, por sorteio, relatar o Processo Administrativo nº 1/92, entendeu que o fato dos Representados estarem ou não cumprindo a medida preventiva adotada por aquela Secretaria era questão que competia ao DPDE verificar estar, não cabendo ao CADE sobre ela se manifestar (fls. 1.000/1.001). Por esta razão, foram encaminhadas à SDE cópias de documentos do processo para que se pudesse apurar e determinar a eventual transgressão da medida preventiva, em autos apartados (fls. 1002).

Com base nas informações prestadas por aquele Ministério Público Estadual e em cópias de publicações veiculadas em jornais, o Secretário exarou o despacho nº 351, em que, com apoio no art.12, parágrafo 2º da Lei nº 8.158/91, decuplicou o valor da multa ária fixada no despacho anterior, estabelecendo-a em 200.000 UFIRs diárias (fls. 325 . apartado).

Uma vez notificado, o Sindicato recorreu da decisão, alegando, dentre outros aspectos, que o recurso interposto contra a decisão do Secretário de Direito Econômico constante do despacho nº 295 era tempestivo, uma vez que, somente em 19.07.93, tivera conhecimento integral da referida decisão. Alega o Sindicato que a matéria veiculada pela imprensa (fls. 315) nada mais seria do que a repetição de forma racional do índice inflacionário da FIPE, não tendo sido criado e nem preparado pelo Sindicato, estando apenas a divulgá-lo e reiterá-lo. Alega ainda que, se a divulgação de índice inflacionário representasse incentivo à cartelização, o Governo é que deveria ser punido.

O recurso foi enviado ao Ministério da Justiça em 09.12.93 (fls. 413 apartado), que o encaminhou à Consultoria Jurídica para parecer (fls. 414 - apartado).

Em Sessão Plenária realizada em 06.06.94, o CADE decidiu, à unanimidade de votos, pela procedência da representação, por fato capitulado no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, condenando o Sindicato ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e

cinquenta milhões de cruzeiros reais) e determinando a imediata cessação da prática abusiva. Decidiu, ainda, pelo retorno do processo à Secretaria de Direito Econômico para que fossem produzidas as provas requeridas pela Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP bem como para que procedesse ao indiciamento dos sindicatos filiados a esta Representada (fls. 1.119).

A Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em parecer de 22.06.94, manifestou-se no sentido do recurso ser remetido ao CADE, órgão que, com o advento da Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994, seria competente para decidir os recursos voluntários interpostos de decisão do Secretário da SDE que adotasse medida preventiva (fls. 422 - apartado).

O recurso foi encaminhado ao CADE e distribuído, por sorteio, ao Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, que suscitou a preliminar de possível prevenção do Conselheiro que atuou como Relator do Processo Administrativo n° 121/92 para examinar o presente recurso.

Por decisão Plenária, a distribuição foi tornada sem efeito, tendo sido os autos, por prevenção, encaminhados ao Conselheiro Marcelo Monteiro Soares.

É o relatório.

Brasília, 13 de setembro de 1995.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR MARCELO MONTEIRO SOARES

***Ementa:** Recurso Voluntário contra medida preventiva adotada pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, com base no art. 12 da Lei n° 8.158/91. Competência do CADE para apreciar o recurso. Recurso interposto tempestivamente. Incompetência da SDE para, nos termos do art. 12 da Lei n° 8.158/91, adotar medida preventiva. Ferimento ao devido processo legal. Invalidação pelo CADE de atos administrativos editados pela SDE. Objeto da medida preventiva absorvido pela decisão de mérito proferida pelo CADE no julgamento do processo Administrativo n° 121/92, que determinou ao Sindicato, a título de sanção econômica, a cessação da conduta considerada abusiva. Imperatividade de revisão da decisão do CADE, que considerou, para a gradação da multa fixada, fato originário de ato praticado ilegalmente. Invalidação pelo CADE, com fundamento na Súmula 437 do Supremo Tribunal Federal, de parte de decisão proferida pelo Colegiado. Fulminação do fato considerado agravante, quando da fixação do valor da*

multa aplicada ao SIEESP. Fixação de um novo valor de multa a ser recolhida no prazo de 10 (dez) dias a contar da publicação oficial da decisão colegiada. Adoção, para a fixação da multa, do disposto no art. 23, inciso III da Lei nº 8.884/94, com a redação introduzida pelo art. 78 da Lei nº 9.069/95, por tratar-se de lei que, em comparação com a anterior, adota critério mais benigno para o apenado.

O recurso que ora se examina foi interposto com base na Lei nº 8.158/91, que previa em seu art. 21 que as decisões administrativas previstas naquele diploma legal seriam passíveis de recursos, voluntários ou de ofício, interposto ao Ministro da Justiça, no prazo de 10 dias. Revogada esta lei, sobreveio a Lei nº 8.884/94, que, apesar de prever dentre as competências do Plenário do CADE a de apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator, nada dispôs sobre os processos instaurados com base na sistemática anterior. Contudo, a Medida provisória nº 530 de 1994, transformada na Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, outorgou competência ao Plenário do CADE para decidir os processos administrativos instaurados com base na legislação revogada. E, pois, o Plenário do CADE competente para apreciar o presente recurso.

Trata-se de recurso voluntário, tempestivamente interposto, porquanto apresentado no prazo previsto pela Lei nº 8.158/91. Como bem salientou o ilustre Procurador-Geral Substituto do CADE, Dr. Jorge Gomes de Souza, embora se trate de tempestividade adquirida no regime jurídico anterior, o advento de nova sistemática não retira o caráter de legalidade inerente ao recurso apresentado no prazo legal (fls. 1.134).

A primeira alegação do Sindicato diz respeito à tempestividade do recurso apresentado contra a decisão do Secretário de Direito Econômico que adotou a medida preventiva e que determinou a multa para o caso de seu descumprimento (Despacho nº 295, de 08.07.93)

Dessa decisão, o Sindicato recorreu e apresentou pedido de reconsideração, tendo seus pleitos indeferidos pelo Ministro da Justiça, por intempestivos.

De fato, o recurso foi interposto fora do prazo legal, não tendo trazido o recorrente, como bem asseverou o Procurador, razões que justifiquem a desconstituição do indeferimento anterior. Mantenho, portanto, o indeferimento recorrido.

A segunda alegação do Sindicato refere-se à comunicação por ele feita aos afiliados veiculada pela imprensa. Diz o Sindicato que a matéria publicada nada seria que a repetição de "forma racional" do índice inflacionário da FIPE, o qual teria sido criado e nem preparado pelo

Sindicato, mas, simplesmente, por ele divulgado. Acresce ao seu argumento o entendimento de que se a divulgação de índice inflacionário constitui-se em incentivo à cartelização, O Governo é que deveria ser punido.

Ocorre, contudo, que a medida preventiva adotada pela SDE teve por finalidade impedir que o Sindicato veiculasse comunicados, como esse que ora é defendido pela entidade, por entender que tal conduta induziria à cartelização. Qualquer órgão, governamental, contudo, poderia fazê-lo, desde que legitimado estivesse para tanto. O Sindicato não é órgão governamental, e em função da medida preventiva adotada, não poderia ter adotado conduta que lhe estava vedada.

Trata-se de alegação desprovida de qualquer fundamentação, razão pela qual não a acolho.

Apreciadas as alegações formuladas pelo Sindicato, há questão que deve ser examinada, mesmo não tendo sido impugnada no recurso, tendo em vista que tem o CADE, como autoridade competente para julgar o presente recurso, o poder de rever ato recorrido no que concerne à sua legalidade.

A questão refere-se à competência da SDE, sob a vigência da Lei nº 8.158/91, para dotar a medida preventiva prevista no art. 12 daquele diploma legal.

O art. 12, "caput", da Lei nº 8.158/91, previa, "verbis":

"Art. 12. Em qualquer fase de averiguação preliminar do processo administrativo, da execução da intervenção, a SNDE e o CADE poderão adotar medidas preventivas quando houver fundado receio ou indício de que o representado, por si ou através de terceiro, cause ou procure causar à livre concorrência ou ao direito de outrem lesão grave e de difícil reparação."

A indagação que emerge da leitura que se faz do artigo transcrito é se a SDE, sob a égide daquele diploma legal, tinha competência para adotar medida preventiva nos termos previstos no referido dispositivo ou, se para o exercício de tal competência, faz-se-ia necessária a atuação conjunta do CADE.

Com muita propriedade o ilustre Procurador-Geral Substituto abordou a questão, ressaltando a necessidade do mencionado dispositivo ser interpretado em consonância com a competência outorgada pela Lei nº 8.158/91 à SDE. E de fato o deve ser como demonstrarei a seguir.

A Lei nº 8.158/91, por seu art. 1º, conferia à SDE competência para apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem

como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Assim sendo, as medidas que tivessem por objeto a correção de condutas prejudiciais ao mercado deveriam ser propostas pela SDE, após, sem dúvida e como bem expressa o referido dispositivo, a devida apuração. Era, portanto, atribuída a SDE competência para propor medidas e não para impô-las ou adotá-las.

Porém, a quem deveriam tais medidas ser propostas?

O art. 7º, "caput", da lei referenciada, previa que a SDE, verificada a procedência da representação, recomendaria ao agente as medidas de correção cabíveis. Trata-se de uma recomendação e não de uma imposição, demonstrando, mais uma vez, que a SDE não tinha competência para atuar, impondo medidas que tivessem o propósito de restabelecer a ordem econômica, ou sej a, impondo ao agente econômico determinado comportamento. Para que essa recomendação se tornasse coercitiva, imperativa, no caso do agente ter decidido por não adotá-la, o CADE, tendo em vista solicitação da SDE, deveria deliberar, liminarmente, sobre a prática ilícita e determinar sua imediata cessação, se fosse o caso, até o final do julgamento do processo (parág. do art. 7º).

A medida preventiva é um instrumento jurídico do qual se vale o órgão competente, dentro da discricionariedade que lhe é conferida pela norma legal, no caso o art. 12, "caput", da Lei nº 8.158/91, com o propósito de restabelecer a situação concorrencial do mercado, evitando, assim, lesões graves e de difícil reparação.

Vê-se que tal remédio jurídico nada mais é que uma das medidas que poderia ser proposta pela SDE com a finalidade de exercer a competência que lhe era conferida pelo já referenciado art. 1º.

A deliberação do CADE, em caráter preliminar, sobre a prática ilícita determinando sua imediata cessação, até o final do julgamento do processo, conform(previa o parág. do art. 7º, consistia na adoção de medida preventiva.

Tem-se, assim, pela análise da competência conferida à SDE pela Lei nº 8.158/91, que àquela Secretaria cabia propor, sugerir, solicitar ao CADE que adotasse medida preventiva, não podendo tê-la aplicado, porquanto, no âmbito de suas atribuições, não estava prevista a competência para impor quaisquer medidas.

O art. 17, "c", da Lei nº 4.137, de 10.09.62, mantido pelo art. 14 da Lei nº 8.158/91, previa, dentre as competências do CADE, a de ordenar providências que conduzissem à cessação da prática de abuso do poder econômico. Cabia, portanto, ao CADE, aplicar a medida preventiva de que tratava o art. 12 da Lei nº 8.158/91.

O antigo Procurador-Geral do CADE, Dr. José Arnaldo da Fonseca, hoje Subprocurador Geral da República, em Mandado de Segurança impetrado pela Associação Médica Brasileira - AMB, manifestou-se sobre a questão, interpretando o dispositivo legal referenciado de forma lógica e sistemática. Pela excelência do entendimento, o qual tive conhecimento pelo parecer do ilustre Procurador do CADE e, que, ressalte-se, foi acatado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do mencionado Mandado de Segurança, permito-me transcrevê-lo com o fito de corroborar o que até agora foi exposto.

"8. Vê-se claramente, que esse artigo deve ser interpretado em conjugação com os arts: 1º e 7º (d) que atribuem à SNDE a faculdade de solicitar ao CADE providências hábeis para fazer cessar a prática ilícita, daí porque a inserção da preposição e, 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 nº 8.158/91, nos arts. 1º e 7º, arrolar as atribuições da SNDE, em que não se inserem a de impor: obrigação de fazer, medidas preventivas e multas, e já no disposto no artigo subsequente, o 12, entender-se que SNDE é conferida essa atribuição restritiva de direitos. Não. As atribuições da SNDE estão no art. 1º e 7º. As do art. 12 são exercidas em conjunto com o CADE; e isto porque já houve ou está havendo a averiguação preliminar do processo administrativo, execução e a intervenção, procedimentos de exclusiva competência do CADE (art. 17, a, j, e a da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962), não modificada pela Lei nº 8.158/91. E sendo a 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 fazer valer as suas próprias decisões.

Assim, nesse ponto procede a impetração, ou seja, descabia ao Secretário de Direito Econômico, nos termos da Lei nº 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 nº 8.158/91, dando-se

pela omissão, ao disciplinar a Secretaria de Direito Econômico, diz a ela competir, entre 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, inc. XI). Ontem não tinha (Lei nº 8.158/91), hoje tem a SNDE o poder legal de impor essas medidas restritivas (Lei nº 8.884/94), e como a competência se examina à vista do momento em que exercitada ao ato governamental estava vedado extrapolar a baliza fincada pela sobredita lei 8.158/91."

Por todo o exposto, é de concluir, portanto, que falecia competência à Secretaria de Direito Econômico para, com base na Lei nº 8.158/91, impor medida preventiva como também, e via de consequência, para decuplicar o valor da multa imposta.

Assim, o ato administrativo praticado pelo Secretário de Direito Econômico consubstanciado na decisão que adotou medida preventiva contra o Sindicato representado, determinando multa, em caso de descumprimento, bem como o ato administrativo consistente na decisão que decuplicou o valor da multa inicialmente determinada encontram-se viciados, porquanto praticados por autoridade incompetente.

Tratam-se de atos inválidos, não podendo a Administração Pública com eles conviver, devendo, pois, recompor a legalidade ferida. Para tanto deverá suprir tais atos, caso em que os invalidaria, ou suprir-lhes o vício, caso em que os convalidaria.

De acordo com os ensinamentos do ilustre jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, a invalidação é a "supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica." Já a convalidação, leciona o mestre, "é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos". "E o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido" (In Elementos de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 38 ed. pp. 164; 168-169).

A hipótese de convalidação há que ser vista em primeiro lugar, porquanto essa forma de restauração de legalidade tem em seu abono, além do princípio da legalidade, o da segurança jurídica e o da boa-fé.

Como visto anteriormente dois atos administrativos foram praticados ilegitimamente, sendo certo que o vício do segundo ato decorre da ausência de competência para a prática do primeiro por parte de quem o praticou.

O primeiro ato diz respeito à decisão da SDE que aplicou medida preventiva contra o Sindicato representado, determinando multa para o caso de descumprimento.

Trata-se de ato suscetível da convalidação pelo CADE, porquanto ao Conselho competia adotar medida preventiva, como já demonstrado, competindo, atualmente, em decorrência do art. 9º, inciso IV da Lei nº 8.884/94, ao Conselheiro-Relator. Pode, portanto, tal ato ser reproduzido validamente no presente, suprimindo-lhe, assim, o vício que o ilegítimara.

Ocorre que, por tratar-se de vício de competência em ato de conteúdo discricionário, não se encontra o CADE obrigado a convalidar o ato, podendo o órgão optar pela invalidação ou pela convalidação do ato viciado.

A convalidação, ao restaurar a legalidade ferida, legitima os efeitos pretéritos do ato inválido. No presente caso, confirmado o ato pelo CADE, ter-se-ia por legítima a decisão da SDE que determinou ao Sindicato que se abstivesse de adotar a conduta objeto do Processo Administrativo nº 121/92, em trâmite, à época, naquela Secretaria. Acontece que a decisão de mérito proferida pelo CADE, quando do julgamento do referido processo, absorveu o objeto da medida preventiva, uma vez que o CADE, ao decidir pela procedência da representação, determinou ao Sindicato representado, a título de sanção econômica, que cessasse imediatamente a prática considerada abusiva pelo Colegiado, conduta essa que motivou a adoção de medida preventiva pela SDE. Com base nessa constatação, não há razão que justifique a convalidação, pelo CADE, do ato praticado pela SDE consistente na aplicação de medida preventiva contra o Sindicato.

Se o CADE, contudo, entendesse, no âmbito da discricionariedade que lhe era conferida pelo art. 12 e seus parágrafos, que a multa determinada pela SDE deveria ter sido aplicada, bem como o seu valor deveria ter sido decuplicado, poderia convalidar a medida preventiva aplicada com o objetivo de poder convalidar o ato sancionador. Ocorre que a decisão da SDE que decuplicou o valor da multa determinada, quando da adoção da medida preventiva, comporta vício que impede a reprodução válida do ato pelo CADE. É que o procedimento adotado pela SDE não guardou obediência à Lei nº 8.158/91, com ferimento do devido processo legal e da ampla defesa, como passarei a demonstrar.

O art. 12, "caput", condicionava a aplicação de medida preventiva à existência de fundado receio ou indício de que o representado, por si ou através de terceiro, causasse ou procurasse causar à livre concorrência ou ao direito de outrem lesão grave e de difícil reparação. Adotada a medida preventiva e determinado o valor da multa, esta só poderia ser aplicada uma vez constatado o descumprimento da medida preventiva (parágrafo 1º). Da

mesma forma, uma vez aplicada a multa, seu valor só poderia ser decuplicado se demonstrada a ineficácia da multa aplicada (parágrafo 2º). Tratam-se de atos que, quando praticados, requerem da autoridade que os executa uma explicação fática e legal. É a chamada obrigação de motivar os atos administrativos, quando assim o exigir a lei.

A SDE, por entender que a conduta dos Representados requeria a aplicação da medida preventiva, nos termos exigidos pela norma legal, adotou referido remédio jurídico, determinando junto com ele o valor da multa.

Com base nas informações prestadas pelo Ministério Público de São Paulo, o Secretário de Direito Econômico, ao invés de aplicar a multa anteriormente determinada, decuplicou-a em seu valor, sendo que para a prática de tal ato deveria, "a priori", ter demonstrado a ineficácia da multa primeiramente aplicada. Ocorre, contudo, que a multa determinada para o caso de descumprimento da medida preventiva não foi aplicada nem muito menos foi demonstrada a sua ineficácia, requisito exigido por lei para que se procedesse à decuplicação de seu valor. A ineficácia da multa não restou provada e, em, nenhum momento, a ela se refere o despacho do Secretário ou quaisquer dos órgãos da Secretaria de Direito Econômico. Trata-se de ato não motivado, quando a lei assim o exigia que fosse.

É de acrescentar, ainda, como bem colocou o ilustre Procurador, que o Secretário, ao decuplicar o valor da multa, já não podia mais fazê-lo, porquanto o processo administrativo já havia sido encaminhado ao CADE, não podendo mais aquela autoridade atuar no processo.

É inquestionável que o Sindicato representado não teve por assegurado o direito de defesa e nem do devido processo legal, garantias que lhe são asseguradas constitucionalmente (art. 5º LIV e LV da C.R.F.B.).

Descabido seria sugerir agora, uma vez julgado o processo administrativo e tendo sido condenado o Sindicato, que os autos retornassem à SDE para que procedesse em consonância com a norma legal e os princípios constitucionais.

Verifica-se por tudo que foi exposto que, a par da questão da competência da SDE para editar, com base na Lei nº 8.158/91, os atos impugnados no presente recurso, outras ilegalidades foram constatadas, a justificar a invalidação desses atos.

Por tais razões e com fundamento nos argumentos jurídicos constantes do parecer da lavra do ilustre Procurador e que recebo o presente recurso voluntário, pois que cabível pela aplicação do art. 21 da Lei nº 8.158/91 combinado com o art. 52, parág. 2º da Lei nº 8.884/94, dando-lhe provimento para declarar a invalidade do ato praticado pela SDE que adotou

medida preventiva, bem como do ato que decuplicou o valor da multa determinada juntamente com a medida.

É o meu voto.

Invalidados os atos administrativos praticados pela SDE, não há que questionar a necessidade eminente e imperiosa de reexame da decisão do CADE que julgou o Processo Administrativo nº 121/92.

O Colegiado, em 01.06.94, decidiu pela procedência da representação e, com base no art. 43 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 08 de janeiro de 1990 e na Resolução CADE nº 02, de 21 de outubro de 1992, condenou o Sindicato dos estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo a pagar a multa no valor de Cr\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de cruzeiros reais). Quanto à Federação Interestadual de Escolas Particulares, decidiu o CADE que os autos retomassem à SDE para que as provas requeridas por aquela entidade fossem devidamente produzidas e para que se procedesse ao indiciamento dos sindicatos filiados àquela Federação.

Na fixação da multa, cujo valor se acomodou entre os limites estabelecidos nos dispositivos citados, o Conselho levou em conta a natureza dos serviços prestados pelos estabelecimentos associados e o amplo alcance da atuação do Representado no mercado relevante de serviços educacionais da rede privada no Estado de São Paulo. Levou em conta, ainda, o não atendimento por parte do Sindicato das recomendações feitas pela SDE bem como o descumprimento da medida preventiva adotada por aquela Secretaria.

Vê-se, pois, que o reexame da decisão do CADE deve se dar no que diz respeito à multa fixada pelo Colegiado, vez que em sua graduação foi considerado como agravante fato originário de ato administrativo praticado ilegitimamente. Como bem ressalta o ilustre Procurador do CADE em seu parecer, verbis:

"Como se observa, a decisão do Colegiado foi proferida, pendente o recurso de exame pelo Ministro da Justiça, e se calçou em pressupostos equivocados, tendo em vista que a multa estabelecida na medida preventiva e a sua exacerbação ao décuplo desobedeceram ao devido processo legal. Por essas razões é absolutamente imprescindível, para garantia da ordem e da legalidade, que o CADE reexamine sua decisão (fls. 1.137)".

Assim sendo, declarada a invalidade do ato praticado pela SDE, deve o CADE restaurar a legalidade da sua decisão, suprimindo-lhe o vício que a ilegitima.

Oportunamente observou o ilustre Procurador que o art. 50 da Lei nº 8.884/94, o qual estabelece que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, não obsta o reexame da decisão do Conselho. É que a irrecorribilidade das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo consagrada naquele artigo tem por escopo impedir que tais decisões sejam revistas, mediante recurso hierárquico, por notoriedade superior ao Colegiado. Como bem colocou o ilustre Procurador, o mencionado dispositivo "não pode ser interpretado como a impossibilidade total de qualquer revisão de decisões do CADE, no âmbito do Poder Executivo, pois seu objetivo era de vedar a interposição de recursos, que pudessem propiciar o reexame, por órgão político, de decisões emanadas de um organismo tipicamente judicante (fls. 1.137)." O digno Procurador arremata seu entendimento, fazendo registrar o disposto na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, a qual prevê que "a Administração pode anular seus próprios atos, quando afetados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todo caso, a apreciação judicial."

Isto posto, declaro a invalidade da decisão do CADE proferida em 01.06.94, no julgamento do Processo Administrativo nº 121/92, na parte que considerou como agravante o descumprimento pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de São Paulo - SIEEESP da medida preventiva adotada pela SDE.

Fulminada a agravante, fixo nova multa no valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), a ser paga pelo SIEEESP no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da publicação desta decisão no Diário Oficial da União. Para a fixação deste valor, invoco, ainda, o disposto no artigo 23, inciso III da Lei nº 8.884/94, com a redação introduzida pelo artigo 78 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, por entender que, em comparação com a legislação anterior, adota critério mais benigno para o apenado.

Determino, ainda, que o Representado, no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação desta decisão, demonstre ao CADE que cumpriu a sua determinação.

Dê-se ciência desta decisão ao egrégio Ministério Público do Estado de São Paulo.

É o meu voto.

Brasília-DF, 13 de setembro de 1995

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

O recurso voluntário interposto pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de São Paulo - SIEEESP, contra atos da Secretaria de Direito Econômico - SDE, e, que, em virtude da sistemática processual adotada pela Lei nº 8.884, de 11.06.94, vem à decisão deste Egrégio Colegiado, enseja o exame de questões jurídicas várias, as quais, segundo entendo, foram adequadamente analisadas no voto do ilustre Conselheiro-Relator, Marcelo Monteiro Soares.

02. Efetivamente, examinando-se os presentes autos, constata-se vícios referentes ao princípio da legalidade, quanto atos impugnados, mas especificamente no que diz respeito à adoção, pela SDE, de medida preventiva contra o Recorrente, e posterior decuplicação da multa primeiramente fixada, ao fundamento de violação da medida preventiva imposta.

03. Tais ilegalidades estão identificadas no voto do Conselheiro-Relator, bem aSSIm no bem elaborado parecer do Procurador-Geral Substituto, Dr. Jorge Gomes de Souza.

A constatação de uma dessas ilegalidades se harmoniza com entendimento esposado pelo Egrégio Superior Tribunal da Justiça, ao julgar o Mandado de Segurança nº 3.461-8, no sentido de que, no regime da Lei nº 8.158/91, vigente à época dos fatos relevantes, a competência para impor medidas preventivas era, exclusivamente, do CADE. Ainda que não se concorde com tão autorizada interpretação e se admita que, tanto o CADE, quanto a SDE, poderiam adotar, com base na legislação anterior, medidas preventivas, outras ilegalidades se apontam no processo. Assim, face ao disposto no artigo 12 e seus parágrafos da Lei nº 8.158/91, a multa estabelecida na medida preventiva só poderia ser decuplicada, se demonstrada a ineficácia da multa anteriormente fixada, devendo-se acrescentar, ainda, que, à Representada, cumpriria assegurar, em todas as fases do procedimento referentes à execução da medida preventiva e conseqüente cominação da multa, a ampla defesa e o contraditório, eis que uma inafastável garantia constitucional.

04. Cumpre, pois, ao CADE, que não está adstrito aos argumentos invocados pelo SIEEESP, no recurso administrativo interposto, eis que o seu compromisso é com o interesse público, e, em observância ao princípio constitucional da legalidade, declarar inválidos, pelas razões expostas, os atos praticados pela SDE.

Além do mais, como se lê nos autos, quando da decuplicação do valor da multa, o processo já não mais se encontrava sob jurisdição da SDE.

05. Acompanhamento, assim, o fundamentado voto do ilustre Conselheiro-relator, que está em harmonia com as razões e conclusões do parecer da douta Procuradoria, e me manifesto no sentido de que este Egrégio Plenário conheça do recurso interposto, e a ele dê provimento, especificamente para, em face das ilegalidades apontadas, declarar a nulidade dos atos praticados pela SDE.

Em consequência, cumpre ao CADE, em estrita consonância com o que dispõe a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, reexaminar a decisão que proferiu no Processo Administrativo nº 121/92, eis que, ao julgar procedente a Representação, considerou, como uma das circunstâncias agravantes da conduta da Representada, o descumprimento da medida preventiva adotada pela SDE, o que repercutiu na fixação do valor da multa, então cominada.

A referida decisão deve, assim, ser invalidada, nessa parte, para que se fixe um outro valor para a multa, desconsiderando aquela agravante. Em complemento, deve ser aplicada, na fixação do valor da multa, a atual legislação (artigo 23, inciso III, da Lei nº 8.884/94, com redação introduzida pelo artigo 78 da Lei nº 9.069/95), a qual, em relação à anterior, adota critério mais benigno para o apenado.

6. É como voto.

Brasília, 13 de setembro de 1995

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho