




PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
8ª Vara Federal

	JUSTIÇA FEDERAL-DF
Fls. _____	
Rubrica _____	


SENTENÇA Nº: /2009 - GB Nº /2009
PROCESSO Nº: 2005.34.00.022687-4 - CLASSE 1.900
AUTORA: VOTORANTIM INVESTIMENTOS INDUSTRIAIS S/A
RÉU: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

SENTENÇA

Relatório

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pela Votorantim Investimentos Industriais S/A em face do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, objetivando a declaração da nulidade e da ilegalidade da restrição imposta pelo réu, consistente na supressão da expressão ‘renováveis por igual período’ da Cláusula de não concorrência.

Afirma a empresa autora que para a aquisição da totalidade das ações da empresa Sucorrico S/A, celebrou contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, tendo estipulado, na Cláusula Décima Sexta (Não Concorrência), o prazo de 5 anos, renováveis por igual período, em que “ficarão os vendedores impedidos de concorrer diretamente com a Sociedade dentro de seu mercado relevante” (fl. 07).

 JUSTIÇA FEDERAL-DF
Fls. _____
Rubrica _____

Diz que o contrato firmado foi levado à análise pelo CADE, que aprovou a operação realizada, mas opôs restrição quanto à renovação do prazo da não concorrência.

Sustenta que a renovação do prazo é indispensável ao contrato, que o considera atípico, eis que atrelada ao prazo estipulado na Cláusula Dez do Contrato de Compra e Venda de Frutas Cítricas e Outras Avenças, firmado entre a Citrovita (empresa do grupo da autora) e a Sucorrico.


Entende que *“se por um lado a celebração dos Contratos de Frutas com a CITROVITA (empresa do grupo da autora) representa segurança para os antigos acionistas da SUCORRICO de que terão a fruta colocada no mercado pelo prazo de 10 (dez) anos, por outro, o compromisso assumido de não concorrência pelo mesmo período significa para a Autora a segurança de que tais contratos de longo termo por eles exigidos serão cumpridos”* (fl. 08).

Alega a incompetência do réu para aplicar a restrição, *“haja vista que é vedada sua interferência na esfera dos contratos privados quando não há potencial lesivo à concorrência, com expressamente reconheceu o próprio Réu ao aprovar tal ato”* (fl. 06), que a decisão proferida não está devidamente motivada, além de violar o princípio da legalidade e não ter justificativa no art. 58 da Lei nº 8.884/94.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (fls. 234/237).

Às fls. 240/263, foi noticiada a interposição de Agravo de Instrumento pela autora, tendo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedido efeito suspensivo ao recurso (fls. 265/268).

Às fls. 279/293 o CADE apresentou contestação, alegando, em preliminar, a necessidade de caução para a suspensão da exigibilidade das decisões proferidas pelo seu Plenário, requerendo, no mérito, a improcedência do pedido.

 JUSTIÇA FEDERAL-DF
Fls. _____
Rubrica _____

Réplica às fls. 296/308.

Em especificação de provas, o CADE peticionou às fls. 312/325, fazendo juntar decisões sobre cláusula de não concorrência.

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 382/386.

Memorial do CADE às fls. 411/413.


É o relatório. Segue a decisão

Fundamentação

Apesar dos bem-lançados argumentos da inicial, concludo que a empresa autora não possui razão.

É inconsistente a tese de ausência de motivação. Pela leitura do voto proferido pelo Conselheiro Relator no Ato de Concentração nº 08012.010784/2004-99 (fls. 197/198), verifico que foram apresentadas as razões que levaram à aprovação do contrato, com a restrição imposta. Houve, portanto, motivação.

Por outro lato, observo que o Conselheiro Relator utilizou-se ainda da motivação na modalidade *aliunde* (no caso, por referência a anteriores pareceres e manifestações, no caso da SEAE, SDE, Procuradoria do CADE e Ministério Público), plenamente admitida pela legislação (§ 1º *A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de*

 JUSTIÇA FEDERAL-DF
Fls. _____
Rubrica _____

anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.). Sobre o tema, a posição de Florivaldo Dutra de Araújo¹:

*“Se a motivação encontra-se no mesmo documento em que se registra o ato motivado, recebe o nome de contextual. Achando-se em escrito distinto, será aliunde ou per relationem. (JUSO.1963, p. 115; VALLINA VELARDE. 1967, p. 62). A motivação aliunde, por sua vez, manifesta-se de duas maneiras: por ato acessório ao ato fundamentado, como no caso de parecer prévio; ou por outro ato, com vida autônoma, fazendo-se constar referência expressa ao texto onde está contida a motivação (VALLINA VELARDE. 1967, p. 62). **Há quem confunda motivação aliunde com dispensa de motivação, o que é de todo impróprio. Díez afirma: ‘Se o ato foi precedido de um parecer de órgão consultivo devidamente motivado, não é necessário motiva-lo.’** Na verdade, apenas a motivação não se contém no mesmo documento em que surge o ato motivado. Daí a denominação não contextual.[...] **A Lei n. 9.784/99 prevê, no §1º do art. 50, a modalidade aliunde, ao dispor que a motivação poderá ‘consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas.’** (destaquei)*

Na realidade, a parte autora se insurge é contra a conclusão do CADE, não contra eventual defeito de motivação.

Também não me pareceram convincentes os argumentos quanto à incompetência e ilegalidade da decisão.

A atividade desenvolvida pelo CADE está descrita na Lei nº 8.884/94, o que garante sua legitimidade para a análise do contrato firmado pela autora, conforme se verifica nos seguintes dispositivos legais:


“Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

[...]

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;

[...]”

¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *A motivação e controle do ato administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 119-120. Destaco que o referido autor, em nota de rodapé, colaciona farta jurisprudência admitindo a motivação aliunde.

 JUSTIÇA FEDERAL-DF
Fls. _____
Rubrica _____

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

[...]

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para 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)”


Conforme informado pela ré, *“a operação realizada pela autora teve que ser submetida ao CADE porque tanto o Grupo Votorantim como a Sucorrigo S/A apresentaram, no ano de 2003, faturamento, no Brasil, superior a R\$ 400 milhões”* (fl. 287). É o que também se verifica no voto proferido pelo CADE no Ato de Concentração nº 08012.010784/2004-99 (fl. 197).

E como bem discorreu o Ministério Público Federal em seu parecer (fls. 382/386), *“a atuação do Conselho, assim como de todo órgão julgador (e não necessariamente jurisdicional) deve ser sempre imparcial, abarcando não só os atos nocivos, afinal a Lei nº 8884/94 é reconhecida pelo combate a tais efeitos à Ordem Econômica, ainda que tentados”,* concluindo que *“a competência administrativa do CADE é exercida sobre atos que formalmente são lícitos (compra e venda, por exemplo), não havendo que se sustentar em indevido avanço na autonomia privada”*.

Saliento que a decisão do CADE encontra fundamento legal no art. 1.147 do CCB, que tem a seguinte redação:

“Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato”.

 JUSTIÇA FEDERAL-DF
Fls. _____
Rubrica _____

Note-se que as manifestações apresentadas tanto pela SDE (fls. 173/206) quanto pelo Ministério Público Federal (fls. 187188) mencionaram o dispositivo legal acima transcrito, tendo o Conselheiro Relator adotado tais manifestações como razão para decidir (fl. 198). Cito trecho do parecer do Ministério Público Federal:

[...]

Portanto, pelo novo Código Civil, o empresário alienante não pode, salvo autorização expressa, antes do decurso de cinco anos, abrir novo estabelecimento, que, pela atividade, localização ou circunstâncias outras, acabe por desviar a clientela do estabelecimento transferido.

A nova regra, por força do parágrafo único do art. 1147 do Código Civil é estendida, também, aos contratos de exploração do estabelecimento, sendo, nesta hipótese, a proibição persiste durante o prazo do contrato, até limite máximo de cinco anos.

[...]

Nem poderia ser diferente, de acordo com o art. 1147 do Código Civil. Não havendo autorização expressa, o alienante não pode fazer concorrência ao adquirente nos cinco anos subseqüentes à transferência. A interpretação dessa norma deve ser teleológica, ou seja, deve-se atentar para o objeto de sua tutela para que não se cometam iniquidades.

Desse modo, a norma pretende evitar a prática da concorrência desleal que pode ocorrer com o prevailecimento do alienante em razão de sua experiência de mercado. Por isso, o restabelecimento do alienante só poderá ensejar responsabilidade civil por perdas e danos, se estiver hábil a prejudicar o adquirente.


Não há que se falar, assim, em discrepância do julgado impugnado com o entendimento consolidado do réu. Quando muito, houve equívoco da autarquia ao não indicar os precedentes corretos de tal julgamento.

[...]

Registre-se, por derradeiro, que a análise da potencialidade lesiva do ato é matéria de mérito administrativo, da qual caberia sua invalidação pelo Judiciário apenas nas hipóteses de flagrante inadequação ou desproporcionalidade”.

Não há que se cogitar, também, de ilegítima interferência na esfera de contratos privados. A função do CADE é exatamente essa: verificar se em contratos celebrados entre particulares, como no caso, há cláusulas que empecem e mitigam a livre concorrência.

Além disso, a alegação de que o próprio CADE teria se manifestado pela ausência de potencial limitação à concorrência é equivocada (tese de que se a operação principal foi aprovada, porque não haveria risco de infração

 JUSTIÇA FEDERAL-DF
Fls. _____
Rubrica _____

à ordem econômica, a prorrogação da cláusula de não concorrência, acessória do contrato, não poderia ter potencial lesivo). A decisão da autarquia deve ser lida e interpretada em sua totalidade, com as ressalvas apontadas no voto. Não cabe a ablação exegética sugerida na inicial (operação principal e acessória). A ressalva relativa à cláusula de não-concorrência faz parte do contexto da decisão. O que se deve concluir do julgado administrativo é que o CADE reconheceu a ausência de potencial limitação à concorrência se retirada a cláusula de prorrogação automática de mais 5 anos.

Por fim, a questão alusiva à cláusula de não-concorrência está de fato consolidada no âmbito do CADE. Como julgados paradigmas podem ser citados não apenas aqueles referidos na decisão administrativa impugnada nesta ação, mas diversos outros, conforme se infere do documento de fls. 323/325.

Dispositivo

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO** e declaro extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Custas pela parte autora, que deverá arcar com o pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, §4º do CPC.

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

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2009.

TALES KRAUSS QUEIROZ
Juiz Federal Substituto da 8ª Vara, no exercício da titularidade