RECURSO ESPECIAL Nº 615.628 - DF (2003/0215979-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE	:	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADOR	:	FREDERICO PAIVA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	GENERAL ELECTRIC COMPANY
ADVOGADO	:	TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APRESENTAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. ART. 54 DA LEI 8.884/1994 E ART. 2º DA RESOLUÇÃO 15/1998 DO CADE. PODER REGULAMENTAR DA AUTARQUIA.

1. Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em razão de multa imposta em acórdão proferido pelo Plenário do órgão no Ato de Concentração 08012.005572/99-99.

2. Discute-se a legalidade da sanção aplicada pelo Cade nos termos da Lei Antitruste. O órgão adotou a medida por considerar que a comunicação do ato de concentração ocorrera tardiamente.

3. Conforme disposição do art. 54 da Lei 8.884/1994, com vista à defesa da concorrência, os atos que importem concentração econômica 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 – Secretaria de Direito Econômico, que imediatamente enviará uma delas ao Cade e outra à Seae.

4. O Cade, em virtude de suas atribuições institucionais, deve examinar os atos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência.

5. O sentido do art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994 é prevenir efeitos prejudiciais à livre concorrência advindos de operações que possam resultar em concentração de mercado. O prazo estipulado no dispositivo legal decorre da necessidade de análise das operações em tempo hábil.

6. Com base no Poder Regulamentar, o termo inicial para a apresentação desses atos foi definido pela Resolução 15/1998 do Cade, que prevê, em seu art. 2º, que "o momento da 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 alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso".

7. O STJ tem entendimento segundo o qual os arts. 7º, XIX, e 51 da Lei 8.884/1994 autorizam a edição desse tipo de ato pelo Cade, em observância ao seu poder regulamentar. O art. 2.º da Resolução interpretou o termo

"realização", inserto no art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994, como "o primeiro documento vinculativo entre as requerentes". Inexiste, dessa forma, criação de novo prazo.
8. Além do mais, a Resolução era de todo desnecessária. Na sua ausência, o Judiciário ainda seria chamado a interpretar as expressões "atos, sob qualquer forma manifestados" e "de sua realização", constantes originalmente do texto da Lei da Concorrência, não havendo o intérprete de fazê-lo de modo diverso, em virtude da razoabilidade da disposição.
9. Mais do que agente de *repressão*, o Cade é órgão de *prevenção* de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor, mais barato e eficiente do que remediar.
10. *In casu*, a recorrida adquiriu a Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte – *Heavy Duty* – da empresa Alstom France/SA, em 23.3.1999, e somente comunicou o ato de concentração em 25.6.1999.
11. No que se refere à aplicabilidade do *caput* do art. 2º da Lei 8.884/1994, o Tribunal de origem desconsiderou a informação contida no acórdão do Cade proferido no Ato de Concentração 08012.005572/99-99, que consignou: a) "as duas empresas (General Eletric Company e Alstom France S/A) atuam no mercado de turbinas a gás de grande porte através de exportações"; e b) "participam com vendas no mercado brasileiro entre 8% e 9% cada uma" (fl. 219, e-STJ).
12. De acordo com o Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/EASP, o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi.
13. A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado era, em 2003, de 40% para a GE e 15% para a Alstom. Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que poderia repercutir no Brasil.
14. Recurso Especial provido para denegar a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça:"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (voto-vista), Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de junho de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 615.628 - DF (2003/0215979-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE	:	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADOR	:	FREDERICO PAIVA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	GENERAL ELECTRIC COMPANY
ADVOGADO	:	TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

> 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.
>
> I. 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.
>
> II. 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.
>
> III. 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.).
>
> IV. 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.
>
> V. 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.
>
> VI. 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.
>
> VII. Sentença mantida. Apelo e remessa improcedentes (fl. 426).

O recorrente afirma que houve ofensa ao art. 54, § § 4º e 5º, da Lei 8.884/1994. Sustenta, em suma, que, a) "a despeito do contrato preliminar ter sido celebrado em 23/03/99, o contrato definitivo somente teria sido assinado em 25/06/99, motivo pelo qual a apresentação da operação teria respeitado a estipulação do § 4º do art. 54 da Lei Antitruste" (fl. 431); e b) negócio jurídico subordinado a condição suspensiva propicia o início da contagem do prazo previsto no § 4º do art. 54 da Lei 8.884/1994.

Contra-razões às fls. 440-451.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na função de *custos legis*, opinou pelo não-conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 615.628 - DF (2003/0215979-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

1. Delimitação da Controvérsia

Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Cade em razão de multa aplicada pelo Plenário do Órgão, em acórdão proferido no Ato de Concentração 08012.005572/99-99.

Cinge-se a questão à legalidade da incidência de multa pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica com base no art. 54 da Lei Antitruste. O Plenário do Cade aplicou a multa por considerar que a comunicação do ato de concentração ocorrera tardiamente.

2. Conhecimento do Recurso Especial

2.1 Inaplicabilidade das Súmulas 5 e 7/STJ

A recorrida argumenta, em contra-razões e memoriais, a aplicabilidade das Súmulas 5 e 7 diante da suposta necessidade de reexame dos fatos da causa e do contrato que realizou o negócio jurídico.

Afirma que, "para a aferição do momento em que a operação se aperfeiçoou, impõe-se a análise de cláusulas contratuais cingidas ao negócio jurídico havido entre as partes" (fl. 471, e-STJ).

A GE sustenta que "o contrato de operações (fl. 30 e seguintes) não pode ser considerado como o pacto confirmador da aquisição, uma vez que seria mero pré-contrato".

Na verdade, não importa, no caso, o *nomen iuris:* pré-contrato, contrato

sob condição suspensiva ou resolutiva, contrato preparatório ou preliminar. O que houve foi a realização de um negócio jurídico, aquisição de Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte – *Heavy Duty* pela recorrida da empresa Alstom France/SA, que pode ser lesivo à livre concorrência.

A recorrida reconhece a vinculação a que estava submetida, ou seja, a plena realização da fusão das empresas. Assim, é irrelevante se pendiam condições de natureza regulatória na União Européia, ou mesmo na sede do *Trade Commission* dos Estados Unidos.

O acórdão recorrido parte da premissa equivocada de que "*a mera assinatura do contrato* não resulta de concentração econômica, mas sim da efetiva transferência das ações". *Concessa maxima venia*, o dispositivo da legislação antitruste determina a comunicação de atos que, "sob qualquer forma manifestados, possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência".

Como se vê, a Lei 8.884/1994 trata de "potencial limitação à livre concorrência". Dessa maneira, a necessidade de comunicação da fusão não ocorre com a transferência das ações, que é a concretização do negócio, e sim com a sua realização.

Forçoso concluir pela desnecessidade de análise dos fatos da causa, bem como do contrato, pois a moldura fática foi extraída do próprio aresto recorrido, que desconsiderou a *assinatura do contrato* como ato potencialmente lesivo à livre concorrência, nos termos do *caput* do art. 54 da Lei 8.884/1994.

2.2 Inaplicabilidade das Súmulas 126/STJ e 283/STF

A empresa sustenta a necessidade de interposição do Recurso Extraordinário, tendo em vista que o aresto teria utilizado fundamento constitucional suficiente para manter o entendimento objurgado.

Todavia, na hipótese em tela o acórdão recorrido utilizou o argumento do *princípio da legalidade* em *obiter dictum*. Confira-se o seguinte excerto:

> *Malgrado o exposto, ainda se pode acrescentar* que em se permitindo a edição de resolução com caráter autônomo, estar-se-ia, indubitavelmente descurando-se do princípio da legalidade o qual informa, de forma inarredável, a Administração (art. 37, *caput* e cânon 52, ambos da Carta Magna) - (e-STJ fl. 443).

Ora, a Súmula 126/STJ dispõe ser "inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e aparte vencida não manifesta recurso extraordinário".

Ademais, o argumento acima transcrito é insuficiente para manter o entendimento firmado no aresto objurgado, pois não houve caráter autônomo na Resolução, que foi elaborada com supedâneo em dispositivos da legislação antitruste, que permitem que o Cade regule os procedimentos ligados à proteção de práticas anticoncorrenciais. Desse modo, tem-se que a *quaestio iuris* foi solucionada sob ótica predominantemente infraconstitucional.

A GE argumenta, em memoriais, que "o CADE não teria atacado o fundamento do acórdão que considerou impossível o CADE fixar o prazo, por meio de resolução".

Além de este argumento ser insuficiente para a manutenção do aresto, observo que à fl. 461 dos autos o Cade argumenta que, ao editar a resolução, nada mais fez que regulamentar a Lei 8.884/1994, ou seja, não alterou os parâmetros desta. Assim, não se aplica a Súmula 283/STF, conforme pretendido pela empresa.

Finalmente, a Resolução era de todo dispensável, pois, com ou sem ela, o que se pretende do STJ é que interprete conceitos jurídicos indeterminados constantes do art. 54 da Lei da Concorrência, especificamente o que se entende por "atos, sob qualquer forma manifestados" e "de sua realização". Logo, mesmo que se reconhecesse violação ao *princípio da legalidade*, tal não bastaria para assegurar a pretensão da empresa, visto que permaneceria incólume o art. 54 e a necessidade de interpretação do seu texto.

3. Controles de atos de concentração potencialmente lesivos à livre iniciativa e à concorrência: arts. 54 da Lei 8.884/1994 e 2º da Resolução 15/98

A disposição legal aplicável à espécie pode ser extraída da legislação antitruste. Confira-se o dispositivo da Lei 8.884/1994:

> 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" (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95).

Anoto que a edição de Resolução pelo Cade, embora editada dentro da sua competência e em atenção à sua missão institucional de zelar pela incolumidade da livre concorrência, era absolutamente desnecessária nesse caso.

A aquisição das turbinas a gás de grande porte, *in casu*, foi o ato que, nos termos da lei, teve potencial para "limitar ou prejudicar a livre concorrência". Em outras palavras, concretizou-se o *risco* ao bem jurídico tutelado no momento da assinatura do contrato entre a recorrida e a *Alston France*, situação que se subsume perfeitamente ao *caput* do artigo que ora se examina.

Não obstante o entendimento esposado, a autarquia, pouco tempo após a edição da legislação de proteção à concorrência, editou a Resolução 15/1998, que, em seu art. 2º, regulamentou o procedimento de notificação desses atos potencialmente lesivos, *in verbis*:

> Art. 2º. O momento da 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 alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente

ocorrer em momento diverso.

Podem ser identificadas duas formas de controle, pelo Cade, das operações de concentração de empresas: a) preventiva, na hipótese em que os atos são apresentados antes de sua realização e b) posterior, quando as empresas ficam obrigadas a apresentar os atos "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".

Em análise do art. 54, o Professor Sérgio Ferraz reconhece a importância do controle de atos como a aquisição empresarial dos autos (Ferraz, Sérgio, *Atos de Concentração e Mercado Relevante: algumas considerações,* Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, Fórum, 2003, p. 344): :

> Preceito normativo, de importância central, no que pertine à lei em questão, é seu art. 54 (bem como, na mesma linha, o art. 20, II, da Lei em tela). No preceptivo em questão o legislador, focalizando os atos de concentração empresarial de significação econômica (*v.g.* fusões, aquisições, incorporações, *joint ventures*, etc...), estatuiu o sistema de seu controle estatal (CADE), desde que em tese plausível a existência de um abuso de poder econômico (como elencado no artigo 173, § 4º, da Constituição) ou a infringência ao postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV).

3.1 Objeto de atuação do Cade e desnecessidade de regulamentação do termo legal "realização"

Com efeito, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, em razão de suas atribuições institucionais, deve examinar os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência.

O sentido do art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994 é prevenir efeitos prejudiciais à livre concorrência advindos de operações que possam resultar em concentração de mercado. O prazo estipulado no dispositivo legal decorre da necessidade de análise das operações em tempo hábil.

Cumpre observar que, ao contrário do entendimento expresso no acórdão

de origem, os arts. 7º, I, e XIX, e 51 da Lei 8.884/1994 autorizam a edição desse tipo de ato pelo Cade, em observância ao seu poder regulamentar, *verbis:*

> Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:
> I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;
> (...)
> XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo 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 nen aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei. *(Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*
> *(...)*
> Art. 51. O Regulamento e o Regimento Interno do Cade disporão de forma complementar sobre o processo administrativo.

Além do mais, esta Resolução era de todo desnecessária. Na sua ausência, o Judiciário ainda seria chamado a interpretar as expressões "atos, sob qualquer forma manifestados" e "de sua realização", que constam originalmente do texto da Lei da Concorrência. E, convenhamos, não haveria o juiz de fazê-lo de modo diverso daquele constante da Resolução, que, por isso mesmo, tem natureza de *proposição jurídica delimitadora*, espécie do gênero *proposição jurídica aclaratória*, para usar a expressão de Karl Larenz, isto é, aquela que delimita "em pormenor um conceito ou tipo empregues em outras proposições jurídicas" (*Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 360).

O art. 2.º da Resolução interpretou o termo "realização", inserto no art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994, como "o primeiro documento vinculativo entre as requerentes", não ocorrendo, dessa forma, estipulação de novo prazo. Não há aqui qualquer extrapolação do caráter regulamentar do ato, porquanto apenas foi definido o termo legal "realização" como a celebração de ato juridicamente vinculativo.

Ora, é quase um pleonasmo. Ninguém precisa dizer que a realização do negócio jurídico se perfectibiliza com a assinatura pelos prepostos das empresas dos

contratos que darão origem ao vínculo estabelecido, haja vista as disposições das obrigações ali definidas. Inexiste inovação aqui, com muito menos razão a alegada extrapolação de poder regulamentar.

Não houve, nesse ato, qualquer excesso ao poder regulamentar. O esmero do Cade em definir o momento da realização do negócio jurídico como o primeiro instrumento vinculativo atende às necessárias cautelas previstas para a proteção da livre iniciativa e da concorrência, bens jurídicos tutelados pela legislação analisada.

Deve-se levar em conta a velocidade com que ocorrem as negociações atualmente. O cuidado da autarquia responsável pela defesa da ordem econômica não pode ser desprezado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A assinatura do contrato de aquisição da Divisão de Turbinas a gás firmou vínculo que deu origem, inegavelmente, às condições para a negociação surtir efeitos de maneira imediata, até mesmo com potencial limitação ou eliminação da concorrência.

No que concerne à assinatura do contrato, observa Marcelo Taddei:

> Conforme previsto na Lei Antitruste (§ 4º do art. 54), *não é necessário que o ato seja submetido à análise da autarquia previamente à assinatura dos respectivos instrumentos.* As partes têm o prazo de 15 dias seguintes à realização da operação para submeter o ato à apreciação do CADE (a *Ambev* foi constituída em 1º de julho de 1999 e o pedido de análise protocolado no dia 2 de julho de 1999), podendo assim, concretizar o negócio jurídico antes do pronunciamento da autarquia (*O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial, in* Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88).

É pacífico que, antes da assinatura dos termos que obrigam as partes, é prescindível comunicar o ato à autarquia. Contudo, é de clareza solar a necessidade de protocolo da aprovação de ato de concentração que possua todas as condições para lesar a ordem econômica.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento segundo o qual a Resolução em análise foi considerada perfeitamente válida ao regulamentar o termo

legal da realização como a data da efetivação do ato jurídico com eficácia vinculativa.

Confira-se a ementa do julgado da Primeira Turma:

> ADMINISTRATIVO. DEFESA DA CONCORRÊNCIA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APROVAÇÃO PELO CADE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. SENTIDO DA LEI Nº 8.884/94 (ART. 54, § 4º) E DA RESOLUÇÃO Nº 15/98 - CADE (ART. 2º). INOBSERVÂNCIA DO PRAZO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DE NATUREZA FORMAL (ART. 54, § 5º), CUJA TIPICIDADE OU CONSUMAÇÃO INDEPENDEM DA LEGITIMIDADE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA OU DA APROVAÇÃO DA OPERAÇÃO PELO CADE. RECURSO PROVIDO.
>
> (REsp 984.249/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 29/06/2009)

No que tange à aplicabilidade do *caput* do art. 2º da Lei 8.884/1994, abordada pelo recorrente à fl. 464, o Tribunal de origem desconsiderou o acórdão do Cade proferido no Ato de Concentração 08012.005572/99-99, que consignou: a) "as duas empresas (General Eletric Company e Alstom France S/A) atuam no mercado de turbinas a gás de grande porte através de exportações"; e b) "participam com vendas no mercado brasileiro entre 8% e 9% cada uma" (fl. 219, e-STJ).

De acordo com Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/EASP, o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi.

A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado, em 2003, era de 40% para a GE e 15% para a Alstom. Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que possui repercussão no Brasil

Mais do que agente de *repressão*, o Cade é órgão de *prevenção* de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor (e mais eficiente) do que remediar.

Na hipótese dos autos, a recorrida, General Eletric, adquiriu a Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte – *Heavy Duty* da empresa Alstom France/SA em 23.3.1999, e somente comunicou o ato de concentração à autarquia em 25.6.1999, razão pela qual agiu corretamente o Cade ao aplicar a multa prevista no art. 54 da Lei Antitruste.

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, **dou provimento ao Recurso Especial para denegar a ordem. Sem honorários advocatícios (Súmula 105/STJ).** É como **voto.**

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2003/0215979-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 615.628 / DF**

Números Origem: 200034000099709 200099709

PAUTA: 06/05/2010 JULGADO: 06/05/2010

Relator
Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADOR	:	FREDERICO PAIVA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	GENERAL ELECTRIC COMPANY
ADVOGADO	:	TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Infração Administrativa - Multas e demais Sanções

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAUJO(PROCURADOR FEDERAL), pela parte RECORRENTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Dr(a). TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO, pela parte RECORRIDA: GENERAL ELECTRIC COMPANY

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."
Aguardam os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins.

Brasília, 06 de maio de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 615.628 - DF (2003/0215979-3)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Sr. Presidente e demais colegas, pedi vista dos autos em razão da complexidade da matéria.

Penso que as questões relativas à atuação do Cade devem ser analisadas pelo Judiciário com certa cautela e deferência - que não se confunde com falta de arrojo ou covardia -, afinal trata-se de autarquia judicante formada por integrantes altamente especializados nas temáticas do direito da concorrência.

Daí porque toda e qualquer manifestação desta Corte Superior deve, e assim penso, ser amplamente debatida, justamente porque a sensibilidade do ambiente concorrencial merece alto grau de atenção.

Recebi memoriais da parte recorrida, a empresa General Electric Company, e os confrontei com o voto sempre entusiasmado e rico de S. Exa., o Min. Herman Benjamin, relator, para concluir que, de fato, é caso de dar provimento ao especial.

Declinarei alguns motivos adicionais ao conteúdo já suficiente da sugestão de voto condutor do Min. Benjamin, mas apenas para conferir maior grau de legitimidade à presente decisão colegiada.

Inicialmente, adiro à posição adotada pelo Relator no que tange à perfeita compatibilidade entre a Resolução Cade n. 15/98 e a Lei n. 8.884/94, especialmente no que diz respeito à previsão do art. 54, *caput* e parágrafos, pelos motivos por ele declinados.

No mais, passo a enfrentar o argumento da parte recorrida no sentido de que "o pré-contrato não é o instrumento definitivo criador de obrigações entre as empresas" (fl. 3 dos memoriais).

Com minhas homenagens aos advogados que estão aqui para representar a parte que lhes constituiu, trata-se de precário argumento - em verdade, precaríssimo *para o caso concreto*. Explico.

Sobre o pré-contrato, vem doutrina abalizada e tece as considerações abaixo:

> Como regra geral, é característico do contrato preliminar não criar efeitos substanciais, já que seu objeto se reduz, precisamente, à celebração de um contrato futuro (contrato definitivo ou principal), este sim capaz de modificar substancialmente a situação jurídica dos contratantes ainda que se possa convencionar o cumprimento antecipado de algumas das prestações constantes do contrato definitivo. O contrato preliminar gera, pois, uma obrigação de concluir outro contrato, ou seja, uma obrigação de fazer, o seu objeto é a outorga de um contrato definitivo.
> [...]
> Conforme salienta Antônio Chaves, as partes celebram contrato preliminar quando, por razões de conveniência e oportunidade, não têm interesse em concluí-lo desde logo (*Tratado*, p. 430). [...] Dito de outro modo, o contrato preliminar tem a finalidade de servir como "elemento de segurança para a conclusão do negócio pretendido" (Sérgio de Gody Bueno, *Contrato Preliminar*, p. 72) (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, 2006, p. 99)

(Breve consideração lateral, mas digna de nota: justamente por conta desta estrutura do pré-contrato é que cai por terra o argumento trazido no memorial no sentido de que, por prever condicionamentos para fechamento do contrato, a *eficácia* do pré-contrato estaria submetida a uma espécie de condição suspensiva, afinal a natureza jurídica do contrato preliminar traz em si, *sempre*, a previsão de requisitos para que, no futuro, a parte venha a efetuar o contrato principal!)

É preciso, portanto, bem delimitar o que está por baixo da argumentação jurídica do recorrente e da recorrida. Acho que a controvérsia fica bem sintetizada quando se perquire o seguinte: embora não implemente modificações substanciais no mundo jurídico das partes pactuantes, o pré-contrato pode abalar a saúde do ambiente concorrencial?

Parece-me que, embora em determinado ponto no tempo o contrato preliminar não modifique emblematicamente o estado jurídico dos envolvidos, pode ele, no futuro, promover os citados "efeitos substanciais".

Em somatório, e como se não fossem suficientes as constatações anteriores, veio a Lei n. 8.884/94, em seu art. 54, sustentando que "[o]s 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".

Note-se que o dispositivo não fala em "negócio jurídico" ou "contrato"; fala-se unicamente em "ato". Indo além, o diploma normativo estipula que ***qualquer*** ato de que possam ***eventualmente*** resultar prejuízos à livre concorrência deverá ser submetido ao crivo autárquico.

Na espécie, não custa frisar que a empresa recorrida e a Alstom decidiram firmar, finalmente, a aquisição da divisão de turbinas industriais a gás de grande porte, o que importa em ato de concentração. Esta aquisição foi precedida do contrato preliminar controverso.

Sobre o ponto, lembro que doutrina e jurisprudência são uníssonas acerca da aplicação do art. 54 da Lei n. 8.884/94 **não só** aos *atos de concentração* , **mas também** ao que se convencionou chamar de *atos de cooperação* .

Em poucas palavras: mesmo os atos que não necessariamente envolvam as tradicionais figuras típicas dos arts. 220 e ss. da Lei n. 6.404/74 devem ser submetidos ao órgão de garantia da concorrência - e melhor exemplo, neste sentido, seria difícil de achar que não a da própria hipótese dos autos, um contrato de financiamento de tecnologia.

Pois bem: a narrativa dos fatos na forma como engendrada pela própria impetrante (ora recorrida) dá conta de que, *antes da efetiva proposta de aquisição da divisão de turbinas* , havia entre a GE e a Alstom um ***contrato de financiamento de tecnologia*** .

Tenho dúvidas, portanto, se o próprio contrato de financiamento já não seria o primeiro ato vinculativo entre as partes, na esteira do que dispõe o art. 54 da Lei Antitruste e o art. 2º da (revogada, porém vigente à época dos fatos) Resolução Cade n. 15/98.

Entretanto, *considerando que o próprio Cade reputa o contrato preliminar de aquisição da divisão de turbinas como o primeiro ato de que tratam os referidos dispositivo* , creio ser legítimo, ao menos em uma aproximação perfunctória do tema, que a preexistência de um contrato de financiamento de tecnologia ao menos denota a séria intenção das partes em levar a cabo a operação de concentração, independentemente da alegada previsão contratual de condições suspensivas. (Tem-se, então, outro fundamento para afastar peremptoriamente a alegação da parte recorrida, em memoriais, de que a condição suspensiva

seria determinante para afastar a vinculação.)

Em relação a este aspecto, farei outra consideração bem mais adiante.

Sinteticamente, pois, e retornando à linha de argumentação principal, eis o quadro que se delineia: (i) o pré-contrato é um instrumento pelo qual as partes se comprometem a, em outra oportunidade, firmar um contrato definitivo; e (ii) todo e qualquer ato, por mais comezinho que seja, se puder causar arranhos ao ambiente concorrencial, deve ser submetido ao Cade, sob pena de multa (§§ 4º e 5º do art. 54 da Lei n. 8.884/94).

Fica fácil concluir, pois, que embora o pré-contrato não se confunda com o contrato principal, ele figura entre aqueles atos que podem, ao menos em caráter eventual, impor riscos à saúde concorrencial.

Embora não seja de bom tom que o Superior tribunal de Justiça imiscua-se em cláusulas contratuais, penso ser importante destacar que o dito contrato preliminar prevê, inclusive, transferências de ativos (Cláusula n. 2, parágrafo 2.01, alínea *a* - fl. 37, e-STJ).

É sabido que, em mercado relevante como o que subjaz à demanda, a estrutura da empresa e os bens dela componentes ganham relevância conjuntural grande - tanto que, como se verá adiante, o mercado relevante geográfico, embora mundial, conta com apenas 4 empresas, entre elas a GE a Alstom -, uma vez que a entrada de empresas no ambiente da concorrência exige pesados aportes. Se assim é, a transferência de ativo, de *per se*, já seria suficiente para provocar turbulências no mercado.

Finalizando esta linha de pensamento, observe-se que a própria empresa recorrida admite, na inicial, que, ciente do que determina a Lei n. 8.884/94, fez apresentar o pré-contrato (e não o contrato principal) *antes* de implementada todas as condições para o fechamento da operação apenas por extrema cautela (fl. 5, e-STJ) - mas depois do prazo fixado em lei para tanto.

Bem, se empresa estivesse tão certa - como está agora, na via judicial - de que o pré-contrato não vinculava e, assim, não trazia qualquer obstáculo à concorrência, por que, então, submeteu-o ao Cade? Fica a indagação retórica que finaliza esta parte da problemática.

Avalio, agora, outro argumento da parte recorrida (também constante de memoriais): seria absurda a subsunção do ato controverso ao Cade, em caráter preventivo, quando a autoridade concorrencial européia só requereria a apresentação formal do ato depois - e o ambiente europeu seria aquele sobre o qual recairia a maior eficácia do ato.

A Lei n. 8.884/94 implementou um *sistema misto de controles*: o de condutas (arts. 20 e 21) e o de estrutura (art. 54). O primeiro claramente de cunho repressivo, enquanto o segundo ostenta caráter *preponderantemente* preventivo.

Não é verdade, assim, que o sistema brasileiro instituiu apenas um controle *a fortiori*. Não e não: inclusive, no Brasil, o controle de estruturas, essencialmente prévio, ocupa uma posição de maior destaque de o controle de condutas (basta lembrar de casos como AmBev e Nestlè-Garoto, por exemplo) - frise-se, repressivo.

Também é igualmente inverídico que o pré-contrato estabelecido entre as partes, por ter sido firmado no estrangeiro, seria incapaz de gerar efeitos no Brasil.

Em análise técnica do tema, o Sr. Conselheiro Ruy Santacruz concluiu, com apoio dos demais, que "mesmo não possuindo nenhuma subsidiária sediada em território nacional, participavam ativamente do mercado brasileiro, possuindo participação significativa, entre 8% e 9% cada uma, o que torna a operação enquadrável no art. 2º da Lei Antitruste" (trecho recortado do memorial da própria parte recorrida, que, inclusive, reconhece, implicitamente, ser verídica tal informação).

É neste ponto que entra de forma mais pragmática aquela consideração inicial que fiz acerca da necessidade de uma certa deferência em uma matéria tão sensível.

Causa-me certa perplexidade que a instância ordinária afaste considerações de ordem eminente e altamente técnicas pura e simplesmente com o argumento de que "pelo tipo de produto objeto da compra e venda não ter mercado de forma contínua, só funcionando através de encomendas esporádicas" estariam descaracterizados os efeitos no território nacional.

Observo que não se trata, no ponto, de controle de *legalidade* da decisão do Cade, mas de verdadeira digressão sobre *aspectos de mercado*, sobre os quais, salvo melhor juízo,

os Conselheiros do Cade estão em posição privilegiada de análise e interpretação em relação aos membros do Poder Judiciário (e, aqui, estou fazendo questão de me incluir).

Ressalto que, como fiz antes, é amplamente possível ao Poder Judiciário falar sobre controvérsias *legais* da decisão do Cade - como, *e.g.*, estamos fazendo agora, ao discutir a validade da compreensão segundo a qual o pré-contrato vincula as partes pactuantes.

No entanto, soa no mínimo temeroso (para dizer o menos) que, ante o posicionamento de uma autarquia especializada em análise de dominação de mercado - como é o Cade, o qual dispõe, inclusive, de órgão colegiado judicante -, venha o Judiciário asseverar, *de forma até um pouco simplória e simplesmente desconsiderando todas as informações técnicas constantes dos presentes autos*, que não existe nenhum risco ao mercado brasileiro, sem tecer maiores considerações sobre a controvérsia.

Repito: "deferência" não significa insindicabilidade, mas apenas respeito às análises de cunho técnico realizadas por órgãos que tem a função macro de cuidar de certos bens jurídicos que não se compadecem com a lógica ordinária de atuação do Judiciário.

Concordo, pois, no ponto, com o que disse o Min. Herman Benjamin:

> De acordo com o Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/EASP, **o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi**.
> [...] A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado era, **em 2003, de 40% para a GE e de 15% para a Alstom**. Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que poderia repercutir no Brasil. (destaques acrescentados)

O *mercado relevante geográfico* na hipótese é, pois, mundial, sendo incabível falar, de tabela, em inexistência de riscos para o mercado brasileiro - que, por óbvio, está contido no mercado relevante.

Plenamente aplicável, assim, o art. 2º da Lei n. 8.884/94, em razão da previsão de sua parte final.

Aqui, a esta altura, que entendo pertinente fazer uma consideração referente à

incidência do art. 54 da Lei Antitruste, fazendo conexão com o que sustentei linhas acima.

A empresa recorrida bate muito, na inicial e nos memoriais ofertados, que a transferência de ativos em território alienígena, bem como a inexistência de filiais no Brasil, afastariam possíveis efeitos no mercado nacional.

Para colocar uma pá-de-cal nesta discussão, lembro que os fatos elencados pela recorrida seriam determinantes como no grau que ela os julga se, e somente se, fosse possível compreender que o art. 54, *caput*, da Lei n. 8.884/94 engloba apenas os atos previstos no § 3º do mesmo dispositivo. Passo a transcrever a norma para melhor enfrentamento:

> 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).

O uso do montante pecuniário em reais faz concluir que, nas situações aí previstas, o faturamento que importa é aquele em território brasileiro. De fato é assim. Leia-se, a propósito, a Súmula n. 1 do Cade (de 2005):

> Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

E isto seria importante para o presente caso porque, e sobre isto ninguém discorda, a GE e a Alstom não têm filiais aqui - e tampouco o negócio foi aqui fechado.

Ocorre que, na mesma regra, é claro o uso da expressão "incluem-se", o que deixa antever, sem maiores sombras de dúvida, que os atos previstos no *caput* do art. 54 da Lei Antitruste englobam, contêm, os atos previstos no § 3º - nele, pois, *não* se esgotam.

E, para os fins do *caput* do art. 54, pouco importa se as empresas envolvidas têm ou não filial no Brasil, se o contrato preliminar foi ou não avençado no Brasil. Basta, que, *em tese*, o concerto de concentração *possa*, sob qualquer perspectiva, impactar o mercado nacional. Frise-se: basta que, ***em tese***, o ato de concentração ou o ato de cooperação possam causar prejuízos à higidez concorrencial.

Digo e enfatizo o caráter abstrato desta avaliação porque só o Cade pode dizer *concretamente* se o ato deve ou não ser submetido ao seu controle. Os interessados devem *sempre e sempre* observar os prazos pontuados na lei e nas resoluções respectivas, sem que, eles próprios, façam este juízo de adequação entre a lei e os atos por elas concertados, sob pena de incidir a multa do art. 54, § 5º, da Lei n. 8.884/94.

Com essas considerações, Sr. Presidente e demais eminentes colegas, também eu voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial para denegar a segurança.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2003/0215979-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 615.628 / DF**

Números Origem: 200034000099709 200099709

PAUTA: 01/06/2010 JULGADO: 08/06/2010

Relator
Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADOR	:	FREDERICO PAIVA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	GENERAL ELECTRIC COMPANY
ADVOGADO	:	TÚLIO FREITAS DO EGITO COELHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Infração Administrativa - Multas e demais Sanções

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (voto-vista), Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de junho de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

STF - RECURSO EXTRAORDINARIO - RE 286963 / MG - 24/05/2005

STF - Primeira Turma
Relator(a): Min. SEPULVEDA PERTENCE
Data de decisão: 24/05/2005
Data de publicação: 20/10/2006 (DJ 20-10-2006 PP-00063 EMENT VOL-02252-03 PP-00563)
RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE : BANCO DO BRASIL S/A
ADVOGADOS : MAGDA MONTENEGRO E OUTROS
RECORRIDO : GUSTAVO WAGNER DRUMOND LAGE
ADVOGADOS : SILVIO DE MAGALHÃES CARVALHO JÚNIOR E OUTROS

EMENTA: Conselho Monetário Nacional: competência para dispor sobre a taxa de juros bancários: ADCT/88, art. 25: L. 4.595/64: não revogação.
1.Validade da aplicação ao caso, da L. 4.595/64, na parte em que outorga poderes ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre as taxas de juros bancários, uma vez que editada dentro do prazo de 180 dias estipulado pelo dispositivo transitório, quando o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações: indiferente, para a sua observância, que tenha havido ou não a prorrogação admitida no art. 25 do ADCT; portanto, não há falar em revogação da Lei 4.595/64.
2.RE provido, para determinar que o Tribunal *a quo* reaprecie a demanda tendo em conta o disposto na L. 4.595/64.

ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.
Brasília, 24 de maio de 2005.
SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR

RELATÓRIO
O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: RE, a, interposto contra acórdão que, muito embora tenha firmado não ser auto-aplicável o § 3º do artigo 192 da CF/88, determinou a redução dos juros ao montante de 12% (doze por cento), tendo em vista o disposto no Decreto 22.626/33, pois, com a revogação - por força do art. 25 do ADCT - da Lei 4.595/64, na parte em que outorga poderes ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre a taxa de juros bancários, o mencionado decreto voltou a viger em sua integralidade, atingindo, inclusive, as operações das instituições financeiras.
Interpostos recursos especial e extraordinário pela instituição bancária, ambos foram admitidos (f. 156/163).
Alega-se no RE, a, violação do artigo 5º, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal. Sustenta-se ainda, tendo em vista sucessivas edições de leis, que houve a prorrogação do prazo estipulado na regra transitória para a atribuição ou delegação a órgão do Poder Executivo da competência atribuída pela Constituição ao Congresso Nacional (art. 25 do ADCT): assim, válida a aplicação da Lei 4.595/64.

O Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao REsp (f. 171/172).
É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Dispôs o art. 25 do ADCT:

> *"Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional..."*

Conforme se depreende de sua redação, o objeto da revogação - quando ultrapassado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias da promulgação da Constituição, não prorrogado por lei - é a competência atribuída ou delegada a órgão do Poder Executivo pela legislação pré-constitucional (quando se tratar de matéria que a Carta inclui na competência do Congresso Nacional), e não as normas editadas quando vigente a delegação.

Ora, o Tribunal, no julgamento da ADIn 4 (Sydney Sanches, DJ 25.6.1993), declarou constitucionais o parecer da Consultoria Geral da República e a circular do Banco Central que, respectivamente, considerou não auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF/88, e determinou a observância da legislação anterior à Carta Federal, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional.

As normas objeto dessa ação são perfeitamente válidas, uma vez que foram editadas dentro do prazo estipulado pelo dispositivo transitório, quando o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações: indiferente, para a sua observância, que tenha havido ou não a prorrogação admitida no art. 25 do ADCT; portanto, não há falar em revogação da Lei 4.595/64.

Assim, dou provimento ao recurso extraordinário para determinar que o Tribunal ***a quo*** reaprecie a demanda tendo em conta o disposto na Lei 4.595/64: é o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Sr. Presidente, entendo que o voto de Vossa Excelência é extremamente claro e muito importante até no sentido de traçar rumos para a interpretação desse preceito. Acompanho Vossa Excelência, entusiasmado com o seu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, Vossa Excelência entendeu que, independentemente da prorrogação autorizada pelo artigo 25 do ADCT, o Presidente da República estava imitido da sua competência.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Estava imitido naquela competência, nos primeiros 180 dias. E foi nesses primeiros 180 dias que aprovou o

parecer do Consultor-Geral da República, em conseqüência do qual o Banco Central baixou instruções mandando observar a Lei 4.595 até que viesse a Lei Complementar do Sistema Financeiro Nacional.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Então a competência do Presidente da República foi exercida no interregno dos 180 dias.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Embora não seja entusiasta da decisão, este parecer e essas instruções foram julgadas constitucionais na ADIn 04.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, Sr. Presidente, a prorrogação?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - A prorrogação é irrelevante, porque o que se discute é que, não tendo havido prorrogação por lei, cairia a própria norma substancial. Ora, é elementar que não existe inconstitucionalidade formal superveniente. A competência se apura no momento do ato normativo. E esta fora de logo prorrogada por 180 dias conforme o artigo 25 do ADCT. E neste prazo foram baixadas as normas.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente isso; esse o ponto.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - O fim do prazo não invalida os atos normativos editados com base numa competência posteriormente revogada.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas não é justamente isso que está no artigo 25?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Não, o artigo 25 dispõe que ficam revogadas, a partir de 180 dias, as leis que delegam competência ao Poder Executivo: não os atos que este Poder tenha baixado com base nessa norma de competência, enquanto vigeu. Pode haver aí incompatibilidade com a Constituição, mas esta o Tribunal afastou na ADIn 04.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É, eu estou convencido, eu acompanho.

DEBATES

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, apenas uma ponderação. Creio que, na Corte de origem, declarou-se a inconstitucionalidade de ato do Conselho Monetário Nacional fixando juros, e essa matéria é o cerne da controvérsia.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas creio que já julgada constitucional na ADIn 04.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Porque, logo após, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4-7/DF, apreciamos e tenho, aqui, a data.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - A rigor, não se trata de inconstitucionalidade, mas de revogação da Lei nº 4.595, em função do art. 25 do ADCT que só declarou revogadas, em tal prazo, se não renovadas, as delegações. O meu voto é no sentido de que, primeiro, não houve, no caso, essa revogação; e, ainda, que tivesse havido, aí, estariam revogadas as delegações, não as normas baixadas na conformidade dela.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Em jogo faz-se a harmonia, ou não, com a Carta da República, mais precisamente com o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de lei que, sucedendo a outros diplomas, num total de oito, veio a prorrogar, até a promulgação da lei complementar prevista no artigo 192 da Constituição Federal, na redação primitiva, o prazo de vigência de delegação ao Conselho Monetário Nacional para fixar os juros relativos ao sistema financeiro. Em síntese, indispensável afigura-se elucidar a constitucionalidade, ou não, da Lei nº 9.069/95. Então, cumpre o deslocamento do processo ao Plenário. Pedi vista em face do envolvimento da citada norma constitucional.

[...]

Atente-se para a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Em um primeiro passo, implicou a conclusão - em harmonia com pronunciamentos desta Corte - de o § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, na redação primitiva, haver ficado submetido a lei complementar, não sendo auto-aplicável a previsão sobre estarem os juros reais limitados a 12%. Em passo seguinte, a Corte, ante o preceito do citado artigo 25, assentou a insubsistência das instruções e do poder normativo do Conselho Monetário Nacional, consignando que os juros remuneratórios devem guardar os limites da Lei de Usura em todos os contratos, inclusive os celebrados com instituições financeiras. Confira-se com o teor da decisão - folha 68.

Registro que até hoje não alcancei a base maior para a distinção: os cidadãos e as pessoas jurídicas em geral devem observância à Lei de Usura; os estabelecimentos bancários, não. Mas não cabe adentrar essa matéria. Cumpre, sim, verificar se a decisão do Tribunal de origem atende, ou não, ao artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no que considerou insubsistente o poder do Conselho Monetário Nacional de estabelecer juros. Eis o teor do artigo em questão:

> *Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:*
>
> *I - ação normativa; (...)*

Pois bem, conforme ressaltou a Corte de origem, a Carta de 1988 versou sobre a fixação dos juros reais mediante lei complementar, sendo esta, iniludivelmente, da competência do Congresso Nacional. Então, em face da regra do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, entendeu aquele Tribunal pela insubsistência da delegação ao Conselho Monetário Nacional para reger a matéria.

Peço vênia ao relator para concluir de idêntica forma. Não se trata, no caso, e pelo menos este é o meu convencimento, de pura e simples incidência da Lei nº 4.595/64 e demais diplomas que se seguiram. Cumpre verificar se a delegação prevista e prorrogada até hoje, para a definição dos juros pelo Conselho Monetário Nacional, conflita, ou não, com a Lei Fundamental. A resposta, para mim, é desenganadamente positiva. A delegação de que cuidou o inciso IX do artigo 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, veio a merecer prorrogação, ante o texto do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Medida Provisória nº 45/89, editada em 31 de março de

1989, elasteceu o prazo de vigência até 30 de abril de 1990. Havendo perdido eficácia em 3 de maio de 1989, tal prorrogação veio a estar estampada na de nº 53/89 e aí cogitou-se da data-limite de 30 de outubro de 1989. Seguiu-se a Medida Provisória nº 100/89, versando sobre a dilatação do prazo de vigência até a vinda da lei complementar de que trata o artigo 192 da Constituição Federal. A Lei nº 7.892/89 prolongou o prazo de forma limitada, ou seja, até 31 de maio de 1990, seguindo-se a Medida Provisória nº 188/90, convertida na Lei nº 8.056/90, dilatando o prazo até 31 de dezembro de 1990. Já a Medida Provisória nº 277/90, convertida na Lei nº 8.127/90, implicou nova extensão, assinando-se, como termo final, 30 de junho de 1991. Seguiu-se a Lei nº 8.201/91, mais uma vez tendo-se a prorrogação, agora até 31 de dezembro de 1991. A Lei nº 8.392/91 fixou como termo final a promulgação da lei complementar aludida no artigo 192 da Constituição. Então, veio à balha o Plano Real e a lei respectiva, de nº 9.069/95, repetiu a regra do diploma anterior.

Admita-se que o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não haja delimitado a prorrogação do prazo nele previsto - de 180 dias. Todavia, há de se dar interpretação ao texto a partir da razoabilidade. Em síntese, não se coaduna com o citado princípio a sucessividade de leis elastecendo um prazo de 180 dias de forma indeterminada. Hoje, passados mais de 16 anos da vigência da Carta de 1988, tem-se, ainda a competência do Conselho Monetário Nacional a partir de extravagante delegação, porquanto contrária aos ditames constitucionais. Há de se proclamar a supremacia da Carta da República, predicado que apanha não apenas os preceitos situados no corpo permanente, mas também no Ato das Disposições Transitórias.

Peço vênia ao ministro relator para conhecer do recurso extraordinário interposto e o desprover, declarando a inconstitucionalidade da última lei que implicou a prorrogação dos 180 dias previstos no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, no particular, da Lei nº 9.069/95.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, qual é a lei?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A última. Foi a do Plano Real, Lei nº 9.069/95. Começou com a Medida Provisória - vou só conferir as datas depois, algumas estão truncadas.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu me fixei na tese do acórdão recorrido que, simplesmente, não examinou as leis de prorrogação, mas, simplesmente, afirmou, como está na sua ementa que:

> *"O artigo 25 do ADCT revogou as instruções e retirou o poder normativo do Conselho Monetário Nacional, devendo os juros remuneratórios guardarem a limitação da "Lei de Usura" em todos os contratos, inclusive os celebrados por instituições financeiras."*

Esta tese do acórdão recorrido, que, para chegar a ela, fundou-se, inclusive, no efeito não vinculante do decidido na ADIn 04 na qual se declararam constitucionais os atos normativos em questão: parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central, o primeiro, considerando não aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano; e a segunda, determinando observância da legislação anterior à Constituição de 1988 até o advento da lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional.

Consideraram-se válidas, pois, a L. 4.595 e as instruções anteriores à Constituição. Simplesmente não se cuidou da validade ou não de leis posteriores que prorrogaram o prazo, o que considerei irrelevante, porque continuo convencido, com todas as vênias, que o artigo 25 ADCT somente revogaria, não houvesse prorrogações, a delegação e não as normas baixadas com base nela. É conhecido de que não há inconstitucionalidade formal superveniente. Ou não teríamos Código Comercial nem Código Penal.

[...] Nenhuma dessas leis é sequer mencionada no acórdão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - No entendimento da Corte de origem - não vou a tanto, porque, frente ao artigo 25, só contaríamos, isso está no acórdão, com a possibilidade de vigência da delegação por cento e oitenta dias e prorrogação que, penso, teve-se por idêntico período -, não há, realmente, a fixação do lapso temporal quanto à prorrogação, mas assento, considerado o princípio da razoabilidade e, também, o prazo inicial marcado de cento e oitenta dias, que dezesseis anos consubstanciam uma demasia, no tocante à prorrogação da delegação ao Conselho Monetário Nacional. Penso que a matéria está pré-questionada sob o ângulo do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - O acórdão diz que se revogou toda a legislação anterior. E nisso se fundou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não chego a tanto, apenas mencionei o histórico normativo da matéria, para assentar que o artigo 25 teria sido preservado pela Corte de origem.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É da lógica do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que a Constituição passe a vigorar, no futuro, sem apêndice chamado Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ou seja, há de haver um momento em que a Constituição funcionará exclusivamente com sua parte permanente. Como diz o Ministro Marco Aurélio, nesse particular eu me deixo impressionar pelo argumento, são dezesseis anos transcorridos.

[...]

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Entendo, também, Excelência, que o artigo 25 não revoga só as delegações, a partir dos cento e oitenta dias as normas também.

[...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Revogar uma delegação, *data venia*, não é revogar a norma delegada; é suprimir competência delegada para subseqüentes fixações de juros.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Por isso é que procedem as palavras de Bobbio: mais importante do que leis bem fundamentadas é o respeito ao direito posto. A meu ver, o artigo 25, ao dispor que "ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias", não permite qualquer dúvida quanto ao afastamento, do cenário jurídico, das delegações, pouco importando a previsão da promulgação da Carta.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro, a delegação é única, é a Lei nº 4.595.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Excelência, mostrei que tivemos prorrogações sucessivas. [...] Tivemos prorrogações sucessivas e, se não houver uma tomada de posição, não sei até quando teremos a delegação, descumprindo-se a Carta da República.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Ela já caiu, porque era até a lei complementar e ela, quanto à previsão de juros reais, já está revogada por emenda constitucional. Mas, colho os votos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Sr. Presidente, quero reafirmar o meu voto. Vou acompanhar V. Exa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E a lei complementar continua sendo exigida.

[...] Só não temos o § 3º, porque, diante da dificuldade da própria Corte em assentar o que estaria sendo praticado há anos e anos, ou seja, o que se entende por juros reais, não houve a regulamentação prevista para definir-se o instituto. Na oportunidade, revelei que entendo como juros reais tudo que seja satisfeito, além da reposição do poder aquisitivo da moeda, pelo tomador do dinheiro. Chegou-se até mesmo à alteração do artigo 192, sem a regulamentação. É a tal história: morto o mandado de injunção, não se teve a eficácia da Carta e se continuará não tendo, porque é muito pouca amada, infelizmente, de forma quase que generalizada.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Queria continuar dizendo que acompanho V. Exa, Ministro Pertence. Entendo que o art. 25 da Constituição, em primeiro lugar, está incidindo não porque tenha havido delegação. Delegação há quando se transfere função legislativa ao Poder Executivo. A lei delegada é a expressão de uma delegação, mas quando se trata de regulamentar determinada matéria, no exercício de função regulamentar, ocorre exata e precisamente o que art. 25 menciona como atribuição. Aqui o art. 25 fala em preceitos legais que atribuam ou deleguem ação normativa. No caso da matéria de juros, não há absolutamente delegação; há uma mera atribuição de função normativa.

[...] O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A meu ver, no artigo 25, tem-se a previsão de revogação. O Conselho Monetário Nacional não pode continuar atuando nesse campo, porque o princípio da legalidade estará solapado.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - O que o art. 25 permite é que se exerça, enquanto não houver lei regulando a matéria, mediante ação do Poder Executivo ou órgão do Poder Executivo, a capacidade normativa de conjuntura. O limite no tempo - quero me referir exatamente ao Ministro Carlos Britto - será aquele suficiente para que o Congresso Nacional crie os textos normativos que se tornem necessários para adaptar plenamente a situação ao texto da Constituição. Se o Poder Legislativo levar trinta e dois anos sem editar esses textos normativos é necessário que alguém regule. Essa é a situação prevista, exata e precisamente esta.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Somente disse a ele que o equívoco que eu admitira em meu voto, quanto a datas, não existe. A medida provisória anterior caíra, e a segunda estipulou o período até 30 de abril para vigência da delegação. Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - A Constituição provê no sentido de permitir que situação de fato seja regulada e isto faz ou deve fazer o Executivo. A nós, Poder Judiciário, esta Corte, incumbe prover, no quadro da Constituição, da ordem constitucional, no sentido não de instalar a desordem. No sentido não de fecharmos os olhos para a realidade, mas sim de prover, observados os princípios que a Constituição do Brasil afirmam, a concreção de uma ordem.

Não podemos absolutamente imaginar que incumba a esta Corte decidir ignorando a realidade. A realidade envolve inúmeros fatores: omissão do Poder Legislativo, velocidade muito grande de transformação na própria realidade, o que implica a necessidade da atuação do órgão colegiado, o Conselho Monetário Nacional, no sentido de ordenar efeitos de caráter econômico.

Estou inteiramente convencido de que a solução mais adequada à Constituição é a preconizada no voto do Ministro Pertence, expressão de prudência muito elevada. Sobretudo porque considera não apenas o texto da Constituição na sua globalidade, mas a própria realidade.

De modo que, Ministro Presidente da nossa Turma, acompanho V. Exa.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, quando se discorda do voto de V. Exa, o que fica é uma desconfortável sensação de temerariedade.

Entretanto, entendo que a Constituição reservou de forma expressa para o Congresso Nacional a regulação do sistema financeira do País, isso está no art. 192, antigo, permanece no atual, apenas substituindo lei complementar por leis complementares.

Esse dispositivo, a meu sentir, apenas deu seqüência lógica ao art. 22, VII, que diz:

> *"Art.22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *(...)*
>
> *VII- política de crédito."*

E ao art. 48 que também diz: compete ao Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - V. Exa. me permite? Isso já existia nas Constituições anteriores e foi com base nesta competência que se baixou a Lei 4.595.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Operações de crédito, também da competência.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - O que não está na Constituição - salvo o extinto art. 192, § 3º, que, no entanto, se julgou de eficácia limitada - é a fixação por lei da taxa de juros.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - O que diz o art. 25? Diz que essa matéria, explicitamente da competência do Congresso Nacional, demandou um cuidado especial, a ponto de dizer que ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei. Ficam revogados todos os dispositivos legais que atribuam ou delegem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional.

É evidente que, para evitar o caos, a dificuldade factual de monta, a Constituição admitiu a prorrogação, por lei, daquele prazo. Mas, como diz o Ministro Marco Aurélio, é evidente que é uma prorrogação submetida ao chamado princípio da razoabilidade, não é para levar o Congresso Nacional a perenizar essa prorrogação a ponto de, dezesseis anos depois de promulgada a Constituição, a competência, que é do Congresso, continuar sendo exercida por órgão do Poder Executivo.

Peço vênia para reconsiderar meu voto.

[...]

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, gostaria de saber um dado fundamental. O acórdão recorrido apreciou determinados fatos que têm localização no tempo. A pergunta é: qual a norma que o acórdão aplicou para resolver o caso?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - O artigo 25, dizendo que revogou tudo quanto se baixara com base na Lei nº 4.595. Conseqüentemente, restaurou-se a vigência, incluídas as operações das instituições financeiras, da Lei de Usura. Essa é a tese do acórdão recorrido. Outras, não considerei porque simplesmente não foram tratadas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A questão toda é saber se foi aplicada ao caso lei editada enquanto era válida a delegação de competência, ou se foi aplicada lei editada depois que a competência tinha sido retirada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Aplicou-se a Lei de Usura, porque a partir da Constituição, segundo o acórdão, revogadas as normas delegadas - ele não disse, mas é isso que está claro -, revigorou-se a Lei de Usura.

Essa é a única tese enfrentada pelo acórdão recorrido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Quer dizer, o acórdão afirma que teriam sido revogadas as leis anteriores e não a competência.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Exato, todas as normas anteriores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Isto é, ao invés de simplesmente revogar a competência dali para frente, ele considerou que a revogação da competência, prospectivamente, implicaria a revogação das leis baixadas ao tempo em que a delegação era permitida. Esse é o problema. Não tenho nada a opor.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Essa é a tese do acórdão recorrido, não é a de V. Exª.: está trazendo leis que o acórdão sequer cogitou delas.

[...]

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Então, Ministro Marco Aurélio, só para entender o seu raciocínio: V. Exª considera que o artigo 25 revoga as competências ou revoga as lei anteriores?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Como nele está em bom vernáculo, revoga as leis que previam a delegação.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Revoga os dispositivos das leis.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente, revoga as leis que autorizavam delegação de competência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E exigindo diploma específico, prorrogando a delegação pretérita. É o que está no artigo 25.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - V. Exa. também considera que o artigo 25 tem por objetivo evitar que outras leis deleguem competência dali para frente, após o prazo de cento e oitenta dias.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A Carta de 1988 objetivou - é o princípio básico - colocar um ponto final nas delegações.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A pergunta é: o acórdão impugnado admitiu alguma lei fundada numa competência delegada depois do prazo de prorrogação?

[...] Noutras palavras, o acórdão considerou que o artigo 25 não apenas revogou as leis que delegavam às normas editadas por força da delegação. Acho que é outro assunto. Acho que essas considerações todas do eminente Ministro Marco Aurélio são realmente consistentes, mas não dizem respeito especificamente aos contornos do caso. Acho que o caso foi resolvido de modo contrário, com base nas instruções que eram válidas, porque editadas durante a vigência da lei que autorizava delegação de competência.

Em todo o caso, Sr. Presidente, para efeito de ficar mais tranqüilo com a minha consciência, vou pedir vista para aclarar esse aspecto.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Não há nenhuma dúvida de que o disposto no art. 25 do ADCT, a partir de 180 dias de vigência da Constituição, prorrogáveis por lei, revogou ou teria revogado todos os dispositivos legais que, antes do termo desse prazo, atribuíram ou delegaram a órgão do Poder Executivo competência outorgada pela Constituição ao Congresso Nacional. O alcance patente dessa norma, no que interessa ao caso, está em que, ao final do prazo aí previsto, foram ou teriam sido revogadas todas as normas que atribuíram ou delegaram competência ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre juros. Não, porém, e isto é decisivo, os atos até então baixados pelo Conselho com esse propósito, os quais, editados sob o pálio das normas então vigentes, não foram revogados, pela razão óbvia de que, não delegando, mas servindo ao exercício de competência, não podem ser atingidos pela regra transitória, a qual se limitou a banir as normas atributivas ou delegantes de competência, não os atos praticados no exercício de competência antes delegada durante a vigência das leis que o autorizavam.

Ora, o acórdão impugnado, como consta de sua ementa e do teor insofismável de sua fundamentação literal, para concluir que incidiria o Dec-lei nº 22.626/33 no caso, fundou-se em duas ordens concorrentes de argumentação. A primeira, que a decisão desta Corte na ADI nº 4 não teria efeito vinculante (fls. 77. E a segunda, que, por força do art. 25 do ADCT, estariam revogados, não só o poder normativo do Conselho Monetário Nacional, mas também, e sobretudo, todas as Resoluções e

Instruções por ele baixadas (fls. 68 e 81), "*pelo que, à míngua de norma regulamentadora a respeito, prevalece o comando legal contido na denominada ?Lei de Usura?*" (*sic*, fls. 80).

Está, pois, claríssimo que o acórdão reputou revogadas todas as normas regulamentares de juros, baixadas pelo Conselho Monetário Nacional, ainda durante a vigência das leis que o autorizavam a fazê-lo, como, p. ex., a Lei nº 4.595/64, cujo art. 4º, inc. IX, lhe dava poder para limitar os juros, e o Dec.-lei nº 167/67, cujo art. 5º lhe concedia competência para fixar taxas de juros nas cédulas de credito rural, que é o título da espécie.

Nisso, ofendeu o art. 25 do ADCT, do qual não pode tirar-se eficácia de ter revogado, segundo decidiu o acórdão, todos os atos do Conselho expedidos sob a vigência das leis que lhe conferiam competência para dispor sobre taxa de juros. De modo que, por dar provimento ao extraordinário, é impertinente excogitar sobrevivência das leis de delegação ao termo final do prazo estipulado no art. 25 do ADCT, porque só interessa o fato indiscutível de haver o acórdão reputado revogados os atos expedidos no exercício de competência que vigia até o advento do fim do prazo constitucional e a cuja luz tinha, e ainda tem, de verificar se os juros acordados na cédula eram, ou não, legais. Em síntese, o art. 25 não revogou os eventuais atos de regulamentação de juros que o Conselho haja baixado antes do termo final do prazo de revogação das leis delegantes e, daí, a convenção dos juros dever, na espécie, ser apreciada segundo o ato ou atos normativos vigentes à data da assinatura da cédula de crédito, não nos termos do Dec-lei nº 22.626/33.

Daí, rogando vênia aos eminentes Min. Marco Aurélio e Carlos Britto, acompanhar o voto do Min. Relator, para, dando provimento ao recurso extraordinário, determinar seja a questão dos juros decidida perante as normas aplicáveis, isto é, Resoluções, Instruções ou Circulares vigentes à data de perfeição do negócio jurídico, tudo nos termos já enunciados.

DECISÃO

Decisão: Após os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Relator, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau dando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. 1ª. Turma, 29.03.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, de acordo com o art. 1º, § 1º, in fine, da Resolução n. 278/2003. 1ª. Turma, 26.04.2005.

Decisão: Continuando o julgamento, após o voto do Ministro Marco Aurélio conhecendo do recurso extraordinário, mas lhe negando provimento, sendo acompanhado pelo Ministro Carlos Britto, depois de retificar o seu voto; da confirmação de voto do Ministro Eros Grau, acompanhando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. 1ª. Turma, 03.05.2005.

Decisão: Adiado o julgamento, tendo em vista o adiantado da hora. 1ª. Turma, 17.05.2005.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria de votos, conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator; vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que lhe negavam provimento. 1ª. Turma, 24.05.2005. Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto. Ricardo Dias Duarte – Coordenador.

RECURSO ESPECIAL Nº 445.821 - DF (2002/0078982-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DENISE ARRUDA**
RECORRENTE	:	AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ANATEL
PROCURADOR	:	RAIMUNDO JUAREZ NETO E OUTROS
RECORRIDO	:	DAMOS SUDAMÉRICA S/A
ADVOGADO	:	ALEXANDRE KRUEL JOBIM E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE RESOLUÇÃO. INADEQUAÇÃO. NORMA NÃO-INSERIDA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ. CONCEITO DE "EMPRESA COLIGADA" PARA EFEITO DE AUTORIZAÇÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

2. O entendimento desta Corte Superior é pacífico no sentido de que eventual negativa de vigência de resolução não é passível de análise em sede de recurso especial, pois não está inserida no conceito de lei federal, nos termos do art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

3. A análise da alegada inexistência de direito líquido e certo, expressamente reconhecido pelo Tribunal de origem, exige o reexame de circunstâncias fáticas e probatórias, o que não é admitido em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 864.688/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 13.11.2006, p. 239; AgRg no Ag 714.316/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 13.11.2006, p. 267; AgRg no Ag 723.796/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.9.2006, p. 202; AgRg no REsp 493.918/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 6.3.2006, p. 289.

4. Recurso especial não-conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2006(Data do Julgamento).

MINISTRA DENISE ARRUDA

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 445.821 - DF (2002/0078982-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DENISE ARRUDA**
RECORRENTE	:	AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
ADVOGADO	:	RAIMUNDO JUAREZ NETO E OUTROS
RECORRIDO	:	DAMOS SUDAMÉRICA S/A
ADVOGADO	:	ALEXANDRE KRUEL JOBIM

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto pela AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 878):

> *"ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. REGULAMENTAÇÃO DO PLANO GERAL DE OUTORGAS. DECRETO Nº 2.534/98. CONCEITO DE EMPRESA COLIGADA. DESCONSIDERAÇÃO DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA RESOLUÇÃO Nº 101/99 DA ANATEL. INVASÃO DE CAMPO NORMATIVO ALHEIO. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.*
> *1. O Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicações, editado pelo Decreto nº 2.534/98, mediante autorização expressa da Lei 9.472/97, art. 18, II, veda a autorização para prestação de serviços de telecomunicações em geral a empresa coligada com outra prestadora de serviço telefônico fixo, observados os demais termos do art. 10, § 2º.*
> *2. O conceito de empresa coligada, havendo participação sucessiva de várias pessoas jurídicas, é fornecido pelo art. 15 e § único da referida disposição normativa, que manda considerar o valor final da participação por meio da composição das frações de controle de cada empresa na linha de encadeamento.*
> *3. Tal conceito não pode ser alterado por critérios introduzidos pela Resolução 101/99 da ANATEL, porque refoge ao campo de competência normativa adstrito à agência reguladora, não amparado pelo art. 19, XIX, da Lei 9.472/97.*
> *4. Preliminares rejeitadas e apelação provida para determinar o exame do pedido administrativo com desconsideração dos dispositivos da aludida Resolução relativos à participação acionária sucessiva.*
> *5. Sentença reformada."*

Houve a oposição de embargos de declaração, os quais foram parcialmente acolhidos, assim se manifestando o Tribunal de origem (fl. 900):

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. EMBARGOS REJEITADOS. DEMONSTRADAS COM SUFICIÊNCIA AS RAZÕES DE CONVENCIMENTO DO JUÍZO. REEXAME DA MATÉRIA INCABÍVEL EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.*
> *1. Os Embargos de Declaração são via de impugnação cabíveis para sanar do acórdão contradições ou obscuridade, ou ainda, para suprir omissão*

sobre ponto acerca do qual o Tribunal deveria pronunciar-se, a teor do artigo 535 do CPC.
2. Na hipótese dos autos, o v. acórdão é claro, preciso e completo, não havendo omissão, obscuridade ou contradição.
3. Conforme já assentado pela jurisprudência, o julgador não está obrigado a enfrentar, uma a uma, todas as questões que lhe são colocadas pelas partes, cabendo-lhe expor, isto sim, as razões que formaram seu convencimento, eis que o julgamento deve se prender ao pedido deduzido e não aos fundamentos suscitados.
4. Os pontos já ventilados na apelação e discutidos na decisão embargada não são passíveis de modificação pela via processual dos embargos de declaração. O reexame da matéria está a desafiar recurso próprio.
5. Embargos Declaratórios rejeitados."

Sustenta a recorrente, em síntese, que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 19, XIX, e 71, da Lei 9.472/97, 1º, do Decreto 3.896/2001, 10, § 2º, do Decreto 2.534/98, e à Resolução 101/99 da ANATEL. Assevera que é de competência exclusiva da Agência Nacional de Telecomunicações a concessão de outorgas para exploração de serviços de telecomunicações, seja de regime público, seja no regime privado, nos termos da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), e logo adiante afirma que "*não há direito líquido e certo à obtenção da autorização por parte de qualquer empresa que queira explorar o serviço, sendo certo que no caso vertente, a Agência indeferiu o pleito da entidade recorrida ante a verificação de que a mesma não possuía as exigências ensejadoras do seu deferimento"* (fl. 907). Aduz que negou a autorização pleiteada administrativamente, *"baseada nos conceitos estabelecidos na Resolução nº 101, porquanto restou caracterizada a existência de coligação entre a DAMOS (empresa Impetrante) e as empresas concessionárias do STFC, das Regiões I e II"* (fl. 910). Alega que, ao editar a Resolução 101/99, no tocante à forma de identificar empresas coligadas, *"atuou nos limites da competência que lhe foi conferida por lei e não desbordou dos limites traçados na norma regulamentada"* (fl. 917). Requer o provimento do recurso especial para reformar o aresto recorrido, *"ante a legalidade da Resolução 101/99, em face dos permissivos contidos na Lei nº 9.472/97 (art. 19, inciso XIX e art. 71), além das disposições contidas no Decreto nº 3.896/2001 e Decreto nº 2.354/98, com a conseqüente inversão dos ônus sucumbenciais"* .

A recorrida apresentou contra-razões ao recurso especial (fls. 937/951).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 445.821 - DF (2002/0078982-7)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

O recurso especial não merece ser conhecido.

Na hipótese examinada, a ora recorrida impetrou mandado de segurança contra ato da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, objetivando afastar a aplicação do art. 2º, § 2º, do regulamento aprovado pela Resolução 101/99 da ANATEL - o qual estabeleceu novo conceito de "empresa coligada" -, que negou o seu pedido de autorização para comercializar serviços de telecomunicações por satélites. O ilustre magistrado em primeiro grau de jurisdição denegou a segurança pleiteada (fls. 791/795).

O Tribunal de origem, ao analisar a questão controvertida, concedeu a segurança, consignando no aresto recorrido (fls. 872/875):

> *"A autorização foi negada à impetrante com base no art. 10, § 2º, do Plano Geral de Outorgas (Dec.2.534/98), que assim dispõe:*
>
> > *'Art. 10º - A partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores de serviço a que se refere o artigo 1º, ressalvado o disposto nos artigos 68 e 136 da Lei nº 9.472, de 1997.*
> > *§ 1º (...)*
> > *§ 2º - A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o artigo 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.'*
>
> *À luz desta disciplina, não se pode conceder autorização para empresa que já atue em serviço de telefonia fixa na mesma região, ainda que por meio de empresa coligada.*
>
> *Mas a pretensão deduzida neste writ (cf. teor do pedido inicial fls. 3/36) consiste em afastar os conceitos aí postos, pois diz a impetrante não se encontrar na situação de empresa controlada ou coligada, e a ser assim não estaria sujeita às restrições ou condicionamentos ali previstos.*
>
> *Não há divergência sobre a aplicabilidade deste regramento.*
>
> *A dificuldade surge quanto à definição do que seja empresa controladora, controlada ou coligada. Aí a discórdia, o ponto nodal da discussão.*
>
> *A ANATEL quer valer-se do art. 2º, § 2º, do Regulamento aprovado pela Resolução 101/99 dela própria, assim redigido:*
>
> > *'Art. 2º - Uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se detiver, direta e ou indiretamente, pelo menos vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos vinte por cento, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.*
> > *§ 1º - Para efeito do cômputo do percentual referido neste artigo, caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, calcular-se-á o percentual final de participação por intermédio de composição das frações percentuais de participação em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento.*

§ 2º - As frações de participação maiores que cinqüenta por cento do capital votante ou controle, com qualquer participação no capital, corresponderão a um multiplicador de cem por cento no cálculo da composição da participação sucessiva.'

Argumenta com o art. 19, XIX, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que lhe outorga competência em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica. De tal sorte, seria a impetrante coligada à TELECENTRO-SUL, empresa prestadora de serviço de telefonia fixa, sendo que ambas têm como controladora indireta a TELECOM ITÁLIA.

Não obstante, certo é que outro conceito de empresa coligada é fixado pelo Dec. 2.534/98, em seu art. 15, § único:

'Art. 15 – Para fins deste Plano Geral de Outorgas, uma pessoa jurídica será considerada coligada à outra se uma detiver, direta ou indiretamente, pelo menos, vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em, pelo menos, vinte por cento por uma mesma pessoa natural ou jurídica.
Parágrafo único – Caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, deve-se calcular o valor final da participação por intermédio da composição das frações percentuais de controle em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento.'

Vale observar que o decreto regulamentar foi baixado com autorização expressa da Lei 9.472/97, art. 18, II, in verbis*:*

'Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de Decreto:
(...)
II – aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;
(...)'

Vê-se, assim, que o decreto modo algum extrapolou o texto da lei. E estava por ela devidamente autorizado.

A Resolução 101/99 sim, foi além, restringindo – sem que para tanto estivesse autorizada – os conceitos já fixados no decreto.

O art. 19, XIX, da Lei 9.472/97, não confere à ANATEL uma competência normativa mais ampla, senão que um poder de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvada a competência do CADE, como é do próprio texto.

Cabe, outrossim, à ANATEL (art. 18, III, da lei citada), 'elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública às relativas aos incisos I a III'. O inc. II refere-se exatamente ao plano geral de outorgas.

Registre-se que os conceitos trabalhados pelo decreto de regulamentação só dizem respeito e/ou só foram definidos para efeito de incidência do próprio plano de outorga, não para efeitos outros.

Vale considerar, mais, que a restrição imposta pelo decreto aludido, no seu art. 10, § 2º, é apenas temporária e cessará nas datas aprazadas. A ver-se, pois, que a impetrante poderá habilitar-se a partir de 31.12.2003 ou então a partir de 31.12.2001, neste caso se presentes as condições estabelecidas (ib. art. citado).

Ocorre que, pelas razões apontadas, o que se quer aqui é afastar ditas restrições, para habilitação desde já.

No que diz com questões de natureza fática, v.g., o capital das empresas, o controle e/ou a coligação, registre-se que as informações contidas na inicial não foram impugnadas pela autoridade coatora, que chegou mesmo a adotar o mesmo gráfico (Cf. gráficos de fls. 14 e fls. 328).

(...)

Segue-se, pois – repita-se –, que a divergência reside tão-só no § 2º, do art. 2º, do Regulamento aprovado pela Res. 101/99, o qual, uma vez aplicado, altera substancialmente o cálculo de uma participação sucessiva nos moldes do art. 15 do Dec.2.534/98.

O parecer do MPF (fls. 864/865) analisa as duas situações.

No que diz com o art. 15 do Dec. 2.534/98 observa:

*'Aplicando-se essas regras ao caso da apelante DAMOS SUDAMÉRICA S.A. tem-se o seguinte resultado: a TELECOM ITALIA detém 100% (cem por cento) do capital da TELESPAZIO, que detém 64% do capital da DAMOS. Logo, a TELECOM ITALIA é controladora da DAMOS. Todavia, a aferição da coligação está sendo feita em relação à TELECENTRO SUL, que é prestadora de serviço da telefonia fixa e tem participação da TELECOM ITALIA no seu capital. Vejamos como se dá essa participação: a TELECOM ITALIA detém 100% do capital da STET INTERNATIONAL, que detém 38% do capital da SOLPART, que por sua vez detém 51,9% do capital da TELECENTRO SUL. Fazendo-se o cálculo dessa participação sucessiva, nos moldes do que estabelece o § único do art. 15 transcrito, o resultado é o seguinte: como a TELECOM ITALIA detém apenas 38% do capital da SOLPART, conseqüentemente ela detém só **19,72%** do capital da TELECENTRO SUL, por esse percentual o resultado do cálculo de 38% de 51,9%. Dentro dessa sistemática não se pode dizer que a DAMOS é coligada da TELECENTRO SUL, haja vista que a participação da TELECOM ITALIA no capital da TELECENTRO SUL é de **19,72%,** inferior, portanto, aos 20% estabelecido no mencionado ato normativo'.*

Incidindo o § 2º, do art. 2º da Resolução 101/99, a situação é outra:

*'Esse multiplicador de cem por cento, aplicável à participação maior do que cinqüenta por cento, introduzido por esse § 2º, altera significativamente o resultado do cálculo de uma participação sucessiva efetuado nos moldes estabelecidos no art. 15 do Decreto nº 2.534/98. Vejamos: a SOLPART detém 51,9% do capital da TELECENTRO SUL; como essa participação é maior que cinqüenta por cento, aplicando-se esse multiplicador de cem por cento tem-se uma participação igual a 100%. Como a TELECOM ITALIA detém 38% do capital da SOLPART, conseqüentemente ela detém, sob esse critério, **38%** do capital da TELECENTRO SUL. Como esse percentual é superior a 20%, a coligação de empresas fica configurada'."*

Em face da fundamentação acima transcrita, a Corte *a quo* determinou que *"a impetrada se abstenha de utilizar os critérios definidos no § 2º, art. 2º, do Regulamento aprovado pela Resolução nº 101/99 para fins de apreciação do pedido de autorização formulado administrativamente pela recorrente"* (fl. 875).

Inicialmente, deve ser consignado que não houve apreciação pelo Tribunal de origem dos arts. 71, da Lei 9.472/97, e 1º do Decreto 3.896/2001, o que impossibilita o julgamento do recurso nobre nesses tópicos, por ausência de prequestionamento, conforme a dicção das Súmulas 282/STF e 211/STJ, respectivamente: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."* ; *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal* a quo."

Efetivamente, para a configuração do questionamento prévio, não é necessário que haja menção expressa do dispositivo infraconstitucional tido como violado. Todavia, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não-preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso especial.

Nesse sentido, a orientação de Athos Gusmão Carneiro (**Recurso**

Especial, Agravos e Agravo Interno, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 31), ao afirmar:

"(...) *para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida manifestamente (não obstante se possa considerar prescindível a expressa menção ao artigo de lei)."*

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO NO TRIBUNAL* A QUO *NÃO SANADA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADUÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS AUSENTES NA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA Nº 211/STJ.*
> *1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da parte agravante ante a ausência de prequestionamento, com aplicação da Súmula nº 211/STJ.*
> *2. O acórdão* a quo *determinou o pagamento de indenização por desapropriação aos recorridos, não obstante a retitulação do imóvel em favor dos expropriados.*
> *3. Ausência do necessário prequestionamento. Dispositivos legais indicados como afrontados, não abordados, em nenhum momento, no âmbito do voto condutor do aresto hostilizado.*
> *4. Estabelece a Súmula nº 211/STJ: 'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal 'a quo'.'*
> *5. Agravo regimental não provido."*
> (AgRg no REsp 639.558/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 1º.2.2005, p. 435)

> *"AÇÃO RESCISÓRIA. FGTS. COMPETÊNCIA DO STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA N. 211/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
> *1- Incidência da Súmula n. 211 do STJ: 'É inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo'.*
> *2- O prequestionamento é requisito indispensável à propositura do apelo especial (Súmula n. 282/STF).*
> *3- Agravo regimental a que se nega provimento."*
> (AgRg nos EDcl no REsp 634.565/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 22.11.2004, p. 317)

Especificamente sobre o Decreto 3.896/2001, é necessário ressaltar que o mesmo somente foi publicado em 23 de agosto de 2001, e o julgamento do aresto recorrido ocorreu em 27 de junho de 2001, o que impossibilitaria, obviamente, a consideração do referido decreto pelo Tribunal de origem.

Além disso, o art. 1º estabelece que os *"serviços de telecomunicações,*

qualquer que seja o regime jurídico ou o interesse, regem-se exclusivamente pelos regulamentos e normas editadas pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, não se lhes aplicando a regulamentação anteriormente vigente, excetuada a hipótese prevista no inciso II do art. 214 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997". Tal consideração permite afirmar que é manifesta a intenção de revalidar o regulamento aprovado pela agência reguladora, o qual foi expressamente desconsiderado pelo Tribunal de origem, por meio do referido decreto, editado após o julgamento do aresto recorrido.

Por sua vez, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual negativa de vigência de resolução não é passível de análise em sede de recurso especial, pois não está inserida no conceito de lei federal, nos termos do art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Sobre o tema, os recentes precedentes deste Tribunal Superior:

> *"ADMINISTRATIVO. CONCEITO DE 'LEI FEDERAL' PARA FINS DO ART. 105, III, DA CF. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. DUPLO FINANCIAMENTO.COBERTURA DO SALDO RESIDUAL PELO FCVS. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL À ÉPOCA DA CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS DE MÚTUO HIPOTECÁRIO.*
> *1. A jurisprudência assentada no STJ considera que, para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no conceito de lei federal os atos normativos (= de caráter geral e abstrato), produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Emb.Decl. no Resp 663.562, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.05). Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias (Resp 88.396, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 13.08.96; AgRg no Ag 573.274, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 21.02.05), instruções normativas (REsp 352.963, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 18.04.05), atos declaratórios da SRF (Resp 784.378, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 05.12.05), ou provimentos da OAB (AgRg no Ag 21.337, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 03.08.92).*
> (...)
> *4. Recurso especial a que se nega provimento."*
> (REsp 837.859/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 3.8.2006, p. 232)

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INDICAÇÃO DE OFENSA À 'RESOLUÇÃO'. NORMA NÃO ALCANÇADA PELA EXPRESSÃO 'LEI FEDERAL' CONSTANTE DO ART. 105, III, 'A', DA CF/1988. IMPOSSIBILIDADE.*
> *1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento, por se ter indicado como violados dispositivos de 'Resolução', norma de caráter não-legal.*
> *2. O art. 105, III, 'a', da CF/1988, estabelece que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. O*

conteúdo de 'Resolução' infere-se exclusivamente na competência das instâncias ordinárias, por não se enquadrar na expressão 'lei federal', contida no permissivo constitucional.
3. Agravo regimental não-provido."
(AgRg no Ag 756.830/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.8.2006, p. 213)

"ADMINISTRATIVO. TELEFONIA. CHAMADAS DE LONGA DISTÂNCIA NACIONAL. ÁREA METROPOLITANA. CONTINUIDADE URBANA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ E 282 E 356/STF. RESOLUÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. SÚMULA 7/STJ.
1. Ausente o prequestionamento, requisito essencial para conhecimento dos recursos, por incidência do óbice das Súmulas 282 e 356 da Suprema Corte e 211/STJ.
2. É firme o entendimento deste Tribunal de que, ainda que tenham caráter normativo, instruções normativas não se adaptam ao conceito de 'lei federal' do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal.
3. A análise dos requisitos para a concessão da antecipação da tutela, de que trata o artigo 273 do CPC, tido como violado, enseja o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.
4. Recurso especial não conhecido."
(REsp 698.245/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 2.8.2006, p. 254)

Assim, em razão da impossibilidade de análise da suposta violação da Resolução 101/99 da ANATEL, a alegada inexistência de invasão de campo normativo da legislação infraconstitucional relacionada ao tema (arts. 19, XIX, da Lei 9.472/97, e 10, § 2º, do Decreto 2.534/98) não poderá ser examinada em sede de recurso especial.

Por fim, o Tribunal de origem, ao apreciar o mérito do caso examinado, considerando as circunstâncias fáticas e probatórias presentes nos autos, afastou expressamente a configuração de empresa coligada impeditiva da análise do pedido formulado pela ora recorrida, e reconheceu a presença de direito líquido e certo a amparar a pretensão sustentada no mandado de segurança.

Portanto, a análise da pretensão recursal, com a conseqüente reversão do entendimento exposto no acórdão recorrido, exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"ICMS. COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO PELA AÇÃO CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA.
I - A sustentação, em recurso especial, da existência de direito líquido e certo a ensejar o ajuizamento de mandado de segurança demanda a análise de matéria probatória, atividade vedada na via especial, consoante a disposição da Súmula n.º 7 desta Corte. Precedentes: REsp nº 832709/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 29.06.2006 e REsp nº 413946/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 07.06.2006.
II - Agravo regimental improvido."
(AgRg nos EDcl no REsp 864.688/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco

Falcão, DJ de 13.11.2006, p. 239)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º, 6º E 8º. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DO VERBETE Nº 7 DA SÚMULA DO STJ.
1. A aferição da existência de direito líquido e certo demanda indispensável a reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula n.º 07/STJ: 'A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.'
2.Agravo regimental improvido."
(AgRg no Ag 714.316/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 13.11.2006, p. 267)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA. EXPORTAÇÃO. AÇÚCAR. LEI 1.533/51. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA 07/STJ.
1. A aferição da existência de direito líquido e certo demanda indispensável a reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula n.º 07/STJ: 'A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.'
2. In casu, *o Tribunal* a quo *firmou convicção no sentido que 'o mandado de segurança não foi instruído com documentos necessários à comprovação da liquidez e certeza do direito alegado pela impetrante'. Assim, impossível infirmar o acórdão recorrido, no sentido de que estariam presentes a liquidez e certeza do direito pleiteado no* mandamus.
3. Precedentes da Corte: REsp 302.742/PR, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 02/08/2004; AGA 566.158/BA, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJ 28/06/2004; REsp 532.434/SP, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, DJ 31/05/2004; REsp 401.637/PI, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 02/12/2002; AGA 277.993/RS, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19/06/2000.
4. O Mandado de segurança - remédio de natureza constitucional - visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e por ter rito processual célere não comporta dilação probatória.
5. Dessarte, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de ser contemplado em norma legal e ser induvidoso (certo e incontestável).
6. Revelando seu exercício dependência de circunstâncias fáticas ainda indeterminadas, o direito não enseja o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais.
7. Agravo Regimental desprovido."
(AgRg no Ag 723.796/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.9.2006, p. 202)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO LÍQÜIDO E CERTO - SÚMULA 7 - ICMS - SALMÃO IMPORTADO DE PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT - INCIDÊNCIA.
A aferição da alegada inexistência de direito líqüido e certo, na espécie, a ensejar o cabimento de mandado de segurança demandaria o reexame do conjunto probatório, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 deste Sodalício.

(...)
Agravo regimental provido, para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento."
(AgRg no REsp 493.918/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 6.3.2006, p. 289)

Ante o exposto, o recurso especial não deve ser conhecido.
É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2002/0078982-7 **REsp 445821 / DF**

Número Origem: 200034000054157

PAUTA: 12/12/2006 JULGADO: 12/12/2006

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DENISE ARRUDA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSÉ EDUARDO DE SANTANA

Secretária
Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ANATEL
PROCURADOR	:	RAIMUNDO JUAREZ NETO E OUTROS
RECORRIDO	:	DAMOS SUDAMÉRICA S/A
ADVOGADO	:	ALEXANDRE KRUEL JOBIM E OUTROS

ASSUNTO: Administrativo - Ato - Autorização

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 12 de dezembro de 2006

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 23.03.2001
EMENTÁRIO Nº 2 0 2 4 - 2

19/12/2000 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.317-9 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL
ADVOGADOS: ROGÉRIO BORGES DE CASTRO E OUTROS
REQUERIDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL
ADVOGADO: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. RESOLUÇÃO Nº 2.267/96, DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. REGULAÇÃO DAS AUDITORIAS INDEPENDENTES NAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, IV; 5º, XIII; E 170, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Ato normativo que, ao regular forma de controle do Banco Central do Brasil sobre as entidades do sistema financeiro, não veda o exercício de profissão nem impede o desenvolvimento de atividade econômica; não havendo falar, igualmente, em contrariedade ao mencionado princípio constitucional.

Medida cautelar indeferida.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir a medida cautelar. Votou o Presidente.

Brasília, 19 de dezembro de 2000.

CARLOS VELLOSO - PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO - RELATOR

12 fl

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.317-9 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL
ADVOGADOS: ROGÉRIO BORGES DE CASTRO E OUTROS
REQUERIDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL
ADVOGADO: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, tendo por objeto os artigos 3° e 4° da Resolução n° 2.267, de 29 de março de 1996, do Conselho Monetário Nacional, de seguinte teor:

> *"Art. 3° As instituições e entidades referidas no art. 1°, bem como as administradoras de fundos de investimentos ali mencionados e de consórcio, devem proceder à substituição do auditor independente contratado, no máximo, após decorridos 4 (quatro) exercícios sociais completos desde sua contratação, vigorando essa exigência a partir do exercício social que se iniciar em 01.01.97.*
>
> *Art. 4° A recontratação de auditor independente somente pode ser efetuada após decorridos 3 (três) exercícios sociais completos desde sua substituição."*

Alega a requerente, em extensa petição inicial, que os artigos impugnados atentam contra o princípio da legalidade, uma vez que impedem, sem a necessária disposição legal, o exercício da profissão de contabilista. Dessa forma, sustenta, ainda, que a resolução sob enfoque viola os arts. 1°, IV; 5°, XIII; e 170, IV e parágrafo único, todos da Constituição Federal.

Aduz, finalmente, que a Resolução n° 2.267/96, do Conselho Monetário Nacional, ao disciplinar o exercício da atividade de contabilista, implica limitação não compatível com o princípio da proporcionalidade.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade veio acompanhado de requerimento de medida cautelar, ora submetido ao Plenário.

O Banco Central da Brasil, em suas informações, afirma que a mencionada resolução do Conselho Monetário Nacional simplesmente regula, no limite de suas competências, o controle interno e externo de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, sendo a função do auditor independente parte integrante dessa atividade de controle. Sustenta, assim, que os artigos impugnados não impedem ou limitam exercício de profissão ou atividade econômica, mas instituem

S.T.F. 102.002

normas para garantir a independência das auditorias nas instituições abrangidas pela resolução.

É o relatório.

* * * * * * *

CBH/emo

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.317-9 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Registre-se, inicialmente, haver vínculo de pertinência temática entre os objetivos da requerente e a matéria da presente ação direta.

Os dispositivos impugnados, como visto, determinam a substituição dos auditores independentes que atuarem em instituições financeiras, fundos de investimentos, administradoras de consórcio e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a cada quatro exercícios sociais, não podendo haver recontratação antes de decorridos três exercícios da substituição.

Cuida-se, evidentemente, de normas que disciplinam uma das formas de controle exercidas pelo Banco Central, dentro de suas competências legais, sobre as instituições do sistema financeiro, qual seja, a auditoria independente.

Tais regras são dirigidas diretamente às instituições fiscalizadas pelo Banco Central, não regulando, portanto, o exercício de qualquer profissão ou o desenvolvimento de atividade econômica, como alegado pela requerente. Em nenhum de seus

dispositivos a resolução sob enfoque estabelece requisitos para que profissionais desenvolvam a função de auditor independente ou impede que exerçam tal função, mas, simplesmente, institui regras quanto à contratação de auditorias, bem como quanto a seus procedimentos.

Por outro lado, afastada a alegação de limitação de exercício profissional e de atividade econômica, cabe destacar que a medida expressa na resolução atacada visa à manutenção, exatamente, da necessária independência dos auditores independentes, cuja permanência por longos períodos junto à mesma instituição poderia comprometer a eficácia do controle exercido pelo Banco Central. Desse modo, não há, igualmente, plausibilidade na alegação de contrariedade ao princípio da proporcionalidade.

Ante o exposto, meu voto indefere a cautelar.

* * * * * * *

CBH/emo

S.T.F. 102.002

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.317

(MEDIDA LIMINAR)

VOTO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, a Resolução n° 2.267, de 29 de março de 1996, dispõe:

> *"Art. 1°. As instituições financeiras, as demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, os fundos de investimento constituídos nas modalidades regulamentadas pelo referido Órgão e as administradoras de consórcio devem ter suas demonstrações financeiras, inclusive as notas explicativas exigidas pelas normas legais e regulamentares vigentes, auditadas por auditores independentes registrados na Comissão de Valores Mobiliários".*

Em seu art. 3°:

> *"Art. 3°. As instituições e entidades referidas no art. 1°, bem como as administradoras de fundos de investimentos*

ali mencionados e de consórcio, devem proceder a substituição do auditor independente contratado, no máximo, após decorridos 4 (quatro) exercícios sociais completos desde sua contratação, vigorando essa exigência a partir do exercício social que se iniciar em 01.01.97".

Ou seja, aqueles que estavam contratados, no momento em que a Resolução entrou em vigor, ficariam quatro exercícios.

Dispõe o art. 4°:

"Art.4°. A recontratação de auditor independente somente pode ser efetuada após decorridos 3 (três) exercícios sociais completos desde sua substituição".

O eminente Ministro-Relator explicitou claramente a intenção da regra, que foram os casos ocorridos em relação à fiscalização feita por auditores independentes que ficavam dez, quinze anos junto à entidade e acabavam perdendo a sua real independência em relação à instituição auditada. O trabalho de auditar as demonstrações financeiras é absolutamente relevante, no que diz respeito ao exercício, pelo Banco Central, de sua função de fiscalização. É absolutamente razoável.

A regra não está disciplinando atividade profissional, mas sim a forma pela qual as entidades fiscalizadas pelo Banco Central devem proceder com relação a um ponto sensibilíssimo da instituição financeira: as demonstrações financeiras.

Com essas breves considerações, acompanho o eminente Relator.

####

19/12/2000 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.317-9 DISTRITO FEDERAL

(MEDIDA LIMINAR)

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, também tenho a atuação do Banco Central como respaldada pela Lei nº 4.595/64. Ao contrário do que asseverado na inicial, na Resolução baixada pelo Banco Central não ocorreu a disciplina, em si, de uma certa atividade profissional, vindo à balha, na realidade, normas que visam à fiscalização das instituições financeiras. E constatamos que é razoável prever-se a rotatividade quanto aos auditores e a passagem de quatro anos para que se chegue à substituição do auditor que se quer independente.

Acompanho o Ministro-Relator e indefiro a liminar.

19/12/2000 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.317-9 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(MEDIDA LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: — Sr. Presidente, a princípio, a resolução 2267, do Banco Central — que se questiona — é razoável ao reclamar das instituições financeiras e similares a substituição do respectivo auditor independente.

Mas não me comprometo definitivamente com a constitucionalidade dela, porque há aspectos delicados a considerar.

Em termos de cautelar, porém, houve muito tempo para vir essa discussão ao Tribunal com mais vagar. Ela é trazida ao apagar das luzes do longo período de **vacatio** concedido. De tal modo, acompanho o eminente Ministro-Relator, deixando claro o meu descompromisso quanto ao mérito da questão, sobre o qual gostaria de refletir.

CR/

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.317-9 - medida liminar
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
REQTE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL
ADVDOS. : ROGÉRIO BORGES DE CASTRO E OUTROS
REQDO. : BANCO CENTRAL DO BRASIL
ADV. : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Decisão : O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a medida cautelar. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.12.2000.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tominatsu
Coordenador