

Consensualização administrativa

O direito da concorrência é um ramo exemplar em relação a busca do diálogo com as partes diretamente atingidas por suas disposições, já que a LDC prevê várias formas de acordo a serem firmadas entre o CADE e os particulares.

As formas de consensualização podem ser divididas em três:

- Orgânica: situações em que os membros da sociedade civil ou do mercado participam dos órgãos decisórios;
- Procedimental: consiste na realização de audiências públicas (debate de temas polêmicos e pertinentes) e consultas públicas (submeter propostas de atos normativos);
- Contratual: acordos em concentrações econômicas, acordos de leniência e compromissos de cessação.

A consensualização orgânica não faz parte da estrutura do CADE. Já a procedimental, apesar de não constar da LDC, pode ser utilizada, porque prevista na Lei de Processo Administrativo Federal.

No direito concorrencial, os acordos aparecem na atividade preventiva (controle de concentrações) e na repressiva (controle de condutas).

Artigo Vetado

No âmbito do controle de concentrações no CADE, o Acordo no Controle de Concentrações (ACC) é instrumento jurídico de destaque.

Trata-se de acordo integrativo de definição de condicionantes.

Integrativo, porque se acopla ao processo de autorização de concentrações econômicas e a sua celebração não afasta o processo, ao contrario convive com ele.

O ACC tem a finalidade de definir condicionantes, já que estabelece restrições para compatibilizar os interesses das partes envolvidas na concentração econômica e os interesses públicos tutelados pelo CADE.

Inicialmente, tratado no art. 92 da LDC, o dispositivo foi completamente vetado.

Art. 92. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, negociar acordo com os interessados que submetam atos a exame, na forma do art. 88 desta Lei, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação.

§ 1º Uma vez negociado o acordo, minuta de seu inteiro teor deverá ser disponibilizado para consulta pública por prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as respectivas manifestações merecer apreciação motivada.

§ 2º Contarão dos acordos de que trata o caput deste artigo as cláusulas necessários à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, devendo ser estabelecidos prazos pré-definidos para o seu cumprimento, que será fiscalizado pela Superintendência-Geral.

§ 3º O descumprimento do acordo referido neste artigo implicará a revisão da respectiva aprovação pelo Cade e a abertura de processo administrativo para a adoção das demais medidas cabíveis.

§ 4º O Conselheiro-Relator do processo, escolhido na forma do inciso III do art. 0, participará do processo de negociação do acordo.

§ 5º O acordo negociado pela Superintendência-Geral deverá ser submetido à aprovação do Tribunal, que deliberará no prazo 30 (trinta) dias úteis.

A justificativa do veto foi a seguinte: “Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”.

Na prática, o veto reconheceu a importância desse instrumento ao impedir a sua limitação temporal.

Apesar disso, continuou previsto no art. 9º da LDC, que trata da competência do TADE, o seguinte: x – apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração.

Também aparece no art. 13, que prevê a competência da SG, a prerrogativa: X – sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento.

Regime jurídico

Atualmente, o Regimento Interno do CADE (RICADE) prevê em seu art. 124 o regime jurídico do ACC, nos seguintes termos:

- Acordo destinado a definir condicionantes para a aprovação da operação;
- Momento de celebração: desde a notificação até 30 dias da impugnação;

- Sugerido, negociado e fiscalizado pela SG e aprovado pelo TADE;
- O CADE pode rejeitar em “juízo de conveniência e oportunidade”;
- Impõe-se a publicação pós-assinatura.

Cumpra-se destacar que o regimento não prevê a necessidade de realização de consulta pública, mas apenas a sua publicação.

Conteúdo das Condicionantes

O art. 61, § 2º, da LDC prevê medidas comportamentais e estruturais que atuam como condicionantes para que os particulares tenham seus pedidos deferidos:

Medidas Comportamentais	Medidas Estruturais
Separação contábil ou jurídica das atividades	Cisão de sociedade
Licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual	Alienação de controle societário
Venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial	-

O conteúdo desse dispositivo é ilustrativo, ou seja, as hipóteses de condicionantes não se esgotam em seu rol.

Ainda existe o APRO?

A LDC/1994 previa o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), em um contexto em que o controle podia ser posterior e era necessário prevenir danos, garantindo-se a reversibilidade da operação.

Na legislação atual, o controle é majoritariamente prévio com três exceções já comentadas, são elas, (i) gun-jumping, (ii) determinação de notificação compulsória e (iii) aprovação liminar da concentração por conselheiro relator.

Em razão dessas exceções que promovem o controle posterior, é possível, ainda hoje, utilizar o APRO, com base em dispositivos gerais do ordenamento.

Um bom exemplo de fundamento jurídico da existência desse instrumento é o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

V - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

O APRO embora não previsto na legislação atual, pode ser feito nas situações excepcionais de controle posterior.