

Abertura do processo

Há duas formas de abertura do processo de controle de concentrações, podendo ser espontânea, a partir da notificação das interessadas, ou compulsória, a partir de determinação do CADE quando uma operação deveria ter sido notificada, mas não foi, ou quando a autarquia exija a notificação de operações que não passam pelos filtros de controle (art. 88, § 7º).

Os deveres dos notificantes estão expressos na Resolução 02/2012 e consistem na instrução do pedido com dados e documentos, indicação do mercado relevante envolvido e pagamento de taxas, cobradas com base no poder de polícia do CADE.

Há possibilidade de emenda da petição uma única vez e, portanto, qualquer outra alteração enseja novo pedido e novo pagamento de taxa.

Veja-se que a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2º, parágrafo único, XII, institui o princípio da oficialidade ao afirmar ser dever da administração pública impulsionar o processo automaticamente, sem prejuízo da atuação dos interessados.

O grau de oficialidade nesse processo é menor do que nos processos judiciais, mais ainda existente.

O processo de controle de concentração é de interesse predominante do agente particular, mas o CADE pode solicitar provas, documentos e informações, sempre observados os limites de razoabilidade probatória e oficialidade.

Panorama procedimental

Aberto o processo pela notificação, há duas fases importantes a serem percorridas, uma que tramita perante a Superintendência-Geral e outra perante o Tribunal Administrativo.

Primeiramente, vamos analisar a fase que tramita na SG.

O processo terá início na SG, que irá verificar os requisitos legais e promover sua instrução, isto é, a produção de provas para análise dos efeitos daquela concentração econômica.

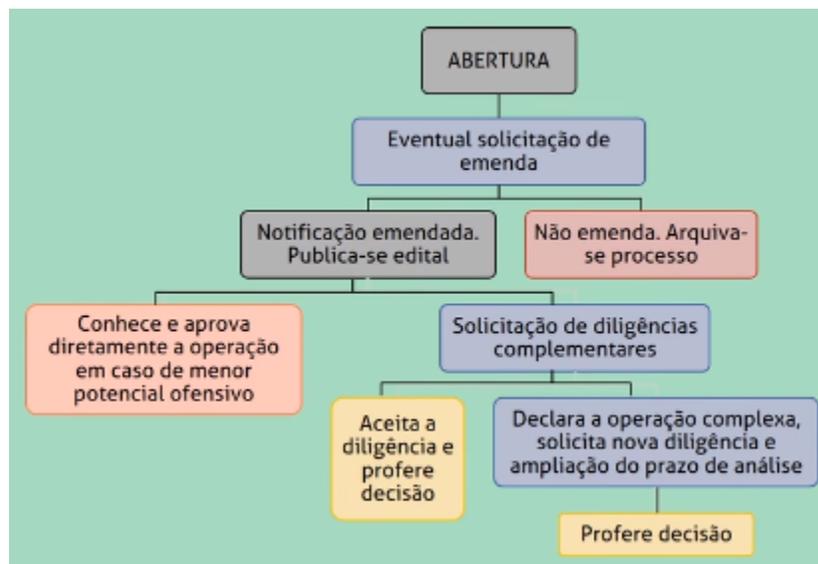
A SG pode aprovar diretamente o ato de concentração, caso seja simples, ou, considerando sua complexidade, praticar um ato de impugnação e encaminhar ao CADE para a análise final.

Vejam os o esquema que segue:



Processo, Desfechos e Reapreciação da Decisão na SG

O trâmite na SG pode ser sintetizado no esquema abaixo:



A SG pode aprovar integralmente e sem restrições ou impugnar a solicitação, opinando pela rejeição integral, pela aprovação com restrições ou pela falta de elementos sobre o ato.

Apesar da desistência pelo particular não estar expressa na LDC, essa possibilidade existe com base no art. 51 da Lei de Processo Administrativo Federal.

Art. 51. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

Importante lembrar que a desistência do processo de concentração econômica está vinculada a desistência da própria operação de concentração.

Sempre que a SG aprovar uma concentração econômica é possível que essa decisão seja questionada por meio de dois instrumentos: recurso administrativo e avocação.

Os recursos são denominados voluntários externos, porque são deliberadamente interpostos por agentes externos ao processo, como agências reguladoras nos mercados regulados e terceiros, nos termos do art. 65, I.

A interposição de recurso eivada de má-fé é passível da imposição de multa, conforme art. 65, § 3º.

Tradicionalmente, no direito administrativo a avocação é a situação em que o exercício de uma competência de uma autoridade inferior é deslocado para uma autoridade superior. Isso se dá antes da tomada da decisão. Contudo, a LDC nomeia como avocação o controle de ofício feito em relação a uma decisão já tomada. Trata-se de um recurso interno disfarçado.

No direito concorrencial, o conselheiro do TADE pode determinar a avocação em face de uma decisão tomada pela SG em um processo de controle de concentração para que a questão seja submetida ao Tribunal.

Vejamos a redação do art. 65 da LDC:

Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei:

I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;

II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

(...)

§ 3º O litigante de má-fé arcará com multa, em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a ser arbitrada pelo Tribunal entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), levando-se em consideração sua condição econômica, sua atuação no processo e o retardamento injustificado causado à aprovação do ato.

Processo no TADE

O processo administrativo pode chegar ao TADE por meio de três mecanismos: impugnação promovida pela SG, avocação determinada por um conselheiro do TADE e recurso administrativo interposto por agências reguladoras ou terceiros.

Importante afirmar que a garantia de ampla defesa é assegurada em todos os casos e que pode ser realizada a complementação instrutória, caso seja verificada essa necessidade no caso concreto.

Os casos em que o TADE atua no processo de controle de concentração econômica estão resumidos no esquema infra:



Decisões do TADE

O TADE pode emitir os mais diversos tipos de decisões, em relação ao momento, conteúdo, abrangência e eficácia, nos casos que chegam até ele. A tabela abaixo esclarece as principais diferenças entre essas decisões:

Quanto ao Momento	Decisão Liminar x Decisão Final
Quanto ao Conteúdo	Indeferimento da Autorização x Deferimento
Quanto à Abrangência	Deferimento Integral x Deferimento Parcial

A decisão liminar permitirá ao particular realizar o ato de concentração antes de finalizado o processo, mas poderá ser revogada pela decisão final, que só será publicada quando findo o processo administrativo.

A autorização pleiteada poderá ser concedida, isto é, deferida, ou não concedida, isto é, indeferida.

O TADE não é obrigado a conceder integralmente os pedidos solicitados ou apenas parte deles.

Por fim, o tribunal poderá conceder a autorização mediante condições para evitar o potencial ofensivo do ato de concentração.

Aprovação liminar

A aprovação liminar é possível no processo de controle de concentração e está prevista no art. 59, §1º, da LDC:

§ 1º O Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.

A decisão liminar é dita precária, porque pode ser revogada pela decisão final, e ainda eventualmente impor condicionantes.

A concessão da medida liminar faz com que a operação possa ser consumada. O que não afasta a possibilidade de sua revogação pela decisão final.

Indeferimento

Quando o TADE indeferir um pedido de concentração econômica ele deve motivar de forma ampla e técnica a sua decisão.

O art. 88, § 5º, da LDC prevê o indeferimento por efeitos anticoncorrenciais, tais como a eliminação da concorrência, o reforço ou a criação de posição dominante e a dominação de mercado relevante.

Há situações em que a concorrência pode ceder em prestígio de outros princípios. São as chamadas válvulas de escape previstas no art. 88, § 6º, da LDC:

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

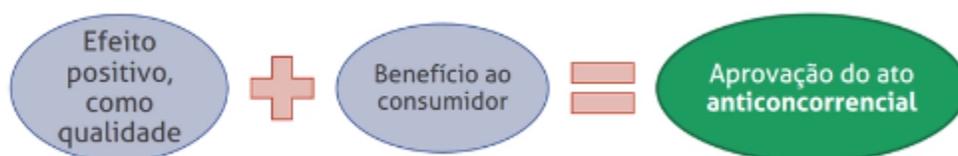
I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes

Nesses casos, ainda que haja efeito anticoncorrencial, o TADE poderá deferir o ato de concentração econômica.

De modo bastante simplificado:



Aprovação definitiva

A composição dos interesses públicos e privados envolvidos no processo de controle de concentração econômica pode ser atingida por meio da aprovação condicionada unilateralmente ou consensualmente.

Vamos analisar as espécies de restrições que podem ser impostas aos particulares para que seja aceito pedido de concentração:

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II - a cisão de sociedade;

III - a alienação de controle societário;

IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;

V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e

VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Aprovação tácita ainda existe?

A doutrina do direito administrativo denomina como julgamento tácito ou ato administrativo fictício a situação na qual um pedido de um particular endereçado a autoridade pública não é analisado dentro do prazo legal e, por isso, passa a ser considerado aprovado.

Em relação ao direito concorrencial, o instituto estava previsto no art. 64, mas sofreu veto por ser entendido como “medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade”.

Leia a seguir o texto original do dito artigo:

Art. 64. O descumprimento dos prazos previstos nesta Lei implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica.

Parágrafo único: Comprovada nos autos a aprovação tácita a que se refere o caput deste artigo, deverá ser providenciada a imediata apuração das responsabilidades penal, cível e administrativa de quem lhe deu causa. (VETADO)

Porém, a Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) recriou de modo genérico o intuito da aprovação tácita por decurso de prazo. É o que se depreende de sua redação:

IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação

tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei;