

Processo Administrativo:

Aula 11: Processo Administrativo Concorrencial



PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), 26 de outubro de 2017.

Sumário de aula

I. Estruturas e Competências do CADE:

1. Estrutura do CADE;
2. Competências do CADE;
 - 2.1 Competências da Superintendência-Geral – art. 13, da Lei 12.529/11;
 - 2.2 Competências Tribunal do CADE– art. 9, da Lei 12.529/11.

II. Processos Administrativo:

1. Controle de Estruturas vs. Controle de Condutas;
2. Atos de Concentração;
 - 2.1 Atos de Concentração (Art. 90 da Lei nº 12.529/2011);
 - 2.2 Fluxograma – Controle de Estrutura;
3. Processo Administrativo para apuração de Infrações à Ordem Econômica;
 - 3.1 Condutas Anticompetitivas;
 - 3.2 Fluxograma;
 - 3.3 Aplicabilidade dos Princípios do Processo Administrativo.

III. Referências

I. Estrutura e Competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

1. Estrutura do CADE

1. Estrutura do CADE - art. 5º da Lei n. 12.529/2011

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Presidente

Alexandre Barreto de Souza

Conselheiros

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Polyanna Ferreira Silva Vilanova

João Paulo de Resende

Paulo Burnier da Silveira

Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL

Superintendente-Geral

Alexandre Cordeiro Macedo

Superintendente Adjunto

Diogo Thomson de Andrade

Superintendente Adjunto

Kenys Machado

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS

Economista-Chefe

Guilherme Mendes Resende

DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO E PLANEJAMENTO

Diretora

Mariana Boabaid Dalcane Rosa

PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA

Procurador-Chefe

Walter de Agra Junior

2. Competências do CADE

A Superintendência-Geral exerce as competências previstas pelo artigo 13 da Lei nº 12.529/2011:

- ❑Instauração e instrução de processos administrativos para análise ou apuração de atos de concentração econômica, remetendo-os ao Tribunal Administrativo para julgamento, nos casos previstos na referida lei;
 - ❑Sugestão, ao Tribunal Administrativo, de condições para celebração de acordo em controle de concentrações;
 - ❑Instauração e instrução de procedimentos investigatórios, sempre que se deparar com indícios de condutas anticoncorrenciais, remetendo-os ao Tribunal Administrativo quando concluir por seu arquivamento ou quando entender que houve prática de condutas anticoncorrenciais;
 - ❑Adoção de medidas preventivas;
 - ❑Proposição de termos de compromisso de cessação, submetendo-os à aprovação do Tribunal Administrativo.
-

O Tribunal do CADE Superintendência-Geral exerce as competências previstas pelo artigo 9 da Lei nº 12.529/2011:

- ❑ Julgamento dos processos administrativos para análise ou apuração de atos de concentração econômica;
 - ❑ Julgamento dos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (instaurados pela Superintendência-Geral);
 - ❑ Julgamento dos recursos contra as medidas preventivas (adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral); e
 - ❑ Aprovação dos termos do compromisso de cessação de prática e dos acordos em controle de concentrações.
-

Jurisprudência – Competência CADE v. BACEN

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 – PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.
2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.
3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.
4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.
5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).
6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.
7. Recurso especial provido” (fls. 854/855)
(STF, RE n. 664.189/DF – Rel. Min. Dias Toffoli)

Projeto de Lei Complementar n.º 265/2007 – Principais propostas:

- CADE analisaria apenas ACs que o BACEN entenda previamente que não afetam a confiabilidade e segurança do sistema financeiro; e
- A prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica no SFN seriam realizadas pelo BACEN.

GRUPO DE TRABALHO CADE e BACEN:

- Estudos sobre defesa da concorrência e limite de competência (Agosto/2017).

II. Processos Administrativos

1. Controle de Estruturas vs. Controle de Condutas

1. Controle de Estrutura x Controle de Condutas

Combate à produção de efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar social resultantes do exercício efetivo ou potencial de poder de mercado

Controle *Ex Ante*

Controle *Ex Post*

Atos de Concentração / Estrutura

Conduta

Evitar o fortalecimento ou o surgimento da probabilidade de exercício de poder de mercado (prevenção)

→ **Nexo causal entre ato/contrato e impacto direto sobre estruturas**

Repressão de comportamentos ou estratégias de agentes que detêm poder de mercado, se associadas causalmente a uma perda líquida de bem-estar social. (e.g.: regra *per se*)

art. 88

art. 36

2. Controle de Estruturas: Atos de Concentração

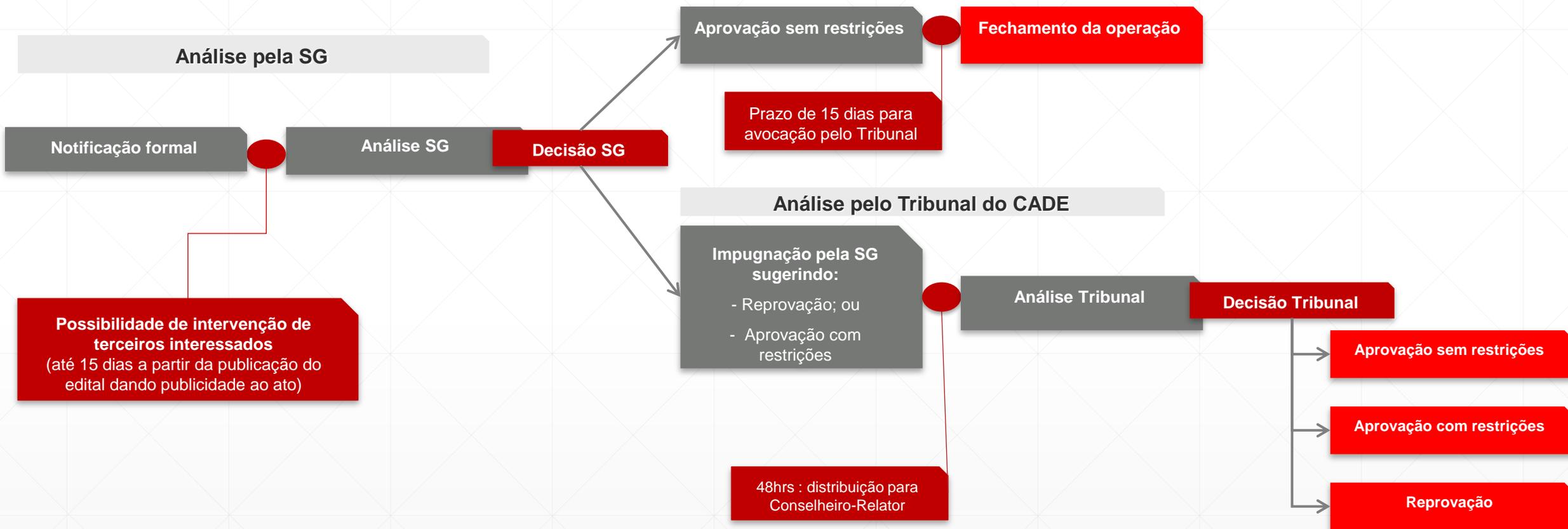
2.1 Atos de Concentração (Art. 90 da Lei nº 12.529/2011)

De acordo com o artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, os atos de concentração são:

- ❑ as fusões de duas ou mais empresas anteriormente independentes;
- ❑ as aquisições de controle ou de partes de uma ou mais empresas por outras; as incorporações de uma ou mais empresas por outras; ou, ainda,
- ❑ a celebração de contrato associativo, consórcio ou joint-venture entre duas ou mais empresas. Apenas não são considerados atos de concentração, para os efeitos legais, os consórcios ou associações destinadas às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Os atos de concentração devem ser submetidos previamente uma vez que preenchem os critérios legais de faturamento e acarrete efeitos no Brasil.

2.2 Fluxograma – Controle de Estrutura



3. Controle de Condutas – Processo Administrativo

3.1 Condutas Anticompetitivas

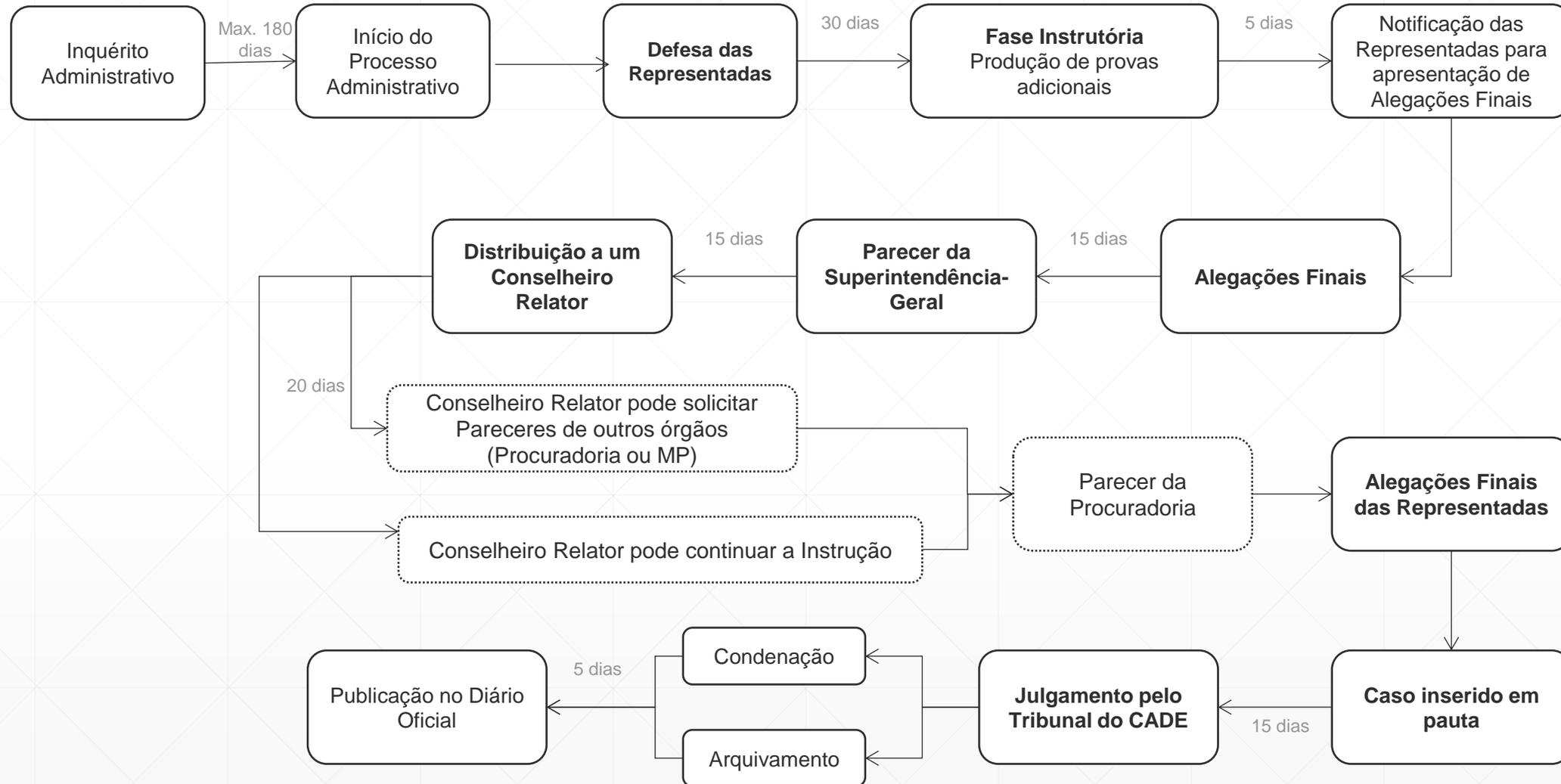
Condutas anticompetitivas são quaisquer atos adotados por pessoas físicas e jurídicas que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e
- (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Exemplos (art. 36 da Lei nº 12.529/2011):

- **Carteis:** fixação de preços ou condições de venda entre concorrentes (cartel), ajustes de preços e condições em licitações públicas (cartel em licitações),
- **Condutas Unilaterais:** Discriminação de preços, venda casada, recusa de negociação, prática de preços predatórios e destruição de matérias primas (açambarcamento).

3.2 Fluxograma



3.3 Aplicabilidade dos Princípios do Processo Administrativo

□ Princípio do contraditório e da ampla defesa – necessidade de acesso a documentos

EMENTA: ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte.

(HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006)

3.3 Aplicabilidade dos Princípios do Processo Administrativo

□ Princípio do contraditório e da ampla defesa – admissibilidade de prova emprestada

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova .

(Questão de Ordem no Inq. 2424, Rel. Ministro Peluso)

Referências

- BRASIL. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.
 - CADE: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>.
 - STF. HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006
-