

THIAGO MARRARA

**SISTEMA BRASILEIRO
DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA**

Organização, Processos e
Acordos Administrativos

De acordo com o Código de Processo Civil de 2015

SÃO PAULO – 2015
EDITORA ATLAS S.A.

interesse público motivadamente explicitado com a de cassação, consistente na exclusão de um ato administrativo benéfico ao particular pelo fato de serem desrespeitadas as determinações comportamentais que o acompanham.⁴¹

Note-se, somente, a imprescindibilidade de se aplicar a razoabilidade na imposição dessa solução tão drástica. Para se compatibilizar esse princípio na cassação da liminar com as diferentes formas de descumprimento da decisão administrativa, parece fundamental que a autoridade pública responsável por aprovar liminarmente a operação deva fixar quais as obrigações que, se descumpridas, darão margem à retirada da autorização prévia.

Não bastasse isso, é necessário ter em mente que o APRO é um acordo maleável, voltado à proteção de interesses públicos muito bem definidos na gestão das concentrações. Nesse sentido, nada impede que ele seja alterado com o objetivo de se preservar a viabilidade de sua execução. Como aduzem Oliveira e Rodas, as cláusulas desse tipo de acordo são amplamente flexíveis,⁴² o que torna aceitáveis eventuais modificações necessárias à sua própria manutenção.

Uma vez constatado o descumprimento do APRO, impõe-se indagar se também será lícita a cominação de multa administrativa. No caso do compromisso de cessação de prática infrativa da ordem econômica, acordo formal e escrito celebrado pelo CADE com os acusados no processo sancionador, a multa recebe previsão expressa na LDC/2011 (art. 85, II), podendo ser aplicada em virtude de descumprimento parcial ou total das obrigações. Já quanto ao APRO, a situação é mais complexa, pois não há previsão específica e o acordo pode ou não ser formalizado para integrar a decisão liminar de aprovação da concentração.

Como a multa constitui medida de polícia de caráter fortemente restritivo do patrimônio privado, ela está sujeita ao princípio da legalidade em sua faceta mais intensa. Disso resulta que sua aplicação depende da observância de reserva legal por força do princípio da *lex scripta*, que vale para o direito sancionador, e também da reserva legal geral prevista constitucionalmente (art. 5º, II CF). Em consonância à manifestação de Di Pietro, não pode qualquer ato da Administração, desde decretos a atos administrativos, previrem normas restritivas, incluindo sanções, sem fundamento em lei.⁴³

Sem prejuízo desse argumento, observe-se que a questão pode ser igualmente solucionada com o resgate do art. 39 da LDC. Ainda que não mencione diretamente o APRO, o dispositivo legal prevê a multa por descumprimento de obrigações de fazer ou não fazer

⁴¹ Em mais detalhes sobre a cassação e sua distinção quanto à revogação, cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Teoria do ato administrativo*, 2008, p. 84-85.

⁴² “As cláusulas dos APROs são flexíveis, como demonstra o relativo ao Pão de Açúcar e Sé Supermercados, em que, posteriormente à conclusão do instrumento, a pedido das requerentes, o CADE permitiu a desativação de duas lojas da rede adquirida, assim como a troca de todas as bandeiras da Rede Sé para a Rede Pão de Açúcar, em virtude de comprovados efeitos ocorridos no mercado”. Cf. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, 2004, p. 212.

⁴³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 6. ed., 2010, p. 197.

impostas pelo Conselho. E como o APRO é um acordo integrativo de uma decisão unilateral, suas determinações podem ser consideradas parte do ato unilateral autorizativo. Por consequência, seu descumprimento autoriza a multa diária do art. 39 desde que conduzido um “processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais”. Tal multa, quanto à sua dosagem, será calculada de acordo com a gravidade do descumprimento e a situação econômica dos inadimplentes.

Fora das hipóteses tratadas, a regra é que o APRO seja mantido até a decisão final de mérito expedida pelo TADE. Ao final do controle de concentrações, o Tribunal pode ou manter a aprovação liminar da operação ou revogá-la. O fato de se ter chegado a um acordo antecipado de condições por ocasião da aprovação liminar, na lembrança de Villares, não significa nenhum compromisso da autarquia em aprovar a operação com ou sem condicionantes.⁴⁴ Destarte, não se configurará *venire contra factum proprium a situação em que a autarquia reprova*, ao final do processo, um ato de concentração autorizado de modo liminar e condicionado ao longo do mesmo processo.

5.7 ACC: das origens ao veto do art. 92 da LDC

Já se referiu anteriormente que há dois acordos no controle administrativo de concentrações. O primeiro, APRO, representa um acordo eventual, cautelar, precário, que se integra à autorização liminar da operação concentrativa e se limita temporalmente ao prazo de duração dessa decisão.⁴⁵ Já o segundo, “acordo em concentrações” (ACC), revela-se como acordo formal, escrito e integrativo da decisão final de aprovação da concentração, mas cuja precariedade é bem reduzida e cuja duração ultrapassa a do processo autorizativo.

Em que pese a terminologia utilizada na legislação ter sofrido modificações, as raízes do ACC como o mais relevante mecanismo de consensualização do processo autorizativo no controle de concentrações são antigas. Antes mesmo da edição da LDC/1994, lei que consagrou expressamente sobredito acordo, Klajmic e Nascimento narram que se encontravam formas embrionárias de consensualização em decisões da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) prolatadas durante a vigência da LDC/1991 – vale reiterar, a lei que criou a secretaria e lhe conferiu competência para aprovação dos atos potencialmente restritivos à concorrência. Àquela época, com base em indicação técnica do Ministério da Fazenda, a Secretaria já elencava “um conjunto de metas a serem cumpridas e que constavam do teor das decisões [...]”.⁴⁶

⁴⁴ VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. *Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência*, 2009, p. 100.

⁴⁵ Em outras palavras, se a autorização liminar é revogada/cassada ou se a decisão final é emitida, o APRO desaparece, podendo ser substituído eventualmente por um ACC caso a decisão do TADE seja condicionada e negocial.

⁴⁶ KLAJMIC, Magali; NASCIMENTO, Cynthia. Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória. *R-IBRAC*, v. 4, 1997, p. 26.

Alguns anos mais tarde, por ocasião da edição da LDC/1994, a aprovação negocial condicionada de atos de concentração passou a ocorrer mediante a discussão e a celebração de um termo de compromisso de desempenho (TCD) entre o CADE e as empresas submetidas ao controle preventivo. Nos termos do art. 58, *caput* combinado com o art. 54, § 1º do referido diploma, o TCD objetivava assegurar o cumprimento das condições previstas na legislação para que uma operação fosse aprovada. Em outras palavras, destinava-se a estabelecer obrigações de diferentes configurações (*e.g.* fazer, não fazer, suportar e dar) capazes de garantir que: (1) o ato ou contrato aprovado, cumulativa ou alternativamente, aumentasse a produtividade dos agentes de mercado envolvidos, melhorasse a qualidade de seus bens e serviços, ou propiciasse a eficiência⁴⁷ e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (2) os benefícios da operação de mercado fossem “distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”; (3) o ato não redundasse em eliminação da concorrência no mercado relevante pertinente; e (4) que se mantivessem as restrições à concorrência na medida do estritamente necessário à consecução dos objetivos visados pelos agentes regulados que submetiam o ato ao crivo do SBDC. O TCD já se revelava, pois, como instrumento de compatibilização dos interesses dos agentes do mercado e do princípio da livre-iniciativa com interesses públicos primários, a saber: a proteção da concorrência (objetivo intermediário) e de outros valores públicos que dela dependem (objetivos finais, tais como a proteção do consumidor, a geração de empregos, as políticas industriais e de execução de serviços públicos etc.).⁴⁸

À primeira vista, a compreensão do antigo TCD como mecanismo pró-consensual podia ser desafiada quando se interpretava literalmente o art. 58, *caput* da LDC/1994, de acordo com o qual o plenário do CADE “definiria compromissos de desempenho para os interessados”. Essa redação gerava a impressão de que o instrumento em questão não passaria de um ato administrativo clássico, marcadamente unilateral e coercitivo. Havia, todavia, uma série de razões a desafiar a interpretação literal do texto normativo. Ao batizar o instituto de “compromisso”, o Legislador fazia direta alusão à consensualização

⁴⁷ De acordo com Proença, o termo eficiência detém caráter genérico nos termos em que é empregado na legislação concorrencial. Nesse sentido, esclarece que o SBDC já admitiu diversos tipos de eficiência, tais como “aumento das exportações, melhor distribuição – com racionalização do sistema produtivo decorrente do atendimento dos clientes pelas fábricas mais próximas – com redução dos custos de matéria-prima e decorrentes da utilização de equipamentos mais modernos... redução dos custos administrativos, garantia da competitividade em nível internacional, preservação do quadro de funcionários, manutenção de estrutura comercial e respectivas linhas de produtos”. PROENÇA, José Marcelo Martins. Artigos 54 a 57. In: *Direito concorrencial*, 2003, p. 391.

⁴⁸ No período de 1994 até agosto de 2011, foram celebrados 53 TCDs pelo CADE. Segundo estudo empírico de Albuquerque, dentre esses, 68% tratavam do impacto de uma concentração horizontal; 25% de efeitos de concentração horizontal e vertical e apenas quatro processos tratavam de impactos de pura concentração vertical. Ademais, 67,92% dos acordos empregaram medidas comportamentais; 11,32% medidas estruturais; 9,43% medidas comportamentais e estruturais; 7,55% medidas comportamentais cumuladas a quase-estruturais e 3,77% apenas medidas quase-estruturais. Cf. ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahl. Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil. *R-IBRAC*, v. 21, 2012.

processual. O “acordo”, assim, demandava a necessária manifestação de vontade dos interessados quanto ao conjunto de obrigações que ele poderia ou não aceitar caso o CADE decidisse condicionar dialogicamente a decisão. Não se tratava, pois, de um ato impositivo, mas de uma espécie de ajuste que, dentro da disciplina normativa anterior, admitia formas de negociação sempre direcionadas à consecução dos interesses públicos tutelados pelo SBDC.

Apesar de prever claramente o TCD, a LDC/1994 não o disciplinava em termos amplos, matéria que restava transferida às normas administrativas internas. No nível legal propriamente dito, a lei basicamente se restringia a determinar que: (1) o grau de exposição do setor envolvido na operação concentrativa à competição internacional e as alterações no nível de emprego, entre outras circunstâncias relevantes, fossem considerados na negociação do acordo; (2) metas qualitativas e/ou quantitativas com prazos predefinidos – que seriam acompanhadas pela SDE – fossem nele inseridos; e (3) que o descumprimento de suas cláusulas devesse implicar em sua revogação, bem como na deflagração de processo de controle de infrações contra a ordem econômica (art. 58, § 1º, 2º e 3º). Detalhes procedimentais não eram regidos pela legislação, mas isso não prejudicou que o SBDC celebrasse inúmeros acordos no período, conforme releva a pesquisa empírica executada por Fernando Passos.⁴⁹

Na LDC/2011, o legislativo buscou inicialmente superar a omissão da lei anterior e, assim, trouxe uma série de regras aplicáveis ao acordo em concentrações – sucedâneo do antigo TCD. Tais regras encontravam-se sistematizadas no art. 92 da nova legislação,⁵⁰ que assim dispunha:

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.

⁴⁹ De acordo com o Relatório anual do CADE de 1996, até fevereiro de 1997, a autarquia já havia logrado celebrar 14 TCDs. Assim, corretamente, anota Fernando Passos que “não somente a prática do CADE esteve a demonstrar a utilidade do referido instrumento de ação antitruste, como a observância do cumprimento dos acordos (termos de compromissos) firmados demonstrava à exaustão, a eficácia e legitimidade dos mesmos perante os agentes econômicos. Ou seja, a ação efetiva da regulação concorrencial em termos de atos de concentração encontrou em determinados e complexos acordos firmados a única possibilidade de alcançar-se solução adequada, quer para a sociedade, quer para os agentes econômicos”. PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: *Direito concorrencial*, 2003, p. 408. Dados sobre o tema também estão disponíveis no estudo de ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahl. Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil. *R-IBRAC*, v. 21, 2012.

⁵⁰ Para um histórico detalhado da gestação do texto do art. 92, cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. Os termos de compromisso de desempenho enquanto solução imposta pelo CADE para aprovação de operações restritivas à concorrência. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 278 e seguintes.

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

§ 2º Constarão dos acordos de que trata o *caput* deste artigo as cláusulas necessárias 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. 10, 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 de 30 (trinta) dias úteis.

Como se vislumbra, a disciplina normativa do ACC que acompanhava o projeto de nova LDC aprovado no Congresso Nacional e submetido à sanção presidencial era evidentemente mais abrangente que a disciplina do TCD na legislação anterior. Além de abordar aspectos de conteúdo do acordo, o legislador se preocupava em traçar as diretrizes procedimentais básicas para a sua negociação e celebração.

Todos esses esforços foram, porém, em vão, já que o artigo transcrito foi vetado pela Presidência da República. Conforme a mensagem do veto, referidos “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”. A preocupação a sustentar o veto referia-se, pois, à restrição do uso do acordo no processo administrativo, não à sua inutilidade ou inconveniência no controle preventivo da concorrência.

Foi esse reduzido motivo que, estranhamente, empregou-se para embasar o veto do artigo em sua integralidade, quando bastaria à Presidência vetar um ou outro parágrafo. Independentemente da sinceridade quanto aos motivos alegados, fato é que a solução de vetar globalmente o texto referido se harmonizou com algumas preocupações presentes na doutrina. De acordo com Anders, por exemplo, havia pontos questionáveis no texto do art. 92, dentre os quais a norma que permitia a condução das negociações pela Superintendência-Geral, a qual, sem poderes para aprová-lo definitivamente, não teria grande sucesso em sua tarefa.⁵¹ Acredita-se, contudo, que nem esse argumento,

⁵¹ ANDERS, Eduardo Caminati. Art. 92. In: *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*, 2011, p. 216.

nem as razões presidenciais se afiguram suficientes para justificar o afastamento do dispositivo por completo, sobretudo quando se considera a possibilidade legal de veto a um ou outro parágrafo.

Diante da lacuna deixada, a indagação que se impõe é se a amputação do art. 92 extinguiu o principal mecanismo pró-consensual do controle preventivo.

Por um cotejo sistemático da LDC e seus dispositivos, chega-se felizmente a uma resposta negativa, isto é, o ACC não foi extirpado da legislação concorrencial, de sorte que se torna prescindível discutir a legalidade de sua existência e de sua utilização prática. E o veto não foi capaz de extinguir esse relevante mecanismo de consensualização, mormente porque seu fundamento legal maior perdura nas normas regentes da competência do Plenário do TADE para aprovação de acordos na execução do controle de concentrações (art. 9º, V, LDC/2011). Entretanto, como o texto legal prevê meramente a sua existência, todos os outros aspectos materiais e procedimentais do ACC ficam deslocados para a disciplina regimental e para a apreciação do CADE em sua tarefa decisória concreta.

Sob essas circunstâncias, considerações doutrinárias sobre aspectos funcionais do acordo em questão, na observação de Passos, interessam ainda mais aos operadores do direito, às autoridades regulatórias, bem como aos titulares dos interesses difusos e coletivos atingidos por operações concentrativas.⁵²

5.8 Propositura do ACC: legitimação e momento

A dinâmica procedimental da celebração dos compromissos concorrenciais abrange quatro fases básicas: (1) a de propositura; (2) a de negociação; (3) a de aprovação e celebração do acordo; (4) a de fiscalização/acompanhamento, ao final da qual se pratica o ato que declara a satisfação do Estado quanto ao ajustado com os particulares.

A fase de propositura do acordo é aquela em que se aventa a possibilidade de negociação no intuito de se elaborarem obrigações e condicionamentos que, se aceitos, tornarão possível a aprovação, pelo SBDC, da operação concentrativa proposta pelos agentes de mercado.⁵³ Quanto a esta etapa, há duas questões de relevo: a primeira diz respeito à figura do proponente e a segunda, ao momento de apresentação do requerimento em relação ao processo administrativo autorizativo.

A discussão sobre os legitimados à propositura do ACC envolve inúmeras indagações, dentre as quais se destacam as seguintes: (1) a propositura depende sempre dos

⁵² PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: *Direito concorrencial*, 2003, p. 408.

⁵³ A respeito do momento da propositura, Taufick prefere diferenciar o ACC, como acordo geral para o controle *ex ante*, e o TCD (ou termo de compromisso de desempenho, nome utilizado pela legislação de 1994) para os acordos celebrados no controle administrativo *ex post*. Cf. TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira*, 2012, p. 99.

interessados na concentração ou a agência antitruste pode sugerir a negociação?; (2) a propositura realizada pelo interessado gera um direito subjetivo à abertura das negociações?; (3) o direito de propositura está limitado temporalmente?

Em resposta à primeira indagação, a confirmação da legitimidade do CADE para iniciar o trâmite de um acordo afigura-se indubitável à luz do direito positivo. Como agência responsável pela defesa concorrencial, mostra-se natural que o Conselho esteja em condições de suscitar a negociação de compromissos capazes de viabilizar a aprovação da operação concentrativa. Sua competência para tomar a iniciativa no caso em questão está explícita em diversos dispositivos da LDC/2011 e, portanto, não se revela ilegal. Nos termos do art. 11, IX da lei, o conselheiro do Tribunal detém legitimidade não apenas para propor compromissos de cessação de prática no controle repressivo, mas sim para propor qualquer tipo de acordo administrativo, incluindo o ACC. Por sua vez, o art. 13, X alarga essa competência ao prescrever que a Superintendência-Geral pode “sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações [...]”. Assim, embora a disciplina regimental do ACC deixe a impressão de que o CADE apenas “recebe” propostas de acordos oferecidas pelos interessados, a legislação ordinária evidencia que a legitimação para a propositura é mais abrangente. Se algum conselheiro ou o Superintendente-Geral reputar conveniente a discussão da via consensual, poderá sugerir aos interessados que, caso queiram, entrem em negociação com a agência.

Mesmo ao se reconhecer o fundamento explícito em lei ordinária, tal solução – no qual o CADE ativamente busca o consenso – poderia ser desafiada à luz da regra geral da vedação da renúncia de competências administrativas e, em última instância, do princípio da indisponibilidade do interesse público. No entanto, a ausência de renúncia de competências parece evidente *in casu*. Isso, porque a celebração do ACC não afasta ou substitui o processo autorizativo. Tal instrumento constitui um acordo integrativo que acompanha (e não suprime) a decisão de aprovação condicionada da operação concentrativa. Por força dessa lógica, pode-se até extrair para a teoria geral do direito administrativo que a celebração de acordos integrativos jamais esbarra na vedação da renúncia de competência.

O argumento da indisponibilidade do interesse público não merece melhor sorte. É verdade que ao Estado se veda ignorar os interesses públicos ou valores maiores que lhe cabe tutelar, pois isso representaria uma violação à irrenunciabilidade das tarefas públicas⁵⁴ e, por conseguinte, do reconhecido princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Contudo, negociar com base em interesses públicos não significa renunciá-los. Nesse sentido, adequada se mostra a reflexão de Dallari: “ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público”.⁵⁵

⁵⁴ Vale recordar que a renúncia de competência pública é ilegal, conforme previsão da LPA (art. 2º, parágrafo único, II).

⁵⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade de transação entre o Poder Público e particular. *IP*, nº 13, jan. 2002, p. 4 da edição digital. Diversos outros autores posicionam-se em sentido semelhante. Para Luísa Pinto

Da reflexão transcrita se chega a uma distinção importante entre meios e objetivos de ação estatal. Concretizar interesses públicos primários é objetivo. Os meios para tanto são, porém, diversos. Assim como um ato unilateral e imperativo, os atos bilaterais e consensuais são igualmente capazes de promover benefícios públicos quando empregados nos limites da legalidade e da moralidade. E mais que isso: os atos bilaterais, pela sua característica dialógica, são mais permeáveis e flexíveis. Permitem que se compatibilizem políticas públicas com pretensões privadas e direitos fundamentais de modo criativo, como destaca Voigt.⁵⁶ Essa flexibilidade ganha relevo quando se faz uma leitura atualizada do princípio da moralidade administrativa. Como já se sustentou alhures, a propositura de soluções que auxiliem os administrados a cumprirem seus direitos e deveres constitui um dever moral do agente público, decorrente de um princípio cooperativo previsto na legislação brasileira e fundado em princípios constitucionais.⁵⁷ Nada impede, portanto, que uma autoridade seja proativa a ponto de sugerir soluções práticas para os agentes regulados com o objetivo de harmonizar as tarefas públicas a desejos privados.

Em simetria ao exposto, no campo concorrencial, a competência de propositura de acordos pelo SBDC é aceitável, mas limitada. Ela se funda nos interesses públicos primários e por eles é balizada. Destarte, as soluções propostas aos agentes de mercado devem servir à promoção dos valores que guiam o direito administrativo da concorrência. Acordos que tomem outro caminho, ou seja, promovam apenas interesses particulares em detrimento de interesses públicos primários, são ilegais. Mas note-se bem: a ilegalidade não é marca exclusiva do acordo que se desvia dos objetivos maiores do Estado. Atos unilaterais que destoem das finalidades públicas serão igualmente ilícitos. Assim, o que importa não é a característica unilateral ou bilateral, autoritária ou consensual. Desde que, além de viabilizarem interesses dos envolvidos na concentração, os compromissos acertados sejam aptos a concretizar interesses públicos nos limites da legalidade, a ação consensual será tão válida quanto a clássica ação isolada e hierárquica do Estado.

Questão mais tormentosa que a propositura de ACC diretamente pelo CADE se refere à iniciativa direta pelos agentes de mercado interessados na aprovação da operação.

e Netto, “quando o Estado participa de relações contratuais privadas ou se vale de outros meios consensuais, não se pode sustentar que tenha ocorrido a disponibilidade do interesse público, que este tenha sido colocado em segundo plano, ou tenha sido inferiorizado. A utilização da forma contratual privada pode, justamente, estar a significar uma mais eficiente e adequada busca do interesse público [...]”. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Interesse público e administração concertada. *RBDM*, nº 12, abr. 2004, p. 3 da edição digital. Sobre a problemática, cf., ainda, as reflexões de PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, 2010, p. 149 e seguintes.

⁵⁶ O jurista alemão faz uma análise ampla das diferenças do modelo de ação hierárquica do Estado e do modelo de ação cooperativa, aqui vinculado à ideia de consensualização. Cf. VOIGT, Rüdiger. *Der kooperative Staat: auf der Suche nach einem neuen Steuerungsmodus*. In: *Der kooperative Staat: Krisenbewältigung durch Verhandlung?*, 1995, p. 40.

⁵⁷ Cf. nosso, O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: *Princípios de direito administrativo*, 2012, p. 174.

Existe, nesse caso, um direito subjetivo de propositura? Quais são seus efeitos jurídicos e suas limitações?

Ainda que não prevista expressamente na LDC (nem mesmo no texto do vetado art. 92), a possibilidade de os requerentes proporem o ACC decorre de interpretação lógica e literal do ordenamento jurídico. Do ponto de vista lógico, a propositura há que ser reconhecida primariamente aos interessados, pois são eles os responsáveis pela operação e, nesse sentido, cabe-lhes encontrar soluções práticas para torna-la aceitável. Do ponto de vista formal, a propositura pelo interessado apoia-se no direito fundamental de petição previsto tanto na Constituição da República (art. 5º, XXXIV, *a*), quanto na LPA (art. 2º, parágrafo único, X). Assim, os requerentes estão livres para se dirigirem ao Estado propondo-lhe a abertura de negociações e, inclusive, para lhe sugerir previamente compromissos que possam viabilizar o ato autorizativo desejado no processo administrativo. Até aqui, nada de novo.

A afirmação do direito de petição não responde, todavia, o que um pedido de acordo representa juridicamente e, por conseguinte, em que medida ele vincula a Administração Pública. Trata-se de um direito ou de um mero interesse do administrado? O Poder Público pode negar a negociação do acordo?

Para se elaborar uma solução minimamente adequada ao problema, é imprescindível diferenciar as esferas de discricionariedade na Administração Pública – operação que igualmente servirá à discussão acerca de outros acordos administrativos, dentro e fora do SBDC. É preciso, assim, resgatar a distinção entre discricionariedade “de agir” ou “de ação” (“*Entschließungsermessen*”) da discricionariedade “no agir” ou “de conteúdo” (“*Auswahlermessen*”).⁵⁸ A discricionariedade de ação revela a existência de margem de escolha do agente público quanto ao exercício de uma competência, enquanto a discricionariedade de conteúdo se refere à escolha do conteúdo/objeto da ação.

No âmbito dos acordos processuais, referida distinção é extremamente útil. O iter de celebração de acordos na atividade, preventiva ou repressiva, sempre se afigura bifásico. Primeiramente se decide se haverá negociação e depois se discute o conteúdo do acordo, aprovando-o ou não conforme as circunstâncias do caso e os interesses em jogo. Não se pode confundir, portanto, a discricionariedade no que toca ao ato de abertura de negociações da discricionariedade relativa à aceitação do acordo de compromisso que foi negociado. Por consequência, o fato de a autoridade ter aceitado negociar não prejudica sua escolha quanto à celebração do acordo negociado com o particular.

⁵⁸ Sobre essa distinção frequente no direito administrativo alemão, cf. entre outros, MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. ed., 2000, p. 124. No Brasil, diferenciando a discricionariedade de ação, da discricionariedade de conteúdo e também de forma da ação, cf. nosso, A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *RDA*, v. 259, 2012, p. 207 e seguintes.

A partir dessa diferenciação, pergunta-se: se o particular propõe formalmente a abertura de negociação do acordo, a Administração Pública está autorizada a negá-la? Existe discricionariedade de ação *in casu*?

Tais indagações – comuns aos diversos mecanismos pró-consensuais do processo administrativo concorrencial – não foram respondidas pela LDC/2011, nem tampouco pela revogada LDC/1994 ao tratar do falecido TCD. Contudo, o silêncio do legislador não evita que se reconheça um dever de a Administração Pública abrir negociações caso o particular, valendo-se de seu direito de petição tempestivamente, proponha o acordo. Há vários motivos por detrás dessa afirmação, dentre eles os princípios da razoabilidade e da indisponibilidade dos interesses públicos primários.

A razoabilidade impõe que a ação estatal – principalmente a de caráter restritivo – seja necessária, adequada e proporcional. A ação estatal necessária é a mais branda possível dentre as adequadas (aptas a atingirem o fim) e mostra-se proporcional quando seus benefícios públicos compensam os malefícios particulares.⁵⁹ Ora, se o administrado se propõe a colaborar com a Administração Pública na formulação de condicionantes que aliem a operação concentrativa aos valores públicos tutelados pelo Estado, não sobra razão para se afastar a negociação, preferindo-se imediatamente um caminho mais gravoso ao particular, dado o risco de indeferimento da operação. Nesse sentido, o caminho negocial, sempre que cogitado, deve ser aberto em respeito à razoabilidade (ou, mais especificamente, à regra da necessidade).

Ademais, se a abertura de negociação não obriga (nem se confunde com) a celebração efetiva do acordo, não há prejuízo algum ao Estado de percorrer as tratativas, ainda que ao final decida (motivadamente) indeferi-lo.⁶⁰ Os únicos potenciais prejudicados por eventuais delongas oriundas de um procedimento negocial seriam os interessados na operação concentrativa que depende da aprovação do CADE. Na medida em que os próprios interessados assumem o risco de violação da duração eventualmente irrazoável do processo, não há porque o SBDC se recusar ao diálogo. Daí por que, tanto em virtude da razoabilidade e da indisponibilidade do interesse público, entende-se que a abertura negociação configura um efetivo direito subjetivo que restringe a discricionariedade de ação do SBDC. Em consonância com esse raciocínio, sustenta-se que o administrado detém um direito ao diálogo com o Poder Público que, inclusive, pode ser garantido por meio de recurso ao Judiciário.

⁵⁹ Note-se que o uso da expressão “princípio da razoabilidade”, neste trabalho, equivale ao princípio (ou à regra) da proporcionalidade, incluindo as sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para um exame crítico da terminologia e das diferenças de origem e estrutura entre razoabilidade e proporcionalidade, cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002, p. 23 e seguintes.

⁶⁰ Seguindo a lógica da razoabilidade, Costa aduz ser desejável que o CADE se engaje em negociações com as empresas durante o período de análise e antes de tomar a decisão de modo a permitir que um ato que seria a princípio negado possa ser modificado e, então, ser aprovado. Cf. COSTA, Maurício de Moura. *Le droit brésilien de la concurrence*, 1996, t. II, p. 528.

Caso o interessado na aprovação da operação, valendo-se do direito fundamental de petição, solicite a discussão do ACC, estará o CADE vinculado à abertura do processo de negociação, restando-lhe apenas a discricionariedade de conteúdo, ou seja, de negociar as cláusulas e, inclusive, de não aceitar o produto das negociações quando ele se mostrar inadequado diante dos interesses públicos tutelados pelo SBDC. Se, contudo, o interessado não agir, caberá ao SBDC, no uso de sua discricionariedade plena, formular ou não a proposta de negociação.⁶¹

Diante do veto do art. 92 da LDC/2011, resta saber, enfim, se o direito de propositura do ACC no controle de concentrações poderia ser limitado temporalmente. A questão se torna relevante por dois motivos. De um lado, o veto foi imposto exatamente pelo fato de o texto legal limitar a negociação ao momento da instrução do processo na SG. De outro, em diálogo com o motivo do veto, o RICADE estipulou que a proposta de acordo poderá ser protocolada da data da notificação da concentração ao CADE até 30 dias após a impugnação pela Superintendência-Geral (art. 125, *caput*) – vale lembrar que 30 dias é também o prazo máximo da oposição dos requerentes contra a impugnação (art. 58, *caput* LDC).

Há claramente um avanço na norma regimental em relação ao artigo vetado da LDC, mas isso não imuniza a solução contra críticas. O primeiro problema reside na possibilidade de que, dentro dos 30 dias da impugnação, o requerimento de aprovação da concentração já tenha sido levado a julgamento. O segundo se encontra na redação regimental que não esclarece se o pedido poderá ser formulado por ocasião de recurso administrativo ou de avocação, pelo TADE, da decisão de aprovação do ato de concentração em primeira instância. Assim, mais adequada seria uma norma regimental que: (a) adiasse o termo final de propositura do ACC para o momento de conclusão das instruções complementares realizadas já em segunda instância por determinação do conselheiro-relator e (b) a despeito de se tratar de impugnação, recurso ou avocação.

Independentemente da sugestão, o que se conclui é que, do modo como previstos no RICADE, os limites temporais para a abertura da via consensual parecem exigir aprimoramento, principalmente quando se recorda que tal aspecto foi causa primordial do veto ao artigo 92 da LDC/2011.

5.9 Negociação do ACC, suas cláusulas e duração

Como é comum a todo tipo de acordo, a fase de negociação corresponde ao momento em que os interessados e o Estado expõem suas propostas e dialogam no intuito de obter consensos que satisfaçam minimamente seus interesses.

⁶¹ Observe-se, a respeito dessa discussão, que 70% dos especialistas ouvidos nesta pesquisa consideram que “a proposta de negociação de acordo não deve ser obrigatória na presença de elementos que levem ao indeferimento da operação tal como notificada”. Grande parte acredita, assim, que a consensualização deve ser mantida como via facultativa em relação aos trâmites de controle tradicional.

No ACC, as principais partes da negociação são os agentes de mercado que submetem a operação concentrativa ao crivo do SBDC e as autoridades do CADE. Isso significa que a negociação, pelo lado estatal, é conduzida quer pela Superintendência-Geral, quer por um conselheiro-relator, e nessa tarefa eles podem solicitar assessoramento de outros órgãos da autarquia. A competência da SG e dos conselheiros não deve ser interpretada, porém, como concorrente. Na verdade, ela pertence ao órgão em que o processo administrativo se encontra. Assim que o processo passar a tramitar em segunda instância por força de uma impugnação da SG, a competência de negociação será deslocada para o conselheiro-relator.

O DEE, a ProCADE, o MP estadual ou federal, a SEAE e outras entidades públicas que atuem conjuntamente ao CADE dentro ou ao lado do SBDC, como as agências reguladoras, não são capazes de conduzir a negociação do ACC isoladamente. No entanto, como se discutirá oportunamente, a participação dos referidos órgãos e entidades nesta etapa não deve ser completamente descartada, ainda que seja secundária. De outra parte, a vedação da negociação direta do ACC por tais entidades tampouco implica que eventuais TACs ou meios pró-consensuais previstos na legislação setorial fiquem impossibilitados.⁶²

O objetivo maior da negociação é o consenso mínimo a respeito de desejos das partes envolvidas. Como o ACC configura um acordo administrativo, a preocupação inicial da autoridade pública será a de garantir o bom funcionamento de mercado e compatibilizar a operação de concentração com outros princípios da ordem econômica que orientam a defesa concorrencial. Na prática, o ACC pode ser empregado não apenas para proteger a possibilidade de concorrência no mercado, mas também outros elos da cadeia econômica, como o de consumo e o de fornecimento de insumos.⁶³ Nessa esteira, Klajmic e Nascimento explicam que o ACC configura um instrumento direcionado ao cumprimento de eficiências econômicas, “aí compreendidas não só as alegadas pelas empresas requerentes, como também aquelas julgadas necessárias pelo órgão público, notadamente no que se refere à sua partilha com a sociedade”.⁶⁴

Resta investigar se a edição da LDC/2011 redundou na ampliação da capacidade negocial das autoridades concorrenciais em comparação à legislação passada. A pergunta se

⁶² Ao tratar do TCC, Grinover, por exemplo, sustenta que o TAC convive com os acordos concorrenciais. Não obstante o compromisso de cessação esteja vinculado ao controle repressivo da concorrência (e não ao preventivo, ora em debate), a argumentação vale também para o ACC. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. *R-IBRAC*, v. 16, 2009, p. 192.

⁶³ No TCD celebrado pelo CADE com a Citrosuco/Citrovita, visava-se claramente proteger o poder de barganha dos produtores de laranja em relação às fabricantes de suco. Cf. EXAME.com. CADE aprova fusão Citrosuco/Citrovita, mas impõe acordo. 19.08.2012. De acordo com a entrevista: “O relator do processo, Carlos Ragazzo, explicou que sua intenção foi a de preservar ao máximo os citricultores da fusão que cria a gigante. Ele admitiu, porém, que o acordo não sana todos os desequilíbrios existentes no mercado entre a indústria e os vendedores de laranja.”

⁶⁴ KLAJMIC, Magali; NASCIMENTO, Cynthia. Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória. *R-IBRAC*, v. 4, 1997, p. 23.

torna pertinente quando se recorda que a LDC/1994 estipulava parâmetros de negociação que não foram transportados à legislação vigente.

Com efeito, ao disciplinar o TCD, a antiga LDC (art. 58) referia-se primeiramente à determinação de “restrições cabíveis” para assegurar as seguintes condições: (a) aumento de produtividade; (b) melhoria da qualidade de bens ou serviços; (c) produção de eficiências ou desenvolvimento tecnológico/econômico; (d) distribuição de benefícios entre os interessados e os consumidores ou usuários finais; (e) manutenção da concorrência. Além disso, na elaboração dos acordos, o grau de exposição do setor à concorrência internacional e as alterações no nível de emprego resultantes da aprovação da concentração deviam ser igualmente considerados.⁶⁵ Enfim, a legislação impunha a consideração de “outras circunstâncias relevantes” durante a negociação. Mediante o emprego desse conceito jurídico indeterminado, abria-se margem para debates acerca do impacto da operação em relação a direitos sociais, equilíbrio ambiental, proteção de pequenas e médias empresas, bem como outros valores consagrados na disciplina constitucional da ordem econômica. O legislador preocupava-se, portanto, com os resultados do procedimento negocial e oferecia critérios de atuação à autoridade antitruste, inclusive de natureza extraconcorrencial.

A LDC/2011, diferentemente, não contém dispositivo semelhante, o que poderia levar à conclusão de que o poder de negociação do Estado é mais abrangente.⁶⁶ Um

⁶⁵ Registre-se que não há consenso doutrinário no que diz respeito à manutenção do nível do emprego como objeto de necessária preocupação da autoridade antitruste na negociação dos compromissos em concentrações. Costa, por exemplo, sustenta que o CADE não pode negar autorização a uma operação que tenha um balanço econômico positivo, mesmo que os impactos sociais negativos sejam significativos. Adverte que o “impacto social da operação” não deve ser “transformado em um dos critérios para a sua aprovação, instaurando-se um balanço econômico e social que o legislador conscientemente escolheu não adotar”. O autor interpreta as eficiências do revogado art. 54, §1º da LDC/1994 como eficiências econômicas e nega que o CADE possa tratar de questões empregatícias. Cf. COSTA, Maurício de Moura. Breves observações sobre o compromisso de desempenho. *R-IBRAC*, v. 4, nº 2, 1997, p. 03 e seguintes. Já Fernando Passos manifesta-se em sentido contrário ao sustentar que o art. 58 mencionava a questão do nível do emprego, razão pela qual a interpretação de Costa não estaria correta. Cf. PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: *Direito concorrencial*, 2003, p. 412. Na mesma corrente, Salomão Filho aduz ser bastante importante determinar a relação entre direito antitruste e manutenção do nível de emprego. Apesar de discordar da afirmação de que esse nível seja uma consequência imediata e direta da concentração, argumenta que “o nível de emprego (e, sobretudo, o de desemprego) é diretamente relacionado com a justiça social e com a valorização do trabalho humano, ambos princípios fundamentais orientadores da ordem econômica” e que, em havendo risco de redução do nível do emprego em razão das consequências econômicas da concentração, então deve ser empregado o compromisso como forma de se evitarem tais consequências. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*, 1998, p. 295-296. Cf., em sentido próximo, PROENÇA, José Marcelo Martins. Os termos de compromisso de desempenho enquanto solução imposta pelo CADE para aprovação de operações restritivas à concorrência. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 268-269.

⁶⁶ Cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. Os termos de compromisso de desempenho enquanto solução imposta pelo CADE para aprovação de operações restritivas à concorrência. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 283.

exame dos valores que regem o microsistema concorrencial não parece, contudo, sustentar tal percepção.

Embora não tenha estipulado exatamente os parâmetros de negociação, nem mesmo nas normas contidas no vetado art. 92, os poderes de negociação da autoridade antitruste continuam semelhantes. Afinal, os objetivos que guiam o SBDC (art. 1º, *caput*) e conformam a ordem econômica na Constituição permanecem idênticos e são exatamente eles os parâmetros a serem utilizados pela autoridade antitruste na formulação dialógica do ACC. Sendo assim, na negociação, deve-se zelar para que o maior número desses princípios seja concretizado com a maior densidade possível e simultaneamente. Há que se observar a razoabilidade, a publicidade, a legalidade como princípios gerais da Administração Pública, do que resultam inúmeras limitações ao poder de negociação, tal como explicita Mattos.⁶⁷

Com os objetivos de negociação não se confundem os condicionamentos ou compromissos negociados. Estes constituem os meios obrigacionais e as condições estipuladas ao longo do diálogo entre o Estado e os particulares e que permitirão a consecução dos objetivos regulatórios e das pretensões dos agentes de mercado. Novamente aqui, a legislação ordinária brasileira prescinde de um rol exaustivo ou exemplificativo de cláusulas aceitáveis no ACC. Ao se reconhecer tal lacuna torna-se fundamental que doutrinariamente se discutam: (a) a distinção entre medidas de conteúdo comportamental e estrutural; (b) as principais espécies de compromisso; (c) a possibilidade de uso de condições relativas a fatos de terceiros ou de mercado; (d) a possibilidade de emprego de condições alternativas; e (f) os prazos das medidas.

A distinção entre medidas estruturais e comportamentais é bastante comum no estudo dos acordos em concentrações.⁶⁸ Todavia, há vozes na doutrina a sustentar, com

⁶⁷ Mattos, ainda que de modo pouco técnico juridicamente, lista relevantes diretrizes que devem ser observadas pela autoridade na elaboração de um ACC: “1) nexos causais entre o dano à concorrência e o AC; 2) os remédios não devem gerar efeito líquido negativo sobre a economia; 3) os remédios devem ser consistentes com o dano concorrencial gerado pelo AC; 4) os remédios devem ser suficientes para endereçar todos os problemas concorrenciais gerados pelo AC; 5) o ônus gerado às requerentes pela intervenção deve ser proporcional ao dano concorrencial identificado no AC; 6) o remédio escolhido deve ser a opção menos restritiva ou onerosa... 7) os remédios não devem objetivar regulação ou planejamento setorial; 8) os efeitos positivos dos remédios devem ter elevada probabilidade de ocorrer; 9) os remédios devem ser implementáveis do ponto de vista prático, monitoráveis e ainda permitirem à agência garantir o cumprimento pelas requerentes (*enforcement*); 10) a implementação e o efeito esperado dos remédios deve ocorrer no mais curto período de tempo possível; 11) os remédios devem ser transparentes; 12) o remédio não pode criar problemas concorrenciais em outros mercados”. MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: *Remédios antitruste*, 2011, p. 62.

⁶⁸ De acordo com a sucinta e clara definição de Fagundes e Rocha, “as medidas estruturais basicamente impõem a alienação de ativos a terceiros (desinvestimento), tendo, portanto, caráter definitivo (*one-off remedies*)”. Exemplos disso são o desinvestimento de uma unidade de negócios autônoma, o desmembramento e posterior desinvestimento de uma unidade antes participante da estrutura das empresas envolvidas, o compromisso de se retirar de uma *joint venture* etc. De outra parte, esclarece que “os remédios comportamentais têm por objetivo modificar ou restringir o comportamento das requerentes, exigindo, portanto, monitoramento por parte das autoridades antitruste durante a vigência do remédio. Esse tipo de remédio

eloquência, a relativa fragilidade e discutível utilidade dessa categorização.⁶⁹ Saller, por ilustração, explica que medidas comportamentais (como a compra de ações, o compromisso de tratamento não discriminatório, a vedação de exclusividade etc.) já se provaram capazes de modificar a estrutura do mercado. Em virtude das relações causais entre a estrutura do mercado e o comportamento dos agentes não é possível separar precisamente os grupos de medidas. Muitas técnicas estruturais, na prática, dependem de comportamentos empresariais, como o compromisso de alienação de equipamentos ou fábricas, a concessão de licenças de propriedade intelectual, o desfazimento de atos de cooperação ou de concentração já autorizados e assim por diante.⁷⁰

Em última instância, o que interessa é a aptidão ou a adequação da medida estatal para atingir o resultado desejado no mercado e não a sua qualificação formal. Desse modo, prefere-se uma classificação das condicionantes ou compromissos em relação ao seu conteúdo e pela qual, a partir da sugestão de Saller e também de Këllezi, diferenciam-se:⁷¹

- *Compromissos de alienação*, referentes principalmente a equipamentos, unidades de produção ou a outras instalações que, uma vez transferidos a outrem, possam minorar a participação das empresas dentro do mercado relevante e, por reflexo, incrementar a capacidade de concorrência de diferentes *players*.⁷² Tais

tem caráter de continuidade (*ongoing remedies*). Exemplos são os compromissos de concessão de acesso à infraestrutura das interessadas, redução de tarifas e não discriminação de concorrentes. Após exame de guias das agências concorrenciais e de jurisprudência administrativa brasileira e europeia, os autores concluem existir uma “preferência por remédios estruturais para problemas oriundos de concentração horizontal e por remédios comportamentais em complemento aos remédios estruturais ou aplicados isoladamente para integração vertical”. Cf. FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em fusões. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 225 e 240. A respeito da distinção, cf. ainda PROENÇA, José Marcelo Martins. Os termos de compromisso de desempenho enquanto solução imposta pelo CADE para aprovação de operações restritivas à concorrência. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 265.

⁶⁹ Sobre a crítica em questão e uma análise aprofundada das medidas, cf. principalmente a tese de KËLLEZI, Pranvera. *Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante*, 2010, p. 75.

⁷⁰ SALLER, Michael. *Europäische und Deutsche Fusionskontrolle beim Pay-TV unter besonderer Berücksichtigung von Zusagen*, 2004, p. 181-182.

⁷¹ SALLER, Michael. *Europäische und Deutsche Fusionskontrolle beim Pay-TV unter besonderer Berücksichtigung von Zusagen*, 2004, p. 186 e seguintes.

⁷² Com base em estudo publicado pelo FTC em 1999, Fagundes e Rocha anotam alguns problemas dos compromissos de alienação como típica medida estrutural. De modo resumido, “a viabilidade econômica dos ativos alienados pode ser comprometida pelo comportamento das empresas envolvidas na fusão e/ou pelo despreparo do comprador. As empresas podem, por exemplo, agir de forma estratégica para impedir o sucesso do negócio alienado a terceiro. Para tanto, podem utilizar informações privilegiadas sobre o negócio vendido. Já os compradores podem não deter informação e/ou experiência suficiente para impor concorrência efetiva às empresas fusionadas, ou ainda podem deter interesses divergentes daqueles da autoridade antitruste, como, por exemplo, atuar em mercados distintos daquele onde o problema concorrencial foi identificado. Essas observações lançam luz sobre alguns importantes aspectos no desenho de remédios

compromissos podem ser fortalecidos mediante obrigações de não re aquisição⁷³ agregados a regras de controle da escolha do comprador, que pode ser exercida previamente (*up front buyer*) ou posteriormente (*post order buyer*). Nos casos em que uma única unidade produtiva ou operacional esteja envolvida, esta medida tornar-se-á naturalmente mais difícil, fato que gerará mais estímulos ao indeferimento direto da operação de mercado em detrimento de um acordo.⁷⁴

- *Compromissos de desconcentração/desinvestimento* destinados a dissolverem vínculos horizontais entre concorrentes (de natureza pessoal, financeira ou contratual) com o objetivo de ampliar a independência dos agentes de mercado e reduzir o risco de colusão;
- *Compromissos de abertura de mercado*, pelo quais os interessados na concentração obrigam-se a reduzir barreiras de entrada para que novas empresas mais facilmente contestem seu posicionamento – o que pode ser instrumentalizado pela venda de tecnologia essencial à participação no setor, pela garantia de acesso ou de uso de instalações e bens de produção, pela contratação de licenças de uso de tecnologias, pela manipulação de direitos de propriedade intelectual em geral, inclusive com a extinção de marcas,⁷⁵ pela quebra de contratos de exclusividade com fornecedores etc.;
- *Compromisso de não abuso do poder de mercado ou de se comportar conforme a legislação concorrencial* – uma espécie de utilidade certamente questionável, na medida em que exigem um comportamento que já é determinado pelo ordenamento jurídico e controlado pelas ferramentas típicas do controle repressivo da concorrência;
- *Compromissos de constituição de competidores*, no intuito de compensar o poder de mercado gerado pela concentração. O problema dessa medida consiste em colocar nas mãos da autoridade concorrencial uma tarefa de “*industrial engineering*”,

estruturais, como: a assimetria de informações entre empresas e autoridades; a importância de avaliar o comprador do negócio que está sendo alienado; a definição do conjunto de ativos que serão alienados e o risco de deterioração dos ativos até sua alienação a terceiro”. Cf. FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em fusões. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 227.

⁷³ Cf. União Europeia. Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) nº 802/2004 da Comissão, 2008, item 43.

⁷⁴ Cf. GONÇALVES, Priscila Brólio. A história das operações reprovadas pelo CADE (1994-2010). In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 446.

⁷⁵ Na experiência brasileira, um caso clássico de extinção de marcas ocorreu por ocasião do acordo celebrado na operação Kolynos/Colgate em 1996. Em razão da compra da Kolynos pela Colgate fora do país, acordou-se a suspensão da marca Kolynos durante alguns anos, permitindo-se à empresa, porém, lançar outra marca no mercado. Para Fernando Passos, essa faculdade foi empregada de modo abusivo e ofensivo ao CADE, pois, ao criar a marca “sorriso”, a Colgate passou a lançar peças publicitárias, por exemplo, com os dizeres “compre Sorriso, a nova Kolynos”. Cf. PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: *Direito concorrencial*, 2003, p. 420.

dando-lhe poderes para decidir a respeito da formatação de algum mercado e da alocação de recursos econômicos. Tal ação regulatória afigura-se questionável, a uma, diante da Constituição da República (art. 174), de acordo com a qual o planejamento estatal é meramente indicativo para particulares, e, a duas, porque não encontra suporte nas competências gerais do SBDC. Afinal, suas ações são preventivas gerais (por meios educativos), preventivas concretas (por processo autorizativo) ou repressivas (por processo sancionador), no que não se inclui o planejamento do mercado;

- *Compromisso de isolamento de informações* (“coupe-feux”, “firewall” ou “chinese wall”), pelo qual se impede o intercâmbio de dados e informações sensíveis entre os empregados das instituições envolvidas na concentração – medida que pode vir acompanhada da determinação de separação (ou não união) de estruturas físicas gerenciais ou estratégicas;⁷⁶
- *E compromissos formais de interação com a autoridade concorrencial e monitoramento*, sobretudo mediante o fornecimento de relatórios periódicos e a prestação de esclarecimentos e informações orais ou escritas, quando solicitadas, inclusive com o apoio técnico de terceiros (*i.e.* auditores).⁷⁷

A execução das obrigações supramencionadas – escolhidas ao longo do processo negocial – depende primariamente da conduta dos agentes interessados na concentração de mercado, mas não são sempre idênticas. Conforme seu conteúdo, elas poderão ser fragmentárias (ou divisíveis em relação a cada administrado-contratante), solidárias (caso em que um dos agentes de mercado é capaz de executá-las por todos) ou conjuntas (quando todos necessitarem agir para cumpri-las).⁷⁸

Cumprido esclarecer, ainda, se o conteúdo do acordo está limitado a essas obrigações ou se, em contraste, pode englobar o condicionamento da operação à ocorrência de evento futuro e incerto não dependente da conduta dos envolvidos. Seria possível revogar o ACC e a aprovação da concentração, caso, por exemplo, um determinado número de competidores não entrasse no mercado ou os preços se elevassem para além de um determinado patamar? Ou seja, condições resolutivas desvinculadas de medidas comportamentais podem ser incluídas no acordo ao lado das demais obrigações pactuadas?

A princípio, não se acredita que haja qualquer vedação a estipulações do gênero. Dentro do modelo de administração dialógica, o Estado e o particular podem buscar o consenso quer mediante o compromisso de condutas, quer com base em eventos futuros e incertos. A

⁷⁶ Sobre o assunto, KÉLLEZI, Pranvera. *Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante*, 2010, p. 101.

⁷⁷ A respeito da aplicabilidade desses e outros remédios na história do antitruste brasileiro desde 1994, cf. o excelente levantamento quantitativo e qualitativo de ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahl. Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil. *R-IBRAC*, v. 21, 2012, 172.

⁷⁸ Sobre a distinção, cf., entre outros, GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17. ed., 2008, p. 75.

aposta na (não) ocorrência de determinados eventos é válida para que as partes se convençam quanto à conveniência da solução consensual. Nada obsta, pois, que os interessados e o CADE deliberem inserir condições resolutivas no ACC de acordo com as quais determinados eventos futuros ocasionem a perda da eficácia da aprovação da concentração econômica. Do ponto de vista jurídico, esse tipo de cláusula não difere de outras tradicionalmente previstas nos acordos, como os compromissos de alienação, consistentes em verdadeiras condições na medida em que, além do comportamento dos agentes interessados em colocar a venda determinado ativo, apostam no interesse, futuro e incerto, de terceiros. Os determinantes para a existência e a validade dessas condições são sua viabilidade, seu caráter lícito, sua clareza e sua compatibilidade com as demais cláusulas do acordo.⁷⁹

Outra questão bastante relevante em matéria de negociação diz respeito à possibilidade de se inserirem obrigações alternativas e facultativas no ACC, ou seja, obrigações que dependem de uma escolha prévia do Estado (alternativas) ou que possam ser substituídas por uma escolha dos próprios agentes de mercado que se comprometeram a cumpri-la (facultativas).⁸⁰

A princípio, nada parece impedir tais soluções. A elaboração de obrigações do gênero é fundamental para que se confira flexibilidade e se amplie a segurança de eficácia do instrumento consensual empregado pelo Poder Público em favor do princípio da eficiência administrativa. A esse propósito, em outros contextos também se valorizam as estratégias de “salvamento” dos acordos concorrenciais. No direito comunitário europeu, a Comissão não só aceita, como exige que os interessados proponham obrigações que compensem, por exemplo, o insucesso de compromissos de alienação (medida estrutural) na fixação dos condicionamentos aptos a viabilizarem a concentração desejada.⁸¹

⁷⁹ É o que se extrai diretamente dos art. 122 e seguintes do Código Civil, normas plenamente aplicáveis aos acordos elaborados pela Administração Pública, inclusive no campo da regulação concorrencial.

⁸⁰ Sobre os conceitos, cf., entre outros, FERRIANI, Adriano. *Obrigações alternativas e facultativas*. In: *Obrigações*, 2011, p. 141 e 150 e GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17. ed., 2008, p. 97-98.

⁸¹ Conforme esclarecido em comunicação oficial, “a Comissão não pode assumir o risco de, no final, não ser mantida a concorrência efetiva. Consequentemente, apenas aceitará estes compromissos de alienação nas seguintes condições: a) ausência de incerteza, devendo a primeira alienação proposta nos compromissos consistir numa atividade viável, e b) apresentação pelas partes de uma outra possibilidade de alienação que estas serão obrigadas a executar caso não possam executar o primeiro compromisso no prazo previsto para o efeito. Esse compromisso alternativo deve ser, em geral, do tipo ‘joia da coroa’, ou seja, uma vez executado, deve ser pelo menos equivalente ao primeiro em termos de criação de um concorrente viável, não deve suscitar qualquer incerteza relativamente à sua aplicação e deve ser susceptível de uma execução rápida a fim de evitar que o período de aplicação global exceda o que seria normalmente considerado como aceitável nas condições do mercado em causa. A fim de limitar os riscos durante o período provisório, é indispensável que sejam aplicadas a todos os ativos incluídos em ambas as soluções alternativas de alienação medidas provisórias de conservação e separação. Além disso, o compromisso deve definir critérios claros e um calendário rigoroso no que diz respeito às modalidades e data de execução da outra possibilidade de alienação, exigindo a Comissão prazos mais curtos para a respectiva aplicação”. Cf. União Europeia. Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) nº 802/2004 da Comissão, 2008, item 45. Vale esclarecer que a expressão

Ultrapassando-se a discussão a respeito do conteúdo das cláusulas negociadas, cumpre examinar se o ACC detém algum prazo de validade. Nesse particular, a LDC/1994 prescrevia que as “metas de desempenho”, qualitativas ou quantitativas, deviam ser atingidas pelos agentes de mercado envolvidos em prazos definidos no TCD (art. 58, § 2º). A legislação estipulava a necessidade de vinculação do compromisso a um determinado prazo de validade, mas não o fixava. Diante da lacuna, Passos explana que a jurisprudência do CADE geralmente previa uma duração média de cinco anos para os compromissos, admitindo-se prazos mais curtos ou longos em certas situações a depender das características do setor de mercado atingido pela operação e do grau de necessidade de se minorarem os efeitos danosos por ela gerados.⁸²

Na LDC/2011, não há qualquer limitação temporal quer em relação ao acordo em si, quer no que concerne às metas nele previstas. A ausência de limites abre espaço para a previsão contratual de obrigações de prazo determinado ou indeterminado. O problema dessas últimas é que elas permitiriam que a autoridade antitruste cassasse a autorização caso os interessados deixassem, a qualquer tempo, de cumpri-las. Acredita-se, pois, que o uso desse tipo de obrigação ilimitada deva ser excepcionalíssimo seja pelo risco apontado, seja por três motivos adicionais abaixo discutidos.

Em primeiro lugar, a chance de que um compromisso faça sentido em longo prazo é muito menor quando comparada às chances no curto e médio prazo, pois conforme se amplia a perspectiva temporal, maiores são as possibilidades de mudança do cenário econômico e, por conseguinte, maior será o risco de perda de aderência do acordo à realidade. Em segundo lugar, a celebração do acordo não se destina a ampliar a insegurança e a incerteza dos agentes de mercado, mas sim a reduzi-las. Por isso, é oportuno que o acordo seja avaliado em determinado momento e considerado cumprido ou descumprido. Em terceiro lugar, é preciso recordar que, mesmo após a declaração de cumprimento do acordo, as empresas sempre continuarão sujeitas ao controle de condutas e, caso sejam condenadas por infração à ordem econômica, a autoridade antitruste deterá o poder de determinar medidas estruturais, como a cisão da sociedade. Se a medida estrutural existe dentro do controle repressivo de infrações, não é imprescindível estender as obrigações do acordo por longo prazo.

Em realidade, as condicionantes devem ser medidas efetivas para sanar as preocupações das autoridades antitruste no curto prazo, de sorte a revelar que a concorrência e outros valores tutelados pelo SBDC não serão comprometidos com a aprovação da concentração. Efeitos de longo prazo devem ficar de fora do acordo e sujeitarem-se a eventuais

“joia da coroa” designa um pacote de ativos valiosos da empresa que são marcados como alternativa ao desinvestimento do objeto inicial. Explica Albuquerque que “o objetivo de se estabelecer um *crown jewel* é não só criar um incentivo para que as partes alienem os ativos acordados, mas também garantir que a concorrência seja restabelecida de uma forma ou de outra”. ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdahl. Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil. *R-IBRAC*, v. 21, 2012, p. 168.

⁸² PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: *Direito concorrencial*, 2003, p. 414.

correções pelo controle de condutas. Além disso, uma boa solução prática para a questão do prazo pode consistir na previsão de cláusulas de revisão do acordo, momentos nos quais se debate a relevância de se prolongar ou não uma ou outra medida.⁸³

Como verificado até aqui, a amplitude dos debates acerca das medidas que podem ser negociadas e inseridas no ACC não é insignificante. No cenário legislativo brasileiro, a complexidade e a relevância da discussão tornam-se ainda maiores frente à legislação recente e à ausência de uma disciplina legal bem definida. Sob essas circunstâncias, o que mais importa para a verificação da legalidade da negociação e seus resultados sob a perspectiva do direito administrativo é sua aderência ao princípio da finalidade e da razoabilidade.

A finalidade, de um lado, é critério de avaliação da legalidade do acordo em relação aos objetivos gerais da defesa da concorrência. Acordos que não contenham disposições necessárias a afastar os riscos mais graves ao funcionamento do mercado e à proteção de outros valores tutelados pelo SBDC são ilegais. De outra parte, sob a perspectiva do administrado, desponta a necessidade de exame da razoabilidade das obrigações e condições almeçadas pela autoridade pública.

Os interessados não poderão se ver impossibilitados de celebrar um acordo, por exemplo, porque a autoridade pública deseja impor uma obrigação desnecessariamente gravosa quando, em realidade, medidas mais brandas poderiam corrigir os efeitos nocivos da operação concentrativa. Ainda que o ACC represente um instrumento de consensualização e seja marcado por intensa discricionariedade de conteúdo em favor da autoridade pública (“*Auswahlermessen*”), não será moral nem lícita a imposição de cláusulas despropositadamente exageradas, sobretudo no intuito de maliciosamente frustrar as negociações ou de limitar, sem qualquer motivo de interesse público, a liberdade particular. De forma muito oportuna, registram Fagundes e Rocha que o acordo tampouco poderá ser utilizado para gerar mais eficiências de mercado que existiam anteriormente à fusão.⁸⁴ Os interessados não deverão ser sacrificados em seus direitos pelo desejo de a autoridade pública, além de conter os efeitos negativos da operação em concreto, solucionar problemas de mercado em vista de um cenário ideal que sequer existia anteriormente.

Desse argumento se extrai que o ACC, como acordo integrativo da decisão autorizativa, tem finalidade compensatória dos potenciais efeitos negativos da operação e não corretiva de problemas econômicos que não guardam relação de causalidade com a concentração. Tampouco serve o acordo para viabilizar um planejamento industrial camuflado. Nesse sentido, em relação ao revogado art. 58 da LDC/1994, Passos já anotava que a abertura normativa da legislação não autorizava o CADE a impor exigências que

⁸³ Nesse particular, concorda-se com o posicionamento de FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em fusões. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 231.

⁸⁴ FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em fusões. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 223.

ofendessem a livre-iniciativa e que instrumentalizassem uma forma disfarçada de “intervenção do Estado no planejamento econômico”.⁸⁵ Na mesma corrente, Fagundes e Rocha, com base nos parâmetros oferecidos pela OCDE, aduziam que os “remédios” tampouco deveriam ser empregados para promover política industrial.⁸⁶

Essas considerações valem ainda hoje e adquirem maior relevo quando se consideram agentes econômicos de setores públicos regulados, em que as agências exercem um papel que não pode ser suprimido pelo CADE.⁸⁷ No processo de negociação em que se busca compatibilizar interesses privados e interesses públicos, a autoridade antitruste há que ter em mente a diferença entre promover a concorrência e objetivos correlatos (seu papel precípua) e planejar a economia (o que não compete ao Estado de modo vinculante, senão em relação às atividades públicas executadas de modo direto ou indireto).⁸⁸

5.10 Aprovação e celebração do ACC

Uma vez concluída a negociação com a definição dos motivos, do conteúdo e das finalidades concretas do ACC, passa-se à fase de aprovação e celebração. Essa etapa conclusiva afigura-se simples, mas isso não exclui a necessidade de se abordarem diversas questões jurídico-administrativas. Para além de se verificar a competência administrativa para a aprovação e celebração do ACC, é imperioso debater, por exemplo, se o TADE detém discricionariedade para rechaçar um acordo negociado de modo bem-sucedido, bem como se está autorizado a determinar novas negociações para complementar ou reformular o acordo inicialmente elaborado.

⁸⁵ PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: *Direito concorrencial*, 2003, p. 408.

⁸⁶ FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em fusões. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 222. Em sentido semelhante, Andrade sustenta que o acordo deve estar estritamente alinhado aos objetivos específicos do sistema brasileiro de concorrência. Cf. ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas*, 2002, p. 402.

⁸⁷ Quanto à nebulosa interação entre autoridade antitruste e regulação setorial, cf., por exemplo, PAZ, José Carlos Laguna. Regulation and competition law. *European Competition Law Review*, v. 33, nº 2, 2012, p. 77 e seguintes.

⁸⁸ Exatamente por força do art. 174 da Constituição, uma leitura bastante restritiva da discricionariedade da ação do CADE na negociação de acordo em concentrações é apresentada por Proença. “Fazer do compromisso de desempenho um instrumento pelo qual o Estado, ou qualquer pessoa jurídica a ele vinculada, decida discricionariamente sobre o cumprimento de certos objetivos a serem perseguidos pelos agentes econômicos implicaria atribuir ao Poder Público competência para planejar a atividade econômica privada, esbarrando, então, em sérios óbices constitucionais, principalmente na mora do caput do art. 174”. PROENÇA, José Marcelo Martins. Os termos de compromisso de desempenho enquanto solução imposta pelo CADE para aprovação de operações restritivas à concorrência. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 273. Em sentido semelhante, e agregando que o problema não é só constitucional, mas estratégico, pois o planejamento não deve ser pensado individualmente e sim setorialmente, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, 2. ed., 2002, p. 303-304.

A negociação de um ACC deve ser conduzida quer pela Superintendência-Geral, quer pelo conselheiro-relator. Conforme já se sustentou, a competência de negociação é da autoridade responsável pelo processo administrativo no momento em que o acordo é proposto. Por via de consequência, é possível afirmar que existem duas aprovações do acordo: a primeira é da própria autoridade que o negociou e a segunda, formal e definitiva, é a realizada pelo TADE como órgão de cúpula do CADE. Assim, mesmo o acordo negociado pela SG, que constitui órgão interno da autarquia, deverá ser apreciado pelo Tribunal, do contrário não receberá a chancela oficial da autarquia.

O exercício da tarefa de apreciação e aceitação definitiva do acordo, além disso, não parece ser delegável administrativamente quer à SG ou ao Conselheiro-Relator, pois tal competência está explícita na LDC/2011 (art. 9º, V) e, como competência aparentemente exclusiva, enquadra-se no rol das funções indelegáveis por força de disposição expressa da LPA federal (art. 13). Como se sustentou alhures, apesar de ser abstratamente impossível definir tudo o que o direito administrativo entende como competência exclusiva, não sobra dúvida de que, no caso em debate, a celebração constitui uma delas.⁸⁹ Não fosse assim, o legislador ou teria se omitido na definição da competência de celebração ou teria acoplado à norma da LDC um autorizativo de delegação.

Diante da competência exclusiva do TADE para aprovar as propostas, chega-se à conclusão de que a submissão de um acordo negociado poderá deflagrar quatro resultados decisórios diferentes. No primeiro e mais simples deles, o TADE aprova integralmente o resultado da negociação conduzida pelo conselheiro-relator ou pela SG e, assim, intima os interessados para procederem à assinatura do ACC juntamente com o Presidente do CADE – autoridade responsável pela representação externa da autarquia, inclusive em contratos, convênios e acordos em geral. Feito isso, cumpre então ao Tribunal, por força regimental, conferir publicidade ao acordo celebrado em página eletrônica até o momento de sua extinção.⁹⁰ Essa providência busca incrementar o conhecimento e os efeitos do acordo e, por conseguinte, estimular a sociedade e outras entidades a fiscalizarem seu cumprimento.

O desfecho do processo não se resume, porém, à situação da aprovação integral. O exame da proposta pelo Tribunal ocasiona uma análise multifocal do caso concreto, o que, não raro, suscita divergências a respeito do conteúdo negociado. Nesse contexto, o TADE depara com outros três caminhos decisórios: o do indeferimento integral do acordo; o do indeferimento parcial de determinadas cláusulas negociadas, consideradas inadequadas, e o da determinação de retomada da negociação com o objetivo de sanar preocupações específicas – via que se defende como preferencial.

⁸⁹ Cf. nosso, Competência, delegação e avocação na Lei de Processo Administrativo. In: *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*, 2011, p. 250.

⁹⁰ Ressalte-se que a publicação de acordo que contenha obrigações de natureza confidencial em razão dos fundamentos constitucionais de sigilo tratados anteriormente exigirá uma versão limitada (conhecida como versão pública), da qual são suprimidos itens sensíveis (como informações comerciais confidenciais).

O indeferimento integral ou parcial do conjunto de cláusulas negociadas para o ACC dependerá de motivos bastante aprofundados e congruentes por parte do Tribunal. Ele deverá ocorrer tão somente nas situações em que o acordo não se revele adequado para sanar as preocupações do CADE em relação aos efeitos negativos do ato de concentração. Não há dúvidas, portanto, que se possa negar o acordo administrativo negociado pelos próprios membros do CADE e aprovados, em um juízo primário, pelas autoridades que conduziram a negociação. A contrariedade da decisão do TADE à conduta de membros da autarquia não significa, de modo algum, uma infração da vedação do *venire contra factum proprium* – imperativo decorrente do princípio da moralidade administrativa –, principalmente quando os motivos de reprovação inequivocamente revelarem a inaptidão do acordo para sanar preocupações legítimas do órgão colegiado superior. O que não se permite ao CADE é indeferir o acordo, total ou parcialmente, sem um motivo efetivamente vinculado aos objetivos do sistema concorrencial e, especificamente, aos efeitos negativos comprovados da operação de mercado em exame. Se isso ocorrer, haverá vício de motivo insanável e decisão nula, exigindo-se do TADE nova apreciação do acordo negociado.

Já se adiantou, no entanto, que a via do indeferimento é secundária. Melhor dizendo: salvo em casos gravíssimos, em que qualquer acordo se revele inútil para conter os efeitos negativos da concentração, a decisão de indeferimento deverá ser substituída por uma determinação de renegociação ou complementação da proposta. Em termos práticos, isso impõe ao TADE, diante de sua insatisfação quanto à negociação, fixar os pontos e cláusulas problemáticas e, em seguida, determinar nova negociação.

A solução procedimental aqui defendida, aparentemente exótica, encontra certos fundamentos. A uma, não existe em relação ao ACC – ao contrário do que se verá no exame do compromisso de cessação de prática – qualquer norma legal que impeça a renovação da propositura do acordo, o que, por conseguinte, evidencia a possibilidade de seu refazimento ou alteração em uma nova negociação. A duas, o princípio do formalismo mitigado, em conjunto com o princípio da eficiência, exige um processo suficientemente flexível para que uma decisão administrativa ótima (à luz de interesses públicos primários e da efetividade) seja elaborada. Nem a celeridade nem a duração razoável do processo servem de óbice a tal solução conciliadora.

Quanto à celeridade especificamente, deve-se ter em mente que o controle de concentrações, na sistemática atual, é sempre anterior. Desse modo, atrasos processuais acarretados pelo desejo dos agentes de mercado de se buscar uma solução consensual que agrade minimamente ao TADE não significará um custo ou atraso indevido, mas sim um benefício. Em outras palavras, para o administrado é provável que mais valha uma aprovação demorada da operação mediante um ACC que sua célere reprovação. Exatamente por isso, a duração razoável do processo e a celeridade são argumentos que devem ser utilizados para beneficiar os requerentes no controle de concentrações e não para desfavorecê-los.

5.11 Fiscalização do ACC

Assim como o descumprimento de sanções administrativas impostas, o desrespeito a acordos celebrados representa desperdício inegável de recursos públicos e afronta ao princípio da finalidade pública. Nesse contexto, a efetividade da consensualização administrativa como técnica de gestão pública e regulação pressupõe a previsão e execução de medidas de acompanhamento e monitoramento das condutas ajustadas entre o Estado e os administrados, quer para reprimir o inadimplemento das obrigações, quer para investigar se as metas combinadas foram efetivamente atingidas.

De nada adianta o CADE conduzir um processo administrativo adequadamente, bem como dedicar-se à negociação e à celebração de ajustes, sem que, ao final, realmente se importe com seu adimplemento. Exatamente por isso, justa se mostra a crítica de Forgioni contra deficiências fiscalizatórias na defesa concorrencial.⁹¹

No plano do direito positivo, a LDC reconhece a competência primária da SG para a fiscalização de acordos, não se devendo alterá-la por normas administrativas internas. Tal competência – vale ressaltar – não se restringe a acordos que contenham medidas comportamentais. Por mais que medidas estruturais e quase estruturais, como alienações de instalações industriais e extinção de marcas, sejam de mais simples execução em comparação às puramente comportamentais, a fiscalização revela-se imprescindível nos dois casos. Veja-se, por exemplo, a necessidade de as autoridades acompanharem as alienações de ativos e cancelar a escolha dos compradores. Não interessa, portanto, se o acordo contém cláusulas comportamentais ou não. Em todos os casos, o monitoramento será fundamental e deverá ser debatido em detalhes ao longo das negociações. Far-se-á relevante a definição, no próprio acordo, das formas de monitoramento, do papel de cada parte contratante nessa tarefa, da eventual necessidade de se contratarem terceiros, da divisão de custos financeiros e, por fim, da criação de indicadores capazes de mensurar o cumprimento de metas qualitativas e quantitativas combinadas.⁹²

Como o ACC configura um mecanismo pró-consensual por excelência, supõe-se que seu conteúdo seja formulado de comum acordo entre a Administração Pública e os compromissários privados. Contudo, não se pode negar que a parte estatal detém muito mais poder de barganha na negociação. Para conter essa assimetria, é imperativo que

⁹¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 5. ed., 2012, p. 421.

⁹² Segundo Proença, “quanto às metas quantitativas, atêm-se a fatos econômicos mensuráveis, tais como preços, quantidades de produção, número de clientes etc.”. Por outro lado, “as condições que envolvem melhoria da qualidade de bens e serviços, desenvolvimento tecnológico ou econômico, observação dos limites estritamente necessários para atingir os fins visados e a não eliminação da concorrência em um determinado mercado relacionam-se com meta cuja aferição deve ser feita de forma qualitativa, haja vista a dificuldade, se não impossibilidade, de avaliar a sua consecução de forma quantitativa, por não se traduzirem em quantidades mensuráveis, mas em avaliações objetivas e por vezes subjetivas sobre fatos concretos”. PROENÇA, José Marcelo Martins. Os termos de compromisso de desempenho enquanto solução imposta pelo CADE para aprovação de operações restritivas à concorrência. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 266-267.

se aplique o princípio da razoabilidade administrativa também à definição das cláusulas acessórias de fiscalização e de monitoramento. Concorde-se aqui com Fagundes e Rocha, para os quais tais medidas devem ser práticas, simples e com o menor custo possível.⁹³

Em consonância com as diretrizes do processo administrativo federal, aos particulares não se deve impor gravame desnecessário (LPA, art. 2º, parágrafo único, VIII e IX). A regra geral é a da objetividade e da menor onerosidade, sempre ponderada diante de todas as medidas igualmente aptas a viabilizarem o acompanhamento adequado das obrigações pactuadas. O imperativo da razoabilidade vale inclusive para interpretar o poder de o CADE determinar o acompanhamento do acordo por empresa de consultoria/auditoria ou outra instituição independente à custa do compromissário.⁹⁴

Ainda no que concerne ao poder fiscalizatório da agência concorrencial, suscita grande preocupação o mandamento previsto na LDC/2011 (art. 52, § 1º), segundo o qual: “na fase de fiscalização da execução das decisões do Tribunal, bem como do cumprimento de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei, poderá a Superintendência-Geral valer-se de todos os poderes instrutórios que lhe são assegurados nesta Lei”. Há duas maneiras de se interpretar esse dispositivo, mas apenas uma parece aceitável.

De acordo com a primeira interpretação, mais abrangente, a SG teria discricionariedade para utilizar poderes instrutórios típicos do processo concorrencial no intuito de verificar o cumprimento dos acordos. Independentemente de receber relatórios oficiais e informações, conforme pactuado nas normas de monitoramento do ACC, a SG poderia, a qualquer momento, lançar mão de uma inspeção e até mesmo de busca e apreensão. Tal interpretação afigura-se, porém, incoerente à lógica negocial que permeia o ACC e outros acordos entre particulares e a Administração Pública. Ao se permitir que a SG utilize-se de mecanismos de monitoramento de modo surpreendente e para além do que foi negociado, o legislador desvaloriza a via consensual. Afinal, de que adiantará acordar medidas de monitoramento se a lei realmente autorizar o CADE a executar qualquer ação fiscalizatória *ad libitum* e independentemente das cláusulas ajustadas com os particulares?

Dada a incoerência entre tal interpretação ampliada e a lógica de gestão pública consensual, a leitura do art. 52, § 1º que se afigura mais apropriada é aquela que valoriza a negociação e coloca os poderes exorbitantes da Administração Pública em um plano subsidiário.

As medidas de monitoramento empregadas devem se limitar àquelas pactuadas pela Administração Pública e os compromissários. Se houver suspeitas de descumprimento das medidas de informação, como o falseamento de dados e a enganiosidade na confecção dos relatórios, bem como suspeitas fundadas de descumprimento do acordo, a Administração Pública deverá advertir o compromissário dos pontos que exigem esclarecimento e, somente frente à sua omissão, empregar os poderes exorbitantes da

⁹³ FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em fusões. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 231.

⁹⁴ A contratação de terceiros é cláusula facultativa que consta expressamente do RICADE (art. 125, § 6º).

Administração Pública. Essa interpretação, de um lado, valoriza o acordo como via consensual legítima e eficiente, sem, de outro, ignorar a indisponibilidade dos interesses públicos primários tutelados pelo SBDC. Adicionalmente, tal interpretação se coaduna com uma visão relativista e flexível dos poderes exorbitantes em contratos celebrados pela Administração Pública, o que se alinha, por exemplo, aos posicionamentos de Moreira Neto e Menezes de Almeida.⁹⁵

5.12 ACC: Cumprimento, descumprimento e mora

A celebração de um ACC gera efeitos tanto para o Poder Público, quanto para o administrado-compromissário. Uma vez firmado, dele resultam obrigações para os signatários, cujo cumprimento ou descumprimento deflagrará sérias consequências jurídicas. Para evitar indevidas simplificações no tratamento da questão, a análise dessas consequências exige a diferenciação das situações fáticas conforme a natureza jurídica do envolvido (Administração Pública ou administrado) e conforme sua atitude frente ao acordo (cumprimento ou descumprimento). Demanda, outrossim, que se resgate a distinção clássica entre inadimplemento e mora.

A tarefa de debater o problema no direito administrativo torna-se mais dificultosa pelo fato de a legislação concorrencial atual ser amplamente lacunosa a respeito do acordo em concentrações. Já na legislação anterior, o tema era abordado explicitamente e o cumprimento do acordo pelo interessado lhe conferia o direito à aprovação definitiva da operação – conforme interpretação “*a contrario sensu*” do art. 55, § 3º da LDC/1994. Diversamente, na legislação atual, não há norma a esse respeito.

Não obstante, a interpretação sistemática do ACC como um acordo integrativo da decisão administrativa que acompanha o processo autorizativo de concentrações (decisão condicionada bilateralmente) não deixa outra solução, senão a de concluir que o cumprimento integral do acordo gera um direito subjetivo à manutenção da decisão autorizativa da operação de mercado. A inquestionável existência desse direito do compromissário funda-se no acordo e nos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé, os quais vedam à Administração Pública contrariar suas próprias declarações e decisões sem autorização legal ou motivo adequado para tanto.

Em relação ao descumprimento parcial ou total do ACC, o veto do art. 92 da LDC também retirou da legislação normas importantes que tratavam do assunto. Dispunha o § 3º do dispositivo vetado que “o descumprimento do acordo referido neste artigo implicará a revisão da respectiva aprovação pelo CADE e a abertura de processo administrativo

⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, 2008, p. 581-582 e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, 2008, p. 335 e seguintes. Em sentido contrário, cf. BORGES, Alice Gonzalez. *Temas de direito administrativo atual (estudos e pareceres)*, v. 2, 2010, p. 161.

para a adoção das demais medidas cabíveis”. O conteúdo do parágrafo vetado é muito semelhante ao do art. 58, § 3º da LDC/1994, ressalva feita à substituição da expressão “revogação do acordo” (da lei anterior) por “revisão do acordo” (no texto vetado).⁹⁶

Fato é que o artigo 92 foi vetado, restando dúvida acerca das consequências que deverão ser conferidas ao ACC hoje. Um exame sistemático do direito administrativo mostra, no entanto, que a lacuna resultante do veto presidencial não gera grandes inconvenientes práticos. Conquanto o ACC configure um acordo celebrado no âmbito do poder de polícia administrativa, o que por automático exclui o pagamento de perdas e danos como efeito do inadimplemento contratual – já que o Estado não tem interesse patrimonial envolvido –, aplicam-se ao ajuste em tela o poder de extinção unilateral, bem como de aplicação de multas punitivas.

É necessário advertir que essas consequências do inadimplemento não devem ser generalizadas irrefletidamente. Há inadimplementos em diferentes graus. Uns são definitivos, outros transitórios (ou meros atrasos); uns atingem obrigações principais, outros atacam as acessórias. Diante dessa pluralidade de situações, torna-se imprescindível diferenciar: (1) o descumprimento total do acordo de seu descumprimento parcial; (2) o descumprimento de cláusulas principais (medidas estruturais ou comportamentais) do de cláusulas acessórias (de prestação de informações, por exemplo); e (3) o inadimplemento definitivo do transitório (ou mora) na execução das obrigações pactuadas.

Os comportamentos dos compromissários que desrespeitem o ACC exigem avaliação cautelosa pelo CADE. Não se deve entender que o descumprimento injustificado do compromisso necessariamente implique a cassação de autorização da concentração e a abertura de processo administrativo sancionador. Se o descumprimento recai sobre obrigações principais, daí decorre tão somente a *possível cassação* e a *eventual abertura* de processo punitivo. Ambas as consequências não são vinculadas, mas sim discricionárias e, por conseguinte, eventuais.

A cassação dependerá de uma avaliação pautada pelo princípio da razoabilidade. À autoridade pública cabe verificar se, apesar do descumprimento das obrigações, o acordo ainda é exequível e adequado para evitar os efeitos negativos da concentração autorizada condicionalmente. Cumpre-lhe ponderar se o acordo pode ser mantido ou se se impõe afastá-lo, o que implicará automaticamente a reprovação da concentração que fora inicialmente aprovada de modo condicional.

De outra parte, o emprego do processo sancionador deverá ficar restrito às situações em que as condutas das empresas envolvidas no acordo efetivamente representem uma potencial infração administrativa à ordem econômica, exigindo as medidas repressivas

⁹⁶ Essa alteração provavelmente visava conceder mais flexibilidade à autoridade antitruste para avaliar cada episódio de descumprimento, evitando que a norma fosse interpretada como um dever de revogação sem a consideração das peculiaridades do inadimplemento. Além disso, pode-se compreendê-la como um ajuste conceitual, já que a revogação depende de um juízo de interesse público e não se mostra compatível com o cenário de inadimplemento do acordo.

previstas na legislação. Não se pode presumir que a conduta de descumprimento do acordo necessariamente represente uma infração contra a ordem econômica. A responsabilização administrativa no controle repressivo demanda a comprovação de uma série de elementos previstos na legislação que superam a mera violação de obrigações pactuadas no ACC.

Diga-se, ainda, que referidas consequências, pela sua gravidade inegável, perderão sua funcionalidade caso o inadimplemento recaia sobre obrigações acessórias (como a de fornecer prestação de contas) ou caso se constate simples mora no cumprimento das obrigações – por exemplo, a de fornecer relatórios de cumprimento ao CADE ou prestar um ou outro tipo de informação. Nessas situações, as sanções aplicadas devem ser mais brandas, correspondendo unicamente à aplicação de multa diária especificamente prevista na LDC/2011 (art. 39).

Outro ponto relevante diz respeito à diferenciação entre descumprimento injustificado e justificado (ou inexecução involuntária do acordo). O descumprimento *justificado* de algumas obrigações principais ou acessórias não autoriza a extinção unilateral do acordo nem a aplicação de outras medidas punitivas pelo fato de não ser imputável ao compromissário. Ele resulta, em regra, da superveniência⁹⁷ de força maior (fato da natureza irresistível), caso fortuito (fato imprevisível) ou fato de terceiro, sobretudo fato do príncipe ou da Administração – figuras entendidas a partir da teoria dos contratos administrativos.⁹⁸

A esse respeito, Passos defende que caberá ao plenário do CADE aceitar ou não as justificativas aduzidas pelos compromissários e, diante da aceitação, o acordo persistirá.⁹⁹ Esse posicionamento está correto, mas deve ser tomado com cautela. Se for certo que o Conselho deva apreciar os motivos trazidos pelos compromissários para escusar o inadimplemento, de outra parte, não há como sustentar que se possa impor ao particular o cumprimento de obrigações real ou juridicamente impossíveis. Caso a justificativa do administrado seja real, plausível e efetivamente impeditiva do cumprimento da obrigação pactuada, não sobra espaço para se recusá-la. Fora isso, há que se

⁹⁷ Bem explica Orlando Gomes que “a inexecução decorrente do acaso caracteriza-se pela impossibilidade da prestação, determinada por evento estranho e superior à vontade do devedor. Deve tratar-se, obviamente, de impossibilidade superveniente, visto como, se for originária, a relação obrigacional será nula...”. GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17. ed., 2008, p. 176.

⁹⁸ “O fato da Administração difere do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro relaciona-se diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como ‘parte’ do contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato. O fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico”. Ele “pode provocar uma suspensão do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração públicas*, 6. ed., 2008, p. 100. Tal lógica vale sem reparos para os acordos celebrados na ação de polícia administrativa.

⁹⁹ PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: *Direito concorrencial*, 2003, p. 417.

ressalvar o caso em que o inadimplemento atinge todas as obrigações principais, situação em que o ajuste se extinguirá automaticamente.

Embora geralmente se destaque o inadimplemento por parte do administrado-compromissário, o desrespeito ao acordo celebrado não lhe é conduta exclusiva. Como o ACC, diferentemente do APRO, representa um acordo sinalagmático, é preciso verificar quais são as consequências do descumprimento das obrigações pelo CADE.

É possível imaginar, por exemplo, que a agência não exerça devidamente suas obrigações de monitoramento ou de orientar terceiros responsáveis pela fiscalização. É ainda imaginável que ela se recuse maliciosamente a reconhecer o cumprimento do acordo e, com isso, obste a eficácia da concentração, de modo a contrariar o que havia inicialmente pactuado em nome do Estado. Em todas essas hipóteses há clara violação da legalidade (seja da moralidade, seja da boa-fé, seja da mínima eficiência administrativa). Por conseguinte, assim como ocorre diante do inadimplemento culposo do compromissário privado, eventuais inadimplementos do CADE poderão suscitar debates a respeito da responsabilidade civil do Estado por dano causado ao compromissário.

Por simetria, excepcione-se unicamente a hipótese de o inadimplemento do ACC pelo CADE ser involuntário. Nessa situação, são também aplicáveis em favor do Estado as regras do caso fortuito e da força maior por decorrência da teoria geral das obrigações, bem como a excludente de responsabilidade por culpa exclusiva do próprio administrado.

A partir das considerações apontadas, o que se pretende evidenciar é que há uma escala de situações fáticas quando se trata da inobservância de um acordo celebrado entre agentes de mercado e Estado no exercício de funções regulatórias. Frente ao descumprimento injustificado (ou voluntário) de obrigações principais pelo administrado, as implicações mais graves – porém quase sempre discricionárias – são a extinção unilateral do acordo e a abertura de processo administrativo sancionador contra o compromissário. Diferentemente, face ao descumprimento injustificado (ou fortuito) de obrigações acessórias ou à ocorrência de mora, as implicações devem consistir meramente na aplicação de multas.

Em sendo justificado o descumprimento (transitório ou definitivo), a despeito do tipo de obrigação envolvida, não estará o administrado sujeito a reprimendas. De modo análogo, o descumprimento injustificado pela Administração Pública poderá dar margem à sua responsabilização civil contratual e, eventualmente, a medidas de responsabilização administrativa especificamente quando se constar culpa ou dolo de determinado servidor público. Contudo, se o descumprimento do ACC for escusável, o Estado estará igualmente imune às consequências apontadas.

5.13 Anulação, revogação e rescisão unilateral do ACC

Tema mais polêmico que o do inadimplemento culposo do acordo – assunto clássico da teoria das obrigações – refere-se à extensão dos poderes exorbitantes da Administração Pública sobre os acordos que celebra no exercício do poder de polícia e, no caso, da

atividade regulatória. É com esse pano de fundo que o exercício do poder de anulação e, sobretudo, de revogação e rescisão unilateral entra em cena. Tais conceitos são velhos conhecidos dos administrativistas, mas sua disciplina recente e as manifestações de especialistas em defesa concorrencial a respeito de sua (in)aplicabilidade no controle de concentrações exigem breves considerações sobre o assunto.

O princípio da legalidade – instrumento de raiz democrática que garante a permeabilidade da Administração às vontades do povo – impõe ao agente público a missão de restaurar a compatibilidade da ação pública com o ordenamento jurídico sempre que essa relação é quebrada. Tradicionalmente, a restauração da legalidade perdida na produção do ato se dá mediante a técnica de anulação do ato viciado, ou seja, sua extinção com efeitos *ex tunc*. Em sucinto resgate conceitual, a anulação desponta como medida de afastamento de atos e contratos celebrados pelo Estado com vício de legalidade.¹⁰⁰

Acontece que o instrumental de proteção da legalidade evoluiu e, por consequência, a teoria da anulação sofreu alterações. A uma, essa evolução decorreu do reconhecimento doutrinário de que os vícios de legalidade são diversos. Uns são mais graves, outros nem tanto; uns são sanáveis, outros não.¹⁰¹ A duas, a razoabilidade ganhou espaço no direito administrativo¹⁰² e inseriu a técnica de ponderação na escolha dos meios de restauração da legalidade. Nesse contexto, a anulação perdeu forças. A convalidação despontou ao seu lado como importante meio de correção dos vícios de legalidade e, para alguns, assumiu um papel preponderante (e preferencial) diante do princípio da segurança jurídica e da eficiência.¹⁰³ Mas as mudanças não pararam por aí. A anulação foi absorvida pelas leis de processo administrativo do final da década de 1990 e, ali, viu-se limitada diante da emergência do princípio de proteção da confiança legítima e da boa-fé dos administrados, raiz da positivação, na LPA, da decadência do poder anulatório.

¹⁰⁰ A anulação representa a técnica de eliminação de uma invalidade originária, enquanto o decaimento representa a eliminação por invalidade superveniente. A respeito das diversas formas de extinção de atos, cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Teoria do ato administrativo*, 2. ed., 2008, p. 73 e seguintes.

¹⁰¹ No Brasil, a Lei de Ação Popular indica os vícios clássicos do ato administrativo. Contudo, ela não detalha a matéria, nem tampouco distingue vícios sanáveis de insanáveis. A LPA federal, apesar de ter disciplinado vários aspectos da teoria dos atos administrativos, infelizmente não abordou a questão. É por essa razão que se diz que a construção da teoria que separa os vícios suscetíveis de convalidação dos não convalidáveis é doutrinária e pautada por uma interpretação lógica do ordenamento jurídico. Em detalhes sobre a evolução doutrinária da teoria das nulidades no Brasil, cf. HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*, 2. ed, 2010, p. 201 e seguintes.

¹⁰² A respeito da razoabilidade no âmbito do direito administrativo, cf. a tese de NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*, 2006, p. 153 e seguintes.

¹⁰³ Nesse sentido, cf. principalmente ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 3. ed., 2008 e, diretamente baseado na teoria da autora, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28. ed., 2011, p. 480. Em posição diversa, sustentando a discricionariedade mais ampla no modo de restauração da legalidade, ARAÚJO, Edmir Netto. *Convalidação do ato administrativo*, 1999, p. 133 ou ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, 5. ed., 2010, p. 517-518.

Todas essas transformações influenciam a análise da estabilidade dos acordos administrativos celebrados no exercício da atividade regulatória, inclusive no âmbito do SBDC.

É inegável que vícios que maculem o processo administrativo autorizativo, o ato de autorização condicional, o procedimento de negociação do ACC ou mesmo o acordo em si podem dar margem à anulação. Sem embargo, como o acordo celebrado afigura-se, primariamente, um ato benéfico ao particular e a ação restritiva do Estado se sujeita aos imperativos da razoabilidade, vícios sanáveis de legalidade devem ser prioritariamente extirpados pela técnica da convalidação. Pelas mesmas razões, em benefício dos administrados que celebram o acordo em concentrações incide a decadência do poder de anulação após cinco anos da prática do ato que o autoriza (no caso o ato de aprovação do acordo), desde que o compromissário privado tenha agido de boa-fé (LPA, art. 54). E não atingido o prazo necessário à referida decadência, a anulação contra o administrado de boa-fé exigirá a devida reparação por danos, na esteira do que sustenta Bandeira de Mello.¹⁰⁴ Desse modo, embora a anulação se aplique ao acordo integrativo celebrado pelo CADE com os requerentes da concentração, o instituto há que ser interpretado cautelosamente.

O debate acerca do uso da revogação e da rescisão unilateral afigura-se ainda mais polêmico, sobretudo pela confusão entre os dois institutos e pela adoção do termo *revogação* de maneira frequentemente equivocada.

Salomão Filho posiciona-se visivelmente contra a revogação no âmbito do direito antitruste. Aduz que a competência do Estado para aprovar uma concentração não indica sua competência para revogá-la. Em seu entendimento, seria necessário que a lei atribuísse competência específica para tal. “Tratando-se de controle da atividade econômica privada, o princípio geral é o da livre-iniciativa, fundamento da própria ordem econômica”. Assim, não seria “possível a revogação do ato de aprovação pelo CADE, a não ser em caso de descumprimento do compromisso de desempenho [...] o mesmo se aplica a qualquer tipo de modificação a ser introduzida na aprovação. Não é possível interferir na concentração propriamente dita [...] a única alteração possível é a bilateral, acordada pelas partes”.¹⁰⁵ Schirato e Palma, sem se referirem diretamente à defesa da concorrência, manifestam entendimento semelhante ao tratarem de instrumentos pró-consensuais de natureza contratual.¹⁰⁶

Para se evitar qualquer mal-entendido, há que se diferenciar, porém, o instituto da revogação de alguns outros igualmente ocorrentes na defesa da concorrência. Em primeiro lugar, não se deve confundi-lo com a extinção do ato de aprovação da operação e do

¹⁰⁴ “Ainda quando a invalidação do ato corresponda a comportamento legítimo... emergirá responsabilidade pública pelos prejuízos que, dessarte, resultem ao administrado, desde que este, tendo agido na conformidade do ato anulado, haja procedido de boa-fé”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, 2010, p. 94.

¹⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, 2. ed., 2002, p. 310-311.

¹⁰⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *RBDP*, nº 27, 2009, p. 7-8 da edição digital.

ACC por descumprimento de cláusulas contratuais. Nessas hipóteses, melhor se referir a cassação ou a caducidade, ambas praticadas de modo unilateral pelo Estado, mas por falta cometida pelo administrado (inadimplemento voluntário).

Em segundo lugar, é preciso distinguir a revogação de ato administrativo da rescisão unilateral de acordos. Não se fala geralmente de revogação de acordos ou contratos, mas tão somente de rescisão unilateral, apontada em algumas leis administrativas como encampação (como se vislumbra em matéria de concessões). A revogação, por sua vez, refere-se puramente a atos administrativos. Por conseguinte, no direito administrativo da concorrência, apenas a autorização da concentração se sujeita à revogação.

Essa distinção tem efeito bastante relevante. A rescisão unilateral do acordo com a manutenção do ato de autorização administrativa da concentração é inaceitável. Isso, porque ela constitui um poder que depende de previsão legal. Como a LDC não a menciona, eventual rescisão unilateral afrontará a legalidade administrativa, a moralidade e a boa-fé que pauta as relações contratuais. Distinta é a situação em que o acordo é afetado e extinto por força de revogação da autorização da concentração. Em se tratando de ajuste integrativo, ou seja, acessório a um ato administrativo principal, é natural que a extinção do ato torne impossível a manutenção do acordo. Dizendo de maneira mais simples: não faz sentido manter um acordo que discipline obrigações quanto à concentração econômica se o ato estatal que a aprovara deixa de existir. A revogação do ato implica a extinção do acordo acessório.

Para se evitar qualquer dúvida sobre a possibilidade jurídica dessa última hipótese, recorde-se que a revogação (do ato e não do acordo unicamente) constitui um instrumento do direito administrativo geral, ainda mais após ter sido consagrada em normas básicas da LPA federal (art. 53). E esta lei, como é consenso entre os especialistas, aplica-se para qualquer setor de ação da Administração Pública no âmbito da União, sobretudo quando não haja norma específica a reger uma situação concreta.¹⁰⁷ Nesse sentido, diante da omissão da LDC, a LPA autoriza que Administração Pública, incluindo o CADE, revogue seus próprios atos por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Como dito, ainda que o ACC não seja um ato administrativo, fato é que ele constitui um acordo integrativo, acessório, dependente de um ato unilateral do CADE. Por isso, ao revogar o ato de aprovação condicionada, o Conselho automaticamente extingue o acordo em concentrações.

Embora o ordenamento jurídico confira suporte à revogação, na prática, dificilmente o instituto encontrará espaço, mormente pelas restrições impostas por princípios gerais e direitos fundamentais. Da teoria geral do direito administrativo, extraem-se: (1) a necessidade de motivos fáticos e jurídicos que demonstrem sua necessidade por força de interesse público primário que incida indisputavelmente no caso concreto, pois, como registra Sundfeld, “descabe ao administrador invocar vaga e imprecisa noção

¹⁰⁷ Cf. os artigos 1º, § 1º e 69 da LPA federal. Sobre o assunto, cf., entre outros, os comentários de CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*, 3. ed., 2005, p. 38.

de interesse público, para com ela constranger a liberdade dos indivíduos”;¹⁰⁸ (2) a explicitação obrigatória, clara e congruente dos referidos motivos;¹⁰⁹ (3) o respeito à razoabilidade; (4) a observância de direitos adquiridos; (5) a garantia de ampla defesa aos administrados potencialmente atingidos;¹¹⁰ (6) o dever de indenização por danos materiais e morais; e (7) a manutenção de atos que já tenham esgotado seus efeitos.¹¹¹ Perante tantas exigências e restrições, custa imaginar que o CADE conseguirá revogar atos de autorização de concentrações, de sorte a prejudicar a existência e a eficácia de acordos acessórios.

Por tudo isso, acredita-se que a busca de alterações consensuais seja muito mais recomendável e provável para se solucionar eventuais incompatibilidades entre aprovações de concentrações e interesses públicos primários do que propriamente o emprego da revogação do ato, a qual restará confinada a situações especiais em que, por exemplo, sua manutenção se torna logicamente insustentável por modificações da realidade de mercado ou pela realização de novas concentrações envolvendo os agentes econômicos que anteriormente celebraram o ACC.

5.14 O papel de terceiros, das agências e do MP

As concentrações submetidas ao controle estatal são operações de mercado extremamente impactantes. Daí não serem poucos os interesses em uma análise profunda da operação e, quando cabível, na celebração de um acordo apto a efetivamente conter seus potenciais efeitos negativos seja sobre o funcionamento do mercado relevante atingido, seja sobre consumidores e fornecedores. O problema é que os acordos são ajustes celebrados entre o particular (empresas requerentes) e o CADE, não havendo, a princípio, uma norma legal que discipline o papel de terceiros no iter pró-consensual. É em face dessa lacuna que se indaga: qual a posição jurídica de agências reguladoras, do MP e, principalmente, de terceiros? Podem eles propor acordos, participar da sua negociação ou da sua fiscalização?

¹⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, 2003, p. 31. Criticamente contra a “unicidade do interesse público”, cf. também MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação*. In: *Princípios de direito administrativo*, 2012, p. 419 e seguintes.

¹⁰⁹ Esta é a imposição da LPA federal (art. 50, § 1º). “A explicitude já constitui, por si só, a marca da motivação... Clareza é a qualidade daquilo que é transparente, inteligível, suscetível de ser interpretado [...] A congruência, a seu turno, é fator só compreensível se tomados em consideração dois ou mais elementos de confronto. No caso, haverá congruência quando a motivação exibida no ato for compatível, sob o aspecto lógico, com o objetivo a que se destina”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*, 3. ed., 2007, p. 250.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 5. ed., 2010, p. 396 e seguintes.

¹¹¹ O que interessa não é o cumprimento imediato ou de trato continuado da obrigação, mas sim o fato de ter sido executada por completo ou não. Daí que obrigações imediatas ainda pendentes podem ser revogadas. Nesse sentido, AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*, 2008, p. 81.

Essas indagações não aceitam uma resposta genérica, positiva ou negativa. Em vista tanto da pluralidade dos agentes externos dependentes da concentração ou por ela atingidos, quanto da complexidade do procedimento de consensualização no controle de concentrações, é preciso que se faça um exame mais pormenorizado da matéria a partir das fases de propositura, negociação e fiscalização do acordo conforme cada um dos agentes externos, a saber: o MP, as agências e terceiros (e.g. consumidores, fornecedores e concorrentes).

5.14.1 Participação na propositura

A propositura consiste no momento de apresentação formal do interesse do Estado ou dos administrados na abertura da via consensual. Em relação a ela, a participação de terceiros e representantes parece ser parcialmente cabível. Melhor dizendo: defende-se aqui que as agências e o Ministério Público são entidades legítimas a solicitar a negociação do ACC, mas o mesmo não se pode sustentar em relação a terceiros em geral. Explique-se.

O processo autorizativo configura um tipo de procedimento movido pelo interesse específico dos agentes de mercado na aprovação de uma concentração, o que se dá pela expedição de um ato autorizativo pelo Estado. Na presença de preocupações concorrenciais que representem um risco elevado de reprovação da operação, os interessados diretos no uso de instrumentos dialógicos são os próprios requerentes. Os concorrentes, consumidores e fornecedores, bem como seus representantes, participam no processo somente na qualidade de colaboradores do CADE, fornecendo-lhe provas e informações, ou de recorrentes administrativos – tal como explicitado no Capítulo 3. Não lhes resta, portanto, interesse em solicitar um acordo que o próprio interessado não procurou negociar.

Já a situação das agências reguladoras e do Ministério Público afigura-se bastante diferente. Por mais que o legislador pareça ter objetivado excluir o MP do controle de concentrações, essa tentativa mostrou-se em vão. Isso, porque tal entidade detém competência constitucional para zelar por interesses coletivos e difusos (art. 127, *caput*, CF), a qual jamais poderia ser suprimida por lei ordinária. A partir dessa constatação e considerando-se que várias agências reguladoras e o próprio Ministério Público dispõem igualmente de vias consensuais para solucionar problemas de ordem pública, não sobraria ao CADE motivo para negar um pedido de abertura de negociações de acordo formulado por uma agência ou pelo MP. Afinal, se o CADE recusasse tal pedido, bastaria que as referidas entidades caminhassem para acordos próprios, o que acabaria por prejudicar o controle de concentrações.

É verdade que o poder de interferência das agências na atividade do CADE é menor quando se consideram suas competências setoriais. O mesmo não se pode dizer em relação ao MP. A possibilidade de celebração de um TAC abrange, por força da LACP, questões de natureza econômica e, por conseguinte, concorrencial. A partir dessa premissa, em estudo específico sobre a temática, Grinover manifestou-se claramente a favor da

possibilidade de o MP (bem como outros legitimados conforme a LACP) negociar um TAC em matéria concorrencial.¹¹²

Apesar de tais argumentos terem sido elaborados à luz da LDC/1994, a validade das conclusões perdura, haja vista que as competências constitucionais do MP continuam as mesmas. Por resultado, parece cabível que o *parquet* ou mesmo uma agência que disponha de instrumentos pró-consensuais venha sugerir ao CADE a abertura de negociações para sanar preocupações com os efeitos negativos da operação. E a abertura da via consensual nesse caso, sem embargo de suas inconveniências no curto prazo, mostra-se benéfica em um panorama temporal mais amplo, já que fortalece a ação do CADE e evita conflitos e questionamentos, inclusive judiciais, que uma ação isolada e não dialógica da autarquia concorrencial poderia suscitar.

5.14.2 Participação na negociação

Imagine-se agora outra hipótese. O CADE abre negociações com os requerentes da aprovação da concentração a despeito de qualquer iniciativa externa. Seria cabível, *in casu*, a participação de terceiros, de agências e do MP? Considerando-se uma resposta positiva, existiria um direito subjetivo à participação na negociação ou apenas uma faculdade de o Conselho autorizá-la?

A solução do primeiro questionamento é mais simples. Não há fundamento jurídico qualquer que permita vedar, abstratamente, a participação de terceiros, de agências ou mesmo do MP na negociação de um acordo em concentração. Não interessa aqui a ausência de uma norma da LDC que preveja essa participação, nem tampouco a restrição, atualmente contida na LDC, da atuação do MP ao controle repressivo da concorrência (ou ao processo administrativo sancionador). A participação de terceiros na negociação constitui uma possibilidade indiscutível, uma vez que: (1) permite ampliar a visão e os argumentos da negociação; (2) facilita a solução de conflitos de maneira preventiva, evitando a judicialização; (3) colabora para a busca de um acordo mais aceitável do ponto de vista social e, se assim o for, mais estável. Traduzindo em princípios, a pluralidade de opiniões e manifestações é capaz de agregar publicidade, efetividade e legitimação à via consensual.

Entretanto, referidos benefícios são meramente potenciais. Não se pode ingenuamente elevar os instrumentos consensuais da Administração Pública à condição de remédios definitivos para problemas de legitimidade, efetividade e qualidade da decisão administrativa. O espaço de diálogo que viabiliza o consenso, também viabiliza o dissenso, novos conflitos argumentativos, eventuais atrasos procedimentais e, eventualmente, impossibilita a solução negociada. É a partir dessa consideração que se visualiza uma sutil distinção entre a “administração pública *dialógica*” e a “administração pública *consensual*”.

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. *R-IBRAC*, v. 16, 2009, p. 197.

Dialogar representa um procedimento comunicacional; atingir consenso significa chegar a consentimentos recíprocos a partir do diálogo. Exatamente por isso, conquanto se reconheça que a participação de terceiros seja juridicamente possível (mas não impositiva), cumpre sopesar os benefícios e prejuízos procedimentais que ela pode ocasionar durante a negociação. Com base nessa reflexão é que se decide se a participação de terceiros é conveniente ou não em cada caso.

Disso exsurge que não há direito subjetivo de terceiros à participação nas negociações de acordos no controle de concentrações.¹¹³ A participação de terceiros será apenas devida quando a negociação for aberta em virtude de solicitação do Ministério Público ou de agência reguladora do setor abrangido na operação – possibilidade que, há pouco, sustentou-se como plenamente possível. Fora dessas hipóteses, a avaliação será basicamente realizada pelo CADE.

A propósito da discussão, nem se alegue que a LPA garante aos titulares de direitos e interesses subjetivos envolvidos em qualquer processo administrativo sua participação na qualidade de interessado superveniente (art. 9º, II). Essa figura jurídica diz respeito unicamente ao processo administrativo em si e não ao procedimento de negociação de acordo administrativo. Os interessados supervenientes estão autorizados a solicitar seu ingresso no processo autorizativo e, diante de um pedido de negociação do acordo, poderão peticionar no intuito de, ao final da negociação, evitar que o acordo seja aprovado pelo TADE. Sua participação na negociação não decorre automaticamente da legitimidade que detém para atuar no processo administrativo e interpor recursos administrativos. Destarte, para fins do procedimento negocial, não interessa a diferenciação da LPA entre os interessados supervenientes e os meros participantes. Em consulta ou audiência pública relativa exclusivamente ao acordo – e não ao processo autorizativo em si –, os terceiros com ou sem direitos envolvidos terão o mesmo *status*.¹¹⁴

Apesar de inexistir um direito subjetivo à participação nas negociações, registre-se a importância de o Conselho anuir com pedidos de colaboração formulados por agências reguladoras quando a operação de mercado submetida ao CADE é, simultaneamente, objeto de regulação setorial (*e.g.* energia, telecomunicações, serviços de saúde etc.). A razão dessa afirmativa é uma só: não se revela simples separar os âmbitos da regulação setorial e da concorrência, sobretudo em relação a atividades públicas liberalizadas,

¹¹³ Em igual sentido, VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. *Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência*, 2009, p. 108.

¹¹⁴ Essa ressalva é extremamente relevante, pois, na teoria geral do processo administrativo, existe uma diferença clara entre o *status* do interessado superveniente e o do mero participante. O “participante” da consulta e audiência não detém direitos e interesses juridicamente tutelados no processo. O participante é muito mais um colaborador do que efetivamente um interessado. Não lhe cabe o direito de recurso e de produção de provas para além dos mecanismos de participação popular. Ele possui somente direito de acesso aos autos, de formulação de colaborações ou críticas, de consideração estatal dessas manifestações e de resposta fundamentada. Essa distinção encontra fundamento legal no art. 31, § 2º da LPA.

como se vislumbra no campo de serviços públicos privatizados ou no caso de serviços de interesse social.

Conforme sistematização de Paz, sequer existe um único padrão de relacionamento entre antitruste e regulação setorial. Na melhor simplificação, há ao menos três arranjos imagináveis: no primeiro, a regulação e o direito concorrencial buscam objetivos distintos, o que os torna complementares; no segundo, perseguem objetivos idênticos ou sobrepostos,¹¹⁵ o que realça o papel da regulação em detrimento do antitruste; no terceiro, apesar de objetivos comuns, a regulação deixa espaço para condutas autônomas que se sujeitam ao antitruste.¹¹⁶ Sendo assim, a participação de agências reguladoras na negociação de acordos certamente servirá para: (1) oferecer ao CADE uma visão técnica da matéria debatida, permitindo-lhe mais bem compreender a operação e os segmentos de mercado envolvidos; (2) evitar que o acordo preveja cláusulas impossíveis ou incompatíveis com normativas setoriais; (3) impedir que a política regulatória do CADE obste objetivos de políticas setoriais; e (4) ampliar a segurança jurídica dos envolvidos, na medida em que eles se certificarão de que o cumprimento do acordo negociado na esfera antitruste não deverá acarretar infrações administrativas setoriais.

5.14.3 Participação na fiscalização

Conforme se argumentou, durante a propositura e a negociação do ACC, há certas restrições à participação de terceiros e, inclusive, de entidades públicas. A mesma conclusão não vale para a fase de fiscalização. Acredita-se, nesse ponto, que há um direito subjetivo de monitoramento do acordo, o que, na prática, equivale a afirmar que terceiros em geral, bem como agências e o próprio Ministério Público, estão legitimados a acessar os termos do acordo (com ressalva de cláusulas confidenciais) e a peticionar ao CADE para informar o descumprimento do que fora pactuado.

Esse direito subjetivo de fiscalização decorre primariamente do princípio da publicidade e da transparência, do direito de controle social das atividades administrativas, previstos de modo geral na CF (art. 37, § 4º), e do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos primários. Quanto mais intensa for a fiscalização do acordo, mais rapidamente serão descobertas violações ao pactuado e tomadas medidas corretivas pela Administração Pública. A ampliação de mecanismos fiscalizatórios (legais, naturalmente) colabora

¹¹⁵ É o que ocorre, no Brasil, com as competências do CADE no controle de concentrações e o BACEN, pois a Lei n. 4.595/1964 (art. 10) dispõe competir “privativamente ao Banco Central da República do Brasil [...] X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) funcionar no País... c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas... g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário”. A respeito da problemática, cf., entre outros, ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas*, 2002, p. 332-337.

¹¹⁶ PAZ, José Carlos Laguna. Regulation and competition law. *European Competition Law Review*, v. 33, nº 2, 2012, p. 82.

com a garantia da efetividade da gestão pró-consensual no controle de concentrações, o que, em última instância, valoriza-a perante a sociedade e o mercado.

É por isso que se discorda de Fagundes e Rocha, os quais não parecem aceitar um direito subjetivo de monitoramento e, ainda, advertem que a participação de terceiros é capaz de tornar a fiscalização mais complexa, “até porque terceiros envolvidos têm seus próprios interesses privados que não necessariamente estão em harmonia com os interesses públicos da autoridade antitruste”.¹¹⁷ Se a premissa da disputa de interesses é verdadeira, de outro lado, é imperativo reconhecer que o CADE, por sua baixa capilaridade operacional e escassos recursos, não pode abrir mão das técnicas de controle social para atingir suas finalidades públicas. Ademais, o risco de que o direito de monitoramento possa se transformar em um abuso do direito de petição tende a se reduzir ao longo do tempo, sobretudo em um cenário em que a figura da “*sham litigation*” ganha força.¹¹⁸ Daí por que o risco de exercício abusivo do direito de petição sob o pretexto de controlar os ajustes celebrados entre a Administração Pública e um agente de mercado não deve ser visto como argumento suficiente para descartar a colaboração da sociedade nessa tarefa específica do controle de concentrações.

¹¹⁷ FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em fusões. In: *Concentração de empresas no direito antitruste*, 2011, p. 231-232.

¹¹⁸ De acordo com Burini, são critérios para a configuração da “*sham litigation*” (ou abuso do direito de petição com finalidade anticoncorrencial): “a) pressuposto de detenção de poder de mercado, b) expectativa razoável de vitória – ação objetivamente infundada; c) ocultação de interesse contrário à concorrência; d) custo da demanda proporcionalmente maior e mais danoso para quem detém menor capacidade financeira; e) ação como ferramenta para macular a imagem da empresa perante o mercado; f) intenção de criar barreiras artificiais à entrada ou excluir competidores no mercado, g) prejuízo da atividade de competidores pelo aumento de custo, prejuízo à produção ou dano similar, h) influência de ações governamentais no sentido de prejudicar concorrentes”. BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*, 2010, p. 194. O CADE já tratou da questão em diversos casos, dentre os quais os PA nº 08012.004283/2000-40 e nº 08012.004484/2005-51, bem como as AP nº 08012.005610/2000-81, nº 08012.006076/2003-72 e nº 08012.005727/2006-50. Agregue-se ao tema que o abuso do direito de petição não deve ser limitado apenas à consideração do uso de ações judiciais. O movimento da máquina administrativa de má-fé e com o intuito de prejudicar concorrentes há que ser igualmente levado em conta.