

A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS INTERESSADOS NO CONTROLE DE ESTRUTURAS: TEORIA E PRÁTICA À LUZ DA EXPERIÊNCIA DO CADE

Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira

Guilherme Teno Castilho Misale

Resumo: O presente artigo aborda o instituto da intervenção de terceiros interessados no âmbito do controle de estruturas, situando-o do ponto de vista prático-teórico. Inicialmente, o artigo explora o fundamento teórico desse instituto, identificando sua previsão na legislação concorrencial, ao mesmo tempo em que levanta questões para reflexão. O artigo também apresenta um recorte estatístico desse instituto e traça um quadro específico sobre dois casos apreciados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A investigação empreendida se revela oportuna para jogar luz sobre uma temática importante, mas relativamente ainda pouco explorada na literatura nacional.

Palavras-chave: Terceiros interessados – Intervenção – Controle de estruturas – Lei nº 12.529/11 – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Teoria e Prática

Keywords: Interested third parties – Intervention – Merger Control – Law No. 12,529 of 2011 – Administrative Council for Economic Defense – Theory and Practice

1. Introdução¹

Passados mais de 50 anos da criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), um valioso legado para a política concorrencial brasileira foi construído e sedimentado. Sem dúvidas, nessa trajetória uma série de acontecimentos influenciou para a maturação do CADE.² Simplificadamente,

¹ As informações contidas neste artigo são exclusivamente baseadas em dados públicos, não havendo qualquer conflito ou informação privilegiada.

² Sobre o histórico dos 50 anos do CADE, ver: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos. CARVALHO, Vinicius Marques de; RAGAZZO; Carlos Emmanuel Joppert (org.). Brasília: CADE, 2013.

vislumbramos os principais acontecimentos agrupados sob dois vetores normativos: (i) a Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que concebeu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) e impulsionou o direito concorrencial no Brasil, e (ii) a Lei nº 12.529/11, de 30 de novembro de 2011, que reformulou estrutural e materialmente o SBDC, propiciando alterações significativas sob o ângulo do controle de condutas e estruturas.³ Ao longo dessa trajetória de rico aprendizado institucional, verificou-se também, como consequência de uma atuação técnica e efetiva,⁴ visibilidade e reconhecimento – nacional e internacional – da política antitruste brasileira.⁵

Sob o ponto de vista substantivo, em particular, a principal alteração nos últimos tempos se deu no âmbito do controle de estruturas.⁶ Diferentemente do que prescrevia a Lei nº 8.884/94, a Lei nº 12.529/11 estabelece a análise prévia⁷ de atos de concentração.⁸ Via de regra, o negócio só pode ser concluído, ou melhor, consumado, mediante a aprovação definitiva do CADE, sob risco

³ Para um quadro evolutivo do direito concorrencial no Brasil, bem como uma detalhada visão da Lei 12.529/11, ver, dentre outros: FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 8ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. Publicações da Escola da AGU. A Nova Lei do CADE. Brasília, n. 19, jul. 2012; MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos – De acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

⁴ Ver: CARVALHO, Vinicius Marques de. Por que o Cade foi parar em Davos?. Valor Econômico, 23 fev. 2017; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Um brinde à tecnocracia. O Estado de São Paulo, 20 abr. 2017; ANDERS, Eduardo Caminati; MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Os 5 anos da lei de defesa da concorrência: ‘quo vadis’?. O Estado de São Paulo, 29 maio. 2017. Acesso em 30 set. 2017.

⁵ O CADE vem acumulando prêmios e destaques internacionais. A autoridade foi considerada a melhor agência das Américas em 2016 pela Global Competition Review – GCR, uma revista britânica especializada em defesa da concorrência. Foi a segunda vez que o CADE ganhou esse prêmio. Em 2017, pelo quinto ano consecutivo, o CADE recebeu quatro estrelas no ranking realizado anualmente pela GCR.

⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes, BACHI, Fabiana Mesquita. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: CARVALHO, Vinicius Marques de; SCHAPIRO, Mário Gomes. Direito Econômico Concorrencial. São Paulo: Saraiva – Série GV Law, 2012.

⁷ Cf. art. 88, §2º, da Lei nº 12.529/11, e art. 147, caput, do Regimento Interno do CADE.

⁸ Para a definição legal de ato de concentração e os critérios de notificação, ver: art. 88, incisos I e II (valores alterados de acordo com a Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012), combinado com art. 90, da Lei nº 12.529/11.

de violação legal.⁹⁻¹⁰

Especialmente nesse contexto, um debate de enorme importância e que, em geral, vem passando ao largo do exame acadêmico no Brasil diz respeito ao instituto do terceiro interessado, mola propulsora deste artigo. Essa temática vem ganhando destaque na dinâmica empresarial, mormente em vista de uma série de precedentes do CADE em que se verificou concretamente a participação de terceiros interessados, amplificando os centros de atenção da análise concorrencial.

Nessa linha, o propósito deste artigo consiste em delinear questões gerais referentes à participação de terceiros interessados no bojo de atos de concentração, chamando a atenção para a experiência prática do CADE à luz de casos recentemente apreciados pela autoridade concorrencial. Com essa abordagem, intencionamos transcender a fronteira teórica e aportar uma análise prático-objetiva ao trabalho, de utilidade para pesquisas e investigações futuras.

Grosso modo, a presença do terceiro interessado no âmbito de atos de concentração oportuniza a vocalização de contrapontos, esclarecimentos e opiniões complementares, antagônicas ou diversas à narrativa de mercado e ao racional jurídico-econômico apresentado pelas partes enredadas na operação (requerentes). Usualmente, os terceiros interessados pontuam e esmiúçam algum tipo de preocupação, desconforto ou efeito concorrencial adverso que seria potencializado pelo ato de concentração à vista de um direito/interesse afetado.¹¹

A decisão do CADE sobre a aprovação de um dado ato de concentração poderá levar em conta os aspectos suscitados pelo terceiro

⁹ Ver: art. 88, §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.529/11, e art. 147, § 2º e art. 152, do Regimento Interno do CADE. Também, ver: CADE. Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

¹⁰ O regime de análise prévia de atos de concentração segue em consonância com o padrão das principais jurisdições mundiais. Com efeito, mais de 110 jurisdições adotam regime de análise, conforme assinalam Franceschini e Bagnoli ao referenciar para dados da International Competition Network – ICN. Ver: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente, p. 803. In: CARVALHOSA, Modesto. Tratado de Direito Empresarial – Direito Concorrencial, v. VII. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

¹¹ Importante a ressalva de que o terceiro interessado não se confunde com o agente que é oficiado ao longo da instrução processual para responder a ofícios formulados pela autoridade no contexto dos “testes de mercado”. Muito embora este também colabore (reativamente) com a autoridade, tal colaboração tende a ser limitada e não se compara com as prerrogativas legais conferidas ao terceiro formalmente habilitado.

supostamente afetado pela operação, cotejando seus argumentos em face da estrutura do mercado e dos efeitos líquidos do negócio. Noutras palavras, juntamente com uma miríade de variáveis que orbita a análise antitruste, a manifestação do terceiro pode introduzir elementos oportunos (e eventualmente inexplorados e até decisivos) quando da instrução do processo, colaborando para que a autoridade avalie a operação em suas nuances e forme seu juízo de valor de maneira mais transparente, dialógica, completa e efetiva.¹²

Sob esse pano de fundo, infere-se que a temática está longe de ser de menor importância. Avaliar a participação de terceiros interessados em atos de concentração importa, em síntese, averiguar, numa primeira etapa, os requisitos formais estabelecidos em Lei para a habilitação do terceiro no processo, cotejando, subsequentemente, se a autoridade competente irá recepcionar as manifestações desse terceiro *vis-à-vis* supostos interesses afetados pela operação. Em seguida, a análise se volta a investigar como a autoridade confronta, dimensiona e incorpora as informações trazidas pelo terceiro, especialmente para aperfeiçoar a compreensão do caso e colaborar na análise de mérito.¹³

Postos esses lineamentos introdutórios, o presente artigo encontra-se estruturado da seguinte forma: após esta Introdução, o Capítulo II situa o fundamento do instituto do terceiro interessado em pormenor, jogando luz para a seara do direito concorrencial, mapeando os dispositivos legais que versam sobre o assunto. Ato contínuo, o Capítulo III apresenta um panorama sintetizado das estatísticas envolvendo terceiros interessados no bojo de atos de concentração e o Capítulo IV ilustra 2 (dois) casos emblemáticos que contaram com a participação de terceiros. Na conclusão, faremos um balanço sintetizado e apontaremos possíveis perspectivas futuras para o instituto do terceiro interessado.

¹² Não é desarrazoado supor hipótese na qual o terceiro traga a lume questões eventualmente imperceptíveis para a autoridade em um primeiro momento (e que se não fosse esse terceiro, em específico, poderiam sequer ter sido aventadas) e que, ao final, se mostram relevantes para a construção do entendimento do regulador em seu juízo decisório. O contrário também é verdadeiro: é possível que o terceiro interessado ventile questões não robustas o suficiente para atestar os problemas concorrenciais alegadamente originados de um dado negócio, cabendo à autoridade equacionar esse filtro quando da avaliação da pertinência técnica das manifestações. Esse ponto será retomado adiante.

¹³ Subsidiariamente a esse exame, é importante ressaltar que a efetividade (e inclusive a legitimidade) das decisões do CADE no controle de estruturas guarda vínculo estreito com a apreciação do plexo de informações apresentado pelas requerentes, assim como em vista do cotejamento de eventuais argumentos postos pelos terceiros interessados (e eventuais outros agentes).

2. O instituto do terceiro interessado

2.1. Aproximação ao tema

Inicialmente, é válido tecer breves considerações a justificar a intervenção do terceiro no bojo de um processo administrativo. O instituto da intervenção de terceiros é originário do processo civil e empresta sua conceituação para o campo do processo administrativo.

Sob o enfoque processual, considera-se terceiro todo aquele que não é parte direta na ação, isto é, que não figura na qualidade de autor (parte ativa) ou réu (parte passiva) no processo, mas que pode vir a intervir na lide a fim de assistir a parte, se opor ao direito disputado, ser chamado por ser corresponsável pelo resultado da ação, ou, ainda, quando é nomeado ou chamado ao processo para responder sobre o direito que se versa.¹⁴

Na seara concorrencial, ao contrário do processo civil que prevê diferentes formas de ingresso na lide,¹⁵ em teoria, é permitido que o terceiro que tenha conexão com a relação jurídica sob análise (i.e., direito/interesse afetado) ingresse formalmente em dado ato de concentração ou processo administrativo (sentido estrito)¹⁶ mediante requisição do próprio terceiro (ato de volição própria que deve ser obrigatoriamente apreciado pela autoridade).

Para o escopo deste artigo, calcado na esfera do direito concorrencial, sob o postulado do direito administrativo, interessa-nos especificamente a lente

¹⁴ Com efeito, o interesse jurídico a fundamentar o ingresso do terceiro no processo pode ser multifário, podendo ser conceituado, simplificadamente, como a oportunidade legalmente concedida à pessoa não (diretamente) participante de determinada relação jurídica para nela atuar ou ser convocado a atuar, na defesa de interesses jurídicos próprios.

¹⁵ Nesse sentido, vale notar que o novo Código de Processo Civil (2015) inovou ao permitir o ingresso do terceiro interessado em qualquer tipo de processo, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, que apenas admitia o ingresso no bojo de um processo de conhecimento de procedimento comum ordinário, havendo restrições no procedimento comum sumário, nos procedimentos especiais e na execução. O novo CPC também criou duas novas modalidades de intervenção: (i) a modalidade incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o *amicus curiae*.

¹⁶ Não é o foco deste artigo tratar do eventual terceiro interessado no bojo de processos administrativos (sentido estrito), ou seja, processos decorrentes de investigações anticompetitivas. De toda sorte, de se apontar que a sua regulação também se lastreia sob o mesmo dispositivo genérico que abarca o terceiro em ato de concentração (art. 50 da Lei nº 12.529/11), mas, nessa vertente, o Regimento Interno do CADE é silente quanto a um prazo específico para se habilitar nos autos, diferentemente do que se verifica para as hipóteses de terceiros em atos de concentração.

do controle de estruturas, particularmente sob o ponto focal do terceiro habilitado nos autos. Na essência, trata-se da intervenção do terceiro com o condão de confrontar, isto é, por algum motivo se opor ao negócio sob análise, lastreado por argumentos técnicos (de natureza jurídica e econômica), por meio dos quais procura evidenciar ao ente julgador o(s) impacto(s) e malefício(s) do ato de concentração sobre a ordem econômica. Via de regra, referido terceiro objeta o ato pleiteando ao regulador a imposição de condicionantes para a aprovação da operação, ou ainda a completa reprovação do ato de concentração, sob a alegação de prejuízos irremediáveis (para além da ausência de eficiências) decorrentes da operação.

Um desdobramento materialmente relevante que daqui emerge reside no leque dos interesses afetados pelo ato de concentração. À primeira vista, ao conceito de *interesses afetados* subjaz um senso plurívoco. No caso, os interesses em questão devem necessariamente transcender o aspecto individual, vez que norteados por pretensões privadas, para se irradiarem sobre a esfera do coletivo/difuso, que se volta para a ordem econômica e a toma como o bem jurídico tutelado. Tecnicamente falando, entende-se que o fato gerador que engendra a oposição do terceiro deve vir radicado nas consequências adversas do ato de concentração sobre o bem-estar econômico e sobre a coletividade (e do terceiro dentro dessa comunidade), posto que há um interesse público a ser preservado e que justifica a possibilidade franqueada pela autoridade para que outros sujeitos não imediatamente ligados ao negócio, mas de alguma forma por ele afetado, ingressem no processo para sobre ele se manifestar.¹⁷

Com base nessa assertiva, norteados por uma interpretação teleológica da legislação concorrencial, parece-nos claro que o instituto da intervenção não se presta para o potencial terceiro que intenciona se insurgir contra o ato de concentração em virtude de pretensões privadas, como se transpondo o instituto do terceiro para um foro de lide privada.¹⁸

¹⁷ Como uma espécie de alerta para o CADE não confundir seus papéis e acabar por “advogar pelos interesses de terceiros interessados”, ver excerto do voto da Conselheira-Relatora no Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros e Cetip S/A – Mercados Organizados), ao dispor que “ (...) os remédios contemplados no item 10 deste Voto precisam endereçar as “amarras” em ambos os mercados. Caso contrário, o Cade pode parecer que está advogando pelos interesses dos terceiros interessados apenas, pois são eles quem estão “reclamando incessantemente” no âmbito deste AC. Cabe ao Cade observar, preservar e fomentar a concorrência em qualquer segmento que seja e não aquele onde está ocorrendo a reclamação!”. (grifos nossos).

¹⁸ Aliás, se o terceiro se utilizar do instituto da intervenção como artifício voltado à resolução de lide privada nada obsta, a nosso ver, que o CADE não apenas indefira o pedido de intervenção desse terceiro (se assim for possível identificar de plano), como

2.2. *Fundamento legal do instituto do terceiro interessado sob a égide da legislação concorrencial*

A Lei nº 12.529/11 traz uma abordagem genérica, estabelecendo concisamente que a Superintendência-Geral (“SG”) ou o Conselheiro-Relator podem admitir a intervenção no processo administrativo¹⁹ de “terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”.²⁰

O Regimento Interno do CADE (RICADE),²¹ por sua vez, adiciona o limite temporal para o “pedido de intervenção de terceiros interessados cujos interesses possam ser afetados pelo ato de concentração econômica”.²² O citado dispositivo estipula prazo de 15 (quinze) dias da publicação do edital do ato de concentração para o terceiro interessado se habilitar formalmente nos autos do processo.²³

Vemos duas questões emergindo com mais força nessa seara: a primeira delas reside na hipótese de a análise concorrencial ser de tal modo eficiente que em menos de 15 (quinze) dias da publicação do edital o ato de concentração venha a ser aprovado.²⁴ Como ficam os eventuais terceiros com interesses em ingressar no processo e que ainda não o fizeram? Para atos de concentração processados sob procedimento sumário, se verificada a hipótese

também imponha eventual medida administrativa, que, a depender do caso concreto, tenderia a desbordar para litigância de má-fé, por analogia ao disposto no art. 65, §3º da Lei nº 12.529/11 (também se poderia cogitar, em certos casos, eventual intervenção moldada por animus protelatório).

¹⁹ Sem qualificar se ato de concentração ou processo administrativo em sentido estrito.
²⁰ Cf. art. 50, inciso I. O inciso II amplia esse rol ao dispor que os legitimados para a propositura de ação civil pública também poderão ser admitidos para efeitos de intervenção no processo.

²¹ Aprovado pela Resolução nº 20, de 7 de junho de 2017 (alterado pela Emenda Regimental nº 1, de 20 de setembro de 2017).

²² Art. 158, caput, do Regimento Interno do CADE.

²³ Segundo o art. 158, §§1º e 4º, do Regimento Interno do CADE, o pedido de intervenção do terceiro deverá conter todos os documentos e pareceres necessários para comprovação de suas alegações, pontuando que, a critério da SG ou do Presidente, conforme o caso, poderá ser concedida dilação de mais 15 (quinze) dias ao prazo inicial quando estritamente necessário para apresentação dos documentos e pareceres que comprovam a alegação.

²⁴ Essa hipótese é relativamente comum na prática à vista de operações processadas sob o procedimento sumário, valendo registrar, nesse tocante, a Resolução CADE nº 16/16, que, sob o mote da eficiência, prevê, no art. 1º, §2º, que “[A] Superintendência Geral deve observar o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda, para decidir os atos de concentração enquadrados em Procedimento Sumário e que não sejam reclassificados para análise em Procedimento Ordinário.”

ora enunciada, o pedido de intervenção poderá ser dirigido diretamente ao Presidente do Tribunal, observado o prazo de 15 (quinze) dias da publicação do edital para tanto.²⁵ Para atos de concentração processados sob procedimento não-sumário (ordinário), tal questão é improvável de se vislumbrar na prática.

A segunda questão, de cunho mais teórico-reflexivo, diz respeito à eventual existência de constrição de direito à vista da limitação temporal para a habilitação do terceiro. Isso porque, como visto, a Lei nº 12.529/11 foi silente a esse respeito, ao passo que o RICADE estabeleceu um limitador. Eventualmente, caberia ponderação (em tom constitucional) no sentido de assegurar a participação ampla e democrática no processo para aqueles que tenham direitos e interesses afetados pela operação *vis-à-vis* possível constrição que a delimitação temporal traria a esse direito. Inobstante, a nossa leitura é que o pretense conflito seria meramente aparente e, de fato, a abordagem aduzida pelo RICADE faz sentido dentro da teleologia que arquitetura o sistema de defesa da concorrência, considerando, em especial, a racionalização visada.²⁶

E claro, a despeito de eventual intempestividade na habilitação como terceiro interessado, nada obsta que esse agente seja ouvido pelo CADE, não na qualidade de terceiro formalmente habilitado e que goza das prerrogativas legais, mas sim na qualidade de *amicus curiae*, por exemplo, tomando de empréstimo o instituto do processo civil.²⁷⁻²⁸ Destarte, a preocupação quanto à eventual violação de direito restaria diminuída, a menos sob esse ponto de vista, ainda que possam haver discussões legítimas.

²⁵ Art. 158, §§2º e 3º, do Regimento Interno do CADE.

²⁶ Há uma lógica que justifica essa sistematização, em particular em prol da eficiência na análise do regulador, conforme espírito que norteia o controle de estruturas. A propósito, em benefício da segurança jurídica, o processo não deve se estender ad aeternum.

²⁷ Como exemplo, à luz do Ato de Concentração nº 08700.002155/2017-51 (Companhia Ultragas S.A. e Liquigás Distribuidora S.A. – em análise quando da conclusão deste artigo), não obstante a intempestividade do pedido de ingresso como terceiro interessado nos autos por parte de um sindicato, conforme reconhecido pela Conselheira-Relatora, em despacho ela admitiu a intervenção desse sindicato na qualidade específica de *amicus curiae*.

²⁸ Vale pontuar ato de concentração no qual o potencial terceiro ingressou intempestivamente com o pedido de habilitação nos autos. Nesse caso, o CADE indeferiu o ingresso, mas notou que esse agente poderia acessar os autos públicos e receber e responder ofícios, contribuindo para a instrução do processo. O CADE denotou, assim, uma abordagem de abertura e receptividade, no melhor interesse da instrução processual (Ato de Concentração nº 08700.002398/2017-90: Requerentes: Hotelaria Accor Brasil S/A, GPCP4-Fundo de Investimento em Participações, L.A.-Fundo de Investimento em Participações).

Em termos materiais/substanciais, há uma aparente compreensão difusa daquilo que se entende por “interesses que podem ser afetados pelo ato de concentração”. Com efeito, há uma miríade de hipóteses interpretativas que influi nesse cotejo. Contudo, em termos objetivos, a nossa opinião é que os interesses afetados devem necessariamente guardar relação com aqueles interesses ligados ao bem jurídico tutelado, qual seja, a defesa da concorrência. Nesse particular, de se sublinhar os interesses de concorrentes diretos e/ou indiretos, bem como de *players* atuantes em mercados verticalmente relacionados ou complementares. Outro núcleo de interessados pode decorrer de associações comerciais e sindicatos, vez que esses agentes estariam a vocalizar os interesses de determinada categoria/setor que representam.²⁹

Nesses termos, infere-se uma linha relativamente permissiva na avaliação do CADE quanto ao critério de legitimidade para a admissibilidade de terceiros.

De toda maneira, sob um juízo de conveniência e oportunidade, como parte de seu poder discricionário, espera-se que o CADE somente admita nos autos aqueles agentes que efetivamente, da perspectiva do interesse público vinculado à defesa da concorrência, possam ser afetados pelo ato de concentração.³⁰ É válido realçar, como derivação lógica da discricionariedade do regulador, que o CADE não está adstrito aos argumentos ventilados pelos terceiros. Não há previsão legal que estipule, nem mesmo aponte o ônus argumentativo da autoridade no sentido de acatar, afastar, justificar ou enfrentar

²⁹ Adicionalmente, notamos que, em teoria, não apenas agentes econômicos podem figurar na qualidade de terceiros interessados, muito embora tal seja a hipótese mais recorrente, sendo igualmente possível que agências reguladoras ingressem nessa qualidade visando pontuar questões que guardem nexos com sua matriz de atuação. De todo modo, do que se depreende dos autos do CADE, agências reguladoras normalmente não atuam na qualidade específica de terceiro interessado, mas sim colaboram com a autoridade por meio de respostas a ofícios e pareceres, apresentando informações técnicas do setor e posicionamentos a respeito da operação. A esse respeito, válido assinalar o Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (Requerentes: AT&T Corp. e Time Warner Inc. – caso sob análise do CADE). O CADE oficiou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL na esteira dos seus testes de mercado. A ANATEL consignou em sua resposta que o CADE seria o órgão competente para apreciar os aspectos concorrenciais da operação, inclusive com a adoção de remédios para mitigar os problemas concorrenciais identificados, bem como notou que, se aprovada a operação pelo CADE, a Superintendência de Competição (SCP) deveria iniciar processo específico com o objetivo de apurar se o arranjo societário envolto na operação contraria a Lei do SeAC e os dispositivos regulatórios de competência da ANATEL.

³⁰ Respeitado o limite temporal para tanto, bem como demonstrados os impactos da operação sobre a ordem econômica.

o possível manancial de considerações enunciado pelo terceiro interessado.³¹

3. Estatísticas de terceiros interessados em atos de concentração e as primeiras sinalizações

Antes de buscarmos uma aproximação à experiência prática do CADE em vista de 2 (dois) casos selecionados para estudo, convém traçar um quadro panorâmico acerca das estatísticas envolvendo terceiros no arcabouço concorrencial brasileiro. Sob um recorte metodológico que compreende todo o ano de 2014 até 31 de julho de 2017,³² 42 atos de concentração apreciados pelo CADE – seja no âmbito da SG ou do Tribunal – contaram com a solicitação de intervenção por parte de terceiros interessados.³³ Considerando que, neste mesmo período, foram notificados mais de 1300 atos de concentração,³⁴ a primeira constatação é de que, dada a ordem de grandeza, esse instrumento representa uma parcela ínfima em face do controle de estruturas.

Essa colocação, porém, deve ser lida sob perspectiva, vez que a maior parte dos casos analisados pelo CADE é processado sob procedimento sumário,

³¹ Um potencial risco que se antevê aqui diz respeito ao eventual esvaziamento do instituto da intervenção do terceiro, pois a participação desses atores poderia, teoricamente, ficar relegada a segundo plano, sob um jaez proforma, sem influir e/ou colaborar na tomada de decisão da autoridade, na visão desses terceiros. Acreditamos que esse potencial risco é um não risco na realidade. Isso porque essa racionalidade faz parte da lógica decisória-normativa que vem atrelada ao juízo de discricionariedade (e também de economicidade da análise). Nesse contexto, deve ser pressuposto aos terceiros a discricionariedade do regulador, da mesma maneira que devem ter em mente que se a manifestação objetivar atrapalhar a análise, sobretudo numa linha de oportunismo e de argumentos infundados, medidas administrativas em desfavor desse terceiro poderão ser tomadas. Na prática, o que se infere é que quando argumentos abalizados são postulados por terceiros, o CADE, em linhas gerais, tende a pontuá-los em suas avaliações. Mesmo quando não demonstrado explicitamente pelo CADE, isso não significa que os argumentos do terceiro não foram sopesados pela autoridade ao longo da instrução.

³² Conforme informações disponibilizadas pelo CADE por meio da Lei de Acesso à Informação.

³³ Esse número se refere aos atos de concentração cujos pedidos de habilitação foram deferidos pelo CADE.

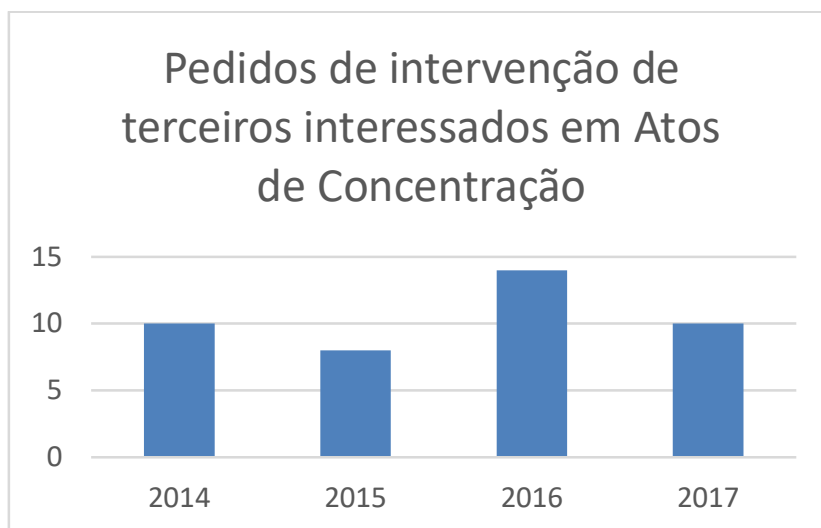
³⁴ De acordo com o “Balanço de Gestão da Superintendência-Geral (2014 – 2017)”, no intervalo de 2014 a 27 de junho de 2017, um total de 1385 atos de concentração foi notificado ao CADE. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2017.

isto é, quando não se visualizam preocupações de ordem concorrencial.³⁵ Por corolário lógico, a intervenção de terceiros tende a se concentrar na minoria dos casos apreciados pela autoridade, (i.e., aqueles atos que efetivamente implicam algum grau de complexidade sob a lupa concorrencial, tais como operações envolvendo agentes que já dominam parcelas significativas de determinados mercados, operações de magnitude suficientemente elevadas para alterar e/ou distorcer a dinâmica competitiva e as estruturas de um setor, a valer, exemplificativamente, questões envolvendo barreiras, rivalidade, coordenação etc.).

Portanto, não é mero acaso que a intervenção de terceiros ocorra nas operações mais densas e intrincadas sob a ótica concorrencial: em princípio, é justamente nestes casos que a opinião técnica e o conhecimento de mercado de agentes externos à operação se fazem sentir de maneira mais premente, de sorte a auxiliar a compreensão do(s) mercado(s) pelo regulador, notadamente em virtude da assimetria informacional existente. Dessa feita, para além dos ofícios expedidos pelo regulador para os *players* do mercado dentro de escopo dos testes, o terceiro que se habilita nos autos tem o potencial de ir além e desempenhar um papel mais assertivo para o desfecho do processo (i.e., postura proativa do terceiro interessado *versus* postura reativa do terceiro oficiado), mormente com vistas a agregar considerações que, ao fim e ao cabo, podem sensibilizar mais diretamente a autoridade.

Feita a necessária ressalva, é válido apontar que nos últimos 4 (quatro) anos verificou-se uma tendência de crescimento no que se refere ao número de casos que contaram com solicitação de intervenção de terceiros. Conforme demonstra o gráfico a seguir, considerando somente os pedidos de intervenção apresentados entre 2014 e 31 de julho de 2017, tem-se que o ano de 2017 já se iguala à totalidade de pedidos de intervenção apresentados em 2014:

³⁵ A título de referência, no intervalo entre os anos de 2012 e 2016, o índice de aprovação sem restrições de atos de concentração (sob vigência da Lei nº 12.529/11) por parte da SG foi de 95,8%. Tal dado pode ser um primeiro indicativo de que, majoritariamente, o CADE se depara com operações que não apresentam maiores riscos concorrenciais. Informações disponibilizadas no Balanço do CADE referente ao ano de 2016. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2017.



Fonte: Elaboração própria a partir de informação fornecida pelo CADE.

Disso tudo, uma hipótese não irrealista é que parte dos agentes de mercado tem se mostrado paulatinamente mais inclinados (e também mais seguros e confortáveis)³⁶ em intervir em atos de concentração na condição específica de terceiros interessados, e isso pode ser reflexo, dentre outros, de operações concorrencialmente mais sensíveis e que implicam maiores efeitos sobre a ordem econômica, da legitimidade que esse instituto granjeou no compasso de uma internalização mais efetiva da cultura concorrência junto à sociedade etc.³⁷

³⁶ De toda maneira, não seria desarrazoado supor que alguns agentes ponderam o custo/benefício de intervir formalmente como terceiro interessado na operação de concorrentes, clientes, contrapartes etc., mesmo com claros interesses afetados, tendo em vista o risco de eventual retaliação, boicote etc., que poderia minar uma sólida relação comercial, de sorte que preferem apenas responder a ofícios do CADE, sem maior exposição no processo.

³⁷ Um aspecto interessante a se considerar diz respeito ao perfil destes terceiros intervenientes. A esse respeito, os pedidos de intervenção no intervalo de 2014 a 31 de julho de 2017 revelam que concorrentes são os principais agentes externos que buscam o CADE para habilitação na qualidade de terceiros interessados (24 casos), seguidos por associações comerciais, sindicatos e federações relacionadas aos mercados afetados – e que podem representar desde empresas até trabalhadores do setor – (16 casos), agentes econômicos verticalmente relacionados às requerentes por se reconhecerem como clientes (11 casos) ou fornecedores (3 casos), e ainda agentes econômicos com vínculos societários aos requerentes (3 casos) e associações de consumidores como o PROCON (1 caso).

4. Casos práticos envolvendo terceiros interessados

O instituto da intervenção de terceiros alçou notoriedade em vista de importantes casos apreciados pelo CADE nos últimos tempos.³⁸ Para fins deste artigo, selecionamos 2 (dois) casos emblemáticos para explicitar a postura da autoridade ante a intervenção de terceiros. Os casos selecionados foram (i) Ato de Concentração Ipiranga/Alesat, para exemplificar a sensibilização da autoridade à luz dos argumentos levantados pelos terceiros interessados, e, (ii) Ato de Concentração Ternium/Thyssenkrupp CSA, para efeitos de contraste.

4.1 Ato de concentração nº 08700.006444/2016-49 entre Ipiranga e Alesat

O Ato de Concentração versou sobre a pretendida aquisição pela Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. (“Ipiranga”) das ações representativas da integralidade do capital social da Alesat Combustíveis S.A. (“Alesat”), sua concorrente no mercado de revenda e distribuição de combustíveis automotivos líquidos. No âmbito do referido Ato de Concentração, se habilitaram como terceiros interessados 3 (três) agentes atuantes e/ou interessados no mercado de combustíveis.³⁹

³⁸ A título de exemplo, citamos os seguintes casos já julgados em que a participação do(s) terceiro(s) foi, por alguma razão, digna de destaque: (i) Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 (Requerentes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda.); (ii) Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56 (Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A.); (iii) Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49 (Requerentes: Alesat Combustíveis S.A. e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.); (iv) Ato de Concentração 08700.002997/2017-11 (Requerentes: Ternium S.A. e Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda); (v) Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (Requerentes: BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros e da Cetip S/A – Mercados Organizados); (vi) Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61 (Requerentes: The Dow Chemical Company e E.I Du Pont de Nemours and Company); (vii) Ato de Concentração nº 08700.002432/2016-45 (Requerentes: Ambev S.A. e Brasil Kirin Bebidas Ltda.).

³⁹ Conforme “Despacho SG 1242/2016”, publicado no Diário Oficial da União em 13.10.2016, foram admitidos como terceiros interessados: (i) Raízen Combustíveis S.A., (ii) Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A., e (iii) Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes. A Raízen Combustíveis não se levantou contra a operação, alegando, ao contrário, que a Alesat não expressaria uma posição significativa no mercado de combustíveis e que existiriam postos revendedores regionais que supririam sua importância em quase todo o país, caso a distribuidora viesse a se fundir com a Ipiranga. Assim, propugnou a aplicação de remédios, mas não se opôs à aprovação do Ato de Concentração. Mais incisiva, a Fecombustíveis

Em 01 de fevereiro de 2017, a SG emitiu o Parecer 01/2017, por meio do qual sustentou que a operação geraria preocupações concorrenciais, recomendando a impugnação perante o Tribunal Administrativo do CADE para a aplicação de remédios antitruste, se cabíveis.⁴⁰ Pontue-se que a SG formou seu entendimento considerando, em parte, o arrazoado argumentativo trazido pelos terceiros interessados, consoante se deduz do excerto abaixo.⁴¹⁻⁴²

Não por acaso, a taxa de saída e entrada de postos na rede da Alesat é maior que a das outras três nacionais, conforme comprovado pelas Requerentes. Nessa linha, constatou-se também que o percentual de postos da Ipiranga sob o modelo de locação/sublocação é (**ACESSO RESTRITO CADE E REQUERENTES**) maior que o da Alesat. (...) Por fim, a Fecombustíveis repassou a esta SG as reclamações de seus associados (sindicatos de postos

sustentou, logo em seu pedido de habilitação, que a operação levaria a Ipiranga a ampliar seu domínio em quase todos os mercados relevantes em que atuava, reforçando sua posição dominante. A Refinaria Manguinhos, única terceira interessada que chegou a levantar a hipótese da reprovação da operação, sustentou a tese de que a aprovação geraria prejuízos à concorrência entre postos embandeirados e postos bandeira branca, e que as consequências negativas da operação se revelariam não só pelo aumento da concentração em si, mas, em especial, pela redução da rivalidade.

⁴⁰ A SG chegou a alegar em seu Parecer que as preocupações concorrenciais seriam de tal monta que haveria uma impossibilidade de aplicação de remédios antitruste capazes de mitigar os riscos levantados caso fosse aprovada.

⁴¹ “Novamente, a SG percebe que as empresas menores são mais atingidas. Corroborando esse ponto, a terceira interessada Refinaria Manguinhos opina que: “A demanda das distribuidoras regionais dessas localidades é atendida principalmente pela Petrobras. No entanto, esta empresa já declarou posição comercial no sentido de retirar os subsídios para o transporte de combustíveis para os terminais das regiões Norte e Nordeste, e, inclusive, encerrar essas mesmas atividades de transporte, repassando-as aos distribuidores regionais que dela adquirem combustíveis. Porém, os distribuidores regionais possuem limitado poder econômico, não podendo arcar com os custos de transporte, o que fará com que um grande número de atuais concorrentes das requerentes, na etapa de revenda, saiam do mercado, elevando assim os referências de concentração por elas apresentados. (Petição SEI nº 0250964, p. 3).” (PARECER 1 da Superintendência-Geral do CADE, publicado em 01 fevereiro 2017 – grifos nossos).

⁴² “Caso o posto tenha débitos com a distribuidora, seja em volume ou em pagamento diferido, a escolha envolve esse custo adicional temporário, o que pode incentivar a renovação do contrato. Outro custo que pode ser relevante mencionado pela Fecombustíveis é o fato de que “por ser detentora dos equipamentos, a distribuidora costuma dificultar ou procrastinar os procedimentos de devolução desses equipamentos, atrasando o posto de contratar com outra companhia ou passar a operar sem bandeira.” (PARECER 1 da Superintendência-Geral do CADE, publicado em 01 fevereiro 2017 – grifos nossos).

revendedores) de que a Ipiranga forma seu preço a partir do preço final de revenda para capturar margem dos seus bandeirados e uniformizar os preços de fornecimento, ameaçando guerra de preços em caso de alguma indisciplina. (Fonte: PARECER 1 da Superintendência-Geral do CADE, publicado em 01 fevereiro 2017 – grifos nossos).

Outro fator a ser considerado é a possibilidade de a operação retirar do mercado não só uma concorrente efetiva, mas também um agente cujo perfil diferenciado o coloca como possível disciplinador, dotado de incentivos nem sempre alinhados aos das três líderes. As terceiras interessadas Fecombustíveis e Refinaria Manguinhos enfatizam esse ponto. (Fonte: PARECER 1 da Superintendência-Geral do CADE, publicado em 01 fevereiro 2017 – grifos nossos).

O Tribunal julgou a operação em 02 de agosto de 2017 e entendeu, em suma, que as eficiências apresentadas pelas requerentes, bem como os remédios antitruste negociados não seriam suficientes para contrabalançar as preocupações concorrenciais advindas da operação. É possível verificar referência expressa aos terceiros interessados no voto do Conselheiro Relator, João Paulo de Resende, conforme se nota do excerto abaixo, e no voto vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.⁴³ Ao final, todos os Conselheiros votaram nos termos do voto relator, sugerindo unanimemente a reprovação da operação.

A Fecombustíveis, associação dos postos revendedores habilitada como terceiro interessado no processo, e quem então representaria os consumidores nesse mercado de distribuição, chegou a sugerir por meio de petição protocolada em outubro de 2016 soluções também focadas no mercado de revenda, sendo elas:

(...)

Grande parte dessas sugestões também foram apresentadas pela terceira interessada Refinaria Manguinhos (SEI 0367567), que de antemão reconhece que todas essas possíveis soluções são imperfeitas, com alta probabilidade de eficácia limitada, seja por dificuldades no desenho, na

⁴³ “Atesto ainda que as bases primárias e secundárias são detidas e/ou compartilhadas sobretudo pelos maiores players do mercado, o que fortalece o impacto sobre poder coordenado. A terceira interessada Fecombustíveis também destaca esse problema: “Quais as barreiras de infraestrutura mencionadas? Devido às dificuldades impostas pelas legislações estaduais e ainda pela escassez e alto custo dos imóveis próximos às refinarias, é prática corrente que, as 4 grandes distribuidoras, que detêm mais de 70% do mercado, somente compartilham espaço entre elas, com raríssimas exceções criando assim as barreiras mencionadas” (Resposta da Fecombustíveis ao Ofício 6208/2016, SEI 0295982).” (Voto-Vogal, publicado em 08 agosto 2017, Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo – grifos nossos).

execução ou no monitoramento. (Fonte: Voto do Conselheiro Relator: João Paulo de Resende publicado em 08 agosto 2017 – grifos nossos).

Como provocação/indagação, trazemos questionamento acerca do desfecho do Ato de Concentração em tela no caso de ausência de terceiros interessados. O resultado seria o mesmo? Nossa hipótese é que o desfecho poderia não ser exatamente igual. A quantidade de referências às argumentações dos terceiros, conforme constou das decisões da SG (parecer técnico) e do Tribunal (votos), sugere que os pontos desses agentes contribuíram efetiva e materialmente para a *ratio decidendi* da autoridade.

4.2 Ato de concentração nº 08700.002997/2017-11 entre Ternium e Thyssenkrupp CSA

A título de contraponto, citamos a operação de aquisição pela Ternium S.A. (“Ternium”), uma fabricante de aço carbono pertencente ao Grupo Techint, da empresa Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda. (“CSA”), do grupo Thyssenkrupp, que contou com a intervenção da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN como terceira interessada.

O Ato de Concentração em referência não gerava sobreposição entre as atividades das requerentes, fabricantes integradas de aços planos ao carbono, mas reforçava uma integração vertical na fabricação de placas de aço carbono, feita pela CSA e a produção de aços planos ao carbono, realizada por outras empresas do Grupo Techint.⁴⁴

No âmbito de seu pedido de habilitação como terceira interessada, a CSN se mostrou contundente no sentido de que a operação aumentaria significativamente o “já amplo poder de mercado do agente integrado”, gerando graves riscos à concorrência em razão de potencial restrição do acesso dos fabricantes de aços planos localizados no Brasil a um insumo essencial a seu processo produtivo – as placas de aço ao carbono. Apesar da ampla argumentação apresentada pela CSN,⁴⁵ em 31 de julho de 2017 a SG proferiu

⁴⁴ Nesse particular, vale ressaltar que a Ternium (empresa do grupo Techint e requerente) também integra o grupo controlador das Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. (“Usiminas”), companhia brasileira que também atua no segmento de produtos laminados de aço ao carbono.

⁴⁵ A CSN argumentou ainda que, embora ela própria fosse um agente verticalmente integrado, isso não tornaria ilegítima ou infundada sua preocupação com a operação, e que a aprovação da aquisição pretendida pela Ternium deveria endereçar algum tipo de remédio antitruste que permitisse o acesso dos concorrentes às placas de aço carbono produzidas pela CSA. Sustentou, ainda, que as requerentes não teriam demonstrado as reais eficiências da operação.

sua decisão desconsiderando as hipóteses ventiladas pela terceira interessada, aprovando a operação sem restrições. Embora o CADE não possua o dever de refutar o arrazoado dos terceiros interessados no bojo de atos de concentração, o Parecer da SG assim o fez em certos aspectos.⁴⁶

Não satisfeita com o Parecer da SG, a CSN interpôs recurso perante o Tribunal do CADE, em 16 de agosto de 2017, mais uma vez se posicionando contrariamente à aprovação da operação sem restrições.⁴⁷ Em 06 de setembro de 2017, o Tribunal sedimentou as discussões ao votar unanimemente pela aprovação da operação sem restrições, desconsiderando qualquer das hipóteses aventadas pela CSN.⁴⁸

Em particular, mencione-se manifestação do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, que se valeu da inteligência do art. 65, §3º, da Lei nº 12.529/11, para alertar que o Tribunal não aceitaria recursos infundados de terceiros em face da decisão da SG,⁴⁹ sendo necessário que os Conselheiros

⁴⁶ Por exemplo: “Cabe retomar o argumento da CSN de que, em momentos de pico de demanda por aços planos ao carbono ou parada da produção de placas por alguma empresa devido à manutenção dos altos-fornos, é essencial que haja possibilidade de adquirir placas de aço ao carbono de outros fornecedores para que se dê continuidade à fabricação de aços planos ao carbono e, assim, denotar-se-ia a importância da CSA para a indústria brasileira. No entanto, pelo cenário estabelecido na Tabela 11, a utilização das capacidades ociosas das empresas brasileiras já seria capaz de mais do que dobrar a quantidade do volume total de vendas de placas de aço carbono atual da CSA no mercado brasileiro, não podendo prevalecer tal argumento da terceira interessada.” (FONTE: PARECER Nº17, publicado em 31 julho 2017 – grifos nossos).

⁴⁷ A CSN sustentou, em suma, que a integração vertical preexistente entre a fabricação de placas de aço carbono e a produção de aços planos ao carbono geraria preocupações concorrências relevantes. Nesse sentido, não se poderia deixar de notar a posição dominante da CSA no mercado de placas, o argumento de que a operação facilitaria práticas exclusionárias das requerentes e que a análise da capacidade ociosa realizada pela SG seria imprecisa e insuficiente, deixando de levar em consideração a retração do mercado, decorrente da crise na siderurgia brasileira.

⁴⁸ “Pelo exposto, após ter conhecido do recurso lhe nego provimento, reiterando integralmente os termos do Parecer e Despacho da SG-CADE, votando pela aprovação do ato de concentração sem restrições. Em tempo, rejeito ainda pedido da terceira interessada para aplicação de remédios comportamentais por impertinentes e desnecessários.” (VOTO, publicado em 08 setembro 2017, Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo – grifos nossos).

⁴⁹ No prazo de 15 (quinze) dias da publicação da decisão da SG que aprova o ato de concentração, terceiros interessados (ou agências reguladoras no caso de mercados regulados) poderão interpor recurso ao Tribunal aduzindo “os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e

afiram a boa-fé do terceiro, a bem de se evitar eventuais excessos e manifestações infundadas, com intuito protelatório.⁵⁰ De fato, enxergamos risco em se admitir recurso de terceiros sem acervo documental que explicita novos contrapontos e/ou que justifique de maneira crível um desfecho diferente/alternativo para a operação. Em última análise, tanto os requerentes se veem prejudicados em razão do atraso na análise que a intervenção desse terceiro pode gerar ao movimentar a máquina estatal desnecessariamente, quanto a própria credibilidade do instituto pode ficar obscurecida.

5. Notas conclusivas

A intervenção de terceiros interessados em atos de concentração, observados os critérios temporal (tempestividade do pedido) e material (interesses afetados), é legítima e assegurada pela legislação concorrencial brasileira. Esse tipo de intervenção, em princípio, se traduz em predicado útil à instrução processual, notadamente com o objetivo de alcançar uma decisão mais robusta e organicamente completa, na medida em que se minor a assimetria informacional do regulador e se iluminam pontos e contrapontos para fortificar a análise.

Quanto ao aspecto temporal para intervenção de terceiros interessados, vimos que, em tese, poder-se-ia questionar eventual limitador de direito, mas concluímos neste primeiro momento que, na prática, o balizador temporal parece coerente à inteligência sistêmica do arcabouço concorrencial brasileiro.

Quanto à legitimidade material para admissão do pedido do terceiro,

serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados”. (Cf. art. 162, inciso I e §1º, do Regimento Interno do CADE).

⁵⁰ Essa não foi a primeira vez que o recado foi dado pelo CADE. No julgamento do Ato de Concentração 08700.007629/2016-71 (Requerentes: General Electric e LM Wind Power Holding A/S.), o entendimento da maioria do Plenário foi no sentido de que eventuais recursos de terceiros interessados contra as decisões da SG deveriam apontar erros na análise da SG e indicar argumentos novos e diferentes daqueles analisados durante a instrução, particularmente em razão de uma “instrução insatisfatória”. Nesse caso, o terceiro deve fundamentar o recurso com os materiais necessários para a análise dos Conselheiros do Tribunal, sob pena de não admissibilidade do recurso. Desse modo, o recurso não deve ser intencionado como instrumento para “revisitar matéria já apreciada na SG”, posto que se assim o for tende a ser considerado infundado. Ainda, antes desse julgado, o CADE já havia se pronunciado no mesmo sentido, pontuando que não aceitaria recursos de terceiros se esses não trouxessem um contraponto crível, apto a justificar a revisão ou a mudança de entendimento (Ato de Concentração 08700.009559/2015-12 - Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V.).

notamos uma linha relativamente permissiva do CADE. A despeito disso, a autoridade concorrencial pode entender por bem não admitir a intervenção do terceiro na hipótese de não vislumbrar interesses afetados à vista do caso concreto, ainda que essa hipótese seja menos frequente na prática. Nesse particular, como proposição, seria oportuno que o CADE refinasse seus filtros para evitar oportunismos, como na hipótese de eventual má-fé do terceiro habilitado em sede de manifestações e recursos infundados e protelatórios ao longo do processo.

Ainda que não habilitado formalmente nos autos, nada impede que o CADE oportunize espaço para eventual agente expressar seus pontos de vista acerca de uma operação, sem assegurar para esse agente, entretanto, as prerrogativas específicas a que fazem jus o terceiro oficialmente habilitado. Outrossim, vale notar que o CADE não está adstrito aos argumentos ventilados por eventual terceiro interessado. A autoridade norteia-se por um juízo de discricionariedade, pautado pela conveniência e oportunidade, quando da apreciação dos argumentos suscitados pelos terceiros.

Em casos mais sensíveis e complexos do ponto de vista concorrencial, nossa leitura em termos de tendência prospectiva é que haja um gradual aumento de pedido de habilitação de terceiros. Especialmente, acreditamos que esse fenômeno é fruto da maior disseminação do direito concorrencial junto à sociedade e ao empresariado, do fortalecimento institucional do CADE, da tendência mundial de operações societárias e arranjos comerciais mais sofisticados (que podem traduzir reflexos concorrenciais com potencial de espalhar seus efeitos sobre agentes não imediatamente engajados na operação), entre outros.

Também acreditamos que uma “cultura” de terceiro interessado poderá ser forjada em maior substância no país, fazendo desse instituto um instrumento interessante e promissor para a autoridade no sentido de maior clareza e completude de sua decisão, contribuindo para proteger as estruturas de mercado. Nesse ambiente, natural também que as requerentes passem a considerar com mais cautela o risco da intervenção de terceiros, reforçando cenários, dados e eventuais remédios apresentados para a autoridade.

6. Referências

ANDERS, Eduardo Caminati; MISSALI, Guilherme Teno Castilho. *Os 5 anos da lei de defesa da concorrência: ‘quo vadis’?*. O Estado de São Paulo, 29 maio. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-5-anos-da-lei-de-defesa-da-concorrenca-quo-vadis/>>. Acesso em 30 set. 2017.

CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A nova

Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. *Publicações da Escola da AGU*. A Nova Lei do CADE. Brasília, n. 19, jul. 2012.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *Por que o Cade foi parar em Davos?*. Valor Econômico, 23 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4878606/por-que-o-cade-foi-parar-em-davos>>. Acesso em 30 set. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. CARVALHO, Vinicius Marques de; RAGAZZO; Carlos Emmanuel Joppert (org.). Brasília: CADE, 2013.

_____. *Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica*. Brasília, 2015.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente, p. 803. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial – Direito Concorrencial*, v. VII. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos – De acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SCHAPIRO, Mario Gomes, BACHI, Fabiana Mesquita. *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*. In: CARVALHO, Vinicius Marques de; SCHAPIRO, Mário Gomes. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva – Série GV Law, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Um brinde à tecnocracia*. O Estado de São Paulo, 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/77561-2/>>. Acesso em 30 set. 2017.

Precedentes consultados conforme autos públicos dos processos

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração nº 08700.009559/2015-12. Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 02 fev. 2016. Recurso de terceiro para o Tribunal. Julgado em 30 mar. 2016. Aprovado por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Requerentes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda. Conselheira-relatora: Cristiane Alkmin Schimidt. Julgado em 11 mai. 2016. Aprovado com restrições pela maioria do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61. Requerentes: The

Dow Chemical Company e E.I Du Pont de Nemours and Company. Conselheiro-relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 17 mai. 2016. Aprovado com restrições por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002432/2016-45. Requerentes: Ambev S.A. e Brasil Kirin Bebidas Ltda. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 06. jul. 2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros e Cetip S/A. Conselheira-relatora: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Julgado em 22 mar. 2017. Aprovado com restrições pela maioria do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.007629/2016-71. Requerentes: General Electric e LM Wind Power Holding A/S. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 27 mar. 2017. Recurso de terceiro para o Tribunal. Julgado em 19 abr. 2017. Recurso não conhecido pela maioria.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Conselheira-relatora: Cristiane Alkmin Schimidt. Julgado em 28 jun. 2017. Reprovado por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002398/2017-90. Requerentes: Hotelaria Accor Brasil S/A, GPCP4-Fundo de Investimento em Participações, L.A.-Fundo de Investimento em Participações. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 07 jul. 2017.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49. Requerentes: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A. Conselheiro-relator: João Paulo de Resende. Julgado em 02 ago. 2017. Reprovado por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002997/2017-11. Requerentes: Ternium S.A. e Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 01 ago. 2017. Recurso de terceiro para o Tribunal. Julgado em 06 set. 2017. Aprovado sem restrições por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002155/2017-51. Requerentes Companhia Ultragaz S.A. e Liquigás Distribuidora S.A. Conselheira-relatora Cristiane Alkmin Schimidt. Pendente de decisão do Tribunal Administrativo do CADE em 30 set. 2017.

_____. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Corp. e Time Warner Inc. Conselheiro-relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Pendente de decisão do Tribunal Administrativo do CADE em 30 set. 2017.