

## Quem não chora não mama: Cade e terceiros interessados



A Lei de Defesa da Concorrência brasileira, em seu artigo 50, previu a

possibilidade de terceiros interessados intervirem na avaliação de atos de concentração pelo Cade, e o artigo 118 do Regimento Interno da autoridade regulamentou o instituto.

Faz sentido. Afinal, processos de concentração empresarial submetidos à autoridade de defesa da concorrência são de interesse público. Afetam interesses difusos e, muitas vezes, privados, notadamente para concorrentes ou clientes das firmas fusionadas. Se o preço de um determinado produto eventualmente subir após a fusão de duas grandes concorrentes, um cliente que adquire esse produto deveria se preocupar. Se a mesma fusão gerar efeitos anticompetitivos para um rival, este também pode ter um problema. Muitas vezes, a afetação desses interesses privados também representa perdas de bem-estar difusas. Eliminação de concorrentes e aumentos de preços, por exemplo, tendem a ser sentidos por todos os consumidores.

Colher dados e impressões de agentes do mercado é parte intrínseca e relevante da análise de atos de concentração pelo Cade. A autoridade faz isso ativamente, mas a Lei garantiu que terceiros interessados também pudessem eles próprios procurar o órgão antitruste para relatar preocupações. Isso, claro, gera impactos. Terceiros são muitas vezes capazes de informar o Cade de questões concorrenciais desconhecidas da autoridade, ou amplificar consideravelmente preocupações latentes da análise concorrencial.

Na prática, a participação de terceiros interessados pode ser, e muitas vezes é, o fiel da balança que leva a análises mais complexas pela autoridade concorrencial, inclusive provocando a imposição de restrições às operações.

Em paralelo, o Cade também tem buscado filtrar contribuições legítimas em detrimento de intervenções oportunistas de terceiros, que por vezes têm como objetivo precípua simplesmente incomodar a operação de um rival ou buscar a tutela de interesses alheios ao antitruste, sem uma verdadeira

---

preocupação concorrencial legítima como pano de fundo.

### **Relevância dos terceiros interessados no desfecho dos atos de concentração**

Uma pesquisa no Sistema de Jurisprudência do Cade, usando filtros da “Pesquisa Avançada de Ato de Concentração”<sup>1</sup>, revela que nos últimos seis anos (janeiro de 2015 a dezembro de 2020), aproximadamente 77 atos de concentração tiveram terceiros interessados habilitados. Destes, cerca de 23 tiveram restrições aplicadas pela autoridade (na forma de acordos com as requerentes do ato de concentração) e 3 foram reprovados. Ou seja, em casos em que terceiros interessados se habilitaram, um em cada três sofreram restrições ou reprovação ao final.

Considerando que, em média, do total de atos de concentração anualmente analisados pelo Cade, apenas cerca de 1,5% recebem alguma restrição ou reprovação<sup>2</sup>, 1/3 de operações com terceiros interessados sofrer condicionamentos parece relevante, e demonstra em números a potencial significância da intervenção de um terceiro.

É claro que possivelmente várias dessas operações seriam restringidas independentemente da presença de terceiros. Por outro lado, é bom lembrar que nem todos os terceiros habilitados impugnam ou ativamente se manifestam contra o ato de concentração. A estatística, portanto, de fato demonstra um dado interessante do impacto potencial de intervenientes no desfecho de atos de concentração no Cade.

Dito isso, ter 2/3 de casos que, a despeito da intervenção de terceiros, continuam sendo aprovados sem quaisquer restrições, revela que o Cade, a princípio, vem analisando com razoável cuidado e parcimônia os argumentos e impugnações de terceiros.

### **Recursos**

Um dos principais trunfos conferidos a um terceiro interessado habilitado é poder recorrer ao Tribunal do Cade. Apenas agentes que formalmente se habilitem como interessados tem essa prerrogativa, que é poderosa. Um terceiro, sozinho, pode conclamar o colegiado da autoridade a revisar uma operação aprovada após detida análise do órgão de instrução do Cade (a Superintendência-Geral). Vale notar que são poucos os atos de concentração julgados anualmente pelo Tribunal, de modo que a prerrogativa de provocar essa revisão é de fato relevante.

Não obstante, aqui os números revelam que os recursos de terceiros em face de decisões de aprovação da Superintendência-Geral normalmente são pouco efetivos. A “Pesquisa Avançada de Ato de Concentração” do Cade mostra, nos últimos 6 anos, recursos em 23 atos de concentração aprovados sem restrições pela SG, dos quais somente 2 levaram a reversões pelo Tribunal (que, nos dois casos, negociou restrições em acordo com as partes requerentes da operação).

Isso parece demonstrar que a estratégia mais efetiva para terceiros interessados é buscar convencer a SG, ainda na fase de instrução, dos eventuais problemas concorrenciais da operação.

### **Evolução da jurisprudência do Cade para barrar condutas oportunistas de terceiros**

Há, claro, limites à intervenção de terceiros interessados. De início, há um prazo curto, de 15 dias contados a partir da publicação do edital da operação pelo Cade, para que um agente requiera a sua habilitação formal (art. 118 do RICade). Ou seja, o regulamento da autoridade buscou evitar que o

---

instituto da intervenção seja utilizado para fins procrastinatórios.

Ainda assim, especialmente nos casos que tramitam em rito sumário, nos quais a autoridade profere uma decisão dentro de apenas 30 dias, um prazo de 15 dias para que um terceiro se habilite, e depois um prazo adicional de 15 dias para que recorra ao Tribunal da eventual decisão de aprovação sem restrições, pode gerar repercussões sérias sobre a operação das partes fusionadas. Basta ter em mente que as partes têm imediatamente frustrada uma expectativa inicial e provável de terem a sua operação julgada em curto prazo.

A prática do Cade buscou evoluir para tentar minimizar os efeitos deletérios dessa situação. Notadamente, o Tribunal do Cade normalmente busca ser célere na apreciação de recursos de terceiros interessados em face de decisões de aprovação da SG. Não obstante, em tese o Conselheiro-Relator tem liberdade para tomar mais tempo para a apreciação e, mesmo quando não o faz, a verdade é que esperar mais duas semanas ou um mês para ter sua operação apreciada é muitas vezes um ônus pesado para as empresas.

Nesse sentido, a principal evolução da jurisprudência da autoridade antitruste foi no sentido de criar critérios mais rigorosos para que a habilitação de um terceiro interessado seja deferida.

O Despacho da Presidência do CADE nº 32/2021, emitido nos autos do Ato de Concentração nº 08700.000471/2021-75, resumiu para onde convergiram os requisitos de habilitação: “i) titularidade de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão (...); ii) apresentação de todos os documentos e pareceres necessários à comprovação de suas alegações (...); iii) pertinência com os fins da análise do ato de concentração (...)”. Mas uma análise detalhada revela mais que isso.

Na prática, os precedentes mais recentes da autoridade têm entendido ser insuficiente para demonstração do legítimo interesse, por exemplo, que o terceiro simplesmente relate ser um cliente ou concorrente das partes fusionadas. A afetação potencial dos interesses deve ser apresentada de forma clara.

Deve ser demonstrada, também, relação direta entre o ato de concentração, seus efeitos concorrenciais e os interesses alegadamente afetados. Se a afetação dos interesses não tiver relação com efeitos concorrenciais, que são o objeto de competência da autoridade antitruste, tem-se entendido que a controvérsia é estritamente privada ou não relacionada a matéria antitruste, gerando a inabilitação do terceiro.

Também a fim de repelir intervenções que afetem interesses meramente privados, muitas vezes os despachos de avaliação de pedidos de terceiros interessados têm indicado, de forma mais ou menos explícita, uma necessidade de demonstração de afetação mínima de interesses públicos ou difusos.

Mais do que isso, alguns precedentes já passaram a exigir, para a habilitação do terceiro interessado, que este demonstre minimamente a plausibilidade da sua tese a respeito dos efeitos alegadamente anticompetitivos da operação.<sup>3</sup>

Em especial, o nível de exigência do Cade para habilitação de terceiros parece muitas vezes estar sendo maior para atos de concentração de rito sumário, justamente em razão de uma presunção inicial de que

se trata de casos com baixo potencial anticompetitivo, e nos quais a extensão do tempo de tramitação processual tende a ser mais deletéria. Nesses casos, o ônus aos terceiros de demonstração de interesse legítimo e de plausibilidade da tese tem sido, ao que parece, mais elevado.

### **Aviso aos terceiros interessados**

Esse conjunto de elementos parece demonstrar, a potenciais terceiros interessados em operações submetidas ao Cade, que o pedido de habilitação para intervenção nos atos de concentração pode ser, efetivamente, um elemento significativo para influenciar no desfecho das avaliações da autoridade antitruste. Ao mesmo tempo, o nível de exigência da autoridade para deferir essas intervenções tem crescido, a fim de repelir condutas oportunistas e a tutela de interesses estritamente privados, ou não relacionados a discussões concorrenciais.

---

[i :: SEI – Pesquisa Avançada de Ato de Concentração :: \(cade.gov.br\)](#)

[ii](#) Média considerando o número de atos de concentração com restrições, acordos ou reprovações, em relação ao número total de operações analisadas pelo Cade em 2018, 2019 e 2020 ( [Anuário 2020 \(adobe.com\)](#), [anuario-2019-cade.pdf](#), [anuario-2018-cade.pdf](#)).

[iii](#) Vide, por exemplo, o Ato de Concentração nº 08700.000471/2021-75.

### **Date Created**

25/06/2021