

2

A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NO CONTENCIOSO JUDICIAL DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES: UMA SISTEMATIZAÇÃO DOS CASOS BRASILEIROS À LUZ DA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA E DA FRANÇA

Third Parties Participation in Merger Control Judicial Litigation: a systematization of the Brazilian cases in the light of the experience of the European Union and France

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo¹

RESUMO

No momento em que são renovadas as discussões sobre a participação de terceiros na esfera administrativa do controle de concentrações, é interessante identificar que este debate é reflexo em controvérsias na seara judicial. Nesse sentido, o presente texto visa a trazer considerações acerca da seguinte questão: qual o papel para os terceiros no contencioso judicial do controle de concentrações no Brasil? A inspiração estrangeira pode auxiliar? A partir da classificação entre terceiros internos e terceiros externos, pretende-se sistematizar e identificar as medidas judiciais potenciais ou já visualizadas por terceiros no Brasil, utilizando-se a experiência europeia e mais particular da França como parâmetro ilustrativo. Conclui-se que a exigência de uma ligação direta com a operação e a efetiva contribuição para a solução do problema concorrencial devem ser os aspectos principais a serem considerados pelos terceiros que atuem no contencioso judicial.

Palavras-chave: Controle de concentrações. Contencioso judicial. Terceiros. Terceiros internos e externos

ABSTRACT

By the time discussions about third parties participation in administrative merger control are resumed,

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Paris II. Procurador Federal. Atual Diretor de Soluções Jurídicas e Administrativas da Infraero. Foi Conselheiro e Procurador Geral do Cade (2010 a 2018). E-mail: gilvandrovcaraujo@gmail.com

it is interesting to identify that this debate is reflected in judicial review proceedings. In this sense, this text aims to answer the following question: what is the role of third parties' judicial litigation in merger control in Brazil? Can foreign experience help? Based on the classification between internal and external third parties, it is intended to systematize and identify potential judicial remedies or those already sought by third parties in Brazil, using European experience, particularly the French one, as an illustrative framework. It is concluded that the requirement of a direct link with the operation and the effective contribution to the solution of the competitive problem must be the main aspects to be considered by third parties who act in the judicial litigation.

Keywords: Merger control. Judicial litigation. Third parties. Internal and external third parties.

Sumário: 1. Introdução; 2. Terceiros internos; 2.1 Os trabalhadores; 2.1.1 A participação dos sindicatos de trabalhadores; 2.1.2 O papel do Ministério Público do Trabalho; 2.2 Os acionistas; 2.2.1 Os acionistas majoritários da sociedade investida; 2.2.2 Os acionistas minoritários das sociedades envolvidas; 3. Terceiros externos; 3.1 Os concorrentes; 3.1.1 Os concorrentes diretos; 3.1.2 Os concorrentes indiretos; 3.2 Os clientes e os consumidores; 3.2.1 As empresas clientes; 3.2.2 As associações de consumidores; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em atos de concentração a participação de terceiros é mais usual na esfera administrativa, impugnando e assistindo operações. Na seara judicial, a tradição brasileira é que os requerentes sejam protagonistas, propondo as ações nos casos de reprovação ou aprovação condicionada: as restrições às operações afetam os seus direitos e legitimariam o questionamento da concentração².

Dentro da lógica de afetação de direitos e legitimidade para a atuação no processo, mesmo na esfera administrativa, de tempo em tempo, são renovadas discussões (PEREIRA JR. *et al*, 2020)³ sobre participações de terceiros⁴.

Não se trata de uma questão visualizada apenas no Brasil. Com efeito, diversas discussões sobre o tema também ocorrem em outras jurisdições, como é o caso da União Europeia, em que há debates tanto no âmbito regional, como no nacional, nos Estados-Membros.

Nesse contexto, o presente texto visa a colaborar com a temática a partir das seguintes reflexões: qual papel deve-se defender para os terceiros no controle de concentrações no Brasil? Existem parâmetros dos processos judiciais e das decisões europeias que podem auxiliar nessa avaliação?

Retêm-se, de início, que, na doutrina europeia, Durande e Lloreda (2005) indicam que os

2 Na Europa, ver TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 27 de abril de 1995, CCE de la Société générale des grandes sources e.a. / Commission, T-96/92, Rec. p. II-1213, § 26, e TPICE, 27 de abril de 1995, CCE de Vittel e.a. / Commission, T-12/93, Rec. p. II-1247, § 36. Ver também TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE), 12 de outubro de 2011, Association Belge des Consommateurs tests-achats / Commission, T- 224/10.

3 Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61, em que foi indeferido pedido de intervenção como terceiro interessado (cf. Despacho SG nº 101/2021 e Nota Técnica nº 4/2021/CGAA2/SGA1/SG/Cade).

4 Os terceiros assumem grande importância no acompanhamento de compromissos: “um sistema de negociações e compromissos só nos parece portanto admissível se o poder decisório de sancionar o comportamento na ausência de um acordo pertencer ao terceiro, que é um juiz independente” (WALBROECK, 2008, tradução nossa).

terceiros são definidos de maneira negativa, de sorte que são todos aqueles que não fazem parte da operação. Para a professora Laurence Idot (2006, p. 751), Professora de Paris II e ex Conselheira da Autoridade Francesa de Defesa da Concorrência:

os terceiros formam uma categoria heterogênea cujos interesses e, por consequência, direitos podem variar em função das diferentes etapas do processo. Acompanhar o desenrolar deste revela-se o meio mais simples e sem dúvidas mais eficaz de identificar o lugar deles (IDOT, 2006, p. 751).

Os terceiros, assim, poderiam ser divididos em duas categorias: internos e externos. Os terceiros internos são aqueles intimamente ligados às empresas envolvidas na operação, tais quais sócios ou trabalhadores. Os outros terceiros, que são exteriores à empresa, são então chamados de terceiros externos, como os concorrentes, os clientes e consumidores.

A partir dessa classificação de terceiros internos (2) e terceiros externos (3) (IDOT, 2006, p. 751), o texto buscará sistematizar e identificar as medidas judiciais potenciais ou já visualizadas no Brasil, utilizando-se a experiência europeia como inspiração comparativa.

É importante destacar que o presente trabalho não objetiva realizar um estudo de direito comparado, técnica epistemológica específica, com método próprio⁵. O objetivo da utilização da experiência estrangeira é mais modesto, tendo a finalidade de servir como inspiração em alguns aspectos relevantes, com a finalidade de robustecer a avaliação técnico-jurídica da participação de terceiros no contencioso judicial do controle de concentrações no Brasil.

Este é o objetivo central do artigo: descrição do estado da arte da atuação no Brasil de terceiros na matéria referida, a partir dos casos mais relevantes identificados, com a sua sistematização, de onde se buscará visualizar perspectivas futuras. Nesse sentido, também fogem ao escopo do texto questões processuais mais específicas, como condições da ação e instrumentos procedimentais cabíveis.

2. TERCEIROS INTERNOS

A decisão administrativa sobre a operação de concentração pode afetar diretamente ou indiretamente vários interesses. Esses interesses estão atrelados aos aspectos jurídicos e econômicos em função de certas cláusulas contratuais ou dos estatutos das sociedades que fazem parte da operação.

De acordo com Idot (2006, p. 750), aquele que não é uma parte envolvida, mas mantém extrema proximidade com as empresas da operação, enquadra-se como terceiro interno⁶. No Brasil, nessa categoria, podem-se indicar ao menos dois quadros: os trabalhadores (2.1) e os acionistas (2.2).

2.1. Os trabalhadores

5 Nesse sentido, por exemplo, Dantas (1997).

6 É a classificação proposta por Idot (2006, p. 750), ponderando o artigo 11 do Regulamento (CE) nº 802/2004.

Os terceiros internos trabalhadores são os colaboradores das empresas partes das operações⁷. No Brasil, os conflitos entre trabalhadores e empresas têm jurisdição própria, ganhando importância no debate sobre a reivindicação dos interesses desses colaboradores. Como em outras jurisdições, os sindicatos são habilitados a representar os trabalhadores. Mas o Brasil também conta com a participação do Ministério Público do Trabalho (MPT). E tal fato já se mostrou relevante no contencioso nacional.

Nesse tópico, pois, há de se apreciar a judicialização da representação coletiva sindical (2.1.1), e também do órgão estatal responsável pelos interesses dos trabalhadores, o Ministério Público do Trabalho – MPT (2.1.2). Será que haveria espaço para uma relação entre direito dos trabalhadores e impactos concorrenciais?

2.1.1 A participação dos sindicatos de trabalhadores

Os trabalhadores, cerne da criação de valor da empresa, naturalmente podem sofrer os efeitos das operações, como a transferência de mão-de-obra ou as cláusulas de proibição de contratação. Esses efeitos são suscetíveis de impactar parte ou o conjunto dos trabalhadores da empresa.

Foi possível observar, até o presente momento, dois tipos de participação sindical. O sindicato ingressando com uma medida diretamente no Judiciário contra as restrições impostas à operação, no caso do Cade; e na jurisdição europeia, o sindicato como assistente, auxiliando uma das partes envolvidas para a manutenção da decisão administrativa.

No caso Nestlé/Garoto de 2005, operação no mercado de chocolates e que foi reprovada na vigência da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), o Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Espírito Santo se mobilizou contra uma parte da decisão administrativa. A decisão indicava que a operação deveria ser desfeita e “a alienação poderá, a critério do comprador, não incluir todos os ativos correspondentes à capacidade produtiva da empresa alienada”. O Sindicato afirmou que a decisão violava o princípio constitucional do pleno emprego,⁸ tendo em vista que ela poderia ameaçar o emprego dos trabalhadores caso a alienação não compreendesse todos os ativos (STJ, 2010). A ação foi proposta pelo sindicato de trabalhadores de forma concomitante à ação proposta pela Nestlé contra a decisão do Cade de reprovação da operação. As medidas foram processadas diante de TRFs de diferentes regiões do Brasil. O Sindicato propôs uma Ação Civil Pública no Espírito Santo, ou seja, na sede da empresa Garoto, objeto da aquisição; ao passo que a Nestlé propôs o pedido de anulação da decisão do Cade na jurisdição de Brasília, local da sede do Cade⁹. Deixando de lado os problemas processuais em causa, que resultam do contrassenso da possibilidade de se recorrer a várias juris-

7 “Nos países desenvolvidos uma série de fatores tem afetado a evolução do emprego. Entre os principais, fusões e aquisições; rearranjo dos empregos existentes com cortes de excedentes; deslocamento setorial do investimento direto para serviços – comércio, finanças e construção civil – com uso intensivo de tecnologias poupadoras de trabalho. Apesar do aumento do volume de investimento direto nesses países – os seus principais receptores – o crescimento de empregos foi muito modesto” (DUPAS, 1998, p. 129-130).

8 A garantia real de exercer seu direito ao trabalho.

9 Essa duplicidade de ações propostas demonstra que o problema de uma competência partilhada por diversas jurisdições federais, relacionadas a diferentes Tribunais Regionais Federais, enfraquece não apenas a formação da jurisprudência, como também gera a possibilidade plena de conflitos processuais relacionados ao controle de concentrações.

dições em um mesmo caso, o Sindicato demonstrou o seu ativismo para sustentar o interesse dos trabalhadores como fato legitimador da anulação de uma decisão do Cade em ato de concentração.

A mobilização do sindicato contra uma operação de concentração, todavia, não é um fato exclusivo da Nestlé do Brasil. Com efeito, o mesmo ocorreu no âmbito da União Europeia no caso Nestlé/Perrier de 1995, no qual o sindicato dos trabalhadores se insurgiu fortemente contra as obrigações imputadas ao cessionário da operação de concentração¹⁰.

Na União Europeia, ainda, os sindicatos já atuaram judicialmente em um viés de assistência, auxiliando as partes. Como exemplo pode-se destacar o caso francês Canal Plus de 2012, no qual Vivendi e Canal Plus pleiteavam a suspensão da decisão da autoridade antitruste francesa, a *Autorité de la Concurrence* (AdLC). A operação versou sobre a aquisição do controle exclusivo da TPS e do Canal Satellite pela Vivendi Universal e o Grupo Canal Plus. O Sindicato Interprofissional de Rádios e Televisões Independentes (*Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes - SIRT*) sustentou a manutenção da decisão da autoridade francesa (AdLC) que impôs restrições à operação (CE, 2012). Sua participação se prestou a auxiliar na análise de compromissos assumidos pelos requerentes da operação.

Para além do debate da atuação mais ampla do direito da concorrência (FRAZÃO, 2017), esclarecimentos sobre especificidades da empresa no espectro concorrencial podem surgir em manifestações sindicais. Se o Cade já utiliza a participação de terceiros no processo de acompanhamento de decisões¹¹, não se exclui que a representação dos trabalhadores possa vir a ser útil, dependendo da obrigação assumida pelos requerentes.

2.1.2 O papel do Ministério Público do Trabalho

Os interesses coletivos dos trabalhadores no Brasil, para além da clássica representação através dos sindicatos, foram tutelados por meio ações judiciais propostas pelo Ministério Público do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) brasileiro é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹². Nesse sentido invoca que a Lei do Ministério Público de 1993 trata da missão da proteção dos interesses coletivos¹³. Já que a coletividade é titular dos “bens protegidos” pelo art. 1º das Leis nº 8.884/1994 e 12.529/2011, o Ministério Público do Trabalho seria considerado parte legítima para se insurgir contra as decisões administrativas. Os Procuradores do Trabalho buscariam garantir uma proteção aos direitos fundamentais e sociais dos

10 TPICE, 27 de abril de 1995, *Comité Central d'entreprises de la Société Générale des Grandes Sources e. a. / Commission*, T- 96/92 R. O cessionário não poderia ser responsabilizado no âmbito do controle de concentrações pelas obrigações que incubiam ao cedente do contrato.

11 Notadamente por meio de *trustees*, contratados pelos requerentes com fins de supervisionar a implementação dos remédios e assegurar a sua efetiva realização (Cade, 2018). Trata-se de medida frequentemente utilizada pelo Cade em caso de Acordos em Controle de Concentração (v.g.: caso Bayer/Monsanto – AC nº 08700.001097/2017-49; caso AT&T/Warner – AC nº 08700.001390/2017-14).

12 Artigo 128, I, “a” e “b”, da Constituição Federal de 1988.

13 Artigo 5º, III, da Lei Complementar nº 75/1993.

cidadãos diante de ilegalidades praticadas nas relações de trabalho¹⁴.

Ainda que o impacto da operação de concentração nas relações de trabalho seja indireto, alguns procuradores sustentaram que o Ministério Público poderia agir quando verificado um dano, mesmo que potencial, aos trabalhadores.

Em um caso de 2013, o Ministério Público do Trabalho de São Paulo acionou a Justiça do Trabalho para obter documentos confidenciais relativos ao caso Citrosuco e Citrovita. Tratava-se de uma operação entre duas empresas que atuavam no mercado de suco de laranja, e a operação fora autorizada condicionada a compromissos. Já que tais empresas empregavam vários trabalhadores na colheita de laranjas, os procuradores solicitaram documentos para na sequência contestar a decisão do Cade, que gerava, segundo eles, “demissões em massa de trabalhadores” (TRT-15, 2013). O MPT ingressou com ação cautelar visando à obtenção de informações negadas pelo Cade, muito embora não tenha finalmente proposto ação contra o mérito da decisão do Cade.

No âmbito da operação de concentração entre as companhias aéreas GOL e WEBJET em 2013 (TRT-1, 2013), o Cade autorizou a operação mais uma vez condicionada a compromissos. Não havia cláusulas no acordo referentes à manutenção dos empregos, mas o Ministério Público do Trabalho destacou que a empresa havia procedido a dispensas vedadas nos compromissos com o Cade¹⁵. Uma vez notificado para informar à Justiça do Trabalho as cláusulas de proteção ao emprego, o Cade indicou não ter constatado violações aos compromissos, inclusive a proibição de demissão de trabalhadores. O fato é que o *Parquet* interpretou os compromissos do Cade com a empresa GOL.

Na França e na União Europeia, uma tal intervenção seria inadequada. Discussões sobre preservação dos empregos relacionadas à concorrência apenas ocorreram na década de 1970 (TJCE, 1977).

O fundamento de eventual ação judicial do MPT é o mesmo que motiva a participação dos sindicatos na operação de concentração: defesa dos trabalhadores. Mas é fato que uma operação de concentração não afeta, em princípio, de forma direta, os direitos dos trabalhadores.

Mesmo que se invoquem certos acordos coletivos que contenham “cláusulas de migração” de empregados para empresas adquirentes ou fundidas, estas cláusulas só legitimariam ação de representação laboral se fossem derogadas ou ab-rogadas pela decisão concorrencial. Mas a tendência é que os aspectos trabalhistas sejam alheios aos impactos concorrenciais da operação.

2.2 Os acionistas

Os terceiros internos acionistas são os que eventualmente possuem mais informações sobre a estrutura da sociedade. Nesse sentido, poderiam trazer elementos relevantes que ensejassem algum

14 No Brasil, o Ministério do Trabalho (extinto em 2019, suas atribuições sendo transferidas para os Ministérios da Economia, da Cidadania e da Justiça e Segurança Pública) é responsável pelas políticas públicas relativas ao trabalho, a se diferenciar da Justiça do Trabalho, ramo do Poder Judiciário que trata exclusivamente de casos que envolvam a relação de trabalho. Enfim, o Ministério Público do Trabalho, que zela pelo respeito à regulamentação do direito do trabalho.

15 “De acordo com o procurador-geral, as demissões não estavam previstas no acordo de fusão das empresas. Camargo afirma que o MPT está estudando uma intervenção em conjunto com outros setores do Ministério Público para questionar o Cade” (BALZA, 2012).

vício, sobretudo de enganosidade (ARAÚJO, 2015), referente a uma operação de concentração.

No Brasil, de acordo com o artigo 981 do Código Civil, as pessoas que assinam um contrato de sociedade se obrigam reciprocamente a contribuir (em bens ou serviços) para o exercício de uma atividade econômica e a partilha de lucros e perdas decorrentes¹⁶.

Observam-se ações judiciais de acionistas quando existem interesses divergentes entre os terceiros internos. Isso pode-se dar tanto em relação aos acionistas majoritários da sociedade investida (2.2.1) como em relação a acionistas minoritários que teriam um interesse na modificação da decisão administrativa (2.2.2).

2.2.1 Os acionistas majoritários da sociedade investida

No Brasil, a sociedade investida pode ser considerada parte da operação e pode ela mesma notificar a concentração. De acordo com o artigo 4º da Resolução nº 2 do Cade, entende-se por partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico notificado, incluindo os grupos econômicos¹⁷.

Os conflitos societários têm trazido para a análise concorrencial um contencioso de destaque.

No caso CSN/USIMINAS de 2011, a CSN adquiriu em bolsa as ações de seu concorrente, a USIMINAS. A operação foi autorizada pelo Cade com restrições, mediante um Termo de Compromisso. Tratava-se possivelmente de um movimento embrionário de uma oferta hostil que não foi concretizada. Durante o cumprimento dos compromissos, a USIMINAS apresentou uma ação contra o Cade, em razão de algumas flexibilizações das obrigações assumidas pela CSN. A USIMINAS aduzia sua condição de sociedade objeto na operação analisada pelo Cade. Sem adentrar no mérito da ação judicial, o fato é que se considerou a USIMINAS legítima para questionar judicialmente o compromisso da CSN.

Na França, no caso Pernod Ricard/Coca Cola, a sociedade cedente (Pernod Ricard) decidiu ingressar com uma ação por excesso de poder após a rejeição da ação judicial da Coca Cola Company (CE, 2000), que havia notificado a operação. Tratava-se da cessão de direitos da marca Orangina pela Coca Cola, vetada pelo Ministro da Economia (então responsável pela decisão da concentração).

As ações judiciais de terceiros internos, assim, podem ter lugar tanto nos casos em que há

16 Na França, o artigo 1832 do Código Civil propõe uma definição similar e dispõe que a sociedade é instituída por duas ou mais pessoas que acordam por um contrato em atribuir a uma empresa comum bens ou sua indústria com vistas a partilhar o lucro ou aproveitar-se da economia resultante. Ela pode ser instituída, nos casos previstos em lei, por ato de vontade de uma única pessoa. Os sócios também concordam em contribuir para as perdas.

17 No direito da União Europeia e na França, a obrigação de notificar recai sobre aquele que adquire o controle ou, no caso de ação conjunta de empresas, a todas estas últimas. Na UE, as concentrações devem ser notificadas conjuntamente pelas empresas quando consistirem em uma fusão ou na aquisição de controle conjunto. Nos outros casos, a notificação deve ser apresentada pela pessoa ou empresa que adquire o controle do conjunto ou de partes de uma ou mais empresas (artigo 4, 2, do Regulamento nº 139/2004). Na França, de acordo com o artigo L.430-3 do Código Comercial, a obrigação de notificação incumbe às pessoas físicas ou jurídicas que adquirem o controle total ou parcial de uma empresa ou, nos casos de uma fusão ou criação de uma *joint venture*, a todas as partes envolvidas, que devem portanto notificar conjuntamente. O conteúdo da documentação é fixado por decreto.

convergência de interesses, como quando os outros acionistas da empresa adquirida querem sustentar um interesse contrário aos acionistas requerentes da operação.

2.2.2 Os acionistas minoritários das sociedades envolvidas

Na fase administrativa do controle de concentrações, há registros de os acionistas minoritários contestarem as decisões tomadas pela direção da empresa, impugnando o ato de concentração. A contrariedade de seus interesses financeiros constitui o fundamento das medidas¹⁸.

Até o momento, a justiça brasileira não se pronunciou sobre medidas judiciais interpostas por acionistas minoritários para contestar uma operação de concentração. Essa situação, porém, é conhecida na União Europeia e na França. Tal situação indica a possibilidade de eventual contencioso no Brasil, tendo em vista a participação desses acionistas na fase administrativa.

No caso TJCE Zunis Holding vs. Comissão de 1993, os acionistas minoritários de um dos requerentes propuseram uma medida judicial demandando a anulação de uma manifestação da Comissão que confirmava que a operação em causa não era uma concentração. Trata-se de um tipo de decisão mais usual no Brasil sob a égide da Lei 8.884/94, as então denominadas decisões de não-conhecimento de uma operação. Os sócios minoritários desejavam o exame da operação como uma concentração e buscavam impedir o aumento do capital social de um acionista, o que poderia afetar o alcance de seus direitos. O argumento era de que suas próprias participações seriam diluídas caso a operação, que eles acreditavam ser uma concentração, pudesse ser autorizada sem o prévio exame dos direitos patrimoniais (TPICE, 1993).

Na França, no caso Sociétés France Antilles (Groupe Hersant Média) de 2007, os acionistas minoritários ingressaram com uma medida contra uma decisão do Ministério da Economia que autorizava sem restrições a operação de concentração. Os acionistas minoritários alegavam que a decisão de autorização impactava negativamente seus direitos (CE, 2007a). A ação foi admitida pelo Conselho de Estado, que anulou a decisão da autoridade administrativa por erro de qualificação jurídica (erro de direito da decisão sobre a concentração).

Para além do debate sobre a admissibilidade ou não dessas medidas judiciais, é preciso destacar que a discussão travada na UE e na França poderá apresentar-se no Brasil sob as mesmas condições, notadamente sob o regime de controle prévio, em que os terceiros são protagonistas dos recursos e há cada vez mais na regulação uma construção de empoderamento dos acionistas minoritários.

3. TERCEIROS EXTERNOS

Ainda na trilha da classificação europeia, os terceiros externos se apresentam como “distantes” das empresas objeto da operação. A distância, todavia, não os deixa menos ativos nas ações judiciais. Ainda que eles não sejam *a priori* diretamente afetados pela operação, eles podem propor

18 No Brasil, por exemplo, no caso julgado pelo CADE em 1º de julho de 2014 (Araucania Participações Ltda. – 08700.002772/2014-04), houve uma tentativa de bloqueio da análise administrativa pelo fato de supostos acionistas da sociedade terem sustentado a resolução de seus direitos patrimoniais antes de o CADE deliberar sobre a operação.

ações de forma autônoma ou em auxílio a uma medida já existente.

Os terceiros externos, de regra, posicionam-se contra as decisões em controle de concentração de operações com um impacto concorrencial substancial para o seu mercado. Deve-se estar atento, contudo, às ações desleais dos terceiros que podem apresentar medidas para “suspender” a decisão administrativa, ainda que sem fundamento ou lastro concorrencial.

Os terceiros mais importantes que intervêm em diferentes etapas do processo administrativo e judicial são os concorrentes (3.1), bem como os clientes e associações de consumidores (3.2). Estes últimos têm suas ações particularmente controversas em matéria de controle de concentração.

3.1 Os concorrentes

Podemos classificar os concorrentes em dois tipos: diretos e indiretos. Os concorrentes diretos são aqueles que vendem produtos ou serviços similares. Os concorrentes indiretos vendem produtos e serviços diferentes, mas em certas circunstâncias intercambiáveis do ponto de vista dos consumidores.

De acordo com Geradin e Petit (2005, p. 21),

Na EU, a questão dos recursos de anulação interpostos por concorrentes apresenta um interesse na medida em que uma abertura demasiado ampla das condições de admissibilidade dos recursos de anulação permitiria igualmente aos operadores prejudicar seus concorrentes contestando, por exemplo, uma decisão pela qual a Comissão aprova uma concentração que gera eficiências substanciais, ou rejeita uma queixa apresentada contra comportamentos agressivos perfeitamente lícitos (GERARDIN; PETIT, 2005, p. 21).

No Brasil, a participação dos concorrentes diretos é considerada principalmente na fase administrativa. Porém, a atuação deles no contencioso judicial não pode ser excluída de avaliação, tanto em razão da maturidade do contencioso de terceiros, como também em observância da experiência na UE. É preciso considerar, portanto, o contencioso relativo aos concorrentes diretos (3.1.1) e o relativo aos concorrentes indiretos (3.1.2).

3.1.1 Os concorrentes diretos

A ausência de contencioso judicial formado por concorrentes diretos no Brasil até o presente pode ser explicada por duas razões. A primeira corresponde ao regime da lei de 1994. Pôde-se observar que no sistema anterior as operações já haviam sido realizadas quando do exame pela autoridade concorrencial. Não havia iniciativa de terceiros de proporem as ações judiciais, considerando as dificuldades de reverter uma tal operação e os custos inerentes ao processo judicial. A segunda razão diz respeito à boa reputação das decisões do Cade. Uma decisão tecnicamente sólida tem as chances de sucesso do concorrente bastante reduzidas. A mudança para a análise prévia ainda não suscitou a mudança desse estado da arte.

A participação de concorrentes diretos na interposição de ações contra as decisões do CADE, porém, pode-se tornar uma realidade, dada a atuação crescente dos concorrentes diretos no contencioso judicial nos países que adotaram o controle prévio. Parte das ações judiciais movidas no exterior refere-se a aspectos já discutidos atualmente no Brasil, o que pode reforçar a ideia de um contencioso futuro.

Na França, por exemplo, o caso M6 tratou de possíveis argumentos de terceiros interessados e seu papel no processo. Abordaram-se os erros de avaliação da autoridade sobre os efeitos da operação no mercado (CE, 2007b). No caso Fiducial Informatique, a anulação da decisão do Ministro da Economia pelo Conselho de Estado ocorreu após um recurso apresentado por um concorrente direto em razão da alegação de erro de avaliação sobre a rivalidade das empresas (CE, 2005).

O que poderá ser discutido é a exigência europeia de que o concorrente seja direta e individualmente envolvido. De acordo com o artigo 263, 4, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), uma pessoa física ou jurídica apenas pode ingressar com medidas contra os atos que lhe digam direta e individualmente respeito. Tais observações referem-se, sobretudo, à apreciação dos efeitos da concentração sobre os diferentes mercados geográficos e de produto, bem como à apreciação da eficácia da decisão ou dos compromissos (TPICE, 2003).

3.1.2 Os concorrentes indiretos

No Brasil já existe um exemplo de judicialização de concorrentes indiretos face à decisão do Cade. Na ocasião, a atuação se deu em apoio à decisão contra a qual se insurgiu o requerente da operação.

A operação GLN/Gemini tratava de uma *joint venture* entre o fornecedor exclusivo de gás natural, Petrobras, e a empresa White Martins, que transformava o gás natural em gás liquefeito. Em razão da regulamentação em vigor, o fornecedor Petrobras não era autorizado a exercer uma atividade de venda. A operação de concentração foi aprovada com restrições unilaterais impostas pelo Cade, relativas à transparência sobre a formação dos preços praticados pela Petrobras em relação a sua *joint venture* com a Gemini. O concorrente indireto, Comgás, que vendia gás natural, apoiou o Cade na ação judicial interposta pela Gemini contra a decisão administrativa (DF, 2014). A sociedade Comgás apresentou ao juiz um estudo complementar que reforçava a decisão do Cade. Defendeu a Comgás, que se encontrava a jusante na cadeia de produção, que era essencial uma transparência na formação dos preços praticados pela Petrobras em relação a sua *joint venture*, GNL/Gemini, que tinha sido a decisão do Cade.

A participação de concorrentes para auxiliar na defesa da decisão administrativa deve estar atrelada à apresentação de documentos e estudos complementares, robustecendo a lógica de se exigir que o concorrente seja direta e individualmente envolvido.

3.2 Os clientes e os consumidores

Os clientes e os consumidores podem ser enquadrados como terceiros externos. Na análise concorrencial do Cade, nos termos do Guia de Concentrações Horizontais, eles são importantes na

instrução dos casos:

Os consumidores podem ser consultados quanto a questionamentos sobre a operação e o mercado envolvido, como: em que medida desviam sua demanda ou consideram a possibilidade de desviá-la em função de mudanças nos preços relativos; se, no passado, desviaram ou cogitaram desviar compras, em resposta a tais mudanças; se há possibilidade de segmentação de mercado (com diferenciação de preços ou qualquer outra forma de discriminação) que permita às empresas adotarem estratégias comerciais diferentes (Cade, 2016, p. 12)

Sob essa ótica, na jurisprudência, podem-se identificar casos em que não apenas empresas clientes das sociedades envolvidas na operação (3.2.1), mas também de consumidores, que geralmente defendem seus interesses por meio de associações, intervieram (3.2.2).

3.2.1 As empresas clientes

Na fase administrativa, o conhecimento sobre o que se passa no mercado é o aspecto mais importante para evitar análises imprecisas sobre o funcionamento e o impacto da operação.

Considerando esse conhecimento do mercado, espera-se que os clientes acionem o Judiciário não apenas contra a autorização de uma operação, mas igualmente no que se refere aos acordos firmados com o Cade. Os compromissos podem ser objeto do contencioso em controle de concentrações.

No Brasil, a Associação dos Distribuidores dos Produtos Ambev do Estado de São Paulo aduziu que a fusão entre as empresas Brahma e Antartica, que criou a sociedade Ambev, havia gerado um crescimento da participação de mercado problemática. A situação se agravou quando da renovação de seu contrato com a Ambev. Os distribuidores argumentaram que o Cade e a Ambev eram responsáveis pelo seu prejuízo¹⁹. A existência de um compromisso vigente entre Cade e empresas pode estimular que relações privadas possam ensejar um debate sobre “conformidade” da aprovação das concentrações mediante restrições.

Mais recentemente, observou-se uma ação judicial de cliente no caso Bureau de Crédito de 2017 (DF, 2017). A operação referia-se a uma *joint venture* de bancos no Brasil que criou o “bureau de crédito” para a obtenção das informações de crédito dos consumidores dos serviços bancários. Visto que se tratava de uma integração vertical, o Cade obteve o compromisso de não-discriminação entre a *joint venture* e outros concorrentes do mercado a jusante. A Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil apresentou medida judicial visando a tornar públicos todos os compromissos assumidos pelo bureau de crédito no âmbito da operação de concentração.

Na Europa, no caso *Wirtschaftskammer Kärnten* do então Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Europeia (TPICE) de 2006, o organismo de direito público austríaco *Wirtschaftskammer Kärnten*, responsável por representar nos processos de concorrência os interesses das entidades

19 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO (TRF3), 1º de março de 2012, Ambev São Paulo, processo nº 2005.61.00.025506-2/SP.

sediadas na região de *Kärnten* – no caso os distribuidores de energia – interpôs uma medida judicial contra os efeitos diretamente prejudiciais que poderiam resultar da operação de concentração entre as sociedades *Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG* e *EnergieAllianz* (TPICE, 2006). Para o Tribunal, uma das hipóteses nas quais uma associação de empresas, que não é a destinatária do ato atacado, é individualmente envolvida por este se apresenta precisamente quando a associação tem um interesse próprio de agir, sobretudo porque sua posição de negociador foi afetada pelo ato cuja anulação se pleiteia.

Esses casos, tanto no Brasil como na Áustria, destacam de que forma clientes questionam uma decisão da autoridade da concorrência que os prejudicaria, em tese.

3.2.2 As associações de consumidores

De acordo com o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, o consumidor é definido como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. De regra, as objeções dos consumidores contra as operações de concentração são ligadas à possibilidade de um aumento de preços decorrente da operação²⁰.

No Brasil, até o momento, não se observou a interposição de recursos judiciais por associações de consumidores contra decisões da autoridade de concorrência em matéria de controle de concentrações. Duas razões explicam essa situação. Primeiramente, os consumidores são mais propensos a agir contra os vícios dos produtos e serviços na sua relação direta de consumo. Em segundo lugar, os custos de interposição de ações judiciais (advogados, estudos econômicos) são elevados e constituem uma barreira efetiva para as associações de consumidores finais.

O Código de Processo Civil (NCPC) brasileiro, todavia, poderá facilitar a participação dessas associações por meio do procedimento de *amicus curiae*. As informações trazidas pelas associações podem ser levadas em consideração pelo juiz se contribuírem positivamente para a solução do caso²¹.

É necessário, porém, observar que a mera eventualidade de apresentação dessas ações deve ser muito relativizada, sobretudo considerando o que ocorre na França e na União Europeia.

O direito francês não é favorável a medidas judiciais interpostas por associações de consumidores em controle de concentrações²². No direito da União Europeia, este debate já veio à tona: a

20 “A criação de mais uma gigante no setor de varejo a partir da união das redes Insinuante e Ricardo Eletro vai diminuir o poder de negociação da indústria, segundo representantes do setor de eletrodomésticos. Esse movimento de fusão entre redes médias, porém, já era esperado pelo setor industrial a partir da união do grupo Pão de Açúcar com as redes Ponto Frio e Casas Bahia no ano passado. ‘Existe hoje uma situação de mercado em que a competição é intensa entre as redes que comercializam produtos considerados commodities, como os eletrodomésticos. Uma forma de ganhar mais dinheiro é com o aumento de participação de mercado, já que os preços desses produtos são conhecidos dos consumidores’, afirma Cláudio Felisoni, presidente do conselho do Provar-FIA (Programa de Administração de Varejo da Fundação Instituto de Administração)” (FERNANDES, 2010).

21 Artigo 138 da Lei 13.105/2015.

22 Ele tende a ser favorável à participação das associações de consumidores em ações judiciais referentes a práticas anticoncorrenciais. Os recursos são facilitados caso as associações já façam parte do processo administrativo, ainda que elas não possam apresentar recursos visando à anulação das decisões da autoridade da concorrência (IDOT, 2011).

Associação Belga de Consumidores de Energia apresentou medida judicial aduzindo problemas de compatibilidade de uma operação com o mercado comum (caso COMP/M.5549 – EDF/Segebel)²³. A ação foi julgada inadmissível, sobretudo porque se referia ao mérito da operação.

Embora a participação de consumidores na interposição de medidas judiciais pareça ser inconveniente, como pôde-se constatar no direito francês e da União Europeia, é certo que a ideia da lei brasileira a respeito da obrigatoriedade de repasse aos consumidores dos benefícios decorrentes da operação fará os juízes refletirem sobre a extensão da participação dos consumidores no contencioso judicial. E talvez a solução francesa não se reproduza no Brasil.

4. CONCLUSÃO

No contexto atual em que a participação de terceiros na esfera administrativa do controle de concentrações tem ganhado mais relevância no âmbito do Cade, tal atuação poderá ser avaliada à luz da participação dos terceiros no contencioso judicial no Brasil e na União europeia.

Como visto, sob a legislação brasileira, os terceiros podem ter participação em processos judiciais que questionam decisões administrativas do Cade em controle de estruturas, seja inaugurando uma demanda ou intervindo em feitos já iniciados.

Alguns exemplos podem ser encontrados na jurisprudência, como ações judiciais propostas por sindicatos de trabalhadores, pelo Ministério Público do Trabalho, acionistas da sociedade investida, concorrentes indiretos e clientes. Outros casos identificados na experiência estrangeira ainda não se reproduziram no Brasil, referentes à participação, v.g., de acionistas minoritários das sociedades envolvidas, concorrentes e consumidores.

No exame de tais casos, constatou-se que a exigência de uma ligação direta com a operação e a efetiva contribuição para a solução do problema concorrencial devem ser os aspectos principais a serem considerados pelos terceiros que atuem no contencioso judicial. Trata-se de uma lógica de ação de agente prejudicado ou *amicus curiae* diferenciado, esta que vem sendo corroborada no Código de Processo Civil. Para a admissibilidade desses terceiros, sem adentrar em aspectos processuais mais destacados, deve-se buscar a demonstração dos prejuízos diretos ocasionados pela operação, ou a efetiva contribuição para solução do problema concorrencial.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gilvandro de. A Judicialização da Defesa da Concorrência após a Lei 12.529/2011: A Emergência da Enganosidade? In: CARVALHO, Vinícius Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 115-126.

BALZA, Guilherme. Justiça do Trabalho determina que Gol reintegre funcionários da Webjet demitidos. **UOL**, São Paulo, 7 dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3eGW8S1>. Acesso em: 21 jan. 2021.

23 TJUE, 12 de outubro de 2011, ABSL, T-224/10. O Tribunal destacou que a decisão de autorização da concentração, no que se refere aos consumidores, referia-se ao possível aumento de preço de eletricidade e de gás. Além disso, ela diria respeito a todos os consumidores residentes no mercado geográfico e atingidos da mesma forma. Assim, a decisão não preenchia a condição de individualização prevista no artigo 263, 4, do TFUE.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 6 de outubro de 2000, Pernod-Ricard, caso nº 216645.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 20 de julho de 2005, Fiducial Informatique et Fiducial Expertise, caso nº 279180.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 27 de junho de 2007b, M6, caso nº 278652.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 21 de dezembro de 2012, Groupe Canal Plus, caso n. 362347.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 31 de janeiro de 2007a, Société France Antilles, caso nº 294896.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia – Análise de Atos de Concentração Horizontal**. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3odyZKo>. Acesso em: 4 mar. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia – Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3gwRGXi>. Acesso em: 1º fev. 2021

DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34. n. 134, p. 231-250, abr./jun. 1997.

DISTRITO FEDERAL. Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF). **Processo nº 1009784-42.2016.4.01.3400**, CACB, 1º fevereiro de 2017.

DISTRITO FEDERAL. Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF). **Processo nº 2007.34.00.005245-0**, GNL, 20 de junho de 2014.

DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. **Estudos Avançados**, v. 12, n. 34, p. 129-130, 1998.

DURANDE, Serge; LLOREDA, Aitor Montesa. Les droits des tiers dans les procédures concurrences devant la Commission européenne. **Concurrences**, Paris, n. 4, p. 34-44, 2005.

FERNANDES, Fátima. Indústria reclama de concentração no varejo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 mar. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3uHL64P>. Acesso em: 20 jan. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GERADIN, Damien; PETIT, Nicolas. Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère postmodernisation. **The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 06/05**, Bruges, p. 21, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/33K8p1H>. Acesso em : 20 jan. 2021.

IDOT, Laurence. Le rôle des consommateurs dans le public enforcement. In: CARLTON, Dennis et al. (org.). **New frontiers of antitrust**. Bruxelas: Bruylant, 2011. p. 105-122.

IDOT, Laurence. Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations – Aspects du droit français. **Revue internationale de droit comparé**, v. 58, n. 3, p. 747-769, 2006.

PEREIRA JR., Ademir Antônio et al. Retrospectiva 2020 – Casos difíceis marcam o ano do Direito Concorrencial brasileiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2R-52Qsh>. Acesso em: 1º fev. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), 8 de junho de 2010, Sindialimentação / Cade e Nestlé, REsp nº

1.163.560/RJ.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (TJCE), 11 de janeiro de 1996, Zunis Holding e.a. / Commission, C-480/93 P.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (TJCE), 25 de outubro de 1977, Metro / Commission, caso nº 26/76.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE), 12 de outubro de 2011, Association Belge des Consommateurs tests-achats / Commission, T- 224/10.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 3 de abril de 2003, Babyliss / Commission, T-114/02.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 27 de abril de 1995, CCE de la Société générale des grandes sources e.a. / Commission, T-96/92.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 27 de abril de 1995, Comité Central d'entreprises de la Société Générale des Grandes Sources e. a. / Commission, T- 96/92 R.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 27 de abril de 1995, CCE de Vittel e.a. / Commission, T-12/93.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 28 de outubro de 1993, Zunis Holding e.a. / Commission, T-83/92.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 1ª REGIÃO (TRT-1), 8 de março de 2013, Ministério Público do Trabalho / VRG linhas aéreas SA e Webjet Linhas Aéreas SA, Processo nº 1618/23.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO (TRF3), 1º de março de 2012, Ambev São Paulo, processo nº 2005.61.00.025506-2/SP.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO (TRT-15), 11 de maio de 2013, Ministério Público do Trabalho / Cade, Processo nº 0011506-28.2013.5.15.0081.

WAELEBROECK, Denis. Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges. **The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 01/08**. Bruges, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3fctfwi>. Acesso em: 7 abr. 2015.