



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

RENATA CAIED

***GUN JUMPING: RETÓRICA INTERNACIONAL E DIRETRIZES DELINEADAS
PELA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO SISTEMA DE CONTROLE DE ANÁLISE
PRÉVIA.***

BRASÍLIA

2014

RENATA CAIED

***GUN JUMPING: RETÓRICA INTERNACIONAL E DIRETRIZES DELINEADAS
PELA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO SISTEMA DE CONTROLE DE ANÁLISE
PRÉVIA.***

Monografia, apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, sob a orientação do Prof. Carlos Orlando Pinto.

BRASÍLIA

2014

RENATA CAIED

***GUN JUMPING: RETÓRICA INTERNACIONAL E DIRETRIZES DELINEADAS
PELA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO SISTEMA DE CONTROLE DE ANÁLISE
PRÉVIA.***

Monografia, apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, sob a orientação do Prof. Carlos Orlando Pinto.

Brasília, _____ de _____ de 2014

Banca Examinadora

Prof. Carlos Orlando Pinto – Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Deus sempre em primeiro lugar. Agradeço a capacidade que me foi concedida, bem como a todas as bênçãos que foram derramadas incessantemente.

Aos meus pais, Salim Caied Júnior e Vanusa Caied pelo apoio e amor incondicional que me deram forças para sonhar cada vez mais alto.

Aos meus irmãos Paulo Caied, Samir Caied e Eliana Caied pelo companheirismo e afeto capazes de transformar em alegria até mesmo os piores momentos.

*Odiei as palavras e as amei, e espero tê-las
usado direito.*
Markus Zusak

RESUMO

A presente monografia pretende analisar as implicações da transição do sistema de análise posterior dos atos de concentração para o sistema de análise prévia. A Lei 12.529/11 responsável pela mudança trouxe grandes avanços para a defesa concorrencial brasileira. A obrigatoriedade de submissão dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica antes da sua consumação constitui-se em medida eficaz para a imposição de remédios antitrustes em operações que gerem preocupações concorrenciais. Assim, as empresas devem manter suas estruturas inalteradas e continuar agindo como concorrentes até a palavra final da autoridade concorrencial. A afronta a esse dispositivo legal é conhecida internacionalmente como *gun jumping*. Ressalta-se, no entanto, que mesmo no período pré-operatório a valoração do negócio e a transição eficaz exigem que as empresas procedam com ações que seriam incomuns se consideradas fora do contexto operatório. O escopo do trabalho recai, portanto, em determinar quais ações podem ser tomadas pelas empresas a fim de obter o máximo de eficiência nas negociações sem que isso represente infração à ordem econômica e a consequente imposição de sanções.

Palavras-chave: Direito Econômico. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Sistema de análise prévia. Lei 12.529/11. *Gun jumping*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA ECONÔMICA E O CONTROLE DE ESTRUTURAS	10
1.1 Breve introdução ao ordenamento econômico	10
1.2 Lei 8.884/94 e o Sistema de Análise Posterior	12
1.2.1 <i>Multa por intempestividade</i>	15
1.2.2 <i>Teria do Fato Consumado</i>	16
1.3 Lei 12.529/11 e o Sistema de Análise Prévia.....	18
1.4 Conceito de <i>gun jumping</i>.....	20
2 GUN JUMPING NO ÂMBITO INTERNACIONAL	22
2.1 Seção 7A do HSR Act.....	22
2.1.1 <i>Integração Prematura.....</i>	24
2.1.2 <i>Transferência de controle operacional.....</i>	26
2.1.3 <i>Troca de informações concorrencialmente sensíveis.....</i>	27
2.1.4 <i>Marketing conjunto.....</i>	30
2.1.5 <i>Fixação de preço e alocação de mercado.....</i>	31
2.2 Seção 1 do Sherman Act.....	32
2.3 Seção 5 do Federal Trade Commission Act.....	35
2.4 Sanções	36
3 GUN JUMPING NO BRASIL	38
3.1 Disposições legais.....	38
3.2 Acordo em Controle de Concentração.....	39
3.3 Casos concretos.....	40
3.3.1 <i>Operações no setor de óleo e gás</i>	40
3.3.2 <i>Caso Fiat/Chrysler.....</i>	45
3.4 Considerações finais: fazer ou não.....	46
3.4.1 <i>Auditoria</i>	47
3.4.2 <i>Elaboração dos contratos</i>	48
3.4.3 <i>Planejamento de integração pós-assinatura do contrato</i>	49
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

O papel da defesa concorrencial do Brasil veio se aperfeiçoando ao longo dos tempos, ganhando cada vez mais destaque. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou a atuar de maneira mais eficaz contra os abusos econômicos a partir do advento da Lei 8.884/94 que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e que transformou o CADE em autarquia federal. Apesar da reconhecida relevância da lei e de ser considerada o primeiro diploma antitruste brasileiro, esta carregava em si diversas falhas que restringiam a eficácia do sistema.

Uma dessas falhas se dava na atuação do CADE no que diz respeito ao controle de estruturas. Trata-se da frente preventiva que visa coibir as concentrações de mercado que possam prejudicar a concorrência e os consumidores. Os atos de concentração podem gerar altas concentrações de mercado, retendo o poder econômico nas mãos de poucos e restringindo a entrada de novos atuantes no mercado. É neste sentido que a atuação da autoridade antitruste se faz essencial para garantir as condições de concorrência.

A fim de se garantir essa atuação do órgão concorrencial, atendidos os critérios estabelecidos em lei, as empresas têm a obrigação de notificar a operação almejada ao CADE. A lei 8.884/94 preconizava o sistema de análise posterior dos atos de concentração e as partes envolvidas tinham o prazo de 15 dias para cientificar a autoridade de defesa concorrencial. Essa análise posterior dificultava em muito a imposição de eventuais remédios antitruste necessários para minimizar os efeitos anticompetitivos resultantes da operação. Isto porque é muito mais difícil desfazer o que já está feito do que não permitir que se faça.

O sistema de análise prévia implementado pela Lei 12.529/11 alterou profundamente esse cenário e estipulou a obrigação de notificação à autoridade antitruste em momento anterior à consumação do ato de concentração. Essa nova determinação aproximou o direito antitruste brasileiro das melhores práticas internacionais, uma vez que se mostra como uma alternativa mais eficaz de controle das estruturas.

Antes que a autoridade de defesa concorrencial analise os efeitos da operação e decida pela imposição ou não de restrições, as requerentes devem continuar agindo como concorrentes efetivas, mantendo suas estruturas inalteradas e independentes. Tudo para que as condições de concorrência prevaleçam e se evitem alterações nas estruturas societárias que sejam de difícil reversibilidade.

As empresas que falharem em cumprir com o disposto no diploma legal estão sujeitas à imposição de sanções, também previstas em lei, por incorrerem na infração à ordem

econômica denominada internacionalmente como “*gun jumping*”. O *gun jumping* se caracteriza quando as partes começam a engajar em atividades que abrem margem para a coordenação de suas atividades ou integração de seus negócios e deixam de agir como concorrentes efetivas antes da palavra final das autoridades antitrustes.

Resta claro que durante uma negociação entre as empresas, a fim de que se possa estipular e manter o valor do negócio, bem como conseguir uma transição efetiva é necessário que as empresas tomem uma série de ações como compartilhamento de informações, análise de riscos e planejamento. Assim, o problema reside em se determinar em que medida tais atitudes podem ser tomadas sem que isso represente uma afronta à Lei 12.529/11.

Para tanto o presente trabalho analisará esta matéria em três capítulos.

No primeiro capítulo será feito um breve retrospecto do ordenamento jurídico brasileiro, começando pelas Constituições Econômicas, passando pela primeira lei de relevância no direito antitruste, a Lei 8.884/94, o sistema de análise posterior e como este funcionava, até se chegar na atual lei antitruste, a Lei 12.529/11. Neste momento também serão feitas considerações sobre a mudança para o sistema de análise prévia, bem como será definido o conceito de *gun jumping*.

O segundo capítulo por sua vez se ocupará com os diplomas legais e a jurisprudência norte-americana. O país apresenta grande tradição no direito concorrencial e foi através de sua legislação que surgiu o sistema de análise prévia. Além disso, o direito antitruste dos Estados Unidos serviu como base para elaboração do diploma nacional e por isso, é de essencial importância analisar os casos concretos em que se decidiu pela ocorrência do *gun jumping* e quais atitudes tomadas pelas requerentes foram suficientes para caracterizar uma infração à ordem econômica.

No terceiro capítulo, será examinada a jurisprudência nacional e os casos que foram julgados pelo CADE, todos relativos à referida conduta. Como o sistema de análise prévia é recente, apenas alguns casos chegaram a julgamento, sendo que em todos nos quais o *gun jumping* restou caracterizado foram firmados acordos entre as partes e o órgão de defesa concorrencial.

Feita essa análise internacional e nacional do *gun jumping*, existem diretrizes suficientes que permitam concluir quais são as atitudes permitidas ou não de serem tomadas pelas empresas, durante o período anterior à aprovação do órgão concorrencial. É claro, que particularidades de cada caso não permitem um rol taxativo de ações, porém parâmetros gerais podem ser estipulados a fim de minimizar as principais dúvidas das empresas que

pretendem se concentrar, bem como gerar certo nível de segurança jurídica. Essa questão será abordada, portanto na parte final do terceiro capítulo.

Em fase de adaptação da lei antitruste brasileira, o tema se mostra bastante atual e relevante. As empresas sempre ficam muito ansiosas para finalizar e implementar suas operações e muitas vezes se mostram resistentes a entender porque não podem proceder à consumação do negócio de pronto. É neste momento que entra a necessidade da observância de cautela, sendo que esta advém dos parâmetros estipulados pelo CADE e pela jurisprudência internacional.

1 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA ECONÔMICA E O CONTROLE DE ESTRUTURAS

1.1 Breve introdução ao ordenamento econômico

Há muito já se sabe que a teoria smithiana de liberalismo econômico encontra-se vencida. O melhor desenvolvimento de uma economia de mercado só pode ser alcançado quando acompanhado obrigatoriamente de alguma regulação estatal. A incapacidade do mercado de se autorregular e em conjunto atuar na proteção dos direitos sociais acabou concedendo ao Estado novas atribuições. É justamente neste esteio da intervenção estatal que nasce o conceito de ordem econômica e o decorrente surgimento de uma Constituição econômica¹.

De acordo com Eros Grau², a expressão “ordem econômica” carrega em si dois sentidos. O primeiro ligado a um conceito de fato que indica as relações econômicas, o modo de ser das economias, e o segundo que encabeça um sentido normativo relacionado ao mundo do dever-ser. Deste último significado surge o termo “nova ordem econômica” que foca na positivação do direito, compreendendo os instrumentos que possibilitam ao Estado intervir na economia.

Após a Primeira Guerra Mundial, o interesse do Estado em assumir um papel mais ativo nas relações econômicas ganha força, pois cresce conjuntamente com a ideologia da justiça e bem-estar social implantada com os movimentos transformadores das revoluções sociais. A ideia de Constituição Econômica, solidificada na Alemanha pela Constituição de Weimar de 1919, que preceitua que a atividade econômica dever ser voltada a garantir uma existência digna ao homem, tornou-se real no Brasil através da Constituição de 1934³.

Esse diploma legal brasileiro foi a primeiro a consignar princípios sobre a Ordem Econômica e Social à qual foi conferido o nível de título. Os objetivos delineados e que deveriam ser alcançados pela ordem econômica eram: a existência digna, o padrão de vida e as condições de trabalho. O princípio do liberalismo econômico foi mantido, porém devia obedecer às restrições de ordem social que foram traçadas⁴.

A Constituição de 1937, marcada por um golpe de estado e um forte nacionalismo, trouxe como inovação, em seu artigo 135, a concreta inserção da expressão “intervenção

¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.21.

² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.66.

³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 82.

⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 84.

estatal no domínio econômico”. Ressalta-se que essa atuação estatal sobre ou na economia (controle por estímulo ou gestão direta, respectivamente) só seria possível para suprir deficiências na iniciativa privada⁵.

Com o término da ditadura, a Constituição de 1946 preocupou-se em harmonizar os sistemas econômico, político e social com a organização de um regime democrático. Em muito o seu discurso era similar ao da Constituição de 1934, mas se destacou por ser a pioneira em fazer referência à promulgação de uma lei que reprima os abusos econômicos. Além disso, limitava a propriedade ao bem-estar social e aceitava a intervenção do Estado no domínio econômico quando condicionada ao interesse público⁶.

Por fim, antes de ser analisada a atual Constituição brasileira, cabe uma última análise à Constituição de 1967/1969. Influenciada pela revolução militar de 1964, fundamentou-se fortemente na ideia de segurança nacional vinculada ao desenvolvimento. A ordem econômica e social passou a ter um valor teleológico e deveria ter como objetivo primordial o desenvolvimento econômico. O Estado passou a atuar de forma suplementar quando indispensável à segurança da nação e o texto legal ocupou-se em discriminar quais atividades econômicas seriam de competência do setor privado e do setor estatal, estabelecendo assim os monopólios estatais⁷.

Percebe-se que os princípios e fundamentos presentes hoje na Constituição de 1988 foram sendo desenvolvidos ao longo das últimas décadas. A Constituição atual, também apelidada de Constituição cidadã, teve como foco a organização dos pilares do Estado Democrático de Direito, buscando compatibilizar a coexistência entre a ideologia liberal e o princípio da justiça social⁸.

Tratando-se diretamente da ordem econômica, o artigo 170 preconiza que os seus fundamentos devem ser a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa tendo como objetivo a existência digna em conformidade com a justiça social⁹. Ressalta-se que essa livre iniciativa não significa tão somente uma liberdade de comércio, de desenvolvimento da empresa, mas também tem como titular o trabalho, denotando a valorização do trabalho livre

⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 85

⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 87

⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 89

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 62.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Brasília, 1988. Acesso em: 28 ago. 2014.

em uma sociedade também livre, e é exatamente por isso que os dois fundamentos foram colocados lado a lado pelo legislador¹⁰.

No que tange aos princípios da ordem econômica, vale a pena destacar a livre concorrência à qual não deve ser atribuído o significado de livre jogo das forças de mercado em um capitalismo selvagem, já que disso resultaria uma desigualdade ao final da competição. O que se abstrai de tal princípio é o elemento comportamental da competitividade que pressupõe a descentralização de poder e a garantia de oportunidades iguais a todos os agentes¹¹.

Por fim, além da livre iniciativa e da livre concorrência, o texto constitucional destaca a propriedade privada dos bens de produção, fato que deixa ainda mais claro o repúdio da Constituição ao dirigismo estatal. A única intervenção admissível é aquela que atua a favor do mercado e não contrariamente, de forma que o Estado deve restringir a sua atuação à coibição dos abusos econômicos.

Finda essa breve análise retrospectiva das Constituições Econômicas brasileiras, é de suma importância ressaltar que a ordem econômica não se esgota no nível constitucional. Esta apenas estará completa quando positivada pela legislação infraconstitucional, conforme disposto no próprio § 4º, do art. 173 do texto constitucional atual. E é nesse momento que entra em foco a Lei 8.884/94, que veio aperfeiçoar o tratamento da legislação antitruste.

É difícil estabelecer apenas um objetivo da lei antitruste, não é razoável dizer que a legislação ocupa-se apenas em proteger as menores empresas contra as maiores, ou apenas o interesse do consumidor, ou a proteção do Estado democrático contra os grandes grupos econômicos. O que se conclui pelo texto constitucional e infraconstitucional é que o direito antitruste é visto como um fim em si mesmo e usado como instrumento de implementação de política pública¹².

1.2 Lei 8.884/94 e o Sistema de Análise Posterior

A Lei 8.884/94 trouxe uma evolução significativa para a defesa concorrencial brasileira e, de fato, pode ser considerada a primeira legislação antitruste do país¹³. Com o fim

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.203.

¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Economia e o Controle do Estado*. O Estado de São Paulo, p. 50, 4 jun. 1989.

¹² FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 170.

¹³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. e GORDILHO JR, Mário Sérgio Rocha. *A Revolução Gerencial no "NOVO CADE"*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 25, p.11, 2014.

de permitir a aplicação dos princípios constitucionais, o diploma legal procurou aumentar a eficácia, o rigor e a celeridade da defesa concorrencial brasileira que tanto era necessária¹⁴. Foi essa lei a responsável pela criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), conjunto de órgãos responsável pela defesa da concorrência que era dividido em três órgãos: a Secretaria de Defesa Econômica (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Bem como transformou o CADE em autarquia federal própria¹⁵.

Pode-se dizer que a repressão aos abusos econômicos ocorre através de duas frentes: o controle de estruturas e de condutas, sendo que o primeiro possui um caráter preventivo e o segundo repressivo. Uma vez que o foco deste trabalho recai tão somente na análise das concentrações, os aspectos referentes à segunda temática não serão abordados.

Atos de concentração consistem em operações nas quais duas ou mais empresas, antes independentes, realizam mudanças duradouras em suas estruturas societárias ou em suas formas de controle e deixam de atuar como entidades separadas (fusões, aquisições)¹⁶. Acordos entre empresas para realizar determinada atividade empresarial ainda que mantenham suas estruturas independentes (consórcios, contratos associativos, *joint ventures*) também estão dentre o rol de práticas concentracionistas¹⁷. Tais práticas merecem a atenção das autoridades antitrustes uma vez que podem resultar em altos níveis de concentração em determinado mercado.

Aqui parte-se da premissa que mercados desproporcionalmente concentrados podem facilitar comportamentos anticompetitivos. Empresas com níveis altos de participação de mercado podem controlar a oferta e influenciar diretamente na formação de preços do mercado. O controle de estruturas atua justamente com o fim de assegurar a competitividade entre as empresas atuantes no mercado e evitar ações que possam limitar a concorrência.

Ressalta-se que nem sempre maiores concentrações representam prejuízos ao mercado. Pode ser que uma operação resulte em um mercado mais concentrado, mas também gere maior eficiência, desenvolvimento de novos produtos e novas tecnologias e fomento às economias de escala, o que trará ao final um efeito benéfico¹⁸. É essa linha tênue de pesagem

¹⁴ BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia Frustrada: o CADE e o poder econômico*. 1 ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 53.

¹⁵ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 135.

¹⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51-52.

¹⁷ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 401.

¹⁸ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

entre o negativo e o positivo que faz com que o controle de estruturas não seja algo tão simples.

A Lei 8.884/94, em seu art. 54, §3º, estabelecia que atos de concentração que resultassem em uma participação das empresas superior a 20% do mercado relevante ou nos quais qualquer das requerentes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 deviam ser notificados ao CADE no prazo máximo de quinze dias após a sua realização.

Pelo antigo sistema, a análise prosseguia da seguinte forma: após o protocolo, a notificação da operação seguia para a SEAE que em 30 dias fazia a primeira análise e enviava o parecer à SDE, que tinha o mesmo prazo para dar sua opinião e remeter o processo devidamente instruído ao tribunal do CADE, o qual deveria proceder ao julgamento no prazo máximo de 60 dias. Tais prazos se suspendiam pela solicitação de alguma informação adicional para a instrução. Ainda de acordo com o §7º, do art. 54, se os atos de concentração não fossem apreciados dentro do prazo estipulado eles estariam automaticamente aprovados¹⁹.

Como se pode concluir, esse procedimento era longo e complexo. Soma-se a isso o fato de que faltava uma melhor gestão dos próprios órgãos. Os processos eram distribuídos aos técnicos pela ordem de protocolo e não havia distinção por grau de complexidade. Como o corpo técnico tinha que lidar com o acúmulo de processos ao mesmo tempo em que tinha que cumprir os prazos para análise, ele era incentivado a requerer informações complementares a fim de ganhar tempo²⁰.

Assim, o sistema de análise prévia carregava alguns problemas. O primeiro deles era a ineficiência e dificuldade de aplicação dos remédios antitruste. Uma vez que uma operação já havia sido realizada antes mesmo da notificação e que o longo processo de análise permitia que o negócio já fosse se concretizando, se no momento do julgamento a autoridade antitruste concluísse que o ato notificado acarretava em prejuízo à concorrência e que deveria haver restrições, essa imposição de medidas restritivas muitas vezes esbarrava em dificuldades e não era mais factível²¹.

Além disso, destacam-se outras duas falhas que levaram algumas decisões do CADE a serem contestadas pelo poder judiciário. A primeira, diretamente ligada ao principal tema do

¹⁹ BRASIL. *Lei 8.884/94 de 11 de junho de 1994*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm> Acesso em: 02 set. 2014.

²⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. e GORDILHO JR, Mário Sérgio Rocha. *A Revolução Gerencial no "NOVO CADE"*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 25, p. 4, 2014.

²¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. e GORDILHO JR, Mário Sérgio Rocha. *A Revolução Gerencial no "NOVO CADE"*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 25, p. 4, 2014.

trabalho, diz respeito à multa por intempestividade prevista no §5º, do art. 54 e a segunda à teoria do fato consumado previsto no §7º, do mesmo artigo.

1.2.1 Multa por intempestividade

A Lei estipulava que as partes tinham até quinze dias da realização da operação para submeter o ato de concentração ao crivo do CADE, contados da data de realização da operação. Se este prazo fosse extrapolado as requerentes estariam sujeitas à multa não inferior a 60 mil Ufir e não superior a 6 milhões Ufir.

Essa multa por intempestividade esbarrava em uma dificuldade, causada tão somente pela expressão “realização da operação” que dá margem para várias interpretações. Afinal em qual momento pode-se dizer que a operação se realizou? Enquanto para uns era o momento de assinatura do contrato ou o momento da implementação de uma condição suspensiva, para outros bastava o acordo preliminar.

O art. 2 da Resolução 15 do CADE de 1998²² procurou resolver o dilema, estipulando que o momento de realização “será definido pelo primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alterações nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente concorrer em momento diverso.” Porém, mesmo assim, as mesmas dúvidas permaneceram e a questão foi e ainda continua sendo debatida em algumas ações no poder judiciário.

O ato de concentração n. 08012.002161/2000-93 (Elf S/A e Total Fina) trouxe uma relevante discussão sobre o tema. No caso, as requerentes notificaram o ato em 29 de fevereiro de 2000 e foram sancionadas por terem perdido o prazo de 15 dias para submeter a notificação ao CADE. De acordo com o entendimento da autarquia, a operação teria se realizado no dia 12 de setembro de 1999, dia em que as partes entraram em um acordo preliminar voltado à fusão de suas atividades²³. O argumento das partes e aceito pelo juízo Federal de 1º grau e posteriormente pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região²⁴ é que esse acordo preliminar não pode ser considerado como o termo inicial, uma vez que a realização de outros atos seria indispensável para que esse pudesse produzir efeitos, e que a efetiva

²² BRASIL. *Resolução No. 15, de 19 de agosto de 1998 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>> Acesso em: 1 set. 2014.

²³ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08012.002161/2000-93*, Relator: Thomson Almeida Andrade, 2000.

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª região. Ap. 2001.34.00.030605-8, Relator: Marcio Barbosa Maia. Brasília, 4 out. 2013.

assinatura do contrato apenas se deu após a autorização da Comissão Europeia em fevereiro de 2000.

Outro caso no qual o CADE teve sua multa anulada, envolveu a Companhia Vale do Rio Doce e a Pará Pigmentos S/A. Apesar da efetiva assinatura do contrato, a concretização da compra das ações da Pará Pigmentos, pela Vale, estava condicionada à aprovação da *International Finance Corporation*. O CADE entendeu que a operação teria se realizado e que essa cláusula era condição resolutiva do contrato e, portanto, as partes teriam perdido o prazo para notificar²⁵. Já o judiciário ao entender que a assinatura do contrato não produziu nenhum efeito enquanto pendente condição suspensiva, deu provimento à apelação com o fim de declarar nula a multa por intempestividade imposta pela autoridade antitruste²⁶.

Existem ainda vários outros julgados discutindo a questão da intempestividade das notificações, o que torna evidente assim, a dificuldade colocada neste ponto pelo sistema de análise posterior dos atos de concentração. Normas que abrem margem para que uma valoração seja feita pelo julgador carregam consigo esse tipo de conflito.

1.2.2 Teria do Fato Consumado

Um problema ainda mais sério, presente durante a vigência da Lei 8.884/94, que pode ser destacado era a possibilidade de uma operação mesmo quando prejudicial à concorrência ser aprovada automaticamente quando extrapolado o prazo de análise. Caso polêmico e que passados mais de dez anos ainda não acabou é o ato de concentração entre Nestlé e Garoto que merece aqui uma breve reflexão.

A Nestlé ao subscrever e integralizar novas ações emitidas pela Garoto decorrente de um aumento em seu capital social, com posterior resgate de ações, passou a deter a totalidade do capital social desta última. A operação notificada em 2002 foi decidida pelo Plenário do CADE em fevereiro de 2004 que determinou a completa desconstituição da operação, contrariamente ao proposto pela SDE, SEAE, Ministério Público Federal e Procuradoria Federal que recomendaram a aprovação com restrições. O Plenário entendeu que não havia solução comportamental cabível com o fim de minimizar os efeitos anticompetitivos, uma vez

²⁵DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08012.011436/1999-6*, Relator: João Bosco Leopoldino da Fonseca, 2000.

²⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª região. Ap. 2003.34.00.018587-1, Relator: Rodrigo Navarro de Oliveira. Brasília, 4 out. 2013.

que o poder de mercado das duas requerentes quando somados se faz substancialmente elevado²⁷.

As partes protocolaram então um Pedido de Reconsideração, apresentando uma proposta de desinvestimento que possibilitaria o ingresso de um novo agente no mercado a partir da disponibilização de ativos tangíveis e intangíveis pelas requerentes. O pedido foi indeferido unanimemente pelo CADE por entender que a medida era insuficiente para restabelecer as condições competitivas²⁸.

Assim a Nestlé ingressou com uma ação no poder judiciário pedindo, dentre outros, o reconhecimento da aprovação automática da operação, já que o prazo estabelecido na Lei 8.884/94 decorreu sem que houvesse a decisão da autoridade antitruste, o prazo total da análise levou 411 dias. O juiz de primeiro grau acatou o pedido ao entender que os ofícios enviados pelo CADE em sede de instrução complementar do processo careciam de motivação e eram prescindíveis, portanto, deveriam ser considerados nulos e não tinham o condão de suspender o prazo processual²⁹.

O juízo *a quo* foi o primeiro a confirmar a teoria do fato consumado, mas essa decisão foi reformada por acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª região, que não reconheceu a aprovação automática, decidiu pela anulação do julgamento do Pedido de Reapreciação e pela realização de um novo julgamento. O processo ainda está pendente de julgamento de recurso pelo Superior Tribunal de Justiça e está longe de ter fim. Mas, fatos são que independente do resultado final, em uma perspectiva realista, mesmo que a operação não tenha conseguido se concretizar completamente, em algum nível ela tomou forma, sendo que altíssimos investimentos já foram feitos pela Nestlé. Ou seja, no caso concreto, a eventual imposição de remédios antitrustes esbarrará em muitos obstáculos e por vezes não conseguirá ser implementada.

É por esses motivos e outros que uma mudança na legislação se fazia necessária. O sistema de análise posterior estava ultrapassado e ia de encontro com as melhores práticas internacionais. Apenas países com economias de pouca relevância a nível mundial

²⁷DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89*, Relator: Thomson Almeida Andrade, 2004.

²⁸DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89*, Relator: Thomson Almeida Andrade, 2004.

²⁹DISTRITO FEDERAL. 4ª Vara da Justiça Federal. Ação Ordinária: 2005.34.00.015042-8, Juiz: Itagiba Cata Preta Neto.

prosseguiam com tal sistema. Assim, a promulgação da Lei 12.529/11 representou uma evolução à defesa da concorrência brasileira³⁰.

1.3 Lei 12.529/11 e o Sistema de Análise Prévia

Em vigor desde maio de 2012, a Lei 12.529/11 revogou a Lei 8.884/94 e veio reforçar o sistema antitruste brasileiro, fazendo alterações que se faziam necessárias para um melhor desempenho. As mudanças ocorreram tanto no aspecto estrutural dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) quanto no que diz respeito às normas materiais e processuais de direito.

O SBDC foi reestruturado de forma a simplificar e aumentar a sua eficiência. As funções dos três órgãos foram unificadas em um “novo CADE”. A SDE foi extinta e a SEAE teve seu papel minimizado, restando-lhe a competência de promoção da concorrência (advocacia da concorrência). O novo CADE, protagonista do SBDC, é hoje formado pela Superintendência Geral (SG), que desempenha concomitantemente as atividades da antiga SDE e da SEAE, pelo Tribunal Administrativo (Tribunal) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE)³¹.

Com a nova Lei, a SG ganhou outras atribuições e além de analisar e instruir os atos de concentração passou a ter competência para aprovar os que por não serem prejudiciais à concorrência, não precisam de restrições. Ao Tribunal do CADE compete apenas decidir sobre as operações que foram impugnadas pela SG ou que quando aprovadas sofreram recurso por terceiros ou foram avocadas pelo próprio Tribunal³².

Conforme visto, a espera pelos avais de três órgãos diferentes, que fisicamente se encontravam separados e que pela dificuldade de comunicação comumente atuavam com duplicidade de esforços, era longo e inadequado³³. A melhor gestão procedimental implementada aumentou e muito a celeridade processual.

³⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. e GORDILHO JR, Mário Sérgio Rocha. *A Revolução Gerencial no “NOVO CADE”*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 25, p. 11, 2014.

³¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. e GORDILHO JR, Mário Sérgio Rocha. *A Revolução Gerencial no “NOVO CADE”*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 25, p.13, 2014,.

³² FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128 .

³³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. e GORDILHO JR, Mário Sérgio Rocha. *A Revolução Gerencial no “NOVO CADE”*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 25, p.13, 2014.

Hoje, a análise dos atos de concentração segue o seguinte percurso³⁴: após ser protocolada, a notificação segue para a SG onde será analisada por alguma das Coordenações-Gerais de Análise Antitruste. Caso se entenda que a notificação está completa, será publicado um edital de publicidade no Diário Oficial da União, com intuito de permitir que terceiros interessados participem do processo de análise. Não havendo diligência complementar a ser realizada e em casos de baixo potencial de prejuízo à concorrência, caberá à SG proferir decisão de aprovação. Porém, se a SG entender que a notificação não está completa irá determinar a realização de uma instrução complementar, que uma vez tida como adequada, passará para o exame de mérito. Caso contrário, declarará o caso como complexo e determinará que a instrução complementar seja refeita.

Com a notificação completa, a SG tem duas opções, ou aprova a operação sem restrições ou impugna perante o Tribunal, fundamentando a sua decisão. Neste último caso, as partes terão 30 dias para se manifestar e o Tribunal tem como opção a inclusão do caso na pauta para julgamento ou a determinação de realização de novas diligências³⁵.

A operação também passará pelo crivo do Tribunal, se nos 15 dias posteriores à aprovação da SG, terceiros entrarem com recurso ou se o próprio Tribunal avocar o caso. Recebido o recurso, o processo é distribuído para um Conselheiro que irá conhecer do recurso e colocar o processo em pauta, conhecer do recurso e realizar nova instrução ou não conhecer do recurso e determinar o seu arquivamento. Antes da inclusão do recurso em pauta, as partes poderão se manifestar. Por fim, ao julgar a operação, o Tribunal pode aprovar sem restrições, aprovar mediante a aplicação de remédios ou não aprovar.³⁶

A lei não estipula os prazos intermediários, mas o §2º do artigo 88 estipula que o prazo geral para a análise é de 240 dias prorrogáveis por mais 90, mediante decisão motivada pelo Tribunal³⁷. O que se percebe na prática é que em média, casos poucos complexos são aprovados em um curto período de tempo, não chegando a levar mais do que 30 dias entre o edital de publicidade e o edital de aprovação.

Além dessa mudança no procedimento de análise das concentrações, a legislação mudou os critérios de submissão das operações. São de notificação obrigatória as

³⁴ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61-63.

³⁵ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64.

³⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.

³⁷ BRASIL. *Lei 12.529/14 de 30 de novembro de 2011*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm > Acesso em: 06 set. 2014.

concentrações em que pelo menos uma das empresas envolvidas tenha faturamento anual igual ou superior a R\$ 750 milhões e a outra igual ou superior a R\$ 75 milhões³⁸. Foi retirada a necessidade de a operação ter que resultar em uma concentração superior a 20% do mercado relevante.

Porém, a principal mudança trazida pelo diploma legal, que pode ser depreendida do procedimento de análise descrito acima, é que a notificação deve ser feita em momento anterior à consumação do negócio. Isso justamente para afastar problemas trazidos pela teoria do fato consumado discutida previamente, evitar que operações danosas se concretizem sem a devida análise e possibilitar a aplicação eficaz de restrições que se façam necessárias. Nas palavras de Mario Gomes Schapiro³⁹:

“Inegavelmente em relação ao antigo procedimento de análise, a Lei n. 12.529 trouxe potenciais ganhos regulatórios. Primeiramente, extinguiu a multiplicidade de guichês e de procedimentos. Em segundo lugar introduziu um procedimento que não só é mais racional como garante maior previsibilidade para o ambiente de negócios. O CADE, de um lado, afasta a dificuldade de fazer cumprir as suas decisões diante de “casos consumados”-ganha, portanto, maior capacidade de ação; as empresas de outro, evitam o “risco regulatório”, assim saberão antes de estabelecerem o negócio se este está autorizado, vetado ou sujeito a restrições rigorosas – ganham em previsibilidade.”

Indiscutível, portanto, as vantagens que o novo sistema apresenta. Como forma de garantir a sua aplicação, a lei estabeleceu sanções para as empresas que falharem em cumprir com as determinações e consumarem o negócio prematuramente. Essa precipitação no fechamento da operação antes do crivo da autoridade de defesa concorrencial é conhecida internacionalmente pela expressão norte-americana “*gun jumping*”. Aqui se chega, portanto, na questão central do trabalho.

1.4 Conceito de *gun jumping*

O termo *gun jumping* surgiu nos Estados Unidos e tem sido traduzido para o português como “queimar a linha de largada”⁴⁰. Por ser incompatível com o sistema de análise posterior,

³⁸ BRASIL. *Lei 12.529/14 de 30 de novembro de 2011*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 06 set. 2014.

³⁹ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83.

⁴⁰ MARTINS, Amanda A. L. *Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE*. Revista do IBRAC, vol. 22, p. 62, 2012.

o instituto só passou a ter aplicabilidade no Brasil, após a vigência da lei 12.529/11 que instituiu a obrigatoriedade da notificação prévia.

Além da própria lei, o artigo 108 do Regimento Interno do CADE, publicado de 29 de maio de 2012, assim dispõe sobre o tema⁴¹:

“Art. 108”. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, será prévio.

§1º As notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.

§2º As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.”

Assim, depreende-se dos parágrafos transcritos que as empresas não podem fechar a operação sem que o CADE tenha dado a sua palavra final, devendo manter suas estruturas independentes e inalteradas. Porém, é certo que em sede de negociação e auditoria algumas atitudes são tomadas, como planejamento, compartilhamento de informações, análise de riscos, até porque as empresas precisam compreender e saber o que esperar da empresa com a qual estão negociando e do negócio final em si⁴². O problema recai, portanto, no significado da expressão colocada no §3º do artigo: consumação da operação. Quando, afinal, duas empresas consumam o negócio? Quais atos empresariais durante o período pré-operatório são tolerados e quais seriam passíveis de sanção no direito brasileiro?

Essa discussão ainda nova no Brasil, continua repercutindo até mesmo no direito antitruste americano. Ao longo das últimas décadas, estudos, artigos e discursos já foram produzidos pela autoridade concorrencial americana, em prol de trazer mais clareza sobre o tema e maior segurança jurídica para as empresas, que por vezes deixam de tomar atitudes relevantes para uma boa negociação, por medo da reprimenda que essa ação possa gerar na esfera regulatória.

⁴¹ BRASIL. Resolução n. 1, de 29 de maio de 2012 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em <[http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20\(2\).pdf](http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20(2).pdf)> Acesso em: 06 set. 2014.

⁴² SAITO, Carolina. *Gun Jumping e a troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013, p. 93.

2 GUN JUMPING NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Uma vez que o tema é novo no direito brasileiro, faz-se necessário em primeiro lugar analisar as legislações internacionais que serviram como referência na elaboração do diploma nacional. As leis norte-americanas ocupam papel primordial no estudo, justamente pela ampla tradição que o país apresenta no direito antitruste.

O instituto do *gun jumping* entrou em cena com o advento da Seção 7A do Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (em futuras referências, apenas HSR Act) em 1976, que estabeleceu o sistema de notificação prévia. Anteriormente a este, o procedimento de análise era posterior e se assemelhava com aquele determinado na Lei 8.884/94⁴³, já estudado.

Na análise, outros dois diplomas dos Estados Unidos merecem destaque, a Seção 1 do Sherman Act e a Seção 5 do Federal Trade Commission Act. Os três diplomas enfatizam de maneiras diferentes o controle de estruturas, mas são usados conjuntamente no fortalecimento da defesa concorrencial do país. Neste capítulo trataremos cada um deles isoladamente a fim de focar suas particularidades, apontando suas diferenças.

2.1 Seção 7A do HSR Act

Até meados de 1960, o sistema judiciário norte-americano atuava no controle de estruturas fundando-se na seguinte premissa: operações que resultassem em sobreposições horizontais deviam ser consideradas ilegais, mesmo quando a concentração resultante no mercado relevante fosse mínima, salvo se comprovadamente demonstrado a ausência de efeitos anticompetitivos. Essa assertiva simplória e que tornava a análise das operações menos complexas passou a ser duramente criticada, já que o nível de concentração não é a única variante a ser analisada, e acabou sendo descartada logo. Isso exigiu que as análises feitas pelas autoridades se tornassem mais complexas e profundas, sobrecarregando o procedimento adotado pelo sistema antitruste. Além disso, como as análises passaram a levar mais tempo e as requerentes não precisavam notificar as autoridades antes de consumir a operação, era extremamente difícil conseguir impor os remédios jurídicos necessários⁴⁴.

A fim de aprimorar o sistema, em 1976 foi promulgado o HSR, que implementou o sistema de análise prévia e passou a exigir que as empresas submetessem seus atos de

⁴³ MARTINS, Amanda A. L. *Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE*. Revista do IBRAC, vol. 22, p. 62, 2012.

⁴⁴ SAGER, Christofer L. *Antitrust: Examples & Explanations*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 302.

concentração à autoridade antitruste norte-americana anteriormente a sua consumação. A medida, assim como a Lei 12.529/11, busca proteger o processo competitivo.

A notificação é obrigatória dependendo do tamanho da operação e/ou do tamanho das empresas requerentes. Operações que envolvam a compra de ativos ou de ações com direito a voto que valham mais do que U\$ 200 milhões sempre são notificáveis. Porém, se o valor da operação for menor do que U\$ 50 milhões, não há necessidade de notificar a autoridade antitruste. Nestas duas hipóteses o faturamento das empresas requerentes não é relevante, só é importante proceder a essa análise quando as operações forem valoradas entre U\$ 50 milhões e U\$ 200 milhões. Neste caso, as operações são notificáveis quando uma das partes detiver um faturamento anual de U\$ 100 milhões e a outra de U\$ 10 milhões⁴⁵.

Assim, a Seção 7A tem um enfoque procedimental, proibindo a “integração prematura” entre as partes antes e depois da notificação da operação ao Federal Trade Commission (FTC) e ao Department of Justice (DOJ), e enquanto não transcorrido o período de espera⁴⁶. Uma das principais questões recai por tanto na conceituação do período de espera e da expressão “integração prematura”.

O “período de espera” ou “tempo do HSR”, que começa a contar a partir da data em que a notificação completa é recebida pelo FTC e pelo DOJ, existe para que autoridades de defesa da concorrência tenham tempo hábil para investigar se a operação pode representar algum dano para a concorrência e em caso positivo possa estipular remédios que evitem essa prejudicialidade⁴⁷.

A regra geral é que esse período de espera dure 30 dias, porém existem duas exceções: oferta pública de ações cujo pagamento é feito em dinheiro e falência da empresa. Nestas duas hipóteses, que representam operações mais sensíveis e que requerem maior celeridade, o tempo do HSR diminui para 15 dias⁴⁸.

A maior parte dos atos de concentração são decididos dentro desses 30 dias. Porém em alguns casos, que apresentam maiores preocupações concorrenciais, a decisão não pode ser tomada sem que a autoridade receba informações adicionais sobre a operação. Assim a autoridade antitruste pode fazer um “Segundo Requerimento” (tradução livre de “Second

⁴⁵SAGER, Christofer L. *Antitrust: Examples & Explanations*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 308.

⁴⁶BLUMENTHAL, William. *The Road to Omnicare: The Evolution of Antitrust Standards on Premerger Coordination*. Abr. 2009, p. 1. Disponível em: <<http://media.straffordpub.com/products/information-sharing-by-competitors-minimizing-antitrust-liability-2009-04-16/presentations.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁴⁷ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Hart-Scott-Rodino Act*, de 1976. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18a>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁴⁸SAGER, Christofer L. *Antitrust: Examples & Explanations*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 312.

Request”), solicitando outras informações e documentos. Esse pedido abre um novo período de espera, também de 30 dias e seguindo as mesmas exceções, que só começará a contar a partir da data em que as partes apresentarem a resposta completa. Esse prazo pode ser estendido por requisição ao judiciário, mas na prática isso é feito mediante acordo entre a autoridade antitruste e as requerentes⁴⁹.

A desobediência a esse prazo de espera gera preocupações concorrenciais quando as requerentes engajam em atividades que tem o potencial de diminuir a competitividade, integrando as suas atividades prematuramente. Porém, importante reforçar que durante a negociação de uma concentração, em sede de auditoria ou planejamento de integração, é imprescindível que as empresas troquem informações confidenciais ou apresentem certo nível de coordenação e assim, determinadas condutas das partes são lícitas e não merecem reprimendas⁵⁰.

Portanto, o desafio é estabelecer quais ações estão dentro do limite permitido no período prévio a autorização. A fim de trazer mais clareza ao tema, cumpre ilustrar separadamente as condutas que constituem afronta ao HSR Act, citando as jurisprudências relevantes proferidas nos casos concretos julgados pelas autoridades concorrenciais norte-americanas.

2.1.1 Integração Prematura

A expressão “integração prematura” é a tradução proposta para o termo *beneficial ownership*, que não chega a ser definido pelo HSR Act. Para Amanda Martins⁵¹ o significado “abarca tanto a transferência/usufruto de ativos e dos valores imobiliários com direito de voto quanto a influência exercida pela empresa adquirente sobre a ser adquirida antes de aprovada a operação.” Não há um conceito pré-estabelecido na legislação, porém o Estatuto de Fundamento e Propósito (tradução livre de *Statement of Bases and Purpose*)⁵² que

⁴⁹ SAGER, Christofer L. *Antitrust: Examples & Explanations*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 312.

⁵⁰ NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁵¹ MARTINS, Amanda A. L. *Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE*. Revista do IBRAC, vol. 22, p. 59, 2012.

⁵² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Register*. vol. 43, Julho, 1978. p. 3458. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/hsr_statements/43-fr-33450/780731fr43fr33450.pdf>. Acesso em: 4 maio 2014.

acompanhou a promulgação do diploma legal estabelece os atributos de uma integração prematura:

“A existência de integração prematura é determinada no contexto de cada caso particular em relação à pessoa ou às pessoas que aproveitam dos indícios da integração prematura, que incluem o direito de obter benefícios sobre qualquer aumento nos valores ou dividendos, o risco de desvalorização, o direito de votar ou estabelecer como será a votação, e a discricionariedade de investimento.”

Na visão de William Blumenthal⁵³, conselheiro do FTC, essa análise seria particularmente complicada já que acordos operatórios tipicamente possuem os elementos acima indicados. Em muitos contratos, a depender do previsto em disposições finais ou nas de ajuste de preço da transação, o direito de ganho ou o risco de perda são transferidos do vendedor para o comprador. Além disso, na maioria das vezes, os contratos limitam a discricionariedade do vendedor, incluindo cláusulas que o proíbe de fazer aquisições extraordinárias ou de dispor de ativos sem que haja o consenso do comprador.

O que o conselheiro do FTC procurar esclarecer é que essas disposições contratuais, sozinhas ou em conjunto, não são por si só problemáticas. A título ilustrativo pode-se imaginar o contexto operatório como se uma balança fosse. O contrato preverá a comutação de pesos do lado do vendedor para o do comprador. No entanto, a um determinado ponto, se os pesos acumulados no âmbito do segundo forem muitos e existirem indícios de acesso a informações confidenciais ou de controle em decisões fundamentais, por exemplo, a balança terá desproporcionalmente pesado para o lado do comprador.

A avaliação feita, portanto, é quantitativa e qualitativa⁵⁴. Se as disposições contratuais promovem o comprador a uma posição de controle, as empresas não mais estão atuando de forma independente.

Em 1986, as empresas Atlantic Richfield Company (ARCO) e U. F. Genetics Incorporation (U. F.), em acordo operacional, realizaram uma série de ações que fizeram o FTC e o DOJ concluírem pela ocorrência de *gun jumping*. Um dia antes de notificarem a operação, a ARCO transferiu a U. F. 49% das suas ações ordinárias, tendo a compradora, por sua vez, pago o valor da operação correspondente ao mesmo montante. Os 51% restantes das ações foram depositados aos cuidados de um agente fiduciário e seriam transferidos a U. F. ao

⁵³ BLUMENTHAL, William. *The Retic of Gun jumping*. Novembro 2005. p. 8 e 9 Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁵⁴ MARTINS, Amanda A. L. *Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE*. Revista do IBRAC, vol. 22, p. 63, 2012.

final do período de espera, porém a U. F. já tinha adquirido o direito permanente e imediato de voto em cima de tais ações e de receber os lucros delas resultantes.

Desta forma, em 1992, no caso *United States of America versus Atlantic Richfield Company e U. F. Genetics Incorporation*⁵⁵ reconheceu-se a completa integração prematura entre as partes, uma vez que houve subscrição de 100% das ações, e a consequente violação ao HSR Act. O julgamento terminou em um acordo, sendo que a ARCO concordou em pagar U\$ 290.000,00 e a U. F. U\$ 150.000,00.

2.1.2 Transferência de controle operacional.

Além dos elementos tradicionais, acima indicados, que indicam a existência de uma integração prematura, outras considerações adicionais parecem ter relevância, sob a égide do HSR Act. Assim, se uma sociedade empresária obtém posse, controle ou influência sobre a direção do negócio a ser adquirido, está flagrantemente violando o diploma supracitado⁵⁶.

Note-se que a diferenciação entre os conceitos de integração prematura e transferência de controle não é clara e as agências concorrenciais por vezes usam apenas o primeiro termo para indicar ambas as condutas. O controle operacional poderia ser identificado como o poder de estipular preços, selecionar clientela e especificar linhas de produtos, ou seja, controle sobre variáveis competitivas.

Além disso, outros contratos acessórios, como de distribuição, terceirização de serviços, propostas conjuntas em licitações, bem como contratos de marketing local, que não se enquadram nas hipóteses de notificação obrigatória do HSR Act, quando no contexto de uma operação, antes de expirado o período de espera, podem ser vistos como suspeitos e serem submetidos a uma análise mais minuciosa.

A título exemplificativo, alguns julgados podem ser destacados. Em 17 de julho de 1994, três dias antes de notificar a operação, a Titan Wheel fechou um acordo para comprar uma fábrica de pneus da Pirelli Armstrong. Imediatamente a compradora passou a controlar a fábrica com todo seu equipamento e maquinaria e teve acesso a todas as listas de clientes e fornecedores. Não obstante, assumiu ainda funções de direção como a negociação de contratos de trabalho. A violação durou por treze dias, pois quando o FTC conheceu da

⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *District Court for the District of Columbia*. *United States of America v. Atlantic Richfield Company e U. F. Genetics Incorporation*. 1992. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1991/12/911229arcocmpt.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2014.

⁵⁶ MORSE, Howard M. *Mergers and acquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing*. Reimpressão de The Business Lawyer publicação de American Bar Association Section of Business Law, vol. 57, n.4, p. 1469, ago. 2002.

transação e a contestou, a Titan Wheel devolveu a fábrica e seus ativos à vendedora, tendo concordado em pagar a pena máxima que totalizou em U\$130.000,00⁵⁷.

No caso *United States of America versus Input/Output, Inc.* julgado em 1999, também constatou-se a ocorrência de *gun jumping*. A Input/Output e a DigiCourse começaram a integrar suas operações e rede de funcionários após fecharem um contrato de compra e venda, mesmo antes de notificarem a operação e de expirado o período de espera. Entre as ações prematuras pode-se citar o anúncio de reorganização da empresa Input/Output incluindo um novo departamento exclusivo para as operações da DigiCourse e a indicação de três ex-administradores desta empresa para assumir os cargos de direção na mencionada divisão. Ademais, os administradores e outros funcionários da empresa adquirida mudaram para o estabelecimento da compradora, recebendo salas, acesso aos relatórios, e-mails e cartões de visita com o nome desta. As empresas permaneceram violando o HSR Act após a impugnação da operação pelo FTC por três semanas, e mesmo não havendo preocupações concorrenciais decorrentes do ato de concentração, a multa estipulada alcançou o valor de U\$ 250.000,00 para cada uma das empresas⁵⁸.

2.1.3 Troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Outro tema bastante polêmico na análise do *gun jumping* é a troca de informações entre as requerentes. Nem todas as informações trocadas são relevantes para as autoridades antitrustes, pois conforme mencionado a conduta se faz necessária em sede de negociações. Apenas levanta preocupações o repasse de informações concorrencialmente sensíveis. Não há uma definição de conceito dessas, porém de maneira abrangente elas podem ser definidas como aquelas que quando compartilhadas entre concorrentes podem ser usadas para diminuir a concorrência⁵⁹.

Estas informações inerentes ao negócio da empresa, às quais só tem acesso aqueles envolvidos e a partir das quais depende o sucesso ou a sobrevivência desta, quando repassadas

⁵⁷ BLUMENTHAL, William. *Background materials on premerger coordination*. Nov. 2005, p. 1 Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110bgdgunjumping.pdf>. Acesso em: 4 maio 2014.

⁵⁸ BLUMENTHAL, William. *Background materials on premerger coordination*. Nov. 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110bgdgunjumping.pdf>. Acesso em: 4 maio 2014.

⁵⁹ VIDGOR, William R. *Getting a quick start without jumping the gun: a basic guide to spotting premerger coordination issues that raise antitrust questions and may delay closing your deal*. ABA Section of Antitrust Spring Meeting. Mar. 2006, p. 5.

são capazes de permitir a coordenação entre as empresas e podem significar grave prejuízo à concorrência. Nas palavras de Carolina Saito⁶⁰:

“A preocupação das autoridades antitruste com a troca de informações sensíveis entre concorrentes decorre, sobretudo, da possibilidade de colusão tácita ou explícita entre empresas, com o conseqüente aumento dos preços, em detrimento dos consumidores e em benefício apenas das empresas envolvidas na colusão.”

Howard Morse⁶¹ entende que a troca de informações encontra racionalidade econômica apenas sob dois prismas. O primeiro seria em sede de auditoria, ou seja, na valoração do negócio do vendedor a fim de se determinar o preço justo da transação, e o segundo, no planejamento de integração entre as empresas, capaz de permitir uma transição eficaz.

O principal problema enfrentado pelas autoridades é justamente estabelecer, sob a regra da razão, a quantidade necessária de informação que realmente precisa ser repassada para atingir o objetivo almejado pelas condutas acima. Nessa análise dois fatores podem servir de auxílio: o mercado em que as requerentes estão envolvidas e o tipo de informação que foi trocada⁶².

Trocas de informações em mercados muito concentrados e de difícil acesso dão margem a uma preocupação concorrencial maior. A justificativa é que ações coordenadas entre empresas tendem a acontecer com maior frequência nesses mercados que são mais suscetíveis à colusão. Assim o repasse de informações tem o poder de prejudicar muito mais a concorrência quando realizado em operações que necessitam de uma análise mais cuidadosa pelas autoridades antitrustes⁶³.

Ademais, o tipo de informação trocada também é essencial na análise. Ressalta-se que não há como elaborar um rol taxativo de quais seriam e não seriam os dados competitivamente frágeis, pois isso varia de setor de atividade a setor de atividade. Enquanto

⁶⁰ SAITO, Carolina. *Gun Jumping e a troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013, p. 103.

⁶¹ MORSE, Howard M. *Mergers and acquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing*. Reimpressão de The Business Lawyer publicação de American Bar Association Section of Business Law, vol. 57, n.4, p. 1481, ago. 2002.

⁶² MORSE, Howard M. *Mergers and acquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing*. Reimpressão de The Business Lawyer publicação de American Bar Association Section of Business Law, vol. 57, n.4, p. 1481, ago. 2002.

⁶³ MORSE, Howard M. *Mergers and acquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing*. Reimpressão de The Business Lawyer publicação de American Bar Association Section of Business Law, vol. 57, n.4, p. 1481, ago. 2002.

para algumas empresas o faturamento, custos e lucros são sensíveis, para outras são fatos públicos e de conhecimento geral.

Portanto, os limites do que é permitido no campo da troca de informações não são definidos taxativamente, mas variam de acordo com as condições do mercado, da sensibilidade e da necessidade da informação, bem como das cautelas tomadas.

Sempre que alguma informação confidencial tiver que ser repassada é importante que as empresas demonstrem a necessidade para tanto. Há que se ressaltar que na maior parte das vezes, não é do interesse das empresas o repasse dessas informações. Uma exposição de dados tão cruciais acabaria por deixá-las vulneráveis, podendo abrir margem para que a concorrente contrate os melhores funcionários, aproprie-se do know-how e da clientela e antecipe-se em oportunidades de negócios⁶⁴.

A preocupação das autoridades com o repasse de informações pode ser colocada em três grandes categorias, e existem não apenas no pré-operatório, mas também após o sinal verde do FTC e do DOJ pela possibilidade das requerentes abandonarem a operação. Assim para Morse⁶⁵, os riscos são:

“[...] (1) que as partes simulem negociações para poder trocar dados de mercado confidenciais e assim mascarar a coordenação de atividades anticompetitivas; (2) que uma firma entre em negociação com outra para obter informações sigilosas com propósito predatório, mesmo que a outra parte esteja de boa-fé; (3) que a troca legítima de informações no curso de uma negociação legítima de uma operação, leve a uma interação coordenada, ou leve a uma das partes a elevar seus preços ao saber, por exemplo, que não precisava mantê-los tão baixos para ganhar mercado.”

Nenhuma das preocupações citadas é facilmente comprovada. A terceira e mais comum de todas seria a mais desafiadora, pois requer que as autoridades encontrem aquela linha tênue entre as negociações legítimas e justificáveis e os potenciais efeitos anticompetitivos.

Naughton⁶⁶ aponta duas questões que devem ser levantadas antes do repassasse da informação. A primeira é se os dados são realmente indispensáveis para o processo de

⁶⁴ BLUMENTHAL, William. *The Retic of Gun jumping*. Novembro 2005. p. 10. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2014.

⁶⁵ MORSE, Howard M. *Mergers and acquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing*. Reimpressão de The Bussiness Lawyer publicação de American Bar Association Section of Business Law, vol. 57, n.4, p. 1479, ago. 2002

⁶⁶ NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899>. Acesso em: 4 maio 2014.

auditoria e a segunda se o vendedor estará confortável com o nível de informação transmitida se a operação não se consumir. Se as respostas para ambas as perguntas forem sim e se cautelas forem tomadas, lembrando que o nível de cuidado deve aumentar de acordo com o nível de confidencialidade, não há motivos para que o DOJ e o FTC contestem a conduta.

Difícilmente o repasse de dados por si só será suficiente para caracterizar a violação ao HSR Act. Na jurisprudência americana encontra-se apenas um caso em que isso ocorreu, sendo que a afronta se deu à Seção 5 do FTC Act e por isso será estudada mais à frente. Na maioria das vezes, a troca de informação vem acompanhada de outros indícios de integração prematura⁶⁷. No caso Input/Output acima discutido, por exemplo, notavelmente, a troca de informações foi apenas uma das condutas vistas como forma de aquisição de controle pela empresa compradora.

Na mesma linha podemos citar o caso *United States of America versus Computer Associates International Inc*⁶⁸. Em 1999 a Computer Associates fechou contrato de compra de sua rival direta, a Platinum. Ao fazer isso colocou seus empregados no escritório da vendedora e impôs restrições às suas operações, restringindo por completo a sua liberdade de investimento. No referente à transmissão de dados, a Platinum repassou a Computer Associates informações sensíveis sobre preços, descontos dados para cada cliente em específico e as justificativas para cada um deles. O caso também se encerrou em um acordo e a Computer Associates foi multada em US\$ 638.000,00.

2.1.4 Marketing conjunto.

O marketing feito em sede de negociações de operações também é tema de certa relevância. Isto porque o marketing está diretamente relacionado aos esforços das empresas em promover e distribuir os produtos desejados pelos consumidores⁶⁹. As empresas para serem bem-sucedidas devem adotar estratégias de marketing melhores de que a de seus concorrentes a fim de satisfazer e conquistar os seus consumidores-alvos⁷⁰. Como a melhor propaganda atinge mais consumidores, o marketing deve ser considerado um fator relevante na concorrência. Por isso, as autoridades têm deixado claro que este não é visto com bons

⁶⁷ MORSE, Howard M. *Mergers and acquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing*. Reimpressão de The Business Lawyer publicação de American Bar Association Section of Business Law, vol. 57, n.4, p. 1475, ago. 2002.

⁶⁸ BLUMENTHAL, William. *Background materials on premerger coordination*. Nov. 2005, p. 4 Disponível em: < http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110bgdgunjumping.pdf.> Acesso em: 4 maio 2014.

⁶⁹ STANTON, John L. *Fundamentals of Marketing*. IE: McGraw-Hill UK, 1996, p.14.

⁷⁰ KOTLER, Philip. *Princípios de Marketing*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1999, p. 8.

olhos quando feito conjuntamente por concorrentes, que estão planejando se concentrar, sobre produtos que competem entre si.

No entanto, destaca-se a diferença entre esse tipo de propaganda e a propaganda feita da própria operação em si. Dessa segunda modalidade não decorrem preocupações concorrenciais. Blumenthal⁷¹ em seu discurso procura deixar claro que não há suspeitas em propagandas conjuntas que apenas anunciam ou apoiam a operação em si. Porém, esforços por parte do comprador, durante o pré-operatório, em redirecionar a rotina de marketing do vendedor ou em estipular o conteúdo dos anúncios dos produtos em que competem não são bem interpretados.

A mesma lógica vale para vendas feitas por telefones. Não há problemas em ligações que tem como objetivo informar os consumidores e fornecedores da aquisição ou esclarecer dúvidas que possam ter com relação a esta (ressalva-se que neste contexto também cabem precauções e regras que limitem o objetivo dessas ligações). Preocupações, no entanto, podem surgir se a empresa compradora tomar controle da função de vendas ou mesmo quiser mudar o script usado ou o cronograma para estas.

Acontece que a diminuição de investimento em propaganda significa uma diminuição da própria competitividade. Em 2003, Gemstar e TV Guide⁷², TVs por assinatura que competiam acirradamente, decidiram se fundir. Antes do tempo correto, as requerentes unificaram seus preços e contratos de serviços e para tanto trocaram informações particularmente sensíveis. Além disso, a responsabilidade do marketing para fornecedores e consumidores caiu para apenas uma das empresas, deixando claro para terceiros que as empresas estavam atuando conjuntamente. As requerentes foram condenadas a pagar a penalidade máxima e o valor total da multa somou em U\$5.676.000,00.

2.1.5 Fixação de preço e alocação de mercado.

Os itens colocados neste tópico já foram de alguma forma, estudados na discussão dos casos concretos enfrentados pelas agências norte-americanas. A fixação de preço ocorre quando empresas concorrentes determinam o quanto será cobrado por um certo produto ou serviço, excluindo a principal variável competitiva que é o próprio preço. Já a alocação de mercado consiste em um acordo de segregação dos clientes, resultando na vedação de uma

⁷¹ BLUMENTHAL, William. *The Retic of Gun jumping*. Nov. 2005, p. 13. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2014.

⁷² BLUMENTHAL, William. *Background materials on premerger coordination*. Nov. 2005, p. 4-5. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110bgdgunjumping.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

empresa em fornecer produtos ou serviços para os consumidores da empresa concorrente. São condutas que claramente restringem a competitividade das partes e permitem que as empresas atuem como uma só ou deixem de atuar em determinado mercado. Ressalta-se que conforme será estudado mais a frente, sob a égide do Sherman Act, são condutas consideradas ilícitas *per se*, fora do contexto operatório.

A fixação de preços é clara no caso Computer Associates e Platinum porque as requerentes fizeram uso da unificação de descontos e no caso Gemstar e TV Guide, no qual além da uniformização dos contratos, também foi alocado o mercado, ao restringir com quais clientes cada empresa poderia negociar.

Um último caso a ser analisado é o Commonwealth and First American⁷³ no qual as empresas ao estabelecerem uma joint venture, rescindiram seus contratos individuais com os consumidores, elaboraram um novo com preços, termos e condições idênticos e solicitaram a assinatura dos clientes, mesmo cobrando de duas a três vezes mais do que cobravam antes. Ao serem confrontadas pelo FTC, as partes desistiram da joint venture e concordaram em voltar a atuar como concorrentes. A Commonwealth se comprometeu ainda em restabelecer seu preço e devolver o dinheiro pago em excesso.

2.2 Seção 1 do Sherman Act

Conforme visto, a Seção 7A do HSR Act tem um enfoque procedimental, de atenção aos requisitos e ao tempo de espera que uma operação tem de atender para ser consumada. A Seção 1 do Sherman Act⁷⁴ por outro lado, adota uma perspectiva material da questão ao prever que:

“Todo contrato, combinação em forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras é declarada ilegal. Toda pessoa que contratar ou se associar a combinações ou conspirações declaradas ilegais será considerada culpada pelo crime (...)”

Não vislumbra-se no texto qualquer menção a requisitos para notificação ou mesmo ao contexto operatório. O que o diploma nos traz é uma proibição de acordos que possam restringir o comércio, não importando se são transações que também estão sujeitas ao HSR Act ou não.

⁷³ BLUMENTHAL, William. *Background materials on premerger coordination*. Nov. 2005, p. 2-3. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110bgdgunjumping.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Act*, de 2 de julho 1890. Disponível em: <<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>> Acesso em: 5 maio 2014.

O diploma entrou em vigor em 1988 e surgiu como uma reação às grandes concentrações de poder econômico que estavam tomando forma nos Estados Unidos. O seu objetivo era corrigir as distorções geradas pelo liberalismo econômico que permitiram a formação de fortes grupos econômicos e dos trustes, institutos responsáveis por administrar os agentes econômicos de um determinado setor, uniformizando as suas decisões, de forma a coibir a concorrência entre eles⁷⁵.

O alcance da legislação, portanto, vai além do controle das estruturas, mas também sobre ele atua. Tratando-se da questão do *gun jumping* este será caracterizado, quando comprovada a existência de três elementos: (1) uma combinação, contrato ou conspiração entre duas empresas, (2) que essa associação seja capaz de desarrazoadamente reduzir a concorrência e (3) de afetar o comércio entre os estados⁷⁶.

Para Blumenthal⁷⁷, há três diferenças principais entre os dois diplomas. A primeira, já mencionada acima, é que a análise no âmbito da Seção 7A, apenas se aplica a operações que atendem aos critérios do regulamento, enquanto a Seção 1 se aplica a toda e qualquer forma de concentração. A segunda é que a aplicação da Seção 7A cessa com o término do período de espera. A Seção 1 por sua vez prossegue formalmente até que a operação tenha sido consumada, mesmo que isso só venha acontecer muito depois que a aprovação pelo HSR Act tenha sido obtida. E a terceira e última é que os efeitos anticompetitivos são a questão central da Seção 1, mas são secundários na análise da violação à Seção 7A. O HSR preocupa-se mais em determinar se houve uma integração prematura ou uma transferência de controle do que em verificar os efeitos que decorreram de tais condutas.

Há ainda uma quarta diferença a ser ressaltada, a Seção 1 do Sherman Act só será aplicada quando as requerentes competirem ou forem verticalmente relacionada, se o mercado for concentrado ou se houver barreiras à entrada, o que não acontece com o HSR Act que é usado mesmo que as partes atuem em mercados separados⁷⁸.

Há dois tipos de condutas que invoca a responsabilidade das partes sob a égide do Sherman Act. As condutas ilícitas *per se* e as que devem ser analisadas sob a regra da razão. As primeiras são acordos ou condutas unilaterais praticadas entre ou pelas empresas que são capazes de restringir desarrazoadamente a concorrência e nas quais inexitem qualquer

⁷⁵ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70.

⁷⁶ MARTINS, Amanda A. L. *Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE*. Revista do IBRAC, vol. 22, p. 64, 2012.

⁷⁷ BLUMENTHAL, William. *The Retic of Gun jumping*. Nov. 2005, p. 9. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2014.

⁷⁸ VIDGOR, William R. *Getting a quick start without jumping the gun: a basic guide to spotting premerger coordination issues that raise antitrust questions and may delay closing your deal*. ABA Section of Antitrust Spring Meeting. Mar. 2006, p. 5.

racionalidade econômica que as possam escusar. Essas condutas são presumidamente consideradas ilegais sem que seja necessário se fazer uma análise dos efeitos produzidos ou dos objetivos almejados pelas empresas. Essa presunção é bastante criticada e hoje apenas três condutas permanecem como ilegais *per se*: fixação de preços, alocação de mercado e recusa de contratar. Porém, ressalta-se que, mesmo nestas hipóteses, as autoridades procedem a uma análise detalhada do caso a fim de estipular se a regra *per se* deve ser aplicada⁷⁹.

O outro tipo de conduta submetida à análise do diploma legal é aquela que restringe de alguma forma o comércio, mas de forma proporcional, apresentando motivos sensatos para tanto. Essas atividades devem ser analisadas sob a regra da razão, em que as partes deverão apresentar a justificativa para suas ações e as autoridades, em sede de condenação, deverão comprovar a prejudicialidade causada à concorrência⁸⁰.

Dentro do contexto operatório as condutas que são ilegais *per se* devem também ser analisadas sob a regra da razão, uma vez que por trás das atitudes das empresas pode haver racionalidade econômica. Uma combinação de preços entre concorrentes fora do contexto operatório pode caracterizar uma infração à ordem econômica, mas quando feita no âmbito de uma *joint venture*, por exemplo merece uma análise mais cautelosa, pois pode ser uma combinação auxiliar a um acordo pró-competitivo⁸¹.

Ressalta-se que mesmo em casos como o exemplo supracitado, em que a existência de efeitos pró-competitivos em cadeia consegue prevalecer sobre os efeitos anticompetitivos, as requerentes podem ser responsabilizadas se as autoridades constatarem que havia alternativas mais razoáveis capazes de produzir menores prejuízos⁸².

Na visão de Liebeskind⁸³, uma suposta conduta só deve violar a Seção 1 do Sherman Act se também for capaz de violar o diploma legal mesmo na ausência de uma fusão e/ou aquisição. Assim, se duas empresas se associam, por meio de uma *joint venture*, de forma que uma fique responsável pela administração do negócio da outra, essa mesma combinação não

⁷⁹ SAGER, Christofer L. *Antitrust: Examples & Explanations*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 97.

⁸⁰ LIEBESKIND, Richard. *Gun-Jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*, 2003, p. 2. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>> Acesso em: 6 maio 2014

⁸¹ LIEBESKIND, Richard. *Gun-Jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*, 2003, p. 2. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>> Acesso em: 6 maio 2014

⁸² NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 6. Disponível em: <http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899> Acesso em: 6 maio 2014.

⁸³ LIEBESKIND, Richard. *Gun-Jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*, 2003, p. 3. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>> Acesso em: 6 maio 2014

deveria estar sujeita à proibição imposta pelo Sherman Act só porque as partes também pretendem se fundir.

Enfrentados os conceitos doutrinários sobre o texto legal, cabe verificar a aplicação prática deste último. Os casos *Computer Associates/Platinum* e *Gemstar/TV Guide*, supra mencionados, foram enfrentados não apenas pelo HSR Act como pelo Sherman Act. Lembrando-se que em ambos as requerentes fixaram o preço, sendo que no último ainda alocaram o mercado, condutas consideradas ilícitas *per se*.

No que se refere à troca de informações, como o Sherman Act só se aplica em hipóteses de mercados concentrados ou de requerentes concorrentes, a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas que não competem ou não são verticalmente relacionadas, ou ainda que operem em mercados de fácil entrada e desconcentrados, não representam nenhum risco perante a Seção 1. Porém, cumpre ressaltar que mesmo não apresentando risco diante de um diploma legal, a conduta continua não podendo ser praticada se tem o potencial de violar outro, como a Seção 7A do HSR Act.

2.3 Seção 5 do Federal Trade Commission Act

O último diploma norte-americano a tratar do *gun jumping* é a Seção 5 do Federal Trade Commission Act (FTC Act), que proíbe “métodos competitivos desleais que possam prejudicar a concorrência”⁸⁴. O texto legal se aproxima do disposto na Seção 1 do Sherman Act e há certo grau de sobreposição entre eles, porém a Seção 5 consegue coibir qualquer tipo de conduta que pareça ser ou potencialmente seja prejudicial à concorrência, podendo ser ou não falsa, fraudulenta ou moralmente repreensível⁸⁵.

Apesar de inexistir uma previsão que limite o alcance da Seção 5, até hoje a sua aplicação se restringiu apenas às condutas que também são proibidas pelas outras Seções do FTC Act que tratam do contexto operatório, não se estendendo às atividades praticadas fora de uma concentração econômica⁸⁶.

As diferenças elencadas entre o HSR Act e o Sherman Act também são aplicadas ao FTC Act. O diploma se amolda a todas as operações, notificáveis ou não ao HSR Act.

⁸⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Trade Commission Act*, de 2006. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/45>>. Acesso em 7 maio 2014.

⁸⁵ VIDGOR, William R. *Getting a quick start without jumping the gun: a basic guide to spotting premerger coordination issues that raise antitrust questions and may delay closing your deal*. ABA Section of Antitrust Spring Meeting. Mar. 2006. p. 4.

⁸⁶ VIDGOR, William R. *Getting a quick start without jumping the gun: a basic guide to spotting premerger coordination issues that raise antitrust questions and may delay closing your deal*. ABA Section of Antitrust Spring Meeting. Mar. 2006. p. 4.

Ademais vigora até que a operação tenha se consumado e se preocupa apenas com concorrentes e/ou mercados concentrados. A análise da conduta concorrencialmente desleal, sob a égide do FTC Act, implica ainda na análise, pela regra da razão, dos efeitos anticompetitivos alcançados.

O FTC Act foi aplicado em poucos casos de *gun jumping* na jurisprudência americana. Destaca-se o caso Insilco Corp, em que no ano de 1997 a empresa Insilco entrou em um acordo para adquirir a empresa Helmut Lingemann`s U.S. No caso, a troca de informações de preços e de planos de precificação recentes e futuros foram suficientes para caracterizar o *gun jumping* perante a Seção 5. Além disso, a operação chamou a atenção do HSR Act e do próprio FTC Act pelo nível de concentração de mercado que dela iria resultar, a adquirente obteria 90% de participação deixando apenas uma concorrente no mercado. Ao fim, a Insilco concordou em se desfazer de duas fábricas da Helmut e em futuras transações foi proibida de receber informações específicas dos consumidores antes da aprovação das autoridades competentes⁸⁷.

2.4 Sanções

Encerrado os estudos dos fundamentos e preceitos básicos dos três diplomas legais norte-americanos usados na verificação de *gun jumping*, faz-se necessário abordar um ponto importante que não foi considerado na análise, qual seja, as sanções aplicadas àqueles que violam as legislações.

As sanções são necessárias a fim de desestimular qualquer ação anticompetitiva pelas empresas, deixando-as cientes que a prática de determinadas condutas não será tolerada e a não observância dos estatutos levará à responsabilização. Ressalta-se que as penalidades têm de ser aplicadas atentando-se ao critério da proporcionalidade e razoabilidade.

As partes que violarem a Seção 7A do HSR Act podem ser penalizadas em até U\$11.000,00 dólares por dia de violação, lembrando-se que cada requerente pode ser multada individualmente, o que totaliza U\$22.000,00 diários, como aconteceu no caso United States versus Atlantic Richfield.

O HSR Act prevê apenas a responsabilização no âmbito civil, enquanto o Sherman Act é usado tanto nesta quanto na esfera penal. A Seção 1 estabelece multas pecuniárias de até U\$ 100.000.000,00 para as pessoas jurídicas e de até U\$ 1.000.000,00 para as pessoas físicas

⁸⁷ BLUMENTHAL, William. *Background materials on premerger coordination*. Nov. 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110bgdgunjumping.pdf> Acesso em: 7 maio 2014.

e traz ainda a possibilidade de prisão dessas últimas, por período não superior a 10 anos⁸⁸. Destaca-se que até hoje não há casos de punições por *gun jumping* no âmbito penal.

Ademais, no FTC Act não há multas pecuniárias pré-estabelecidas, uma vez que a autoridade não tem competência para estabelecer tais penalidades, porém possui atribuição para determinar que as empresas devolvam o lucro obtido ilegalmente. Essa restituição, conhecida como “disgorgement” atua mais um remédio do que uma punição. O FTC considera que o HSR Act também pode aplicar o “disgorgement”, uma vez que o diploma prevê o uso “de outras formas equitativas de remédios quando a corte em sua discricionariedade determinar necessário ou apropriado”⁸⁹.

⁸⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Act*, de 2 de julho 1890. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>>. Acesso em: 9 maio 2014.

⁸⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Hart-Scott-Rodino Act*, de 1976. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18a>>. Acesso em: 9 maio 2014.

3 GUN JUMPING NO BRASIL

3.1 Disposições legais

Discutida a forma que o *gun jumping* é tratado na legislação e pelas autoridades antitrustes norte-americanas, neste capítulo cabe analisar como a questão vem sendo enfrentada pelo CADE. Desde maio de 2012, data em que a lei entrou em vigor, apenas alguns casos dessa conduta foram julgados pelo Tribunal. Apesar de poucos, os julgados conseguem delinear o posicionamento que a autoridade tem seguido

Antes de prosseguir com a análise dos casos concretos e uma vez que os requisitos para notificação de uma operação já foram delineados no capítulo 1, cumpre examinar as sanções estipuladas na Lei 12.529/11, para aquelas empresas que falharem em notificar o CADE antes de consumarem a sua operação. Sobre o tema, o artigo 88⁹⁰ assim dispõe:

“Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

(...)

3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.”

Depreende-se do parágrafo 3º que existem três tipos de sanções: anulação dos atos praticados, multa pecuniária e abertura do processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica. A primeira medida poderá ser tomada quando o CADE entender que a operação consumada traz prejuízos à concorrência e por isso é de interesse público que esta seja desfeita. Trata-se de anulabilidade dos atos desleais que foram praticados, visando que as partes voltem ao status a quo⁹¹. Já a abertura de processo administrativo tem como objetivo possibilitar que a autoridade antitruste consiga apurar os fatos mais detalhadamente e analisar a conduta das partes⁹².

⁹⁰ BRASIL. *Lei 12.529/14 de 30 de novembro de 2011*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 11 set. 2014.

⁹¹ TAUFICK, Roberto D. *Nova Lei Antitruste Brasileira. A Lei 12.529/11 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p. 439.

⁹² FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

Por fim, a aplicação da multa pecuniária difere da estabelecida pelo HSR Act, que é calculada em uma base diária. O legislador optou por estipular um valor mínimo e máximo a fim de permitir que a autoridade concorrencial calcule o valor da multa cabível a partir de cada caso concreto. Assim operações intempestivas e com alto prejuízo à concorrência ou cujas partes envolvidas são empresas grandes no mercado e detém alto faturamento devem receber multa maior que a aquelas operações cujo potencial ofensivo é mínimo⁹³.

Até hoje a única penalidade aplicada pelo CADE nos julgamentos dos casos de *gun jumping* foi a multa pecuniária. A bem dizer, em todos os casos foram firmados pelas requerentes um Acordo em Controle de Concentração. Cabe portanto, proceder à análise destes a fim de verificar os fatores determinantes que guiaram as decisões da autoridade de defesa concorrencial brasileira.

3.2 Acordo em Controle de Concentração

Em primeiro lugar, como os julgamentos terminaram com a assinatura de acordos, cumpre abrir um breve parêntese para explicar o objetos desses ajustes. Os Acordos em Controle de Concentrações (ACCs) têm como propósito viabilizar a aprovação das operações a partir da imposição de cláusulas restritivas que estabeleçam determinadas condições eliminatórias de efeitos anticompetitivos⁹⁴. De acordo com Carvalho e Castro⁹⁵, trata-se de um provimento administrativo que busca cumprir variadas funções, sendo a mais preponderante delas a obtenção de eficiências que consigam justificar a aprovação do ato de concentração.

Indaga-se se a natureza jurídica de tal acordo é um ato unilateral da Administração Pública ou se envolve a participação da vontade dos requerentes, sendo portanto um acordo bilateral. Em que pese, alguns doutrinadores considerarem o ACC um ato discricionário do Tribunal do CADE, tem-se que o instituto é caracterizado pela sua bilateralidade, já que para produzir efeitos o acordo deve ser assinado tanto pela autoridade antitruste quanto pelas requerentes⁹⁶.

⁹³ TAUFICK, Roberto D. *Nova Lei Antitruste Brasileira. A Lei 12.529/11 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p. 440.

⁹⁴ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427

⁹⁵ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

⁹⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110.

Tratando-se de ato bilateral, mas não contratual, uma interpretação, portanto, seria considera-los como atos-condição. Segundo Zavascki⁹⁷:

“[Esses] consistem em condição para que se desencadeie o conjunto de direitos e deveres que perfazem a situação jurídica de alguém. Por meio deles, não se cria direito novo - ao contrário do ato subjetivo; apenas implementa-se o necessário a fim de que o quadro normativo já existente passe a vigorar em relação ao sujeito ou aos sujeitos que nele se vêm incluir.”

Essa definição está em sintonia com a hipótese do ACC, pois conforme o disposto nos artigos 88 a 90 da Lei de Defesa da Concorrência, a assinatura do ACC seria condição imprescindível para a aprovação da operação toda vez que o Tribunal assim entendesse (ato-condição). Porém, destaca-se algumas diferenças que distanciam os ACCs dos atos-condição e que dão suporte ao entendimento de que esse tipo de acordo possui natureza jurídica *sui generis*. São essas: a inexistência de condições pré-fixadas e genéricas de ACCs (uma vez que cada operação tem suas particularidades, para cada uma delas será celebrado um ACC com diferentes condições), e a não obrigatoriedade do CADE em assinar um ACC, inexistindo direito subjetivo à sua negociação⁹⁸.

Os ACCs aparecem, portanto, como uma possibilidade de negociação entre o CADE e as requerentes com o fim de se chegar a uma proposta que consiga dizimar as preocupações anticompetitivas e destacar as eficiências geradas pela operação. É uma alternativa à reprovação do ato de concentração.

3.3 Casos concretos

Como veremos a seguir através dos casos concretos já julgados, o escopo dos acordos firmados nos julgamentos dos casos de *gun jumping* eram um pouco diferentes. Estes não visaram impor remédios que acabassem com os efeitos desleais à concorrência, mas sim reafirmar uma política dissuasória da prática de consumação prematura do negócio jurídico.

3.3.1 Operações no setor de óleo e gás

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Planos Econômicos, direito adquirido e FGTS*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n.124, abr./jun. 1997, p.257. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242>>. Acesso em 12 set. 2014.

⁹⁸ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110.

Os quatro primeiros casos de *gun jumping* serão analisados conjuntamente, pois carregam em si grandes semelhanças, já que todos se deram no setor de desenvolvimento e exploração de petróleo e gás natural. São eles: OGX/Petrobras, UTC/Potióleo, UTC/Aurizônia e Total E&P/Petrobras.

O primeiro diz respeito à aquisição pela OGX de 40% de participação detida pela Petrobras em contrato de concessão com a Agência Nacional de Petróleo (ANP) para a exploração de óleo e gás em bloco na Bacia de Santos. A Conselheira Relatora Ana Frazão decidiu pela ausência de efeitos anticompetitivos decorrentes da operação, uma vez que a participação da OGX no mercado é pequena e o bloco em questão ainda não estava em funcionamento⁹⁹.

A única preocupação concorrencial, portanto, se deu pela consumação prematura da operação. Os pareceres da SG e da ProCADE entenderam que antes mesmo da notificação do ato de concentração, a OGX já desenvolvia um papel ativo na tomada de decisões do bloco, atuando como titular dos ativos. As cláusulas contratuais garantiam à OGX o acesso às informações concorrencialmente sensíveis e o compartilhamento de direitos e obrigações, sendo que essas cláusulas produziram efeitos antes do permitido pela Lei 12.529/11¹⁰⁰.

As partes que em um primeiro momento negaram a consumação prematura e tentaram dar racionalidade jurídica para as condutas praticadas, ao final decidiram reconhecer a conduta e buscar uma solução amigável com o Tribunal do CADE. Assim, coube à Conselheira Ana Frazão determinar em qual medida o ACC cumpriria sua função de maximizar a política de defesa concorrencial dissuasória, sem significar uma sanção abaixo da merecida pelas requerentes.

Em primeiro lugar, constatou-se que os atos que confirmaram o entendimento de que as partes haviam “queimado a largada” não eram passíveis de anulação, isso porque foram atos meramente operacionais ou de administração ordinária (não é possível destacar quais atos foram praticados, pois essa informação foi tratada como confidencial pela autoridade). Assim, por não terem alterado as relações concorrenciais, nem de forma negativa ou positiva, não mereciam ser anulados. Neste ponto, a Conselheira ressaltou que a mera alteração das relações de mercado enseja a anulação dos atos praticados, independentemente de resultar em efeitos anticompetitivos.

⁹⁹ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19*, Relatora: Ana Frazão, 2013.

¹⁰⁰ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19*, Procurador: Daniel Roque, 2013.

A única penalidade cabível foi a multa pecuniária. Sobre a dosimetria da pena nos casos de infração à ordem econômica, o artigo 45 da Lei 12.529/11 assim dispõe¹⁰¹:

“Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:
 I - a gravidade da infração;
 II - a boa-fé do infrator;
 III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
 IV - a consumação ou não da infração;
 V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
 VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
 VII - a situação econômica do infrator; e
 VIII - a reincidência.”

Cumprе ressaltar, em primeiro lugar, a questão da boa-fé das requerentes. Tem-se que as notificações de operações no setor de petróleo e gás se deram em momento de mudança na regulação da ANP. Por meio do Ofício Circular n. 003/2013/SEP, a ANP estabeleceu que as autorizações das transações envolvendo contratos de cessão de blocos de exploração de petróleo só seriam concedidas após a aprovação do CADE. O baixo número de notificações do setor, após a vigência da Lei 12.529/11 e antes da mudança no contexto regulatório, demonstra que a prática do mercado era fechar tais operações sem submetê-las à análise antitruste, o que exigiria da autoridade concorrencial a instauração de procedimentos para verificar tais concentrações. Portanto, ao mesmo tempo que tal mudança na regulação da ANP não exime as requerentes da obrigação de notificar o CADE, ela consegue afastar a má-fé da conduta¹⁰².

Além disso, entende-se que a prática do *gun jumping* é sempre grave, independentemente dos efeitos anticompetitivos causados, pois significa uma afronta direta ao diploma legal. Com relação à gravidade da lesão e os efeitos econômicos produzidos nos mercados, tem-se que a operação não gera preocupações concorrenciais, tendo sido analisada em procedimento sumário pela Superintendência Geral. Os atos praticados prematuramente, por sua vez, foram de mera administração e não alteraram as condições de mercado¹⁰³.

Não há que se falar em reincidência da conduta e apesar do faturamento da Petrobras ser alto, valorado em R\$ 276 bilhões, a OGX passava e passa por uma situação econômica

¹⁰¹ BRASIL. *Lei 12.529/14 de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 11 set. 2014.

¹⁰² DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19*, Relatora: Ana Frazão, 2013.

¹⁰³ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19*, Relatora: Ana Frazão, 2013.

complicada. Assim, ao analisar todos os fatores da dosimetria destacados acima, a Conselheira entendeu que a proposta da requerente de recolher ao Fundo de Direitos Difusos o valor de R\$ 3 milhões era conveniente e oportuno para a política de reforço da defesa antitruste, sendo que apesar de inexistirem até então parâmetros para o valor de multa aplicada em casos de *gun jumping*, o valor estava em consonância com as multas aplicadas recentemente por outras infrações¹⁰⁴.

O próximo caso, também de relatoria da Conselheira Ana Frazão, envolveu a aquisição pela UTC de 37% da participação da Aurizônia em contrato de cessão com a ANP. Sobre a constatação do *gun jumping* a ProCADE entendeu que as empresas fixaram uma condição imediata de obrigação de pagamento “com obrigações claras e diretas sobre a percepção de lucros e isenção de obrigações”¹⁰⁵. Ou seja, o contrato exigia o imediato pagamento do valor, cedendo os direitos de lucros e definindo as obrigações.

Inexistia no caso efeitos anticompetitivos, pois tratava-se de consolidação de controle da UTC sobre o bloco de exploração, sendo que a empresa já atuava como sua operadora. Com isso, a autoridade decidiu que a consumação prematura não alterou a estrutura de condução do empreendimento, nem as relações de concorrência, tendo ocorrido tão somente pelo pagamento antecipado das parcelas do valor da cessão¹⁰⁶.

Pelos argumentos expostos somados à ausência de má-fé, ao baixo valor da operação e ao pequeno porte das empresas, a proposta da requerente de pagar o valor de R\$ 60 mil reais foi julgada como adequada para fins de garantir a política dissuasória do sistema de análise prévia.

Destaca-se outro caso do setor de óleo e gás julgado que envolveu também a UTC. A operação consistiu na aquisição pela empresa de 50% das ações detidas pela Potióleo em contrato de concessão. A UTC já detinha os 50% do bloco e atuava como sua operadora. Apesar de existir sobreposição horizontal entre as atividades das partes, tem-se que a participação conjunta das requerentes no mercado de óleo e gás é inferior a 0,01%, afastando qualquer preocupação concorrencial sobre o tema¹⁰⁷.

No que diz respeito à configuração do *gun jumping*, o relator do caso Conselheiro Alessandro Octaviani, entendeu que a infração à ordem econômica restaria caracterizada

¹⁰⁴ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19*, Relatora: Ana Frazão, 2013.

¹⁰⁵ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.008289/2013-52*, Procurador: Daniel Roque, 2013.

¹⁰⁶ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.008289/2013-52*, Relatora: Ana Frazão, 2013.

¹⁰⁷ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.008292/2013-76*, Relator: Alessandro Octaviani, 2013.

pelos seguintes fatores: (i) a data de vigência do contrato é anterior até mesmo à própria assinatura do documento, (ii) o pagamento do valor da operação foi feito antes da notificação ao CADE, (iii) inexistia no contrato cláusula suspensiva dos efeitos até a autorização da autoridade antitruste, (iv) a única condição que suspendia o implemento dos direitos e obrigações estabelecidas era o pagamento da operação, e uma vez que este havia sido feito previamente à notificação constatou-se que as estruturas e o centro decisório já teriam se alterado¹⁰⁸.

O valor proposto pelas requerentes no ACC, de R\$60 mil, foi visto como adequado pelo conselheiro, pois estava dentro dos parâmetros legais, e quando considerado de maneira proporcional ao valor da operação, mostrou-se superior ao firmado nos outros dois julgamentos da mesma infração econômica.

Por fim, ainda mais recentemente, ocorreu o julgamento do caso Total E&P e Petrobras, que diferentemente de todos os outros terminou sem a imposição de sanção. A operação dizia respeito a um contrato de cessão de direitos e obrigações em contrato de concessão em bloco de exploração. Os indícios de *gun jumping* destacados pela SG foram: a data de vigência antes da própria assinatura do contrato; o pagamento da operação; o acesso às informações concorrenciais; a ausência no contrato de cláusula suspensiva de aprovação do CADE e a celebração de um Acordo de Operações Conjuntas com a previsão de criação de um Comitê Operacional com a finalidade de supervisionar e gerir os blocos objetos do contrato¹⁰⁹.

Foi feita uma análise mais profunda destes indícios e as partes lograram êxito em demonstrar que o Acordo de Operação Conjuntas ainda não havia sido celebrado, existindo apenas uma minuta preliminar que ainda estava sujeita a comentários e alterações. Neste sentido, o referido Comitê Operacional também não havia sido criado e não estava em funcionamento. Quanto ao acesso às informações, comprovou-se que não foram trocados dados concorrenciaismente sensíveis, mas tão somente informações que foram repassadas em momento anterior à assinatura do contrato e às quais outras empresas que estavam negociando com a Petrobras também tiveram acesso¹¹⁰.

Ainda segundo as partes, apesar da data de vigência do contrato retroagir a momento anterior à aprovação do CADE, esta dizia respeito a apenas um marco temporal a partir do

¹⁰⁸ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.008292/2013-76*, Relator: Alessandro Octaviani, 2013.

¹⁰⁹ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.007899/2013-39*, Relator: Alessandro Octaviani, 2014.

¹¹⁰ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.007899/2013-39*, Relator: Alessandro Octaviani, 2014.

qual o valor da operação e outros pagamentos deveriam ser calculados, não importando em consumação das obrigações. Neste sentido, mostrou-se ainda que o pagamento da operação não havia sido feito¹¹¹.

O Conselheiro relator do caso, Alessandro Octaviani, portanto, constatou que a ausência da cláusula suspensiva da aprovação da operação pelo CADE não poderia caracterizar isoladamente o *gun jumping*, ainda mais quando existia uma cláusula suspensiva de aprovação pela ANP, que, ressalta-se, ainda não havia sido concedida. Assim, a operação foi aprovada sem restrições, o ilícito do *gun jumping* não restou comprovado e as partes não incorreram em nenhuma sanção.

3.3.2 Caso Fiat/Chrysler

O último julgamento dessa modalidade de infração à ordem econômica ocorreu recentemente. A operação se referia à consolidação de controle da Chrysler pela Fiat. A Fiat já detinha 59% das ações da empresa-alvo e estava adquirindo a participação restante da VEBA. A operação foi consumada no dia 21 de janeiro de 2014 e a sua notificação apenas ocorreu no dia 17 de março do mesmo ano.

O artigo 9º, III e o artigo 11 da Resolução nº 2 de 2012 do CADE trazem a obrigatoriedade da notificação quando o controlador adquire participação societária que represente 20% ou mais do capital social ou votante. As partes alegaram que o caso concreto prescindiria de notificação, uma vez que, em relação aos artigos supramencionados, entrou em vigor em fevereiro de 2014 uma consulta pública que visa eliminar o inciso III do artigo 9º, dado que é irracional considerar como concentração a consolidação de controle daquele que já é controlador¹¹².

O CADE entendeu que a lei não pode alcançar fatos que precedem ao início de sua vigência. Assim, como a operação se consumou em janeiro de 2014, deveria ser analisada com base na legislação vigente na época, sendo que a Resolução nº 2 de 2012 deve se manter inalterada até que uma modificação formal através dos meios adequados seja feita¹¹³.

De um outro ponto de vista, as partes afirmaram que o atual sistema de análise exige que as partes mantenham suas estruturas inalteradas e a operação reunia características

¹¹¹ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.007899/2013-39*, Relator: Alessandro Octaviani, 2014.

¹¹² DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41*, Relator: Marcio de Oliveira Júnior, 2014.

¹¹³ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41*, Relator: Marcio de Oliveira Júnior, 2014.

específicas que afastavam a caracterização de uma integração prematura, não sendo uma de suas hipóteses a consolidação de controle por parte de quem já controla. Tal argumento também foi refutado pelo CADE, pois não eximia as requerentes da obrigação de notificar¹¹⁴.

Por fim, a Fiat propôs um ACC, reconhecendo a prática da infração à ordem econômica e se comprometendo a pagar R\$ 600 mil em uma única parcela. Na análise da dosimetria da pena, o Conselheiro Marcio de Oliveira Junior ponderou que a consumação prematura não alterou as atividades das requerentes, bem como a operação não levantava preocupações concorrenciais. A má-fé não estava presente, pois apesar do atraso na notificação, explicado pela falta de tempo hábil para apresentação do ato de concentração (segundo as requerentes, se o negócio não fosse fechado em janeiro, uma eventual oferta de ações ocorreria em fevereiro e atrasaria a operação por meses) a notificação foi feita voluntariamente, sem ser necessária a provocação do CADE, mesmo tendo-se consciência da eventual aplicação de multa¹¹⁵.

Diante desses fatores, considerando-se também o faturamento das partes, a multa pecuniária estaria em conformidade com o cálculo feito para o caso OGX/Petrobras e seria satisfatória, devendo ser o ACC homologado.

3.4 Considerações finais: fazer ou não.

Devido às particularidades de cada caso concreto não é possível estabelecer um rol taxativo de atitudes consideradas ilegais tomadas pelas empresas previamente à autorização das autoridades concorrenciais. Porém as decisões recentes do CADE somadas à experiência internacional sobre o tema conseguem traçar parâmetros para as condutas que podem ser praticadas pelas partes sem que exista o risco de uma sanção.

Neste sentido, o conselheiro Alessandro Octaviani no julgamento do caso Total E&P/ Petrobras¹¹⁶ trouxe um rol exemplificativo de atos que podem caracterizar o *gun jumping*:

“(i) transferência de ativos, (ii) usufruto de ativos; (iii) troca de informações de concorrenciaismente sensíveis que não sejam estritamente necessárias para a celebração do instrumento formal que vincule as partes; (v) pagamento

¹¹⁴ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41*, Relator: Marcio de Oliveira Júnior, 2014.

¹¹⁵ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41*, Relator: Marcio de Oliveira Júnior, 2014.

¹¹⁶ DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.007899/2013-39*, Relator: Alessandro Octaviani, 2014.

integral ou parcial do valor da transação; (vi) anterioridade da data de vigência do contrato em relação à sua data de celebração; (vii) transferência ou usufruto de valores mobiliários de direito a voto.”

Como bem ressaltado pelo conselheiro o rol não é exaustivo, e vai depender da análise de cada caso concreto. A fim de expor o tema de maneira mais didática, o fazer e não fazer pelas requerentes será abordado em tópicos, a depender da fase de negociação da operação.

Antes porém pode-se destacar a regra geral: as partes que pretendem se concentrar devem manter suas estruturas inalteradas, agindo como fortes competidores até que a palavra final seja dada. De nenhuma maneira as empresas podem dar a entender que há coordenação de uma sobre o negócio da outra.

3.4.1 Auditoria

Em um primeiro momento de negociação, em fase de auditoria, as informações trocadas devem se restringir às estritamente necessárias à avaliação do negócio, tendo em vista à celebração do contrato. Informações concorrencialmente sensíveis não devem ser trocadas. O conceito do que é concorrencialmente sensível varia de setor para setor e pode ser identificado pela seguinte lógica: caso as pessoas envolvidas no negócio se preocupem com os prejuízos causados em caso de certa informação ser repassada aos concorrentes, tal informação também não deve ser compartilhada com a empresa que se está negociando.

De acordo com Smith¹¹⁷, é seguro que as partes troquem: informações de domínio público ou que possam ser reveladas para terceiros; demonstrações contábeis gerais da empresa que não estejam especificadas por linha de produto; listas e descrições dos produtos oferecidos, dos canais de produção e distribuição e de outras atividades do negócio; informações sobre processamento de dados e sistemas de computação; informações sobre processos judiciais aos quais a empresa responde; informações sobre riscos ambientais; informações sobre políticas de gestão de pessoal e de recursos humanos.

Por outro lado as partes não devem trocar informações sobre: estratégias presentes ou futuras de preços, marketing, produção e planejamento; lista de clientes, informações específicas de descontos, bônus e outros termos de venda; contratos em vigência ou futuros com consumidores e fornecedores, a menos que as cláusulas de preço ou termos da operação estejam tarjados como confidenciais; informações de custos e lucros de produtos

¹¹⁷ SMITH, Tefft W. *Avoiding Pre-Closing Antitrust Risk in Transactions with Competitors*. Illinois: Kirkland & Ellis LLP, 2005, p.4

individualmente considerados; projetos de pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ainda não divulgados a terceiros¹¹⁸.

Um propósito legítimo para o uso de informações concorrencialmente sensíveis, como as acima destacadas, é a preparação de estudos de eficiências. As autoridades antitrustes, porém, demonstram certo nível de preocupação com tais estudos. A fim de afastar as preocupações, existem dois cuidados principais que podem ser tomados. O primeiro seria o uso de “times neutros” com a terceirização do processo de auditoria. No caso das empresas decidirem realizar o processo de auditoria internamente é essencial a formação de times de específicos para sua realização, com pessoas que não estejam envolvidas nos setores comerciais e operacionais, bem como no centro decisório¹¹⁹.

Outra cautela a ser observada é a assinatura dos *Non-Disclosure Agreements* (“NDAs”), que são acordos de confidencialidade firmados por aqueles envolvidos no processo de auditoria e que tiveram acesso às informações concorrencialmente sensíveis. Esses acordos devem discriminar quais foram as informações repassadas e quem conseguiu acesso a elas. Além disso, devem destacar o propósito legítimo pelo qual a informação está sendo trocada e de que forma tais informações serão usadas¹²⁰.

3.4.2 Elaboração dos contratos

No momento de formulação dos contratos as partes devem estar atentas sobre quais cláusulas podem significar uma integração prematura de suas atividades. A empresa vendedora deve poder continuar atuando com autonomia, tomando suas decisões sem pedir a autorização do comprador. Só se admite a intervenção da empresa compradora quando estritamente necessária para se manter o valor do ativo.

Assim, é importante que constem no contrato “cláusulas sobre curso ordinário dos negócios”. A definição de curso ordinário dos negócios deve de fato refletir as práticas cotidianas adotadas até então, sem qualquer ampliação ou restrição que modifique o padrão que vinha sendo adotado pelo vendedor na condução das operações rotineiras do ativo¹²¹. O comprador não pode interferir nas ações do vendedor que estão dentro do curso ordinário dos

¹¹⁸ SMITH, Tefft W. *Avoiding Pre-Closing Antitrust Risk in Transactions with Competitors*. Illinois: Kirkland & Ellis LLP, 2005, p.5

¹¹⁹ NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 10.

¹²⁰ STEUER, Richard M. *Gun Jumping: Pre-Closing Coordination*. Mayer Brown LLP, 2012, p.20.

¹²¹ STEUER, Richard M. *Gun Jumping: Pre-Closing Coordination*. Mayer Brown LLP, 2012, p.22.

negócios, bem como não pode solicitar que ele tome ações que extrapolem essa normalidade¹²².

De outro giro, são aceitáveis “cláusulas sobre efeito material adverso”, definidas pela possibilidade do comprador proibir ou aprovar atos que estejam fora do padrão cotidiano do ativo e que tenham potencial de gerar real deterioração de seu valor. Assim, pode-se estipular que o vendedor comunique e peça a aprovação do comprador antes de: adquirir ou concordar em adquirir outros negócios, fazer ou concordar em fazer altos investimentos, alterar seus documentos corporativos, emitir, vender ou onerar títulos de valores mobiliários, dentre outras atitudes que possam diminuir os benefícios da operação¹²³.

Uma das formas de saber se as cláusulas acima estão de acordo com o aceitável pelas autoridades antitrustes é fazer duas perguntas: a primeira é se a previsão de intervenção do comprador é realmente necessária para a manutenção do valor do ativo e a segunda é se essas previsões continuam permitindo que a empresa vendedora mantenha sua autonomia no curso ordinário dos negócios¹²⁴.

Por fim, é essencial que o contrato coloque a aprovação do CADE como condição para o fechamento da operação. Desta forma, o contrato só poderá prever uma data efetiva anterior a essa aprovação quando a previsão tiver cunho meramente financeiro, seja para calcular o valor final a ser pago pelo comprador, seja para definir o momento a partir do qual o comprador será titular dos benefícios das atividades de exploração e produção, os quais, ressalta-se, poderá auferir apenas após aprovação do CADE.

3.4.3 Planejamento de integração pós-assinatura do contrato

A assinatura do documento vinculativo entre as partes, apesar de oferecer certeza de que a operação será realizada, não indica que as partes possam passar a coordenar suas atividades. Durante o planejamento da integração as mesmas cautelas mantidas no período de auditoria devem ser tomadas. Na verdade, as autoridades entendem que o nível de informação trocada aceitável é menor. Isso pode parecer surpreendente, mas justifica-se pelo fato das informações no período de auditoria serem críticas para a valoração do negócio e após a assinatura do contrato servirem apenas para que o comprador possa garantir que o valor do ativo seja mantido até o fechamento da operação. Além disso, as autoridades entendem que

¹²² NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 13.

¹²³ STEUER, Richard M. *Gun Jumping: Pre-Closing Coordination*. Mayer Brown LLP, 2012, p.25.

¹²⁴ NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 11.

durante o período de auditoria menos pessoas do setor comercial da empresa estão envolvidas¹²⁵.

Com o mesmo cuidado das cláusulas sobre curso ordinário de negócios e efeito material adverso, as decisões relativas à gestão do ativo podem ser informadas ao comprador apenas após serem tomadas pelo consórcio e na medida do necessário para que ele verifique a manutenção do valor do ativo. Neste sentido, o comprador deve evitar participar das reuniões dos comitês do ativo, mesmo que como consultor ou mero ouvinte, bem como participar de deliberações sobre as operações do ativo, mesmo que por e-mail ou de maneira informal.

Outro ponto que exige cautela diz respeito aos funcionários das empresas, que devem continuar exercendo suas funções de forma usual. Atitudes não devem ser tomadas se vão criar um nível de incerteza ou de certeza de futuro tão grande que levem os empregados a se demitirem. Deve-se evitar ainda a alocação de funcionários de uma empresa para outra, porque isso configura indício de controle operacional e coordenação ilegal¹²⁶.

No que tange aos esforços de marketing, as partes não devem anunciar conjuntamente os produtos e não devem começar a se apresentar perante terceiros como uma unidade. Porém é aceitável que façam marketing da operação que irá acontecer. Percebe-se que existe uma linha muito tênue entre as duas atitudes, e muitas vezes uma reunião para tratar do assunto legítimo pode facilmente se tornar uma reunião para tratar do outro, por isso é importante que, previamente, sejam preparados tópicos a serem abordados e que estes sejam usados em todas as oportunidades em que o assunto seja discutido¹²⁷.

Sobre os custos do ativo, o vendedor deve continuar arcando com estes, sendo que o comprador não deve incorrer em nenhuma despesa em favor do ativo, inclusive via aporte de recursos para aquisição de equipamentos. No entanto, após a aprovação do CADE o comprador pode reembolsar custos em que o vendedor tenha incorrido a partir da data de vigência efetiva do contrato.

Por fim, no que tange ao pagamento referente ao valor da operação, as decisões do CADE demonstraram que o pagamento antecipado do valor total da operação pode ser considerado consumação prematura da operação e deve ser evitado. Porém, o pagamento de sinal se mostra aceitável. As partes devem ficar atentas à proporcionalidade, pois o sinal não pode ser parte substancial do preço total da aquisição.

¹²⁵ NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 10.

¹²⁶ NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 14.

¹²⁷ NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006, p. 17.

CONCLUSÃO

Estipular o nível de coordenação aceitável entre as atividades das empresas no período pré-operatório não é tarefa simples, mas é de grande relevância. Enquanto as empresas se mostram ansiosas para prosseguir com a operação, trocar informações e planejar a integração de maneira rápida com o fim de otimizar os benefícios e lucros resultantes da operação, as autoridades de defesa da concorrência, de outro lado, se preocupam com os prejuízos que tal coordenação prematura possa causar.

Antes que se alterem as condições de concorrência de determinado mercado é importante que os órgãos concorrenciais tenham tempo hábil para determinar se a operação gera ou não preocupações e em caso positivo consigam estipular remédios que possam minimizar esses efeitos negativos. Esse tempo de análise também é importante para que as empresas demonstrem as eficiências econômicas que certo ato de concentração pode gerar apesar do alto nível de concentração.

Neste sentido, o presente trabalho foi capaz de demonstrar que o sistema de análise prévia, implementado em maio de 2012 a partir da vigência da Lei 12.529/11, se mostra mais eficiente que o sistema de análise posterior. Isto porque previne que operações que resultem em efeitos anticompetitivos se concretizem. De outro giro, mostrou que o sistema brasileiro de análise posterior por importar em desfazer o que já havia sido consumado, dificultava e muito a eficácia do controle de estruturas.

Apesar das autoridades antitrustes se preocuparem com as alterações das condições de concorrência antes que tenham sido analisados os atos de concentração, restou claro que estas não estão alheias ao fato de que certo nível de coordenação entre as empresas é necessário. Sendo assim, estão cientes de que as partes necessitam de estipular o valor do negócio, realizar uma auditoria eficiente, alcançar uma real redução de custos bem como planejar a integração, estratégias futuras de vendas, marketing, lançamento de produtos, dentre outros, e é por isso que toleram certas atitudes.

Não é razoável exigir o engajamento das empresas em negociações estando completamente no escuro. Isto levaria a um desincentivo muito forte na realização de concentrações que na maior parte das vezes trazem eficiências ao mercado. Da mesma forma, é necessário que se limite bem as atitudes que são aceitáveis no período pré-operatório para que as empresas não incorram em gastos desnecessários ou deixem tomar atitudes capazes de trazer eficiências ao negócio e que não trazem problemas anticompetitivos, apenas por medo da reprimenda antitruste. O objetivo da regulação concorrencial não é inibir eficiências ou

desencorajar as concentrações, mas coibir os abusos econômicos e essa diferença deve estar clara.

Pela análise pode-se concluir ainda que a formulação de um rol taxativo das condutas aceitáveis é impossível de ser elaborado e resta como guia as decisões proferidas nacional e internacionalmente. Desta forma, buscou-se trazer os parâmetros que devem ser observados pelas empresas antes da palavra final da autoridade antitruste brasileira. Como o sistema é relativamente recente no Brasil e o diploma legal teve como principal fundamento o direito antitruste norte-americano, o estudo mais completo se deu através da análise da jurisprudência e legislação internacional, bem como dos casos já julgados pelo CADE.

As diretrizes delineadas ao final do capítulo três trouxeram mais segurança jurídica para as empresas envolvidas em operações. Saber o que é possível ser feito e o que deve ser evitado antes que o CADE conceda sua palavra final traz mais tranquilidade às partes, que devem ser livres, na realização de seus negócios, para tomar as medidas necessárias que sejam pró-competitivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia Frustrada: o CADE e o poder econômico*. 1 ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005

BLUMENTHAL, William. *Background materials on premerger coordination*. Nov. 2005. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110bgdgunjumping.pdf> Acesso em: 4 maio 2014.

BLUMENTHAL, William. *The Retic of Gun jumping*. Nov. 2005. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2014.

BLUMENTHAL, William. *The Road to Omnicare: The Evolution of Antitrust Standards on Premerger Coordination*. Abr. 2009. Disponível em: <<http://media.straffordpub.com/products/information-sharing-by-competitors-minimizing-antitrust-liability-2009-04-16/presentations.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Brasília, 1988. Acesso em: 28 de agosto de 2014.

BRASIL. *Lei 12.529/14 de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 6 set. 2014.

BRASIL. *Lei 8.884/94 de 11 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm> Acesso em: 2 set. 2014.

BRASIL. *Resolução n. 1, de 29 de maio de 2012 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em <[http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20\(2\).pdf](http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20(2).pdf)> Acesso em: 6 set. 2014.

BRASIL. *Resolução No. 15, de 19 de agosto de 1998 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª região. Ap. 2003.34.00.018587-1, Relator: Rodrigo Navarro de Oliveira, 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª região. Ap. 2001.34.00.030605-8, Relator: Marcio Barbosa Maia, 2013.

DISTRITO FEDERAL. 4ª Vara da Justiça Federal. Ação Ordinária: 2005.34.00.015042-8, Juiz: Itagiba Cata Preta Neto.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08012.002161/2000-93*, Relator: Thomson Almeida Andrade, 2000.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08012.011436/1999-6*, Relator: João Bosco Leopoldino da Fonseca, 2000.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89*, Relator: Thomson Almeida Andrade, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19*, Relatora: Ana Frazão, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.008292/2013-76*, Relator: Alessandro Octaviani, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.007899/2013-39*, Relator: Alessandro Octaviani, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41*, Relator: Marcio de Oliveira Júnior, 2014

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *District Court for the District of Columbia*. United States of America v. Atlantic Richfield Company e U. F. Genetics Incorporation. 1992.

Disponível em:

<<http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1991/12/911229arcocmpt.pdf>>.

Acesso em 01 maio 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Register*. vol. 43, jul. 1978. Disponível em:

<http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/hsr_statements/43-fr-33450/780731fr43fr33450.pdf> Acesso em: 4 maio 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Trade Commission Act*, de 2006. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/45>> Acesso em: 7 maio 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Hart-Scott-Rodino Act*, de 1976. Disponível em:

<<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18a>> Acesso em: 26 abr. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Act*, de 2 de julho 1890. Disponível em:

<<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>> Acesso em 5 maio 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Economia e o Controle do Estado*. O Estado de São Paulo, 4 jun. 89.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRAU, Eros Roberto. 15 ed. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

KOTLER, Philip. *Princípios de Marketing*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1999.

- LIEBESKIND, Richard. *Gun-Jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*, 2003. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>> Acesso em: 6 maio 2014
- MARTINS, Amanda A. L. *Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE*. Revista do IBRAC, vol. 22, 2012.
- MORSE, Howard M. *Mergers and acquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing*. Reimpressão de The Bussiness Lawyer publicação de American Bar Association Section of Business Law. vol. 57, n.4, ago. 2002.
- NAUGHTON, Michael C. *Gun-Jumping and Premerger Information, Exchange: Counseling the Harder Questions*. Simpson Tacher & Bartlett LLP, 2006. Disponível em: <http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899> Acesso em: 26 abr. 2014.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. e GORDILHO JR, Mário Sérgio Rocha. *A Revolução Gerencial no “NOVO CADE”*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 25, 2014.
- SAGER, Christofer L. *Antitrust: Examples & Explanations*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.
- SAITO, Carolina. *Gun Jumping e a troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov. 2013.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SMITH, Tefft W. *Avoiding Pre-Closing Antitrust Risk in Transactions with Competitors*. Illinois: Kirkland & Ellis LLP, 2005.
- STANTON, John L. *Fundamentals of Marketing*. IE:McGraw-Hill UK, 1996.
- STEUER, Richard M. *Gun Jumping: Pre-Closing Coordination*. Mayer Brown LLP, 2012.
- TAUFICK, Roberto D. *Nova Lei Antitruste Brasileira. A Lei 12.529/11 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.
- VIDGOR, William R. *Getting a quick start without jumping the gun: a basic guide to spotting premerger coordination issues that raise antitrust questions and may delay closing your deal*. ABA Section of Antitrust Spring Meeting. Mar 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Planos Econômicos, direito adquirido e FGTS*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n.124, abr./jun. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242>> Acesso em: 12 set. 2014.