

A INFRAÇÃO DE *GUN JUMPING* NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Marcela Abras Lorenzetti

Resumo: Com a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11, o Brasil passou a adotar o controle prévio de estruturas, introduzindo, a prática de *gun jumping* no rol de infrações à ordem econômica. Apesar de previsões legais expressas e publicações institucionais do Cade acerca do tema, a complexidade e diversidade de operações existentes entre os agentes econômicos impede que sejam apresentadas definições demasiadamente restritas. Assim, o presente artigo apresenta uma visão geral da jurisprudência do Cade envolvendo consumação prévia de atos de concentração, com o objetivo de identificar critérios e parâmetros utilizados pela autoridade antitruste na análise dessa prática.

Palavras-chave: Concorrência – Cade – *Gun jumping* – consumação prévia – atos de concentração – controle de estruturas – controle prévio – jurisprudência.

Keywords: Competition – CADE – *gun jumping* – transactions – concentration control – pre-merger control – jurisprudence.

1. Introdução

O Direito da Concorrência no Brasil passou por mudanças relevantes em maio de 2012, a partir da entrada em vigor da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11). Dentre as principais mudanças introduzidos pela nova legislação concorrencial, merece destaque a instituição do regime *ex-ante* de **controle prévio de atos de concentração**¹, oposto ao sistema anteriormente adotado, o controle *ex post*.

Com esta alteração, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro um novo tipo de infração concorrencial: o *gun jumping* – termo emprestado da doutrina estrangeira que significa a consumação de uma operação antes da aprovação pela autoridade competente. Nesse sentido, a Lei

¹ Lei n. 12.529/11, art. 88, §2º: O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

n. 12.529/11 estabelece que operações de notificação obrigatória não podem ser consumadas antes de apreciadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), sob pena de nulidade e/ou multa:

Art. 88, §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.

Em outras palavras, o controle prévio de atos de concentração impõe às partes envolvidas o dever de manter preservadas as condições competitivas existentes entre elas, até decisão final da autoridade concorrencial².

A fim de esclarecer o que poderia caracterizar consumação prévia de operação, o Regimento Interno do Cade (RICade), em seu art. 147, §2º, lista os seguintes atos: 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.

Apesar das disposições normativas acerca do tema, surgiu um crescente debate sobre quais atos concretos poderiam ser considerados *gun jumping*, por ser uma novidade nas normas concorrenciais brasileiras. Buscando dar maior transparência e clareza para a questão, foi editado pelo Cade em maio de 2015 o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, ou simplesmente Guia da *Gun Jumping*³. Dividido em três sessões, o Guia buscou esclarecer (i) atividades que podem caracterizar *gun jumping*, (ii) procedimentos a serem adotados para diminuição do risco de *gun jumping*, e (iii) quais as possíveis punições em caso de consumação prévia e como é feita a dosimetria das penas.

Ainda, a autoridade antitruste editou a Resolução 13/2015, cujo objeto é a regulamentação dos procedimentos adotados para averiguação de eventual prática de *gun jumping*. Essa norma estabelece como devem ser os procedimentos administrativos para apuração de ato de concentração (APACs). Consoante os incisos do art. 1º, a referida resolução é aplicável para os casos

² Lei n. 12.529/11, art. 88, §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.

³ Disponível em português e inglês no site do Cade, em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna

de (i) atos de concentração notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, (ii) atos de concentração não notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, bem como (iii) operações que não são de notificação obrigatória, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade nos termos do §7º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011⁴.

Anteriormente a esta norma, os casos de *gun jumping* eram endereçados pelo Cade com a celebração de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs). Atualmente, quando a operação já estiver sob análise da autoridade antitruste, mas houver possibilidade de verificação de consumação antecipada, a análise do mérito do ato de concentração será suspensa até decisão final do APAC⁵. É estabelecido, também, que operações não apresentadas ao Cade, quando entendido se tratar de caso de notificação obrigatória, deverão ser submetidas à análise da autoridade em 30 dias⁶.

Apesar dos esforços empreendidos pelo Cade para que as questões e dúvidas relacionadas à prática de *gun jumping* sejam esclarecidas e tratadas com transparência, a diversidade de operações existentes impede que sejam apresentados critérios excessivamente restritos, seja por meio de normas jurídicas ou publicações como o Guia de *Gun Jumping*. Assim, apresentar-se-á a jurisprudência existente até o momento sobre o tema, com objetivo de identificar, com base em exemplos concretos, parâmetros adotados pela autoridade na análise de possíveis caso de consumação prévia de ato de concentração.

2. Jurisprudência do Cade

Apesar do pouco tempo em que o controle prévio está em vigor e, conseqüentemente, da infração de *gun jumping*, a jurisprudência do Cade sobre o tema é relativamente extensa, tendo sido julgados, até a presente data (outubro

⁴ Essa hipótese não se refere à prática de *gun jumping*, mas sim a operações que, apesar de não atenderem os critério de notificação obrigatória, o Cadedeseja analisar por entender terem relevância concorrencial.

⁵ Resolução 13/2015, art. 3º: Constatada a possibilidade de consumação de ato de concentração descrita no art. 1º, I, a decisão de mérito será sobrestada até decisão final do APAC, estejam os autos na Superintendência-Geral ou no Tribunal Administrativo do Cade.

⁶ Resolução 13/2015, art. 11: Nos casos em que o Cade determinar a notificação do ato de concentração, as partes deverão apresentá-lo, nos termos dos arts. 53 e seguintes da Lei 12.529, de 2011, dos arts. 108 e seguintes do Regimento Interno e da Resolução Cade nº 02, de 2012, em até 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão do Tribunal Administrativo do Cade que determinar a notificação do ato de concentração.

de 2017), doze casos, com reconhecimento de infração em dez deles. Este número, é, proporcionalmente, alto, tendo em vista que o controle prévio de concentrações foi implementado apenas em maio de 2012.

De todo modo, as decisões do Cade permitem identificar algumas situações concretas que podem ser entendidas como consumação prévia de operações. Assim, a seguir serão apresentadas informações sobre (i) quais atos configuram *gun jumping*, (ii) critérios de dosimetria e (iii) formas de identificação da infração.

2.1. Atos que configuram ou não *gun jumping*

Alguns casos de condenação dispensaram análise mais aprofundada do que seria ou não *gun jumping*, eis que os contratos simplesmente nunca foram notificados à autoridade. Ou seja, estas operações teriam sido efetivamente implementadas sem apresentação ao Cade⁷, de forma que o ato que configuraria infração seria a mera ausência de notificação. No entanto, há casos que, pela sua complexidade, resultaram em análises sobre a complexidade e consequências dos atos praticados.

Em consonância com os exemplos citados no Guia de *Gun Jumping*, as condenações por consumação prévia de ato de concentração, antes de decisão final pela autoridade abarcam: **pagamento antecipado pela operação**⁸, **assunção de direitos e obrigações do contrato**⁹, **troca de informações concorrencialmente sensíveis**¹⁰, **influência em decisões**¹¹, dentre outras.

Destaca-se que algumas ações, apesar de não configurarem, por si só, infração, foram consideradas pelo Cade como indicativos de eventual *gun jumping*. São exemplos, a divulgação de comunicados sobre a formalização da operação antes de decisão da autoridade¹² e ausência de cláusula no contrato objeto da operação suspendendo sua eficácia até aprovação do Cade¹³.

⁷ Como os Atos de Concentração 08700.002285/2014-41 e 08700.006284/2016-38.

⁸ Atos de Concentração 08700.008292/2013-76, 08700.008289/2013-52 e 08700.007899/2013-39.

⁹ Atos de Concentração 08700.005775/2013-19, 08700.007161/2013-71, 08700.009018/201586 e 08700.002655/2016-11.

¹⁰ Atos de Concentração 08700.005775/2013-19 e 08700.007899/2013-39.

¹¹ Atos de Concentração 08700.005775/2013-19, 08700.008292/2013-76 e 08700.007899/2013-39.

¹² Atos de Concentração 08700.002285/2014-41 e 08700.009018/201586.

¹³ Atos de Concentração 08700.008289/2013-52, 08700.007899/2013-39 e 08700.008289/2013-52.

É relevante apontar que, apesar do cuidado na análise do tema pela autoridade, ainda persistem dúvidas sobre quais práticas são permitidas ou não pela autoridade. Por exemplo, em casos em que se considerou troca de informações sensíveis como *gun jumping* não foram especificadas quais tipos de informação seriam consideradas concorrencialmente relevantes, e nem porque este ato não se enquadraria na exceção prevista pelo Guia de *Gu Jumping* de “necessárias para fins de *due dilligence*”.

Quanto às hipóteses de arquivamento, o Plenário do Cade entendeu, até o momento, que minuta contratual não colocada em vigor não enseja notificação obrigatória perante a autoridade¹⁴, e que pagamento de sinal, depósito em conta bloqueada (*escrow*) e pagamento de *break up fee* são exceções à vedação de pagamento antecipado da operação¹⁵ – conforme estabelecido no Guia editado pela autarquia. Relevante notar que em ambos os casos de arquivamento, dúvida quanto à correta tradução de termos em inglês contribuiu para a suspeita de possível *gun jumping*. Tais casos servem como alerta, portanto, para que as partes envolvidas em uma operação sejam cuidadosas na apresentação de traduções ao Cade.

2.2. Critérios de dosimetria

Além disso, a jurisprudência do Conselho permite verificar, também, quais critérios foram adotados para quantificar a dosimetria das penalidades previstas na Lei 12.529/11. O art. 152 *caput* e §1º do RICade¹⁶ determina que a dosimetria da pena será feita conforme os quesitos estabelecidos para as demais infrações concorrenciais pela Lei de Defesa da Concorrência (e.g., boa fé, gravidade da infração, reincidência, etc.). Em casos de consumação prévia da operação, tais critérios genéricos são aplicados de forma mais específica e direcionada, considerando-se as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse sentido, alguns dos elementos considerados pelo Cade para dosimetria da pena são: **se a notificação da operação ocorreu de forma**

¹⁴ Consoante voto proferido no Ato de Concentração 08700.007899/2013-39.

¹⁵ Conforme voto proferido no APAC 08700.005408/2016-68.

¹⁶ RICade, art. 152: O Cade poderá impor multa às partes que empreendam qualquer ação no sentido de consumação da operação de submissão obrigatória, em desacordo com o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 147, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e não superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do art. 88, § 3º, da Lei nº 12.529, de 2011.

§1º No cálculo da multa, o Cade levará em conta o porte das requerentes, o dolo, a má fé e a potencialidade anticompetitiva da operação, dentre outros fatores que considerar relevantes.

espontânea ou não¹⁷, **os possíveis efeitos da operação no mercado** (ou seja, qual o potencial de a operação consumada previamente afetar negativamente a concorrência)¹⁸, **o valor da operação**¹⁹, **tempo transcorrido entre a infração e a notificação (duração do *gun jumping*)**²⁰, **se existia dúvida ou não sobre a obrigatoriedade da notificação**²¹, dentre outros²².

No que diz respeito ao valor das multas, a Lei estabelece um piso e um teto, podendo o montante variar entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões. Até o momento, as condenações por consumação prévia de atos de concentração somam um total de R\$ 48.768.056,15, com uma média de R\$ 3.751.388,93,24 por condenação. São poucos os casos em que a multa foi aplicada em valor mínimo, e não há nenhum caso até o momento no qual foi imposta a penalidade máxima. Isto demonstra que a autoridade tem buscado atender os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, considerando as particularidades de cada caso, sem desconsiderar o caráter dissuasório da pena.

A multa mais alta imposta até o momento foi referente à operação entre Technicolor S/A e Cisco Systems, Inc.²³, no valor de R\$ 30 milhões, de forma que cabe esmiuçar os motivos para tanto. Neste caso, o Cade tomou ciência da consumação antecipada da operação por meio de divulgação de comunicado no sítio eletrônico da empresa Technicolor. Argumentaram as partes que foi elaborado um *carve-out agreement*, com o objetivo específico de excluir o Brasil dos efeitos do fechamento do negócio até aprovação pela autoridade nacional.

Este argumento foi rejeitado pelo Plenário do Cade, afirmando-se que **“os acordos de *carve-out* não serão aceitos no Brasil para fins de exclusão ou mitigação da pena de *gun jumping*”**. Assim, foi aplicado ao caso as agravantes: o caso teve como agravantes da multa o porte das requerentes, o dolo e a vantagem auferida/pretendida pelas partes envolvidas na operação; tendo sido considerados o elementos atenuantes de ausência de má-fé das

¹⁷ Ato de Concentração 08700.010394/2014-32.

¹⁸ Atos de Concentração 08700.005775/2013-19, 08700.008289/2013-52, 08700.002285/2014-41, 08700.010394/2014-32, 08700.009018/201586, 08700.004167/2016-30 e 08700.007553/2016-83.

¹⁹ Ato de Concentração 08700.004167/2016-30.

²⁰ Atos de Concentração 08700.004167/2016-30 e 08700.006284/2016-38.

²¹ Ato de Concentração 08700.010394/2014-32.

²² Outros critérios considerados pelo Cade abrangem existência ou não de boa-fé das partes, porte econômico e situação financeira das empresas envolvidas, vantagem auferida, etc.

²³ APAC 08700.011836/2015-49, referente ao Ato de Concentração 08700.009018/201586.

empresas, ausência de potencialidade lesiva da operação e pouco tempo do *gun jumping*.

Em se tratando de outras penalidades além do pagamento de multa, destaca-se que houve um único caso no qual foi determinada a nulidade do negócio celebrado e consumado antecipadamente entre as partes. Trata-se do caso Blue Cycle²⁴, no qual o Plenário declarou a nulidade de contrato de distribuição exclusiva, com o objetivo de “permitir o retorno das partes à posição anterior à entrada em vigor desde novo modelo de distribuição (...) de modo a evitar eventuais impactos negativos ao mercado”²⁵.

Interessante destacar que a aplicação desta sanção não foi unânime, tendo o Conselheiro Relator João Paulo Resende entendido que tal punição envolve custos sociais complexos, como dificuldade em se desfazer negócios jurídicos já celebrados e possível prejuízo a interesses de terceiros de boa-fé. Também no caso OGX e Petrobras²⁶, no qual não houve imposição de nulidade, a Conselheira Ana Frazão teria apresentado o mesmo raciocínio, entendendo que tal sanção não é essencial para a efetividade do controle prévio, podendo haver dispensa em alguns casos:

Com efeito, algumas situações jurídicas mostram-se de tal forma rotineiras e banais na vida empresarial contemporânea que é difícil imaginar que possam elas ser alcançadas pela pena de nulidade prevista no art. 88, § 3º, da nova Lei Antitruste. (...) Interpretação que inclua tais atos no âmbito da nulidade estabelecida no art. 88 da Lei nº 12.529/2011 parece-me, pelo menos à primeira vista, desarrazoada, seja porque não traz nenhum benefício à efetividade da política antitruste, **seja porque gera custos sociais gigantescos, a serem arcados principalmente por terceiros de boa-fé, que não estão de forma alguma relacionados à prática infrativa.**²⁷ (grifo nosso)

Vale notar que, apesar de a Conselheira entender que casos em que a não imposição de nulidade seriam **exceção**, tal penalidade não tem sido aplicada pelo Cade.

Cumprê destacar um último item da Resolução, a possibilidade de abertura de processo administrativo para averiguar se os atos que de consumação prévia configuram também alguma outra infração antitruste que demande sanção (como no caso de troca de informações sensíveis), nos termos

²⁴ APAC 08700.002655/2016-11, referente ao Ato de Concentração 08700.004167/2016-30.

²⁵ Voto-vista do Conselheiro Paulo Burnier, proferido nos autos do APAC.

²⁶ Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19.

²⁷ Voto da Conselheira Ana Frazão no Ato de Concentração 08700.005775/2013-19.

do §3º do art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência. Contudo, não houve, até o momento, nenhum caso em que isso tenha sido utilizado. No entanto, os agentes de mercado devem reconhecer a existência desse risco, uma vez que há previsão legal expressa nesse sentido.

2.3. Formas de identificação do *gun jumping*

Por fim, a experiência do Cade permite também vislumbrar os meios pelos quais a autoridade vem identificando casos de consumação prévia de operações. Apesar de as situações de notificação espontânea serem maioria, o Conselho também tem se atentado a comunicados e notícias veiculadas pela imprensa²⁸ e informações fornecidas em outros processos e procedimentos em trâmite perante o Cade²⁹. Tal postura ativa-investigativa é um indicativo da seriedade com a qual a autoridade vem tratando a prática de *gun jumping* e a necessidade de operações serem submetidas ao crivo da autoridade. Com efeito, já foi afirmado que:

(...) **a infração de *gun jumping* é sempre de uma gravidade elevada**, mesmo nos casos em que as operações consumadas precocemente não levantem preocupações concorrenciais, uma vez que tal prática representa **desafio frontal ao próprio regime de controle prévio** de estruturas estabelecido pela Lei nº 12.529/2011.³⁰ (grifo nosso)

Inegável, portanto, a crescente atenção dedicada pela autoridade a este tema, com o objetivo de consolidar sua jurisprudência acerca da prática e sinalizar ao mercado que o controle prévio de atos de concentração instituído pela Lei n. 12.529/11 deve ser respeitado.

3. Sinais para o mercado

Considerando que a autoridade vem adotando uma postura bastante rígida com relação ao *gun jumping*, é importante que os agentes econômicos tenham ciência dos mecanismos que podem ser adotados para mitigar o risco de caracterização desta infração. Por essa razão, o Guia de *Gun Jumping* publicado pelo Cade dedica uma sessão específica a estes procedimentos.

²⁸ Atos de Concentração 08700.004167/2016-30 e 08700.010394/2014-32.

²⁹ Como ocorreu durante a submissão da operação de criação de joint venture entre Itaú e Mastercard, que levou o Cade a iniciar averiguação acerca de um contrato celebrado entre Mastercard e Hipercard, cuja investigação ainda não foi encerrada.

³⁰ Voto da Conselheira Ana Frazão no Ato de Concentração 08700.005775/2013-19.

De forma geral, as orientações são focadas na forma pela qual as partes podem trocar informações necessárias (e essenciais) para negociarem a operação ou enquanto esta esteja sob análise do Cade sem extrapolar os limites previstos na Lei. Assim, a publicação da autoridade sugere (i) adoção de protocolo antitruste – procedimentos a serem adotados para que não haja excesso na troca de informações; (ii) *clean teams* – comitê independente formado por funcionários, consultores independentes ou ambos –, ou comitês executivos – formados por membros das empresas parte da operação; e (iii) *parlor rooms* – espaços destinados especificamente às discussões envolvendo a operação, ente membros do comitê independente, observando-se o protocolo antitruste.

Os apontamentos feitos pela autoridade são relativamente restritos, e mais direcionados ao tratamento do fluxo de informações entre os agentes econômicos parte de um ato de concentração, destacando a importância de manter tal fluxo dentro dos limites do estritamente necessário para realização de *due diligence* e estudos sobre a viabilidade de determinada operação.

Assim, demais exemplos de como as partes podem evitar eventuais problemas concorrenciais advindos do *gun jumping* devem ser pensados conforme o caso concreto e com base na jurisprudência do Cade. Como exemplo, tem-se a já citada questão da utilização de termos em inglês: no caso Reckitt/Hypermarcas³¹, a dúvida acerca da existência ou não de consumação prévia da operação se iniciou pelo fato de que o contrato, originalmente celebrado em inglês, teve em sua tradução juramentada o uso da expressão-termo “pagamento inicial” para se referir a “*down payment*”. A expressão na origem, se reveria ao instituto jurídico do sinal ou arras, previsto na legislação nacional, sendo uma das exceções à veação de pagamento antecipado prevista no Guia de *Gun Jumping*.

Outra importante recomendação é que as partes tenham cautela ao divulgar negociações em andamento, atentando para que a redação de *releases* deixe claro que ainda não se trata de um negócio consumado. Também é adequado que os instrumentos formais celebrados entre as partes prevejam a necessidade de aprovação das autoridades competentes. Conforme mencionado anteriormente, estas questões foram consideradas pelo Cade como possível indício de desrespeito ao sistema de controle prévio de estruturas.

Deve-se considerar, também, que o RICade prevê a possibilidade, **em caráter excepcional**, de pleitear a execução de certos atos que seriam considerados como infração antes de decisão final acerca da operação³². Trata-se do instituto

³¹ APAC 08700.005408/2016-68, referente ao Ato de Concentração 08700.003462/2016-79.

³² RICade, Art. 155: O requerente de aprovação de ato de concentração econômica poderá solicitar, no momento da notificação ou após a impugnação pela

da **autorização precária** que, inclusive, foi mencionado em uma das decisões de *gun jumping* do Cade quando as partes argumentaram a urgência em consumir o negócio:

Para esse possível problema, a JBS poderia cautelarmente ter pleiteado ao CADE a antecipação de alguns dos efeitos da consumação da operação, com a devida comprovação do perigo na demora e da plausibilidade do direito alegado.³³

Entretanto, há resistência da autoridade na concessão de tal pedido. Houve apenas uma decisão sobre essa questão³⁴, negando o pedido formulado pelas partes. Na ocasião, o Cade destacou que a autorização precária foi instituída considerando-se principalmente situações de *failing firm*³⁵, e que sua aplicação deve ser excepcional “justamente por criar uma reserva à lógica do controle prévio dos atos de concentração”³⁶.

Assim, como medida de cautela adicional, é importante que os agentes econômicos busquem apresentar operações para análise do Cade com a maior brevidade possível pois, apesar de teoricamente possível de uma autorização cautelar para consumação da operação ou parte dela, a autoridade antitruste já indicou de forma clara que tal medida não será concedida levemente, para não desvirtuar o controle prévio estabelecido na Lei n. 12.529/11.

4. Experiência internacional

Apesar de o controle *ex ante* ter sido implementado há mais tempo

Superintendência-Geral, autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração econômica, nos casos em que, cumulativamente:

- I. não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado;
- II. as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente reversíveis; e
- III. o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida.

³³ Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira no Ato de Concentração 08700.005775/2013-19.

³⁴ Ato de Concentração 08700.002699/2017-13.

³⁵ Teoria que diz respeito a operações envolvendo agente econômico em situação falimentar, na qual não se vislumbra mais possibilidade de recuperação de sua saúde financeira.

³⁶ Voto do Conselheiro Paulo Burnier ao analisar o pedido de autorização precária no Ato de Concentração 08700.002699/2017-13.

nas principais jurisdições estrangeiras, como o Estados Unidos e Europa, por já terem adotado o sistema *ex-ante* na concepção de sua legislação concorrencial, o número de casos envolvendo a infração de *gun jumping* é restrito se comparado ao Brasil e sua breve experiência. Ainda, tem-se que a preocupação das autoridades estrangeiras tem direcionamento um pouco distinto ao adotado no Brasil até o momento: enquanto o Cade tem mostrado grande esforço em lembrar os agentes econômicos do controle prévio adotado desde 2012, no exterior o foco maior fica reservado às potenciais consequências anticompetitivas da consumação antecipada de operações.

Nesse sentido, há duas normas norte-americanas que vedam a prática de *gun jumping*: o Sherman Act e o Hart-Scott-Rodino (HSR) Act. Assim:

O §1º do Sherman Act proíbe acordos anticompetitivos entre empresas independentes. (...) O HSR Act tem sido interpretado pela Divisão Antitruste como proibição de que um adquirente exerça ‘controle operacional substancial’ sobre a parte adquirida antes de transcorrido o período de espera estipulado pela norma, tipicamente de 30 dias (...). Ao menos em teoria, *gun jumping* não seria uma violação do Sherman Act, exceto se a conduta violasse essa norma mesmo se inexistente qualquer operação. (...) Por outro lado, o governo interpreta que o HSR Act proíbe o exercício de controle sobre uma empresa adquirida antes do período de espera.³⁷ (tradução livre)³⁸

De forma similar, as normas da Comissão Europeia proíbem a consumação de operações antes de observados os requisitos formais (como a *standstill obligation* estabelecida pelas *EU Merger Regulation*), bem como a

³⁷ Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger - Richard Liebeskind, Partner, PILLSBURY WINTHROP LLP - Washington, D.C. - Presented to ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting San Francisco, California, August 8, 2003.

³⁸ No original, em inglês: “Sherman Act § 1 prohibits anticompetitive agreements between independent firms. (...) The HSR Act has been interpreted by the Antitrust Division to prohibit an acquirer from exercising ‘substantial operational control’ over an acquired firm prior to the expiration of the HSR waiting period, typically 30 days (...). In theory at least, gun-jumping should not violate the Sherman Act unless the underlying conduct would violate the Sherman Act even absent a merger. (...) By contrast, the government interprets the HSR Act to prohibit an acquirer from exercising ‘control’ over an acquired firm before the expiration of the statutory waiting period.”

atuação coordenada de concorrentes³⁹. Houve, em dezembro de 2007, caso⁴⁰ que chamou atenção para os riscos concorrenciais em razão de troca de informações sensíveis antes/durante a realização de operações.

A maior preocupação nas jurisdições estrangeiras com possíveis práticas concertadas (como troca de informações sensíveis ou influência de uma empresa em seu concorrente) da consumação antecipada de operações, em contraponto com o foco do Cade no *gun jumping* em si, pode ser justificada pelo fato de que, no exterior, o controle prévio de estruturas está há muito consolidado.

A preocupação não é consolidar e disseminar o fato que o controle, agora, é prévio, mas sim aos problemas que uma consumação prévia trará. É razoável supor que, com o passar do tempo, a autoridade brasileira, a exemplo do que ocorre no estrangeiro, dirija seus esforços principalmente para casos em que eventual consumação prévia tenha efeitos negativos no mercado. Isto porque se espera, em alguns anos, que dúvidas sobre o que configura *gun jumping*, ou questões como contratos associativos⁴¹, estejam esclarecidas e os entendimentos consolidados, de forma que se tornarão cada vez mais raros os casos de ausência ou intempestividade de notificação de operações que devem ser submetidas ao Cade.

5. Conclusão

Conforme ilustrado no presente artigo, tem-se que a infração de *gun jumping* tem atraído a atenção do Cade. Isso fica evidenciado tanto pelo número de decisões condenatórias, quanto pelos casos nos quais o a autoridade questionou e identificou, de iniciativa própria, a consumação prévia de operações.

Nesse sentido, vale lembrar que a gravidade de tal prática já foi expressamente destacada em decisão da autoridade, afirmando o Cade que a ofensa vai além das potenciais consequências anticompetitivas do *gun jumping*,

³⁹ Art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia: São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

⁴⁰ Case COMP/M.4734 – INEOS/Kerling

⁴¹ Desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência muito se debate sobre o que seriam “contratos associativos”, considerados de notificação obrigatória. Apesar da edição de Resoluções pelo Cade buscando esclarecer o assunto, muitas dúvidas permanecem entre os agentes econômicos.

sendo um atentado contra a própria Lei. Os poucos casos de multa mínima e o fato de que os valores impostos têm aumentado demonstram que o Cade não será tolerante com o desrespeito ao sistema de controle prévio estabelecido pela Lei de Defesa da Concorrência.

Ademais, é razoável considerar que a quantidade de casos envolvendo *gun jumping* continuará a aumentar nos próximos anos. Tal expectativa é justificada pela novidade do controle *ex ante* e permanência de dúvidas sobre quais atos são permitidos ou não dentro desse regime (apesar de a Lei n. 12.529/11 estar em vigor há mais de 5 anos, a jurisprudência do Cade revela que infrações cometidas há certo tempo podem ser identificadas e punidas em momento posterior), bem como pelo fato de que a autoridade tem se mostrado atenta ao tema.

No entanto, conforme os agentes do mercado se familiarizam com essa realidade, e o Cade adquire experiência e se torna cada vez mais capaz de apresentar orientações mais claras aos agentes econômicos, espera-se que o número de casos diminua e a persecução da autoridade torne-se mais direcionada à potenciais consequências anticompetitivas do *gun jumping*, como ocorre na experiência internacional.

6. Referências

Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica, disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna

Gun-jumping e atos até o fechamento de operações: a proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração – Ricardo Villela Mafra Alves da Silva – Revista do IBRAC, vol. 24/2013, p.11 – Julho de 2013.

Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC – Carolina Saito – Revista de Defesa da Concorrência, vol. 1, nº 2, Novembro de 2013, p.92.

Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger - Richard Liebeskind, Partner, PILLSBURY WINTHROP LLP - Washington, D.C. - Presented to ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting San Francisco, California, August 8, 2003.

Gun Jumping: Complying with U.S. Antitrust Laws Prior to Closing a Transaction - William R. Vigdor before the Institute of Brazilian Competition Law – October 30, 2014.

The current state of the EU merger control system: ten areas where improvements could be made – Jean-François Bellis, Porter Elliott and Johan Van Acker – International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law

2011, p. 325.