

IBRAC

25 anos

5 ANOS LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: GÊNESE, JURISPRUDÊNCIA E DESAFIOS PARA O FUTURO

Coordenação: Eduardo Caminati Anders, Guilherme Favaro Corvo Ribas,
Mariana Villela, Pedro Paulo Salles Cristofaro, Vicente Bagnoli

Adriana Franco Giannini
Alexandre Barreto de Souza
Alexandre Cordeiro Macedo
Alexandre Ditzel Faraco
Amanda Navas
Ana Bátia Glenk Ferreira
Ana Luiza Lima Mahon
Andrea Astorga
Barbara Rosenberg
Bernardo Gouthier Macedo
Bruno De Luca Drago
Bruno Herwig Rocha Augustin
Bruno Lana Peixoto
Carla Junqueira
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Carolina Cury Ricciardi
Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt
Cristianne Saccab Zarzur
Cristiano Rodrigo Del Debbio
Edgard A. Pereira
Eduardo Caminati Anders
Eduardo Frade Rodrigues
Elvino de Carvalho Mendonça
Enrico Spini Romanielo
Fabiana Tito

Fernanda Lins Nemer
Francisco Niclós Negrão
Frederico Donas
Gabriel Nogueira Dias
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Guilherme Teno Castilho Missali
João Achcar de Azambuja
João Paulo Salviano Almeida da Costa
José Carlos Berardo
Joyce Midori Honda
Joyce Ruiz Rodrigues Alves
Lara Tie Maeno Sturion
Lauro Celidonio Neto
Leda Batista da Silva Diôgo de Lima
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Maniglia Duarte
Leonardo Rocha e Silva
Ludmila Somensi
Ludmilla Martins da Silva
Luis Bernardo Coelho Cascão
Luiz Fernando Santos Lippi Coimbra
Márcio de Oliveira Júnior
Marcos Pajolla Garrido
Maria Eugênia Novis
Maria Fernanda Madi

Mariana Villela
Mauro Grinberg
Mayara Barros
Michelle Machado
Patrícia Agra Araujo
Patrícia Deluca
Paulo Adania Lopes
Paulo Burnier da Silveira
Paulo Eduardo Lilla
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Pedro Zanotta
Ricardo Botelho
Ricardo Inglez de Souza
Ricardo Lara Gaillard
Ricardo R. G. Avelino
Rodrigo da Silva Alves dos Santos
Rodrigo Orlandini
Sílvia Fagá de Almeida
Thales de Melo e Lemos
Tomás Filipe Schoeller Paiva
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli
Vinicius da Silva Ribeiro
Vinicius Marques de Carvalho
Vitor Jardim Machado Barbosa

O QUE FAZER [OU NÃO FAZER] ATÉ QUE A DECISÃO FINAL DO CADE SEJA PROFERIDA: O *GUN JUMPING* E OS DESAFIOS DO SISTEMA DE CONTROLE PRÉVIO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Cristianne Saccab Zarzur
Leonardo Rocha e Silva
Marcos Pajolla Garrido

1. Introdução

Quando a Lei nº 12.529 entrou em vigor, em 29 de maio de 2012, as empresas com atuação no Brasil ficaram naturalmente apreensivas com a instituição de um sistema de controle prévio de atos de concentração econômica pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Havia muitas dúvidas a respeito da capacidade de o CADE analisar operações em um prazo razoável, bem como sobre os atos que poderiam ser praticados e as informações que poderiam ser compartilhadas com a contraparte até a aprovação da operação pela autarquia.

Depois de quase 20 anos de vigência da Lei nº 8.884/94, a comunidade empresarial já havia se adaptado ao sistema de análise posterior de atos de concentração no Brasil, que permitia às empresas fecharem as operações antes de sua aprovação pelo CADE. Nesse contexto, raras foram as discussões sobre os limites que deveriam ser observados antes da aprovação do ato pela autoridade antitruste. A instituição de um sistema de controle prévio de atos de concentração, em sintonia com práticas consagradas em jurisdições mais maduras, certamente foi a mudança mais relevante trazida pela Lei de Defesa da Concorrência. Para as autoridades antitruste, tal mudança significou novos e importantes desafios. Como tratar de práticas que poderiam ser entendidas como consumação antecipada de atos de concentração econômica (*gun jumping*)? Como garantir que as empresas envolvidas em fusões, aquisições e *joint ventures* evitem condutas que possam ser caracterizadas como ilícitas antes da aprovação pelo CADE?

Este artigo tem como objetivo analisar como o CADE vem tratando questões de *gun jumping* desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência. A Seção 2 contém comentários sobre os aspectos legais relacionados ao sistema de análise prévia e as regras gerais instituídas para impedir a prática de *gun jumping* no Brasil. Na Seção 3 são apresentadas as diretrizes sobre *gun jumping* publicadas pelo CADE após a condução de algumas investigações, o chamado “Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica”. A Seção 4 contém uma análise de decisões paradigmas do CADE em casos envolvendo *gun jumping*. Em seguida, são apresentadas as principais conclusões e melhores práticas extraídas durante o período inicial de implementação do sistema de controle prévio de atos de concentração pelo CADE, com foco nas condutas que empresas com negócios no Brasil devem evitar antes de obter a aprovação da autoridade antitruste (Seção 5).

2. Sistema de controle prévio de atos de concentração econômica e questões de gun jumping: regras gerais

Nos termos do artigo 90 da Lei de Defesa da Concorrência, determinadas operações configuram atos de concentração econômica, sujeitando-se, portanto, à análise prévia pela autoridade antitruste nas seguintes hipóteses:

- i duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- ii uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas³⁰;
- iii uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- iv duas ou mais empresas celebram contrato associativo³¹, consórcio ou *joint venture*³² (exceto quando destinados à participação em licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes).

Referidos atos de concentração devem ser notificados e submetidos à aprovação prévia do CADE sempre que envolverem, cumulativamente, os seguintes critérios mínimos³³:

- i pelo menos um dos grupos econômicos³⁴ envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto ou volume de negócios no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; e
- ii pelo menos um outro grupo econômico envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto ou volume de negócios no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

A principal alteração na estrutura de análise de atos de concentração econômica foi introduzida pelo artigo 88, § 3, da Lei de Defesa da Concorrência, e está mais especificamente detalhada nos artigos 147 e 152 do Regimento Interno do CADE. Nesse contexto, os atos de concentração sujeitos à submissão obrigatória ao CADE não podem ser consumados antes da

³⁰ A Resolução CADE nº 2 estabelece algumas exceções com relação à aquisição de participações societárias, subscrição e oferta pública de títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações.

³¹ A Resolução CADE nº 17 disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos.

³² Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência, atos destinados à participação em licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes não caracterizam atos de concentração e, portanto, não estão sujeitos à notificação obrigatória.

³³ Os valores mínimos foram ajustados na forma do artigo 1º da Portaria Interministerial nº 994/12.

³⁴ Na forma da Resolução CADE nº 2, para fins de cálculo do faturamento bruto, considera-se grupo econômico: (i) as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e (ii) as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. No caso de fundos de investimento, a análise deve englobar: (i) o grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas, e (ii) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. Os faturamentos brutos registrados por um grupo econômico representam a soma do faturamento bruto total das respectivas empresas dele integrantes (e não proporcional) no ano anterior à operação.

decisão final³⁵ da autoridade antitruste, sob pena de violação da lei e caracterização da prática de *gun jumping*.

De acordo com o Regimento Interno do CADE³⁶, as partes de um ato de concentração de notificação obrigatória deverão manter suas estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a decisão final das autoridades no âmbito administrativo. Da mesma forma, ficam proibidas transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não sejam estritamente necessárias para avaliar a viabilidade do negócio e permitir a celebração de um instrumento formal e vinculativo entre as partes. Tal procedimento tem por objetivo evitar eventuais prejuízos irreversíveis ao mercado e assim resguardar o interesse público.

Contudo, especificamente no que diz respeito às práticas que possam ou não configurar infração à ordem econômica, a redação da Lei de Defesa da Concorrência e do Regimento Interno do CADE não esclarece quais atos poderiam ser potencialmente interpretados como consumação de uma operação. Assim, empresas em fase de negociação de atos de concentração no Brasil ficaram expostas a um considerável grau de incerteza quanto ao tipo de informação que poderia ser compartilhado durante as negociações e sobre os atos que poderiam praticar sem caracterizar a prática de *gun jumping*. Tais questões ganharam ainda mais relevância em virtude das punições fixadas em caso de violação à lei.

As punições por prática de *gun jumping* no Brasil incluem multas pecuniárias que variam entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões, possível declaração de nulidade dos atos praticados pelas partes antes da aprovação do CADE, bem como abertura de procedimento administrativo para apuração de potenciais condutas anticompetitivas. Essas punições podem ser aplicadas pelo CADE, a seu exclusivo critério, levando-se em consideração a boa-fé das partes, a extensão do prejuízo à concorrência, a condição econômica das partes, dentre outros fatores³⁷.

Em função do caráter amplo das regras instituídas em 2012, considerando as necessidades específicas das empresas ao realizar negócios no Brasil, e também devido às incertezas em relação à necessidade de notificar determinados atos de concentração que não eram sujeitos à submissão obrigatória no regime legal anterior, o CADE logo teve que lidar com questões envolvendo práticas de *gun jumping*. Como será detalhado a seguir, entre 2013 e 2015, a Superintendência-Geral do CADE identificou práticas de *gun jumping* em cinco casos, tendo decidido celebrar acordos com as empresas envolvidas (os chamados “Acordos em

³⁵ No caso de atos de concentração aprovados pela Superintendência-Geral, o Regimento Interno do CADE estabelece um prazo de 15 dias após a decisão, em que terceiros interessados poderão interpor recursos ou pedidos de revisão pelo Tribunal.

³⁶ Artigo 147, § 2.

³⁷ Na prática, o porte da operação e a condição econômica das partes foram os principais critérios adotados pelas autoridades para balizar as contribuições pecuniárias negociadas pelo CADE nos primeiros casos envolvendo infrações de *gun jumping*. As autoridades ainda apontaram para a seriedade da violação, no sentido de que práticas de *gun jumping* são extremamente nocivas ao mercado. Nesse sentido, Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19 (Requerentes: OGX Petróleo e Gás e Petróleo Brasileiro S.A.). Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 28.8.2013. Ato de Concentração nº 08700.008289/2013-52 (Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A.). Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 5.2.2014; Ato de Concentração nº 08700.008292/2013-76 (Requerentes: Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.). Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 5.2.2014. Ato de Concentração nº 08700.002285/2014-41 (Requerentes: FIAT S.P.A. e Chrysler Group LLC). Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 14.5.2014. Maiores detalhes sobre o mérito da análise e configuração de *gun jumping* nesse casos são apresentados na Seção 4 abaixo.

Controle de Concentração – ACC”). No contexto de referidos acordos, as empresas concordaram em pagar contribuições pecuniárias ao CADE após admitirem a prática de atos não permitidos antes da aprovação das operações pela autoridade antitruste.

Em junho de 2015, visando a garantir maior segurança jurídica no âmbito das investigações sobre práticas de *gun jumping*, foi editada a Resolução CADE nº 13, dispondo sobre procedimentos administrativos específicos para apuração de (i) atos de concentração de submissão obrigatória, notificados e consumados antes de aprovados pelo CADE, e (ii) atos de concentração de submissão obrigatória, não notificados e consumados antes de aprovados pelo CADE. Quase que simultaneamente, em maio de 2015, o CADE emitiu também o guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica (“Guia de *Gun Jumping*”)³⁸ com o objetivo de reduzir incertezas conceituais ao estabelecer parâmetros específicos para evitar práticas de *gun jumping*. As principais disposições do Guia de *Gun Jumping* são descritas a seguir.

3. O Guia de Gun Jumping

O Guia de Gun Jumping é dividido essencialmente em três seções: (i) descrição de atividades que podem caracterizar práticas de *gun jumping*; (ii) procedimentos que podem mitigar riscos de *gun jumping*, e (iii) punições, cuja redação é basicamente a mesma daquela trazida tanto pela Lei de Defesa da Concorrência quanto pelo Regimento Interno CADE.

3.1 Práticas de *gun jumping*

A primeira seção do Guia de *Gun Jumping* divide as atividades relacionadas a atos de concentração econômica que podem gerar preocupações em três principais grupos: (i) compartilhamento de informações sensíveis entre agentes econômicos; (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos; e (iii) atividades das partes antes e durante a implementação dos atos de concentração.

3.1.1. Compartilhamento de informações sensíveis

Quanto ao primeiro grupo, as autoridades buscam evitar que informações comerciais e concorrencialmente sensíveis sejam compartilhadas entre as partes antes da aprovação pela autoridade antitruste. O CADE reconhece que qualquer negociação prévia implica um certo nível de interação entre as partes, mas entende que a extensão e o grau de interação devem ser cuidadosamente avaliados exclusivamente em relação à viabilidade do negócio que está sendo discutido.

Conforme detalha o Guia de *Gun Jumping*, informações concorrencialmente sensíveis referem-se a dados específicos sobre custos; nível de capacidade e planos de expansão; estratégias de marketing; precificação de produtos (preços e descontos); principais clientes e descontos assegurados; salários de funcionários; principais fornecedores e termos e condições

³⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Último acesso em 10.8.2017.

de contratos de fornecimento; informações não públicas sobre marcas e patentes e pesquisa & desenvolvimento (P&D); planos de aquisições futuras; e estratégias competitivas.

3.1.2. Cláusulas Contratuais

O segundo grupo trata das regras que disciplinarão a relação entre agentes econômicos antes da decisão final do CADE. Como já mencionado, essa medida visa a manter o mais elevado nível de independência entre as partes (e, por consequência, o ambiente concorrencial o mais intacto possível).

Conforme descrito no Guia de *Gun Jumping*, algumas cláusulas contratuais podem caracterizar práticas de *gun jumping*, tais como: cláusulas de pagamento antecipado integral ou parcial de contraprestação não reembolsável (com exceção de sinal de pagamento normalmente realizado em transações comerciais, depósito em conta bloqueada – *escrow*, ou cláusulas de *break-up fees*); cláusulas estabelecendo que a data de vigência do contrato antecede a data de sua celebração, implicando alguma integração entre as partes; cláusulas estabelecendo obrigações prévias de não-concorrência; cláusulas que permitam a ingerência direta de uma parte sobre aspectos estratégicos e sensíveis dos negócios da outra (tais como preços, clientes, políticas comerciais e outros aspectos que não reflitam mera proteção do investimento); quaisquer cláusulas que prevejam atividades que não possam ser revertidas em momento posterior ou cuja reversão implique em custos significativos.

3.1.3. Atividades antes da aprovação

O terceiro e último grupo refere-se às atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração e que possam ser interpretadas como consumação da operação, no todo ou em parte, sem a aprovação prévia do CADE. Nesse ponto específico, o Guia de *Gun Jumping* enumera algumas práticas que podem suscitar maiores preocupações, tais como: recebimento de lucros ou outros pagamentos vinculados ao desempenho da contraparte (*earn-outs*); transferência e/ou usufruto de ativos em geral (inclusive de valores mobiliários com direito a voto), exercício de direito de voto ou de influência relevante sobre as atividades da contraparte; desenvolvimento de estratégias conjuntas de vendas ou marketing de produtos que configurem gestão unificada; integração de força de vendas; licenciamento de uso de propriedade intelectual exclusivo à contraparte; desenvolvimento conjunto de produtos; indicação de membros em órgão de deliberação; e interrupção de investimentos.

3.2 Mitigação de riscos

O Guia de *Gun Jumping* apresenta as principais medidas, já consagradas em outras jurisdições, que podem ser adotadas por empresas para mitigar riscos de caracterização de práticas de *gun jumping*, tais como:

- i formalização de um protocolo antitruste com procedimentos específicos a serem observados pelas partes até a decisão final do CADE;
- ii estabelecimento de times limpos (“*clean teams*”) e/ou comitês executivos para tratar das informações que serão compartilhadas com relação ao ato de concentração;

- iii formação do *clean team* como único ponto de contato entre as partes, fixando-se um método específico para o compartilhamento de informações;
- iv celebração de um termo de confidencialidade por integrantes do *clean team* e do comitê executivo;
- v garantia de que informações comerciais e concorrencialmente sensíveis recebidas pelo *clean team* sejam transmitidas ao comitê executivo de forma agregada e/ou histórica³⁹ e somente quando estritamente necessário para uma decisão fundamentada sobre as negociações;
- vi monitoramento das discussões entre integrantes do comitê executivo sobre a operação (*parlor room*), garantindo assim que nenhuma informação sensível seja divulgada e nenhuma medida seja tomada de forma a interferir no curso normal dos negócios de cada parte.

Alguns esclarecimentos práticos são importantes especificamente em relação à formação de *clean teams*, que usualmente suscitam mais questionamentos por agentes econômicos, e ao mesmo tempo constituem um dos principais artifícios trazidos pelo Guia de *Gun Jumping* para conferir maior segurança nas negociações, sobretudo em operações complexas, consequentemente mitigando riscos de *gun jumping*. *Clean teams* são essencialmente comitês independentes, que podem ser formados por funcionários das partes, consultores independentes ou ambos, que têm como objetivo enviar, receber, reunir, analisar e tratar as informações relativas ao ato de concentração, que de outra forma não seriam, e não poderiam ser, compartilhadas entre as partes.

Dada a importância dos *clean teams*, uma primeira recomendação é que seus membros, quando também funcionários das empresas envolvidas na operação em análise, estejam o mais desvinculados possível das atividades operacionais e comerciais das suas respectivas empresas. Nesta hipótese, ainda, devem solicitar e receber informações apenas de sua empresa de origem, reportando-se aos membros do comitê executivo (comitê independente formado por executivos de cada empresa), que devem receber, ao mesmo tempo, informações idênticas para avaliação. Uma boa disciplina e limitação dos canais de comunicação, com um fluxo de informação bem definido coordenado, evita que haja acessos indevidos e até vazamento de dados.

Além disso, o instrumento contratual que disciplina a formação e atuação do *clean team* deve ser suficientemente específico para indicar as informações que serão compartilhadas, enquanto estritamente necessárias para as negociações, e ao mesmo tempo amplo o suficiente para evitar que constitua um entrave às negociações. Um documento objetivo e bem elaborado, vale dizer, não só garante maior segurança às partes, como também reduz o tempo de negociação, permitindo que as partes foquem em questões essenciais da operação, e alcancem um acordo de forma mais eficiente.

3.3 *Punições*

Por fim, o Guia de *Gun Jumping* ratifica a aplicação das punições previstas na Lei de Defesa da Concorrência e estabelece que a imposição de multas pecuniárias levará em conta o estágio da operação (se e quando ela foi notificada e consumada), a natureza da decisão do CADE (se a operação foi reprovada ou aprovada com ou sem restrições), a existência de

³⁹ O Guia de *Gun Jumping* recomenda um período de no mínimo três meses de sua ocorrência.

sobreposição horizontal ou integração vertical entre as partes, bem como suas respectivas condições econômicas. O CADE poderá inclusive realizar apurações mais detalhadas para verificar se existem possíveis condutas anticompetitivas relacionadas à integração de estruturas decorrente do ato de concentração, com a possível declaração de nulidade dos atos realizados pelas partes, dependendo da gravidade das circunstâncias que envolvem tal conduta.

4. Casos envolvendo a prática de *gun jumping*

Conforme mencionado, desde que a Lei de Defesa da Concorrência entrou em vigor, há cinco anos, o CADE teve a oportunidade de analisar alguns casos envolvendo a prática de *gun jumping*. Alguns desses casos serviram de base para determinadas orientações apresentadas e consolidadas no Guia de *Gun Jumping*. Nesse contexto, precedentes recentes proporcionam maiores esclarecimentos sobre como as autoridades interpretam a conduta das empresas e aplicam os artigos específicos que tratam da prática de *gun jumping*.

É razoável considerar que o caso paradigma envolvendo práticas de *gun jumping* no Brasil é o ato de concentração *OGX/Petrobras*⁴⁰, que envolveu a aquisição, pela OGX, de 40% de participação da Petrobras em um contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás. Em decisão emitida em agosto de 2013, o CADE entendeu que o contrato entre as partes entrou em vigor imediatamente após sua assinatura e, portanto, antes da aprovação do CADE. De acordo com o órgão, o contrato permitia o compartilhamento de informações confidenciais entre as empresas; a OGX teria participado das decisões que seriam tomadas pela Petrobras relativamente ao contrato de concessão; e a OGX teria participado de reuniões para discussão de aspectos técnicos e operacionais da concessão. Além disso, o contrato não teria estabelecido que a aprovação da autoridade antitruste era condição precedente ao fechamento da operação. No mérito, a operação foi aprovada. Entretanto, as partes acordaram o pagamento de uma contribuição pecuniária no valor de R\$ 3 milhões e, ainda, reconheceram a prática de *gun jumping*.

Depois do caso *OGX/Petrobras*, o CADE julgou outros atos de concentração⁴¹ envolvendo supostas práticas de *gun jumping* e as principais conclusões da autoridade foram

⁴⁰ Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19. Requerentes: OGX Petróleo e Gás e Petróleo Brasileiro S.A. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 28.8.2013.

⁴¹ Ato de Concentração nº 08700.008289/2013-52. Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 5.2.2014; Ato de Concentração nº 08700.008292/2013-76. Requerentes: Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 5.2.2014. Ato de Concentração nº 08700.002285/2014-41. Requerentes: FIAT S.P.A. e Chrysler Group LLC. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 14.5.2014. No caso Petrobras/Total E&P (Ato de Concentração nº 08700.007899/2013-39 - Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. e Total E&P do Brasil Ltda.), o CADE concluiu que não houve prática de *gun jumping* e a operação foi aprovada pelo Tribunal em 9 de abril de 2014. No caso JBS/Tramonto, as partes alegaram que a notificação da operação às autoridades antitruste não era obrigatória no contexto de um contrato de locação de frigoríficos. O CADE discordou, exigiu que a operação fosse notificada e aplicou uma multa pela consumação do ato de concentração econômica antes de sua aprovação pela autoridade antitruste, no valor de R\$ 388.718,45 (Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.007160/2013-27 – Partes: JBS S.A., Tinto Holding Ltda., Unilav Industrial Ltda., Flora Produtos de Higiene e Limpeza Ltda. e Tramonto Alimentos S.A., julgado pelo Tribunal em 17.8.2016). No caso Goiás Verde/Brasfrigo, o CADE também exigiu que o ato de concentração fosse notificado após comunicados à imprensa sobre o teor da operação, e concluiu que as partes consumaram a operação antes da aprovação antitruste. (Ato de Concentração nº 08700.010394/2014-32. Requerentes: Goiás Verde Alimentos Ltda., Brasfrigo Alimentos Ltda. e Brasfrigo S/A. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 22 de abril de 2015). No caso GNL/Gasmig, a operação foi notificada

compiladas no Guia de *Gun Jumping*. Em resumo, o CADE entendeu que os atos indicados abaixo caracterizariam *gun jumping* se praticados antes da aprovação final da autoridade antitruste:

- Pagamento do preço, já que haveria uma alteração na dinâmica da concorrência entre as partes em termos de lucros e obrigações;
- Participação efetiva de uma parte na tomada de decisões da outra, tais como consolidação de gestão ou ingerência nas atividades operacionais;
- Apresentação pública conjunta das partes, como se fossem uma única empresa;
- Comunicados à imprensa e aos investidores sobre o fechamento/consumação da operação;
- Participação da adquirente nos custos e resultados da empresa-alvo;
- Compartilhamento de informações e poder decisório relativamente a questões comercial e concorrencialmente sensíveis;
- Ausência de cláusula no contrato estabelecendo que a aprovação do CADE constitui condição precedente ao fechamento da operação.

Desde que houve o lançamento do Guia de *Gun Jumping* em 2015 e recomendações mais claras às partes envolvidas na operação passaram a vigorar, o CADE julgou três atos de concentração que merecem destaque, já que fornecem esclarecimentos adicionais sobre o entendimento da autoridade.

No caso *Reckitt/Hypermarcas*⁴², envolvendo a aquisição, pela Reckitt, do negócio brasileiro de preservativos e lubrificantes pertencente à Hypermarcas, a Superintendência-Geral considerou que as partes incorreram na prática de *gun jumping* em função de um sinal de pagamento de 20% realizado pela Reckitt. O Tribunal, entretanto, discordou desse entendimento e considerou que o sinal de pagamento é prática comum em transações comerciais e, no caso específico⁴³, foi proporcional, enquadrando-se nas exceções previstas no Guia de *Gun Jumping*. O Tribunal concluiu que sinais de pagamento e *break-up fees* poderiam ser estabelecidos no mesmo contrato e até mesmo ser mutuamente compensados se a operação sob análise fosse eventualmente rejeitada. Contudo, o Tribunal foi enfático no sentido de que tais cláusulas deveriam ser consideradas como exceção à regra geral, que proíbe sinais de pagamento antes da aprovação do CADE.

O segundo caso, ato de concentração *Technicolor/Cisco*⁴⁴, refere-se à aquisição, pela Technicolor, do negócio de CPE (equipamento nas instalações do consumidor) pertencente à Cisco, no contexto de uma operação global. A operação foi consumada mundialmente sem a aprovação do CADE, mas as partes informaram a autoridade antitruste sobre o seu fechamento, argumentando sobre a necessidade de urgência em implementar o negócio e a ausência de

ao CADE quase um ano após sua celebração, e as autoridades concluíram que os atos de consumação, como pagamentos e prestação de serviços, foram praticados antes de sua aprovação pela autoridade antitruste (Ato de Concentração nº 08700.000137/2015-73. Requerentes: GNL Gemini Comercialização e Logística Ltda. e Companhia de Gás de Minas Gerais. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 24.6.2015).

⁴² Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.005408/2016-68. Partes: Reckitt Benckser (Brasil) Ltda. e Hypermarcas S.A. Arquivado pelo Tribunal em 17.8.2016.

⁴³ O Relator do caso mencionou que o CADE não deveria estabelecer um valor fixo para sinais de pagamentos sob o argumento de que cada caso tem suas particularidades.

⁴⁴ Ato de Concentração nº 08700.011836/2015-49. Requerentes: Technicolor S.A. e Cisco Systems, Inc. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 20.1.2016.

impactos negativos no mercado brasileiro. Especificamente nesse caso, o Tribunal foi instado a decidir sobre *carve-out agreements*, em que uma jurisdição (na qual a aprovação da autoridade antitruste estaria pendente) seria blindada dos demais mercados, de forma a permitir o fechamento parcial da operação. O Tribunal rejeitou os argumentos apresentados pelas partes e afirmou que a maioria das autoridades antitruste no mundo são relutantes em aceitar *carve-out agreements* para fins de excluir ou mesmo mitigar práticas de *gun jumping*, considerando a incerteza de sua efetividade (principalmente todas as dificuldades para controlar/impedir o intercâmbio de informações sensíveis). Em outras palavras, de acordo com o entendimento do CADE, as partes deveriam ter aguardado a aprovação da operação e o *carve-out agreement* não evitaria a caracterização da prática de *gun jumping*. Um Acordo em Controle de Concentração foi então negociado entre o Tribunal e as partes, resultando em uma contribuição pecuniária de R\$ 30 milhões, a mais alta até o momento no Brasil no contexto de práticas de *gun jumping*.

Por fim, no caso *Blue Cycle/Shimano*⁴⁵, referente à formação de uma *joint venture* para distribuição exclusiva no Brasil de produtos para ciclismo da Shimano, o Tribunal pela primeira vez aplicou o dispositivo que trata da nulidade prevista no artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência. Ainda que a operação em si não tenha sido anulada, o Tribunal aplicou essa punição relativamente ao contrato de fornecimento associado à *joint venture* até que a decisão final de mérito fosse finalmente proferida.

5. Conclusão: o que fazer e não fazer até a aprovação do CADE

Passados quase cinco anos desde a vigência da Lei de Defesa da Concorrência, o CADE envidou extensos esforços para identificar o que de fato constitui prática de *gun jumping* e assim diminuir a insegurança dos agentes econômicos.

Nesse sentido, e observados os critérios estabelecidos no Guia de *Gun Jumping*, há três fases principais que devem ser objeto de maior atenção pelas partes a fim de evitar eventuais condutas infrativas de *gun jumping*:

- i* *Negociações que precedem a operação*: durante essa fase, é importante garantir que quaisquer informações sensíveis a serem compartilhadas entre as partes sejam cuidadosamente analisadas e que um protocolo seja adotado para evitar o uso indevido de tais informações;
- ii* *Redação de contratos*: durante essa fase, além das preocupações com o compartilhamento de informações, as partes devem assegurar que as cláusulas contratuais sejam elaboradas de tal forma que não haja qualquer interferência entre elas até a aprovação do CADE;
- iii* *Após a assinatura, antes da aprovação*: durante essa fase, além das preocupações com o compartilhamento de informações, as partes devem manter o curso normal de seus negócios sem nenhuma ingerência de uma sobre a outra.

A obtenção de aprovação prévia para um ato de concentração de notificação obrigatória é essencial para evitar danos irreversíveis ao mercado e aos consumidores. Portanto, se, de um lado, as partes devem garantir que as condições de mercado sejam mantidas nesse

⁴⁵ Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002655/2016-11. Partes: Blue Cycle Distribuidora S.A., RR Participações S.A., Douek Participações Ltda. e Shimano Inc. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 27.7.2016.

interim, de outro, as autoridades devem envidar seus melhores esforços para assegurar que seja realizada uma análise precisa e que a decisão final seja proferida em tempo hábil. Definitivamente, o CADE promoveu grandes progressos nessa área, conforme demonstram as diretrizes e decisões aqui examinadas.