

O NOVO DIREITO PROCESSUAL DA CONCORRÊNCIA EM CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NO BRASIL: O CONTROLE DE ESTRUTURAS DE MERCADO

THE NEW PROCEDURAL LAW OF COMPETITION AT ECONOMIC CONCENTRATION IN BRAZIL: THE CONTROL OF MARKET STRUCTURES

Felipe Guimarães de Oliveira¹

RESUMO

O autor almeja, no presente estudo, analisar as mudanças no direito processual da concorrência introduzidas no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), pela lei brasileira Antitruste nº 12.259/2011, com destaque à ferramenta de controle prévio (*prior review*) dos atos de concentração econômica (*concentracion economic acts*) e à imposição de multa pecuniária nos casos de *Gun Jumping*, instituto oriundo do direito norteamericano, prevista no parágrafo 3º do artigo 88 do mesmo diploma. Para alcançar esse objetivo, o autor fará uma análise do processo administrativo de atos de concentração econômica submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de suas especificidades e das mudanças nos aspectos normativos quanto a este procedimento, em especial, em relação ao controle prévio e à operacionalização da imposição de multa pecuniária pela autoridade antitruste, nos casos de *Gun Jumping* em operações mercantis concentracionistas.

PALAVRAS-CHAVE: Gun Jumping. Antitruste. Concorrência. Análise Prévia. Concentração Econômica.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the changes undertaken in the Brazilian Antitrust System (SBDC), by Law nº12.259/2011, with emphasis to the tool that allows prior review of economic concentration acts and the imposition of pecuniary fines in cases of Gun Jumping, a North American doctrine incorporated to article 88, paragraph 3, of the Brazilian legislation. In order to achieve this goal, the author will analyze the administrative procedure concerning economic concentration acts submitted to the Administrative Council of Economic Defense (CADE), its specificities, and normative changes that were made to it, especially in regard to prior review and to the operationalization of the imposition of pecuniary fines by the antitrust authority, in Gun Jumping on mercantile operations aiming market concentration.

KEY-WORDS: Gun Jumping. Antitrust. Competition. Prior Review. Economic Concentration.

¹ Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Pesquisador no Grupo de Pesquisa “Direito Econômico, Intervenção Estatal e Políticas Públicas” vinculado ao Diretório CAPES/CNPq do Mestrado em Direito do CESUPA. E-mail: fguma.oliveira@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Devido ao grande processo de desenvolvimento dos agentes econômicos em esfera mundial, tornou-se necessário buscar um modo de controle, de regulação e de organização de todos estes processos, pacificando e harmonizando esse avanço no mercado e na economia, pautando-se, sobretudo, no equilíbrio entre os agentes do mercado.

O sistema econômico adotado por todos os países economicamente desenvolvidos no mundo e, em formas mais difusas, pelos demais, confere o maior poder econômico àqueles que dominam as indústrias e controlam recursos financeiros.²

Desta forma, nasceram as primeiras normas antitruste, em âmbito mundial, sendo o *Sherman Act, de 1890*³, a grande e inovadora norma do direito norteamericano a regular a defesa da concorrência na época. Não obstante, o direito antitruste surge como uma reação ao ideal liberal, que não encontrou guarida no desenvolvimento dos agentes econômicos transnacionais.

Com salutar visão, apesar da morosidade excessiva, o legislador brasileiro, ao criar a Lei nº. 12.529/2011, atendeu as necessidades de defesa de uma concorrência saudável, em especial, no que respeita ao controle dos atos de concentração, implementado no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, além do rearranjo institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com a chamada análise prévia dos atos de concentração econômica, e um novo modelo de processo administrativo para o julgamento das concentrações empresariais.

A finalidade da legislação de defesa da concorrência, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e a viabilização do princípio maior da “livre concorrência”.⁴ Nesse passo, além de ser um princípio da ordem econômica, a manutenção da livre concorrência também é um dos fatores determinantes da atuação do Estado na economia.⁵

² GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia das Fraudes Inocentes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. P. 18.

³ Ressalta-se a defesa contra a formação de monopólios na seção 2 do *Sherman Act de 1890*, Norteamericano. **Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty:** Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 19.

⁵ PEREIRA DE SOUZA, Sérgio Augusto. **Premissas de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 26.

O direito concorrencial assume, assim, caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas visando à garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam no espaço econômico comum.⁶ O art. 170 da CF estatui as vigas mestras da nossa ordem econômica e social. A concorrência é expressamente tratada como instrumento que deve assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.⁷

A concentração econômica, portanto, é um reflexo da ampliação de mercados, antes nacionais, para uma perspectiva macro, globalizada, decorrente do crescimento econômico das potências mundiais e de suas empresas, resultando em um claro e perceptível aumento do número de fusões, incorporações e aquisições, entre outras formas, que serão examinadas, as quais, necessariamente, reclamam por uma tutela específica⁸.

A tutela específica no regramento das diversas hipóteses de concentração econômica (empresarial) é, justamente, o objeto do presente trabalho, com a intenção de esclarecimento, sob a perspectiva legal, do direito material e processual da concorrência brasileiro, nesta função de controle das operações societárias que importem danos efetivos e eliminação total da concorrência, o que é vedado pela ideologia constitucionalmente adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no capítulo específico da Ordem Econômica e Financeira, sendo inclusive, a livre concorrência, um princípio desta, incluído pelo constituinte, propositalmente, no artigo 170, inciso IV.

A fim de alcançar esse objetivo, far-se-á a análise do novo modelo normativo criado a partir da Lei nº 12.529/11, o que ocasionou uma nova roupagem do direito processual da concorrência no Brasil e a ampliação dos institutos de proteção e promoção na matéria concorrencial.

Destarte, aborda-se, também, a perspectiva do direito processual da concorrência e sua aplicabilidade pela autoridade antitruste nos atos de concentração econômica submetidos ao CADE, indicando os procedimentos específicos regulamentadores do fenômeno concentracionista, a exemplo das novas competências designadas à Superintendência-Geral e ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE).

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45.

⁷ FORGIONI, Paula A. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 122.

⁸ Daí a necessidade de intervenção do Estado como garantia da defesa da ideologia constitucional adotada pela Carta de 1988. Neste sentido: ALBINO DE SOUZA, Whashington Peluso; CLARK, Giovanni. Coords. **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade**. São Paulo: LTr, 2011.

Dentro desta perspectiva, falar-se-á, também, dos institutos próprios do processo da concorrência, como, a análise prévia (*prior review*) em concentrações econômicas e a prática da integração prematura (*gun jumping*).

Esperamos, desta forma, contribuir para a análise dos atos de concentração econômica, regulados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sob a perspectiva lançada com o advento da Lei nº 12.529/11, no debate e na peremptória busca pela defesa da livre concorrência entre os agentes econômicos atuantes no mercado brasileiro e nas operações concentracionistas vivenciadas por estes na *práxis mercantil*.

1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA (*CONCENTRATION ECONOMIC ACTS*)

Em um primeiro momento, faz-se necessário abordar o procedimento adotado no Brasil para a concretização dos atos de concentração econômica, tratando-se assim, do Direito Processual da Concorrência regido por normas próprias insculpidas na Lei 12.529/11, entre os artigos 88 e 92 e por resoluções esparsas do CADE.

Torna-se imprescindível uma breve análise sobre a atual estrutura do referido Conselho, alterada, substancialmente, com as novas diretrizes estabelecidas pela atual lei antitruste brasileira.

A nova legislação em vigor criou novos órgãos dentro do CADE, com vistas à promoção da concorrência, que, atualmente, no Brasil, está relacionada ao controle dos atos de concentração econômica, quais sejam, a Superintendência-Geral e o Tribunal Administrativo.

A Superintendência-Geral tem prerrogativas de julgar, inicialmente, os atos de concentração dirigidos ao CADE, instaurando, instruindo e julgando processos administrativos, realizando, assim, uma espécie de “*crivagem*” processual dos procedimentos adotados.

Note-se que o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE) somente irá funcionar nas hipóteses recursais, quando os atos forem aprovados pela Superintendência-Geral e algum terceiro entender cabível manejar recurso, ou quando, a própria Superintendência-Geral aprovar, parcialmente, ou rejeitar atos de concentração, submetendo a impugnação da operação ao TADE para decisão final.

O Departamento de Estudos Econômicos (DEE)⁹, responsável por analisar dados econômicos, geralmente presentes em operações de grande complexidade, subsidiará ambos os órgãos julgadores com a preparação de pareceres, estudos de microeconomia e do mercado relevante, entre outros, a fim de instruir os processos e facilitar a possibilidade de análise dos atos de concentração submetidos à aprovação.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), com a nova Lei, deixa de participar da instrução dos processos, funcionando, apenas, como advogada da concorrência, com o fito de estabelecer o ensino e o estudo da promoção da concorrência e a necessidade de um ambiente concorrencial saudável na praxis mercantil, com palestras, oficinas e eventos, de um modo geral, relacionados à temática da defesa da concorrência.

Por fim, a Secretaria de Defesa Econômica (SDE) deixa de pertencer ao SBDC, funcionando, atualmente, como uma secretaria voltada aos direitos e às prerrogativas relativas ao mercado e aos consumidores, matéria afeta ao estudo do Direito do Consumidor. Esse é, basicamente, o novo panorama desenhado pela Lei nº. 12.529/11 sobre a organização institucional atual do CADE.

Os atos de concentração econômica, aqui estudados, são aqueles que tendem a constituir qualquer forma de concentração, de cunho estritamente econômico, por meio de fusões, incorporações e agrupamentos societários, entre outros.

Dessa forma, serão submetidos todos esses tipos de atos de concentração à análise minuciosa do CADE, respeitando o requisito legal, disposto no artigo 88, incisos I e II, da Lei nº. 12.529/2011, ou seja, atos em que, pelo menos, um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e, pelo menos, um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)¹⁰.

⁹ Criado a com a resolução nº 53 de 16 de Setembro de 2009 sob a presidência de Arthur Sanchez Badin. Define o art. 31 da Resolução nº 1/2012 (RICADE), as funções do DEE: Art. 31. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá: I - elaborar estudos econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário do Tribunal, do Presidente, de Conselheiro ou do Superintendente-Geral; II - assessorar os órgãos do Cade; e III - emitir, quando solicitado pelo Plenário do Tribunal, Presidente, Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, pareceres econômicos nos autos de processos em trâmite no Cade. Parágrafo único. O Departamento de Estudos Econômicos poderá solicitar à Superintendência-Geral a requisição de informações nos termos do art. 13, II, da Lei nº 12.529, de 2011.

¹⁰ Ressalta-se que a lei 12.529/11 dispõe valores diversos no art. 88, I e II, dispondo o seguinte: Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica

Assim sendo, não mais será seguido o critério adotado pela antiga Lei antitruste nº 8.884/1994 que dispunha, em seu art. 54, sobre o mercado relevante, dando ênfase ao critério objetivo de submissão (art. 88, incisos I e II).

O artigo 88 traz um dos pilares do novo antitruste brasileiro. A participação de mercado sai dos critérios de submissão por ser deveras subjetiva e imprecisa. Em seu lugar, segundo as linhas mestras do Sherman Act, os critérios de subsunção passam a ser (i) o exercício de atividade econômica (*commercial enterprise*); (ii) a dimensão mínima de, ao menos, dois dos envolvidos na operação (*size-of-person*); e (iii) a transferência de ativos (*transfer of assets*).¹¹

São atos de concentração, segundo a Lei, operações em que duas ou mais empresas, anteriormente independentes, fundem-se, quando uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas.

Ainda neste sentido, a Lei nº 12.259/2011 aponta, no art. 90, incisos III e IV, outros atos considerados como de concentração, na hipótese em que uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas e, também, na situação em que duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

1.1 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL

Como ficou demonstrado alhures, a Superintendência-Geral, após a edição da Lei nº. 12.529/11 passou a ter significativa atribuição nos processos de concentração econômica no CADE, instaurando, instruindo e julgando os processos distribuídos para submissão prévia.

Consoante o art. 53 da lei antitruste, os pedidos de aprovação dos atos de concentração econômica, previstos no art. 88 da mesma lei, deverão ser encaminhados ao

em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Importa atenção a mudança desses valores mencionados, que sofreram alteração pela portaria Interministerial nº 994 do dia 30 de maio de 2012, orçando os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país, no caso do inciso I, do art. 88 para R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões), e, para o inciso II do mesmo artigo o valor de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões), que é autorizado pela própria lei antitruste no art. 88, parágrafo 1º.

¹¹ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 415.

CADE, devidamente instruídos com as informações e os documentos necessários à instauração do processo administrativo, definidos em resolução própria, acompanhados do comprovante da respectiva taxa¹².

Sobre os documentos necessários à instauração do processo administrativo, a Resolução nº 15/1998 do CADE define, no Anexo I: I - as informações das requerentes; II - descrição do ato ou contrato notificado; III – toda a documentação pertinente à concentração, IV, V e VI – os mercados de atuação e mercados relevantes, entre outros. Os denominados *4C documents*, que se relacionam à motivação da realização da operação (estudos, correspondências, entre outros), e estão entre os mais relevantes documentos analisados pela *FTC*, raramente, são apresentados no Brasil, apesar de constarem no anexo II¹³, o que é lastimável, pois permitem que se visualize, em grande parte, o exercício de poder econômico e as intenções das requerentes na operação.

Ainda assim, cabe mencionar, para fins de celeridade e de instrução processual adequado, previsto no art. 110, §1º da Resolução nº 01/2012, que dispõe sobre o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RICADE), acerca da necessidade do requerimento ser apresentado em conjunto pelas empresas que pretendem se concentrar.

O ato de concentração que seguir o rito ordinário aqui descrito deverá ser requerido por meio de petição escrita, conforme mencionado, observando, necessariamente, as 11 (onze) etapas previstas no anexo I da Resolução nº 2/2012 do CADE, como a descrição da operação, informações relativas às partes, elementos relativos à operação, documentação completa com relação à operação e seus requerentes, definição do(s) mercado(s) relevante(s), estrutura de oferta, estrutura de demanda, análise de poder de monopólio, análise das condições de entrada e rivalidade, análise de poder coordenado e a chamada *contrafactual*, com a provável configuração futura do mercado relevante, indicado na etapa 5, item V.5, em termos concorrenciais, caso a operação submetida não ocorra por algum motivo.

Verificando a Superintendência-Geral o não-cumprimento dos requisitos legais ou eventuais documentos faltantes, poderá determinar, uma única vez, que os requerentes emendem o ato de concentração, para instruir corretamente o pedido, sob pena de arquivamento (art. 53, §1º), e, ato contínuo, após a apresentação do ato ou de sua emenda, a Superintendência-Geral publicará edital, fazendo a indicação do nome dos requerentes, a

¹² Sobre a taxa para submissão ao CADE dos atos de concentração econômica, esta encontra regulamento próprio na portaria conjunta CADE/SDE/SEAE nº. 26/2004, no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

¹³ TAUFICK, op. cit. p. 312.

natureza da operação e os setores economicamente envolvidos, consoante o art. 53, §2º do mesmo diploma.

Cumpridos os requisitos do art. 53 e parágrafos da Lei nº. 12.529/11 e da Resolução nº 15/1998, anexos I e II, a Superintendência-Geral conhecerá, diretamente, do pedido, em decisão terminativa, nas hipóteses em que o processo dispensar novas diligências ou nos casos em que se verificar menor potencial ofensivo à concorrência, assim definidos em resolução do CADE, o que é mais uma importante inovação dentro do SBDC, tornando mais célere e segura à análise dos casos.

Encerrada a instrução processual, com as devidas instruções complementares do inciso II do art. 54 e do art. 56 da lei antitruste, a Superintendência poderá proferir decisão, aprovando o ato sem restrições, ou oferecerá impugnação ao Tribunal Administrativo (TADE), caso opine pela rejeição do ato ou sua aprovação, com restrições, ou mesmo, quando não existirem elementos conclusivos no que tange aos efeitos sobre o mercado da operação submetida, tudo, conforme dispõe o artigo 57 da Lei nº. 12.529/11.

1.2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), na grande maioria das situações, funcionará para julgar recursos, leiam-se, impugnações da própria Superintendência-Geral quando o ato for aprovado com restrições ou rejeitado, situação em que será aberto prazo para a manifestação das requerentes sobre o ato impugnado, ou mesmo, em caso de aprovação do ato pela Superintendência-Geral, for objeto de recuso por terceiros interessados¹⁴ ou, em mercados regulados, por agências reguladoras.

Neste sentido, o requerente, caso entenda necessário, poderá interpor, no prazo de 30 (trinta) dias da data de impugnação pela Superintendência-Geral, recurso em petição escrita direcionada ao Presidente do TADE, expondo as razões de fato e de direito, bem como todas as provas que instruem o seu pedido, para fins de reforma da decisão inicial de improcedência, devendo a impugnação ser distribuída, por sorteio, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para um dos Conselheiros-Relatores, consoante o art. 58, *caput* e parágrafo único, da Lei nº. 12.529/11.

¹⁴ Deve-se observar também o art. 118 do RICADE que assim dispõe: Art. 118. O pedido de intervenção de terceiro interessado cujos interesses possam ser afetados pelo ato de concentração econômica deverá ser apresentado no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital previsto no parágrafo único do art. 111, e será analisado nos termos do art. 44. Parágrafo único. O pedido de intervenção deverá conter, no momento de sua apresentação, todos os documentos e pareceres necessários para comprovação de suas alegações.

Posteriormente à manifestação do requerente ao TADE, o Conselheiro-Relator ao qual for distribuído o processo deverá proferir decisão, determinando a sua inclusão em pauta de julgamento, caso esteja devidamente instruído (art. 59, I), ou, na hipótese de insuficiência do conjunto probatório, determinar a realização de nova instrução complementar (art. 59, II).

Na fase de julgamento pelo Tribunal, após a devida inclusão em pauta, os Conselheiros poderão aprovar, integralmente, o ato, aprová-lo, com restrições ou rejeitá-lo, hipótese em que determinarão as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e a eficácia do ato.

Ainda nesta seara, conforme dita o art. 59, §1º da Lei antitruste, o Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto, os chamados Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação (APRO).

Cumpre salientar, ainda, que, no julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o TADE poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a sua validade e eficácia (art. 61, *caput* da Lei nº. 12.529/11).

Ainda neste diapasão, verificados pelo Tribunal Administrativo, efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados, poderá este determinar as restrições cabíveis, no sentido de mitigá-los, segundo o art. 61, §2º, o que não exclui, ressalta-se, a possibilidade de aplicação de multa pecuniária por *Gun Jumping* (Concentração Prematura):

- I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;
- II - a cisão de sociedade;
- III - a alienação de controle societário;
- IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;
- V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual;
- VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Quando, no processo administrativo de concentração verificar-se recusa, omissão, enganiosidade, falsidade ou retardamento injustificado, por parte dos requerentes, de informações ou documentos cuja apresentação for determinada pelo CADE, sem demais sanções cabíveis, poderá o pedido de aprovação do ato de concentração ser rejeitado por falta

de provas, caso em que o requerente somente poderá realizar o ato mediante apresentação de novo pedido, nos termos do art. 53 da lei antitruste, tudo isto em conformidade com o art. 62 do mesmo diploma.

1.3 PROCEDIMENTO SUMÁRIO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

Ainda dentro do contexto de procedimentos adotados pelo CADE em atos de concentração, necessário é o estudo acerca do procedimento sumário para a aprovação das concentrações empresariais, uma novidade introduzida pela legislação antitruste para a aprovação dos referidos atos.

Esse procedimento encontra regulamentação na Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012, que prevê o procedimento sumário para a análise de atos de concentração e dá outras providências.

Consoante o art. 6º da referida resolução, o procedimento sumário será apenas aplicado pelo CADE nos casos de maior simplicidade, ou seja, de operações com menores efeitos potenciais nocivos à concorrência, por meio de decisão discricionária do órgão antitruste, conforme os critérios de conveniência e de oportunidade, com base na experiência adquirida pelos órgãos integrantes do SBDC na análise de atos de concentração e na identificação dos que tenham menor potencial ofensivo à concorrência como já mencionado acima (art. 7 da Resolução nº2/2012). Por sua vez, o art. 8 da Resolução nº 2/2012, fixa as hipótese de concentração enquadráveis no procedimento sumário.

O que se observa, mais uma vez, é a tendência do direito concorrencial brasileiro de criar normas do tipo aberto, abrangendo o máximo de operações possíveis, enquadráveis no sistema de concentração regulado pelo CADE, e não a de estabelecer um rol taxativo de operações, até porque, inúmeras formas de agrupamento societário e operações entre agentes econômicos surgiram no último século, decorrentes do avanço empresarial globalizado, sendo benéfica, para o regime concorrencial adotado, a edição de normas com aplicabilidade a quaisquer formas de concentração que importem formações monopolistas e dominantes de mercados, mesmo que não previstas taxativamente em lei, reforçando o ideal da Constituição da República de 1988 e a ideologia constitucionalmente adotada no que diz respeito à livre concorrência.

Continuando o estudo da Resolução nº 2/2012 do CADE, em seu anexo II, encontram-se as exigências formais para a petição de ingresso com o pedido da concentração

econômica, ao qual se aplica o procedimento sumário, com etapas próprias, conforme o formulário de procedimento sumário.

Ato contínuo, o pedido deverá ser preenchido com as informações relativas às partes, com a qualificação completa das pessoas jurídicas e das demais partes diretamente envolvidas na operação. Caso existam grupos econômicos entre as requerentes, deverão ser, obrigatoriamente, citados, bem como declinada sua nacionalidade e a lista completa de todas as pessoas físicas e jurídicas dele integrantes, com atividades no território nacional.

Ainda dentro desta segunda etapa, deverão ser informadas as operações realizadas nos últimos 5 (cinco) anos pelas pessoas físicas ou jurídicas citadas acima, bem como o faturamento bruto das partes envolvidas na operação, e dos grupos econômicos, que integram no Brasil e em todo o mundo, no ano fiscal anterior à operação.

Na terceira etapa, verificar-se-ão os elementos intrínsecos relativos à operação, e na, quarta etapa, basicamente, haverá a apresentação dos documentos próprios das requerentes, como instrumentos contratuais relativos à realização da operação que se submete ao CADE para aprovação, adicionados os demais documentos consoante os itens IV.2 a IV.4 do Anexo II da Resolução nº 2/2012 do CADE.

Prosseguindo nas exigências legalmente previstas, ainda se faz necessário o estudo, dentro do requerimento de concentração, da definição do(s) mercado(s) relevante(s), a ser realizado na forma da etapa V do Anexo da Resolução nº2/2012.

Uma análise sobre a etapa V revela, nitidamente, o quanto é importante, nos processos de concentração, a definição correta dos mercados relevantes, pois, sem dúvida, será este um dos fatores decisivos na aprovação ou não do ato submetido à análise, parâmetro, também, capaz de identificar tentativas de dominação de mercados e de constituição de grupos monopolistas, por meio de operações societárias concentracionistas.

Por fim, na etapa VI, analisa-se a chamada Estrutura de Oferta, que somente irá existir nos casos de sobreposição horizontal e/ou integração vertical, concluindo assim os requisitos necessários a serem observados na petição direcionada ao CADE, com o pedido de aprovação do futuro ato de concentração a ser firmado.

Esse, portanto, é o atual procedimento sumário adotado pelo CADE após o advento da Lei nº. 12.529/11, bastante simplificado, se comparado ao procedimento do rito ordinário de tramitação processual, que prevê o pedido de aprovação circunscrito a 11 (onze) etapas, consoante o Anexo I da Resolução nº2/2012 do órgão antitruste.

Entendemos, ser possível a aplicação de multa pecuniária pela prática do *gun jumping* em qualquer fase do processo de concentração econômica submetido ao CADE, seja

ele no Tribunal Administrativo (TADE), seja na Superintendência-Geral, independentemente do rito processual seguido, ordinário ou sumário, o que no caso do procedimento sumário é bastante incomum, tendo em vista o fato de os processos terem menor complexidade e com tramitação mais simplificada.

2 O SISTEMA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (*PRIOR REVIEW*)

Com a edição da Lei nº. 12.529/11 houve uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, representada pela obrigatoriedade de alguns agentes econômicos, em operações econômicas, previamente, fazerem a comunicação ao CADE antes de realizar qualquer ato vinculativo ou contratual, que seguem dispostos no art. 90, incisos I a IV da referida lei, ao tratar das concentrações empresariais. Quais sejam:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (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 empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

A análise prévia está preceituada no artigo 88, parágrafo 2º, da Lei nº. 12.529/11, bem como no artigo 108 da Resolução nº 1/2012 do CADE, *in verbis*:

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.

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. (Grifo Nosso)

Deve-se ressaltar o grande benefício trazido pelo sistema de análise prévia às normas brasileiras de proteção à concorrência, principalmente no que tange à segurança jurídica, pois, agora, essas operações específicas não correrão total risco de desfazimento pós-contratos de aquisições e fusões, dentre outras operações, realizadas entre os agentes econômicos operantes no mercado.

Com o exame prévio, os processos podem tramitar mais rapidamente. As decisões ganharão mais qualidade técnica, especialmente nos negócios de alta complexidade. A análise prévia também evita o desgaste do risco de desconstituição de operações empresariais que, em

face da morosidade do julgamento dos atos de concentração, tenham se convertido em situações de fato.¹⁵

Esse sistema pode se revelar como um excelente mecanismo de defesa da concorrência, mas deve ser analisado com cautela, verificando-se, principalmente, como se dará a sua implantação no Sistema Brasileiro. É a mesma preocupação que esboça Maria Cecília Andrade:

De nada adianta uma reforma pró-ativa do ponto de vista teórico se não existirem condições para sua aplicação eficaz. Enfim, apesar de todo o otimismo, a sociedade deve acompanhar com cautela as discussões desse Projeto de Lei, pois as mudanças propostas só podem ser implementadas se realmente vierem acompanhadas de uma reestruturação institucional que permita ao CADE perseguir o seu objetivo de forma independente, eficiente e transparente.¹⁶

O exame prévio configurará uma ferramenta de controle pelo CADE dos atos de concentração que se amoldem às hipóteses do art. 88 incisos I e II da Lei nº 12.529/11, não podendo estas operações serem concretizadas sem o anterior aval deste, fazendo com que empresas fiquem impossibilitadas de postergar, muitas das vezes, a análise dos atos de concentração.

Deve-se mencionar também, que o controle prévio dos atos de concentração no direito brasileiro foi, em grande parte, impulsionado pelo direito comparado, em especial, o direito econômico europeu e o norteamericano.

Seguindo o entendimento do direito norteamericano, o art. 88 da nova Lei delimitou que os critérios de submissão seriam o exercício da atividade econômica, a dimensão mínima de, ao menos, dois envolvidos na operação e a chamada transferência de ativos.

No direito da concorrência americano, pioneiro no sistema de notificação prévia, instituiu-se o controle prévio através do *Hart Scott Rodino Act*¹⁷, datado do ano de 1976. Nos Estados Unidos, o papel do CADE é exercido pela *Federal Trade Commission (FTC)*¹⁸, que

¹⁵ Editorial Jornal O Estado de São Paulo. **A Reforma do SBDC** – Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Imprimir.aspx?Conteudo=699.2007>. Acesso em: 20.04.2012.

¹⁶ ANDRADE, Maria Cecília. Atos de Concentração – Análise Prévia. In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (Orgs). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2011. p. 77.

¹⁷ FORGIONE, Os Fundamentos do Antitruste op.cit. p. 442.

¹⁸ No aspecto da notificação prévia e o *Hart-Scott-Rodino Act* na *FTC: The Hart-Scott-Rodino Act established the federal premerger notification program, which provides the FTC and the Department of Justice with information about large mergers and acquisitions before they occur. The parties to certain proposed transactions must submit premerger notification to the FTC and DOJ. Premerger notification involves completing an HSR Form, also called a "Notification and Report Form for*

detém função ímpar na defesa de um mercado competitivo harmônico. Richard A. Posner ressalta a importância do órgão, ao tratar do caso *Staples X Office Depot*.¹⁹

De outra banda, encontra-se no Direito Econômico europeu, em especial, no Português, a exigência da notificação prévia em atos de concentração econômica. É o que se extrai do ordenamento jurídico português, através da Lei n.º. 18/2003²⁰, art. 9.º, números 1 e 2, *in verbis*:

Art. 9.º. Notificação prévia:

1 - As operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preencham uma das seguintes condições:

a) Em consequência da sua realização se crie ou se reforce uma quota superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste;

b) O conjunto das empresas participantes na operação de concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquidos dos impostos com este directamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas seja superior a dois milhões de euros.

2 - As operações de concentração abrangidas pela presente lei devem ser notificadas à Autoridade no prazo de sete dias úteis após a conclusão do acordo ou, sendo caso disso, até à data da publicação do anúncio de uma oferta pública de aquisição ou de troca ou da aquisição de uma participação de controlo. (Grifo Nosso).

Basicamente, o modelo português de controle prévio de atos de concentração, segue o mesmo ideal europeu, que é preventivo, sempre ocasionando a verificação da operação econômica em caráter danoso, na perspectiva potencial do ato. Ensina Luís Cabral de Moncada, sobre o controle prévio no Direito Português que:

A lei abrange as fusões de empresas, por incorporação, por constituição de uma nova sociedade ou por gestão económica comum, as aquisições de controlo e as *joint ventures* (...). Todas as operações de concentração que criem quotas de mercado superiores à 30% ou que importem certo volume financeiro, ficam sujeitas a obrigação de notificação prévia à Autoridade da Concorrência. Assim se possibilita um controlo preventivo. Até à obtenção da autorização, as operações de concentração ficam suspensas e os negócios são nulos. (...) Importante é frisar que a notificação prévia da concentração é imprescindível para a autorização.²¹

Certain Mergers and Acquisitions, " with information about each company's business. Disponível em: <http://www.ftc.gov/bc/hsr/index.shtm>. Acesso em: 23.04.2012.

¹⁹ POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 477.

²⁰ Lei n.º. 18 de 11 de Junho de 2003, que aprova o regime jurídico da concorrência. Disponível em: <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=1856>. Acesso em: 25.03.2012.

²¹ CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Direito Económico**. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 580-581.

O modelo europeu²², inclusive, desde sua concepção, como, por exemplo, ocorreu no Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)²³ com a determinação expressa no sentido de sedimentar o controle preventivo, o que se ilustra na disposição do artigo 66, I do referido tratado²⁴. Ainda assim, a transformação dos paradigmas político e econômico relativos à aplicação do direito concorrencial europeu começou em meados da década de 90, mas foi acelerada nos últimos anos. A razão desta aceleração foi, sobretudo, de natureza institucional, em que a Comissão Europeia perde autonomia e transfere para as autoridades nacionais concorrenciais a competência para aplicar as normas de concorrência.²⁵

No mesmo sentido, a legislação do Japão com a lei antimonopólio, na Seção 15. Essa Seção estabelece, ainda, a obrigatoriedade de notificação prévia das aquisições à *Fair Trade Commission* e obriga as partes a não as consumarem durante um prazo de 30 dias.²⁶

Nota-se a tendência mundial na adoção da notificação prévia, ratificando mais uma vez, o quão importante se torna a análise prévia dos atos de concentração econômica, reduzindo a insegurança jurídica que exsurge, muitas das vezes, de um controle *a posteriori*. No ensejo, torna-se necessário o estudo de como esta tendência mundial de controle prévio, encontrou guarida na nova Lei nº. 12.529/2011, que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

3 A PRÁTICA DO GUN JUMPING (INTEGRAÇÃO PREMATURA)

Consoante se verificou no item anterior, os atos que se enquadrarem no disposto do art. 88, incisos I e II, da Lei nº. 12.529/11, observados os valores alterados pela Portaria Interministerial nº 994, deverão, necessariamente, ser apreciados pelo sistema de notificação prévia (*prior review*) antes de serem consumados.

²² Neste sentido: ROBALO CORDEIRO, António José. **As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência**. Lisboa: Lusolivro, 1994.

²³ A saber: Art. 66, I: Sem prejuízo do disposto no n.º 3, fica sujeita a autorização prévia da Comissão qualquer operação que, nos territórios referidos no primeiro parágrafo do [artigo 79.º](#), e em consequência da acção de uma pessoa ou empresa, de um grupo de pessoas ou grupo de empresas, tenha em si própria por efeito directo ou indirecto uma concentração de empresas, das quais pelo menos uma esteja sujeita à aplicação do [artigo 80.º](#), quer a operação se refira a um produto ou a vários produtos, quer ela se efectue por fusão, aquisição de acções ou elementos do activo, empréstimo, contrato ou qualquer outro meio de controlo. Para aplicação destas disposições, a Comissão definirá, em regulamentação adoptada após consulta do Conselho, os elementos que constituem o controlo de uma empresa.

²⁴ Neste sentido: SMITH FABRIS, Fernando. **Concentrações Empresariais e o Mercado Relevante**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

²⁵ LOPES DE LIMA, José Antônio Farah. **Direito Concorrencial Europeu**. São Paulo: Mizuno, 2008. p. 61.

²⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121-122.

No controle prévio, conforme se verificou, além do risco relativo ao mérito do negócio propriamente dito, isto é, de o CADE aprovar a operação com restrições ou de, no limite, rejeitar a operação, os agentes econômicos têm de enfrentar o que é conhecido, internacionalmente, como “*gun jumping*”.²⁷

O *gun jumping* é definido como uma prática de integração prematura ou como comumente a doutrina norteamericana²⁸ costuma elencar, “queima de largada” na constituição da concentração econômica pretendida. É o adiantamento temporalmente indevido promovido pelos agentes interessados na concentração econômica, sem que ainda exista autorização pela autoridade antitruste para tanto, nas hipóteses enquadradas como, obrigatoriamente, submetidas ao regime da notificação prévia, acima estudado.

Nos Estados Unidos, há definição própria, em leis especialmente criadas para o controle de estruturas e demais ilícitos econômicos. O governo norteamericano tem afirmado violações por *gun jumping* em duas leis: (1) Seção 1 do Sherman Act , 15 USC § 1 °, que proíbe os acordos de restrição de comércio (como a fixação de preços e alocação de mercado) e (2) o Hart -Scott- Rodino (“HSR”) Act, Seção 7A da Lei Clayton, 15 USC § 18-A , que exige das partes no processo de concentração, respeitar os períodos de espera após a notificação ao governo, de certas aquisições de ações ou ativos.²⁹

Ilustram-se casos de aplicação de multas por queima “de largada”, pelas autoridades, nos processos: *U.S. v. Gemstar-TV Guide International, Inc. (2003)*, com aplicação de multa no valor de \$ 5.67 milhões, e também *U.S. v. QUALCOMM Incorporated and Flarion Technologies, Inc. (2006)*, com multa pela prática de *gun jumping* no valor de \$1.8 milhão.

Ainda assim, a prática do *gun jumping* pode ser vista sob duas vertentes, quais sejam: de ordem formal ou material. De acordo com Joe Winterscheid, Jon Dubrow and

²⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

²⁸ A importação dos conceitos jurídicos no direito da concorrência, que inclusive é contestada pela doutrina, como nas palavras de Washington Albino: “*No Brasil não é diferente, agravando-se a questão com a característica do ‘Colonialismo Jurídico’ que marca a nossa tradição legislativa e, em decorrência, o comportamento do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, movidos pelos conceitos ‘importados’ e que, na maioria das vezes, se mostram estranhos à nossa realidade, comprometendo a credibilidade do Direito Aplicado, por causa de sua alienação.*” In: ALBINO DE SOUZA, Washington Albino Peluso. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 287.

²⁹ LIEBESKIND, Robert. **Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger**. In: ABA Section of Business Law Comitee. ABA Annual Meeting. Califórnia: 2003. Disponível em: http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6_F3242.pdf. Acesso em: 10/02/2014.

Carrie Amezcua³⁰, a primeira (formal), quando os valores compreendidos na operação se enquadrem nas hipóteses do artigo 88, I e II da Lei nº. 12.529/11, devendo haver, necessariamente, a notificação prévia ao CADE da operação, e a segunda (material), quando a notificação é realizada, porém, atos de integração prematura são executados durante o julgamento pela autoridade antitruste do ato de concentração econômica, ou seja, condutas praticadas após o pedido de aprovação que se configurem como concentracionistas.

O problema de aplicação da multa não se revela com nitidez nos casos de *gun jumping* sob o aspecto formal, até porque é objetiva e automática a constatação da prática, ou seja, a simples não-submissão ao controle prévio, por si só, já configura o ilícito econômico. A problemática maior opera-se, portanto, sob o manto da consumação da conduta no aspecto material, ou seja, pendente de autorização a concentração econômica, até que estágio podem evoluir as empresas pré-concentradas, já que a operação se encontra sob efeito suspensivo?

Num primeiro momento, a recomendação é de total imparcialidade entre as empresas interessadas no processo de concentração, devendo estas, permanecerem apartadas entre si, até a autorização da operação pela autoridade antitruste, ou seja, as empresas deverão manter sua condição de competidoras no mercado, como se concorrentes diretas ainda fossem.

Com todos os benefícios processuais trazidos pela Lei nº. 12.529/11, a questão das práticas permitidas ou não durante a aprovação do ato de concentração, não foi definida de forma mais específica, o que, certamente, aumenta a insegurança jurídica das empresas, que muitas das vezes não sabem se estão procedendo à integração prematura da operação concentracionista. O que apenas de forma genérica ficou preceituado, foi o previsto no parágrafo 2º do artigo 108 do Regimento Interno do CADE, *in verbis*:

§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**. (grifo nosso).

Porém, algumas condutas são permitidas e não configuram a prática da integração prematura, como, por exemplo: a permuta de informações necessárias para o julgamento de ato de concentração pela autoridade antitruste e acordos convencionais que seriam realizados no mercado mesmo sem a fusão das empresas.

³⁰ WINTERSCHIED, Joe; DUBROW, Jon; AMEZCUA, Carrie. **Merger Control: Gun Jumping Goes Global**. In: Focus on Antitrust and Competition. International News Mc Dermott, Will & Emery. 2010. Disponível em: [http://www.mwe.com/info/news/int0210 .pdf](http://www.mwe.com/info/news/int0210.pdf). Acesso em 26/01/2014.

Neste sentido, interessante mencionar algumas orientações exaradas no parecer da Procuradoria do CADE (ProCADE) nº 182/2013 – PFE CADE/PGF/AGU, sobre o tema do artigo 88, parágrafo 3º, no processo de concentração epigrafado:

A partir da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, é possível concluir que a simples assinatura do instrumento vinculativo entre as partes, ou mesmo a realização de atos voltados ao fechamento do negócio, como operações de *due diligence*, não tem o condão de configurar a prática de *gun jumping* no direito brasileiro. Ao contrário, o Regimento Interno do CADE dispõe que a operação deverá ser notificada ao CADE preferencialmente após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes. No entanto, é certo que a notificação deve preceder a prática de qualquer ato de consumação do negócio relacionado à operação.

Essas permissões e proibições durante a fase de aprovação do ato (aspecto material), são exemplificadas por Roberto Taufick, que traz à baila exemplos do direito comparado:

PERMITIDO: (i) informações públicas; (ii) informações relativas à operação de sistema de computação, pessoal, estrutura corporativa; (iii) métodos de gerenciamento de contabilidade e de informações; (iv) descrições das fábricas e demais instalações; (v) informações ambientais.

PROBIDO: (i) informações de preços recentes/atuais; (ii) informações sensíveis sobre clientes; (iii) intenções futuras de preços ou custos; (iv) planos estratégicos, de negócio, de investimento ou de marketing e (v) segredos tecnológicos.³¹

O descumprimento ao sistema prévio (*gun jumping*) estabelecido com a norma antitruste submeterá o agente econômico transgressor, além da nulidade³² da operação realizada sem o consentimento do CADE, ao arbitramento de 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), não ficando prejudicada a abertura de processo administrativo para a apuração de infrações à ordem econômica pelos agentes. Essa previsão está insculpida no artigo 88, parágrafo 3º, da Lei nº 12.529/11.

Sobre a dosimetria da pena pecuniária em casos de práticas de *gun jumping*, a lei antitruste brasileira também não deixou claro quais mecanismos embasariam a quantificação e o sopesamento da gravidade da infração. O que se tem orientado, todavia, no CADE, é a utilização do artigo 45 da Lei nº. 12.529/11, a saber:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

³¹ TAUFICK, op. cit. p. 440-441.

³² Consoante Roberto Taufick não se trata de nulidade, mas de anulabilidade. Segundo o autor: Caberá ao CADE definir se, consumada a operação, é socialmente desejável a separação dos ativos. Essa busca pela decisão socialmente mais desejável, dado o estágio da operação é justamente aquilo que o CADE já fazia pelo sistema de análise *a posteriori* da Lei 8.884/1994. Agir de outra forma seria cometer arbitrariedade. *In*: TAUFICK, op. cit. p. 440.

- 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.

No Brasil, ocorreu, pós-ingresso da Lei nº. 12.529/11, o primeiro caso de *gun jumping*, no ato de concentração³³ que julgou a operação em que a OGX adquiriu 40% da participação da Petrobrás no Bloco BS4, localizado na Bacia de Santos em São Paulo.

In casu, foi formalizado, perante o CADE, através de proposta lançada pela OGX, Acordo de Controle de Concentração (ACC), confessando a proponente prática dos atos que levaram à “*queima da largada*” (consumação antecipada dos efeitos da operação), comprometendo-se a pagar multa pecuniária no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

No tocante à nulidade da operação, a relatora do AC, Conselheira Ana Frazão, entendeu razoável não considerar nula a operação, mas manteve a multa no valor acima referido, por considerar que o bloco BS4 ainda nem estava em funcionamento na época da operação societária, tendo sido, apenas, realizados atos operacionais/ordinários de negócios, prática bastante comum neste ramo de atividade e de que, somente a partir do ano de 2013, no mês de abril, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) passou a exigir os comprovantes de aprovação das operações realizadas, devidamente julgadas pelo CADE, não importando assim, a operação, danos e preocupações de ordem concorrencial.

CONCLUSÃO

Dessume-se, portanto, que, o controle dos atos de concentração, coloca-se como um verdadeiro instrumento de busca da plena satisfação da ordem econômica constitucionalmente adotada na Constituição da República de 1988, sobretudo, no aspecto da defesa da concorrência.

O fenômeno da globalização é um mecanismo-chave no apoio ao crescente número de concentrações empresariais, que constituem verdadeiras exigências mercadológicas para a manutenção de agentes em competição, na medida em que a exploração da atividade econômica, atualmente, tende a gerar núcleos empresariais

³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE. **Ato de Concentração Econômica nº 08700.005775/2013-19**. Brasília/DF, 2013.

complexos e concentrados, com o evidente aumento do número de fusões e de aquisições societárias no âmbito do mercado, acentuadas com a globalização econômica.

Pode-se afirmar que a Lei nº 12.529/11 constituiu verdadeiro marco no ordenamento jurídico brasileiro, reorganizando o quadro institucional do CADE formando-o mais harmônico e atribuindo aos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência poderes e competências, previamente individualizados e próprios, não havendo, assim, o desperdício na sobreposição de funções dos órgãos como ocorria na antiga Lei nº. 8.884/94, a exemplo da SEAE e de SDE, que participavam da instrução dos processos de ato de concentração econômica.

A corporificação do sistema prévio no direito brasileiro também representou grande avanço na conquista de mecanismos de proteção e de blindagem às operações societárias mal intencionadas, evitando, assim, o desfazimento de operações já consumadas no tempo, o que, durante a vigência da Lei nº. 8.884/94, era extremamente comum e também polêmico, causando enorme insegurança jurídica.

Outro ponto salutar, que merece destaque, é que, com a implementação do sistema, no Brasil, as empresas não mais poderão protelar, de má-fé, a análise dos atos de concentração, pois, o controle *a posteriori* passa a ter restrições com a nova norma antitruste, sendo, inclusive, punidas as operações que não obedecerem às normas procedimentais do direito antitruste, como ocorre nos casos de aplicação de multa por práticas de *gun jumping*.

Certamente a anomia jurídica não seria a melhor “*válvula de escape*” no controle das estruturas. A intervenção do Estado, pautada na ideologia constitucionalmente adotada, inclusive é uma obrigação da autoridade antitruste. O grande problema ainda consiste no aperfeiçoamento técnico de um grande número de institutos do direito antitruste comparado, o que nem sempre se amolda às realidades fáticas do mercado brasileiro, mas que, em *ultima ratio*, representa um avanço significativo na defesa da concorrência em *terrae brasilis*.

Contribui o Direito Econômico, assim, para o bem-estar da coletividade e, sobretudo, enseja a existência de relações econômicas propiciadoras de um maior e melhor grau de justiça entre os seres humanos, no que diz respeito à distribuição de riqueza e no que concerne aos meios de subsistência³⁴.

O desenho do direito econômico e concorrencial, aplicado aos mercados, ganha relevo, sobretudo, nesta nova quadra da história, com a globalização econômica, em que mercados altamente sofisticados, compostos por uma pluralidade de agentes econômicos,

³⁴ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Direito Econômico**. São Paulo: Malheiros: 2013. p. 8.

muitas vezes, entrelaçados entre si na *práxis* mercantil, necessitam ser regulados e disciplinados de acordo com as normas aplicáveis às concentrações econômicas.

REFERÊNCIAS

ALBINO DE SOUZA, Washington Albino Peluso. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso; CLARK, Giovani. Coords. **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade**. São Paulo: LTr, 2011.

ANDRADE, Maria Cecília. Atos de Concentração – Análise Prévia. In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (Orgs). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE. **Ato de Concentração Econômica nº 08700.005775/2013-19**. Brasília/DF, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE. **Resolução nº 1 de 29 de Maio de 2012 (Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE)**. Publicação DOU 31/05/2012. Brasília/DF.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE. **Resolução nº 2 de 29 de Maio de 2012**. Publicação DOU 31/05/2012. Brasília/DF.

BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 12.529 de 30 de Novembro de 2011**. Coleção de Leis da República Federativa do Brasil. Brasília/DF.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Direito Económico**. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

EDITORIAL JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. **A Reforma do SBDC** – Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Imprimir.aspx?Conteudo=699.2007>. Acesso em: 20.04.2012.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Direito Econômico**. São Paulo: Malheiros: 2013.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Hart-Scott-Rodino Act Premerger Notification Program**. Disponível em: <www.ftc.gov/bc/hsr/index.shtm>. Acesso em: 23.04.2012.

FORGIONI, Paula A. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia das Fraudes Inocentes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

LIEBESKIND, Robert. **Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger**. In: ABA Section of Business Law Comitee. ABA Annual Meeting. Califórnia: 2003. Disponível em:<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>. Acesso em: 10/02/2014.

LOPES DE LIMA, José Antonio Farah. **Direito Concorrencial Europeu**. São Paulo: Mizuno, 2008.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PEREIRA DE SOUZA, Sérgio Augusto. **Premissas de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ROBALO CORDEIRO, António José. **As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência**. Lisboa: Lusolivro, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SMITH FABRIS, Fernando. **Concentrações Empresariais e o Mercado Relevante**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WINTERSCHEID, Joe; DUBROW, Jon; AMEZCUA, Carrie. **Merger Control: Gun Jumping Goes Global**. *In: Focus on Antitrust and Competition*. International News McDermott, Will & Emery. 2010. Disponível em: [http://www.mwe.com/info/news/int0210 .pdf](http://www.mwe.com/info/news/int0210.pdf). Acesso em 26/01/2014.