

A Nova Lei de Defesa da Concorrência e o Novo Instituto do “*Gun Jumping*”: um estudo de caso na indústria do petróleo.

Aline Teodoro de Moura¹

Clarissa Maria B. Brandão de C. Kowarski²

RESUMO: O presente artigo visa apresentar algumas das principais alterações introduzidas no sistema de defesa concorrencial brasileiro com a edição da Lei n.º 12.529, de 2011, que introduziu significativas alterações no controle de atos de concentração econômica no Brasil – operações de fusão, aquisição, formação de *joint ventures* –, e que passou a ser realizado previamente pela autoridade competente, evitando assim a consumação das operações sem a autorização do CADE, bem como analisar o conceito de *Gun Jumping*. A alteração legislativa traz consigo um desafio para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: definir os limites entre um processo de concentração econômica legítimo e a prática de *Gun Jumping*. Em especial, realizou-se um estudo destes impactos na indústria nacional do petróleo para avaliar a atuação do CADE no cumprimento da referida legislação.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência. Concentração Econômica. *Gun Jumping*. Indústria do Petróleo. CADE.

ABSTRACT: This article presents some of the main changes introduced in the brazilian antitrust system with the publication of Law n.º 12.529, 2011, that introduced important changes in the control system acts of economic concentration - mergers, acquisitions, forming joint ventures - which became previously by the competent authority, avoiding the consummation's transactions without the consent of CADE and analyze the concept of Gun Jumping. The legislative change brings a challenge for the brazilian antitrust system: to define boundaries of a process of lawful economic concentration and a Gun Jumping practice. In particular, the study

¹ Advogada. Especialista em Direito Financeiro e Tributário e Mestre em Direito e Sociologia, ambos pela Universidade Federal Fluminense. Doutoranda em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela Faculdade de Direito da UERJ.

² Professora Adjunta da Universidade Federal Fluminense. Mestre e Doutora em Direito Internacional e Integração Econômica pela Faculdade de Direito da UERJ. Advogada e Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

was conducted about these impacts on the national oil industry to evaluate the performance of CADE in implementation of the legislation.

Keywords: Antitrust. Economic Concentration. Gun Jumping. Oil Industry. CADE.

1. A defesa da concorrência no Brasil: histórico

A experiência concorrencial no país iniciou-se a partir da década de 90, com o Plano Brasil Novo, que introduziu a desregulamentação, a liberação do comércio, a desestatização das empresas e a estabilidade econômica.

Antes deste período, as empresas instaladas no Brasil estavam agasalhadas sob o manto protecionista do Governo, livres da concorrência e despreocupadas com a qualidade e preços dos produtos que ofereciam. Assim, a liberação do mercado tornou-se um fator importante no desenvolvimento industrial e econômico do país, ao passo que as empresas nacionais começaram a buscar preços melhores e qualidade na produção.

Nessa nova dinâmica, os investimentos deixaram de ser meramente especulativos para recaírem sobre a produção, gerando, conseqüentemente, melhor distribuição de renda, oportunidades de empregos e salários e contribuindo para o desenvolvimento do país.

O conceito de concorrência, emprestado das Ciências Econômicas, traz para o Direito os parâmetros necessários para o cumprimento de garantias constitucionais elencadas nos artigos 170 a 192 da Carta Magna, em especial a livre iniciativa e a livre concorrência. A liberdade de iniciativa está consagrada no art. 170, parágrafo único, onde tem-se que:

É assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A livre iniciativa envolve a liberdade de empresa e a liberdade de contratar. Isto significa que é livre a exploração de atividade econômica, desde que sejam respeitados os limites constitucionais a ela impostos, pois também está na Constituição Federal, em seu artigo 173, a defesa da concorrência:

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

§5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Concorrência, portanto, pode referir-se tanto ao mercado de fatores, quanto ao mercado do produto. Trata-se da “disputa para a aquisição de recursos utilizáveis na produção” (PINHO e VASCONCELLOS. 2004, p. 15) e na “disputa para a compra e venda do produto final”(PINHO e VASCONCELLOS. 2004, p. 15). Assim a legislação antitruste visa garantir a livre e justa concorrência do mercado, sem que para isto tenha que limitar a livre iniciativa.

Todas as relações comerciais estão envoltas pelo risco do comércio. Exercer uma atividade comercial é assumir o risco de o negócio dar ou não certo. A defesa da concorrência visa proteger não a eliminação dos riscos, mas sim uma justa disputa pelo mercado e a oportunidade de qualquer agente entrar e permanecer nele, ou dele sair quando bem entender, porque é movido por sua livre iniciativa.

Ademais, a natureza comercial das relações concorrenciais é imprescindível para que possa se discutir atos de infração à ordem econômica. Se não há atividade econômica, organização de fatores produtivos para a obtenção do lucro, não há que se falar em direito da concorrência. O Direito da Concorrência cuida justamente do mercado e de suas relações entre seus participantes e dos consumidores. São ainda objetos do Direito da Concorrência os interesses dos consumidores e da coletividade, que são, em último fim, os bens jurídicos tutelados pela legislação brasileira antitruste, conforme lição de Fabio Ulhoa Coelho,

“em zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral”. (COELHO, Fábio: 1995, p. 5).

A concorrência atualmente não se prende mais a questão de preços. Vários outros fatores a compõem como, por exemplo, a tecnologia, alta produtividade, investimentos em pesquisa. A

sua importância jurídica deriva certamente do fato de estar intimamente ligada à vida econômica e às relações de consumo.

Há dois fatores imprescindíveis para o entendimento da dinâmica da concorrência: a caracterização dos seus agentes ou sujeitos e a identificação do mercado relevante do produto.

Já sabemos que os agentes econômicos que irão integrar uma relação de concorrência serão sempre entidades comerciais, isto é, empresas e empresários, sociedades ou grupo de sociedades. Existem, porém, mercados distintos, atividades diferentes e clientela diversas. Também é este o entendimento do autor Sérgio Bruna, pois segundo ele “nem todos os bens são concorrentes entre si. Obviamente, no lado da oferta, um produtor de tratores não concorre com um fabricante de remédios, razão pela qual variações na oferta de tratores pouco ou nada influirão na quantidade produzida de medicamentos” (BRUNA, Sérgio: 1997, p. 67). Complementando este raciocínio, em seu voto, o relator do CADE, Leônidas R. Xausa, define que “a concorrência se estabelece entre categorias empresariais iguais ou entre indústria do mesmo ramo ou entre revendedores e revendedores, não havendo falar em concorrência entre indústria e revendedor” (FRANCESCHINI: 1998, p. 291).

Assim para caracterizar uma situação de concorrência precisamos dos seguintes elementos: agentes econômicos que disputem uma mesma clientela através da produção de qualquer bem consumível ou da prestação de determinado serviço que sejam similares entre si.

Já o conceito de mercado relevante, para Sérgio Bruna, é o “espaço econômico em que os agentes econômicos contracenam, a fim de apurar qual o nível de concorrência e o volume de poder econômico por eles desfrutado” (BRUNA, Sérgio: 1997, p.76). Também é este o posicionamento da jurisprudência do CADE, conforme temos na seguinte decisão:

Pode-se definir mercado relevante como o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e na procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e em que as condições de concorrência são substancialmente distintos das prevalentes em territórios vizinhos (...) o mercado relevante de produto é representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos, sem deles desvincular a quantidade, a finalidade e de maneira especial, o preço. (FRANCESCHINI: 1998, p. 531).

Pode-se concluir que o conceito de mercado relevante é bastante técnico porque é um conceito econômico utilizado na área jurídica para caracterizar as situações de concorrência, ou ainda para caracterizar o abuso do poder econômico.

Para a análise de questões antitruste, segundo Sérgio Bruna, “a caracterização do poder econômico, para finalidades da repressão do seu abuso, dependerá previamente da delimitação do mercado relevante onde ele se manifesta” (BRUNA, Sérgio: 1997, p. 43). Isto significa então que o conceito de mercado relevante, além de ser extremamente técnico e complexo, é instrumental, na medida em que, ele é necessário para instruir a análise da ocorrência ou não de infrações a ordem econômica, ou abuso de poder econômico, segundo o entendimento de Sérgio Bruna. Assim, para ele, “o conceito de mercado relevante tem natureza instrumental: serve ele ao propósito de identificar, ulteriormente, a existência de poder econômico” (BRUNA, Sérgio: 1977, p.89).

Também para Fábio Ulhôa Coelho, a caracterização do abuso do poder econômico só ocorre depois que for determinado o mercado relevante da relação comercial em análise. Segundo ele, “a noção de posição dominante é relativa e somente tem sentido com a concreta definição geográfica e material do mercado em que essa dominância se revela” (COELHO: 1995, p. 58).

Assim, entende-se que mercado relevante é a definição geográfica e material que limita a atuação do poder econômico de determinado agente. Exemplificando, não podemos avaliar se determinado mercado sofreu ou não algum dano resultado de abuso de poder econômico, se este mercado não for tecnicamente delimitado, pois ao contrário, a avaliação da extensão do resultado não será fidedigna.

Assim, não basta a análise de que determinado agente econômico tenha abaixado seus preços e que o fazendo incorreu em infração a ordem econômica³. É preciso que o mercado relevante tenha sido afetado. Caso contrário, não há que se falar em abuso de poder econômico, uma vez que ninguém domina economicamente toda a economia de um país por mais poder econômico que possua.

Tecnicamente, a definição do mercado relevante é feita sob dois aspectos: geográfico e

³ O art. 36 da Lei n.º 12.529, de 2011 dispõe: “Art. 36. *Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.*”

material. O geográfico compreende justamente o espaço geográfico de atuação do agente econômico. E o material é o que determina as questões referentes ao consumidor, isto é, se naquele mercado ele teria substitutos para o produto fabricado pelo agente em análise.

Um dos melhores exemplos reais encontrados neste estudo para entender definitivamente o que é mercado relevante está na obra de Sérgio Bruna, onde ele menciona o caso *Du Pont*, empresa de papel celofane dos Estados Unidos. Trata-se de um caso decidido pela Suprema Corte Americana, onde a *Du Pont* alegou que não detinha a posição dominante do mercado de papel celofane porque este não se constituía um mercado em si e sim, participava do mercado de “materiais flexíveis para embalagens”, na qual representava apenas 20% do material consumido; e, portanto, como não tinha “poder econômico” sobre o mercado, não poderia ser punida pelo abuso deste poder econômico (BRUNA, Sérgio:1997, p. 77-79).

Sérgio Bruna também destaca em sua obra o entendimento da Suprema Corte Americana no tocante ao mercado relevante (*relevant market*): “*That market is composed of products that have reasonable interchangeability for the purpose for which they are produced – price, use and qualities considered*”⁴. Este entendimento também deve ser acrescido da análise da reação do consumidor. Vale dizer, não adianta que o produto seja tecnicamente substituível se o consumidor rejeitá-lo. É o chamado *substitutability at consumers eyes*, ou a substituição aos olhos do consumidor.

Assim, Sérgio Bruna se filia à corrente do professor americano Hovencamp e também de Arreda & Kaplow cujos entendimentos acerca da configuração ou não do abuso de poder econômico são aproximados. Todos creem que não basta a aplicação de uma ou outra regra na análise do comportamento de um agente econômico para que seja avaliada a possível infração econômica, mas sim, uma análise ampla envolvendo o maior número de parâmetros possíveis. Exemplificando, não basta somente a identificação do mercado relevante, ou a simples técnica de substituição de um produto pelo outro para que tal comportamento seja caracterizado; e sim, a análise mais profunda e completa possível, reunindo todas as técnicas disponíveis.

Sem dúvida esta é a melhor indicação para as análises das questões antitruste, mas importa em total entendimento por parte dos julgadores da doutrina jurídico-econômica que envolve tais questões, o que não ocorre com tanta frequência no nosso sistema jurídico, levando

⁴ É a regra da possibilidade razoável de substituição de um produto pelo outro considerando seu preço, uso e qualidade, conforme Benjamin Shieber *in* Abusos do Poder Econômico, p. 43-49.

muitos a cometerem deslizes, como, por exemplo, na Averiguação Preliminar 56/75, citada por Franceschini & Franceschini, no livro de Sérgio Bruna, na qual se discutia o mercado relevante para a configuração do abuso do poder econômico de uma usina de leite, ocasião em que o CADE entendeu que não havia conduta típica da usina em ter cortado o abastecimento de leite de distribuidor em Vila Galvão-SP porque não se caracterizou o domínio do mercado nacional pela representada. Ora, de imediato se verifica que a questão não envolvia o mercado nacional e sim o mercado relevante de Vila Galvão, que foi simplesmente desconsiderado.

Outro elemento não menos importante para a concorrência é a identificação do poder econômico. A sua relevância está em saber que se não existe poder econômico por parte de determinado agente econômico, não há que se falar em abuso de poder econômico ou infração à ordem econômica. Seguindo este mesmo entendimento, Sérgio Bruna afirma que

“A investigação sobre a existência de poder econômico, em nível juridicamente relevante é sempre indispensável já que na ausência de poder econômico não há possibilidade de desempenho da atividade antitruste do Estado, pois não havendo poder não haverá abuso a coibir” (BRUNA, Sérgio: 1997, p. 125).

O poder econômico é a capacidade de influência de um agente sobre o mercado no qual ele participa. Para Sérgio Bruna, “a noção de poder econômico traz em si a antítese do modelo de concorrência perfeita, onde nenhum dos agentes econômicos é capaz de influenciar, com suas atitudes individuais, o comportamento do mercado como um todo” (BRUNA, Sérgio:1997, p. 103). Complementando, continua ele afirmando que “poder econômico é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro” (BRUNA, Sérgio: 1997, p. 105) e ainda, “pode ocorrer que o poder econômico desfrutado por um determinado agente, apesar de existente, não se revista da magnitude necessária para tornar-se objeto da atividade antitruste do Estado” (BRUNA, Sérgio: 1997, p. 105).

A lei anterior – Lei 8.884/94 – se posicionava expressamente, em seu art. 20, que para que se caracterizasse a infração era necessário o abuso do poder dominante. A nova Lei Antitruste seguiu a mesma orientação. O poder dominante exercido em decorrência da posição de liderança no mercado não constitui prática anticoncorrencial. Sem dissonâncias, este também é o entendimento da doutrina, conforme o autor Sérgio Bruna, que nos explica que, em outras palavras, não configura o ilícito de dominação de mercado a dominação de mercado decorrente de conduta não abusiva. O conceito em si do abuso de posição dominante não oferece,

intrinsecamente, maiores parâmetros para que essa situação seja claramente identificada. Nas palavras de Sérgio Bruna,

“pode-se dizer que posição dominante é aquela que confira a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atenuando sobre o volume da oferta, quer sobre a procura e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante” (BRUNA, Sérgio: 1997, p.115).

Sérgio Bruna foca a discussão na questão de preços partindo do princípio de que não será possível a influência sobre questões concorrenciais sem que o agente detenha controle substancial dos preços. Para ele o abuso só ocorrerá se ficar demonstrado que o agente praticou preços abusivos, acima ou abaixo do aceitável, e produziu efeitos reais no mercado através dele. Sem dúvida que a formação de preços tem importância na questão concorrencial, mas não é o único requisito para a prática de infrações antitruste; podemos dar um exemplo extremo da própria obra de Sérgio Bruna, onde ele menciona, citando Hovencamp, que para eliminar a concorrência dinamitando fábrica dos competidores, basta um sabotador e um fósforo.

Sérgio Bruna entende que o poder econômico também pode ser dimensionado através de outros elementos sem ser a participação no mercado. Para ele a procura residual, a discriminação de preços, a existência de lucros excessivos também compõem a análise antitruste. Ele conclui em seus ensinamentos que todos estes elementos são mera tentativa de previsão da prática de atuações anticompetitivas no mercado, pois segundo Hovencamp, “prever os impactos concorrenciais de um ato de concentração não faz parte de uma ciência exata” (BRUNA, Sérgio: 1997, p.127)

Pode-se dizer que a definição da situação de concorrência entre agentes econômicos diversos é complexa, porém indispensável para a caracterização ou não das infrações econômicas determinadas pela legislação antitruste. Tanto a análise do mercado relevante, quanto a definição sobre a existência ou não do poder econômico são indispensáveis para a aplicação da legislação antitruste que iremos abordar no próximo item.

2. A Nova Lei Antitruste Brasileira

A nova lei de defesa da concorrência, Lei n.º 12.529/11 foi publicada a partir do projeto de lei 3.937/2004, resultante de um intenso debate legislativo que perdurou sete anos, justificados pelas grandes modificações trazidas para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) – que é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE)⁵ –, a fim de garantir a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a disputa saudável por mercado relevante.

A atual legislação trouxe inovação ao reestruturar organizacionalmente as atribuições dos órgãos envolvidos na Defesa da Concorrência e atribuir efetividade e coercitividade às decisões do CADE – as quais não comportam revisão no âmbito do poder Executivo⁶ –, diante da introdução do sistema de controle prévio de atos de concentração, com a previsão de sanções para a inobservância da Lei.

Sob o ponto de vista organizacional, a Lei 12.529/2011, sistematiza as atribuições e o funcionamento dos entes responsáveis pela aplicação das normas de Defesa da Concorrência no Brasil, por meio da estruturação legal do chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nomenclatura que, mesmo de uso corrente, até a edição da nova Lei não dispunha de previsão legal.

As principais mudanças podem ser resumidas a partir das atribuições de dois órgãos: a) o CADE, que é composto (i) pela Superintendência-Geral, responsável pela investigação e análise de atos de concentração e de práticas anticompetitivas; (ii) pelo Departamento de Estudos Econômicos, responsável pela preparação de estudos e pareceres; e (iii) pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, responsável pelo julgamento dos processos, e b) a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SAE)⁷, a quem caberá a advocacia da concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade.

Podemos apontar a atuação do SBDC em três vertentes básicas: (i) no controle de

⁵ O art. 3º da Lei 12.529/11 dispõe, no seu artigo art. 3º que “*O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda com as atribuições previstas nesta Lei*”. Já quando o SBDC se regulava pela Lei n.º 8.884/94, compunha-se por três órgãos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda.

⁶ Merece relevo a atenção ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição, nos termos do que dispõe o art. 5º, XXXV, da CF/88, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito*”.

⁷ As atribuições da SAE encontram-se descritas no artigo 19 da Lei n.º 12.529/11.

estruturas de mercado, através da apreciação dos atos de concentração; (ii) na repressão a condutas anticompetitivas; e (iii) na promoção da cultura da concorrência (FIGUEIREDO: 2013, p.234).

Nesse sentido, uma importante mudança promovida pela nova lei foi a alteração do controle das estruturas de mercados. A Lei n.º 12.529/2011⁸ é expressa ao determinar que as operações de fusão, aquisição ou *joint venture* devem ser, impreterivelmente, apreciadas previamente pelo SBDC e realizado em, no máximo, 240 dias a contar do protocolo de petição ou de sua emenda, cuja consumação, sem a autorização pelo CADE, sujeita os interessados à imposição de sanção pecuniária e nulidade; logo, até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas.

Algumas modificações foram também introduzidas no rol exemplificativo de condutas que podem constituir infração à ordem econômica, tais como as constantes no § 3º do art. 36 da Lei, porém, o rol é tão somente, como dito, exemplificativo, conforme transcrevemos:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

⁸ Inovação de controle prévio trazida pelo artigo 88: “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica 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). § 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. § 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. § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. § 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo. § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.” Frise-se que o artigo foi modificado por meio da Portaria Interministerial n.º 994, de 30 de maio de 2012.

- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

No que diz respeito às penalidades previstas na Lei, merece destaque a redução dos parâmetros para o cálculo das penas de multa a serem aplicadas às empresas e aos seus

administradores em caso de condenação por infração da ordem econômica, conforme estabelecido no art. 37 da Lei 12.529/2011. Sob a égide da lei anterior (Lei n.º 8.884/94), a multa aplicável às empresas variava de 1% a 30% sobre o valor do faturamento bruto no Brasil do grupo econômico, no seu último exercício. A Lei atual prevê para a empresa multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, quando for possível sua estimação⁹.

No caso dos administradores a multa a ser aplicada a empresas e administradores passou a ser calculada por meio da incidência percentual sobre o faturamento do grupo econômico no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração – e não mais sobre o faturamento de todo o grupo –, quando for possível a estimação.

3. A caracterização do *Gun Jumping*

O tema do *Gun Jumping* é recente no cenário legislativo brasileiro; entende-se a teoria que se presta a analisar a suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura entre empresas em processo de concentração econômica (MARTINS: 2012, p. 58).

Nesse sentido, vale entender em que medida os acordos, inerentes ao processo de concentração econômica, podem violar as normas do direito antitruste, o que é nossa proposta. A identificação da ilicitude do *Gun Jumping* está relacionada à análise da posição competitiva das partes, das condições do mercado, da finalidade da operação e da natureza do *due diligence* e das condutas prévias à consumação da operação.

Conforme já exposto, considera-se *Gun Jumping* a “queima da largada”. Tal expressão

⁹ Art. 37 dispõe: A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

pode ser facilmente entendida se analisada sob o aspecto de atividades que envolvam competição em que, seja esportiva ou econômica, as condições de largada podem definir um bom resultado. Logo, transpondo a ideia para um processo de concentração econômica, uma boa largada ou um início rápido pode garantir a eficiência da negociação entre as partes, bem como do planejamento e da implementação da operação.

Todavia, vale destacar que a execução precoce da operação pode “queimar a largada” e, portanto, entrar em conflito com as normas do direito antitruste, com a caracterização do *Gun Jumping*.

A Lei 12.529/11 alterou por completo o sistema de controle dos atos de concentração econômica no Brasil. Inovou ao introduzir o controle preventivo dos atos de concentração¹⁰. De acordo com o art. 88, §§ 2.º e 3.º da Lei, o controle dos atos passou a ser prévio e as operações não podem ser consumadas antes da sua apreciação pelo CADE, sob pena de sanção que deve ser imposta pela caracterização do *Gun Jumping*:

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

[...]

§ 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.

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

Também pode ser observada a regulação desse controle prévio no art. 108, § 1.º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RiCade), que dispõe:

¹⁰ A análise feita *a posteriori*, conforme previa a Lei 8884/94, era praticamente ineficaz e tornava a avaliação anticoncorrencial extremamente difícil para os órgãos competentes. Com a alteração promovida pela nova lei, o Brasil se alinha aos países que possuem as melhores legislações antitrustes.

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

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

Anteriormente, sob a vigência da Lei 8.884/94, somente existia um controle posterior de estruturas, em que as empresas submetiam o negócio jurídico à análise da autoridade concorrencial somente após a sua consumação.

Sob o aspecto procedimental, o *Gun Jumping* ocorre quando as partes integrantes de uma operação de concentração não observam o dever de notificar previamente a autoridade antitruste ou de aguardar o período de espera para a análise do ato.

Tão importante quanto o aspecto procedimental é a observância da caracterização material do *Gun Jumping*: a troca indevida de informações e/ou a integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica. Ressaltamos que quando as partes competidoras coordenam suas atividades antes da consumação efetiva da operação, ocorre uma limitação da independência funcional de uma das partes – antes da aprovação da operação pela autoridade antitruste –, o que fere o controle prévio recém introduzido no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que prima pela manutenção das condições de concorrência do mercado sem restrição da concorrência.

Portanto, é defeso às partes a coordenação de atividades consistentes na troca de informações comercialmente sensíveis que garantam à parte contrária uma vantagem competitiva no mercado (desde que restrinjam ou limitem efetiva ou potencialmente a individualidade de uma das empresas que planejam a integração) antes do fechamento do negócio – o *Gun Jumping* – e, caso sejam identificadas, serão caracterizadas como condutas anticompetitivas realizadas por empresas em processo de concentração econômica, já que devem operar como competidores independentes e, assim, preservar as respectivas competitividades até a decisão final da autoridade antitruste, o CADE.

Não obstante, a coordenação de algumas atividades entre as partes, ainda que entendidas como necessárias, pode ser questionada pela autoridade antitruste. Observa-se a necessidade do estabelecimento de parâmetros mínimos para a ocorrência dessa coordenação prévia entre as

empresas integrantes de um processo de concentração econômica (MARTINS: 2012, p. 73), evitando assim, a caracterização do *Gun Jumping*; porém, diante da lacuna na legislação brasileira sobre a determinação desses parâmetros, a análise se faz caso a caso, conforme bem esclarece Leonor Cordovil,

“É essencial que o CADE esclareça aos administrados quais atos teriam o condão de consumir o negócio jurídico. Em termos práticos, espera-se que o CADE esclareça: (i) quais medidas que as partes de um ato de concentração poderão adotar antes da aprovação do CADE, (ii) quais informações poderão ser compartilhadas entre as partes no curso de uma *due diligence* e até a decisão final do CADE; (iii) como e em qual medida, se alguma, as partes poderão integrar ativos e, ou a administração das empresas (especialmente a administração relacionada às questões comerciais e de *marketing*); e (iv) como caracterizar e identificar a unificação do exercício de poder dentro das empresas antes da aprovação do ato pelo CADE.” (CORDOVIL: 2011, p. 213)

Insta consignar que para que se possa evitar a caracterização do ilícito no ato de concentração e legitimar a conduta adotada pelas partes, deve-se estabelecer, preliminarmente, o momento de notificação ao CADE, antes do início de sua execução. Vale frisar que na vigência da Lei 8.884/94, as partes assinavam contratos sob condição suspensiva dos efeitos do contrato à decisão do CADE, sendo-lhes permitido iniciar a integração, desde que fossem preservadas as condições irreversíveis do negócio.

A partir da vigência da Lei nº 12.529/11, as partes não podem praticar nenhum ato de integração que represente a execução do contrato assinado. Conforme a lição de Gaban e Domingues,

“O Brasil, no primeiro momento de aplicação da NLAB, enfrentará um processo (possivelmente penoso) de amadurecimento e de mudança cultural em que o risco do *gun jumping* possivelmente será em vezes maior que o risco de mérito propriamente dito. Por essa razão, aconselha-se aos agentes econômicos adotarem, sempre que possível, medidas mais conservadoras com relação a práticas de ato de consumação em operações que tenha sido notificadas ao SBDC” (GABAN e DOMINGUES: 2012, p. 118)

4. Os casos na indústria do petróleo.

As alterações da nova lei antitruste brasileira impactam diversos setores da economia, inclusive a indústria de petróleo. No segmento do *upstream*, algumas operações e transações comerciais, como os contratos de cessão de direitos exploratórios (*farm-in/farm-out*) passaram a sofrer uma dupla análise: pela ANP e pelo CADE. As multas que podem ser aplicadas pelo CADE podem chegar a 60 milhões de reais em conjunto com a anulação do negócio, além de expor de modo inconveniente as empresas e os negócios do setor.

Certamente que análises antitrustes devem e precisam ser feitas sobre o setor de exploração e produção de petróleo no Brasil, especialmente, diante do cenário da exploração no pré-sal e do fato de termos tido apenas uma oferta para o sistema contratual de partilha de produção. No âmbito do pós-sal e dos contratos de concessão, igualmente, uma vez que apesar de todo o aparato regulatório e da realização de licitações públicas destinadas a eleger os melhores concessionários, o resultado das rodadas de licitações é bastante previsível, conforme aponta o quadro abaixo:

Quadro I – Dados das Rodadas de Licitações

	Bid 1	Bid 2	Bid 3	Bid 4	Bid 5	Bid 6	Bid 7	Bid 8	Bid 9	Bid 10	Bid 11
Blocos licitados	27	23	53	54	908	913	1134	284	271	130	289
Blocos concedidos	12	21	34	21	101	154	251	38	117	54	142
Participação da PETROBRAS	5	8	15	8	88	107	96	21	27	27	34

Fonte: Elaborado a partir dos dados obtidos no site da Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis

Nota: BID – Leilão

Desde a abertura do setor, em 1997, e, inobstante a flexibilização do monopólio, hoje, no Brasil, a participação da PETROBRAS na exploração de blocos petrolíferos, no sistema do contrato de concessão, *onshore* e *offshore* é de cerca de 46%, sem contabilizar os blocos referentes à rodada zero e os direitos obtidos por meio de operações de *farm-in farm-out* que a

empresa participou.

Ao lado deste cenário, convém sublinhar que o novo marco regulatório do pré-sal além de garantir a participação da PETROBRAS como operadora em todos os blocos, não regulamentou a forma como a empresa atuará como ofertante. Existe, portanto, um vazio normativo que deixa nas mãos de um mercado extremamente assimétrico as possibilidades de associação entre a PETROBRAS e as demais empresas. Conforme noticiado nos jornais e publicações especializadas, este “namoro” entre as empresas e a PETROBRAS não será regido por nenhum procedimento licitatório que possa garantir igualdade de condições entre todos os interessados na rodada do pré-sal. O poder econômico da PETROBRAS no setor de *upstream* é pujante.

No âmbito dos contratos de cessão, as multas aplicadas pelo CADE sobre tais operações afetam sobremaneira as negociações comerciais do *upstream* nacional. Isto por dois motivos: a) mudança no sistema concorrencial brasileiro que agora exige a aprovação prévia dos atos de concentração, sem que nenhum ato tenha sido praticado antes desta apreciação (controle prévio); e b) entendimento do CADE e da ANP de que cessão de direitos e deveres decorrentes do contrato de concessão correspondem a ativos intangíveis das empresas e, portanto, sujeitos aos controles dos atos de concentração.

Apesar de a nova lei estar em vigor desde maio de 2012, foi a partir deste ano que a Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis - ANP tornou obrigatória a declaração de aprovação da operação por parte do CADE para então poder analisar o processo de cessão, por meio do Ofício Circular nº 003/2013/SEP.

De acordo com a nova Lei e com a Portaria Interministerial n.º 994/2012, os negócios de cessão envolvendo partes que possuam cumulativamente faturamento bruto anual (ano anterior ao da operação) ou volume de negócios total no país de valor equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e a outra parte faturamento bruto anual (ano anterior ao da operação) ou volume de negócios total no país de valor equivalente ou superior R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) devem ser submetidos à análise do CADE, antes de sua concretização

Cada análise de cessão de direitos implica a abertura de um processo administrativo individualizado, cujas custas correspondem, atualmente, a um valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) a serem recolhidos via GRU, nos termos do art. 23 da Lei 12.529/12.

Nos termos do art. 8, inc. III, as cessões de direitos dos contratos de concessão,

especialmente, quando a operação estiver na fase exploratória, tendem a ser apreciadas via rito sumário, com previsão de duração de até 240 (duzentos e quarenta) dias, desde que o CADE não entenda que se trata de um ato complexo. A média atual de prazo para apreciação de atos de concentração no CADE tem sido de 18 dias.

A multa pela não submissão ao CADE dos atos de concentração podem variar entre R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), bem como a anulação do negócio jurídico.

Em relação ao CADE, já foram submetidas e aprovadas as seguintes operações envolvendo cessão de direitos:

- BP/Devon (AC nº 08012.003431/2010-81, aprovada sem restrições em 19/05/2005);
- Mersk/SK (AC nº 08012.000097/2011-94, aprovada sem restrições em 02/03/2011);
- TNK/Petra (AC nº 08012.008374/2011-15, aprovada sem restrições em 14/09/2011);
- Petrobras/BG (AC nº 08012.008348/2011-89, aprovada sem restrições em 28/09/2011);
- TNT/HRT (AC nº 08012.010312/2011-65, aprovada sem restrições em 14/03/2012); e
- Vale/Statoil, (AC nº 08700.000374/2013-72, aprovada sem restrições em 25/01/2013)¹¹.

O fortalecimento do CADE com a nova lei e as mudanças do sistema concorrencial vieram em boa hora. Mas há que se ter cautela com uma possível atuação indiscriminada sobre os agentes econômicos envolvidos que merecem uma revisão minuciosa sobre o funcionamento da indústria e suas características específicas. Além, é claro, de uma atuação coordenada entre o CADE e a ANP para a perfeita condução do tema em face de um mercado notoriamente conturbado.

¹¹ Dados disponíveis no site www.cade.gov.br

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 19 fev. 2014.

_____. Lei n 8.884/94, de 11 de junho de 2004. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em 19 fev. 2014.

_____. Portaria Interministerial n.º 994, de 30 de maio de 2012. CADE. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>. Acesso em 19 fev. 2014.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora RT, 1997.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito Antitruste Brasileiro: comentários à lei n.º 8.884/94*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. *Lições de Direito Econômico*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: exercício e abuso – direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

MARTINS, Amanda A. L. *Gun Jumping, Controle Prévio de Estruturas e o Cade*. Revista do IBRAC, RIBRAC, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA.)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. SP: Saraiva, 2012.

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

CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora RT, 2011.