



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**

**A NULIDADE EM CASOS DE *GUN JUMPING***

Éllysson Sebastian de Araújo Rocha

Brasília

2014

**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**

Éllysson Sebastian de Araújo Rocha

**A NULIDADE EM CASOS DE *GUN JUMPING***

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Frazão

Brasília  
2014

**Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito**

Éllysson Sebastian de Araújo Rocha

**A NULIDADE EM CASOS DE *GUN JUMPING***

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito [    ]

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Professora Doutora Ana Frazão (Orientadora) (UnB)**

---

**Professor Gabriel de Mello Galvão (UnB)**

---

**Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo (CADE)**

BRASÍLIA

2014

*Ao meu SENHOR Jesus Cristo, porque ao meu Deus toda a honra, louvor e glória. Aos meus pais por terem me ensinado tudo de mais valioso, com imenso amor. Aos meus irmãos pelo carinho e amizade. À Lorrane por me encher de motivos para sorrir. Ao restante da família, porque levo cada um no coração.*

## AGRADECIMENTOS

Como diria o sábio Salomão, “para tudo há uma ocasião, e um tempo para cada propósito debaixo do céu: tempo de nascer e tempo de morrer, tempo de plantar e tempo de arrancar o que se plantou, [...] tempo de procurar e tempo de desistir, tempo de guardar e tempo de lançar fora, tempo de rasgar e tempo de costurar, tempo de calar e tempo de falar, tempo de amar e tempo de odiar, tempo de lutar e tempo de viver em paz.” (Eclesiastes 3:1-8)

É chegado o tempo de formar! Sou imensamente grato a meu DEUS pela oportunidade que tive de estudar durante esses 5 anos na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Isso, jamais esquecerei. São tantas experiências, mudanças, sonhos. O milagre de Cristo ao me abrir as portas da UnB só não foi maior que a sua obra salvadora, o milagre que nos concede vida eterna. Sou extremamente grato a Ele por ter fortificado a minha fé em cada um dos meus dias nessa universidade.

Agradeço ao “FA: Focados no Amor maior”, grupo cristão que se reúne na FD, antiga FA. Vocês tornaram os dias de UnB em pequenos pedaços da eternidade! À minha segunda família, amigos cristãos da Igreja de Nova Vida, Batista Central e MPC eu só tenho a agradecer-los por me lembrarem que a minha vida só faz sentido quando vivo à luz da eternidade, propagando o Amor verdadeiro. Ao Movimento Revolução, a cada um de vocês, peço que não me deixem deixar de sonhar. Que os nossos sonhos mudem a realidade que nos cerca, que o Espírito Santo de Deus nos use nas universidades, escolas e em cada canto dessa cidade. Obrigado por rechearem de sentido eterno minha vida universitária.

Aos amigos da ANAC, obrigado pelas risadas. Os dias seriam mais difíceis sem elas. Aos amigos de UnB, sem dúvidas, sei que não seria possível chegar até aqui sem vocês.

Aos meus pais, muito obrigado. Palavras são inúteis para expressar o tamanho da gratidão que sinto por vocês, meus heróis, parceiros e exemplos. Vocês são um presente de Deus na minha vida! Ao Dry, meu sincero agradecimento por me ensinar, na marra, a argumentar e debater logicamente! Nossas discussões são edificantes! Marinelson e Jô, mesmo à distância, vocês sempre serão irmãos amados. Aos familiares de Brasília, e aos do Amapá, meu muito obrigado. Sei que o apoio de vocês, em palavras, atitudes e orações foram essenciais nessa conquista!

À Lorrane Sena, minha amada, você foi, sem dúvida, a melhor coisa que me aconteceu durante os anos de Universidade de Brasília. Faria outro curso inteiro, se preciso fosse, só para me apaixonar por você, no primeiro dia de aula!

Formo com a sensação de dever cumprido, de ter combatido um bom combate com a força de Cristo, mas há ainda muito a fazer. A todos que participaram desse processo, muitíssimo obrigado.

## RESUMO

O escopo do presente trabalho será analisar a pena de nulidade em casos de *gun jumping* – que pode ser brevemente definido como uma infração ao dever de notificação prévia, seja por consumação prematura da operação ou por troca indevida de informações sensíveis, antes de autorizada a operação. Tal ilícito é uma decorrência do sistema de análise prévia adotado na Lei Antitruste brasileira (Lei nº 12.529/2011). Após melhor desenhada a definição de *gun jumping*, discorrer-se-á sobre a incidência da pena de nulidade prevista no art. 88, §3º, da Lei Antitruste. Porém, até o presente momento, embora já tenha havido quatro condenações pelo referido ilícito, nunca houve a decretação de nulidade. Diante da complexidade da questão, há autores que defendem que a lei quando se refere à nulidade, refere-se ela, na verdade, à anulabilidade. Tais controvérsias doutrinárias revelaram a necessidade de se analisar com cautela a “teoria das nulidades”. Como tal sanção não abarca todos os atos de *gun jumping*, faz-se necessário saber seu escopo, e assim, poderão ser enfrentadas as diferentes sugestões, encarados os entraves práticos, analisado o panorama atual do CADE e propostos novos caminhos ao sistema.

**PALAVRAS CHAVE:** *Gun Jumping*; Pena de Nulidade; Relativização da Nulidade; Teoria Geral das Nulidades; CADE; Análise Prévia; Consumação Prematura; Lei Antitruste; Escopo da decretação de nulidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 A ANÁLISE PRÉVIA E O GUN JUMPING</b> .....	9
1.1 A transição para o sistema de análise prévia no Brasil .....	9
1.2 O sistema americano de notificação prévia: o surgimento do <i>gun jumping</i> .....	14
1.3 O conceito de <i>gun jumping</i> .....	19
1.4 <i>Gun jumping</i> : consequências, punições e cartel.....	22
1.5 Algumas condutas controversas: <i>due diligence</i> , planejamentos de transição e troca de informações sensíveis .....	29
<b>2 A PENA DE NULIDADE EM CASOS DE GUN JUMPING</b> .....	36
2.1 A teoria das nulidades .....	36
2.2 Nulidade x anulabilidade.....	39
2.3 Anulabilidade no direito administrativo: é possível?.....	43
2.4 Consequências e entraves práticos da invalidação em casos de <i>gun jumping</i> .....	46
2.5 Panorama atual do CADE quanto à nulidade em casos de <i>gun jumping</i> .....	55
2.5.1 CASO OGX/PETROBRÁS.....	55
2.5.2 CASO UTC/AURIZÔNIA .....	57
2.5.3 CASO UTC/POTIÓLEO .....	60
2.5.4 CASO TOTAL/PETROBRÁS.....	61
2.5.5 CASO FIAT/CHRYSLER.....	63

<b>CONCLUSÃO: CAMINHOS POSSÍVEIS.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>71</b>

## INTRODUÇÃO

Qualquer que seja a natureza das competições, uma coisa lhes é comum: elas possuem regras. No esporte, por exemplo, os competidores de uma corrida têm de respeitar o momento da largada. Similarmente, o Direito Concorrencial possui regras que regulam o mercado e a concorrência entre seus agentes. Ocorre que, havendo um processo de concentração econômica, em que empresas deixarão de competir, também há uma largada, um ponto de partida a ser respeitado. Se a largada é queimada, tem-se o *gun jumping*, que é a precipitação das empresas que não esperam a autorização do órgão antitruste, consumando a operação antes do momento permitido.

Sendo uma decorrência do sistema de análise prévia adotado na Lei nº 12.529/2011 – a Lei Antitruste – o *gun jumping* é um ilícito que pode ser brevemente definido como uma infração ao dever de notificação prévia, seja por consumação prematura da operação ou por troca indevida de informações sensíveis. Duas sanções são aplicadas em decorrência dele: multa e declaração de nulidade dos atos de consumação; sendo que o escopo do presente trabalho será analisar essa pena<sup>1</sup> de nulidade.

Assim, uma vez ocorrido esse ilícito concorrencial, há a possibilidade de aplicação da sanção nulificante, e ela será, portanto, o foco da presente pesquisa. Todavia, para a correta imposição de uma punição, é preciso que se analise cuidadosamente o ato contra o qual ela é aplicada. Por isso, primeiramente, ocorrerá uma exposição concisa a respeito do *gun jumping*, que está previsto na Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), art. 88, §§ 3º e 4º:

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

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

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, **deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas**, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.<sup>2</sup> (grifos nossos)

---

<sup>1</sup> Aqui e em todo trabalho, “pena” é termo utilizado em seu sentido *latu*, como sinônimo de sanção.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. (Lei Antitruste). Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em 05 nov. 2014.

Assim, haverá o esforço de elucidar o tormentoso tema do *gun jumping*. Busca-se uma definição mais precisa de tal instituto, a fim de que se possa ter uma melhor noção acerca de sua utilização no âmbito do Direito Concorrencial nacional. Porém, ressalta-se que tal tarefa é tida como árdua, visto que não há consenso quanto ao que qualifica uma conduta como sendo uma prática do referido ilícito. Além disso, há inclusive uma discussão doutrinária quanto à possibilidade de existirem condutas que – enquadradas como *gun jumping* por definição – ainda assim sejam consideradas lícitas.

Uma vez melhor desenhada a definição de *gun jumping*, discorrer-se-á sobre a incidência da pena de nulidade prevista no art. 88, §3º, da Lei Antitruste. Até o presente momento, embora já tenha havido quatro condenações pela “queima da largada”, nunca houve a aplicação da sanção nulificante. Diante da complexidade da questão, há autores que defendem que a lei quando se refere à nulidade, refere-se ela, na verdade, à anulabilidade.<sup>3</sup>

Tais controvérsias doutrinárias revelaram a necessidade de se analisar, com cautela, a “teoria das nulidades”, visto ser importante saber como ela tem sido aplicada pelo CADE. Diante disso, o estudo de autores do direito civil e administrativo foi essencial para se propor melhores alternativas quanto às decisões de nulidade no âmbito antitruste.

Dessa forma, o presente trabalho resta assim dividido: A primeira seção (A análise prévia e o *gun jumping*), na qual se explicitará o contexto de mudança legislativa no qual o *gun jumping* está inserido, discutindo-se tal ilícito e também o detalhando; e a segunda (A pena de nulidade em casos de *gun jumping*) onde serão analisados os julgados do CADE no que tange à decretação de nulidade, o respaldo dessas decisões com base na teoria geral das nulidades, havendo, por fim, a proposição de uma aplicação capaz de melhor lidar com essa problemática.

## **1. A ANÁLISE PRÉVIA E O GUN JUMPING**

### **1.1. A transição para o sistema de análise prévia no Brasil**

“No dia 02 de dezembro de 2011, com a publicação (...) do texto da Lei 12.529/2011, sancionada em 30 de novembro de 2011, o Brasil começou a se despedir do pequeno grupo de

---

<sup>3</sup> Dentre eles, TAUFICK e OLIVEIRA, como exposto em momento posterior neste trabalho.

países que ainda contam com o sistema de análise posterior de atos de concentração.”<sup>4</sup> Assim celebrou ANDERS o fim do sistema de análise *a posteriori*. Em 30 de maio de 2012, o Brasil dava boas vindas ao sistema de notificação prévia.

Até o dia 29 de maio de 2012, portanto, o sistema de defesa da concorrência no Brasil estava basicamente regulado pela lei 8.884/94, lei esta que transformara o CADE em autarquia e regia as bases do SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.<sup>5</sup> Esta lei regulava diversos aspectos desse sistema, e já conferia ao CADE a competência para julgar condutas anticoncorrenciais, bem como a aprovação ou não de atos de concentração. Segundo o que dispunha a lei, estes atos deveriam ser notificados ao CADE previamente ou em até 15 dias após a sua efetivação. Assim, o CADE analisaria os possíveis reflexos danosos à concorrência de atos que já produziam efeitos. Deste modo, ainda que posteriormente reprovado, é possível que os efeitos danosos dos atos já fossem de grande monta e irreversíveis.

Com a nova lei (12.529/2011) isto mudou. Os atos de concentração não mais devem ser notificados posteriormente à sua efetivação; devem necessariamente, sob pena de multa e até nulidade, ser notificados antes mesmo de serem concretizados. Assim, o CADE poderá analisar com maior cautela os possíveis riscos que a operação causará ao mercado e conseqüentemente ao consumidor, podendo dessa forma ter uma postura de atuar preventivamente com relação aos possíveis danos, e isso traz a vantagem de que concentrações entendidas como danosas à concorrência sequer viriam a produzir seus efeitos.

Ademais, ressalta-se que o controle de concentrações é um importante instrumento do direito antitruste, pois através dele atua-se na prevenção do mercado contra configurações mercadológicas que sejam prejudiciais ao sistema. Assim, tem-se no controle de concentrações uma ferramenta na luta contra a formação de monopólios, oligopólios, ou qualquer outra configuração que seja prejudicial aos consumidores ou que diminua a eficiência do mercado relevante da operação. Por isso, é importante a exposição das vantagens da transição de um sistema de análise posterior para o atual sistema de análise prévia.

---

<sup>4</sup> ANDERS, Eduardo Caminati. Sistema de notificação prévia in: CORDOVIL, Leonor. et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 208.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n 8.884/94, de 11 de junho de 2004. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)>. Acesso em 05 nov. 2014.

Ora, é sabido que é objetivo do direito antitruste buscar limitar o uso abusivo do poder de mercado, na medida em que isso implique prejuízos ao processo natural de concorrência do mercado. Assim, busca-se definir parâmetros que permitam incentivar a existência de um ambiente favorável à competição. Muito bem definido por GAMA, os objetivos do antitruste podem ser assim sintetizado:

A política de defesa da concorrência pode ser entendida como um conjunto de normas jurídicas e sociais cuja motivação é restringir atos e práticas que cerceiam o processo concorrencial. Desta forma congrega ações e parâmetros regulatórios do Estado que estão voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, tendo em vista preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados.<sup>6</sup>

Diante disso, busca-se cumprir tais objetivos por meio de duas maneiras. A primeira é por meio do controle de condutas, praticadas unilateralmente ou em conjunto, que buscam restringir a concorrência entre os agentes. Exemplos disso são os combates a cartéis, vendas casadas, imposição de preços de revenda dentre outras condutas que prejudicam o mercado. A segunda grande vertente de atuação do direito antitruste é justamente o controle preventivo sobre as concentrações de agentes.

Ainda que boa parte das concentrações não apresentem riscos à competição<sup>7</sup>, é preciso que haja o controle de estruturas, de modo a prevenir o mercado de concentrações que por si só podem causar efeitos totalmente anticompetitivos ao mercado, podendo ser irreversíveis. Assim, passa-se a análise de tais espécies de controle.

Existem basicamente dois tipos de controle de concentrações: o controle prévio e o posterior ao fechamento da operação. No primeiro caso, antes mesmo de ser concluída a operação, o órgão antitruste poderá intervir. Assim, se o CADE, por exemplo, reprovou uma operação sob o rito prévio, essa operação sequer virá a existir<sup>8</sup>. No entanto, no controle *a posteriori*, exige-se a notificação apenas depois de a concentração já estar concluída, sendo que até o julgamento definitivo, as empresas já estariam atuando como uma só entidade

---

<sup>6</sup> GAMA, Marina Moreira da. **A Teoria Antitruste no Brasil: Fundamentos e Estado da Arte**. Disponível em: <http://web.face.ufmg.br/cedeplar/site/pesquisas/td/TD%20257.pdf> >. Acesso em 20 jun. 2013. p.12

<sup>7</sup> No Brasil, apenas cerca de 2% das concentrações notificadas sofreram restrições ou foram reprovadas, segundo: MARTINEZ, Ana Paula. **Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil**. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120614174238\\_an-overview-of-merger-review-in-brazil-and-upcoming-challenges.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120614174238_an-overview-of-merger-review-in-brazil-and-upcoming-challenges.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2014. p. 64.

<sup>8</sup> A menos, obviamente, que se recorra à justiça para a garantia de um direito que se julgue ter sido violado pela decisão do CADE.

durante um bom período. Assim, em caso de reprovação do ato sob esse modelo, ter-se-á que reverter a concentração, fazendo-se uma complicada ação de desinvestimento e separação das entidades.

O Brasil, como já fora exposto, com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, segue o padrão que já é utilizado pelos EUA e pela União Europeia, dentre outros, na análise das concentrações dos agentes econômicos. Nestes países, a análise dos atos de concentração é prévia, assim como passou a ser no Brasil. Apesar de muito ter inspirado os legisladores brasileiros, existem certas diferenças substanciais entre o sistema brasileiro e o americano; diferenças estas – a serem observadas no momento apropriado – que podem ajudar a analisar se o Brasil realmente fez a melhor opção ao adotar o sistema atual.

Em um primeiro momento, entre os autores brasileiros não havia um consenso quanto aos possíveis benefícios de um sistema de análise prévia dos atos de concentração, sendo muito perceptível a preocupação que alguns tinham quanto às peculiaridades do sistema aqui adotado. Muitos autores nacionais, já antes da promulgação da atual Lei Antitruste, demonstraram seus questionamentos em relação à possível alteração legal para um sistema de notificação prévia, como pôde ser percebido na citação de CASTRO: “A proibição da análise *a posteriori*, causando danos aos empresários, trará prejuízos a consumidores, empregados, e à economia em geral, inclusive sendo fator de desincentivo para investimentos estrangeiros no País.”<sup>9</sup>

Todavia, parece que a maior parte das manifestações contrárias à normatização da notificação anterior recaía sobre a maneira pela qual ela se daria no Brasil. Mais especificamente, o maior motivo de temores quanto à nova lei era a questão dos prazos para tal análise prévia, que podem chegar a 330 dias.<sup>10</sup> É o que se percebe pela afirmação de ANDERS:

A alteração de um regime *a posteriori* de notificação para um regime *a priori* caracteriza relevante mudança na forma e procedimento da análise dos atos de concentração. Contudo, vislumbra-se que as mudanças mais significativas referem-se aos prazos de aprovação das operações.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> CASTRO, Ramsés Maciel de. A responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. In: **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, n. 44, p. 62-74, abr./maio. 2012. p. 70.

<sup>10</sup> O prazo para a análise é de 240 dias prorrogáveis por até 90 dias, perfazendo um máximo de 330 dias. (Lei Antitruste, Op. Cit., art. 88, §§ 2º e 9º).

<sup>11</sup> ANDERS, Eduardo Caminati et ali. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 280

Contudo, mesmo no Brasil, já parecia existir – ainda antes da entrada em vigor na nova lei – uma maioria consolidada na doutrina que era favorável à análise prévia, ainda que com algumas discordâncias no que tange a questões procedimentais. Um forte argumento que já se utilizava na defesa da análise prévia dos atos de concentração é o de que pela análise *a posteriori* existe o seguinte problema: no momento da análise, as estruturas das empresas já estão unidas e com isso os custos para desinvestir a fusão é gigantesco. Nesse sentido, vale citar PAGOTTO e sua crítica ao sistema que vigorava sob a Lei. 8.884/94:

Esse sistema evitava prejuízos em caso de atraso na análise da operação pelo Cade. Por outro lado, esse sistema possui uma desvantagem clara: caso o Cade entenda que a operação é nociva à concorrência e decida rejeitá-la, terá que levar em consideração os custos associados à reversão da operação.<sup>12</sup>

Além disso, no sistema da atual Lei Antitruste, há a possibilidade legal de consumação antecipada da operação, quando o tempo de análise do ato de concentração puder resultar em prejuízos às requerentes. O artigo 59, §1º, da supracitada norma<sup>13</sup>, deixa isso bem evidente: “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.”

Outro poderoso argumento que surge nesse contexto é o da segurança jurídica. Com as operações obtendo sua aprovação previamente à própria consumação da concentração, elimina-se o indesejável temor de que as empresas precisem se desfazer de uma fusão já em pleno funcionamento, por exemplo. Tal temor produzia efeitos maléficis ao mercado devido à incerteza que caracterizava a operação antes de sua aprovação – pois no sistema de notificação posterior não se sabia ao certo se a configuração do mercado seria ou não mantida – num reflexo claro de que a insegurança jurídica gerada pela incerteza da continuidade da concentração precisava ser corrigida.

Diante de todo o exposto, numa economia altamente globalizada como essa em que se vive hoje, é imprescindível que se realce a importância da segurança jurídica e de um padrão bem definido de análise para que, dentre outros benefícios, conduza-se à maior atração de investimentos internacionais para o Brasil. Ora, a política de controle sobre as concentrações não pode ser um entrave ao desenvolvimento da economia nacional. Por isso, ao aderir a um

---

<sup>12</sup> PAGOTTO, Leopoldo *et al.* A nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529-2011. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, vol. 55, p. 15-32, jan./mar. 2012.

<sup>13</sup> Lei Antitruste, Op. Cit.

sistema de notificação prévia, o Brasil aumenta a segurança jurídica de sua regulação sobre as fusões e aquisições e com isso passa a fazer parte da imensa maioria de países que fazem a análise previamente. Nesse contexto, é importante o posicionamento de STOLZ, ainda em 2006:

A indefinição gerada pela análise posterior do negócio (ao ato de concentração) prejudica a atração de novos investimentos para o país. Segundo a presidente do CADE, em entrevista prestada à revista Desafios do Desenvolvimento (...), entre os países de economia aberta, apenas o Brasil, Colômbia e Uzbequistão analisam os casos de fusão depois de realizados os negócios.<sup>14</sup>

Hoje, percebe-se claramente que as vantagens do sistema de análise prévia realmente são superiores às suas falhas. A rigor, com o comprometimento das autoridades concorrenciais no que tange à questão dos prazos, poucos problemas advieram da análise prévia de atos de concentração. Como, após o 2º ano em vigor da nova Lei Antitruste, o tempo médio da análise das concentrações foi de 29 dias<sup>15</sup>, nota-se que o sistema de análise prévia foi muito bem sucedido em sua implantação. A julgar pelo resultado até agora obtido, o novo sistema de controle de concentrações do Brasil afastou a insegurança inicial, sendo mais eficiente inclusive na questão dos prazos.

Nesse contexto, a análise prévia dos atos de concentração pressupõe meios para que as empresas não consumam a operação nem alterem o ambiente competitivo antes da aprovação do CADE. Por isso há a aplicação de sanções a quem viola tal sistema. No entanto, as definições de “consumação” de um ato de concentração, bem como de quais atos caracterizam a “alteração no ambiente competitivo” não são claras. É nesse contexto que surge a necessidade de se estudar o *gun jumping*, pois é preciso que melhor se delimite o campo de atuação permitido às empresas no período anterior à decisão final do órgão de defesa da concorrência.

## 1.2. O sistema americano de notificação prévia: o surgimento do *gun jumping*

---

<sup>14</sup> STOLZ, Fernanda Paula. *et al.* **A Necessidade do Controle A Priori dos Atos de Concentração de Empresas no Brasil**. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Portals/36/SA/2006/ANecessidadeDoControle.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2013. p. 144

<sup>15</sup> CADE. **Balanço do biênio da Lei 12.529/11 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%20de%20anos%20nova%20lei.pdf>>. Acesso em 03 nov. 2014.

Não se tem como abordar o tema do *gun jumping* sem se falar em análise prévia. Todavia, ainda mais essencial é o estudo do funcionamento dos procedimentos de notificação de atos de concentração nos Estados Unidos. Isso ocorre pelo fato de que os EUA são os grandes precursores da doutrina do direito antitruste e, ainda mais especificamente, do instituto do *gun jumping*.

Assim, é importante citar que a tradição do direito antitruste na América do Norte remete ao sec. XIX, com a resistência de parcelas menos favorecidas da população às políticas impostas pelos trustes, uma espécie de coligação entre grandes companhias que acabavam por aumentar preços bem como abusar de sua posição dominante<sup>16</sup>. Desde aquele tempo, a coligação de agentes econômicos têm sido objeto de estudo, análise, e principalmente de regulação por parte do estado.

Com isso, naquele país surgiram importantes normas que buscavam combater o acúmulo de poder de mercado em poucas mãos. Uma norma importantíssima para auxiliar o governo americano na tarefa de combater as concentrações anticompetitivas foi o Hart-Scott-Rondino Act de 1976, tida por SULLIVAN como a ultima maior alteração a produzir efeitos nos mecanismos de análise dos atos de concentração nos E.U.A, sendo uma resposta do governo americano a uma série de derrotas que vinha sofrendo nas cortes. Com um sistema de análise prévia, as Agências de Antitruste puderam obter melhor sucesso em seus esforços contra concentrações anticoncorrenciais.<sup>17</sup>

HOVENKAMP é feliz ao sintetizar as exigências do *Hart-Scott-Rondino Act of 1976*: segundo ele, o *HSR Act* requer notificação prévia de certas concentrações, bem como um “período de espera” que permite ao DOJ e à FTC coletarem informações a respeito da operação proposta.<sup>18</sup>

Basicamente, o *HSR Act* exige que operações entre empresas que cumpram determinados requisitos devam ser notificadas às autoridades antitrustes americanas, antes de serem concluídas. Com papel similar ao que o CADE representa no Brasil, existem duas agências que atuam na análise preventiva de tais ato de concentração: *FTC – Federal Trade*

---

<sup>16</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.; GAMA, Marina Moreira da. **A Teoria Antitruste no Brasil: Fundamentos e Estado da Arte**. Disponível em: <<http://web.face.ufmg.br/cedeplar/site/pesquisas/td/TD%20257.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2013. p.6

<sup>17</sup> SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**. St. Paul: Thomson/West, 2006. p. 559.

<sup>18</sup> HOVENKAMP, Hebert. **Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice**. St. Paul: Thomson/West, 2006. p. 598

*Commission* – e *DOJ – Department of Justice*. Ambas possuem competência para atuar em qualquer caso que envolva o *HSR Act*, todavia, elas possuem uma espécie de “acordo de cavalheiros” o qual possibilita uma existência harmônica de ambas, sem que uma invada algo que já está sob a jurisdição de outra.

Após realizada tal notificação prévia, é necessário que as partes da transação aguardem um “período de espera”. Esse *waiting period* é de 30 dias, sendo o prazo, após as partes terem protocolado a notificação, para que as agências se posicionem quanto à operação poder ou não acontecer. Se a resposta for positiva, as partes podem concluir normalmente a operação. Em caso de resposta negativa, tem-se uma diferença em relação ao modelo brasileiro: nessa hipótese, existe um segundo período de requisições feitas pelas agências do antitruste estadunidense, o qual é chamado de *Second Request*.

Todavia, pode-se dizer que o fato de a Superintendência-Geral do CADE (SG) poder “por meio de decisão fundamentada, declarar a operação como complexa e determinar a realização de nova instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas”<sup>19</sup> (RICADE, art. 56), podendo ainda requerer a dilação do prazo em até 90 dias, aproxima o modelo brasileiro do estadunidense. A diferença maior é que durante o *Second Request* nenhum prazo passa correr senão após o cumprimento das exigências.

Assim, nos EUA, no primeiro momento de espera, bem da verdade, não se decide quanto à viabilidade ou não da fusão<sup>20</sup>, mas sim se ela representa ou não maiores receios concorrenciais. Se as autoridades perceberem que não há maiores riscos, a operação pode ser aprovada mesmo antes dos 30 dias de espera inicial. Contudo, remanescendo questões relevantes quanto à possibilidade de a concentração causar danos à concorrência, deve-se proceder a um “Segundo Requerimento”. Mesmo em caso de as agências reprovarem, de antemão, a operação, esse *Second Request* continua a ser necessário, como bem elucidada SHENEFIELD.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> BRASIL. CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Ricade**. Resolução nº 1/2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?182bfb0de43ace54a693a4b28fb7>>. Acesso em 15 nov. 2014.

<sup>20</sup> Aqui e em todo o trabalho, “fusão” é expressão utilizada, alternadamente a “concentração”, para a tradução de “merger”. Essa palavra, em inglês, pode ser traduzida tanto por fusão propriamente dita, possuindo um sentido mais estrito, bem como pode representar todo o tipo de concentração, tendo um sentido mais geral. Assim, usa-se, para fins desta pesquisa, o termo “fusão” no seu sentido mais amplo.

<sup>21</sup> SHENEFIELD, Jonh H; STELZER, Irwin M. **The Antitrust Laws**. Washington, D.C: The AEI Press, 1996. p. 57.

Novamente, há uma semelhança com o modelo brasileiro, visto que a aprovação de atos de concentração pelo rito sumário, diretamente pela Superintendência-Geral do CADE (SG), foi o que ocorreu na maioria dos casos e levou um tempo médio de 20 dias ao final do 2º ano em vigor da nova Lei Antitruste<sup>22</sup>. Há, portanto, certa similaridade entre os processos aprovados com a dispensa do *Second Request*, nos EUA, aos processos aprovados em Rito Sumário, no Brasil. Por outro lado, há certa correspondência entre o *Second Request* americano e o enquadramento de um Ato de Concentração como complexo, no Brasil.

A diferença quanto ao modelo brasileiro é mesmo que, quando a decisão de exigir um *Second Request*, ao fim dos 30 dias iniciais, é emitida, nenhum prazo volta a correr sem que haja o envio, pelas partes, de todos os documentos, provas e informações requeridos no *Second Request*. Apenas quando a autoridade decide que todas as exigências do segundo requerimento foram cumpridas é que começa a correr um outro prazo, de 30 dias<sup>23</sup>, ao fim do qual as partes podem concluir a operação.

Todavia, há sempre muita negociação quanto a esses prazos. De um lado, as partes têm o total interesse em que esse processo dure o mais rápido possível; de outro, as autoridades têm considerado que o prazo pode ser curto, o que lhes leva a negociar um prazo maior para com as partes. Essas negociações são possíveis em virtude de uma peculiaridade do sistema americano em relação ao brasileiro: no sistema americano, as autoridades administrativas não têm o poder de reprovar e impedirem, por si sós, a fusão das empresas.

Assim, caso a autoridade queira impedir que a concentração ocorra, precisa recorrer ao judiciário. Como bem explica SCHENEFIELD, versando sobre o final do prazo do *Second Request*:

Ao fim desse período, as partes podem concluir a operação. Frequentemente, se a agência precisar de mais tempo, tentará persuadir as partes para que adiem a consumação. Se não puder, deve estar preparada para mover ação em um tribunal federal para impedir que a fusão ocorra.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> CADE. **Balço do biênio da Lei 12.529/11 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%20de%2020anos%20nova%20lei.pdf>>. Acesso em 03 nov. 2014.

<sup>23</sup> Tradução Livre de: “Issuance of a Second Request extends the HSR waiting period, typically until 30 days after certification of ‘substantial compliance’ with the Second Request.” (COOK, Robert N. **THE “PAPERLESS” SECOND REQUEST?** Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/robertcook.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2013. p.2.)

<sup>24</sup> Tradução Livre de: “At the end of that time, parties may proceed to close. Frequently, if the agency needs further time, it will hope to persuade the parties to delay the consummation. If it cannot, it must be prepared to file suit in federal court to prevent merger to take place.” (SCHENEFIELD; STELZER, Op. Cit. p. 57.)

Diante disso, sabendo-se que não é vantajoso nem às agências nem às empresas, judicializar a questão, a possibilidade de negociar os prazos é grande. As empresas não querem correr o risco de concluir uma operação e ter que fazer uma alienação forçada por decisão judicial. Além disso, os processos judiciais nos Estados Unidos são extremamente caros, o que faz com que se tente de todo modo fechar acordos, tanto com relação à extensão de prazos de análise, quanto em relação a modificações contratuais no escopo do processo que possam eliminar potenciais riscos à concorrência percebidos pelo DOJ ou FTC.

Com isso, muitas empresas sequer tentam prosseguir com a fusão quando há reprovação por parte das agências. Segundo SCHENEFIELD<sup>25</sup>, assim que há a decisão de ajuizar uma ação contra o prosseguimento de uma aquisição, as agências podem ir à corte e pedir uma medida, com efeitos provisórios e preventivos – similar à medida cautelar, no Brasil – a fim de impedir, temporariamente o prosseguimento da operação, ou seja, congelar esta. Frequentemente, a justiça entende por prover o pedido das agências e efetuar tal “congelamento”. Isso, ainda segundo o mesmo autor, é suficiente para fazer com que empresas desistam de seguir em diante em uma negociação já reprovada pelas agências, ou, ainda, tentar renegociar a operação junto às agências.<sup>26</sup>

Assim, percebe-se que o *HSR Act* cumpriu seu papel e conseguiu possibilitar maior controle por parte das autoridades americanas sobre as fusões e aquisições que lá ocorrem.

Contudo, como citado anteriormente, nota-se que o sistema brasileiro possui, apesar das críticas, diversas similaridades com o sistema americano. Além disso, pode ser ainda mais vantajoso às empresas, visto que o Art. 133 do RICADE dispõe que: “O descumprimento dos prazos previstos nos §§ 2º e 9º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica.”<sup>27</sup> Assim, ao contrário do que muitos críticos alardeavam, o sistema brasileiro confere às empresas maior segurança, pois garante a aprovação de suas operações ao final desse prazo. Do contrário, no sistema americano, deve haver negociação com as autoridades concorrenciais para que elas não ingressem com ação judicial.

Mas por que toda essa legislação é tão importante para a questão do *gun jumping*?

Bom, o *gun jumping* seria uma violação decorrente do desrespeito à obrigatoriedade de submissão prévia de atos de concentração. Sendo assim, autores americanos chegam a

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 58

<sup>26</sup> Ibid. loc. cit.

<sup>27</sup> RICADE. Op. Cit.

definir *gun jumping* de uma forma bem simples e direta: “é uma violação do HSR Act”.<sup>28</sup> Diante disso, fez-se extremamente necessário a exposição elucidativa da regulamentação exercida pelo HSR Act a fim de que se possa perceber como esse instituto funciona, e de que modo pode ser violado. Todavia, a objetividade e a clareza das definições acima apresentadas, escondem uma infindável quantidade de questões que precisam ser calmamente avaliadas. Passa-se a algumas delas.

### 1.3. O conceito de *gun jumping*

Não existe consenso quanto ao conceito de *gun jumping* na doutrina americana, nem na brasileira. Todavia, existem pensamentos comuns acerca do conceito que permitem que se tenha uma ideia do que se trata esse complexo instituto originado na doutrina estadunidense. A dificuldade de se entender o tema é ressaltada por vários autores, dentre eles HIGGINS e COPLAND: “As normas acerca do *gun jumping* não são nada claras, e sem um precedente jurisprudencial, vão permanecer assim no futuro próximo.”<sup>29</sup>

O conceito de *gun jumping*, como será adotado nesta pesquisa, é o de uma conduta ilegal em que as partes de uma operação de concentração 'queimam a largada' e param de agir como competidoras, consumando a operação e agindo como se fossem uma única entidade. Em outras palavras, é a violação do dever de notificação prévia por meio de condutas que levem à consumação do ato de concentração ou alterem o ambiente competitivo.

Essa é a ideia central de *gun jumping* também na teoria americana. A grande divergência que pode haver com relação à definição aqui adotada é sobre se *gun jumping* se refere a uma conduta ilegal ou se ele é um termo mais amplo, usado para designar todo tipo de coordenação anterior à aprovação da operação, sejam tais condutas coordenadas ilegais ou não.

---

<sup>28</sup>Tradução livre de: “Gunjumping is a violation of the Hart-Scott-Rodino Act (HSR Act, Clayton Act Section 7A).” UNDERWOOD, Colin A. **How to Avoid Jumping the Gun: Interim Covenants, Transition Planning, and the HSR Act**. Disponível em: <<http://www.proskauer.com/files/Event/34fd365a-9089-4977-aec7-547f3a580c81/Presentation/EventAttachment/2a90a95b-e272-492a-9ac2-b94dd40a0ce4/Presentation%20for%20Gunjumping%20Webinar%203-12-08.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2013. p. 4.

<sup>29</sup>Tradução Livre de: “Antitrust rules of *gun jumping* are far from clear, and without litigated precedent, they will remain so in the near term.” (HIGGINS, Claudia R. COPLAND, David S. **How to Avoid Gun Jumping**. Disponível em: <[http://www.kayescholar.com/news/publications/2007054/\\_res/id=sa\\_File1/MC](http://www.kayescholar.com/news/publications/2007054/_res/id=sa_File1/MC)>. Acesso em: 05 de junho de 2013. p.13.)

Percebe-se pela leitura de diversos doutrinadores americanos que o termo é utilizado, pela maioria deles, como sendo uma expressão capaz de descrever uma violação – um ilícito. Já foi citada neste trabalho a definição de que o *gun jumping* nada mais é do que uma violação ao HSR Act. HIGGINS e COPELAND também embasam a posição adotada nesta pesquisa a respeito do tema ao afirmarem que *gun jumping* é o termo usado para a descrição da violação da norma antitruste na qual se vai além dos limites permitidos no período que precede a conclusão da análise.<sup>30</sup>

Todavia, há autores, como CORDOVIL e MARTINS, que entendem a expressão como um sinônimo de “premerger coordination”. Nesse caso, o *gun jumping* poderia ser legal ou ilegal a depender do caso. Crê-se que esses autores fizeram certa confusão com os termos. Não foi encontrada, durante as extensivas leituras da doutrina americana ao longo desta pesquisa, nenhuma referência à *gun jumping* como sendo algo lícito. Do contrário, de todas as definições pesquisadas na doutrina americana, infere-se que o *gun jumping* é o termo definidor de uma violação à legislação antitruste.

Porém, como importantes nomes da doutrina brasileira aderiram à ideia de que o *gun jumping* pode ser tanto ilegal quanto legal, expor-se-á tais posicionamentos. Leonor Cordovil, uma das primeiras autoras a escrever sobre o tema, faz uma diferenciação entre *gun jumping* legal e *gun jumping* ilegal. Com isso, ela iguala o conceito de *gun jumping* ao de premerger coordination:

ambos os termos – *gun jumping* e *premerger coordination* – se prestam a denominar os atos imediatamente anteriores à efetiva concentração econômica entre dois grupos ou empresas, momento em que é necessário que estes agentes troquem informações, dialoguem, comuniquem-se.<sup>31</sup>

No mesmo caminho, entendendo haver equivalência entre tais expressões, segue Amanda L. Martins, em publicação na importante revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Concorrência, ao afirmar que “Outra expressão sinônima em inglês à Gun Jumping é *premerger coordination*.”<sup>32</sup> Todavia, a autora não se posiciona quanto à possibilidade de existência de *gun jumping* lícito.

---

<sup>30</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>31</sup> CORDOVIL, Leonor. ***Gun jumping* or cartel: Is Brazil prepared for this analysis?** Disponível em: <[www.direitogv.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc](http://www.direitogv.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc)>. Acesso em: 05 nov. 2012.

<sup>32</sup> MARTINS, Amanda A. L. **Gun Jumping no Brasil: estudo comparativo e diretrizes para a adoção de regras de notificação prévia pelo Novo CADE.** Disponível em:

Entende-se o posicionamento de tais autoras. Todavia, como já exposto, crê-se que houve uma pequena confusão na utilização de tais termos. Na verdade, pela leitura da doutrina estadunidense, percebe-se que os termos *gun jumping* e *premerger coordination* são similares, porém não sinônimos. O que ocorre é que é comum utilizar os termos alternadamente, em situações que fazem com que pareçam sinônimos. Todavia, por *premerger coordination*, engloba-se todas as condutas de coordenação que ocorrem previamente à fusão, podendo tanto ser ilegais – o *gun jumping* – quanto atitudes lícitas, as quais não configuram o *jump the gun*.

Isso fica muito perceptível em trechos de um livro da American Bar Association – ABA – cujo o título é: “Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange”. Nesse livro, o tema do *gun jumping* é amplamente debatido e utiliza-se alternadamente os termos *Premerger Coordination* e *Gun Jumping*, como pode ser a seguir demonstrado: “Identifying the precise line between lawful premerger coordination and unlawful gun jumping under the HSR, Sherman, and FTC Acts can be challenging.”<sup>33</sup>

Diante dessa citação, o que se observa é que normalmente se utiliza o termo “*premerger coordination*” em situações descritas como lícitas e “*gun jumping*” como descrevendo uma conduta ilícita. Desta forma, conclui-se que o *gun jumping* é sempre ilegal. Ele não pode ser confundido com um termo que se refere a toda e qualquer coordenação pré-notificação. Poderia sim, como o fez GABAN, aproximar a definição de *gun jumping* à de uma consumação anterior à aprovação da operação, o que seria, portanto, ilegal. Nas palavras dele: “*Jumping the gun* (ou *gun jumping*) é a prática de atos de consumação da operação antes do julgamento pela autoridade antitruste.”<sup>34</sup>

Outra citação que deixa isso bem claro, em comentário ao emblemático discurso de BLUMENTHAL, é a seguinte: “O Conselheiro Geral da U.S. Federal Trade Commission (FTC), William Blumenthal, recentemente delineou as diretrizes da política adotada em casos

<[http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/86454/mod\\_folder/content/0/Gun%20Jumping%20%20Martins.pdf?forcedownload=1](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/86454/mod_folder/content/0/Gun%20Jumping%20%20Martins.pdf?forcedownload=1)>. Acesso em 25 jun. 2013. p. 59.

<sup>33</sup> Tradução Livre: “Identificar a linha precisa entre coordenação prévia legal e *gun jumping* ilegal no HSR, Sherman e FTC Act pode ser desafiador”. (ABA Section of Antitrust Law. **Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange**. 2006. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=x1zl9WChN5gC&lpg=PP1&hl=pt-R&pg=PA2#v=onepage&q&f=true>>. Acesso em 25 jun. 2013. p. 2.)

<sup>34</sup> GABAN, Eduardo Molan. **Antitruste e M&A: Novos Critérios de Incidência da Lei Antitruste e Riscos no Brasil**. Disponível em: <<http://machadoassociados.com.br/userfiles/Boletins/Boletim1742012.pdf>> . Acesso em 25 jun. 2013. p. 3. (grifos nossos).

de ‘gun jumping’ ou coordenação prematura ilegal entre as partes.”<sup>35</sup> Assim, diante de todo o exposto, prefere-se aderir ao posicionamento de SAITO, na Revista de Defesa da Concorrência, publicação oficial do CADE, afirmando que quando se investiga o *gun jumping*, “**há a análise de uma violação concorrencial** dentro do contexto da análise de atos de concentração.”<sup>36</sup>

No direito concorrencial brasileiro, porém, crê-se já estar pacificado o conceito de que *gun jumping* é sinônimo de um ilícito caracterizado pela violação do art. 88, §§ 3º e 4º, bem como de dispositivos correlatos do RICADE. É o que se percebe dos casos analisados pelo CADE a respeito do tema. Não só isso: a Conselheira Ana Frazão, em seu voto na análise do Ato de Concentração (AC) nº 08700.005775/2013-19, afirma “que a infração de *gun jumping* é sempre de uma gravidade elevada”.<sup>37</sup>

Por isso, em vários trechos dos cinco casos até aqui analisados pelo CADE, tem-se o uso do termo *gun-jumping* referindo-se sempre a uma conduta ilegal. Toda vez que se fala em pena por *gun jumping* ou em averiguar a ocorrência de *gun jumping*, o CADE consolida o entendimento de que ele é sempre ilegal, como arremata o conselheiro Márcio de Oliveira Júnior em seu voto no AC nº 08700.002285/2014-41: “considero a ocorrência de *gun jumping* como uma grave ofensa ao instituto jurídico da comunicação prévia dos atos de concentração, prevista na Lei 12.529/2011.”<sup>38</sup>

#### 1.4. *Gun jumping*: consequências, punições e cartel.

---

<sup>35</sup> Tradução Livre de: “U.S. Federal Trade Commission (FTC) General Counsel William Blumenthal recently delivered a major policy address on ‘gun jumping’ or illegal premature coordination among merging parties” (DUBROW, Jon B. e GROSBURG, Joel R. **U.S. FTC Official Provides Practical Guidance on Premerger Gun Jumping Issues**. 2005. Disponível em: <<http://www.mwe.com/publications/uniEntity.aspx?xpST=PublicationDetail&pub=4935&PublicationTypes=d9093adb-e95d-4f19-819a-f0bb5170ab6d>>. Acesso em 04 nov. 2014.) (Grifos nossos).

<sup>36</sup> SAITO, Carolina. **Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/download/70/21>> . Acesso em 04 nov. 2014. p. 4. (Grifos nossos.)

<sup>37</sup> BRASIL. CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19**. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Voto. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 28 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000753431156.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431156.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014. p. 11.

<sup>38</sup> \_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41**. Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC. Voto. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 14 de maio de 2014. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000775141304.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000775141304.pdf)>. Acesso em 11 nov. 2014. p. 15.

Uma vez elucidado o conceito do instituto, passa-se a análise das consequências acarretadas pela prática do ilícito aqui estudado. As penalidades impostas às empresas são grandes, pois os atos considerados como sendo um *jump the gun* poderão ser nulificados e uma pesada multa pode ser aplicada. GABAN bem sintetiza:

Além da multa elevada pela prática de gun jumping (de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões), as partes poderão ter seu negócio declarado nulo e sofrer investigação por prática de cartel, dada a natureza dos atos de consumação (em operações de concentração horizontal - realizadas entre concorrentes – o compartilhamento de informações como lista de clientes e preços podem alterar os incentivos das partes para concorrer).<sup>39</sup>

Analisar-se-á então cada uma das possíveis consequências elencadas na supracitada síntese de GABAN, quais sejam (i) a possibilidade de multa, (ii) a possibilidade de invalidação do negócio e (iii) a possibilidade de investigação por cartel.

Apesar de contundentes, há razoabilidade em se ter tais sanções, pois os atos a que se aplicam representam um risco à sociedade. A ideia é inibir concentrações cuja viabilidade ainda não foi confirmada pelo CADE. Carolina SAITO foi feliz ao explicar acerca dessa questão: “Ao incluir a prática de gun jumping em sua agenda, a autoridade antitruste demonstra preocupação com o fato de que as empresas envolvidas na operação atuem de forma a diminuir a concorrência no mercado antes da decisão final da autoridade.”<sup>40</sup>

Há também o receio de na prática existir só uma empresa, não mais duas, pois tem-se o risco de um dos agentes exercer controle sobre outro, limitando a conduta deste e, com isso, retire sua independência; tudo antes da necessária aprovação da operação pela autoridade antitruste. Esses são basicamente os riscos, para a sociedade, das práticas de *gun jumping*. Como o objetivo de se punir empresas enquadradas nessa conduta é justamente levar a que elas continuem agindo como se competidoras fossem; nada mais racional do que a aplicação de penas relevantes, a fim de que se coíbam práticas que levem as empresas a agirem como uma só empresa.

Dessa forma, a primeira possível sanção a que estão sujeitas as empresas – numa análise mais superficial – é de fácil entendimento. Toda vez que ocorrem ações consideradas

---

<sup>39</sup> GABAN, Op. Cit. p. 3

<sup>40</sup> SAITO, Carolina. **Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/download/70/21>> . Acesso em 04 nov. 2014. p. 6.

como um ilícito concorrencial de *gun jumping*, deve-se aplicar uma multa conforme o previsto na Lei nº 12.529/2011, art. 88, §§ 3º e 4º.<sup>41</sup>

Todavia, questões um tanto quanto complicadas surgem da análise dos referidos textos legais. Primeiramente, o que caracterizaria a consumação dos atos de concentração a fim de que as participantes incorressem nas penas supracitadas? É preciso que se saiba quais atos são permitidos e quais caracterizam a consumação de uma operação – ou a alteração do ambiente competitivo – e conseqüentemente o *gun jumping*.<sup>42</sup>

No que tange à consequência (ii), a possibilidade de anulação do negócio, ela deve ser analisada com cautelas. Ela também decorre dos mesmos dispositivos legais supracitados, e também esbarra no problema de se identificar o momento preciso em que ocorre a consumação de uma operação em sede de coordenações prévias à sua aprovação. Além disso, há quem defenda a ideia de não tratar a Lei Antitruste de nulidade, mas de anulabilidade<sup>43</sup>. Dessa forma, reservou-se para a parte final da presente pesquisa toda a complexa discussão a respeito do tema.

No que tange à consequência (iii) – possibilidade de investigação por cartel – elencada por GABAN, há de se ter maiores cuidados. Essa possibilidade é real e isso já ocorre nos Estados Unidos. Uma das maiores autoridades sobre o tema no antitruste brasileiro, a supracitada Leonor Cordovil, escreveu interessante artigo denominado “Gun Jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis?”<sup>44</sup>. Nesse artigo, CORDOVIL versa acerca do risco de empresas entrarem em uma coordenação prévia à fusão, extrapolar o limite razoável de troca de informações sensíveis, e com isso comprometerem o ambiente competitivo por já possuírem informações umas das outras que as permitam, mesmo que a operação não venha a se concretizar, atuar como um grupo em conluio.

---

<sup>41</sup> § 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. (Lei Antitruste, Op. Cit.)

<sup>42</sup> Como será exposto em parágrafos posteriores, na verdade, o estudo quanto ao momento em que ocorre a consumação pode não ser sempre necessário em virtude de a lei exigir simplesmente que “as condições de concorrência entre as empresas envolvidas” sejam preservadas.

<sup>45</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira – a lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 439-40.

<sup>44</sup> CORDOVIL, Leonor. **Gun jumping or cartel: Is Brazil prepared for this analysis?** Disponível em: <www.direitogv.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc>. Acesso em: 05 nov. 2012.

O risco ao qual CORDOVIL se refere, sendo pioneira no Brasil, consiste nos casos em que as empresas fariam coordenação de informações sensíveis antes de concretizado o ato, e por fim acabarem por continuar como empresas separadas, por não ter sido concluída a operação. Tal possibilidade ocorreria, por exemplo, numa combinação de fatores extremamente relevantes, como preços, em função de uma futura concentração, a qual não venha a ser aprovada. Assim, esses acordos de preços e demais informações relevantes, uma vez que ajudariam numa coordenação de mercado entre empresas ditas independentes, de modo a atentar contra a concorrência, poderia ser visto como cartel.

A grande questão que se coloca no que tange à possibilidade de condenações por cartel em casos de *gun jumping* é a seguinte: havendo uma condenação por *gun jumping*, com base em textos primeiramente usados para condenar carteis<sup>45</sup>, estar-se-ia diante de um caso de *gun jumping* ocasionando um cartel, ou simplesmente estaríamos diante de dois ilícitos totalmente distintos, os quais não podem confundidos?

Essa questão, além de complexa, é de suma importância para fins de aplicação de penalidades, por exemplo. Isso porque é a partir dessa definição que se terá uma posição clara, por exemplo, se se aplica a casos de condenação com base nos arts. 36 e 88<sup>46</sup> da nova Lei Antitruste o princípio do *non bis in idem*.

No âmbito do direito norte-americano, a grande questão é saber se o uso de outras leis que não o *HSR Act*, na jurisprudência americana, refere-se de fato a problemas de *gun jumping*, ou se se refere a ilícitos autônomos de cartel. Afinal, conforme expõe LIEBESKIND:

Pelo menos em teoria, **práticas de *gun jumping* não deveriam violar o Sherman Act, a menos que a conduta violasse essa lei, mesmo na ausência de uma fusão.** Se duas empresas puderem se engajar no comportamento em questão mesmo sem estarem em fusão, só assim elas podem ser capazes de se envolver na conduta também durante o processo de concentração. Por exemplo, se duas empresas puderem se envolver em uma colaboração em que uma geriu o negócio da outra como parte de uma joint venture que visava aumentar a eficiência, o Sherman Act não deve proibir a conduta apenas porque as partes também pretendiam se fundir. O governo pode não concordar, mas **assumindo que o acordo em questão não era**

---

<sup>45</sup> Nos Estados Unidos, a função do Sherman Act é combater acordos entre empresas os quais lesem a competição. Exemplo clássico desses acordos é o cartel de preços. No Brasil, o cartel é um ilícito concorrencial com base no artigo 36 da lei nº 12.529/2011. O parágrafo trata justamente de casos que possam concomitantemente ser conduzidos sob a égide de leis que condenam o *gun jumping* e que condenam acordos ilícitos.

<sup>46</sup> São os artigos que se aplicariam numa possível condenação simultânea a *gun jumping* e cartel.

**um pretexto**) pode ser desafiado a explicar por que o mero fato de haver a fusão torna essa conduta uma violação do Sherman Act.<sup>47</sup>

Ora, o autor supracitado foi muito feliz com esses argumentos. Um caso só pode ser considerado cartel se ele for classificado como tal, independentemente de haver, por parte das empresas, intenção de fundirem-se. Por que a intenção de se fundir viria a classificar uma determinada atitude como um cartel? Punir tal intenção, obviamente, não faz nenhum sentido e se sabe que não é a intenção legal; não se pode combater a pretensão de se fundir, mas sim os efeitos danosos da antecipação da fusão.

Assim, conclui-se que apenas aquelas condutas que tradicionalmente são caracterizadas como um acordo ilícito, incluindo-se, por exemplo, o conluio para fixar preços, deverão ser consideradas uma violação da Lei Antitruste, também no contexto do *gun jumping*. Dessa forma, um elemento que normalmente traz receios no que tange a coordenações prematuras, como a troca de informações, não pode motivar a aplicação de pena de cartel a menos que se trate de informações sensíveis, as quais fossem características de cartel em qualquer contexto, ainda que as empresas não estivessem em processo de fusão.

Com isso, percebe-se que existem duas condutas claramente separadas: uma se refere à violação da regra de notificação prévia – o *gun jumping* – e outra que se refere a acordos que restringem a concorrência – abordados pelo Sherman Act Americano e pelo artigo 36 da Lei Antitruste brasileira. Dessa forma, não há que se falar em *non bis in idem*.

Dessa forma, apenas quando ocorre uma violação da notificação prévia é que se está diante de uma situação de *gun jumping*. Rechaça-se a ideia de que fusões que não precisam ser notificadas, com base no art. 88, ou seja, não preenchem os critérios de faturamento bruto mínimo<sup>48</sup>, incorram em *gun jumping*. Explica-se: Nos Estados Unidos, alguns autores dizem

---

<sup>47</sup> Tradução Livre de: “In theory at least, *gun jumping* should not violate the Sherman Act unless the underlying conduct would violate the Sherman Act even absent a merger. If two firms could engage in the conduct in question even if they were not merging, they should be able to engage in that conduct while merging. For example, if two firms could engage in a collaboration under which one managed the other’s business as part of an efficiency-enhancing joint venture, the Sherman Act should not prohibit that conduct just because the parties also intend to merge. The government might not agree, but (assuming the separate agreement was not a pretext) might be challenged to explain why the fact of the merger makes this conduct a violation of the Sherman Act.”. (Ibidem, p. 3) (Grifos nossos).

<sup>48</sup> 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

haver a possibilidade de condenação por *gun jumping* ainda que não fosse obrigatória a notificação prévia sob o *HSR Act*. BLUMENTHAL afirma que a análise do *Sherman Act*, seção 1, aplica-se a todas as transações, mesmo àquelas que não estão sujeitas ao *Hart-Scott-Rodino Act*<sup>49</sup>. Não se discutirá em detalhes tal possibilidade nos EUA. Porém, rechaça-se analogia que permita condenações por *gun jumping* com único fundamento no Art. 36, § 3º, I e II, da Lei Antitruste.<sup>50</sup>

Isso tudo pode parecer uma questão de menor importância, mas é imprescindível que se saiba se o *gun jumping* é possível ou não em operações cuja notificação é dispensada. Entende-se que não é possível, e que tal conduta só poderia ser punível por crime de cartel, não por *gun jumping*. Pede-se licença para inclusive discordar do posicionamento de parte da doutrina americana que entende ser possível condenar uma conduta por *gun jumping* unicamente pela seção 1 do *Sherman Act*. Ora, se não há a necessidade de esperar a largada para começar a corrida, como é possível a “queima da largada”<sup>51</sup>? Da mesma forma, se não é preciso aguardar a conclusão da análise prévia, como é possível haver um *gun jumping*?

Assim, conclui-se que, em casos de coordenação prévia à fusão, para que haja uma condenação pelo *jump the gun*, necessariamente as empresas precisam estar dentro do critério do art. 88, *caput*, da Lei nº 12.529/2011. Se houver troca de informações sobre preços, entre empresas que não se enquadram no critério de faturamento – as quais não venham a se fundir – não haverá *gun jumping*; se houver, será apenas cartel. Porém, caso as empresas venham de fato a se fundir, comprovando que tal coordenação fora um genuíno passo em direção à concretização da fusão; não deverão ser punidas, já que a operação sequer precisava ser notificada<sup>52</sup>.

Dessa forma, tem-se que uma conduta apenas poderá ser condenada tanto por *gun jumping* como por cartel em situações que tenham os seguintes requisitos simultaneamente: a) descumprimento da obrigação de notificação prévia da operação; b) existência de acordos ou trocas de informação que caracterizem os ilícitos do Art. 36 da Lei Antitruste.

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). (Lei Antitruste, Op. Cit.).

<sup>49</sup> BLUMENTHAL, Op. Cit. p. 9

<sup>50</sup> Lei Antitruste, Op. Cit.

<sup>51</sup> Como já dito, os autores nacionais traduzem *gun jumping* como “queima da largada”.

<sup>52</sup> Podendo-se inferir que a legislação a entendeu como de inferior potencial anticompetitivo, não impondo o dever de notificar, seja por faturamento inferior ou pelas demais exceções legais.

Exemplo claro disso é o de empresas concorrentes que, em processo de fusão, trocaram informações quanto a clientes e preços antes do fim da análise da operação pelo CADE. Nesse caso, a troca de informações sensíveis caracterizaria tanto o ilícito do §4º do art. 88 da Lei nº 12.529/11, quanto de seu artigo 36, I e II.

Passa-se à análise da literalidade do §4º do art. 88: “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.”<sup>53</sup> O que se vê é que basta que as condições de concorrência não sejam preservadas para que as mesmas penas do § 3º sejam aplicadas. Assim, a lei não exige, necessariamente, que seja provada a consumação anterior ao fim da análise prévia para aplicação de penalidades, exigindo unicamente a preservação do ambiente competitivo. Se ele for alterado, há a presunção de que foi consumada a operação.

Diante do trecho legal supracitado, tem-se uma clara diferença entre a legislação brasileira e a americana. Um dos motivos pelos quais se recorre ao *Sherman Act*, mesmo em casos de *gun jumping*, sem se utilizar do *HSR Act*, é porque uma violação deste último instituto necessariamente leva a uma análise da transferência de *beneficial ownership*. Ou seja, para que haja uma condenação por *gun jumping* com base no *HSR Act* é preciso que haja um estudo parecido com o que alguns autores sugeriram no Brasil – a análise de consumação ou não da operação.

Contudo, não se está afirmando que os termos se equivalem. A transferência de *beneficial ownership* não é o mesmo que consumação. Todavia, o termo em inglês pode ser livremente traduzido como os “benefícios do proprietário”. Assim, para fins de *HSR Act*, uma transação incorre em *gun jumping* quando uma série de benefícios inicialmente pertencentes ao vendedor passa ao comprador. Esse é o critério para que uma transação seja condenada por violar a “*premerger notification*”; esse foi o critério lá encontrado para definir o que o art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011, preferiu trazer como “consumação”.

Diante disso, alguns autores brasileiros começaram a discutir a possibilidade de se analisar a consumação de uma operação no Brasil, com base em uma análise detalhada da questão do *beneficial ownership*. Todavia, percebe-se que não há a necessidade de tal. À

---

<sup>53</sup> Lei Antitruste, Op. Cit. (grifos nossos).

proibição de que os atos de concentração venham a “ser consumados antes de apreciados”<sup>54</sup>, equiparou-se a obrigação de que “deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas”<sup>55</sup>. Assim, torna-se desnecessária uma pesquisa detalhada quanto ao momento em que ocorre a consumação da operação. Ora, se uma operação consumou-se de fato, obviamente as condições de concorrência entre as empresas já estão completamente alteradas. Assim, ao se analisar a possibilidade de alteração no ambiente competitivo, naturalmente serão analisados os casos em que houve a efetiva consumação.

Com isso, busca-se mostrar que não há a necessidade, no Brasil, de se utilizar um outro instrumento legal para condenação por *gun jumping* que não os §§4º e 3º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011. Uma possível condenação por cartel, com base no artigo 36, §3º, I e II, é uma condenação com origem no mesmo fato, porém com fundamento totalmente distinto. Pune-se o cartel separadamente do *gun jumping*. Se a lei do *gun jumping* é definida, nos EUA, como sendo o *Sherman Act*, o *HSR Act* e o *FTC Act*; no Brasil, ela deve se resumir aos §§4º e 3º do art. 88 da Lei Antitruste vigente.

### **1.5. Algumas condutas controversas: Due Diligence, planejamentos de transição e troca de informações sensíveis.**

Uma vez que se entendeu um pouco melhor o que é o *gun jumping* em si, buscar-se-á expor quais condutas, quando praticadas, caracterizam-se como tal. Citou-se brevemente a desnecessidade de um estudo mais detalhado a respeito do momento exato da consumação da operação, e isso foi de fato um grande avanço da legislação brasileira, que conseguiu atingir a essência de seu objetivo, qual seja o de preservar as condições de competitividade antes e durante o período de análise pelo CADE. Assim, a análise no Brasil tem um foco diferente: se nos EUA estuda-se quando o “ser proprietário” foi transferido a outro<sup>56</sup>, no Brasil basta-se saber, tão somente, se o ambiente competitivo no período pré-análise foi ou não alterado.

Ora, não se diz que isso é tarefa fácil. Se levada ao pé da letra, a lei brasileira impossibilitaria as empresas de manter qualquer contato com a outra parte da operação, o que

<sup>54</sup> Lei Antitruste, Art 88, §3º. (Op. Cit.)

<sup>55</sup> Lei Antitruste, Art 88, §4º (Op. Cit.)

<sup>56</sup> A transferência do “ser proprietário” foi a expressão que se usou para descrever resumidamente o que é a transferência de beneficial ownership. Tal conceito é central para análise de *gun jumping* nos EUA: “The concept of beneficial ownership is central to the HSR Act analysis. The government uses this principle to determine whether a transaction must be notified under the HSR Act and to determine whether the parties have jumped the gun.” (ABA, Premerger Coordination, Op. Cit. p. 14.)

engessaria demasiadamente o mercado e seria prejudicial à economia. Naturalmente, ninguém é capaz de defender que uma empresa compradora não mantenha nenhum contato com a vendedora. Ora, como se dariam as negociações se assim fosse? Como haveria a análise por uma empresa se é ou não um bom negócio comprar outra?

Ainda que a lei brasileira tenha suas peculiaridades se comparada com ordenamentos estrangeiros, não se pode negar que a função teleológica de qualquer lei que puna a consumação prematura da operação é a mesma: dar eficácia à norma que impõe a análise prévia, preservando inalterado o ambiente competitivo até o fim da análise. Assim, utilizar-se-á da análise feita pela doutrina americana quanto a determinadas condutas que geram controvérsias sobre o fato de serem ou não um *jump the gun*, para que se saiba se elas podem ou não ser consideradas um ilícito no Brasil.

Como já fora citado, BLUMENTHAL, então *General Counsel* da Federal Trade Commission, fez um emblemático discurso a respeito do tema.<sup>57</sup> Seu discurso é considerado um divisor de águas pela doutrina, dentre outros motivos, porque ele reconhece que as empresas precisam ter certo grau de coordenação mesmo antes de aprovada a operação e reconhece que é legítimo que as empresas tenham o interesse de fazer tudo da forma mais rápida possível. Ora, não é um advogado fazendo um discurso, mas sim uma autoridade encarregada de fiscalizar o *gun jumping*. Seu discurso é ainda mais emblemático por não focar nas condutas proibidas, mas sim nas condutas que podem ser praticadas. Ele se mostrou preocupado com o fato de as empresas terem um cuidado demasiado com relação ao *gun jumping* e com isso engessarem seus procedimentos, abrindo mão de condutas que, segundo ele, não violariam a análise prévia.

BLUMENTHAL faz uma importante distinção entre condutas que claramente são um ilícito de *gun jumping* e outras condutas que estão longe de ser claras. Ao falar dos seis casos trazidos pelo DOJ e FTC, ele citou o fator educativo de tais condutas e ressaltou que esses foram casos fáceis: “What is important for me to note, though, is that all were easy cases that involved egregious conduct.”<sup>58</sup> Mas resalta também que houve sucesso na política implementada. Ao percorrer esse caminho, ele destaca que existem dois tipos de erros quando da aplicação de uma norma: o tipo 1, que é proibir condutas que são socialmente benéficas e o

---

<sup>57</sup> BLUMENTHAL, William. **The rhetoric of gun jumping**. Disponível em: <file:///www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf> Acesso em: 14 nov. 2014.

<sup>58</sup> Tradução Livre: “O que é importante para mim que se note, porém, é que todos eram casos fáceis que envolveram erros egrégios.” (BLUMENTHAL, Op. Cit. p. 3)

tipo 2, que é permitir condutas que são prejudiciais à sociedade.<sup>59</sup> A respeito disso, ele reconhece que, quanto ao *gun jumping*, nos EUA, conseguiu-se evitar condutas que são prejudiciais à sociedade, porém, ao preço de também coibir condutas que seriam benéficas.<sup>60</sup>

Diante disso, BLUMENTHAL enfoca em atividades que estão longe de ser simples, a fim de dar maior segurança às partes e diminuir o erro de tipo 1. Ele destaca duas principais atividades que possuem uma linha muito mais tênue do que as situações que claramente são um *gun jumping*. Ele reconhece, portanto, que no dia a dia as questões relativas a isso são muito mais complexas e precisam ser melhor esclarecidas:

No entanto, as práticas atuais são muito mais nuançadas. As agências reconhecem que alguma troca de informações e colaborações pré-consumação ocorrem necessariamente em todas as fusões. Essas atividades geralmente se enquadram em duas categorias que se sobrepõem: *due diligence* e planejamento de transição. Ambos são necessários, e dentro dos limites adequados, ambos são irrepreensíveis numa perspectiva de aplicação da legislação antitruste.<sup>61</sup>

Passa-se, portanto, à análise de tais condutas mais controversas. Entende-se que não existem apenas *due diligence* e planejamento de transição como condutas que necessitam de maior cautela na análise. Todavia, como se infere do emblemático discurso supracitado, elas são capazes de dar as diretrizes da forma de análise das demais *hard questions* que envolvem o tema. No Brasil, já se entende a necessidade de a *Due Diligence* ter tratamento diferenciado: “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.”<sup>62</sup>

*Due Diligence* pode ser definida como um processo que se constitui “na análise e avaliação detalhada de informações e documentos pertinentes a uma determinada sociedade

---

<sup>59</sup> “Type 1 error is defined as stopping conduct that would be socially beneficial and (...) Type 2 error is permitting conduct that is socially harmful.” (Ibidem, p. 3 -4.)

<sup>60</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>61</sup> Tradução Livre de: “Current enforcement practices are far more nuanced, however. The agencies recognize that some information exchanges and pre-consummation collaboration necessarily occur in all mergers. Such activity generally has fallen into two overlapping categories, **due diligence and transition planning**. Both are necessary; and within appropriate limits, both are unobjectionable from an antitrust enforcement perspective.” (Ibidem, p. 7)

<sup>62</sup> BRASIL, CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19**. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Parecer da PROCADE n° 182/2013. Julgado em 28 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000747231322.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000747231322.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014. p. 8.

e/ou seu ativo, podendo assumir enfoque contábil ou jurídico.”<sup>63</sup> Seu objetivo é “obter uma “radiografia” da sociedade de forma a prepará-la para operações de fusão ou aquisição (“M&A”), transferência de ativos, (...) entre outras operações empresariais”.<sup>64</sup> Dessa forma, percebe-se que se trata de uma atividade de suma importância para o processo de fusão. O próprio BLUMENTHAL reconhece que a chave de uma fusão bem sucedida são rapidez e planejamento.<sup>65</sup>

Ora, um processo de *due diligence* é essencial para que se obtenha as informações necessárias e com isso se agilize o processo de planejamento. As empresas não podem ser privadas de tais atos. Todavia, é necessário cuidado para que não haja extrapolação de informações que não poderiam ser repassadas ainda que em processo de *due diligence*, como informações detalhadas quanto a clientes e fornecedores<sup>66</sup>. É preciso, com isso, definir parâmetros do que é permitido com relação a esses casos, ou seja, quais procedimentos preservam as condições de competitividade entre as empresas.

NAUGHTON foi muito feliz ao destacar as seguintes instruções quanto à *due diligence*: que as informações trocadas sejam unicamente aquelas realmente relevantes para o processo de fusão; que tais informações sejam protegidas por um acordo de confidencialidade que impeça a sua divulgação para finalidades diversas à própria *due diligence*; e que informações sensíveis não sejam acessadas por nenhum indivíduo que faça parte do processo de fixação de preços, nem que faça parte da equipe de marketing, nem parte da equipe de vendas.<sup>67</sup>

Entre tais informações, algumas possuem um grau ainda maior de sensibilidade, devendo ter seu compartilhamento extremamente restringido, dentre as quais se encontram as

---

<sup>63</sup> GOMES, Fernando de Melo et al. **O Papel da Due Diligence nas Operações de M&A e IPO: Motivação, Desenvolvimento e Conseqüências** Disponível em: <<http://lexuniversal.com/pt/articles/2487>>. Acesso em 10 mai. 2013.

<sup>64</sup> Ibid. loc. cit.

<sup>65</sup> “the keys to a successful merger include planning and speed.” (sic) Ibidem, p. 6.

<sup>66</sup> A troca de informações sobre clientes, preços e planos futuros foi o que motivou a punição no caso *In re Insilco Corp* (1998). (ETADOS UNIDOS. FTC. **In re Insilco Corp 125 FTC 293 1998**. Disponível em: <[http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_125\\_%28JANUARY\\_-\\_JUNE\\_1998%29PAGES\\_276-376.pdf](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_DECISION_125_%28JANUARY_-_JUNE_1998%29PAGES_276-376.pdf)>. Acesso em 16 de janeiro de 2013).

<sup>67</sup> NAUGHTON, Michael. “**Gun jumping and Premerger Information Exchange: Counseling the Harder Questions**”. Simpson Tacher & Bartlett LLP. Disponível em: <[http://www.stblaw.com/google\\_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899](http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899)> Acesso em: 22 jun. 2013.

seguintes condutas enumeradas por NAUGHTON: preços atuais e futuros de consumidores específicos, informações de custos detalhadas, e planos operacionais pro futuro.<sup>68</sup>

Assim, com relação à *due diligence*, percebe-se que ela é necessária, importante, mas exige cautelas. Boa parte das preocupações podem ser evitadas se uma terceira parte – um consultor independente, por exemplo – ficar em cargo das informações sensíveis, como bem destacado por NAUGHTON: “Muitas vezes, maior conforto pode ser alcançado quando se traz consultores autônomos para a análise das informações competitivamente sensíveis”.<sup>69</sup>

Ressalta-se que muitas informações são justificáveis unicamente no período de *due diligence*, não sendo permitida sua troca depois da assinatura do primeiro instrumento que vincule as partes. Isso decorre do fato de que, no processo de *due diligence*, busca-se informações que serão necessárias para a própria quantificação do valor da empresa a ser comprada.<sup>70</sup> Assim, NAUGHTON afirma que, a contrário do que se imagina, muitas informações que são permitidas num processo de *due diligence*, não o são num processo de *integration planning*.<sup>71</sup>

Diante disso, aquilo que neste trabalho optou-se chamar de planejamentos de transição – conhecidos por *integration* ou *transition planning* – apresentam, por vezes, cuidados ainda maiores do que aqueles dispensados ao processo de *due diligence*. Passa-se a análise deles.

Os planejamentos de transição são aqueles usados para se ter melhor conhecimento de como se darão as atividades comerciais posteriormente à operação, caso ela venha a ser aprovada. Eles são justificáveis em virtude de serem muito úteis para garantir a agilidade e efetividade necessária em um processo de concentração econômica.

Esses planos, todavia, merecem um cuidado todo especial, uma vez que a possibilidade de os efeitos extrapolarem o esperado inicialmente é grande. Algumas vezes, esses planejamentos incluem discussões a respeito de preços, marketing, estratégias comerciais, novos produtos e outros assuntos que possam surgir no decorrer do planejamento. Fica claro, pois, que tais condutas podem ser consideradas uma troca ilegal de informações sensíveis que poderia ser condenada sob a lei do *gun jumping*.

---

<sup>68</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>69</sup> Tradução Livre de: “Often, comfort can be achieved by bringing in third-party consultants to analyze competitively sensitive information”. (Ibidem, p. 13.)

<sup>70</sup> Ibidem, p. 10

<sup>71</sup> Ibid. loc. cit. .

Um critério que parece ser constantemente utilizado pela doutrina nacional e estrangeira é o de se avaliar a real necessidade de se utilizar de tais informações. Esse critério pode ser percebido na seguinte citação extraída de um texto da American Bar Association: “Future marketing plans, current customer lists, and current costs are all áreas of antitrust sensitivity. That does not mean do not ask; it means think about whether the information is reasonably necessary to value the assets.”<sup>72</sup>

Parece que o critério da “real necessidade” é um tanto quanto subjetivo. Ele de fato o é. Porém, entende-se que ele serve mais para o resguardo da empresa do que para uso como a motivação – ou fundamento jurídico – de uma condenação. Não se diz que esse critério não será utilizado pelo CADE; muito pelo contrário, ele já vem sendo aventado, mas precisaria ser revestido de maior objetividade, com a qual as empresas não poderão contar, pelo menos a princípio.

Assim, como a avaliação pelo CADE ainda há de ser melhor delineada, por jurisprudência específica quanto ao assunto, as empresas precisam se resguardar e não correr riscos. Assim, um excelente critério para elas é justamente fazer apenas aquilo que é de fato imprescindível para que seja realizada a operação.

Se não se pode proceder nas negociações por conta da falta de uma informação, muito provavelmente essa se enquadra no nível de realmente imprescindível. O que se deve evitar a todo custo é a troca daquilo que não se mostre como razoavelmente necessário. Com esse critério, busca-se evitar a criação de um rol, seja taxativo ou exemplificativo, de condutas que seriam classificadas em proibidas e permitidas sob a ótica do *gun jumping*, mais especificamente quanto à troca de informações sensíveis.

Porém, sabe-se que nenhum critério é perfeito ou absoluto. No fundo, assim como nos Estados Unidos, a análise deverá ser feita caso a caso. Apesar disso, não pode ser negado que informações como preços e lista de clientes são, no mínimo, mais arriscadas do ponto de vista do *gun jumping*. Diante disso, talvez interesse ao leitor conferir as listas de condutas

---

<sup>72</sup> Tradução Livre “Os planos futuros de marketing, listas de clientes atuais e os custos atuais são todas áreas de sensibilidade antitruste. Isso não significa que não se deve perguntar, significa que se deve refletir se a informação é razoavelmente necessária para a avaliação dos ativos.” (ABA Section of Antitrust Law. **Gun Jumping: Pitfalls, Uncertainties & Solutions**. Washington, DC: 2006. Disponível em <<http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-s1/pdf/spring-materials/2006/garcia06.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2013. p. 3.)

trazidas por autores nacionais, mas se sabendo que o que vai prevalecer mesmo é capacidade de se comprovar que a informação era essencial à operação.<sup>73</sup>

Ao abordar esses casos (*due diligence* e *transition planning*) naturalmente se analisou aquela que é a mais complexa questão acerca do *gun jumping*: a troca de informações sensíveis. Todavia, algumas condutas caracterizam mais claramente um *gun jumping*, sendo chamadas por BLUMENTHAL de “easy cases”<sup>74</sup>. Ainda assim, é melhor que se evite a formação de um rol exaustivo para tal, visto que o critério, no Brasil, é o de manutenção ou não das condições de competitividade. Contudo, a experiência internacional pode ajudar a explicitar condutas que se enquadram perfeitamente em tal ilícito.

O que BLUMENTHAL buscou expor foi que a prática de erros egrégios – que notoriamente afrontam o princípio de que as empresas devem se manter separadas, como entidades autônomas, sem interferir nas atividades diárias da outra empresa – não é o motivo de maior preocupação, porque os agentes perceberam os recados das agências americanas.

Um ponto pacífico na doutrina, por exemplo, é que não pode a compradora deter o controle operacional da vendedora. Não pode quem está adquirindo indicar um de seus funcionários para exercer o controle sobre a outra empresa. Menos ainda, pode a compradora ditar as estratégias de marketing, venda ou distribuição da empresa “a ser” adquirida. De tão óbvio, parece que tais atos nem precisariam ser listados. Todavia, o fato de haver punições por erros egrégios alerta que eles de fato podem vir a ocorrer e precisam ser evitados a qualquer custo. Acordos entre empresas para fixar preços são e continuarão sendo cartel, e qualquer troca de informação que flagrantemente leve a isso deve receber a devida repressão da autoridade antitruste.

Por fim, embora tenha se evitado a formação de um rol taxativo de condutas caracterizadoras de *gun jumping*, para fins meramente elucidativos, cita-se aquele com que melhor se concorda dentre os analisados neste trabalho, o qual também não pretende ser exaustivo, contendo apenas as principais causas do referido ilícito<sup>75</sup>, quais sejam: (i) Alocação de clientes; (ii) Unificação de gestão; (iii) Ações que alteram os incentivos entre os agentes do mercado; (iv) Unificação do exercício de poder dentro das empresas; (v) Campanhas de

---

<sup>73</sup> Cita-se, por exemplo, as listas propostas por MARTINS e SAITO, cujos trabalhos são citados nesta pesquisa.

<sup>74</sup> BLUMENTHAL, Op. Cit. p. 3

<sup>75</sup> SAITO, op. Cit. p. 98 a 102.

*marketing*; (vi) Atuação nos pontos de venda; (vii) Redução da competitividade dos preços; (viii) Compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis.

O art. 108, § 2º, do RICADE<sup>76</sup> também enumera alguns atos que não podem ser praticados: (a) transferências de ativos; (b) qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra; bem como (c) a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes. A jurisprudência do CADE também produziu excelente rol elucidativo, que pode ser consultado na seção “2.5.4” deste trabalho, que trata do voto no bojo do qual ele fora colacionado. Ainda assim, ressalta-se, há de se analisar caso a caso. Não é toda campanha conjunta de *marketing*, por exemplo, que se enquadra em *gun jumping*, e assim por diante.

## 2. A PENA DE NULIDADE EM CASOS DE GUN JUMPING

Se uma penalidade é aplicada a alguém, é preciso que este saiba do que se trata tal sanção. A segurança jurídica dos cidadãos depende disso. Não pode alguém ser surpreendido com uma pena que não fora devidamente cominada e esclarecida na legislação. As sanções impostas a atos inválidos devem ser igualmente assim tratadas, visto que também acabam por atingir pessoas, físicas e jurídicas, não apenas o ato invalidado.

Deste modo, para que se avalie que pena é essa de que trata o § 3º do art. 88 da Lei Antitruste, é preciso corretamente definir o que é a nulidade expressa neste artigo, quais atos abrange, quais os seus efeitos, seu conceito e sua forma de aplicação. Não é tarefa fácil. A lei em comento não define o que é “nulidade”. A doutrina e outros ramos do direito a definem. Será mesmo?

### 2.1. A teoria das nulidades

A fim de que se tenha uma noção mais exata a respeito da nulidade imposta aos atos que levem à consumação de uma operação de concentração econômica, antes da análise final do CADE, necessário é percorrer outros ramos do direito que concedam maior exatidão ao conceito de ato de nulo e suas consequências, visto que a regulamentação dada pelo direito antitruste não engloba isso.

---

<sup>76</sup> RICADE, Op. Cit.

Além disso, o ato a ser pronunciado como nulo pela autoridade antitruste é tema de direito civil, um negócio privado. Mas o ato do CADE, que o torna nulo, é administrativo. Assim, influências poderiam existir de ambos os ramos do direito. Mais uma razão para que se busque melhor teorizar a questão da nulidade, com apoio de conhecimentos interdisciplinares.

Ainda que o CADE tenha que submeter ao direito administrativo, sabe-se que não são seus próprios atos que ele irá invalidar, mas sim atos de pessoas jurídicas de direito privado, cujos atos produzem efeitos, majoritariamente, no direito civil. Porém, a questão de como a Administração pública lida com a nulidade também deve ser estudada, visto que o CADE também a compõe.

Logo, a principal fonte de análise para o referido tema será advinda do direito privado, mas com ponderações advindas de outros ramos do direito. Contudo, adianta-se que se entende que a nulidade compreendida no âmbito do CADE pode ter seus contornos próprios. Assim como ela possui regulamentação diversa no direito penal, administrativo, civil, trabalhista e processual, poderá ela ter forma diferenciada e peculiar no direito antitruste.

Sabe-se, porém, que um mínimo de identidade conceitual permeia a noção de nulidade, nos mais diversos ramos do direito. A ideia de preservar os atos que estão de acordo com o direito e, em contrapartida, punir com a invalidade aqueles que violam o ordenamento jurídico, parece estar presente sempre que se refere ao tema. Assim, buscou-se ao longo do tempo criar uma teoria capaz de conter as linhas-mestras a respeito do assunto. Como ensina AMARAL, “o conjunto de princípios, conceitos e disposições que se formou em torno dessa matéria constitui a chamada teoria das nulidades.”<sup>77</sup>

Todavia, o esforço para tal não é pequeno, pois nas palavras de PEREIRA, em suas Instituições de Direito Civil, "as legislações não têm disciplinado, com perfeição, a teoria das nulidades, certamente porque a doutrina não conseguiu ainda assentar com exatidão e uniformidade as suas linhas-mestras"<sup>78</sup>. Percebe-se que a tarefa de delinear com maior exatidão as causas, efeitos e consequências da nulidade não é nada simples. Há autores, aliás,

---

<sup>77</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7ª ed. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 256.

<sup>78</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: v.I** : Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 527.

que negam essa possibilidade: “A elaboração de uma teoria geral das nulidades nos parece uma missão irrealizável.”<sup>79</sup>

MELLO, ao rechaçar a possibilidade de uma teoria geral das nulidades, reforça que há peculiaridades não somente entre os diversos campos do direito, mas também dentro do próprio código civil.<sup>80</sup> Todavia, ele baseia sua crítica no fato de que sempre haverá exceções. Ora, as exceções, por si sós, não podem impedir a formação de regras. São exceções justamente por não seguirem a regra, não impedindo que uma teoria geral abarque princípios gerais, que podem ser relativizados ou excetuados no caso concreto. Aliás, é isso que o referido autor faz ao longo de seu livro, com muita competência: cita as regras, pontua as exceções.

Concorda-se, no entanto, que são tantas as exceções presentes nos diversos ramos do direito, que melhor seria reconhecer as diversas “teoria das nulidades”, diferentes entre si, não havendo, portanto, uma única “teoria geral das nulidades”. Em cada ramo do direito, mas também em cada julgador, há uma teoria que foi adotada. Elas, ainda assim, comportarão exceções. Mas servirão como norteador ao aplicador do direito.

Por óbvio, a semelhança entre as diversas teorizações é maior que suas diferenças, o que permite a existência consideravelmente coesa do sistema. O que se propõe, portanto, é que haja uma investigação, a partir de diversos autores que se aventuram no estudo do ato inválido, com o fito de se saber qual dessas proposições o CADE tem adotado e qual ele deveria aplicar.

Dentre os temas que se originam de tal investigação, há aqueles que hão de chamar maior atenção nesta pesquisa, ainda que os outros sejam necessários de serem abordados por questões de pressupostos lógicos. Entre os assuntos que mais devem ser aqui perquiridos estão os efeitos da declaração (ou decretação)<sup>81</sup> de nulidade e suas diferenças em relação à anulabilidade.

---

<sup>79</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>81</sup> Doravante, preferir-se-á o termo “decretação de nulidade” do que “declaração”. Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello defendem que a sentença declaratória versa sobre o que nunca ou sempre existiu, mas não quanto ao nulo, que existindo, passa a ser desconstituído, deixando o mundo jurídico. Nesse caso, a sentença é constitutiva negativa – desconstitutiva. Tratando-se a nulidade como uma penalidade, isso faz ainda mais sentido, visto que apenas após a aplicação da pena o ato será desconstituído. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Parte Geral. Tomo IV: Validade, Nulidade, Anulabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. p. 72; MELLO, M. Bernardes de, Op. Cit. p. 294.)

A prevalência desses temas decorre de que, embora o CADE tenha constatado a ocorrência de *gun jumping* em quatro casos, aplicando às empresas a sanção de contribuição pecuniária, jamais houve a aplicação da pena de nulidade. Antes disso já havia posicionamento de TAUFICK no sentido de que “em verdade, não se trata de nulidade, mas de anulabilidade”<sup>82</sup>.

Esse posicionamento já influenciou outros pesquisadores, como se pode observar no livro eletrônico resultante de pesquisas acadêmicas apresentadas no XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC, em que OLIVEIRA também trata o tema como anulabilidade<sup>83</sup>, acompanhando TAUFICK. Porém, até o momento, isso não obteve respaldo no CADE. Para a análise de tal posição, deve-se entender em que consiste a diferença entre nulidade e anulabilidade; e em quais casos se pode afastar a sanção nulificante.

Deste modo, o presente trabalho há de ter grande atenção dedicada, no âmbito da teoria da nulidade, a respeito da distinção entre essas espécies de invalidação. Com isso, crê-se que boa parte dos conceitos necessários para o aprofundamento do tema no âmbito concorrencial serão esclarecidos. Ao diferenciá-las, necessário é conceituá-las e com isso suas causas, efeitos e consequências serão devidamente expostos. Dessa forma, a diferença entre as referidas formas de invalidade no direito civil e administrativo será objeto de estudo; só então, passar-se-á ao que vem sendo adotado pelo CADE e quais as suas implicações.

## 2.2. Nulidade x Anulabilidade

Existem no ordenamento jurídico duas espécies de invalidade que sancionam o ato jurídico em virtude da sua não conformidade com o direito. Inválido é aquele ato que recebeu essa sanção por possuir algum defeito em sua formação, faltando-lhe algum requisito essencial ou descumprindo alguma regra que seria necessária para que ele fosse válido. Diferenciá-las, nem sempre é fácil: “Até onde se podem eliminar propriedades das nulidades,

---

<sup>82</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira – a lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 440.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. O novo direito processual da concorrência em concentrações econômicas no Brasil: o controle de estruturas de mercado. In **Direito e economia II** [Recurso eletrônico on-line] org. CONPEDI/UFSC; coord.: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=37007545a7abc397>> . Acesso em 15 nov. 2014. p.18

sem que os negócios jurídicos nulos deixem de ser nulos para se tornarem anuláveis? Onde começa o plano dos negócios jurídicos anuláveis?”<sup>84</sup> (sic)

Há autores que diferenciam o ato nulo do anulável quanto à gravidade da infração existente, como VELOSO, que afirma haver distinção “conforme a extensão e gravidade do defeito, a intensidade do desvio, a natureza do preceito legal afrontado ou descumprido, o interesse público ou privado a ser resguardado,”<sup>85</sup> e PEREIRA, que destaca que a nulidade existe “quando em grau mais sensível o ordenamento é ferido”<sup>86</sup> em contraposição à anulabilidade que possui “uma desconformidade que a própria lei considera menos grave”<sup>87</sup>.

Outros autores, porém, preferem distingui-los, ainda pela natureza da infração, mas não quanto à gravidade senão quanto ao interesse que ela afronta. AMARAL defende que “o critério distintivo deve ser, porém, o da titularidade dos interesses a proteger. Tratando-se do interesse geral, o caso é de nulidade, se o interesse for particular, é de anulabilidade.”<sup>88</sup>

No entanto, percebe-se que há certa correlação entre a gravidade de uma infração e o interesse protegido. Via de regra, normas cogentes, imperativas, são de interesse geral, público, sendo mais graves. Em contrapartida, normas cuja incidência é unicamente no âmbito privado são consideradas de menor gravidade. MELLO bem resume a questão, mostrando que ambos os fatores distintivos até aqui expostos devem ser analisados conjuntamente: “considerando a gravidade da infração e a importância do interesse a resguardar, os sistemas jurídicos impõe sanções de maior ou menor intensidade, punições mais ou menos severas”.<sup>89</sup>

Assim, o primeiro ponto de distinção entre anulabilidade e nulidade seria a natureza da infração cometida, onde se analisa a gravidade da infração e os interesses atingidos. No entanto, há outras distinções igualmente importantes. A legitimação para arguir a invalidade é ponto de extrema importância nessa matéria. Isso ocorre em virtude de que, em casos de anulabilidade, ela só pode ser alegada pelos interessados diretos (aqueles em favor dos quais a lei a impôs)<sup>90</sup>, não por qualquer interessado, muito menos pelo MP ou pelo juiz *ex officio*. Pode-se englobar, excepcionalmente, a legitimação de terceiros interessados, sucessores,

---

<sup>84</sup> MIRANDA, Op. Cit. p. 83

<sup>85</sup> VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 26-27.

<sup>86</sup> PEREIRA, Op. Cit. p. 528.

<sup>87</sup> Ibid. loc. cit.

<sup>88</sup> AMARAL, Op. Cit. p. 530.

<sup>89</sup> MELLO, M. Bernardes de, Op. Cit. p. 94

<sup>90</sup> MELLO, M. Bernardes de, Op. Cit. p. 292.

tutores e representantes legais.<sup>91</sup> Já em caso de nulidade, todos os interessados a podem alegar, incluindo o MP, e também a pode decretar, de ofício, o juiz, nos termos do art. 168 do Código Civil.<sup>92</sup>

Porém, a distinção que mais merece atenção nesta pesquisa é, sem dúvida alguma, aquela referente aos efeitos e consequências oriundos da pronúncia de nulidade/anulabilidade. Resulta da decretação de nulidade, normalmente, sanções mais graves e que dão menos margem de ação ao juiz. A nulidade não pode ser convalidada nem mesmo a pedido das partes, por exemplo. De outro lado, a anulabilidade consiste em penas mais brandas e garante às partes envolvidas o direito de confirmar o ato inválido, tornando-o como se válido fosse.

Nesse sentido, apenas a anulabilidade possui prazo decadencial. Ainda que tenha se começado a questionar a imprescritibilidade<sup>93</sup> da nulidade, essa é ainda a regra, razão pela qual AMARAL afirma que “o direito de propor a ação de nulidade não se extingue pelo decurso do tempo, embora se reconheça que a situação criada pelo negócio jurídico nulo se possa convalidar pelo tempo decorrido, no prazo e na forma da lei”.<sup>94</sup> Caio Mario, por outro lado, afirma que a “declaração de nulidade prescreve em 10 anos.” No entanto, adota-se a posição majoritária e mais equilibrada adotada por AMARAL. Assim, difere-se da anulabilidade, visto que decai o direito de se pleitear a anulação do negócio jurídico em quatro anos, nos termos do Código Civil, art. 178<sup>95</sup>, salvo exceções.

Outra diferença quanto às consequências da decretação de nulidade em relação à anulação de um ato jurídico diz respeito à retroatividade ou não de seus efeitos. Há quem sustente que a nulidade possui efeito *ex tunc*, retroagindo ao momento em que foi declarada, enquanto a anulação só produz efeitos a partir de sua pronúncia, portanto: *ex nunc*. Esse é o posicionamento majoritário, defendido, entre outros, por Caio Mario e Francisco Amaral. Mais uma vez, não há unanimidade. VELOSO e Bernardes de MELLO dessa vez concordam em que a sentença que pronuncia a anulabilidade é, também, *ex tunc*. Apesar de estes dois

<sup>91</sup> VELOSO, Op. Cit. p. 313.

<sup>92</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 19 nov. 2014.

<sup>93</sup> Diversos autores preferem falar em prescrição, não decadência, embora o código civil fale em decadência. Usa-se aqui os termos apenas para diferenciar nulidade e anulabilidade, sem o sentido técnico que possuem, visto que renomados autores consagraram seu uso. Bernardes de MELLO prefere prescrição, mas destaca ser em sentido amplo; VELOSO opta por decadência, mas usa alternadamente prescrição. Esses dois autores também corroboram a tese da imprescritibilidade da ação anulatória. (MELLO, M. Bernardes de, Op. Cit. p. 277; VELOSO, Op. Cit. p. 166)

<sup>94</sup> AMARAL, Op. Cit. 543.

<sup>95</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 19 nov. 2014.

autores serem especialistas no tema da nulidade, com livros que tratam especificamente a respeito do tema, adere-se, por ora, ao posicionamento majoritário.

Talvez a principal diferença entre a anulabilidade e a nulidade resida no caráter imutável do ato nulo em contraposição à possibilidade de sanção do ato anulável. Essa distinção é a mais consensual que há na doutrina civilista. Embora possam discordar quanto à existência de exceções, os autores concordam que a nulidade não pode ser sanada, convalidada ou confirmada, nem pelo decurso do tempo, nem a requerimento das partes, muito menos pelo bel prazer do julgador. Uma exceção que pode ser exemplificada é de direito administrativo, no qual se diz que o direito que a Administração tem de anular seus próprios atos eivados de ilegalidade decai em cinco anos em casos que o ato resulte em vantagens ao administrado.

Como já dito, é justamente a distinção quanto às consequências da pronúncia de invalidade que se deve atentar neste trabalho. Até aqui, apenas se pincelou tal distinção, expondo-se os posicionamentos existentes. A importância disso foi mostrar que há três principais formas de se distinguir nulidade e anulabilidade: (i) Quanto à natureza do ato invalidado, em que se discute a gravidade da invalidade e o interesse protegido por ela; (ii) Quanto à legitimação para alegar a invalidade, em que se percebe maior abrangência de legitimados a alegar a nulidade; e (iii) Quanto aos efeitos e consequências da invalidação do ato, em que se analisa basicamente a possibilidade de prescrição da invalidade, os efeitos que a sentença que as constitui possui, e a possibilidade de sanção, convalidação ou confirmação do ato inválido.

A elucidação dessas três formas de distinção entre nulidade e anulabilidade foi extremamente importante tanto para se entender as características próprias de cada uma dessas formas de invalidade, quanto para se perceber qual delas o CADE, na prática, tem adotado.

Ocorre que, quando autores tentam defender a tese de que não se trata de nulidade, mas de anulabilidade a punição prevista em caso de *gun jumping*, provavelmente eles não estão preocupados em defender que a infração de *gun jumping* fere meros interesses privados, de menor gravidade. Não pretendem, aparentemente, insinuar que apenas os interessados diretos na operação venham a ser legitimados a alegar a sua invalidade, retirando o poder que o CADE tem de a declarar *ex officio*. O que buscam, por meio de seus argumentos, é defender que os efeitos da punição devem ser aqueles próximos aos da invalidação de um ato anulável,

e não da decretação de nulidade. Defendem, principalmente, uma espécie de convalidação do ato nulo (anulável), em casos que o CADE entenda que a operação é pró-competitiva.

Seria então possível diferenciar nulidade de anulabilidade, no direito antitruste, unicamente quanto ao aspecto dos efeitos decorrentes de sua pronúncia? Seria possível ignorar as outras importantes pontuadas distinções? E o incentivo a condutas calculadas, como poderia ser enfrentado? Discussão parecida ocorre no Direito Administrativo. Analisar-se-á tal discussão com o fito de se poder fazer uma analogia com seu uso no direito concorrencial. Quando de tal análise, aprofundar-se-á o estudo dos efeitos e consequências da sentença de invalidade do ato, bem como de outros conceitos já pincelados até aqui. Passa-se à referida problematização.

### 2.3. Anulabilidade no direito administrativo: é possível?

Como fora exposto, há várias maneiras de se diferenciar as espécies de invalidação. Ocorre que, optando-se por uma ou outra, tem-se a possibilidade, ou não, de adequação da teoria civilista no âmbito administrativo. Quem rechaça a recepção da anulabilidade no que tange a atos administrativos o faz argumentando, via de regra, que não se tem a gradação da gravidade da conduta que se observa no direito civil. Sendo tudo matéria de ordem pública, tudo deve ser nulo, não anulável. Nesse sentido, cita-se a posição de MEDAUAR:

Como se pode depreender, o tratamento das nulidades no direito civil separa os defeitos referentes a normas imperativas e os defeitos decorrentes de normas protetoras de interesses de pessoas. E leva em conta as consequências de tais defeitos nas ações civis. (...) No direito administrativo essa diferença não se sustenta, pois todas as normas são, em princípio, de ordem pública e todos os atos administrativos são editados para atendimento do interesse público.<sup>96</sup>

Quem também critica a importação das categorias do direito civil para o direito administrativo é MEIRELLES, para quem não existe anulabilidade no âmbito administrativo “pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa. Daí a impossibilidade de convalidar-se o ato considerado anulável (...)”.<sup>97</sup> Observa-se que a

---

<sup>96</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013. p. 173.

<sup>97</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Apud: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 252.

imperatividade das normas de direito administrativo, o caráter público e nunca privado de tais ordenamentos, foi que motivaram a propositura do não recebimento da categoria de atos anuláveis no âmbito publicista.

Porém, é óbvio que não se pode absolver a teoria civilista em sua completude para dentro do direito administrativo. Não houvesse diferenças, tais ramos seriam unos, não distintos. Ocorre que, ainda assim, é possível, com as devidas ressalvas, adaptar-se a teoria civilista e aproveitá-la no âmbito administrativo. Argumento sólido nesse sentido é o usado por VELOSO para combater a ideia de que não se pode usar a distinção já consagrada no direito civil:

Há aí, *data venia*, um desvio de perspectiva. As regras da anulabilidade, da Parte Geral do Código Civil, não se podem aplicar, *tout court*, na seara administrativa. A anulabilidade, no direito Administrativo, tem de se amoldar às características, aos princípios, às finalidades deste ramo jurídico. A anulabilidade do negócio jurídico é muito diferente da anulabilidade do ato administrativo.<sup>98</sup>

Para citar também um administrativista, neste mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que:

A diferente função da teoria das nulidades no Direito Privado e no Direito Administrativo reclama, sem dúvida, tratamentos distintos. Sem embargo, tal circunstância não se incompatibiliza com a distinção entre atos nulos e anuláveis, nem com o fato de que a diversidade de tratamento jurídico que lhes corresponda seja similarmente adotada em ambos os ramos do Direito.<sup>99</sup>

Como pode se observar das diferentes posições adotadas, a forma como se distingue anulabilidade de nulidade é fator central para que se conclua quanto à sua adaptação ou não no direito administrativo. Aqueles que as distinguem quanto à natureza da infração, não percebem tal possibilidade. No entanto, aqueles que as diferenciam quanto aos efeitos e consequências, defendem a sua aplicação do direito público, como bem expõe CARVALHO FILHO: “Para estes, como é evidente, é possível que o Direito Administrativo conviva com os efeitos não só da nulidade como também da anulabilidade, inclusive, neste último caso, com o efeito da convalidação de atos defeituosos”.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> VELOSO, Op. Cit. p. 322

<sup>99</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.. p. 471.

<sup>100</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed., rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 03/01/2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 153.

É justamente a citada convalidação dos atos administrativos inválidos que os vai diferenciar em nulos e anuláveis. CARVALHO FILHO bem define que apenas aqueles que adotam a divisão advinda do direito civil falam em convalidação. Pois, como define DI PIETRO: “Quando o vício seja sanável ou convalidável, caracteriza-se hipótese de nulidade relativa; caso contrário, a nulidade é absoluta”.<sup>101</sup> Para ela, nulidade relativa corresponde à anulabilidade; e a nulidade absoluta, à nulidade propriamente dita.

Reforçando a tese ora defendida, Bandeira de MELLO afirma que há distinções entre os tipos de vícios caracterizadores da nulidade ou anulabilidade nos ramos civil e administrativo do direito, “já as consequências, inobstante alguma desigualdade, são muito próximas”.<sup>102</sup> Para ele, o critério importantíssimo a ser utilizado é mesmo o da possibilidade de convalidação do ato inválido, acrescentando que os atos não-convalidáveis seriam tanto os nulos quanto os inexistentes, categoria esta que apenas ele propõe, dentre os autores aqui estudados.

Por fim, ressalta-se a relevante e equilibrada posição adotada por CARVALHO FILHO. Embora tenha adotado a linha dualista, que entende haver não só nulidade, mas também anulabilidade no âmbito administrativo, ele faz importantíssima ressalva: “É que a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável”.<sup>103</sup>

Isso posto, entende-se que a anulabilidade tem sim espaço no direito administrativo. Percebe-se que a principal questão distintiva resume-se em se poder ou não convalidar o ato inválido. Exposta essa distinção, percebe-se o quanto o estudo dos efeitos da invalidação de um ato é relevante, pois esse parece ser, dos critérios distintivos, o que mais apresenta similaridades nos mais diversos ramos do direito.

Assim, novamente embasando-se em autores de direito civil e administrativo, para além daqueles do direito antitruste, passa-se a análise dos efeitos da pena de nulidade em casos de *gun jumping*. Junto a isso, analisar-se-á os entraves práticos oriundos de tão importante questão.

---

<sup>101</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 253

<sup>102</sup> MELLO, C. A. Bandeira de. Op. Cit. p. 471.

<sup>103</sup> CARVALHO FILHO, Op. Cit. p. 153.

## 2.4. Consequências e entraves práticos da invalidação em casos de *gun jumping*

Até o momento da conclusão da presente pesquisa, jamais decretou o CADE a nulidade de negócios jurídicos em virtude de punição por *gun jumping*. Assim, as consequências de uma possível decretação são, ainda, especulações. O que se busca é problematizar as hipóteses de procedimentos a serem adotados em casos de nulidade por *gun jumping*. Seria possível, por exemplo, conferir o efeito da convalidação a atos invalidados por conta do referido ilícito? Quais atos devem ser abarcados por tal sanção? Os efeitos da pronúncia de nulidade devem ser *ex tunc*? Essas e outras questões serão discutidas nessa seção.

Primeiramente, como observado na discussão quanto à viabilidade de se aplicar a anulabilidade no direito administrativo, a distinção se deu em torno da possibilidade de convalidação. Esse parece ser o maior problema quanto aos efeitos e consequências da pronúncia de nulidade. TAUFICK, ao defender a tese de que a pena contra atos de *gun jumping* é, na verdade, de anulabilidade, sustenta que: “caberá ao CADE definir se, uma vez consumada a operação, é socialmente desejável a separação de ativos”.<sup>104</sup>

O argumento utilizado somente faz sentido na medida em que a doutrina clássica nega a convalidação de atos nulos. Assim, sendo conferida a possibilidade de o CADE agir com certa discricionariedade na aplicação da nulidade, isso a tornaria em anulabilidade, visto que TAUFICK as distinguiu quanto a seus efeitos. Em momento oportuno, averiguar-se-á se o CADE realmente pode agir discricionariamente nesses casos. Por ora, cumpre-se discutir se aos atos nulos são, de fato, insanáveis. MEDAUAR, por exemplo, apresenta um outro olhar:

Embora o poder e o dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que, em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-los, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento do ato no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato. Por vezes, surgem casos de atos que produziram efeitos irretratáveis que tornariam inócua eventual anulação.<sup>105</sup>

Ao adotar a posição monista, para quem só existem atos nulos no âmbito administrativo, e ainda assim reconhecer a possibilidade de manutenção de tais atos, ela

---

<sup>104</sup> TAUFICK, Op. Cit. p. 439.

<sup>105</sup> MEDAUAR, Op.Cit. p. 173.

diverge, aparentemente, da doutrina defendida por DI PIETRO, CARVALHO FILHO e Bandeira de MELLO. Como já dito, para estes, apenas os atos anuláveis podem ser sanados. No direito civil, também entende esmagadora maioria da doutrina que os atos nulos são insanáveis. Ao expor as características do ato nulo, MIRANDA ressalta que “são insanáveis as suas invalidades e irratificáveis, tanto que confirmação deles, a rigor, não há, há firmação nova, ex nunc, e de modo nenhum confirmação”<sup>106</sup>. No mesmo sentido, Francisco AMARAL afirma que: “Não pode o juiz suprir a nulidade, isto é, remediá-la, ainda que a requerimento das partes, pelo que o negócio nulo não pode ser ratificado, confirmado (CC, art. 168, par. único).”<sup>107</sup>

Desses posicionamentos deduz-se que a insanabilidade é realmente a regra no que tange aos atos nulos. Como se viu no defendido por MIRANDA no parágrafo anterior, contudo, é possível haver firmação nova, repetição do ato. Porém essa discussão será melhor abordada quando for tratada a possibilidade de repetir-se ato de concentração nulo por conta de *gun jumping*. Neste momento, é mister ressaltar uma espécie de exceção que permite um ato nulo ser sanado; ou, olhando-se sob outro prisma, é preciso ressaltar hipóteses em que, talvez, não haja o dever, mas a faculdade de pronunciar a nulidade.

Olhando-se por este último ponto de vista, talvez o que MEDAUAR esteja defendendo não se trata, na verdade, de sanação de ato nulo, mas sim de limitação ao dever de pronunciar-lo como tal. Para aqueles que rejeitam a anulabilidade, essa parece ser a única solução. É possível que seja isso que defende TAUFICK: não a sanação do nulo (anulável), mas a sua impronúncia pelo CADE, por ser socialmente desejável a manutenção da operação. Sendo isso, teria sido mais feliz caso defendesse uma relativização dos efeitos da nulidade, considerando o ato ainda nulo; e não anulável. Afinal, a lei foi clara ao tratar de nulidade, não se podendo imputar ao legislador o que ele não afirmou.

Essa relativização do dever de nulificar é observada em muitos administrativistas, como é o caso do posicionamento de DI PIETRO, afirmando que se pode deixar de anular<sup>108</sup> o ato “quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso é o interesse público que norteará a decisão.”<sup>109</sup> (sic)

---

<sup>106</sup> MIRANDA, Op. Cit. p. 82.

<sup>107</sup> AMARAL, Op. Cit. p. 543.

<sup>108</sup> No direito administrativo é comum o uso do termo anulação para se referir ao gênero das invalidades, e não especificamente à espécie anulabilidade.

<sup>109</sup> DI PIETRO, Op. Cit. p. 244

No âmbito judicial, tal relativização é mais condenada, como bem expõe VELOSO: “as nulidades devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz, independentemente de solicitação, quando conhecer do ato ou de seus efeitos e as encontrar provadas. Note-se que o juiz não apenas pode, mas deve declarar a nulidade (art. 168, parágrafo único).”<sup>110</sup> Nisso é acompanhado pela esmagadora maioria dos civilistas que sustentam o entendimento na impossibilidade de o juiz sanar a nulidade. Sem dúvidas, deixar de invalidar, de certo modo, produz os mesmos efeitos que convalidar. Todavia, se se entende, como PEREIRA, que a ação de nulidade prescreve em dez anos<sup>111</sup>, aí haveria uma limitação ao dever de invalidar também no âmbito civil. Assim, haveria uma distinção entre não decretar a nulidade e a sanção do ato, propriamente dita.

Porém, a doutrina administrativa é quem melhor separa a convalidação da limitação ao dever de invalidação. CARVALHO FILHO afirma que “há que se reconhecer que, em certas circunstâncias especiais, poderão surgir situações que acabem por conduzir a Administração a manter o ato inválido.”<sup>112</sup> Contudo, ele ressalta que não há, bem da verdade, discricionariedade em permitir ou não que o ato inválido continue a produzir efeitos.

Ainda segundo ele, há circunstâncias que obrigam a Administração a manter o ato, ainda que inválido: “Tais situações consistem em verdadeiras limitações ao dever de invalidação dos atos e podem apresentar-se sob duas formas: (1) o decurso do tempo; (2) consolidação dos efeitos produzidos.”<sup>113</sup> Assim, percebe-se que, enquanto a convalidação decorreria da natureza do vício, sendo convalidáveis, ou anuláveis, os vícios de competência, objeto e forma; representariam limitações ao dever de pronúncia da invalidade os atos que já se consolidaram ou no tempo ou por meio de seus efeitos.

Mas qual postura deveria o CADE possuir? Como órgão judicante, constituído em Tribunal de Defesa Econômica – TADE, deveria ele ser considerado como um juiz diante de um contrato meramente de direito privado? Não. Sendo órgão da administração pública, é inequívoco que o interesse público deve ser levado em consideração. Além disso, tem-se que o direito antitruste é um conjunto de políticas públicas. O Estado, para a concretização da livre concorrência, utiliza-se dessas políticas, como se percebe no posicionamento de FORGIONI que define esse ramo do direito como sendo “uma técnica de que lança mão o

---

<sup>110</sup> VELOSO, Op. Cit. p. 155

<sup>111</sup> PEREIRA, Op Cit. p. 532.

<sup>112</sup> CARVALHO FILHO, Op. Cit. p. 157.

<sup>113</sup> Ibid. loc. cit. .

Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso de poder econômico e a tutela da livre concorrência.”<sup>114</sup> Nesse sentido, CARVALHO, dentre outros, também trata o direito concorrencial como sendo uma política pública.<sup>115</sup>

Assim, o CADE deve levar em conta o foco de atuação da pena de nulidade e o atendimento ao interesse público quando de sua imposição. Não é caso de anulabilidade porque o ato a ser invalidado é um negócio jurídico privado e, nesse caso, ela só poderia ser alegada pelas partes. Além disso, o CADE tem entendimento no sentido de que o *gun jumping* possui reprovação elevada, não compatível com anulabilidade. No entanto, quanto aos efeitos do ato anulável, já foi dito que se busca adaptá-los em outros ramos do direito. Mas, o problema de tentar adaptar isso ao âmbito concorrencial esbarra em que o mesmo ilícito poderia constituir atos nulos e anuláveis, algo impensável.

Por isso, não parece haver espaço no direito antitruste para a distinção entre anulabilidade e nulidade. Afinal, só há um texto legal que trata do assunto, sendo uma sanção a um único ilícito, que seria o *jump the gun*. Esse texto impõe a nulidade. Não usa termos vagos, como anular ou invalidar. É nulidade, sim. Porém, assim como alguns entendem que no direito administrativo há tão somente nulidade, mas permitem que a Administração deixe de decretá-la, em nome do interesse público, essa parece ser também a melhor proposta para o CADE, que deverá definir qual o escopo de atuação da pena de nulidade.

Contudo, destaca-se que não é um agir discricionário da parte do órgão, mas uma verdadeira limitação ao dever de invalidar, como apresentado por CARVALHO FILHO. Todavia, essa limitação decorreria do fato de que certos atos simplesmente não podem ser abarcados pela nulificação, por serem extremamente banais e não alterarem a gestão dos negócios.

Desse modo, o CADE, ao perquirir “qual é o qual o escopo de incidência da pena de nulidade estabelecida no art. 88, § 3o, da Lei nº 12.529/2011”<sup>116</sup>, qual o foco de tal sanção, ele busca, de certo maneira, analisar o que seria mais razoável, proporcional, quanto aos atos

---

<sup>114</sup> FORGIONI, Op. Cit. p. 29

<sup>115</sup> CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CORDOVIL, Leonor. et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

<sup>116</sup> BRASIL. CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19**. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Voto. Relatora Conselheira Ana Frazão. Op. Cit. p. 09.

sujeitos à nulidade. Sem dúvida, o interesse público também fez parte dessa análise. Isso porque a análise fria da lei levaria a concluir que a operação como um todo devesse ser anulada.

O art. 88, § 3º da Lei Antitruste impõe pena de nulidade aos atos que se subsumirem ao *caput* do referido artigo. Ora, o *caput* dispõe justamente sobre os atos de concentração. Não são os atos que levem à consumação que devem ser nulos, mas os atos de concentração em si, visto que eles é que se encontram previstos no *caput*. Essa seria a análise fria, literal. Foi, contudo, considerada “desarrazoada, seja porque não traz nenhum benefício à efetividade da política antitruste, seja porque gera custos sociais gigantescos”<sup>117</sup>, em decisão do CADE. Assim, o referido órgão já parece caminhar para a relativização da sua pena de nulidade, ainda que com relutâncias.

Como já dito, essa seção busca mostrar consequências e entraves práticos da aplicação da nulidade. Até aqui se viu que um ato nulo não pode mesmo ser convalidado. Todavia, discutiu-se o afastamento da pena, justamente em casos que se coloquem como entraves, na prática, à nulificação do ato. O CADE bem descreveu essa limitação, expondo o seguinte: “algumas situações jurídicas mostram-se de tal forma rotineiras e banais na vida empresarial contemporânea que é difícil imaginar que possam elas ser alcançadas pela pena de nulidade prevista no art. 88, § 3º, da Lei Antitruste.”<sup>118</sup> Sem dúvida, a aplicação da pena de nulidade deve sopesar essas difíceis questões de âmbito prático, de modo que se deve questionar quais atos são abarcados pela sanção nulificante. Porém, ressalta-se que não se trata de mera flexibilização, puramente discricionária. Não. O que há é a necessidade de melhor se apurar o objeto da nulidade, e isso encontra respaldo também na melhor doutrina publicista.

Quanto aos atos sujeitos à nulidade, o CADE já afastou a hipótese de que a sanção recaísse sobre a operação como um todo. Conforme já exposto, a interpretação literal da Lei Antitruste, nesse caso, mostrou-se desarrazoada. Assim, a nulidade abarcaria tão somente o ato de consumação, mas não a operação em si. Porém, existem atos consumidores, que embora caracterizem o *gun jumping*, são impossíveis de serem anulados, tais como a troca de informações sensíveis e anúncios de *marketing* concretizados.

Ora, percebe-se que alguns desses atos consistem em ilícitos que, simplesmente, não podem ser anulados por questões fáticas. Não são atos jurídicos, mas meros fatos, sendo

---

<sup>117</sup> Ibid. loc. cit.

<sup>118</sup> Ibid. loc. cit.

impossível invalidá-los.<sup>119</sup> Porém, existem aqueles que não só podem, mas devem ser invalidados. Aqueles atos jurídicos, *lato sensu*, propriamente ditos, que tiverem o potencial de desfigurar o cenário de concorrência que devia ser mantido, deverão ser nulificados. Exemplo disso são aqueles que puderem alterar a gestão da atividade empresarial, por meio, por exemplo, de um pagamento e assunção imediata de obrigações. Nesses casos, deve haver a pronúncia de nulidade. Contudo, quais efeitos ela deve possuir?

Embora a doutrina unânime entenda que os efeitos da sentença de nulidade devem retroagir, há quem defenda que a retroatividade possa ser afastada, mas apenas em casos especiais. VELOSO mostra que até mesmo a inconstitucionalidade, a pior forma de nulidade, teve seus efeitos relativizados, de modo que não haveria razão para se afastar o dogma da produção de efeitos retrooperantes das invalidades, também no direito civil, principalmente no que tange a terceiros de boa-fé:

A inconstitucionalidade é a patologia extrema, a doença capital, o defeito mais grave, intenso e profundo que pode aparecer no mundo jurídico. Não obstante, para atender razões de segurança jurídica, de excepcional interesse nacional, admite-se que a declaração de inconstitucionalidade não se projete para o passado, desfazendo situações constituídas sob a égide da norma impugnada, mantendo-se relações criadas, desenvolvidas e consumadas com base na boa-fé, na confiança, amparadas em uma lei, devidamente promulgada, publicada e em pleno vigor, que gozava de presunção de legitimidade, apesar da imperfeição, da mácula, do vício enormíssimo que continha, e que, depois, é invalidada por decisão judicial, que atesta e proclama sua desconformidade com o parâmetro normativo – constitucional.<sup>120</sup>

No âmbito do CADE, porém, o problema não é apenas o efeito *ex tunc* da decretação de nulidade. Até porque, o *gun jumping*, por definição, constitui atos de consumação prematura, anteriores à autorização antitruste. Logo, a pena de nulidade de tais atos deve retroagir. A maior questão, na verdade, são os efeitos posteriores à decisão, em casos que se anule o ato consumidor, mas autorize a operação no mérito. Talvez, em alguns casos, tenha-se que relativizar a produção dos efeitos conseguintes à nulidade. Com isso, penas os atos anteriores serão anulados? Haverá convalidação tácita?

Como já aventado anteriormente, atos nulos não se convalidam nem pelo decurso do tempo. Essa é a posição majoritária a qual se acompanha da possibilidade, não de ratificação, mas de repetição do ato nulo. Esse é o apontamento que AMARAL traz, após explicar ser impossível a convalidação: “o único meio é praticá-lo de novo, com observância dos

---

<sup>119</sup> MELLO, Bernardes de. Op. Cit.

<sup>120</sup> VELOSO, Op. Cit. p. 362.

indispensáveis requisitos de validade, a partir do que então o ato produzirá os efeitos desejados.”<sup>121</sup> No mesmo sentido, já foi citado o posicionamento de MIRANDA que defende a possibilidade de haver “firmação nova”<sup>122</sup>. MELLO os acompanha: “o negócio nulo somente é sanável, quando possível, pela *repetição*”<sup>123</sup> (sic).

É possível, inclusive, num caso de consumação prematura, por efetivação do pagamento antes da necessária autorização do CADE, que até mesmo essa prestação antecipada seja aproveitada no negócio repetidor. MELLO é didático quanto ao tema, aduzindo que se pode confirmar obrigações já adimplidas em razão do negócio jurídico nulo, por meio de declaração expressa dos figurantes, a qual deve ser tida como referida à ratificação de obrigações cumpridas antes do novo negócio jurídico, passando a integrar a eficácia do mais recente negócio. Todavia, como o nulo, em regra, não produz efeitos, não se pode tê-las como provenientes do negócio nulificado; na verdade, os efeitos jurídicos ‘*confirmados*’ no negócio jurídico novo devem ser considerados efeitos propriamente seus, e não ratificação daqueles do negócio anterior e nulo.<sup>124</sup>

O entrave prático que se tem em mente é que, mesmo tendo sido declarada a nulidade de um ato (o pagamento consumidor da operação, por exemplo), na teoria civilista, poderão as empresas envolvidas repetir esse ato e, inclusive, aproveitar as obrigações já adimplidas. Dir-se-á que isso só vale no direito privado. Mas, há algum impedimento para que as empresas aproveitem obrigações anteriores? Pode o CADE proibir a repetição do que nulificado foi?

A situação ficaria ainda mais complicada se se adotar a literalidade da lei, entendendo-se que todo o ato de concentração é nulo quando há *gun jumping*. Ao se assumir esse posicionamento, e ainda proibir a repetição, estar-se-ia, na prática, reprovando a operação em virtude de condenação por *gun jumping*. Rechaça-se isso, pois como será evidenciado quando do estudo dos casos julgados pelo CADE, a análise quanto ao mérito é independente daquela da consumação prematura. Não pode o órgão antitruste nulificar exclusivamente os atos de concentração reprovados, nem pode ele reprovar todos os que foram condenados pelo *jump the gun*. Contudo, ao se resolver julgar o mérito da operação conjuntamente com o desse ilícito, essas questões afloram.

---

<sup>121</sup> Amaral, Op. Cit. p. 543.

<sup>122</sup> MIRANDA, Op. Cit. p. 82.

<sup>123</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. p. 282.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 282.

Conferir efeito *ex tunc*, ou mesmo *ex nunc*, com relação à invalidação de toda a operação – o que aqui se rechaça, pois apenas os atos de consumação devem ser nulos – geraria os mesmos efeitos que a sua reprovação, ainda que fosse feita a ressalva de que, no mérito, não havia motivos para que fosse reprovada. Isso em virtude de que uma operação nula não possuiria validade e, portanto, não poderia produzir os resultados esperados dela. Os efeitos que seriam próprios à concentração, também lhe seriam negados, como se entende do posicionamento AMARAL: “o negócio jurídico nulo não produz os efeitos próprios da sua espécie (*quod nullum est nullum producit effectum*), embora possa ser eficaz perante terceiros” (sic). Seria, portanto, a morte jurídica do ato nulificado, da própria concentração.

Todavia, como aqui se defende, sendo aprovada no mérito, a operação não precisará ser apresentada novamente, visto que apenas os atos de consumação foram considerados nulos. Não se mistura com a análise da operação, a ser feita no mérito. Assim, embora alguns atos sejam nulos (como um contrato que altere o controle da gestão das operações de forma imediata, antes da autorização do CADE) a nulidade deles tem efeito *ex tunc*, mas não invalida a operação como um todo, visto que a aprovação dela no mérito consistiria no marco temporal inicial em que a sanção deixaria de produzir efeitos, mitigando seu caráter *ex tunc*. Isso se ela não for julgada concomitante ao mérito, pois se o for, tão somente retroagirá.

Com isso, esse julgamento concomitante parece levar a uma situação inusitada: é como se o efeito a ser declarado quanto à nulidade de atos enquadrados em *gun jumping*, no bojo de operações que ainda assim sejam aprovadas no mérito, fosse um efeito “*solum retro*” – com o perdão da expressão em latim aqui proposta. Mas a lógica a ser vislumbrada nessa hipótese seria igualmente estranha: a nulidade teria efeitos retroativos, mas a partir de então, a operação poderia ser consumada, e obrigações anteriores aproveitadas, ainda que por repetição. Ou seja, o efeito seria unicamente retroativo, por isso: *solum retro*.

Uma vez que o CADE opte pela a análise do mérito, concomitante com a do *gun jumping*, difícil pensar em solução diferente para a aplicação da pena de nulidade nos casos em que houver a aprovação da operação no mesmo ato decisório.

A modulação dos efeitos da nulidade em casos de *gun jumping* pode apresentar desafios ainda maiores. Como já dito, via de regra, essa sanção deverá ter efeitos unicamente retroativos, tomando-se como marco a decisão de mérito. Se este for analisado em momento posterior ao da sanção nulificante, a nulidade terá efeito *ex tunc*, mas apenas até a data da

aprovação da operação, a partir da qual tão somente retroagirá, não se postergando, nesses casos, após a análise do mérito.

Essa situação é complicada de se demonstrar. Mas, imagine-se um caso em que uma campanha de *marketing* tenha configurado o *gun jumping*, alterando, inclusive, a gestão da atividade empresarial. Nesses casos, entende-se que esse ato deve ser anulado. Porém, os anúncios em si, obviamente, já terão produzido efeitos sobre a mente dos consumidores. Contudo, se for um contrato contínuo com uma empresa de publicidade, poderá o CADE anular tal negócio, determinando a retirada dos anúncios.

Neste caso, pela teoria clássica, os efeitos serão *ex tunc*, e até a decisão de mérito as partes deverão manter separados seus ativos e fora de circulação a campanha de *marketing*, sendo também desconstituídas obrigações anteriores, adimplidas ou não. Porém, como aqui se propõe, havendo a aprovação da operação, os anúncios poderão voltar a circular, e os efeitos posteriores cessam, sendo *solum retro*.

Mas, tendo sido nulo o contrato com a empresa publicitária, deverá esta arcar com os prejuízos da nulidade de obrigações anteriores? A eficácia da nulidade será *ex tunc* e *erga omnes*?

Entende-se que não. Ocorre que, no mínimo, poderá ser repetido o contrato de *marketing*, nulo em razão do *gun jumping*. Terceiros de boa-fé não podem ser prejudicados em razão da decisão do órgão antitruste. Assim como há a modulação de efeitos pelo STF em casos de inconstitucionalidade, conforme já exposto, da mesma maneira deve o CADE sopesar a abrangência dos efeitos de tal sanção, principalmente no que tange a terceiros de boa-fé, como bem expõe VELOSO:

Diante do conflito entre os princípios – de um lado, o que ordena a desconstituição *ex tunc* e *erga omnes* do negócio invalidado; de outro, o que manda que se proteja o terceiro de boa fé, que acreditou e confiou numa situação que tinha toda a aparência de legítima –, o juiz deve eliminar a contradição que se manifesta, analisando cuidadosamente as circunstâncias do caso concreto, dando a solução mais equitativa e razoável – já que não pode contentar todas as partes, todos os interesses em jogo –, tomando a decisão que melhor resguarde os postulados de segurança jurídica e, sobretudo, o ideal da Justiça.<sup>125</sup>

Percebe-se assim que todas essas questões encontram barreiras de ordem prática gigantescas. Talvez também por isso o CADE nunca tenha se utilizado da pena de nulidade,

---

<sup>125</sup> VELOSO, Op. Cit. p. 366.

visto que seria desconfortável e desarrazoado ela abarcar a operação como um todo, devendo abranger tão somente os atos de consumação prematura. Ainda assim, os efeitos meramente retroativos da nulidade dos atos de *gun jumping*, em casos de aprovação no mérito, geram também enorme desconforto, visto não refletirem efeitos práticos, somente retroativos. Por isso, tem-se a proposta de análise em separado do mérito e do *gun jumping*, sendo este analisado anteriormente àquele. Na conclusão desta monografia, esclarecer-se-á tal proposta.

Mais importante, contudo, do que propor respostas perfeitas a esses problemas, o que não se espera obter, a racionalidade por trás do presente trabalho visa sim pensar o não pensado. Busca-se cogitar de hipóteses complicadas no plano fático e do enfrentamento delas procurar, senão soluções, reflexões. Tal procura será alvo desta pesquisa na seção de conclusão. Antes, porém, cumpre-se referenciar a jurisprudência do CADE sobre o tema em tela.

## **2.5. Panorama atual do CADE quanto à nulidade em casos de *gun jumping***

Nesta seção, buscar-se-á expor qual o panorama da jurisprudência do CADE até o momento da conclusão desta pesquisa. Cada um dos casos será resumidamente exposto com enfoque maior no que tange ao tema das nulidades. Até agora, foram cinco investigações por *gun jumping*, havendo quatro decisões no sentido de que ocorreu a conduta, encerradas com um Acordo em Controle de Concentração (ACC), e uma absolvição.

### **2.5.1. Caso OGX/Petrobrás.<sup>126</sup>**

A operação consistiu, basicamente, na aquisição, pela OGX petróleo e Gás S.A. (OGX), de 40% da participação em direitos e obrigações num contrato de concessão, os quais eram detidos pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras (Petrobras). Ambas as empresas envolvidas atuam no ramo de exploração, produção e comercialização e de petróleo e gás natural. A Petrobrás atua, ainda, em diversos outros ramos, envolvendo o manejo do petróleo e outras formas de fontes de energia. Com a consumação da operação, a OGX passou a deter a maior participação no contrato, visto que as outras duas participantes detêm 30% cada.

---

<sup>126</sup> BRASIL, CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19**. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Voto. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 28 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000753431156.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431156.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014.

O caso tinha a peculiaridade de ter sido realizado após a então recente mudança no entendimento da ANP que passara a exigir que esse tipo de operação (cessão de direitos e obrigações dos contratos de concessão nas fases de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural) fosse previamente notificada ao CADE para só então obter o aval regulatório.

Os indícios de existência do *gun jumping* eram os seguintes: (i) assunção de direitos e obrigações já no momento da assinatura do contrato; (ii) a efetiva participação da OGX nas decisões a serem tomadas pela Petrobras em relação ao objeto do negócio e (iii) o compartilhamento de informações sensíveis. Tudo isso, obviamente, antes da autorização do CADE. Nesse contexto, a inexistência de cláusula suspensiva condicionando a vigência à aprovação do Conselho foi fator importante na condenação.

Como o caso fora encerrado com um ACC, a empresa reconheceu a prática do ilícito e não houve, por parte do CADE, a necessidade de se provar a ocorrência da referida conduta. Não se tem maiores detalhes quanto ao ocorrido, mas o parecer da PROCADE é esclarecedor no sentido de que a OGX “passou a desenvolver **postura efetivamente ativa no processo de tomada de decisões relacionadas ao objeto da concessão**, passando a agir, de forma antecipada, como verdadeira titular dos novos ativos”.<sup>127</sup> (sic)

Não obstante a relatora do caso entendeu que era “clara a inexistência de qualquer ato que possa estar inserido no escopo de aplicação da pena de nulidade do art. 88, § 3º, da Lei Antitruste.”<sup>128</sup> Ela evidenciou que os atos que resultaram na consumação da operação resumiram-se “apenas a atos meramente operacionais, facilmente enquadráveis como atos de administração ordinária”.<sup>129</sup> Diferiam, por tanto, daqueles atos que, ainda que potencialmente, pudessem alterar as relações de competitividade do mercado. Nesse ponto, é possível que o fato de que o bloco – cuja participação foi adquirida pela OGX – não estivera em funcionamento tenha influenciado a decisão.

No caso em tela, não houve menção a atos de gestão em oposição aos de mera administração ordinária. Ainda assim, essa ideia está implícita no voto, visto que apenas aqueles teriam o condão de alterar relações concorrenciais. Desse modo, entende-se que no

---

<sup>127</sup> \_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19**. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Parecer da PROCADE nº 182/2013. Op. Cit. p. 10.

<sup>128</sup> \_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19**. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Voto. Relatora Conselheira Ana Frazão. Op. Cit. p. 9

<sup>129</sup> Ibidem, p. 10.

presente caso a postura ativa que a OGX adotou (segundo parecer da PROCADE supracitado) agindo como detentora dos ativos e influenciando nas decisões do objeto da concessão, deve ter se resumido a influências em aspectos de menor impacto concorrencial, atos de mero expediente. Ainda assim, entendeu-se pela ocorrência de *gun jumping*. A assunção imediata de ônus e direitos derivados do contrato, no momento de sua assinatura, sem cláusula suspensiva, torna-o como um dos *easy cases* mencionados por BLUEMENTHAL. Não houve, portanto, nenhuma dúvida da consumação da operação.

Porém, as confidencialidades do voto dificultam a tarefa de se estabelecer de forma mais objetiva quais atos o CADE entendeu estarem fora do escopo de atuação da pena de nulidade. O problema que pode advir está no fato de o parecer da PROCADE ter sido enfático no sentido de a OGX ter agido como gestora das decisões a respeito do objeto concessão, como se já possuísse os ativos. Ora, isso pode ser encarado como uma evidência que ela praticou atos de gestão e isso limitou a concorrência dela com a Petrobras, as quais deveriam ser mantidas até a decisão final do CADE, como expresso no §4º, do art. 88 da Lei Antitruste.

Aparentemente, buscou-se diferenciar atos que, mesmo praticados por uma empresa gerindo algo que ainda não a pertence (pois não houve a necessária autorização do CADE), fossem meramente operacionais, presentes no dia-a-dia das empresas, sem o condão de afetar significativamente as relações de concorrência no mercado como um todo (visto que entre as empresas, a relação de concorrência já foi afetada, quando ocorreu o *gun jumping*).

Este interessante precedente foi complementado pelo caso seguinte, no qual se pontua a questão dos atos de gestão.

### 2.5.2. Caso UTC/Aurizônia<sup>130</sup>

O caso em tela diz respeito a operação realizada entre UTC Óleo e Gás S.A. (UTC) e Aurizônia Petróleo S.A. (Aurizônia). Ambas atuam nos setores de óleo e gás, ainda que também tenham negócios em outros ramos. A concentração consistiu na aquisição, por parte da UTC, da participação de 37% que a Aurizônia detinha em contrato de concessão para a

---

<sup>130</sup> \_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.008289/2013-52**. Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A.. Voto. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000768211141.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000768211141.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014.

exploração de hidrocarbonetos, celebrado com a ANP. Com a aquisição, o grupo UTC passa a deter 75% de participação, visto que já detinha 38%.

A consumação neste caso – diante do que se pode conhecer devido às confidencialidades presentes nos votos e pareceres – se deu exclusivamente em virtude do adiantamento de parcelas do pagamento das participações adquiridas, sendo que a estrutura do empreendimento se manteve intacta, não sendo alterada. No entanto, a infração ocorreu em virtude de não ter havido mera previsão de preço. Ocorreu, sim, a fixação imediata de obrigação de pagamento, o que acabou por modificar relações quanto à percepção de lucros e isenção de obrigações advindas imediatamente do ato de concentração, o que comprova que ele foi de fato consumado.

Todavia, a consumação baseou-se tão somente nesse contrato, cujas obrigações e direitos foram imediatamente alterados. Novamente, tem-se um *easy case* no que tange à ocorrência de *gun jumping*. Ora, tem-se um contrato que comprova que o ilícito ocorreu, o que é corroborado pela ausência de cláusula suspensiva e pelos indícios práticos de seu cumprimento. Porém, não houve modificação no mercado, inclusive em virtude de haver a manutenção da gestão das operações do consórcio nas mãos da UTC, que já possuía tal controle. Desse modo, entendeu o conselho que o referido *jump the gun* não teve “o condão de alterar a gestão ou estrutura de governança do projeto”.<sup>131</sup>

Consolidou-se o entendimento de que há dois tratamentos distintos para as penalidades aplicadas por *gun jumping*. Quanto às multas, ainda é suficiente a análise da consumação da operação e da possível alteração de concorrência entre as empresas envolvidas, ainda que isso não seja condição necessária. No caso da aplicação da pena de nulidade, além desses, há outros fatores relevantes: a alteração do ambiente competitivo no mercado relevante em questão, como um todo; e a modificação prematura na estrutura gestora, derivada da concentração.

Na verdade, parece mais objetivo considerar-se apenas a primeira parte deste último enunciado. A alteração do ambiente competitivo é que foi determinante, por exemplo, no caso OGX/Petrobras. Embora se entenda que a expressão “atos de gestão” busca abarcar justamente aqueles que alterem o ambiente competitivo, entende-se que podem haver atos

---

<sup>131</sup> Ibidem, p. 7.

classificados como “de administração ordinária” que alteram mais o ambiente competitivo do que a gestão nas decisões quanto ao objeto da concessão, que foi o caso da OGX.

Imagine-se a hipótese em que empresas em processo de fusão incorram em *gun jumping* – embora mantendo suas estruturas e gestões totalmente independentes – dentre outros motivos, por resolverem fazer uma campanha de *marketing* em que se passe a ideia de que a operação já foi totalmente consumada. Caso a gestão da atividade empresarial não tenha sido alterada, tal campanha seria um ato de administração ordinária ou de gestão? Talvez não se enquadre em nenhum dos dois e inexista tal dicotomia. Porém, independentemente disso, é ato que, ainda que potencialmente, tem o condão de interferir nas condições de competitividade do mercado, mesmo se não for ato considerado como de gestão.

Entende-se, novamente, que o uso de tais expressões buscou diferenciar o grau de intervenção no mercado oriundos da consumação. Se forem atos de mera manutenção da empresa, a intervenção no ambiente concorrencial seria mínima. Todavia, pode alguém surgir com o inusitado argumento de que preços seriam essenciais à manutenção da empresa, e por isso seria necessária a intervenção na tomada de decisões quanto a isso. O que se busca mostrar é que, talvez, o grau de intervenção que a consumação teve no mercado foi um fator, em si, mais preponderante do que o ato ser enquadrado como “de gestão” ou “mera administração”. A análise da manutenção do que existe, em contraposição à inovação da estrutura de gestão, é fator que pode contribuir nessa compreensão.

Dessa forma, o CADE ainda terá uma postura com certa discricionariedade, mas há de avaliar os diversos fatores sem precisar realizar a distinção entre estes dois tipos de atos, a qual nem sempre é missão simples. Há tantas incertezas no direito concorrencial, como o momento em que se consuma um ato, ou se se deve ou não conhecer de determinada operação, que mais essa indefinição pode vir a ser dispensada pelo CADE, sem maiores problemas.

A distinção entre atos de administração e gestão teve a brilhante função de demonstrar que apenas aqueles que modificam as relações de concorrência (ainda que positivamente, pois não se mistura com a análise do mérito da operação) devem ser nulificados. De agora em diante, seria interessante que a modificação das circunstâncias de competitividade, em si, pudesse ser o balizador da aplicação da pena de nulidade, devendo a distinção dos atos continuar a servir de auxílio para a verificação de alterações da concorrência no mercado.

Assim, o conjunto de casos até aqui analisados – os únicos em que o CADE se pronunciou quanto à aplicação da pena de nulidade – desenha um panorama que permite concluir que (i) se a aprovação da operação não é fator suficiente para o afastamento de tal pena, é condição necessária para tal; (ii) fatores exógenos, como um ambiente regulatório complicado, ajudam na sua não aplicação, bem como a boa-fé dos requerentes; (iii) a não modificação do ambiente concorrencial – comprovada, inclusive, pela não-alteração da gestão ou estrutura de governança das empresas ou projetos envolvidos – é condição necessária para o afastamento da pena de nulidade.

### 2.5.3. *Caso UTC/Potióleo*<sup>132</sup>

A operação consistiu, basicamente, na aquisição, pela UTC Óleo e Gás S.A. (UTC), de 50% da participação em direitos e obrigações num contrato de concessão, os quais eram detidos pela Potióleo S.A. (Potióleo). Ambas as empresas envolvidas atuam majoritariamente no ramo da extração de petróleo e gás natural, perfurações, sondagens e comércio atacadista de combustível de origem mineral em estado bruto. Após a operação, o Grupo UTC passou a possuir 100% de participação no contrato de concessão em questão. Assim como observado nos casos anteriores, não houve qualquer preocupação concorrencial advinda do mérito da concentração em si.

As evidências quanto à consumação da operação foram objeto de elucidativo quadro constante no voto do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Basicamente, as evidências seriam (i) data de vigência e pagamento de custos anteriores à própria data de celebração do instrumento; (ii) participação nos custos e resultados; (iii) pagamento da remuneração anterior à data de notificação da operação; e, novamente (iv) ausência de cláusula suspensiva com relação à aprovação do ato pelo CADE.

Além disso, o conselheiro afirma que “há um sistema contratual que, satisfeita a condição de pagamento, verdadeiramente altera o fluxo decisional, constituindo novas posições jurídicas.”<sup>133</sup> Contudo, apesar de analisar a razoabilidade da contribuição pecuniária proposta no ACC, nenhuma palavra foi versada quanto à pena de nulidade.

---

<sup>132</sup> \_\_\_\_\_ . **Ato de Concentração n. 08700.008292/2013-76**. Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Potióleo S.A.. Voto. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000768841726.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000768841726.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 8.

Sabe-se que do que não foi dito, nada pode-se concluir. Todavia, o silêncio do CADE no presente caso leva a se inferir que, mesmo havendo alteração no fluxo decisional, e, inclusive, alteração das posições jurídicas, o que pode ser entendido como mudança na gestão e organização do projeto em questão, ainda assim, não houve nenhuma interferência relevante que pudesse modificar as relações de concorrência no mercado relevante da operação. Ao menos, espera-se que isso tenha sido levado em conta.

Nada obstante, merece ser criticada a não motivação da decisão de afastar a nulidade no caso em questão. Passa a mensagem ao público que, apenas em casos excepcionais a nulificação será levada a cabo. Dois problemas decorrem de tal postura: primeiro, pode haver incentivo à condutas calculadas, em que as empresas envolvidas calculariam os custos da demora em consumir a operação e poderiam vir a entender que a multa de *gun jumping*, por si só, seria mais barata do que os custos em se postergar a consumação a momento posterior à análise do CADE. Segundo, sendo o direito antitruste um dos ramos que menor segurança jurídica confere aos jurisdicionados<sup>134</sup>, passar a ideia de que uma pena não será aplicada, quando se pretende sim aplicá-la, pode vir a intensificar tal relação.

Isso se agrava em virtude de que o próximo caso em que se entendeu haver a prática de *gun jumping*, Fiat/Chrysler, também silenciou quanto ao tema. No caso a seguir, Total/Petrobrás, houve absolvição, razão pela qual, obviamente, a pena de nulidade não foi aplicada.

#### 2.5.4. *Caso Total/Petrobrás*<sup>135</sup>

O presente caso foi resultado de operação de aquisição, pela Total E&P do Brasil Ltda. (Total), de 50% dos direitos e obrigações de um contrato de concessão, participação essa que era detida pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Ambas atuam, dentre outros ramos, na pesquisa e exploração de petróleo e gás natural. Após operação, a Petrobrás continuou como líder e operadora do consórcio.

---

<sup>134</sup> FORGIONI, Op. Cit. p. 13.

<sup>135</sup> \_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.007899/2013-39**. Requerentes: Total E&P do Brasil Ltda. e Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. Voto. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 09 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000776441462.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000776441462.pdf)>. Acesso em 09 abr. 2014.

Este caso, embora tenha resultado em absolvição quanto ao ilícito de *gun jumping*, possui esclarecedora contextualização do ilícito dentro da jurisprudência e legislação pátria. Foi empreendido um louvável esforço no sentido de se obter norteadores mais objetivos quanto à ocorrência do *jump the gun*. Porém, assim como se buscou evidenciar ao longo deste trabalho, não há um rol taxativo de condutas, mas sim exemplificativo. Ainda assim, vale citar o rol proposto pelo Conselheiro Alessandro Octaviani Luis:

Consolidando os parâmetros legais e jurisprudenciais, bem como o entendimento exarado em pareceres da ProCADE, temos o seguinte rol exemplificativo de atos que caracterizam a consumação antecipada:

- i. Transferência de ativos (legislação)
- ii. Usufruto de ativos (jurisprudência do Tribunal)
- iii. Qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra (legislação)
- iv. Troca de informações concorrencialmente sensíveis que não sejam estritamente necessárias para a celebração do instrumento que vincule as partes. (legislação)
- v. Pagamento integral ou parcial do valor da transação (jurisprudência do Tribunal)
- vi. Anterioridade da data de vigência do contrato em relação à sua data de celebração (jurisprudência do tribunal)
- vii. Transferência ou usufruto de valores mobiliários com direito a voto (parecer da ProCADE)

A lista acima, reforço, não é exaustiva e poderá ser alargada à medida que o Tribunal acumular experiência em análises de *gun jumping*.<sup>136</sup>

Após preliminarmente apontar os parâmetros de aplicação da pena de *gun jumping*, o conselheiro passou à análise da ocorrência ou não do referido ilícito no caso concreto em tela. As evidências eram as seguintes: (i) data de vigência e pagamento de custos anteriores à autorização do CADE; (ii) acesso indevido a informações sensíveis; (iii) criação do comitê operacional e participação na gestão dos blocos presentes no contrato de concessão; e (iv) ausência de cláusula suspensiva em relação à aprovação da operação pelo CADE.

Os indícios foram todos afastados, visto que não houve pagamentos anteriores à autorização do CADE, consistindo a data de vigência anterior a de assinatura em mera previsão de valores; o acesso a informações sensíveis resumiram-se àquelas essenciais em uma *due diligence*; o comitê operacional ainda não fora criado; e a inexistência de cláusula suspensiva em relação à aprovação do CADE não foi suficiente para caracterizar o *gun*

---

<sup>136</sup> Ibidem, p.31 e 32.

*jumping*, em virtude de haver outra cláusula suspensiva condicionante à autorização da ANP, a qual ainda não ocorrera.

Quanto à nulidade, embora o voto não tenha se pronunciado a respeito dela no bojo do caso concreto, em virtude da absolvição, houve referências quando do estabelecimento preliminar dos parâmetros legais e jurisprudenciais que devem nortear o *gun jumping*. O que vale pontuar é a consolidação do entendimento de que, embora a multa seja de aplicação peremptória em qualquer caso de *gun jumping*, a nulidade só o será em alguns casos – representando não um dever, mas uma possibilidade de decretação pelo CADE<sup>137</sup>. Além disso, consolidou-se a noção de que “a pena de nulidade independe do julgamento de mérito do CADE num caso concreto”.<sup>138</sup>

Outro assunto importante abordado neste voto foi quanto ao procedimento a ser utilizado quando do incidente de investigação de *gun jumping*. A PROCADE tinha entendimento no sentido de que haveria simetria implícita entre esse instituto e o da autorização precária. Haveria, assim, previsão de prazos próprios para a Administração – a saber, 60 dias – visto que a Superintendência-Geral (SG) teria 30 dias para encaminhar o caso ao TADE, contados da notificação, o qual deverá decidi-lo em 30 dias.

Porém, o voto esclarece que as diferenças entre os dois institutos são significativas, principalmente quanto ao caráter ilícito do *gun jumping*, em contraposição à licitude da autorização precária. Assim, entendeu-se que não se poderiam criar prazos próprios para a administração em meio a tamanhas diferenças, que incluem também o momento da análise dos institutos, a finalidade de cada um deles e suas consequências jurídicas distintas.

#### 2.5.5. Caso Fiat/Chrysler<sup>139</sup>

O caso em tela tratou da aquisição, pela Fiat S.p.A. (Fiat), de 41,46% de participação na Chrysler Group LLC (Chrysler), antes detida pela VEBA. A Fiat já detinha, anteriormente, cerca de 59% da Chrysler, e passou, com a consumação da operação, a ter 100%. Ambas as empresas atuam, majoritariamente, no mercado automobilístico.

---

<sup>137</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>139</sup> \_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41**. Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC. Voto. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 14 de maio de 2014. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000775141304.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000775141304.pdf)>. Acesso em 11 nov. 2014.

Como se observa, a operação consistiu na consolidação, pela Fiat, do controle que já detinha sobre a Chrysler. Ainda assim, havia a obrigação de se notificar a operação visto que o CADE entendeu que ela se subsumia nas hipóteses dos arts. 88, *caput* e 90, II, ambos da Lei Antitruste. Logo, como o já citado §3º, do art. 88, menciona que “os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados (...) sob pena de nulidade (...)”<sup>140</sup>, deveria se averiguar o cabimento da pena de nulidade ainda que não houvesse alteração no controle da Chrysler. Ora, ainda que com peculiaridades, trata-se de caso em que a consumação da operação afrontou o sistema de análise prévia.

Tanto é assim que a ocorrência de *gun jumping* no presente caso é tratada como inequívoca ao longo do voto e dos pareceres. Não poderia ser diferente: as empresas consumaram a operação dia 21 de janeiro de 2014, mas só a notificaram dia 17 de março do mesmo ano, quase dois meses depois. Lançaram, ainda, o argumento de que a demora em se consolidar o controle resultaria em prejuízos, visto que haveria oferta pública de ações em período logo posterior à efetivação da operação. Aparentemente, as empresas acharam melhor correr o risco de prejuízo junto ao CADE do que perder o *timing* da operação.

Parece muito claro, novamente, que de fato não houve alteração no ambiente concorrencial. Francamente, questiona-se a real relevância, para fins de política antitruste, de se exigir a notificação desse tipo de operação. No caso em tela, esse foi o 3º ato de concentração que as partes tiveram de submeter no mesmo processo de aquisição, em que a Fiat consolidou seu controle em três momentos distintos. Porém, independentemente dessa questão, que foge ao foco deste trabalho, havia um dever de notificação que não foi cumprido, e uma das sanções previstas é a pena de nulidade.

Deveria o CADE, também neste caso, ter motivado as razões da não aplicação de tal penalidade. Mais uma vez, há uma ideia que se passa que pode levar a condutas calculadas, muito parecidas inclusive com o caso em tela. Havendo o risco de prejuízo em relação ao tempo de análise no CADE, as empresas poderiam achar mais vantajoso consumir desde logo a operação, calculando que a multa é mais benéfica que a postergação da consumação.

Todavia, com esse fito, já existe previsão legal que permite a consumação precária de operações, antes da análise final do CADE, que visa justamente evitar prejuízos às

---

<sup>140</sup> Lei Antitruste, Op. Cit.

empresas.<sup>141</sup> Assim, não se pode permitir tamanha afronta ao regime de notificação prévia obrigatória. O silêncio do CADE, frisa-se, passa uma mensagem perigosa de aquiescência quanto às condutas praticadas. Neste caso, por exemplo, pode-se vir a deduzir que não haverá, jamais, decretação de nulidade por *gun jumping* praticado no bojo de operações de consolidação de controle pré-existente. Ora, se essa é a posição do CADE, porque não se pronunciar claramente? E se não é, porque não rechaça-la, como o fez quando afastou a tese de que somente casos reprovados no mérito seriam anulados?

Quanto ao *gun jumping*, as quatro condenações foram de nítida percepção, praticamente inequívocas. Houve indícios formais, como a assinatura de contratos, acompanhados de realização material, como pagamentos e assunção imediata de direitos e obrigações. O caso que gerou pouco mais de complexidade foi aquele em que houve absolvição, pois os indícios formais, as cláusulas contratuais, embora indicassem uma possível consumação prematura, não vieram acompanhadas de modificações materiais nas relações de concorrência entre empresas, tais como recebimento de pagamentos ou interferência em decisões de um agente em outro.

Quanto à questão da nulidade, porém, o CADE não pode silenciar-se sobre tão relevante assunto. Também não o deveria fazer a doutrina. Razão pela qual, após a descrição do panorama atual das decisões do CADE, passa-se a algumas proposições quanto ao tema da nulidade em casos de consumação prematura.

## CONCLUSÃO: CAMINHOS POSSÍVEIS

“A letra mata, mas o espírito vivifica.” (2Co 3,6)<sup>142</sup> A célebre frase do Apóstolo Paulo preconiza, embora no âmbito espiritual e religioso, um princípio que se aplica em cheio ao direito: a mera literalidade de uma lei é incapaz de conter o seu espírito.

Mas o que seria esse espírito? MONTESQUIEU, ao escrever “Do Espírito das Leis” pondera que as “leis mantêm relações entre si; estão relacionadas à sua origem, ao objetivo do legislador, à ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. É segundo todas essas

---

<sup>141</sup> Art. 59, § 1º, da Lei Antitruste (Op. Cit.): “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.”

<sup>142</sup> 2CORÍNTIOS. In: BÍBLIA. Português. **Bíblia de Estudo NVI**. Nova Versão Internacional. São Paulo: Editora Vida, 2003. p. 1989.

perspectivas que devem ser consideradas.”<sup>143</sup> Depois, conclui expondo o seu objetivo: “É o que tento fazer neste livro. Examinarei todas essas relações: Elas formam juntas o que chamamos O ESPÍRITO DAS LEIS.”<sup>144</sup>(sic)

Sendo o direito antitruste composto de políticas públicas que visam proteger a livre concorrência, não se pode olvidar que tal finalidade compõe o espírito das normas trazidas na Lei Antitruste. O objetivo maior da legislação e os princípios gerais deste ramo devem ser perquiridos quando das proposições a serem feitas. No caso desta pesquisa, deve-se buscar entender qual a finalidade da pena de nulidade, o seu objetivo social, o seu foco de incidência, a sua função primordial. É balizando-se nesses pontos, não só na letra da lei, que se pode propor soluções ao sistema.

Como observado até aqui, as situações enfrentadas pelo órgão antitruste não são de fácil compreensão. De um lado, tem-se um tema complicado, como o *gun jumping*, em que agora que se começa a ter maior objetividade quanto a algumas de suas causas, permanecendo outras ainda sem precedentes no CADE. De outro, tem-se a teoria das nulidades, que já representa confusão doutrinária imensa em diversos ramos do direito. Diante de tamanha complexidade, a aplicação da pena de nulidade no âmbito antitruste não poderia ser menos desafiadora. Acrescenta-se a isso os entraves práticos que a questão suscita e realmente se está diante de uma missão ímpar, que é a proposição de soluções para os problemas apontados.

Porém, a leitura desta monografia já permite que sejam elencadas algumas conclusões. A primeira delas é que, de fato, trata a Lei Antitruste de hipótese de nulidade. Afastou-se a tese de que seria anulabilidade. Todavia, dessa conclusão deve-se ter a primeira ressalva que é, justamente, a primeira proposição que se coloca: a decretação de nulidade pelo CADE pode ser afastada em casos que agir doutro modo gere prejuízos à sociedade. Não se trata, como dito, de flexibilização total, gerando ampla discricionariedade, mas sim de se apurar o real escopo da pena de nulidade em casos de *gun jumping*.

Essa proposição inclusive já foi mencionada quando da análise dos votos emitidos pela Conselheira Ana Frazão. Ali restou bem evidente que os custos sociais de constituir nulos atos de mera administração cotidiana seriam um tanto desfavoráveis e que isso pesou

---

<sup>143</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 26

<sup>144</sup>Ibid. loc. cit.

para que a nulidade não os atingisse. Todavia, se a função social da norma, o seu espírito, deve fundamentar o afastar dessa sanção, é certo que algum parâmetro pouco mais objetivo deve haver. Sugere-se que este deve ser o seguinte: apenas casos em que os atos que consumaram a operação tiverem perceptível potencial de alterar o ambiente concorrencial afetado deveriam ser objetos da pena de nulidade.

Entende-se que essa proposição é consequência da divisão, proposta pela supracitada Conselheira, entre atos de administração ordinária e atos que alterem a gestão do negócio. Porém, como já exposto quando da análise de seus votos, a conclusão que se chegou foi de que os primeiros não estariam aptos a modificar o ambiente competitivo, mas os segundos poderiam ter esse potencial lesivo. No entanto, como pode haver exceções quanto a tal divisão; a clara percepção de potencial alteração no ambiente concorrencial já seria suficiente para nulificar os atos que incorreram em *gun jumping*.

A segunda conclusão, que ficou bem assentada ao longo da exposição jurisprudencial desta pesquisa, é de que a análise quanto à nulidade independe daquela quanto ao mérito da concentração. Surge daí outra proposição: o incidente para investigar a ocorrência de *gun jumping* deve ser analisado em momento diferente e anterior em relação à decisão do mérito da operação.

Entende-se que o espírito da norma que impõe a nulidade é o de garantir que o sistema de análise prévia não encontre o problema que se tinha quando a notificação era posterior: as estruturas já estavam unidas e o custo social do desinvestimento era alto. Isso interferia nas análises dos casos, ainda que não o devesse. Inusitado é que TAUFICK, ao defender a tese da anulabilidade, ressalta o seguinte: “essa busca pela decisão socialmente mais desejável, dado o estágio da operação, é justamente aquilo que o CADE já fazia na análise *a posteriori* da Lei 8.884/1994. Agir de outra forma seria cometer arbitrariedade”.<sup>145</sup>

Ora, arbitrário, *data vênia*, é importar um problema antigo ao novo sistema que buscou, justamente, evitá-lo. A decisão socialmente desejável quanto à nulidade deve ser analisar se o mercado foi ou não potencialmente alterado, independentemente do estágio da operação. Quanto mais avançado este, aliás, pior.

---

<sup>145</sup> TAUFICK, Op. Cit. p. 440.

Ao se permitir que operações já ilegalmente consumadas sejam julgadas concomitantemente ao mérito, de certa forma, isso pode interferir em decisões que deveriam ser livres desse tipo de influência, indo contra o espírito da norma. Primeiro porque, novamente, poderá se questionar quanto aos custos de desinvestimento, ainda que isso ocorra inconscientemente. E depois, a aprovação da operação torna muito complicada, em termos fáticos, a invalidação dos atos, como já fora exposto quando tratado dos entraves práticos.

Assim, a análise em momento diferente da questão do *gun jumping* em relação ao mérito da operação gera o benefício de que o CADE, nem sequer inconscientemente, terá de considerar o fato de já haver consumação prematura. Quando da análise do mérito, eventuais custos de desinvestimento sequer serão considerados, seja porque os atos de consumação já terão sido desconstituídos, ou porque, analisados isoladamente, terão sido considerados irrelevantes do ponto de vista concorrencial.

Compõe também o espírito da imposição de nulidade o desincentivo à prática de *gun jumping*. Ora, se apenas a multa é fator a ser considerado, pode ser que o desrespeito ao dever de notificação venha ser economicamente vantajoso, ainda que se tenha que pagá-la; afinal, tempo é dinheiro. Deste modo, punir também com o tempo gasto em ter que repetir os atos nulos e separar os ativos, exigindo-se a comprovação da separação dos agentes, ajuda a desmotivar tal conduta. Tudo isso num contexto de análise em momentos distintos, sendo a do mérito posterior a do *gun jumping*.

Algo parecido com isso foi proposto pela PROCADÉ, ao sugerir que o correto procedimento quanto ao trâmite para constatação de *gun jumping* seria a formação de um incidente nos mesmos termos daquele destinado à autorização precária, previsto no art. 115 do RICADE. Como já visto, essa sugestão foi afastada pelo Conselheiro Relator em seu voto no caso *Total/Petrobras*. Contudo, o maior problema dessa equiparação seria a criação de prazos próprios não previstos em lei. Nesse contexto, ressalta-se a Resolução em consulta no sítio do CADE, que visa regular esse incidente. O procedimento contido nessa proposta de Resolução é o seguinte:

Art. 6º. Nos casos de atos de concentração já notificados em que a Superintendência-Geral verifique a consumação da operação em desacordo com o art. 88, § 3º, da Lei 12.529, de 2011, o ato de concentração será imediatamente sobrestado e enviado ao Tribunal do Cade, com os documentos e informações referentes à extensão da consumação, para deliberação sobre a eventual consumação da operação.

§ 1º. O ato de concentração será distribuído, por sorteio, a um Conselheiro Relator que encaminhará o caso para deliberação pelo Tribunal do Cade.

§ 2º. O Conselheiro Relator, independentemente de pauta, levará o ato de concentração em mesa, em até duas sessões ordinárias de julgamento após a sua distribuição, para deliberação pelo Tribunal do Cade sobre eventuais nulidades, imposição de multa pecuniária e abertura de Processo Administrativo nos termos do art. 69 da Lei 12.529, de 2011.

§ 3º. Após a decisão do Tribunal do Cade, os autos retornarão à Superintendência - Geral do Cade para prosseguimento da análise do ato de concentração.<sup>146</sup>

Embora a referida Consulta Pública já represente um avanço, indo ao encontro do que aqui foi proposto, discorda-se de alguns pontos. Quanto ao prazo de análise, por exemplo, entende-se que o *gun jumping* não é matéria fática de fácil constatação. Assim, o prazo deveria ser aquele necessário para bem investigar o ilícito, sem comprometer o tempo máximo de análise (330 dias), usando-o com razoabilidade. Essa previsão de que em no máximo duas sessões a avaliação seja feita pode comprometer a correta investigação do ilícito.

A proposta de sobrestamento da análise, contudo, é bastante interessante. Como já dito, a análise da aprovação da operação independe daquela quanto à nulidade. Porém, podem existir casos em que a operação seja de tal forma consumada que de fato poderia vir a interferir na decisão da SG. O sobrestamento previne que tal análise seja influenciada pelo estágio atual da consumação, o que o julgamento conjunto acaba não permitindo.

Além disso, o que aqui se propões é que o CADE poderá analisar com cautela e livre de interferências advindas da decisão de mérito, a aplicação ou não da pena de nulidade. Tal análise, mesmo anterior ao mérito, também se limitaria a casos em que houvesse, perceptivelmente, potencial modificação nas relações de concorrência do mercado. Se elas não tiverem sido alteradas, não haveria declaração imediata de nulidade, postergando-a para após a decisão quanto à aprovação ou não da operação, visto que reprovada essa, necessariamente deve ser nulificada a concentração consumada. Alteradas as circunstâncias concorrenciais do mercado relevante da concentração, obrigatoriamente deverá ser decretada a nulidade da consumação prematura, ainda que a operação viesse a ser aprovada no mérito.

Todavia, essas proposições não são engessadas, nem excludentes entre si. Se o CADE entender ser inviável a antecipação do incidente de investigação de consumação prematura,

---

<sup>146</sup> BRASIL, CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública nº 06/2014**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Despacho%20315%20-Consulta%20p%C3%BAblica%2006-2014.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2014.

ainda assim pode haver o esforço para, cada vez mais, conferir maior objetividade aos casos em que a pena de nulidade não se aplica. Parâmetros como o aqui proposto devem ser buscados para que haja um melhoramento na definição da abrangência dessa penalidade.

O que se buscou foi a compreensão da norma, de seu espírito, sem se olvidar dos conflitos práticos que a opção por determinado conceito gera. Antecipar-se aos problemas é função primordial da pesquisa jurídica, que precisa entender que se de uma solução nasce outro problema, ele também deve ser enfrentado. É claro que aqui não se buscou esgotar as situações inusitadas que podem vir a surgir; mas buscou-se acrescentar questionamentos. O objetivo, como dito, mais do que propor soluções, foi propor reflexões. Espera-se que tenha sido alcançado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABA Section of Antitrust Law. **Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange.** 2006. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=x1zl9WChN5gC&lpq=PP1&hl=pt-BR&pg=PA2#v=onepage&q&f=true>>. Acesso em 13 jun. 2013.

ABA Section of Antitrust Law. **Gun Jumping: Pitfalls, Uncertainties & Solutions.** Washington, DC: 2006. Disponível em <<http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-s1/pdf/spring-materials/2006/garcia06.pdf> >. Acesso em 05 jun. 2013.

ANDERS, Eduardo Caminati et ali. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: MÉTODO, 2012.

BÍBLIA. Português. **Bíblia de Estudo NVI.** Nova Versão Internacional. São Paulo: Editora Vida, 2003. p. 1989.

BRASIL. CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19.** Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Voto. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 28 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000753431156.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431156.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41.** Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC. Voto. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 14 de maio de 2014. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000775141304.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000775141304.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.007899/2013-39.** Requerentes: Total E&P do Brasil Ltda. e Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. Voto. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 09 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000776441462.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000776441462.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.008292/2013-76.** Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Potióleo S.A.. Voto. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000768841726.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000768841726.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014.

<sup>1</sup> Ibidem, p. 8.

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n. 08700.008289/2013-52.** Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A.. Voto. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000768211141.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000768211141.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Consulta Pública nº 06/2014.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Despacho%20315%20-consulta%20p%C3%BAblica%2006-2014.pdf>> . Acesso em 23 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Ricade.** Resolução nº 1/2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?182bfb0de43ace54a693a4b28fb7>>. Acesso em 15 nov. 2014.

BRASIL. Lei n 8.884/94, de 11 de junho de 2004. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)>. Acesso em 05 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 19 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em 15 nov. 2012.

BLUMENTHAL, William. **The rhetoric of gun jumping.** Disponível em: <<file:///www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 25. ed., rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 03/01/2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Ramsés Maciel de. A responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. In: **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, n. 44, p. 62-74, abr./maio. 2012.

CHIARO, José Del. PEREIRA JR., Ademir Antonio. O Desenvolvimento da Defesa da Concorrência: do Controle Posterior ao Controle Prévio de Atos de Concentração. In **A Nova Lei do CADE.** Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

COOK, Robert N. **THE “PAPERLESS” SECOND REQUEST?** Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/robertcook.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2013.

CORDOVIL, Leonor. **Gun jumping or cartel: Is Brazil prepared for this analysis?** Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/eventos/Leonor%20Cordovil.doc>> Acesso em 24 mar. 2013.

CORDOVIL, Leonor. et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DAMTOFT, Russell W. **Gun Jumping: The American Experience And The Challenges For Brazil.** Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/5SeminariorBH/PALESTRAS/Russell%20W%20Damtoft.pdf>>. Acesso em 28 mai. 2013

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESTADOS UNIDOS. FTC. **In re Insilco Corp 125 FTC 293 1998.** Disponível em: <[http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_125\\_%28JANUARY\\_-\\_JUNE\\_1998%29PAGES\\_276-376.pdf](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/Vol125/FTC_VOLUME_DECISION_125_%28JANUARY_-_JUNE_1998%29PAGES_276-376.pdf)>. Acesso em 16 jan. 2013.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan. **Antitruste e M&A: Novos Critérios de Incidência da Lei Antitruste e Riscos no Brasil.** Disponível em: <<http://machadoassociados.com.br/userfiles/Boletins/Boletim1742012.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2013.

GAMA, Marina Moreira da. **A Teoria Antitruste no Brasil: Fundamentos e Estado da Arte.** Disponível em: <http://web.face.ufmg.br/cedeplar/site/pesquisas/td/TD%20257.pdf> >. Acesso em 20 jun. 2013.

GOMES, Fernando de Melo et al. **O Papel da Due Diligence nas Operações de M&A e IPO: Motivação, Desenvolvimento e Conseqüências** Disponível em: <<http://lexuniversal.com/pt/articles/2487>>. Acesso em 10 mai. 2013.

HIGGINS, Claudia R. COPLAND, David S. **How to Avoid Gun Jumping**. Disponível em: <[http://www.kayescholar.com/news/publications/2007054/\\_res/id=sa\\_File1/MC](http://www.kayescholar.com/news/publications/2007054/_res/id=sa_File1/MC)>. Acesso em: 05 de junho de 2013.

HOVENKAMP, Hebert. **Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice**. St. Paul: Thomson/West, 2006.

KOLASKY, William; et al. Anticompetitive Mergeres: Prevention and Cure. In: **Antitrust And Regulation**. The MIT Press, 1985.

LIEBESKIND, Richard. **Gun jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger**. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2013.

MARTINEZ, Ana Paula. **Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil**. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120614174238\\_an-overview-of-merger-review-in-brazil-and-upcoming-challenges.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120614174238_an-overview-of-merger-review-in-brazil-and-upcoming-challenges.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2014.

MARTINS, Amanda A. L. **Gun Jumping no Brasil: estudo comparativo e diretrizes para a adoção de regras de notificação prévia pelo Novo CADE**. Disponível em: <[http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/86454/mod\\_folder/content/0/Gun%20Jumping%20-%20Martins.pdf?forcedownload=1](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/86454/mod_folder/content/0/Gun%20Jumping%20-%20Martins.pdf?forcedownload=1)>. Acesso em 25 jun. 2013. p. 59.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Parte Geral. Tomo IV: Validade, Nulidade, Anulabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NAUGHTON, Michael. “*Gun jumping and Premerger Information Exchange: Counseling the Harder Questions*”. Simpson Tacher & Bartlett LLP. Disponível em: <[http://www.stblaw.com/google\\_file.cfmTrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899](http://www.stblaw.com/google_file.cfmTrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899)> Acesso em: 22 jun. 2013.

OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. O novo direito processual da concorrência em concentrações econômicas no Brasil: o controle de estruturas de mercado. *In Direito e economia II* [Recurso eletrônico on-line] org. CONPEDI/UFSC; coord.: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=37007545a7abc397>> . Acesso em 15 nov. 14

PAGOTTO, Leopoldo *et al.* A nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529-2011. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, vol. 55, p. 15-32, jan./mar. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: v.I** : Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SHENEFIELD, Jonh H; STELZER, Irwin M. **The Antitrust Laws**. Washington, D.C: The AEI Press, 1996.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**. St. Paul: Thomson/West, 2006. p. 559

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira – a lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

UNDERWOOD, Colin A. **How to Avoid Jumping the Gun: Interim Covenants, Transition Planning, and the HSR Act**. Disponível em: <<http://www.proskauer.com/files/Event/34fd365a-9089-4977-aec7-547f3a580c81/Presentation/EventAttachment/2a90a95b-e272-492a-9ac2-b94dd40a0ce4/Presentation%20for%20Gunjumping%20Webinar%203-12-08.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2013.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.