

OS CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA ADOTADOS PELO CADE NA APLICAÇÃO DE MULTA PELA PRÁTICA DE *GUN JUMPING*

Isabela Maiolino *

Luis Guilherme Alho Batista **

RESUMO

Este trabalho analisa os parâmetros de dosimetria das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em condenações em casos de *gun jumping*, tipificado no § 3º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011. São examinadas doze decisões do Cade em que, após breve relato dos casos, são analisados os critérios adotados na dosimetria das penas, em especial as multas. A partir disso, conclui-se que, embora o primeiro caso julgado tenha traçado uma trajetória a ser observada em futuros julgamentos, não foi constadada uma metodologia consolidada na aplicação da legislação ou uma análise jurisprudencial nas condenações subsequentes.

Palavras-chave: Ato de Concentração, *gun jumping*, Cade, dosimetria.

ABSTRACT

This paper analyses the dosimetry parameters adopted by the Administrative Council of Economic Defense (Brazilian Competition Agency) in gun jumping cases, set forth in § 3, of Article 88, of Act n. 12.529/2011. The paper provides a brief report and examines twelve Cade decisions, focusing on the penalties adopted, especially regarding fines. According to the analysis, although the first decision issued has traced a trajectory to be observed regarding the parameters in future judgments, there is neither an established methodology for the application of the legislation nor a jurisprudential uniformity.

Key-words: mergers and acquisitions, *gun jumping*, Cade, dosimetry.

1 INTRODUÇÃO¹

* Advogada inscrita na OAB/DF, bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e assistente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. E-mail: isabela.maiolino@hotmail.com

** Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília, especialista em Gestão Pública pela AVM – Faculdade Integrada e mestrando em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Federal do Paraná (PPGDE/UFPR). E-mail: Lgabatista@gmail.com

A Lei n. 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), se contrapôs ao regime da revogada Lei n. 8.884/94, no qual as empresas poderiam notificar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) acerca da celebração de um Ato de Concentração (AC) após este já ter sido consumado (BRASIL, 2015a).

No regime atual², é obrigatória a submissão e a análise, pelo Cade, prévia à qualquer etapa de implementação da operação. Essa inovação legislativa “constitui prática comum em países maduros, e vem ganhando importância crescente em economias emergentes” (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 107).

Caso a submissão ocorra após consumado o AC, caberá a avaliação do processo pelo Conselho, podendo ser aplicadas as penalidades previstas no dispositivo supracitado, sendo elas a aplicação de multa pecuniária ou, a depender do caso, de nulidade da operação.

Essa prática, qual seja, a consumação prévia antes da autorização pela Autoridade, é denominada *gun jumping*, de forma que “espera-se que as empresas mantenham-se como entidades econômicas distintas até que haja decisão final da autoridade antitruste ou desistência da operação pelas partes” (SAITO, 2013, p. 95).

Até o final de 2016, houve doze casos de *gun jumping* analisados pelo Cade, sem a devida sistematização dos critérios utilizados no que diz respeito às penalidades aplicadas nos casos em que a autarquia decidiu pela condenação das partes envolvidas, seja através da atualização do “Guia Para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica”, também chamado de Guia de *gun jumping*, ou do julgamento de um precedente paradigma (Cade, 2017a).

Diante desse cenário e a partir do disposto no art. 45 da Lei n. 12.529/2011, que fornece aspectos a serem considerados na aplicação de penas, em que medida o Cade estabelece critérios para a dosimetria de punição ao *gun jumping*? Para responder esse questionamento, faz-se necessário estudar os dispositivos legais vigentes e avaliar os precedentes do Conselho para propor parâmetros a serem utilizados nas suas futuras análises.

¹ Agradecemos à Heloisa Meirelles Bettiol, à Isabela Monteiro de Oliveira e Tereza Cristine Almeida Braga pelo apoio na revisão deste artigo.

² Para informações mais detalhadas acerca do trâmite de AC no Cade, recomenda-se a leitura da Resolução Cade n. 2/2012, disponível no sítio eletrônico da autarquia.

A partir de análise qualitativa dos casos de *gun jumping* analisados pelo Cade, será verificada a adoção, pela autarquia, de padrão metodológico entre essas decisões. Dessa forma, este estudo aborda de forma crítica os precedentes acerca dos casos de consumação prematura de operações de concentração econômica, para, a partir dos pontos de convergência e de divergência entre as diferentes decisões do Conselho, definir se há entendimento consolidado em relação à aplicação de penalidades para casos nos quais foram constatados *gun jumping*.

Em um primeiro momento, o leitor será introduzido a conceitos-base da Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil. Essa seção se divide em duas etapas: (i) a análise de Atos de Concentração Econômica pelo Cade; e (ii) a infração de *gun jumping*.

Em seguida, apresentam-se os precedentes do Cade acerca de infrações ao § 3º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011. A análise para constatar a existência de jurisprudência acerca do tema é apresentada na sequência.

Este trabalho utiliza metodologia descritiva a partir de pesquisa realizada em votos proferidos pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que fundamentam o posicionamento desse órgão em relação à infração de *gun jumping*. Assim, este trabalho é baseado em pesquisa exploratória, de jurisprudência, tendo sido utilizados procedimentos de pesquisa documental e estudo de caso.

Como a consumação prematura de operações de concentração passou a ser prevista a partir de 2012, esta pesquisa envolve decisões plenárias a partir de 2012, abarcando todos os casos que analisaram a ocorrência dessa prática até dezembro de 2016. Com o intuito de manter o caráter de inovação da pesquisa, foram analisadas todas as atas de sessões de julgamento do Cade para que todas as decisões de AC que tramitaram na vigência da Lei n. 12.529/2011 referentes à infração de *gun jumping* fossem abarcadas neste trabalho.

Ressalta-se que não foi identificada publicação de análise de precedentes completa do posicionamento atualizado do Cade em relação a infrações de *gun jumping*.

2 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

2.1. A análise de Atos de Concentração Econômica pelo Cade

Segundo o inciso X do art. 9º da Lei n. 12.529/2011, compete ao Plenário do Cade a apreciação de “(...) processos administrativos de Atos de Concentração

Econômica, (...), fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de Atos de Concentração” (BRASIL, 2015b).

Porém, a análise de AC era realizada pelo Cade antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011. A revogada Lei n. 8.884/94 instituiu a análise pelo Cade de atos “sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, [...].” Nesse regime, os Atos e Contratos de Concentração podiam ser protocolados para análise do Cade em até quinze dias úteis da sua realização.

Entretanto, a estruturação do SBDC pela Lei n. 12.529/2011 trouxe alterações em relação a essa regra, haja vista que de acordo com a atual legislação, a consumação do AC não pode ser realizada até a aprovação do Cade³ (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 112), de forma que as empresas envolvidas estão obrigadas a preservar as condições de concorrência da época da notificação do ato.

Acerca dessa análise, o § 2º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011 dispõe que o controle dos ACs deve ser feito em prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias após a publicação, pelo Cade, de edital no Diário Oficial da União (DOU)⁴. Essas alterações seguiram, ainda que tardiamente, o padrão adotado em diversas jurisdições, como Estados Unidos e União Europeia⁵, de análise prévia de ACs.

Porém, não são todos os Atos e Contratos de Concentração econômica que são analisados pelo Cade. Segundo o art. 88 da Lei n. 12.529/2011, é obrigatória a notificação de Atos de Concentração em que ao menos um dos grupos envolvidos tenha registrado, no ano anterior à operação em referência, faturamento bruto anual ou volume de negócios total, no Brasil, de pelo menos (i) R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e (ii) R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)⁶.

Após a notificação da operação à autarquia, cabe à SG/Cade instaurar o AC e verificar se estão presentes todos os documentos necessários, bem como instruir o processo, conforme previsto nos arts. 151 e 159 do Regimento Interno do Cade

³ Lei n. 12.529/11, § 3º do Art. 88: “os Atos de Concentração que se enquadram nos critérios para a notificação não podem ser consumados até a aprovação do Cade” (BRASIL, 2015b).

⁴ Há, ainda, a possibilidade de prorrogação por mais 60 (sessenta) dias, por solicitação das partes, ou até mesmo 90 (noventa) dias, caso a operação seja declarada complexa (art. 160 do Ricade). Nesses casos, a análise pode demorar até 330 (trezentos e trinta) dias (Cade, 2015h).

⁵ “Nos Estados Unidos, a *Premerger notification* foi instituída pelo *Hart-Scott-Rodino Act*, de 1976” (FORGIONI, 2015, p. 424). “Por sua vez, o sistema europeu, alterado em 2004 pelos Regulamentos 139 e 802, permite que a operação seja notificada antes ou após a sua celebração. No entanto, a eficácia dessa operação fica suspensa até a aprovação da Comissão” (FORGIONI, 2015, p. 425).

⁶ Valores atualizados conforme a Portaria Interministerial n. 994, de 30 de maio de 2012.

(Ricade). Finalizada a análise mercadológica do impacto concorrencial de um AC, a SG/Cade elaborará relatório que pode concluir pela rejeição, pela aprovação sem restrições ou pela aprovação com restrições, nos termos do art. 161 do Ricade.⁷

Ainda, nos termos do art. 161, II, do Ricade, em caso de rejeição, aprovação com restrições ou impossibilidade de conclusão quanto aos efeitos do AC no mercado, a SG/Cade ofececerá a impugnação da operação perante o Tribunal. Nesses casos, o AC é remetido ao Tribunal e posteriormente sorteado para a relatoria de um dos Conselheiros, nos termos do art. 166 do Ricade.

No julgamento, o Plenário opta por uma dentre três conclusões: (i) aprovação sem restrições da operação; (ii) aprovação da operação sujeita a restrições; e (iii) reprovação da operação⁸. Desses três possibilidades de conclusões, a aprovação com restrições com assinatura de Acordo em Controle de Concentrações⁹ (ACC) é a que mais foi aplicada aos casos de *gun jumping* analisados neste trabalho, conforme será exposto na seção de análise jurisprudencial (Cade, 2015h).

2.2. *Gun Jumping*

Conforme exposto, segundo a legislação em vigor, um AC não pode ser consumado antes da apreciação da operação pela agência antitruste¹⁰. Entretanto, é possível que, de forma irregular, pessoas jurídicas não submetam operações previstas no art. 88 da Lei n. 12.529/2011 à análise pela agência antitruste. Essa prática, prevista nos §§ 3º e 4º do referido art., considerada consumação prematura de operação, é denominada *gun jumping* (LIEBESKIND, 2015).

A expressão "gun jumping" refere-se a uma largada antecipada que "pode garantir a eficiência da negociação entre as partes, bem como do planejamento e da implementação da operação" (MOURA; KOWARSKI, 2014, p. 13). Esse termo é

⁷ Diante da possibilidade de aprovação dos Atos de Concentração de baixa complexidade pela SG/Cade, o tempo médio de análise desse tipo de processo pelo órgão se tornou pelo menos cinco vezes menor após a estruturação do SBDC; após a Lei n. 12.529/2011 (Cade, 2016a).

⁸ Nos termos do art. 169 do Ricade: "[e]m caso de recusa, omissão, enganosidade, falsidade ou retardamento injustificado, por parte dos requerentes, de informações ou documentos cuja apresentação for determinada pelo Cade, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, poderá o pedido de aprovação do ato de concentração ser rejeitado por falta de provas, caso em que o requerente somente poderá realizar o ato mediante apresentação de novo pedido." (Cade, 2015h).

⁹ Previsto no artigo 165 do Ricade.

¹⁰ Determinação legal que também é reforçada pelo Ricade. Segundo o art. 147 do Regimento, "o pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei n. 12.529, de 2011, será prévio." (Cade, 2015h).

inspirado nos casos em que corredores de atletismo se precipitam e iniciam suas séries antes do tiro (*gun*) de largada em competições esportivas.

Justifica-se a reprovabilidade do *gun jumping* em razão de as partes não poderem “realizar o negócio jurídico antes de o Cade aprovar-lo, devendo ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas” (ANDERS; BAGNOLI; CARVALHO; CORDOVIL, 2012, p. 213).

Nos termos dos arts. 152 e 153 do Ricade, as partes que consumam a operação em desacordo com as disposições do art. 108 poderão sofrer multa imposta pelo Cade em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e não superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), podendo, ainda, ser declarada a nulidade da operação, nos termos do § 2º do art. 152 do Ricade.

Para apurar essa prática, ocorre a instauração de Procedimento Administrativo Para Apurações a Atos de Concentração (APAC) pela SG/Cade, o qual é julgado pelo Tribunal. Nesses casos, a instrução do ACC fica suspensa.

Até 30 de junho de 2015, data da edição da Resolução 13/2015, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica analisava os casos de *gun jumping* no âmbito do julgamento do AC da operação referente à suposta infração. Atualmente, essa análise ocorre por meio de instauração de Procedimento Administrativo para Apurações Referentes a Atos de Concentração (APAC).

Esse procedimento é instaurado pela SG/Cade¹¹ para apurar o (i) AC notificado e consumado antes de apreciado pelo Cade; (ii) AC não notificado e consumado antes de apreciado pelo Cade; e (iii) AC não notificado, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade.

Em caso de instauração do APAC, o trâmite do AC é suspenso até a decisão final do Tribunal, para que este decida sobre a existência ou não de consumação prévia pelas empresas. Isso ocorre independentemente do AC estar na SG/Cade ou no Tribunal, nos termos do art. 3º da referida resolução. Após o julgamento do APAC, retoma-se a análise de mérito do AC.

¹¹ “Art. 2º. O APAC será instaurado pelo Superintendente-Geral *ex officio*, por determinação de quaisquer dos membros do Tribunal Administrativo ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado.” (Cade, 2017b).

3 PRECEDENTES DO CADE¹²

Desde a vigência da Lei n. 12.529/2011 e até a 96^a Sessão Ordinária de Julgamento, o Cade julgou 12 (doze) casos que envolveram investigações acerca da infração ao § 3º do art. 88 da referida Lei. Nesta seção é analisado o posicionamento do Conselho em cada um desses casos, com foco na dosimetria da pena aplicada quando constatada a prática de *gun jumping* pelas partes envolvidas.

Abaixo colaciona-se relação dos Atos de Concentração a serem apresentados nesse trabalho:

Tabela 1 – Relação de casos de *gun jumping* analisados pelo Cade¹³

AC/APAC	Requerentes	Conselheiro Relator	Data do julgamento
08700.005775/2013-19	OGX e Petrobrás.	Ana Frazão	28/08/2013
08700.008292/2013-76	Potíoleo e UTC.	Alessandro Octaviani Luis	05/02/2014
08700.008289/2013-52	UTC e Aurizônia.	Ana Frazão	05/02/2014
08700.007899/2013-39	Petrobrás e Total.	Alessandro Octaviani Luis	09/04/2014 ¹⁴
08700.002285/2014-41	Chrysler e Fiat.	Márcio de Oliveira Júnior	14/05/2014
08700.010394/2014-32	Brasfrigo e Goiás Verde.	Ana Frazão	22/04/2015
08700.000137/2015-73	Gasmig e GásLocal.	Ana Frazão	24/06/2015
08700.011836/2015-49	Cisco e Technicolor.	Paulo Burnier	22/01/2016
08700.002655/2016-11	Blue Cycle e Shimano.	João Paulo Resende	27/07/2016 e 17/08/2016 ¹⁵

¹² A análise dos precedentes baseou-se nas versões públicas dos votos dos Conselheiros que se manifestaram para que o Tribunal chegasse a uma conclusão acerca dos casos listados na **Tabela 1**. Esses votos estão disponíveis no sítio eletrônico do Cade – <http://www.Cade.gov.br>.

¹³ Por tratar-se de decisões Plenárias com rotatividade de Conselheiros e Presidente, os votos aqui analisados refletem apenas o atual posicionamento do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do Cade. Esse posicionamento é mutável, o que permite uma constante atualização deste estudo, conforme o julgamento de novos casos em que forem analisadas novas infrações ao § 3º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011.

¹⁴ A operação foi conhecida e aprovada sem restrições, tendo o Conselheiro Relator afastado a prática de *gun jumping* pelas empresas. Portanto, por não haver critérios de dosimetria de pena, essa operação não é objeto de análise deste artigo (Cade, 2015c).

08700.007160/2013-27	JBS, Tinto, Unilav, Flora e Tramonto.	Márcio de Oliveira Júnior	17/08/2016
08700.005408/2016-68	Reckitt Benckiser e Hypermarcas.	Paulo Burnier da Silveira	17/08/2016 ¹⁵
08700.007612/2016-13	Mataboi e JBJ.	Gilvandro Vasconcelos	07/12/1016

Fonte: elaboração própria, a partir das informações disponibilizadas em Atas de Julgamento do Tribunal do Cade, publicadas no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do Cade.

A análise abaixo não se aprofunda em questões como a obrigatoriedade de notificação de AC ao Cade, em critérios para conhecimento de operações pela agência antitruste, ou na análise de mercados relevantes. Esta seção ressalta os pontos que foram essenciais para que o Conselho analisasse a dosimetria das multas e das contribuições pecuniárias aplicados às infratoras. Ainda, o presente artigo não analisa a penalidade de nulidade, com o intuito de manter o foco nos critérios de dosimetria de pena.

Nos casos a seguir, o Cade não constatou a existência de preocupações concorenciais em relação ao mérito dos ACs, porém verificou que foram consumadas antes da autorização formal do Cade.

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

Julgado em 28 de agosto de 2013 pela então Conselheira Ana de Oliveira Frazão, este AC envolveu as Requerentes OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás). A OGX Petróleo e Gás S.A. e a Petróleo Brasileiro S.A. apresentaram proposta de ACC ao Cade, a qual previa: (i) reconhecimento da infração prevista no § 3º do artigo 88 da Lei n. 12.529/2011, que é a previsão legal para o *gun jumping*; e (ii) recolhimento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) ao FDD. (Cade, 2015a).

No que concerne à aplicação de multa, a Conselheira Relatora baseou-se nos aspectos de dosimetria de penalidades previstos na Lei n. 12.529/2011 e no Ricade, mas apenas mencionou que foi considerada grave a infração de consumação prévia de operações (Cade, 2015a).

¹⁵ Em 27 de julho de 2016, o Conselheiro João Paulo Resende levou a julgamento o APAC n. 08700.002655/2016-11. Após pedido de vista solicitado pelo Conselheiro Paulo Burnier, o julgamento do processo foi suspenso e retomado no dia 17 de agosto de 2016 (Cade, 2016c; 2016d).

¹⁶ O caso não será objeto de análise em razão de seu arquivamento, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

Assim, o Cade considerou: (i) o valor supracitado condizia com as multas aplicadas à época pelo Cade em casos de infrações processuais, conforme decisão referente ao Auto de Infração n. 08700.010047/2012-48; (ii) a OGX não teria faltado com boa-fé e nem buscado vantagem indevida na consumação prévia da operação; (iii) inexistiram efeitos econômicos negativos ou lesão à livre concorrência, a consumidores ou a terceiros oriundos do ato; (iv) a OGX encontrava-se em situação financeira delicada à época do julgamento do caso; e que (v) a solução acordada acarretou benefícios relevantes para a agência e para a política antitruste (Cade, 2015a).

Por fim, o Plenário do Cade homologou o ACC proposto pela OGX (Cade, 2015a).

3.2. Ato de Concentração n. 08700.008292/2013-76

Julgado em 05 de fevereiro de 2014 pelo então Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, o Ato envolveu as Requerentes Potídeo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A. No caso em questão, foi firmado ACC entre a UTC, a Potídeo e o Cade. As partes reconheceram a consumação prematura da operação e comprometeram-se a recolher ao FDD contribuição no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). (Cade, 2015b).

À época, afirmou o Conselheiro Relator que a contribuição supracitada representava, em termos percentuais em relação ao tamanho da operação, valor superior àquele firmado no âmbito do AC n. 08700.005775/2013-19 (Cade, 2015a). Ainda, aduziu que a celebração do Acordo: “(i) otimiza o trabalho da Administração; (ii) possibilita ganhos de tempo e de recursos na aplicação da legislação antitruste [...].” (Cade, 2015b, p. 10).

3.3. Ato de Concentração n. 08700.008289/2013-52

Em 05 de fevereiro de 2014, a então Conselheira Ana Frazão levou a julgamento a análise da aquisição, por parte da UTC Óleo e Gás S.A. (UTC), de 37% de participação no Contrato de Concessão para exploração, desenvolvimento e produção de óleo e gás no Bloco BT-POT-39 do Campo de Periquito. As partes apresentaram proposta de ACC na qual: (i) reconheceram que “o desembolso de parcelas do pagamento do Contrato desde a assinatura do Acordo de Cessão implicou a consumação de atos relativos à operação, [...], configurando, portanto, infração ao artigo 88, § 3º, da

Lei n. 12.529/2011” (Cade, 2015d, p. 5); e (ii) comprometeram-se a recolher contribuição pecuniária de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) ao FDD (Cade, 2015d).

A análise da proposta de ACC foi pautada nos mesmos aspectos que fundamentaram a decisão referente ao AC n. 08700.005775/2013-19, que envolveu a OGX e a Petrobrás.

Em relação à dosimetria da contribuição pecuniária do ACC, a prática de *gun jumping* foi considerada infração grave mas: (i) não foi constatada má-fé nos atos cometidos pelas partes; (ii) a operação não possuiu potencial de causar e não causou dano concorrencial, alterações nas relações de concorrência do mercado ou efeitos econômicos negativos à livre concorrência, aos consumidores ou a terceiros; (iii) as empresas envolvidas possuíam pequeno porte no mercado de exploração de petróleo e gás natural; (iv) as partes não buscaram vantagem indevida com a infração ao § 3º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011; (v) não foram constatadas alterações na gestão ou na condução da atividade empresarial envolvida no ato; (vi) o valor da operação foi considerado baixo; (vii) a celebração de ACC acelera a atuação dissuasória do Cade; e (viii) o reconhecimento da infração pelas partes supera quaisquer discussões “acerca da necessidade ou não de submissão de casos que se apresentem sob as mesmas circunstâncias” (Cade, 2015d, p. 9).

Assim, diante do exposto, o Plenário aprovou a operação condicionada à homologação do ACC proposto pela UTC e pela Aurizônia (Cade, 2015d).

3.4. Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41

Em 14 de maio de 2014, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior relatou a aquisição de 41,46% da Chrysler Group LLC (Chrysler) pela Fiat S.p.A. (Fiat). Com o intuito de mitigar questões concorrenciais oriundas dessa infração, a Fiat propôs um ACC, cujos termos previram: (i) o reconhecimento da consumação prematura da operação; e (ii) o comprometimento de recolher contribuição pecuniária no valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) ao FDD (Cade, 2015e).

O critério para análise do valor da contribuição pecuniária se baseou no disposto no art. 152, § 1º, do Ricade e no faturamento líquido da Chrysler em 2013, considerado fator de base para determinar o porte da Requerente. Ainda, considerou-se que o valor da contribuição pecuniária estava em consonância com caso a jurisprudência do Cade. (Cade, 2015e).

Para análise de conveniência e oportunidade em aceitar a proposta de ACC, o Conselheiro Relator considerou: (i) o porte das Requerentes; e (ii) o dolo, a má-fé e a potencialidade anticompetitiva da operação. Segundo o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, apesar da infração de *gun jumping* ser considerada grave, a operação não apontou preocupações concorenciais, não havendo potencial de ferir a livre concorrência (Cade, 2015e).

No que se refere à análise de provável má-fé pelas Requerentes, o Conselheiro Relator refutou a justificativa das partes de que não haveria tempo para que a notificação da operação ocorresse no prazo correto devido à urgência por parte das empresas para consolidar a operação. Mesmo assim, não foi constadada má-fé, porque as partes notificaram a operação de forma voluntária, mesmo conhecendo a legislação antitruste e sabendo que poderiam ser penalizadas diante da prática de *gun jumping* (Cade, 2015e).

Nos termos expostos, o Plenário aprovou a fase final da aquisição da Chrysler pela Fiat, condicionada à homologação de ACC (Cade, 2015e).

3.5. Ato de Concentração n. 08700.010394/2014-32

A então Conselheira Ana Frazão levou a julgamento, em 22 de abril de 2015, operação envolvendo a aquisição de equipamentos e marcas da Brasfrigo Ltda. e da Brasfrigo S.A. (Brasfrigo) pela Goiás Verde Ltda (Goiás Verde) (Cade, 2015f). As Requerentes apresentaram proposta de ACC no qual: (i) reconheceram a prática de *gun jumping*; (ii) comprometeram-se a recolher contribuição pecuniária no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) ao FDD; e (iii) obrigaram-se a se abster, por dois anos, de utilizar a marca “Jurema” no território brasileiro (Cade, 2015f).

Nos termos do voto condutor, a proibição de utilização de marca aplica-se devido aos efeitos que a consumação prematura da operação acarretaram no ambiente concorrencial. A Goiás Verde assumiu as atividades da planta industrial da Brasfrigo, o que a beneficiou de maneira direta (Cade, 2015f).

Segundo a Conselheira Relatora, a infração cometida pela Brasfrigo e pela Goiás Verde diferiu de outros casos de *gun jumping* analisados pelo Cade devido aos seguintes fatores: (i) a notificação da operação deu-se em período considerável de tempo (dois anos) em relação à consumação da operação; (ii) as partes não notificaram a operação de maneira espontânea ao Cade; (iii) não havia dúvidas sobre a obrigatoriedade de

notificação do ato para análise do Cade; e (iv) a operação acarretou impactos sobre a concorrência antes da análise prévia pelo Cade (Cade, 2015f).

Com base nesses motivos, justificar-se-ia uma aplicação de contribuição pecuniária acima de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), valor fixado no caso de *gun jumping* entre a OGX e a Petrobrás e maior valor aplicado em casos enquadrados como infração ao § 3º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011 pelo Cade. Entretanto, por conta da obrigação de abstenção de uso de marca “Jurema”, proposta no ACC, e do porte das Requerentes, baseado nos faturamentos de cada empresa, justificou-se a aplicação de multa no valor supracitado (Cade, 2015f).

Nesse sentido, o Plenário do Cade votou pela aprovação da operação condicionada à homologação de ACC (Cade, 2015f).

3.6. Ato de Concentração n. 08700.000137/2015-73

A operação envolveu as empresas Gasmig, do Grupo Cemig, e a GásLocal, formada por uma *joint venture* entre a White Martins Gases Industriais Ltda. e a Petrobras Gás S.A. As Requerentes propuseram a realização de ACC nos seguintes termos: (i) reconhecendo a consumação prematura da operação; e (ii) comprometendo-se a recolher contribuição no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) ao FDD (Cade, 2015g).

Em relação à proposição de acordo pelas partes, manifestou-se a Conselheira Relatora no sentido de que: (i) inexistem preocupações concorrenciais oriundas da operação; (ii) a contribuição proposta seria suficiente para desmotivar a reincidência na prática de *gun jumping*, bem como sinalizaria a gravidade do ilícito; (iii) o valor da contribuição seria razoável e proporcional à conduta praticada e à jurisprudência do Cade; (iv) a notificação do ato ao Cade pelas partes foi feita de maneira espontânea; e de que (v) as Requerentes determinaram a suspensão da execução do contrato analisado enquanto se aguardava posicionamento do Cade (Cade, 2015g).

Apesar dos fatores colacionados acima, a Conselheira Relatora alegou que a multa mínima prevista no § 3º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011 não se aplicaria ao presente caso (R\$ 60.000,00 – sessenta mil reais –). Segundo o voto, a infração constituiu-se de “atos de gestão voltados à realização concreta do negócio, inclusive por meio do uso de ativos de um pelo outro [...] e o início das atividades de desenvolvimento de infraestrutura e transferência de um cliente” (Cade, 2015g, p. 11).

Dessa forma, o Plenário do Cade considerou razoáveis os termos da proposta de ACC apresentada pelas partes, motivo pelo qual o AC foi aprovado e o ACC homologado (Cade, 2015g).

3.7. Procedimento Administrativo para Apuração Referente a Ato de Concentração n. 08700.011836/2015-49

A operação tratava da compra de parte da Cisco Systems, Inc (“Cisco”) pela Technicolor S.A. (“Technicolor”). O Plenário concluiu que houve prática da infração de *gun jumping* pelas Representadas, estando submetida a Representada Techinocolor às penalidades descritas abaixo¹⁷.

No que diz respeito à dosimetria, utilizou-se como parâmetro o porte das Representadas, o dolo das empresas em praticar o *gun jumping* e a vantagem auferida ao decidir pelo fechamento antecipado da operação, já que a Techinocolor teria imposto um prazo final para a conclusão da operação, sob pena de desistência do negócio. No entanto, foram consideradas atenuantes a ausência de má-fé (haja vista terem colaborado com o esclarecimento dos fatos relacionados ao caso), a ausência de preocupações concorrenenciais e a duração da infração (Cade, 2016b).

Foi celebrado, ainda, ACC, no qual as Representadas reconheceram o cometimento da infração e se comprometeram a recolher contribuição pecuniária de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Após o julgamento pelo Tribunal do Cade, o AC voltou a tramitar na SG/Cade para análise de mérito, que aprovou a operação sem restrições em 22 de janeiro de 2016¹⁸. Importa ressaltar que esse foi o primeiro caso de *gun jumping* julgado após vigência da Resolução Cade n. 13/2015, que disciplina o APAC.

3.8. Procedimento Administrativo para Apuração Referente a Ato de Concentração n. 08700.002655/2016-11.

Em 27 de julho de 2016, o Conselheiro Relator João Paulo Resende levou a julgamento o APAC n. 08700.002655/2016-11. Em resposta aos questionamentos feitos pela SG/Cade, a Representada admitiu a consumação prévia do AC, motivo pelo qual a SG/Cade recomendou ao Tribunal que aplicasse as sanções cabíveis nos termos do § 3º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011.

¹⁷ A Cisco não foi penalizada diante do fato de já fazer parte da estrutura da Techinocolor (Cade, 2016b).

As Representadas pleitearam que a multa fosse aplicada após a análise de mérito da operação ou, subsidiariamente, em seu valor mínimo R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). No entanto, o Conselheiro Relator entendeu que apesar da punição ser discricionária ao Tribunal, o momento de sua aplicação não o é, bem como ressaltou que o protocolo do AC só foi feito após quase 02 (dois) meses após a abertura do procedimento administrativo para apurar a denúncia de *gun jumping* (Cade, 2016c).

O Relator entendeu por bem aplicar multa de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), em razão das alterações das condições comerciais do mercado (Cade, 2016c).

No entanto, o Conselheiro Paulo Burnier proferiu voto-vista, em 17 de agosto de 2016, apresentando discordância quanto à dosimetria proposta pelo Conselheiro João Paulo Resende.

Muito embora o voto-vista não tenha discordado quanto à constatação da prática de *gun jumping* e à consequente condenação das empresas, ressaltou a inexistência do valor da operação, haja vista se tratar da formação de uma *joint-venture* para a adoção de um novo modelo de distribuição das peças Shimano no Brasil. Diante disso, o voto divergente entendeu ser necessário buscar elementos adicionais de proporcionalidade para a aplicação da pena (Cade, 2016d).

Por fim, sugeriu que a multa fosse alterada para o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) (Cade, 2016d).

Por unanimidade, o plenário determinou a condenação dos Representados pela prática de *gun jumping*, nos termos do voto relator, e, por maioria, declarou a nulidade da operação, determinando o pagamento de multa de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), nos termos do voto-vista.

3.9. Procedimento Administrativo para Apuração Referente a Ato de Concentração n. 08700.007160/2013-27.

Em 16 de agosto de 2016, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior levou a julgamento o APAC a fim de averiguar se o Grupo JBS teria deixado de apresentar ao Cade cinco operações de notificação obrigatória.

O Conselheiro Relator afastou as alegações de boa-fé da Requerente, pois não teria sido demonstrado que o faturamento da Tramonto seria inferior ao critério legal, conforme alegado pela empresa. Ademais, até a sessão de julgamento do APAC, a

¹⁸ Conforme Despacho SG n. 96/2016, publicado no Diário Oficial da União em 25 de janeiro de 2015.

empresa não teria notificado a operação, o que, segundo o Conselheiro, se tivesse ocorrido, teria configurado a boa-fé e poderia ter fornecido embasamento para a efetiva dúvida sobre o faturamento da Tramonto (Cade, 2016e).

No que diz respeito às sanções, o conselheiro relator levou em consideração os seguintes fatores em consonância com o teor do Guia de *gun jumping*: (i) situação da operação, que no presente caso não foi notificada e foi consumada; (ii) a natureza da decisão do Cade no âmbito do AC, que não seria aplicável nesta análise em razão da não notificação da operação até a sessão de julgamento; (iii) tempo de violação à legislação, que teria sido de três anos no caso JBS/Tramonto; e (iv) o porte econômico do suposto infrator, que, neste caso, foi estimado com base no valor da operação, qual seja R\$ 4.858.980,62 (quatro milhões, oitocentos e cinquenta e oito mil e novescents e oitenta reais e sessenta e dois centavos) (Cade, 2016e; 2017a).

Nos termos do voto, a alíquota da multa aplicada foi de 8%, estando inclusa nesse valor a agravante de 1% por ano de não notificação da operação ao Cade. Assim, a multa alcançou o valor de R\$ 388.718,45 (trezentos e oitenta e oito mil setecentos e dezoito reais e quarenta e cinco centavos). Apesar de até então nenhuma decisão de *gun jumping* ter utilizado alíquotas para o cálculo de multa, segundo o Conselheiro Relator, o percentual estipulado estaria em consonância com a jurisprudência do Cade (Cade, 2016e).

Por fim, o voto determinou que a JBS notificasse a operação, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a contar da publicação da decisão. O entendimento do Conselheiro Relator foi acompanhado por unanimidade pelo Tribunal (Cade, 2016e).

3.10. Procedimento Administrativo para Apuração Referente a Ato de Concentração n. 08700.007612/2016-13.

Em 07 de dezembro de 2016, o Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos levou a julgamento o referido APAC, iniciado no âmbito do AC n. 08700.007553/2016-83, em desfavor das empresas Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda. Celebrado o ACC, as empresas comprometeram-se a pagar R\$ 664.983,32 (seiscentos e sessenta e quatro mil, novecentos e oitenta e três reais e trinta e dois centavos), à título de multa pela prática de *gun jumping*. O ACC também impede os acionistas de

exercerem qualquer cargo junto à JBS, ou mesmo de obterem/fornecerem informações concorrencialmente sensíveis a uma ou a outra (Cade, 2016g).

A análise dos critérios de dosimetria foi pautada nos aspectos previstos no art. 45 da Lei n. 12.529/2011. Dessa forma, não tendo sido identificado potencial dano à concorrência pela operação e, diante do fato de que a notificação da operação foi realizada espontaneamente pelas partes, entendeu-se que não houve má-fé pelas empresas. Ademais, a operação, mesmo que concretizada dois anos antes da análise feita pelo Cade, foi notificada de maneira espontânea, critério que foi considerado na dosimetria da pena (Cade, 2016g).

Ainda, apesar do considerável faturamento das envolvidas, diante da situação financeira da Mataboi, qual seja recuperação judicial, foi aceita pelo Conselho a proposta de ACC explicitada acima (Cade, 2016g).

4 ANÁLISE DOS PRECEDENTES

Em maio de 2015, o Cade publicou o Guia de *Gun Jumping*, que, similarmente à Resolução 13/2015, define três possíveis punições em casos de condenação pela prática de *gun jumping*, sendo elas (i) aplicação de pena pecuniária; (ii) instauração de processo administrativo; e (iii) nulidade dos atos praticados¹⁹ (Cade, 2017a).

A análise feita a seguir foi sintetizada nos termos do anexo I (tabela 2), que apresenta os votos e os critérios de dosimetria da multa ou contribuição pecuniária que foram utilizados nos julgamentos.

4.1. Da Penalidade de Multa ou Contribuição Pecuniária

Conforme exposto, em síntese, os normativos que tratam dos aspectos a serem considerados no caso de aplicação de pena pela prática de *gun jumping* estão previstos no art. 45 da Lei n. 12.529/11, no art. 152 do Ricade e nos dispositivos da Resolução n. 13/2015.

A referida lei estabelece que devem ser levados em consideração os seguintes aspectos na aplicação da pena: (i) a gravidade da infração; (ii) a boa-fé do infrator; (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) a consumação ou não da infração;

¹⁹ A penalidade de instauração de processo administrativo não será analisada, haja vista não ter sido imposta em nenhum dos casos analisados no presente artigo. Ainda, conforme previamente mencionado, a penalidade de nulidade não será objeto de estudo do presente artigo.

(v) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; (vi) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (vii) a situação econômica do infrator; e (viii) a reincidência.

Já o normativo do Ricade, bem como o §3º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011, estabelece aspectos, enquanto o art. 84 do Ricade estabelece as faixas de valores a serem utilizados para fixação das multas passíveis de aplicação, devendo ser observados: (i) o porte da empresa; (ii) a má-fé; (iii) a potencialidade anticompetitiva da operação; (iv) e os demais fatores considerados relevantes. Por sua vez, a Resolução n. 13/2015 estabelece, em seus arts. 7º, 9º e 13, as faixas de valores de multa em consonância com a Lei n. 12.529/2011, bem como a possibilidade de declaração de nulidade, a abertura de processo administrativo e, ainda, a notificação compulsória do AC.

Ou seja, os dispositivos referentes às penalidades pela prática de *gun jumping* estabelecem aspectos a serem utilizados pelo Cade, que devem ser proporcionais ao caso concreto quando do julgamento do caso pelo Tribunal.

A partir da análise dos casos, foram notadas convergências e divergências dentre os votos condutores, que serão analisados a seguir.

No primeiro voto, proferido no âmbito do AC n. 08700.005775/2013-19, os parâmetros de dosimetria apontados pela conselheira Ana Frazão passaram a pautar decisões posteriores do Conselho, de maior complexidade argumentativa.

A Conselheira se baseou nos aspectos estabelecidos nos art. 45 de Lei n. 12.529/2011, tendo considerado a infração grave. Para cálculo da multa, destacou a boa-fé das Requerentes, a inexistência de vantagem auferida pelas Requerentes e de efeitos negativos à concorrência oriundos da operação, bem como a frágil situação econômica das empresas e os benefícios que a operação trouxe ao mercado.

Tendo estabelecido um precedente, nota-se que todos os votos reunidos analisados fizeram uso, em maior ou menor grau, dos aspectos estabelecidos pela legislação acima para definir a contribuição pecuniária ou multa no caso concreto, nos termos do voto mencionado.

Exemplo disso é que todos os casos analisados utilizaram como critério a possível existência de dano à concorrência, aos consumidores e ao mercado, bem como

a disposição da empresa em celebrar ACC²⁰ com a autoridade antitruste. No entanto, ocorreram divergências na forma de interpretação dos demais aspectos.

Nesse sentido, inicia-se a análise das divergências a partir do parâmetro referente aos efeitos concorrenciais da operação. Enquanto no processo 08700.005775/2013-19 afastou-se a hipótese de possíveis efeitos negativos à concorrência, determinando que a análise dos demais casos observasse esse critério, apenas três casos²¹ assim o fizeram.

As análises referentes à boa e à má-fé das empresas também pecam na clareza em relação ao uso desses parâmetros. Isso porque quatro dos casos analisados não enfrentaram esse aspecto da conduta das empresas infratoras²² e, muito embora os votos proferidos nos casos da JBS, Tinto, Unilav, Flora e Tramonto e da Blue Cycle e Shimano²³ tenham des caracterizado a boa-fé das empresas, não interpretaram a inexistência de demonstração de boa-fé como caracterização de má-fé, de forma que não é possível identificar o que levou os conselheiros a des caracterizar a má-fé.

Já em referência ao aspecto das possíveis vantagens auferidas, entre os dez casos analisados, apenas três retrataram-no como critério em sua dosimetria²⁴. Destaca-se a importância da consideração desse critério no cálculo da multa ou da contribuição, haja vista que, no único caso no qual se entendeu existir vantagem, a contribuição pecuniária foi a mais alta até o momento, de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) – havendo relação direta entre esse parâmetro e a maior contribuição de condenação por *gun jumping* aplicada pelo Cade até o momento.

Ainda que fique claro, pela leitura dos votos, o entendimento consolidado da gravidade do *gun jumping*, quatro dos dez votos²⁵ foram silentes quanto a esse aspecto.

De todo modo, para fins de cálculo da contribuição pecuniária, além dos agravantes e atenuantes, cujos conceitos não foram fornecidos pelos votos, todas as análises levaram em consideração o porte das requerentes e, quando disponível, a informação referente ao valor do ato no respectivo cálculo. Entretanto, não há

²⁰ Ainda no que diz respeito ao ACC, nove dos dez Atos de Concentração/APACs em que foi identificada consumação prévia de operação pelas partes foram solucionados por meio de ACC. Nos outros dois casos, as penalidades foram aplicadas de forma unilateral pelo Conselho.

²¹ Processos 08700.010394/2014-32, 08700.002655/2016-11 e 08700.007612/2016-13.

²² Processos 08700.008292/2013-76, 08700.010394/2014-32, 08700.000137/2015-73 e 08700.002655/2016-11.

²³ Processos 08700.007160/2013-27 e 08700.002655/2016-11.

²⁴ Processos 08700.005775/2013-19, 08700.008289/2013-52 e 08700.011836/2015-49.

²⁵ Processos 08700.008292/2013-76, 08700.000137/2015-73, 08700.011836/2015-49, 08700.002655/2016-11 e 08700.007160/2013-27.

parâmetros pré-estabelecidos, seja pela jurisprudência ou pela legislação, do que seria uma empresa considerada de grande ou pequeno porte.

Apesar do critério de notificação obrigatória de ACs ao Cade²⁶ limitar, em parte, as empresas que submetem operações para análise, essas ainda são bastante heterogêneas do ponto de vista de seus faturamentos. Por exemplo, em 2015 a Goiás Verde teve faturamento anual equivalente a menos de 1% do que o da Petrobrás. Tal informação pode acarretar na conclusão de que a Goiás Verde seja uma empresa de pequeno porte. Porém, a comparação não faz sentido, tendo em vista as diferenças entre os mercados em que cada uma das empresas atua.

Portanto, faz-se necessário que sejam estabelecidos critérios bem fundamentados em relação ao porte das empresas para que esses sejam considerados na dosimetria de penalidades. Como sugestão, pode-se utilizar uma análise mista do faturamento anual da empresa (porte em relação à indústria doméstica como um todo) e de seu poder de mercado (porte em relação a suas concorrentes).

Pela jurisprudência, a variável utilizada para tentar definir o porte de uma empresa se baseia no faturamento dela em determinado ano. Entretanto, faz mais sentido determinar o porte de uma empresa por meio de uma medida mista entre o seu faturamento e o seu patrimônio líquido. Apesar de existir certa correlação entre o patrimônio líquido e o faturamento de empresas, não há necessária relação de causalidade positiva entre essas duas variáveis, como, por exemplo, o caso de empresas em recuperação judicial.

Porém, independentemente da variável-base utilizada para determinação do porte das empresas, não foram encontrados patamares bem definidos e nem referencial comparativo para designar se uma empresa se enquadra como de pequeno ou grande porte.

Ressalta-se, ainda, que no voto proferido no processo 08700.007160/2013-27, houve a menção de uma alíquota de 8%, englobando ainda 1% por ano de não notificação da operação. Muito embora o voto tenha mencionado como fonte desses valores percentuais a jurisprudência da autarquia, não foi possível identificar em quais casos foi utilizada alíquota na análise dos casos de *gun jumping*. Ainda, não foi possível identificar sobre qual valor foi aplicada essa alíquota: não está claro se o cálculo da multa foi um percentual do faturamento da empresa, do valor da operação consumada

²⁶ Conforme o art. 88 da Lei n. 12.529/2011.

previamente ou de outro parâmetro porventura não fornecido no voto, sem haver marcação ao longo do voto condutor que possa indicar a existência de informação em cujo acesso é restrito.

Em suma, percebe-se que o primeiro caso de *gun jumping*, ainda que introdutório do ponto de vista analítico e sem caracterizar, por si só, posicionamento jurisprudencial consolidado, apresentou uma linha de raciocínio coesa que poderia ter conduzido outras análises, de forma que poderia ter sido seguida pelo Tribunal em julgamentos subsequentes. Porém, apesar dos votos posteriores a ele terem tido como embasamento diversos dos critérios então apresentados no primeiro caso, não há como saber qual foi a metodologia utilizada pelo Tribunal ao preterir um desses critérios em favor de outro, ou, ao menos, não há como saber as justificativas para tais escolhas.

5 CONCLUSÃO

Mesmo com a publicação, pelo Cade, de Guia específico para a análise de casos de *gun jumping*, não foi identificado padrão metodológico que possa consolidar uma jurisprudência do Conselho e fornecer critérios parametrizados que fundamentem as penalidades aplicadas nos casos julgados. Ainda, não há um precedente marcante sobre a matéria que possa servir de referência para os julgados futuros.

Identificou-se uma tentativa inicial de se estabelecer parâmetros baseados no art. 45 da Lei n. 12.529/2011. No entanto, os critérios não foram utilizados de maneira uniforme nos julgados, tendo sido empregados determinados critérios a despeito de outros. A divergência que mais se sobressai nesse sentido é a da interpretação sobre o parâmetro de boa-fé e a caracterização da má-fé do infrator.

Ao invés de promoverem continuidade na linha de raciocínio do primeiro caso, as decisões subsequentes a ele se basearam em diferentes compreensões acerca dos aspectos previstos no art. 45 da Lei n. 12.529/11. Mesmo que fundamentados no mesmo normativo, não há coesão entre os votos no que tange os parâmetros de dosimetria de pena. Portanto, não foi identificada base jurisprudencial acerca do tema, de forma que, no presente momento, não há um *leading case* que parametrize critérios de dosimetria de forma consolidada para condenações de *gun jumping*.

Assim, diante da ausência de parametrização para fundamentar o uso e a interpretação dos critérios previamente determinados, não há como, a partir dos casos já julgados, traçar uma metodologia que demonstre uma lineariedade das decisões do

Tribunal do Cade, de forma que não é possível prever a maneira com que serão mensuradas as penalidades no caso de futuros processos de *gun jumping*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://Cade.gov.br/Default.aspx?73c657a272a77c8793a0b7>. Acesso em 26 de junho de 2015(a).

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em <http://Cade.gov.br/Default.aspx?a79a6bbe56cb20e336035df24e>. Acesso em 26 de junho de 2015(b).

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., julgado em 28 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.Cade.gov.br/Default.aspx?a2829562a076889c77a874d669>. Acesso em 26 de junho de 2015(a).

_____. **Ato de Concentração n. 08700.008292/2013-76.** Requerentes: Potíoleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A., julgado em 05 de fevereiro de 2014. Disponível em <http://www.Cade.gov.br/Default.aspx?6bcb5fa968bd50a47f909dbd97>. Acesso em 26 de junho de 2015(b).

_____. **Ato de Concentração n. 08700.008289/2013-52.** Requerentes: Petrobrás e Total, julgado em 09 de abril de 2014. Disponível em http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?JvL5S33f9kEtK7BM69RpKo8v17yPIy48iiEvBs5bMnmq1SiNh2V-r169ue15A2iFgVBaEY0RQCnWRZOMhdA1eQ. Acesso em 31 de dezembro de 2015(c).

_____. **Ato de Concentração n. 08700.007899/2013-39.** Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A., julgado em 05 de fevereiro de 2014. Disponível em http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?1GP5rzZ-tGipqGkfhnCHgq2YorWIS1g_ePupbtcnt1lZ8P7hRsPH-L9dK0MMbvNwY3UZC0f6rb6o3HmaJyoyNQ. Acesso em 26 de junho de 2015(d).

_____. **Ato de Concentração n. 08700.002285/2014-41.** Requerentes: Chrysler Group LLC e Fiat S.p.A., julgado em 14 de maio de 2014. Disponível em <http://www.Cade.gov.br/Default.aspx?61c155a362b74ada35e6320858>. Acesso em 26 de junho de 2015(e).

_____. **Ato de Concentração n. 08700.010394/2014-32.** Requerentes: Brasfrigo Ltda., Brasfrigo S.A. e Goiás Verde Ltda., julgado em 22 de abril de 2015. Disponível em http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?a6-38uSff0w6rlBdBW1VVbWwwwmOW7xmF6zCMe31m22FesGEsC6m7FglywnH-3K2HcNsp9nQVPxgYCbW8V5g,,. Acesso em 26 de junho de 2015(f).

_____. **Ato de Concentração n. 08700.000137/2015-73.** Requerentes: Gasmig e GásLocal, julgado em 24 de junho de 2015. Disponível em http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?a6-38uSff0w6rlBdBW1VVbWwwwmOW7xmF6zCMe31m2XLtiTioglfldHR6DgL6Ruw69otSlyac03BqlzSvnYtBw,,. Acesso em 05 de julho de 2015(g).

_____. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Ricade).** Disponível em <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/regimento-interno-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-13-06-17.pdf/view>. Acesso em 10 de setembro de 2017(h).

_____. **Balanço do triênio da Lei 12.529/11.** Disponível em <http://www.Cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-do-triennio-da-lei-12-529-11.pdf/view>. Acesso em 26 de dezembro de 2016(a).

_____. **Procedimento de Apuração de Ato de Concentração n. 08700.011836/2015-49.** Representadas: Cisco e Technicolor, julgado em 22 de janeiro de 2016. Disponível em http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?fJaYxSCQsM2I8FssKS30-j8OwpWY_UsWWzoF3WLdwRKCTeb6DhuXu1CBomhp9xx_sFRNflkITaJPuA43oyyZTw,,. Acesso em 16 de setembro de 2016(b).

_____. **Procedimento Administrativo para Apuração Referente a Ato de Concentração n. 08700.002655/2016-11.** Representadas: Blue Cycle e Shimano, julgado em 27 de julho de 2016 e 17 de agosto de 2016. Disponível em: http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?bKqh9Q0kvhHquLx6VFhGbjm6tr_iXcMdbZa8_1_AZaRpSXtJITLj6sVvTJngWfv5of_dV0tnmKm-hSleWa8-Q,, (2016c) e http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?LtLQI4ijwi2Vcx-fVpE1Pxcepi_MtPE7l8S9vZmBO9HJt4iwwyWWxbmr4OuFMEwchJV23uiGVYe4Iu4Ic3xkQ,,. Acesso em 16 de setembro de 2016(d).

_____. **Procedimento de Apuração de Ato de Concentração n. 08700.007160/2013-27.** Representadas: JBS, Tinto, Unilav, Flora e Tramonto, julgado em 17 de agosto de 2016. Disponível em http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?T7jzVJpyC-CBX830f31734I3ebJkMOM6hd16bUpzW6JgDBAYi3f2-UVw3tSIOYBt1adM8qHLI5CISixLk2RG7w,,. Acesso em 16 de setembro de 2016(e).

_____. **Procedimento de Apuração de Ato de Concentração n. 08700.005408/2016-68.** Representadas: Reckitt Benckiser e Hypermarcas, julgado em 17 de agosto de 2016.

Disponível em:
http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4MbZM0mTwAH0vKFJhoCAJ1PLjywzGzFOuX0c4tXYkQinTdGA6KUF791YNmE76QqNvSODTJNfRxLsZ7cThoPYTw,,. Acesso em 16 de setembro de 2016(f).

Procedimento de Apuração de Ato de Concentração n. 08700.007612/2016-13. Representadas: Mataboi e JBJ, julgado em 07 de dezembro de 2016. Disponível em http://sei.Cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4ajs_NF2ovFPblqkRp_MpWZ9BmvwQVITGUFnOpJKY-A_IeLzLqKKWQaMS1NSG2nA3p85WJ1XzvbYipvZKAxTw,,. Acesso em 16 de setembro de 2016(g).

Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica. Disponível em:
https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi20PuskM_RAhUFFpAKHdDtBuMQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.Cade.gov.br%2Fcesso-a-informacao%2Fpublicacoes-institucionais%2Fguias_do_Cade%2Fguia-gun-jumping-versao-final-3.pdf&usg=AFQjCNEZbElxicsrs08bS560JIL5dtjow&sig2=Ovg3T5BVpzkHcaKmL2qngg. Acesso em 19 de janeiro de 2017(a).

Resolução nº 13, de 23 de junho de 2015. Disponível em:
<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-ndeg-13-2015.pdf/view>. Acesso em 11 de junho de 2017(b).

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius; CORDOVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 8ª edição, revista, atualizada e amplificada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIEBESKIND, Richard. **Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger.** Disponível em:
<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>. Acesso em 26 de junho de 2015.

MOURA, Aline Teodoro de; KOWARSKI, Clarissa Maria B. Brandão de C. **A Nova Lei de Defesa da Concorrência e o Novo Instituto do “Gun Jumping”: um estudo de caso na indústria do petróleo.** in CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (org.). Direito e Economia II. 2014.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** 2ª edição revista e atualizada de acordo com a Lei n. 12.529/2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SAITO, Carolina. **Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC.** in Revista de Direito de Concorrência. Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, pp. 92-118.

ANEXO I

Tabela 2 – Quadro-resumo dos critérios de dosimetria dos casos de *gun jumping* com condenação pelo Cade desde 2012

Critério de dosimetria	08700.00577 5/2013-19	08700.00829 2/2013-76	08700.00828 9/2013-52	08700.00228 5/2014-41	08700.01039 4/2014-32	08700.00013 7/2015-73	08700.01183 6/2015-49	08700.00265 5/2016-11	08700.00716 0/2013-27	08700.00761 2/2016-13
Celebração de ACC?	Sim	Não	Não	Sim						
Nulidade da operação?	Não	Sim	Não	Não						
Potencial de dano?	Não									
Efeitos à concorrência					Sim			Sim		Não ²⁷
Má-fé?/	Não	*	Não	Não	*	*	Não		Não	Não
Vantagem auferida?	Não	*	Não				Sim			
Infração considerada grave?	Sim	*	Sim	Sim	Sim	*				Sim
Porte das Requerentes/Valor do ato?	Baixo (OGX)	*	Baixo	Não informado	Baixo	*		Não		Porte alto, valor baixo
Notificação espontânea?	*	*	*	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Não	Sim
Intervalo entre consumo e notificação	*	*	*	*	Elevado	*	Sim	Sim	Elevado	Sim
Existência de outros remédios?	*	*	*	*	Sim	*		*	Não	Sim
Contribuição pecuniária (R\$)	3.000.000,00	60.000,00	60.000,00	600.000,00	3.000.000,00	90.000,00	30.000.000,00	1.500.000,00	388.718,45	664.983,32

*Critérios não considerados na dosimetria da contribuição pecuniária no processo em referência.

Fonte: elaboração própria.

²⁷ O voto concluiu pela inexistência de efeitos, ou, caso contrário, pela existência de efeitos mínimos.