

O BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.529/2011 NA VEDAÇÃO AO GUN JUMPING: UMA ANÁLISE DO CASO TECHNICOLOR & CISCO SYSTEMS

CONSUMER WELL-BEING AND THE APPLICATION OF LAW No. 12,529/2011 IN PROHIBITING GUN JUMPING: AN ANALYSIS OF THE TECHNICOLOR & CISCO SYSTEMS CASE

Fábio Campelo Conrado de Holanda ^{ID}

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil.

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Professor do mestrado em Direito do Centro Universitário 7 de setembro (UNI7). Procurador Federal junto ao Cade.

Email: fabiodeholanda@yahoo.com.br

Rômulo Honorato Dias ^{ID}

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil.

Mestrando em Direito do Centro Universitário 7 de setembro (UNI7).

Advogado.

Email: romulohonorato@oabce.adv.br

RESUMO: Entre as diversas modificações introduzidas pela nova legislação, destaca-se a vedação ao *gun jumping* (em tradução livre, “queimar a largada”). A norma passou a exigir a notificação prévia para atos de consumação concorrenciais, estabelecendo critérios específicos para que o Cade possa analisar atos de concentração. Entre esses critérios estão a participação de mercado, a análise sobre o possível fechamento de mercado relevante para a economia e a entrada de novos competidores, sem esgotar os requisitos, incluindo ainda o interesse dos consumidores em relação aos produtos ou serviços das empresas envolvidas no ato de concentração. Diante desse cenário, surge a seguinte questão: em que medida a legislação de defesa da concorrência pode se imiscuir na intenção de dois agentes econômicos se fundirem, com base no valor constitucional da livre iniciativa, sem prejudicar os interesses gerais do equilíbrio concorrencial e dos consumidores? O objetivo da pesquisa é identificar se a hipótese será confirmada, no sentido de que a legislação de defesa da concorrência pode não comprometer o valor constitucional da livre iniciativa com a obrigatoriedade de comunicação prévia de determinadas operações à autoridade concorrencial. Afinal, cabe à autoridade concorrencial, no caso do Brasil, o Cade, fomentar a racionalidade do ambiente econômico e, conseqüentemente, a tutela dos consumidores em um ambiente concorrencialmente saudável.

Palavras-chave: *gun jumping*; proteção do consumidor; defesa da concorrência.

ABSTRACT: Among the various changes introduced by the new legislation, the prohibition of *gun jumping* stands out. The regulation now requires prior notification for acts of competitive consummation, establishing specific criteria for Cade to analyze concentration acts. These criteria include market share, analysis of potential closure of relevant markets to the economy, new competitors' entry, and consumer interest in the products or services of the companies involved in the concentration act. Given this scenario, a question arises: to what extent can competition defense legislation interfere with two economic agents' intention to merge, based on the constitutional value of free enterprise, without harming the general interests of competitive balance and consumers? The research aims to verify whether the hypothesis that antitrust legislation does not compromise the constitutional value of free enterprise by requiring prior notification of certain operations to the competition authority will be confirmed. After all, it is up to the antitrust authority, in Brazil's case, Cade, to promote the rationality of the economic environment and, consequently, consumer protection in a competitively healthy environment.

Keywords: *gun jumping*; consumer protection; competition defense.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO NORTE-AMERICANO E SUAS IMPLICAÇÕES NAS NORMAS BRASILEIRAS. 2.1. HART-SCOTT-RODINO ANTITRUST IMPROVEMENTS ACT (HRS ACT). 2.2. AS INFLUÊNCIAS DO SHERMAN ACT E DO FEDERAL TRADE COMMISSION ACT. 3. APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.529/2011 EM RELAÇÃO À PRÁTICA DO GUN JUMPING NO CASO TECHNICOLOR & CISCO SYSTEMS. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A presença de monopólios ou oligopólios em determinados mercados pode trazer malefícios aos consumidores, visto que a redução de agentes econômicos tende a aumentar o poder de precificação de produtos e serviços e mitigar a tendência de inovação, ante a ausência de concorrentes.

Nesse contexto, surge a seguinte problematização: em que medida a legislação de defesa da concorrência pode se imiscuir na intenção de dois agentes econômicos se fundirem, com base no valor constitucional da livre iniciativa, sem prejudicar os interesses gerais do equilíbrio concorrencial e dos consumidores?

Os monopólios não nasceram com a expansão das empresas norte-americanas do final do século XIX, havendo reminiscências de sua existência desde a Grécia Antiga, Roma e até na Idade Média. Contudo, naquele momento da história, apesar de haver alguns atos governamentais pontuais voltados à regulamentação tópica desses monopólios, a disciplina sistematizada da defesa da concorrência como ramo do direito não teve seu embrião nesse período (Forgioni, 2018).

No Brasil, após uma evolução legislativa no século XX de aplicações ineficientes e sem sistematização das normas de proteção da concorrência, sobreveio a Lei nº 8.884/1994, que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e estabeleceu diretrizes relacionadas ao combate contra os atos anticoncorrenciais; no entanto, com a chegada da Lei nº 12.529/2011, houve um incremento do sistema de proteção da concorrência no Brasil, com maior ênfase nos julgamentos de casos anticoncorrenciais ratificados pelo Poder Judiciário e com a adoção de diretrizes conceituais mais bem capilarizadas socialmente, em razão do avanço da advocacia da concorrência em seus três eixos: poder público, setor privado e sociedade civil.

Uma das inovações trazidas pela nova legislação foi a instituição da vedação ao *gun jumping* (em uma tradução livre: “queimar a largada”). Assim, previu-se a necessidade da notificação prévia para os atos de consumação concorrenciais, delimitando ainda critérios para que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) possa considerar a análise de atos de concentração, como, por exemplo, a participação do mercado, a análise pelo órgão se o ato de concentração pode causar fechamento de mercado relevante para a economia, a possibilidade de entrada de novos competidores no mercado, o interesse dos consumidores de determinado produto ou serviço de empresas relacionadas no ato de concentração.

As reflexões constantes no presente artigo se fundaram em revisão bibliográfica, com destaque para referenciais teóricos extraídos das plataformas HeinOnline, SciELO e Google Acadêmico, bem como de livros nacionais e estrangeiros voltados ao tema proposto. Além dessas fontes, os autores se valeram de pesquisas feitas no sítio eletrônico do Cade para a análise de casos concretos relacionados com a vedação ao *gun jumping*, com o propósito de trazer pragmatismo na abordagem da questão.

O presente artigo se utilizou do método indutivo e está estruturado em quatro seções. Inicia-se por debater as bases do direito concorrencial trazida pelo direito norte-americano para, em seguida, tangenciar o histórico do direito concorrencial brasileiro, partindo da Lei nº 8.884/1994 até a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011. Por fim, analisa um caso concreto sobre o instituto apontando em epígrafe, notadamente sobre a avaliação de sua utilidade para o fomento de uma concorrência justa e saudável no mercado brasileiro, com reflexos diretos para o bem-estar do consumidor.

O presente tema de estudo tem grande importância para a sociedade, pois sua regulamentação proporciona fluidez nas práticas do mercado ao delimitar as operações de incorporações e fusões, por exemplo, promovendo racionalidade aos oligopólios. Isso oferece um suporte mínimo para que as empresas envolvidas na operação e outras possam se estabelecer no mercado, gerando vantagens para os consumidores de modo geral.

2. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO ANTITRUSTE NORTE-AMERICANO E SUAS IMPLICAÇÕES NAS NORMAS BRASILEIRAS

O termo *antitrust*, de origem norte-americana, caracteriza uma ação empresarial de práticas anticoncorrenciais do mercado. Surgiu no contexto dos grandes monopólios do século XIX, nos Estados Unidos, como forma direta de oposição à formação de monopólios e carteis que atuavam na época, limitando o comércio nacional americano a um pequeno grupo de empresas que detinham a maior participação no mercado, através da incorporação de pequenas empresas, bem como através da baixa irrestrita de preços de produtos, a fim de quebrar as empresas menores do mesmo ramo.

Para a doutrina norte-americana, de forte tradição na análise de questões antitruste, reconhece-se a importância de “um planejamento antecipado para a integração de ativos físicos e humanos [...]” (Pautler, 2003, p. 9). O sucesso em operações de *trust* é algo que deve ser buscado pelas empresas que desejam incorporar-se com outras, devendo essas ter um maior cuidado com o intuito de que não se caracterize o ilícito concorrencial.

O direito concorrencial nasceu em meio à necessidade de o governo americano pôr um freio nos avanços constantes dos grandes monopólios, decorrentes das grandes indústrias existentes nos Estados Unidos, principalmente em decorrência da super expansão da empresa *Standard Oil*. Fundada por John Davison Rockefeller, essa empresa teve seu apogeu entre 1890 e 1911, quando passou a ter o controle não só da produção de derivados do petróleo, mas também obteve com a força de suas subsidiárias dominou das ferrovias nos anos de 1911, transportando seus insumos através de suas próprias empresas, o que passou a não necessitar de praticamente nenhuma pessoa jurídica americana para realizar a extração, produção, e transporte do seu produto (Alves, 2006, p. 47).

O movimento central nos EUA, principalmente por parte dos fazendeiros e outras classes de trabalhos, mediante protestos, foi muito importante para que impulsionasse a aprovação de leis voltadas a antitruste, uma vez que as grandes empresas dominavam o mercado econômico. Assim, a influência exercida pelos pequenos grupos junto a John Sherman foi importante para que este viesse a enfatizar e acelerar a necessidade de uma legislação que viesse a garantir que as empresas menores pudessem concorrer com as grandes empresas do mesmo ramo (Newman, 2018, p. 258).

O direito antitruste nos Estados Unidos teve alguns atos normativos que contribuíram para a formação de uma melhor concorrência naquele país, contudo a legislação que representou maior avanço foi o *Sherman Act*, que se propôs a implementar – no direito concorrencial norte-americano – a chamada notificação prévia em atos de empresas concorrentes.

Segundo Maurice Stucke (2012), a Suprema Corte norte-americana já atribuiu os seguintes propósitos ao *Sherman Act*: 1. Prevenir a concentração de mercados e preservar a organização industrial em pequenas empresas; 2. Proteger a liberdade de comerciar das empresas; 3. Promover o bem-estar do consumidor, a eficiência alocativa e a competição por preços; 4. Proteger o público das falhas de mercado; 5. Preservar a liberdade econômica e a liberdade de competição; 6. Condenar práticas que excluam competidores do mercado em que se encontram; 7. Assegurar igualdade de oportunidades e proteger o público contra os males decorrentes da destruição da competição em decorrência de monopólios e combinações restritivas do comércio; 8. Ser uma verdadeira “Carta Magna” da liberdade econômica nos EUA; 9. Impor certos cuidados a monopólios que, em qualquer caso, limitam as oportunidades e as liberdades.

Conforme Dora Resende Alves (2006), esse sistema legislativo foi aplicado de pelo menos duas formas. Inicialmente, por influência do sistema *commun law*, foi, portanto, moldado de acordo com as teorias econômicas da época. Posteriormente, passou a ser utilizado de forma literal, considerando ilegal qualquer acordo celebrado por empresas concorrentes, sendo analisado, então, caso a caso.

No Brasil, a importação desse instituto surge como uma tentativa de buscar dirimir atos de concentração sem a devida análise pelo Cade no Brasil, impondo-se o aperfeiçoamento da prática do *compliance* nas demandas relacionadas ao direito concorrencial. Como ensina Ribas (2009), o *compliance* é oriundo das práticas empresariais, sendo o chamado “*compliance antitruste*” uma espécie de adaptação da sua forma originária, que busca combater a ocorrência

de práticas ilícitas no meio concorrencial, no âmbito de determinada empresa ou mesmo associações de empresas.

Assim, com o aumento das práticas ilícitas pelas empresas, e, consequentemente, com a intensificação de fiscalização e julgamento pelo Cade, cresce também a necessidade de que as empresas invistam mais em programas de *compliance* antitruste, a fim de que não venham a ser processadas pela autarquia.

Oriundo da necessidade de implementação de programas concretos de *compliance*, assim como nos Estados Unidos e União Europeia, o Brasil trouxe também a adoção de programas a fim de buscar uma melhor aplicação das práticas, sendo inserido formalmente, incluindo pelo menos quatro pontos a serem seguidos: sendo a criação de padrões e procedimentos claros, em observância da legislação por parte dos funcionários. Que fosse ainda indicado e qualificado o dirigente responsável pela supervisão. Indicação de grau de delegação e fiscalização e ainda a presença de mecanismos eficientes de disciplina para que houvesse as punições corretas aos envolvidos nas infrações contra a Ordem Econômica. (Martinez, 2005, p. 3)

O mercado e a busca por um sistema de concorrência saudável e eficiente têm levado ao desenvolvimento dos países. Dessa forma, há uma necessidade de que esses reforcem suas leis concorrenciais, com a finalidade precípua de que possam manter os princípios da livre-concorrência e livre-iniciativa funcionais, visando melhorar as práticas de mercado de forma mais eficientes.

Para William Blumenthal (2005), existem pelo menos dois fatores principais para que se obtenha o sucesso de uma operação: o planejamento e a velocidade. Além desses fatores, requer também comunicação frequente e equipes de transição bem coordenadas.

As leis decorrentes da nomenclatura antitruste têm um significado bastante comum, contudo de muita relevância para todos, que quer dizer: a garantia da concorrência. Ou seja, garantir que as empresas se manterão, dentro de determinadas regras, a fim de assegurar o direito dos cidadãos de terem preços compatíveis, tanto com as próprias mercadorias como com o próprio mercado, bem como de manter a possibilidade mercadológica concorrencial, a fim de que venha coexistir empresas do mesmo ramo em harmonia.

De acordo com Herbert Hovenkamp (2005), fica clara a importância do antitruste e ainda sobre regras do mercado, sendo que para ele, as leis antitruste foram criadas inicialmente para regulamentar o mercado. O mais importante, contudo, é constatar que não se resume apenas esse controle. Não é exagero afirmar ainda que, segundo o autor, essas leis têm uma grande importância, quando referida a questão de inovação do mercado.

De acordo com os ensinamentos de Dora Resende Alves (2006), entende-se como concorrência a situação em que o mercado, compondo-se tanto de vendedores de produtos como de serviços, competem para conquistar a clientela de determinado produto, visando a um único objetivo: a obtenção de lucro, oriundo de vendas ou parcelas do mercado.

Por sua vez, o termo *gun jumping* se refere a uma conduta anticompetitiva que deriva de uma troca indevida e prévia de informações e/ou integração prematura entre as partes envolvidas em um ato de concentração econômica (Martins, 2012, p. 47). Ressalta-se que essa troca de informações, para que seja delimitada como prática de ato anticoncorrencial, não carece ser simples, deve no mínimo conter informações sensíveis por parte da empresa que compõe o ato de consumação.

Assim, com base em análise de casos, tanto na União Europeia, Estados Unidos e Brasil, Carolina Saito (2013) cita os casos mais comuns de consumação em caso de *gun jumping*, incluindo a troca sensível de informação, a alocação de clientes da empresa que está sendo adquirida ou incorporada, antes da autorização pelo órgão concorrencial, a unificação da gestão dos dois agentes envolvidos, ações que venham a alterar os incentivos entre os agentes do mercado, a unificação do exercício de poder dentro das empresas, campanha de marketing e ainda a competitividade de preços.

Por características próprias, deve-se entender que uma eventual prática de *gun jumping* carece de ser analisada caso a caso, devendo as especificidades ser demonstradas, uma vez que não se pode generalizar que todo troca de informação prévia seja ato anticoncorrencial, não podendo então ser aplicada a qualquer caso (Brasil, 2015, p. 6).

A queima da largada é então uma quebra de requisitos básicos de ética entre os concorrentes, quando um deles, atuando sem a observância da legalidade, inicia a aquisição, fusão ou incorporação de outra empresa, por meio de ativos pertencentes a incorporada ou ainda funcionários, ou mesmo a troca de informações sensíveis entre eles, o que caracteriza grave e desproporcional quebra da concorrência. O que se busca, com a exigência da notificação, é a tentativa de evitar uma consumação antecipada, almejando que as empresas possam se manter como concorrentes, em entidades distintas, até a conclusão do processo concorrencial pela autoridade antitruste.

Inovação e regulamentação, apesar de serem coisas diferentes, devem aqui andar juntas. O mercado, apesar de necessitar passar regulamentações para não padecer ou vir a sucumbir nas mãos de alguns agentes econômicos, sendo possível uma livre iniciativa e livre concorrência, mas também, necessita manter-se com as possibilidades de inovações, a fim de que, cada vez mais, sobrevenham novidades tecnológicas com o intuito de melhorar a concorrência, beneficiando, assim, tanto as empresas como os próprios consumidores.

O instituto do *gun jumping* pode então ocorrer de pelo menos duas formas: procedimental e material. A forma procedimental, também chamada de *procedural gun jumping*, ocorre quando as partes realizam a consumação dos atos iniciais sem que careçam de fazer as notificações prévias exigidas pela lei, *Sherman Act* nos Estados Unidos, e Lei nº 12.529/11 no Brasil, junto a autoridade concorrencial seja o *Federal Trade Commission (FTC)* ou Cade (Winterscheid; Dubrow; Amezcua, 2016, p. 12).

Já a forma material, ou *material gun jumping*, se dá quando há uma coordenação entre as partes envolvidas na operação, antes da concretude dos atos de concentração. Para as autoridades concorrenciais, espera-se, portanto, que as partes envolvidas continuem atuando de forma concorrencial até a concretização de todos os atos, devendo então elas comunicarem previamente a autoridade concorrencial antes do início do processo (Winterscheid; Dubrow; Amezcua, 2016, p. 12).

A formação de *gun jumping* em uma relação concorrencial é um ato bastante complexo. Sua caracterização não depende apenas da troca de informações entre as pessoas envolvidas; mas exige a utilização dessas informações por uma das empresas, devendo haver, para tanto, um poder de uma parte sobre a outra (Vigdor, 2006, p.3).

Esse conceito está diretamente ligado ao que nos Estados Unidos chamam de *beneficial ownership*, que se refere a uma integração prematura. Os norte-americanos foram os primeiros a se preocupar com essa forma prematura de concentração empresarial.

O sistema de notificação prévia, ou seja, a exigência de se notificar ao órgão antitruste, antes de iniciar os atos de consumação, foi inicialmente previsto nos atos normativos dos Estados Unidos, com a publicação do *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (HRS Act)*, mais precisamente na década de 1970.

A lei acima foi a precípua a integrar justamente as questões relativas à chamada notificação prévia, conhecida como *premerger notification program*, que vinculava a obrigação das partes envolvidas em atos de concentração a submeterem uma notificação ao *Federal Trade Commission* e ao *Department of Justice*, para preliminarmente informar que ambos possuem a intenção de realizar uma concentração.

2.1 HART-SCOTT-RODINO ANTITRUST IMPROVEMENTS ACT (HRS ACT)

Conforme descrito, convém entender que um dos principais pontos favoráveis desse ato normativo é a prevenção das comunicações prévias, com a devida informação à autoridade concorrencial, a chamada *premerger notification program*. Um dos aspectos mais importantes dessa legislação era a necessidade de se limitar, de alguma maneira, a integração fraudulenta dos agentes envolvidos na concorrência ilegal, sendo então preciso a criação de algo a fim de manter a concorrência, mesmo após o desfazimento desse início ilegal.

Assim, criou-se o que se chama de *waiting period*, um período que decorria precisamente entre quinze a trinta dias, no qual as partes envolvidas não poderiam reiniciar os atos de concentração, mantendo-se em uma espécie de quarentena total de paralisação dos atos praticados ilicitamente.

Outro conceito relevante é o de *beneficial ownership*, que é basicamente a transferência de direitos detidos por empresas envolvidas, possibilitando que uma delas detenham direitos da outra e possa passar a utilizar-se dos ativos e valores mobiliários da outra que está sendo absolvida por esta antes de sua conclusão (Blumenthal, 2005, p.7).

Define melhor o termo a autora Amanda Martins: “pode ser entendida como o usufruto dos ativos e dos valores mobiliários com direito de voto – da empresa a ser adquirida pela empresa adquirente – antes de aprovada a operação.” Ou seja, a empresa adquirente já poderia passar a se beneficiar com os ativos daquela, o que pode causar um prejuízo futuro, se por algum motivo não venha a se concretizar a junção delas.

Assim sendo, caso ocorra tal situação, a prática irregular de *beneficial ownership*, em desacordo com as normas do *HSR Act*, caracteriza gravemente a prática de *gun jumping*. Deve-se, entretanto, ressaltar que, apesar de a troca de informações sensíveis ser considerado ato configurativo do *gun jumping*, não seria qualquer troca de informação entre as empresas que desenrolaria no ato *antitrust*. A verdade é que não tem como ocorrer uma incorporação entre duas empresas, sem que antes não haja uma troca de informações básicas a embasar a opinião dos diretores sobre a aquisição ou não de determinada empresa por outra. Por isso, necessário é o manto do *due diligence*, ou mesmo de um plano de integração, e que essas informações possam manter-se protegidas.

Como essa situação de troca de informação é algo bastante complexo, fez-se necessária a intervenção do Judiciário americano, a fim de especificar alguns pontos a serem seguidos: a) se a troca de informação é realmente uma informação comercial sensível; b) se está ligada à avaliação da operação ou à *due diligence*; e c) se existe algum instrumento capaz de proteger a informação, evitando seu uso prematuro (Aba, 2006, p. 32). Pode-se, então, concluir que, conforme o sistema normativo e a jurisprudência norte-americana, qualquer uma das três características acima caracteriza o *gun jumping*.

2.2 AS INFLUÊNCIAS DO *SHERMAN ACT* E DO *FEDERAL TRADE COMMISSION ACT*

Diferentemente do *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, o *Sherman Act* tem uma abrangência mais ampla, uma vez que se preocupa com todo tipo de operações que envolva valores monetários. Seu objetivo é tentar coibir a concretização de acordos ou conspirações que tenha o condão de gerar uma ameaça ao sistema concorrencial (Blumenthal, 2009, p. 9).

Assim sendo, é necessária a realização de algo com uma certa concretude, saindo do abstratismo, para ser realizado a prática do *gun jumping* dentro das diretrizes do *Sherman Act*. O *Sherman Act*, diferentemente do *HSR Act*, em que a troca de informação sensível já seria suficiente para ser considerado um ato lesivo mediante *gun jumping*, exige a concretização de algum ato, como conspiração entre concorrentes, que seja capaz de restringir ou afetar o comércio, seja em âmbito nacional ou internacional.

Para a caracterização do *Sherman Act*, Amanda Martins (2012) afirma que existe a necessidade de que ocorra cumulativamente três elementos: (i) a existência de um contrato, combinação ou conspiração entre duas ou mais empresas; (ii) a necessidade de que esse contrato, combinação ou conspiração restrinja o comércio; e (iii) o impacto dessa restrição afete o comércio de forma nacional ou internacional.

Assim sendo, a diferenciação da aplicação do *gun jumping*, dentro desse ato normativo, necessita de uma aplicação do princípio da razoabilidade. Diante disso, surge a questão: o que seria então um ato que causaria prejuízos concretos no comércio internacional? Para tal resposta, o governo norte-americano, através de seu órgão antitruste, se utiliza de duas formas de análise: a análise *per se* e a regra da razão (Vigdor, 2006, p. 7).

A primeira regra de análise ocorre basicamente quando se trata de questionamento de acordos que restrinjam o comércio ou excluam a concorrência. A título de exemplo, quando há cláusulas de não competitividade ou mesmo fixação de preços. Contudo, a regra da razão é utilizada para avaliar se os possíveis efeitos positivos de uma conduta superam os negativos.

Conforme Amanda Martins, a principal preocupação do *Sherman Act* é que as partes conservem sua independência, permitindo então que realizem o *due diligence* e firmem os planos

de integração, sem ultrapassar os limites da razoabilidade e sem prejudicar a autonomia do mercado (Martins, 2012, p. 60).

Posteriormente ao *Sherman Act*, sobreveio o *Federal Trade Commission Act*, que pode ser visto como um divisor de águas entre os dois atos normativos já citados. Embora existam condutas que são consideradas ilícitas pelos dois primeiros tipos normativos, elas podem ser vistas como lícitas dentro do *FTC Act*. Mas, antes de aprofundar tal reflexão, vale destacar que esse ato normativo determina que “quaisquer atividades prévias à provação do ato de concentração que seja concorrencialmente desleal” (Martins, 2012, p. 63).

Inicialmente destina-se a mercados concentrados ou que possuem determinadas barreiras (Aba, 2006, p. 94). Ressalte-se ainda que sua aplicação se dá quando essas empresas reduzem ou podem reduzir a competição, caso a operação não se concretize (Vidgor 2006, p. 5).

A aplicação de sanções, com base nas disposições do *FTC Act*, depende da existência de uma violação clara, bem como de uma fundamentação razoável para mensurar a pena aplicada (Aba, 2006, p. 120). O direito brasileiro, então, trouxe do direito estadunidense conceitos iniciais e uma base teórica legislativa bastante expressiva, para formar suas próprias normas antitruste, adaptando-as às necessidades específicas de seu próprio mercado e comércio.

3. APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.529/2011 EM RELAÇÃO À PRÁTICA DO *GUN JUMPING* NO CASO TECHNICOLOR & CISCO SYSTEMS

Logo após o início do direito concorrencial nos Estados Unidos – principalmente com a instituição do *Sherman Act* e os primeiros casos a serem julgados em decorrência desse ato normativo –, a discussão sobre o *gun jumping* no Brasil teve início em 1962, com a promulgação da Lei nº 4.137 do mesmo ano, que criou o Cade; todavia, somente em 1994, o país editou uma norma mais completa, a Lei. nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Nesse período, no direito norte-americano, já se exigia a necessidade de notificar qualquer atitude, mesmo que suspeita de atos concentração ilegal, por meio do chamado *Clayton Act*, mais precisamente na Seção 7ª, mesmo que de forma mais superficial. Entretanto, somente com o advento da seção 1 do *Sherman Act*, de fato, houve a necessidade legal de notificação prévia, como destaca Michael C. Naughton (Naughton, 2005, p. 66).

Com a introdução do *Sherman Act*, a notificação prévia tornou-se um mecanismo fundamental para a aplicação da legislação antitruste, criada para combater os monopólios a partir da década de 1870. Uma das alterações mais aguardadas, e que demorou a ser implementada no direito concorrencial brasileiro, foi justamente a exigência de notificação prévia pelas empresas interessadas em realizar operações de concentração econômica — seja por incorporação, fusão ou outros tipos de operações. No Brasil, essa exigência só foi efetivamente instituída com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011.

Tal instituto já poderia ter sido implementado na legislação desde a publicação da Lei nº 8.884/1994, contudo não aprovou ao legislador fazê-lo naquele primeiro momento. A fim de coibir a prática anticoncorrencial do *gun jumping*, passando a exigir a notificação prévia, a Lei 12.529/2011 trouxe a exigência em seu texto legal, mais precisamente em seu art. 88, § 2º, determinando que o prazo máximo para conclusão do procedimento ligado a notificação prévia é de até 240 dias, contados desde o protocolo da petição.

A Lei nº 12.529/2011 introduziu no Brasil o regime de análise prévia dos atos de concentração, com o intuito de preservar as condições competitivas de mercado durante a análise do ato de concentração, possibilitando, através da inclusão do sistema de notificação prévia, o combate à prática anticoncorrencial do *gun jumping*.

Não é então qualquer troca preliminar de informações que caracteriza um ato anticoncorrencial. Vê-se que a consumação prematura só se dá quando a informação prestada por um dos agentes concorrentes é uma informação sensível, capaz de causar um dano significativo na relação concorrencial entre os participantes, uma vez que essa informação se relaciona diretamente ao negócio da empresa participante (Saito, 2013, p. 12).

O Cade, então, ao refletir sobre as informações sensíveis, delimita que essas devem ser específicas, tratando diretamente sobre a atividade-fim da organização participante no processo.

Citem-se, como exemplo, o custo das empresas, nível de capacidade de expansão, precificação de produtos, os principais clientes, plano de aquisições futuras entre outras. (CADE, 2015, p. 5)

Ponto importante a refletirmos é que as empresas, com base no art. 108, § 2º, da Lei nº 12.529/2011 impõe, inclusive, a manutenção das estruturas físicas das pessoas em processos de consumação, mantendo ainda a situação concorrencial entre elas, até julgamento final pelo Cade. (Brasil, 2015, p. 7).

Vale levantar, ainda, que uma estratégia importante a ser incentivada pelas empresas – a fim de diminuir as práticas anticoncorrenciais, principalmente o *gun jumping* – é justamente a utilização do *compliance*.

Essa prática, na realidade, conforme Márcia Ribeiro e Patrícia Diniz (2015), tem como objetivo basilar a conscientização, no caso presente das empresas, voltadas para reafirmar e lembrar da missão, visão e valores da empresa. O *compliance* pode ser aplicado em todas as fases das empresas, seja nos níveis iniciais da cadeia de produção, seja nos níveis de diretoria e gestão (Ribeiro; Diniz, 2015, p. 88).

Assim, nas questões relativas à concorrência, essa prática deve ter como premissa buscar cumprir a lei, seja ela nacional ou internacional, além de manter a regulamentação do mercado e, ainda, das normas inerentes as empresas (Ribeiro; Diniz, 2015, p. 89). Como ensinam Coimbra e Manzi (2010), as empresas devem buscar sempre aplicar essas práticas em todas as fases e por toda a entidade na qual a organização é participante, ou que esta seja investidora.

O órgão antitruste brasileiro, ao tentar coibir a prática do *gun jumping*, criou mecanismos, como o protocolo antitruste, o *clean team* e o comitê executivo, indicados para operações mais complexas, envolvendo uma concentração significativa, um grande volume de informações e ainda que venha a gerar um grande risco concorrencial (Brasil, 2015, p.10). Outros mecanismos foram criados, como o acesso à informação, feito exclusivamente através do *clean team*. Ainda a questão da confiabilidade, que nos é tratada como:

Todos os membros do *clean team* e do comitê executivo devem comprometer-se a manter absoluto sigilo dos dados relacionados ao ato de concentração, especialmente das informações classificadas como confidenciais ou concorrencialmente sensíveis, mesmo diante da hipótese de deixarem seus respectivos comitês ou empresas. Nenhum dado ou informação poderá ser usado, copiado, transferido, publicado ou mencionado sem a expressa anuência das empresas. (Brasil, 2015, p.12)

Tratando ainda como um mecanismo a coibir a prática do *gun jumping*, o Cade indica que o tratamento de informações, dentro do *clean team*, poderá a empresa passar a receber essas informações sensíveis, devendo por tanto, por meio do *clean team*, a manutenção do sigilo total dessas informações (Brasil, 2015, p.12). Assim, com o advento da necessidade de o Cade se adaptar a utilização da notificação prévia, pairou a necessidade deste vir a editar os mecanismos acima descritos para melhor julgamento dos casos envolvendo a queima da largada.

Segundo Mariana Tavares de Araújo (2018), são necessários três requisitos para que a notificação prévia seja exigível: (i) a existência de um ato de concentração; (ii) um dos grupos envolvidos tenha um faturamento anual de, no mínimo, 750 milhões de reais; e (iii) a outra empresa tenha um faturamento de pelo menos 75 milhões de reais. Além disso, essa concentração deve produzir efeitos em território brasileiro capazes de ferir a livre iniciativa ou concorrência do mercado.

Considerando-se que boa parte das leis brasileiras contempla apenas um caráter geral, em 2015 o Cade decidiu publicar um Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica (Brasil, 2015). Esse guia visa coibir quaisquer atos de concentração que não sejam previamente notificados à autoridade concorrencial, independentemente de serem parciais, envolverem transferência de bens ou ativos, ou até mesmo a troca de informações sensíveis entre as empresas concorrentes. Essa exigência, entretanto, não estava prevista na Lei nº 8.884/94, sendo introduzida apenas na nova legislação e resguardada pelo guia do Cade.

Na sistemática da lei anterior, o órgão antitruste brasileiro contava com a Secretaria de Análise Econômica (SEAE) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE), que dispunham, de até trinta dias cada uma, para finalizar a operação. Contudo, é importante ressaltar que, como não havia a necessidade de notificação prévia, a maioria das empresas não realizava essa notificação, embora não fosse proibida na época.

Posteriormente, ocorria ainda mais trinta dias, o que dava ao órgão pelo menos sessenta dias para análise dos atos e um prazo de até cento e vinte dias para concluir os casos. Na vigência da legislação anterior, caso o órgão não realizasse esse julgamento, ocorreria aprovação tácita do processo concorrencial.

Nesse contexto, Leopoldo Pagotto e Bruno Maggi (2012) ensinam sobre a Lei nº 8.884/94, destacando algumas de suas características. Embora as empresas sejam obrigadas a notificar o Cade, em até 15 dias úteis após a realização do ato de concentração, elas não precisavam esperar pela análise e aprovação do órgão concorrencial brasileiro. Isso significa que, inicialmente, as empresas podem começar a operar sem aguardar a conclusão do processo de aprovação pela autarquia.

A nova lei concorrencial, nº 12.529/2011, por seu turno, passou a prevê a exigência de notificação prévia para atos de consumação. Precisamente, no art. 88, § 2º, da norma, instituiu-se então essa nova forma para início dos atos. Com a modificação trazida pela nova lei, percebe-se um avanço consistente no julgamento dos casos levados ao Cade. Como nos ensinam ainda Leopoldo Pagotto e Bruno Maggi (2012), o novo sistema trazido pela legislação de 2011 buscava evitar os prejuízos em caso de lentidão no atraso da análise dos casos.

Conforme Fernando de Magalhães Furlan (2011), o advento desta nova lei tornou mais crível a tomada de decisão pelo órgão julgador, uma vez que ocorreu uma inversão dos incentivos à tomada de decisão, para a concretude do ato, os requerentes devem notificar rapidamente, sendo eles os que mais almejam a conclusão do ato. Esse prisma da necessidade de notificação prévia orquestrada pela Lei nº 12.529/2011 veio a estabelecer então os paradigmas presentes no direito norte-americano de vedação ao *gun jumping* no sistema normativo brasileiro.

Com isso, evidencia-se a necessidade de utilização, cada vez mais, dos princípios da livre-concorrência e livre-iniciativa. Nas palavras de Paula Forgioni (2018), assegura-se, portanto, às partes presentes nos atos de concentração liberdade de desenvolvimento de sua atividade econômica. Sendo, portanto, indispensável os limites impostos pela legislação a fim de resguardar o interesse do mercado. Destacando-se que a concorrência, então, anda de mãos dadas com a livre-iniciativa. O agente antitruste, então, torna-se responsável pela fiscalização e julgamento de processos, inerentes de partes envolvidas em atos de consumação prévia, sendo esse controle, diretamente ligado aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência (Forgioni, 2018, p.140).

No Brasil, o caso envolvendo a Technicolor e a Cisco Systems tornou-se um dos mais emblemáticos. Ressalte-se que, de acordo com o Conselheiro Paulo Burnier (2018), buscou-se inicialmente uma solução negociada para o caso. Ainda segundo o mesmo autor, cerca de 90% dos casos envolvendo atos de concentração pelo Cade foram solucionados mediante acordo (Silveira, 2018, p. 715).

O caso em si traz algumas particularidades porque, nos primeiros cinco anos de vigência da Lei nº 12.529/2011, envolveu a maior multa aplicada pelo Cade, no valor de R\$ 30 milhões de reais (Silveira, 2018, p. 714). Não foi, então, definida a aplicação da nulidade dos atos de concentração praticados, uma vez que, segundo julgamento do caso, os atos lesivos praticados não teriam sido suficientemente graves para justificar modificação no âmbito concorrencial.

4. CONCLUSÃO

Em resposta à problematização proposta na introdução, tem-se que a legislação de defesa da concorrência pode não comprometer o valor constitucional da livre iniciativa com a obrigatoriedade de comunicação prévia de determinadas operações à autoridade concorrencial, na medida em que é papel desta autoridade (no caso da experiência brasileira, o Cade) fomentar a racionalidade do ambiente econômico e, consequentemente, a tutela dos consumidores em um ambiente concorrencialmente saudável.

Com o passar do tempo, tem-se comprovado que os benefícios dos sistemas antitrustes instituídos por meio das leis concorrenciais, bem como por parte de sua aplicação pelos órgãos responsáveis, trazem para o mercado maior segurança no desenrolar de suas atividades, tentando manter o comércio operacional e sem que haja consumações prévias danosas ao sistema. Embora o Brasil tenha adotado várias legislações concorrenciais, foi com a Lei nº 8.884/64 que se deu início efetivo à regulamentação de questões anticoncorrenciais concretas por parte do setor público.

Apesar de o Congresso Nacional, através da Lei nº 8.884/94, já pudesse ter realizado a inclusão de sistema de notificação prévia para a prática de atos de concentração no Brasil, não o fez, deixando, portanto, um período que determinadas empresas pudessem então realizar a totalidade dos atos de consumação, a fim de que apenas posteriormente viesse estas a prestar a notificação ao órgão antitruste nacional, o que dificultava muito a celeridade do julgamento uma vez que já se encontravam consumados todos os atos.

O presente artigo se propôs a analisar se a notificação prévia, que só entrou em prática no direito concorrencial brasileiro a partir da Lei nº 12.529/2011, trouxe então reais benefícios para a concorrência nacional. Além disso, teve como objetivo examinar se a exigência de notificação prévia pelas empresas em ato de consumação à autoridade concorrencial realmente funciona no Brasil como mecanismo de efetivação da livre concorrência e verificar a eficiência dessa nova modalidade trazida pela nova lei em comparação com a legislação anterior.

Buscou-se, portanto, com essa análise, determinar se essa nova forma, introduzida pelo *Sherman Act* e agora correspondentemente na lei brasileira, é eficaz para o direito concorrencial, proporcionando ao mercado uma fruição melhor da concorrência. Percebe-se que, através do estudo dos casos concretos apresentados, julgados pelo Cade, após a entrada em vigor da nova lei, os casos começaram a ser julgados de forma mais célere.

Assim, conclui-se que a Lei nº 12.529, de 2011, trouxe para o direito concorrencial brasileiro avanços, relacionados ao desenvolvimento nos julgamentos dos casos pelo órgão concorrencial. Evidencia-se, pelos conceitos apresentados neste artigo, que a notificação prévia traz muito mais benefícios ao direito concorrencial do que malefícios, especialmente ao reduzir significativamente o tempo de conclusão desses casos.

Outro ponto importante está ainda relacionado à questão envolvendo o *compliance*, uma vez que esse mecanismo prévio, dentro das organizações é uma forma importantíssima de prevenir a prática do *gun jumping*. Assim, é cada vez mais necessário que as empresas passem a investir, a fim de que seja possível garantir a preservação da lei concorrencial pelas organizações.

REFERÊNCIAS

ABA Section of Antitrust Law. **Premerger coordination**: the emerging law of gun jumping and information exchange. Chicago, Illinois: Aba Publishing, 2006.

ALVES, Dora Resende. *Sherman Act*. **Maia Jurídica**, p. 47-60, 2006. Disponível em UPT, <http://hdl.handle.net/11328/3331>. Acesso em: 19. jun. 2023.

ARAÚJO, Mariana Tavares. Análise prévia de atos de concentração: status quo. In: CAMPILONGO, Celso; PFIEFFER, Roberto (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, p. 697-711, 2018.

BLUMENTHAL, William. **The road to Omnicare**: the evolution of antitrust standards on premerger coordination. p. 9, 2009.

BLUMENTHAL, William. The rhetoric of gun-jumping. In: **Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter**. p. 7, 2005.

BRASIL. Lei nº 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica. Brasília: CADE, 2015. Disponível em: <https://cdn.CADE.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-CADE/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 17. Jun/2023.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

FORGIANI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre atos de concentração econômica. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GILBERTO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). **Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro**: teoria e prática dos atos de concentração. São Paulo: Editora Singular, p. 173, 2011.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise**: principle and execution. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005.

MARTINEZ, Maria Beatriz. Programas de compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil. **Ibrac**: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 153-178, jan. 2005.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun jumping, controle prévio de estruturas e o Cade. **Ibrac**: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. p. 57-72, 2012.

NAUGHTON, Michael C. Gun-jumping and premerger information exchange: counseling the harder questions. **Antitrust**, v. 20, p. 66, 2005.

NEWMAN, Patrick. Revenge: John Sherman, Russell Alger and the origins of the Sherman Act. **Public Choice**, v. 174, n. 3-4, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3140481>. Acesso em: 12. jun. 2023.

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, v. 55, p. 15-32, 2012.

PAUTLER, Paul A. The effects of mergers and post-merger integration: a review of business consulting literature. **Bureau of Economics, Federal Trade Commission**, p. 9, 2003.

SAITO, Carolina. Gun jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 12, 2013.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. Gun jumping no Brasil: balanço dos primeiros cinco anos da nova lei de defesa da concorrência. In: **Evolução do antitruste no Brasil**, Celso Campilongo, Roberto Pfieffer (org.). São Paulo: Singular, p. 713-720, 2018.

SOUZA, Ananda Portes. **Gun jumping**: uma análise crítica da norma e das sanções aplicadas pelo Cade. Ibrac. v. 22. p. 1, 2016.

STUCKE, Maurice. Reconsidering antitrust's goals. **Boston College Law Review**, v. 53, p. 551-629, 2012. p. 560-562.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de compliance antitruste. *In*: Zanotta, P.; Brancher, P. (orgs.). **Desafios atuais do direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2009.

RIBEIRO, Márcia; DINIZ, Patrícia. Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, DF, v. 52, n. 205, p. 88, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87. Acesso em: 13. jul/2023.

VIGDOR, William R. **Getting a quick start without jumping the gun**: a basic guide to spotting premerger coordination issues that raise antitrust questions and may delay closing your deal. 2006.

WINTERSCHEID, Joe; DUBROW, Jon e AMEZCUA, Carrie. Merger control: gun jumping goes global. **Internecinal News**. p. 12, 2016.

Artigo recebido em: 18/3/2024.

Aprovado em: 30/7/2024.