

Direito Concorrencial e Contencioso

[Ricardo Casanova Motta](#) | [Catarina Lobo Cordão](#)

## Resolução Cade 24/2019: um novo parâmetro para o valor das multas de *gun jumping*?

Em 14 de outubro de 2019, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) recomendou a condenação das empresas IBM e Red Hat pela prática de *gun jumping*<sup>1</sup>, com a sugestão de aplicação de multa histórica<sup>2</sup>. A recomendação da SG/Cade foi confirmada pelo Tribunal Administrativo durante a 151ª Sessão Ordinária de Julgamento, que ocorreu em 11 de dezembro de 2019. O Ato de Concentração<sup>3</sup> foi aprovado sem restrições em 13 de novembro de 2019.

A razão que torna a análise desse caso ainda mais interessante é o fato de que essa foi a primeira investigação de *gun jumping* após a publicação da Resolução que disciplinou o Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração (APAC)<sup>4</sup>, editada principalmente para suprir a necessidade de parâmetros mais claros para o cálculo da multa em casos de *gun jumping*<sup>5</sup>. Do ponto de vista material da análise, esse novo precedente não parece ter inovado a ponto de alterar

<sup>1</sup> A prática de consumação antecipada de atos de concentração, também conhecida como *gun jumping*, é vedada pelo art. 88, §3º da Lei nº 12.529/2011 e pode resultar em nulidade da operação, imposição de multa e abertura de processo administrativo para averiguar eventuais trocas de informações com efeitos anticompetitivos. De acordo com o art. 106, §2º do Regimento Interno do Cade (RiCade), até a aprovação final da operação pelo Cade, "As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas (...) sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de avos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes."

<sup>2</sup> A SG/Cade havia recomendado a aplicação de multa no valor de R\$ 60 milhões. Este valor foi confirmado pelo Tribunal Administrativo, que, contudo, concedeu um desconto de 5% sobre o valor, totalizando R\$ 57 milhões.

<sup>3</sup> Ato de Concentração nº 08700.001908/2019-73.

<sup>4</sup> Resolução nº 24, de 08 de julho de 2019, disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO5RrijG9RkET6zcTOuRswuqKMVhLIJQGfBcrJ8Z9UiW2b8UgA\\_ZdZL9vA4W3TPQmbWnRELU7feqYjaB3zGS4L](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO5RrijG9RkET6zcTOuRswuqKMVhLIJQGfBcrJ8Z9UiW2b8UgA_ZdZL9vA4W3TPQmbWnRELU7feqYjaB3zGS4L) [Acesso em 05.11.2019].

<sup>5</sup> Em diversas situações, os membros do Tribunal do Cade afirmaram a necessidade da edição de uma resolução com parâmetros claros para o cálculo da multa em casos de *gun jumping*. Vide, por exemplo: Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração nº 08700.010071/2015-20, 08700.010394/2015-13, 08700.000631/2017-08 e 08700.003319/2018-49.

entendimentos anteriores do Cade. No entanto, a multa imposta às requerentes, no valor de 57 milhões de reais parece inaugurar um novo patamar de sanção para esse tipo de infração. Neste breve artigo, pretendemos analisar os principais pontos da decisão e comparar a multa aplicada à IBM/RedHat com base nos precedentes anteriores, com o objetivo de entender os fatores que podem apontar para um novo patamar de multas por *gun jumping*.

## • ANÁLISE DA DECISÃO DO CADE

A operação recebeu o aval integral da SG/Cade em 24 de junho de 2019, sendo que o Tribunal do Cade decidiu pela avocação do Ato de Concentração em 2 de julho de 2019. Em 17 de julho de 2019, o Cade determinou pela instauração, *ex officio*, de APAC<sup>6</sup> em face das requerentes, após tomar conhecimento acerca do fechamento global da operação que transferiu o controle societário da Red Hat, Inc. ("Red Hat") para a IBM Corporation ("IBM") enquanto ainda pendente a aprovação por parte do Tribunal do Cade.

Com base nos documentos públicos analisados, as partes justificaram a necessidade do *closing global* do negócio em virtude da incerteza para reestabelecimento dos prazos processuais do Cade<sup>7</sup>, que estavam suspensos pela ausência de quórum do Tribunal. Segundo afirmaram IBM/RedHat, a demora para análise e aprovação final por parte do Cade estaria implicando perdas consideráveis para as requerentes e outros interessados na operação, tais como acionistas, empregados e clientes. As requerentes decidiram, então, criar uma estrutura separada (*hold separate*) para o Brasil – único país em que ainda estava pendente a autorização da autoridade antitruste – de modo a garantir que as empresas continuassem agindo de modo independente e que não seriam produzidos efeitos decorrentes do fechamento global da operação para o mercado brasileiro.

Essa estrutura separada (*hold separate*), prevista para durar até a aprovação final do Cade, seria adotada com base nos precedentes da Disney/Fox e Pfizer/GSK em que o Tribunal, em sede de Acordo em Controle de Concentração (ACC), autorizou a consumação da operação antes mesmo da alienação dos negócios exigidos pelos remédios estruturais negociados com as partes.

Em primeiro lugar, a questão da consumação pela insegurança quanto ao reestabelecimento dos prazos processuais é bastante singular a esse caso específico dadas as circunstâncias particulares e excepcionais de ausência de quórum do Tribunal do Cade e a dependência externa de novas nomeações por parte do Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal. Ao analisar a questão, o Cade entendeu pela insubsistência do argumento, basicamente apontando que, a despeito de todo o contexto, as partes haviam decidido pela consumação da operação apenas 75 dias decorridos do prazo de análise, enquanto o prazo máximo para análise da operação seria de até 330, considerando sua complexidade. A conclusão do Cade a esse respeito é a de que as partes deliberadamente não teriam obedecido o prazo legal de apreciação. Mesmo reconhecendo que atos de concentração que envolvem diversas jurisdições enfrentam desafios

---

<sup>6</sup> Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração nº 08700.003660/2019-85.

<sup>7</sup> De acordo com a Certidão expedida no dia 17 de julho, em virtude da ausência de quórum decorrente do final do mandato de 4 dos 7 Conselheiros, determinou-se a suspensão da tramitação dos processos que estiverem no Tribunal do Conselho; bem como dos prazos previstos na Lei nº 12.529/2011.

de *timing*, o Tribunal entendeu que este não pode ser um motivo pelo qual as partes possam ignorar os prazos definidos para consumação de uma operação.

Além disso, a SG/Cade também havia entendido que caso os custos de aguardar a decisão do órgão antitruste fossem decisivos para as requerentes, isso poderia ter sido analisado em pedido de autorização precária, cujo procedimento está previsto e regulado, o que não foi em nenhum momento levantado pelas partes.

A possibilidade de autorização precária está prevista no art. 114 do RiCade e pode ser concedida desde que (i) não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado, (ii) as medidas cuja autorização for requerida sejam integralmente reversíveis e (iii) o requerente demonstre a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida. O único caso em que ela foi concedida foi no Ato de Concentração 08700.007756/2017-51, envolvendo a Excellence B. V. e a Rio de Janeiro Aeroportos.

Quanto ao mecanismo utilizado pelas requerentes para evitar a caracterização de *gun jumping*, o Cade entendeu que o *hold separate business* teria natureza e efeitos muito semelhantes a um *carve out agreement* e que ambos esbarram na inviabilidade prática de se demonstrar a ausência de efeitos decorrentes da consumação para o mercado. Ambos instrumentos são soluções contratuais que estabelecem princípios para manter estruturas empresariais separadas, com administrações independentes, garantindo que não há troca de informações entre as empresas<sup>88</sup>.

Segundo expos a SG/Cade, *“há um consenso de que se trata de instrumento de difícil monitoramento para as autoridades da concorrência, com sua eficácia bastante questionável em termos de evitar a troca de informações sensíveis entre concorrentes”*<sup>9</sup>. Por isso, a SG/Cade apontou o precedente Technicolor/Cisco<sup>10</sup> para inviabilidade de autorização desses instrumentos, bem como a falta de aceitação desses instrumentos (*carve out* e *hold separate*) por outras autoridades antitrustes no mundo. No que diz respeito aos precedentes mencionados pelas requerentes, a SG/Cade apontou que essa separação é comumente discutida quando a autoridade antitruste negocia um remédio estrutural em sede de ACC ou quando a autoridade a impõe, unilateralmente, como condição para aprovação de um ato de concentração, situações distintas daquela verificada no caso IBM/Red Hat, em que não houve qualquer negociação ou decisão final permitindo a utilização do instrumento.

Concluiu a SG/Cade, também sobre aspecto, que as *“partes praticaram gun jumping com o intuito de concretizar a operação o mais rápido possível e que as justificativas apresentadas pelas Representadas são insuficientes para desconsiderar a infração”*<sup>11</sup>. Assim, aplicando a Resolução nº

---

<sup>8</sup> O Carve-out agreement consiste na separação entre empresas em nível organizacional, financeiro, legal e técnico de uma organização, que passa a ser composta por duas entidades independentes. Já o hold separate business é um instituto que estabelece a criação de uma estrutura separada que irá assegurar medidas de preservação e separação dos negócios das empresas. O hold separate manager tem a função de gerir o negócio durante o período de transição.

<sup>9</sup> Nota Técnica nº 36/2019/CGAA4/SGA1/SG/CADE.

<sup>10</sup> Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração nº 08700.011836/2015-49.

<sup>11</sup> Nota Técnica nº 36/2019/CGAA4/SGA1/SG/CADE.

24/2019, a SG/Cade recomendou a aplicação de multa de 60 milhões de reais pela ocorrência de *gun jumping* decorrente da consumação antecipada da operação de aquisição da RedHat.

Após o encaminhamento dos autos para o Tribunal, em 22 de novembro de 2019, as empresas iniciaram a negociação de um acordo com o objetivo de encerrar o APAC aberto. Em síntese, as Representadas se comprometeram a recolher uma contribuição pecuniária no valor de R\$ 57 milhões.

- **ANÁLISE DA MULTA IMPOSTA**

Uma das maiores críticas à Resolução nº 13/2015, marco normativo anterior para procedimentos de apuração de atos de concentração, era a ausência de metodologia para cálculos da multa pecuniária. De fato, os artigos que tratavam da imposição de multa pecuniária (art. 7º, II e art. 10, II, "a") apenas estabeleciam que esta deveria ser fixada em um valor entre R\$ 60.000,00 e R\$ 60.000.000,00, repetindo assim o texto da lei, mas sem fixar parâmetros claros de dosimetria.

A nova resolução sobre APACs veio para suprir esta lacuna, sendo que, nos termos do voto da Conselheira Relatora do APAC, Paula Azevedo, "*tais dispositivos deixaram o julgador com um menor poder discricionário, uma vez que na aplicação de eventuais majorantes e atenuantes, os valores ou faixas de valores são pré-estabelecidos, tornando a metodologia de cálculo mais clara e objetiva*". Nos termos da Resolução nº 24/2019, os fatores considerados para cálculo da multa são: (i) reincidência, que duplica a pena base, (ii) decurso do prazo, que pode majorar em 0,01% do valor da operação por dia de atraso, (iii) gravidade da conduta, que pode majorar em até 4% do valor da operação, (iv) intencionalidade, que pode majorar em 0,4% do faturamento médio no ano anterior à consumação, e (v) o momento da notificação, que pode reduzir em 50%, 30% ou 20% (art. 21).

Conforme a decisão, os seguintes fatores foram utilizados como majorantes da pena-base: (i) 1% do valor da operação pela gravidade da conduta; e (ii) 0,4% do faturamento médio dos grupos econômicos dos Representados em 2018 pela intencionalidade dos agentes. Fatores como (i) reincidência, (ii) decurso do prazo e (v) momento da notificação não foram aplicáveis ao caso. Os atenuantes, que se referem ao momento da notificação da operação, não foram aplicados.

De acordo com os dados constantes do voto da Conselheira-Relatora, aplicando-se a metodologia da Resolução nº 24/2019, o valor informado acerca da multa esperada seria de mais de um bilhão de reais (R\$ 1.332.517.782,67). Os Representados apresentaram, no entanto, proposta de Acordo em APAC em termos julgados convenientes e oportunos pelo Cade, sendo-lhes concedido um desconto de 5% sobre o valor da multa esperada, o que resultou num total de R\$ 57.000.000,00, a maior penalidade já imposta pela prática de *gun jumping* na história do Conselho.

Até o presente momento, já tinham sido abertos pelo Cade um total de 26 APACs para investigar a existência de *gun jumping*. Desses, 12 levaram a uma condenação final. A maior multa paga pela infração havia sido de R\$ 30 milhões, no caso Technicolor/Cisco. Nesse caso, as empresas também alegaram que tinham celebrado um *carve-out agreement* para excluir o Brasil dos efeitos da operação no exterior, e o Cade afirmou que acordo indicava a má-fé das requerentes, que

buscaram um meio contratual de concretizar a operação antes da decisão final da autoridade antitruste brasileira.

Assim, a multa imposta à IBM/RedHat praticamente dobra o valor da maior multa imposta até o momento no caso Technicolor/Cisco, que considerou um cenário bastante similar de consumação e intencionalidade<sup>12</sup>. Frise-se, novamente, que nos termos do voto da Conselheira-Relatora, o valor da multa esperada seria de mais de um bilhão de reais. Como é possível verificar do quadro-resumo apresentado em seu voto, o valor de 1 bilhão de reais foi alcançado pela simples aplicação do critério de intencionalidade, fixado em 1% (e podendo chegar até 4%).

O caso IBM/RedHat se torna, então, o caso em que o Conselho aplicou maior multa para uma infração de *gun jumping*, atingindo um valor muito próximo do máximo legal, o que só não ocorreu em virtude de acordo celebrado com a autoridade. A esse respeito, inclusive, já há apontamentos na decisão da Conselheira Relatora no sentido de que o limite legal de 60 milhões já não se adequaria mais à realidade, dado que seu valor estaria monetariamente defasado e, portanto, não puniria adequadamente operações de grande porte<sup>13</sup>.

Como este é o primeiro caso decidido com base na Resolução nº 24/2019, ainda é precipitado prever os efeitos da nova Resolução para cálculo de multa em APAC, dado que as penas levam como base o valor da operação e faturamento das partes. A sugestão de uma multa no patamar máximo legal, o que nunca havia acontecido até então, pode indicar que a nova Resolução está endurecendo o padrão aplicado historicamente pelo Cade. É preciso aguardar os próximos casos para entender se há um novo parâmetro jurisprudência de multas para esse tipo de infração. Porém, uma coisa é certa: os novos critérios trazidos pela Resolução nº 24/2019 retiram parte da discricionariedade do julgador na aplicação da multa.

Do ponto de vista material da análise, esse novo precedente não parece ter inovado a ponto alterar entendimentos anteriores do Cade. No entanto, a multa imposta às requerentes, no valor de 57 milhões de reais pode estar inaugurando um novo patamar. Apenas o tempo poderá indicar com mais precisão a direção legal.

Artigo publicado no site de informações Jota em 7 de janeiro de 2020. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/resolucao-cade-24-2019-um-novo-parametro-para-o-valor-das-multas-de-gun-jumping-07012020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/resolucao-cade-24-2019-um-novo-parametro-para-o-valor-das-multas-de-gun-jumping-07012020)

---

<sup>12</sup> "O dolo se caracteriza pela intenção; isto é, o desejo volitivo para determinada ação. Ora, no caso em análise está claro que **a consumação prévia da operação fez parte de uma escolha racional, dentro de uma estratégia deliberada das partes de fechar o negócio antes da aprovação do CADE**. Tanto a notícia veiculada no website da Technicolor quanto o *carve-out agreement* apresentado pelas Representadas confirmam este caráter intencional de fechar a operação antes do *green light* do CADE" (§79 do Voto do Relator Paulo Burnier)

<sup>13</sup> Essa afirmação foi feita pela Conselheira Paula Azevedo durante o julgamento do caso, na 151ª Sessão de Julgamento. O áudio da sessão pode ser acessado em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/sessoes/sessoes-pasta-geral/prospectos-audio-soj/2019/151a-soj.pdf>.