**Direito Concorrencial e Contencioso**

Marcela Abras Lorenzetti | Julia Krein

# O Cade e a Infração De *Gun Jumping*

A infração concorrencial de consumação prévia de atos de concentração (*gun jumping*) foi introduzida no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com a entrada em vigor da lei 12.529/11, que estabelece no §3º do art. 88 que "Os atos [de notificação obrigatória] não podem ser consumados antes de apreciados", sob pena de nulidade, multa e abertura de processo administrativo para averiguar eventuais trocas de informações com efeitos anticompetitivos. Práticas que podem configurar "consumação prévia" da operação, se praticadas antes da decisão final do Cade, são: antecipação do valor devido em pagamento; assunção de direitos e obrigações do contrato; troca de informações e participação em deliberações envolvendo temas concorrencialmente sensíveis; e qualquer outra atividade que implique na mudança do modo de atuação das partes no mercado[1].

Recentemente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) aplicou pela primeira vez a pena de nulidade dos atos praticados, aplicando-a a um contrato de distribuição celebrado entre a joint venture Blue Cycle e a Shimano[2], uma vez que a joint venture não deveria ter iniciado sua atuação no mercado até a aprovação de sua constituição pelo Conselho. Ao julgar esse caso, alguns conselheiros destacaram a seriedade dessa infração, que representaria, para eles, uma ameaça à própria lei antitruste em si, devendo ser punida de acordo, de forma suficiente para desestimular a não notificação por parte de outros agentes econômicos. Esse entendimento é um indicativo de que o Cade tem adotado uma postura bastante rígida em relação aos casos de *gun jumping*. O Conselho tem iniciado um número maior de investigações para averiguar a existência de operações não notificadas, em contraste com a postura adotada nos anos de 2013 e 2014, em que as únicas multas aplicadas foram a operações notificadas pelas próprias partes[3]. Como exemplos desse endurecimento, temos a multa aplicada ao contrato de aluguel entre JBS e Tramonto[4], decorrente de uma investigação iniciada para averiguar um conjunto de operações

---

[1] Cf. Guia de Gun Jumping do CADE, disponível em *http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-gun-jumping-versao-final-3.pdf*

[2] Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002655/2016-11.

[3] Atos de concentração nº 08700.002285/2014-41, 08700.008292/2013-76, 08700.008289/2013-52, 08700.007899/2013-39 e 08700.005775/2013-19.

[4] Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.007160/2013-27.

não notificadas pela JBS; pode-se citar também a penalidade aplicada à Goiás Verde e à Brasfrigo[5], que realizaram uma operação de aquisição de ativos não notificada ao Cade, acerca da qual a autarquia tomou conhecimento por meio de notícia veiculada na imprensa.

Ao buscar atos de concentração que não tenham sido notificados, o Cade também busca informações apresentadas pelas partes em outros atos de concentração notificados por elas. É o caso da multa por notificação intempestiva aplicada à Tam e à Azul[6] em maio deste ano por contratos de *codeshare* celebrados entre a Tam, a Total e a Trip (ambas posteriormente adquiridas pela Azul), acerca dos quais o Cade tomou conhecimento no curso da notificação de outra operação pela Azul. O mesmo ocorreu durante a submissão da operação de criação de joint venture entre Itaú e Mastercard, que levou o Cade a iniciar averiguação acerca de um contrato celebrado entre Mastercard e Hipercard, cuja investigação ainda não foi encerrada.

Além de informações apresentadas pelas partes, comunicados à imprensa também são pontos sensíveis na apuração deste tipo de infração. A multa mais alta já aplicada para infrações de *gun jumping*, de trinta milhões de reais, foi consequência de um comunicado à imprensa divulgado pelas empresas Cisco e Technicolor[7] em que elas afirmavam que a operação entrava em vigor imediatamente após sua celebração. Ainda, nesse caso, as partes alegaram ter celebrado um *carve-out agreement* que excluiria o Brasil dos efeitos da operação no exterior; contudo, o Cade ressaltou que os efeitos em outros países também se refletem no Brasil, e que o referido acordo indicava a má-fé das requerentes, que buscaram um meio contratual de concretizar a operação antes da decisão final da autoridade antitruste brasileira.

Desde 2012, o Cade analisou onze casos de *gun jumpin*g e três de notificação intempestiva (infração existente à luz da lei anterior, 8.884/94), dos quais doze resultaram em condenação, e dois foram arquivados devido à não configuração da prática[8]. Os motivos que podem levar o Cade a afastar a prática são, por exemplo, como decidido em caso recente[9], a realização de pagamento de 20% do valor total da operação a título de sinal, depósito em conta bloqueada (escrow), ou cláusulas contendo *break-up fee*; além disso, como decidido em outro caso[10], as partes não podem ser responsabilizadas por minutas contratuais que não tenham chegado a produzir efeitos.

Percebe-se, portanto, que o Cade tem buscado averiguar cada vez mais casos em que possa ter havido *gun jumping*, buscando consolidar um entendimento jurisprudencial acerca de quais comportamentos configuram a prática, e aplicar punições que considere suficientes para desestimular a prática, e fazer com que a obrigatoriedade de notificação de atos de concentração, estabelecida no art. 88 da lei 12.529/11, seja prática cumprida e observada pelos agentes econômicos brasileiros.

---

[5] Ato de Concentração nº 08700.010394/2014-32.
[6] Ato de Concentração nº 08700.01172/2016-91.
[7] Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.011836/2015-49.
[8] Atos de concentração 08700.007899/2013-39 e 08700.003462/2016-79.
[9] Como no Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.005408/2016-68
[10] Conforme ressaltado no Ato de Concentração 08700.007899/2013-39.