

REFLEXÕES SOBRE A ADOÇÃO DOS *CLEAN TEAMS* COMO MEDIDA PREVENTIVA À PRÁTICA DO *GUN JUMPING* NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA À LUZ DA LEI 12.529/11

Bianca Congro Cittadino

RESUMO

Baseada em pesquisa bibliográfica e documental, aliada a uma revisão de precedentes relacionados ao tema, realiza-se uma abordagem sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência estruturado pela Lei 12.529/11, com foco no estudo da nova disciplina jurídica do controle de atos de concentração econômica, que introduziu ao ordenamento brasileiro a modalidade de controle prévio de estruturas. O objetivo do trabalho é demonstrar a importância dos *Clean Teams* (comitê específico formado por membros independentes advindos de empresas de auditoria ou consultoria ou por profissionais não ligados a áreas que lidam com informações concorrencialmente sensíveis nas empresas envolvidas) para evitar a infração à ordem econômica denominada “queima da largada”, conhecida no direito anglo-saxão como *Gun Jumping*. Para tanto, parte da apresentação de breves considerações acerca da ordem econômica na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Posteriormente, apresenta a evolução da legislação antitruste no Brasil e sua estrutura atual, ressaltando os casos de consumação prematura de uma operação que configuram *Gun Jumping*. Conclui-se que, nas operações de concentração econômica, a adoção preventiva de *Clean Teams*, respeitados certos critérios e requisitos, possibilita o melhor planejamento da transição e integração das atividades, constituindo medida eficaz para a conclusão do negócio, observados os parâmetros e diretrizes da lei antitruste brasileira.

Palavras-chave: Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *Gun Jumping*. *Clean Team*.

1 INTRODUÇÃO

O tema da livre concorrência tem constituído preocupação e objeto de estudos interdisciplinares em diversos países. A partir da premissa de que determinados atos, como as concentrações econômicas e as condutas anticompetitivas, são prejudiciais à concorrência e à economia como um todo, têm sido estruturados os chamados sistemas de defesa da concorrência.

No Brasil, a livre concorrência foi elevada ao status de princípio geral da atividade econômica, um dos componentes fundantes da ordem econômica constitucional.

Seis anos após o advento da Carta de 1988¹, foi editada a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994² sobre prevenção e repressão a infrações à ordem econômica. O diploma legal em questão, no que diz respeito aos atos de concentração, permitia que os agentes econômicos optassem entre a notificação prévia e a notificação posterior.

A entrada em vigor da nova lei brasileira sobre a defesa da concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011³), trouxe mudanças para o sistema de análise e controle de atos de concentração econômica, equiparando-o ao modelo já utilizado em outros ordenamentos jurídicos⁴. Na perspectiva vigente, a lei determina que a notificação dos atos seja exclusivamente prévia à concretização da operação.

¹ BRASIL. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

²Id. 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. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015.

³BRASIL. Casa Civil. Lei nº 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 no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 de ago. 2015.

⁴ O sistema de controle prévio dos atos de concentração pelas autoridades antitruste é adotado em países como Estados Unidos, Japão e aqueles que compõem a União Europeia (AMARAL, Marcelo Quevedo. Análise da evolução do sistema brasileiro de defesa da concorrência à luz da experiência internacional. In: Prêmio SEAE de monografias em defesa da concorrência e regulação econômica, 2. Brasília, DF: SEAE, 2007. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2007/ii-premio-seae-2007/tema_1_MH_EstMarcelo.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015, p. 12-23).

Esta nova abordagem legal impõe um desafio aos agentes econômicos envolvidos em operações de concentração: evitar a prática da infração conhecida internacionalmente como *Gun Jumping*⁵, adequando suas estratégias de negociação e modelos de operacionalização das transações de fusões, aquisições, parcerias e outras espécies de contratos associativos à nova realidade do controle prévio dos atos de concentração econômica.

A fim de analisar esta questão, realizou-se uma revisão da literatura econômica e jurídica, nacional e internacional sobre o tema geral da defesa da concorrência, assim como do recorte específico proposto. Foi, também, realizada pesquisa documental baseada na análise da Constituição brasileira, das leis brasileiras de defesa da concorrência (atual e anteriores) e das leis vigentes em outros países. A pesquisa foi enriquecida com consulta aos sítios eletrônicos dos órgãos integrantes do sistema brasileiro de defesa da concorrência, com análise de decisões e pareceres em matéria de concorrência.

2 OBJETIVO

Em relação ao tema, apresenta-se o seguinte problema específico de pesquisa: diante do interesse na concretização de uma operação que acarrete concentração econômica, não obstante a necessidade de notificação prévia ao órgão competente, existe alguma medida de que podem lançar mão os agentes econômicos, de forma a evitar a consumação prematura da operação e a consequente prática de infração à ordem econômica?

O presente trabalho visa a estudar a adoção dos chamados *Clean Teams* em operações que gerem atos de concentração, como uma das medidas preventivas para se evitar a prática de *Gun Jumping* durante a análise necessária dos agentes econômicos sobre a gestão e as estruturas administrativas do ativo alvo, bem como no planejamento da transição e integração das atividades, as quais somente poderão ser efetivamente implementadas após a aprovação da operação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tendo em vista o modelo de controle prévio dos atos de concentração econômica.

O objetivo é demonstrar que os chamados *Clean Teams* podem constituir efetiva prevenção à prática de infração à ordem econômica, como medida preparatória à integração e consumação dos atos de concentração econômica.

3 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Segundo Grau⁶, a ordem econômica refere-se a uma parcela da ordem jurídica, a qual pode ser compreendida como sistema de princípios e regras jurídicas, integrado por uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social.

Tavares⁷ entende que a ordem econômica representa uma ordem jurídica da economia, e a define como sendo “a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico”.

Com o intuito de simplificar e compor um entendimento sobre o conceito de ordem econômica, mas sem a intenção de esgotar as discussões em torno do tema, pode-se compreender a ordem econômica como um grupo coordenado de fenômenos econômicos e materiais e de normas integrantes do ordenamento, presentes ou não na Constituição, que conjuntamente disciplinam a economia.

A expressão “ordem econômica” adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições dos Estados passaram a discipliná-la sistematicamente, fato este que se iniciou com a Constituição do México de 31 de janeiro 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 11 de agosto de

⁵ No presente trabalho, adotar-se-á o conceito de *Gun Jumping* que considera tanto as atividades lícitas quanto as ilícitas praticadas pelas partes previamente à conclusão da operação, já que entende-se que algum grau de integração entre as empresas requerentes é necessário, principalmente após assinatura do contrato.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60.

⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 83.

1919. No Brasil, a ordem econômica passou a ser disciplinada constitucionalmente por meio da Constituição de 16 de julho 1934.

Com a transição do modelo econômico liberal pautado na regra do “*laissez faire, laissez passer*”, onde o Estado deve abster-se de qualquer regulação, para o modelo econômico intervencionista estatal, inaugura-se o Estado Social, que passa a regular sistematicamente a vida econômica, dando ensejo ao surgimento das chamadas Constituições Econômicas⁸.

A Constituição Econômica proporciona feição jurídica à economia, ou seja, ocorre uma juridicização de temas econômicos em sede constitucional. Já para Grau⁹, as Constituições econômicas não ensejaram na verdade a constitucionalização da ordem econômica, posto que “a ordem econômica, parcela da ordem jurídica, aparece como uma inovação deste século, produto da substituição da ordem jurídica liberal por uma ordem jurídica intervencionista”.

Tavares¹⁰ observa que a promulgação da Constituição Federal de 1988 pretendeu operar uma profunda mudança na concepção econômico intervencionista do Estado registrada na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional 1 de 1969.

O atual sistema econômico brasileiro, portanto, tem seu núcleo princípio lógico e suas bases constitucionais dispostas no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, nos artigos 170 a 192, da Constituição Federal de 1988¹¹, tendo como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa privada.

A livre iniciativa, que também é fundamento da própria República Federativa do Brasil, conforme estabelecido no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988¹², constitui-se em princípio político constitucionalmente conformador, o qual institui a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e a não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei.

A livre iniciativa pode ser vista sob uma dupla face. A primeira delas se traduz na liberdade de comércio e indústria, que se desdobra na (i) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e na (ii) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. A segunda face da livre iniciativa é representada pela liberdade de concorrência, que abrange, por sua vez, (i) a faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal, (ii) a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência e (iii) a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes.

Portanto, a livre iniciativa não deve ser entendida apenas como abstenção do Estado perante o particular. O Estado também pode intervir no domínio econômico com vistas a tutelar a livre iniciativa, o que ocorre, por exemplo, quando o Estado coíbe práticas em exercício abusivo de poder econômico que venham a prejudicar a livre iniciativa a ser exercida por concorrentes, de acordo com o disposto no artigo 173, §4º da Constituição Federal de 1988¹³.

A repressão ao abuso do poder econômico não significa restrição ao princípio da livre iniciativa, mas apenas a limitação da liberdade de um (aquele que abusa de seu poder econômico), a fim de garantir a liberdade de todos os particulares como concorrentes no mercado.

Contudo, além dos fundamentos da ordem econômica, o art. 170 da Constituição Federal de 1988¹⁴, indica em seus incisos os princípios da ordem econômica que devem ser observados para que a mesma possa atingir sua finalidade. Tais princípios podem ser entendidos como princípios gerais da atividade econômica e considerados verdadeiras diretrizes relacionadas à apropriação privada dos meios de produção e à livre iniciativa.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

⁹ GRAU, op. cit., p. 71.

¹⁰ TAVARES, op. cit., p. 118.

¹¹ BRASIL, 1988.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

O princípio da ordem econômica que mais interessa ao presente trabalho é o da livre concorrência (artigo 170, inciso IV¹⁵), conceituada por Tavares¹⁶ como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”.

Muitos doutrinadores concordam que a livre concorrência é um desdobramento da livre iniciativa. Trata-se de “livre jogo das forças do mercado, na disputa de clientela”¹⁷.

Assim, o princípio da livre concorrência baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado.

Em um mercado em que é estabelecido um ambiente de concorrência entre os produtores de determinado bem ou serviço, a tendência é de que os preços praticados se mantenham mais baixos e os agentes econômicos precisam estar sempre buscando maneiras de se tornarem mais eficientes para que possam maximizar seus lucros.

À medida que os agentes econômicos obtêm tais ganhos de eficiência, os mesmos são difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços, o que sempre beneficia o consumidor.

Sendo assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, estimula a criatividade e a inovação das empresas.

3.1 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA, COM VISTAS À DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Conforme mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988¹⁸ adotou o modelo econômico capitalista ao definir a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica (artigo 170, *caput*), a garantia da propriedade privada dos meios de produção como direito individual fundamental, o estabelecimento da livre concorrência como princípio da ordem econômica (artigo 170, inciso IV) e, finalmente, a liberdade de atuação como base da economia nacional (artigo 170, § único).

No entanto, a livre atuação dos agentes econômicos pode ensejar comportamentos conflitantes com outros princípios da ordem econômica, como a proteção ao consumidor¹⁹. Como forma de evitar e minimizar os referidos conflitos, o texto constitucional prevê diversos limites ao exercício da ampla liberdade econômica.

O Estado atua, neste contexto, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, essenciais para o setor público e indicativos para o setor privado. Tal intervenção estatal somente se legitima na realização do interesse público, garantindo-se a persecução do bem-estar social.

Vale ressaltar que somente faz sentido se referir à intervenção do Estado quando este atua em área titularizada por outra pessoa ou ente. Logo, a intervenção do Estado ocorre apenas no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, exercida pela iniciativa privada. “Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação do serviço público. Atua, no caso em área de sua própria titularidade, na esfera pública”²⁰.

Grau refere-se a três modalidades de intervenção: “intervenção por absorção ou participação (a), intervenção por direção (b) e intervenção por indução (c)”²¹.

Nas hipóteses de intervenção por absorção ou participação, a intervenção do Estado se dá de maneira direta. Tal se dá nos casos em que o Estado atua no domínio econômico como agente econômico, seja em regime de monopólio, seja em regime de competição. Nesses casos, a atuação estatal desenvolve-se através de empresas estatais e encontra limites no princípio da subsidiariedade, estatuído pelo

¹⁵ BRASIL, 1988.

¹⁶ TAVARES, 2011, p. 83.

¹⁷ GRAU, 2007, p. 193.

¹⁸ BRASIL, 1988.

¹⁹ PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 5. Rd. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 43.

²⁰ GRAU, 2007, p. 93.

²¹ GRAU, loc. cit.

artigo 173, da Constituição Federal de 1988²², o qual determina que a intervenção direta do Estado no domínio econômico, absorvendo-o ou dele participando, pode ocorrer se necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

A intervenção estatal no domínio econômico também pode ocorrer de forma indireta, nos casos de intervenção por direção e por indução. Nestas hipóteses, o Estado intervém no domínio econômico por meio do desenvolvimento de atividade regulatória.

Assim, na intervenção por direção, o Estado determina mecanismos e normas de comportamento compulsório aos agentes econômicos privados.

Na intervenção por indução, por sua vez, o Estado age manipulando os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

Em adição ao artigo 173, a Constituição Federal de 1988²³ em seu artigo 174 determina que cabe ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Desta forma, o Estado tem como prerrogativa a intervenção no domínio econômico, sendo ele, enquanto sujeito econômico, responsável pela edição de normas que materializam a política econômica.

Delimitado o âmbito de intervenção do Estado no domínio econômico às atividades econômicas em sentido estrito, passa-se à análise da intervenção do Estado por direção, por meio do Sistema Brasileiro de Análise e Controle de Atos de Concentração Econômica.

3.2 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. ANÁLISE E CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Com fundamento no parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição de 1988²⁴, que determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, foi estruturado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) pela Lei 12.529/11²⁵.

A Lei 12.529/11²⁶ dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Conforme prevê o artigo 3º da Lei nº 12.529/11²⁷, o SBDC é composto pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda.

A SEAE exerce a denominada “advocacia da concorrência” perante órgãos do governo e a sociedade. Ao CADE, por sua vez, compete analisar e aprovar os atos de concentração econômica, bem como investigar condutas prejudiciais à livre concorrência, aplicar punições aos infratores quando necessário e disseminar a cultura da livre concorrência²⁸.

Dessa forma, segundo o artigo 4º da Lei 12.529/11, “o CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas”²⁹ na referida lei.

No que se refere aos atos de concentração econômica, o artigo 90 da Lei 12.529/11³⁰ prevê como tais as seguintes operações: (i) as fusões de duas ou mais empresas anteriormente independentes; (ii) as aquisições de controle ou de partes de uma ou mais empresas por outras; (iii) as incorporações de

²² BRASIL, 1988.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Id., 2011.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ministério da Justiça, Brasília, DF, 1962. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

²⁹ BRASIL, 2011.

³⁰ Ibid.

uma ou mais empresas por outras; ou, ainda, (iv) a celebração de contrato associativo, consórcio ou joint-venture entre duas ou mais empresas.

O artigo 90, parágrafo único, da Lei 12.529/11³¹, no entanto, exclui expressamente do conceito de atos de concentração, para os efeitos legais, os consórcios ou associações destinadas às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

O artigo 88 da referida lei³² prevê que os atos de concentração serão obrigatoriamente submetidos à aprovação do CADE quando, pelo menos, um dos grupos econômicos envolvidos tenha registrado, no ano anterior, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), e, pelo menos, um dos outros grupos econômicos envolvidos tenha registrado, no ano anterior, um faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

3.2.1 EVOLUÇÃO NORMATIVA. O CONTROLE POSTERIOR (EX POST) DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA LEI 8.884/1994 E O CONTROLE PRÉVIO (EX ANTE) DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA LEI 12.529/11.

Em relação à análise de atos de concentração, é possível identificar dois sistemas básicos: (i) o sistema de análise posterior ou controle *ex post*; e (ii) o sistema de análise prévia ou controle *ex ante*.

No Brasil, durante a vigência da Lei 8.884/1994³³, adotou-se por muito tempo um sistema misto de análise dos atos de concentração em que a análise dos efeitos anticompetitivos de determinada operação podia ser feita prévia ou posteriormente à sua consumação.

Vale observar que, embora estivesse prevista na Lei 8.884/1994³⁴ a possibilidade de submissão prévia das operações à análise do CADE, tal mecanismo era pouco utilizado pelas empresas requerentes, conforme observa Furlan³⁵.

Assim, no sistema anterior, os agentes poderiam submeter o negócio à apreciação do CADE antes do fechamento da transação ou em até 15 dias úteis após a sua ocorrência.

O artigo 54, §4º, da Lei n. 8.884/1994³⁶ previa que os atos, sob qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deveriam ser submetidos à apreciação do CADE, previamente ou no prazo de quinze dias úteis de sua realização.

Nesse sentido, a análise feita pelo CADE dos atos de concentração era preponderantemente posterior à sua consumação. Conforme dito anteriormente, poucas foram as vezes em que essa autarquia teve a oportunidade de se manifestar antes da consumação do ato, apesar da hipótese legalmente prevista. A inexistência de incentivos para que as empresas apresentassem previamente a operação para as autoridades antitruste e a demora na análise de tais atos pelo CADE justificavam o desinteresse das empresas na análise *ex ante*.

Na sistemática anterior, três órgãos eram responsáveis pela análise dos atos de concentração: a SEAE, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o CADE.

A SEAE estava subordinada ao Ministério da Fazenda e a SDE estava subordinada ao Ministério da Justiça. Tais secretarias eram responsáveis, à época, por instruir o processo de ato de concentração e apresentar pareceres técnicos. Sob a Lei 12.529/11³⁷, as funções desses três órgãos foram reunidas em apenas um, o “SuperCADE”, dado o acúmulo de funções na antiga sistemática.

³¹ BRASIL, 2011.

³² Ibid.

³³ Id., 1994.

³⁴ Ibid.

³⁵ FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos gerais do projeto da nova lei de defesa da concorrência sobre atos de concentração econômica. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli. **Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Singular, 2011, p. 171.

³⁶ BRASIL, 1994.

³⁷ Id., 2011.

Sob a vigência da Lei 8.884/1994³⁸, a SEAE e a SDE dispunham de trinta dias, cada uma, para analisar a operação. Uma vez instruído o processo, este era encaminhado ao CADE, que dispunha de um prazo de sessenta dias para analisá-lo, totalizando, assim, um prazo de 120 dias de análise.

Não obstante os prazos estivessem expressamente definidos na lei³⁹ e o parágrafo 7º do artigo 54 estabelecesse a aprovação automática dos atos de concentração não apreciados pelo CADE no prazo legal, a própria lei previa a possibilidade de suspensão dos prazos pela expedição de ofícios de informações e pela requisição de documentos, o que, na prática, ocorria com frequência.

Assim, se durante o período de análise, o CADE identificasse a possibilidade de a operação gerar efeitos deletérios imediatos à concorrência, a consumação da operação poderia ser impedida ou restringida por meio da imposição de medidas cautelares ou da celebração de Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação (APROs). Esses mecanismos visavam a impor restrições às empresas em processo de concentração, a fim de facilitar o desfazimento da operação na hipótese de o ato ser reprovado pelo CADE ou aprovado com restrições.

Atualmente, com o advento da Lei nº 12.529/2011⁴⁰, em 29 de maio de 2012, o controle dos atos de concentração econômica que devam ser obrigatoriamente submetidos à aprovação do CADE será prévio, o que significa que tais atos não poderão ser consumados e produzir os respectivos efeitos antes de apreciados pelo Conselho. Ou seja, até a decisão final sobre o ato de concentração, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas.

O procedimento de análise prévia dos atos de concentração é disciplinado pelos artigos 53 a 65 da Lei 12.529/11⁴¹, enquanto a definição de atos de concentração, os requisitos que exigem sua submissão ao CADE, os casos vedados ou aqueles em que o CADE poderá impor restrições ou condições à aprovação são previstos pelos artigos 88 a 91.

Com a entrada em vigor da nova lei de defesa da concorrência, o Brasil passou a adotar exclusivamente o sistema de análise prévia dos atos de concentração, seguindo a tendência mundial dos países desenvolvidos e integrando, a partir de então, o grupo de países que exigem a permissão prévia das autoridades antitruste para a consumação da operação.

Nesse sentido, os efeitos da operação devem ficar suspensos até que o CADE conclua sua análise, o que exige uma maior celeridade e atenção das partes do negócio, a fim de evitar possíveis danos a sua conclusão e ao mercado em geral.

Durante a análise do ato de concentração pelo CADE e até o trânsito em julgado da decisão que o aprovar, os agentes econômicos não podem praticar qualquer ato que possa representar a consumação da operação, sob pena de nulidade, multa pecuniária e início de processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica.

Assim, sob a nova sistemática, as empresas requerentes são obrigadas a aguardar a autorização do CADE para que possam concluir a operação em questão.

3.2.2 O GUN JUMPING COMO ATO DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

A definição da prática denominada *Gun Jumping* é de grande importância para o desenvolvimento do presente trabalho. *Gun Jumping* ou *premerger coordination* são expressões que correspondem às atividades praticadas pelas partes já nos momentos que antecedem a conclusão da operação com a respectiva aprovação do CADE, para facilitar e até mesmo garantir a sua consumação. Assim, o *Gun Jumping* pode ocorrer desde as negociações iniciais até a autorização das autoridades antitruste ou o encerramento do período de análise.

É possível identificar algumas distinções doutrinárias quanto à definição de *Gun Jumping*, mais especificamente quanto ao caráter ilícito da expressão. Para alguns doutrinadores, a expressão *Gun*

³⁸ BRASIL, 1994.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Id., 2011.

⁴¹ Ibid.

Jumping se refere a atos proibidos pela legislação antitruste em que as partes integram suas operações antes da autorização para o fechamento da operação.

Nesse sentido, Higgins e Copland, assim definem *Gun Jumping*:

[...] termo coloquial aplicado por advogados de antitruste para descrever a violação à lei antitruste na qual os negócios ultrapassaram os limites permitidos - seja durante as negociações ou durante a preparação das empresas para os negócios posteriores ao fechamento.⁴²

Para outros, como é o caso de Cordovil⁴³, a definição de *Gun Jumping* é mais ampla e abarcaria toda e qualquer atividade praticada anteriormente à consumação da operação com o objetivo de facilitá-la, viabilizá-la ou assegurá-la após a autorização concedida pelas autoridades antitruste. Nesse caso, são distinguidas as condutas de *Gun Jumping* que seriam ilegais daquelas que seriam autorizadas pela legislação concorrencial.

A prática anticoncorrencial denominada pelos norte-americanos como *Gun Jumping* pode ser traduzida de forma simplificada como “queimar a largada” ou “precipitar-se” e, para evitá-la, as partes envolvidas em uma operação não devem coordenar sua atuação, mantendo-se como entidades econômicas distintas até que haja a decisão da autoridade antitruste, ou até a desistência da operação.

O momento inicial para se considerar a prática de *Gun Jumping* não pode ser a notificação da operação às autoridades antitruste, pois as partes podem se coordenar antes que o contrato a ser notificado às autoridades contenha os elementos essenciais de uma notificação.

Dessa forma, conforme observa Saito⁴⁴, pode se concluir que a prática de *Gun Jumping* engloba também a notificação tardia, ou seja, prática em que as empresas notificam a autoridade antitruste em momento posterior à concretização da operação. Trata-se da situação em que há maior coordenação entre as empresas, visto que já concretizaram a operação como um todo e somente em momento posterior a submetem ao crivo da autoridade concorrencial.

Nesse sentido dispõe o Regimento Interno do CADE (Ricade):

Art. 108, § 2º. As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do CADE, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos 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.⁴⁵

As informações ditas concorrencialmente sensíveis são aquelas que, quando divulgadas ao público em geral, podem representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, e, por esse motivo, devem ser tratadas como sigilosas.

O artigo 53 do Ricade⁴⁶ traz um rol de informações compreendido como uma lista geral de informações consideradas pela autoridade antitruste como concorrencialmente sensíveis, entretanto, as informações acima mencionadas não são as únicas que devem ser evitadas entre concorrentes. Ademais, algumas delas são essenciais para a celebração de uma operação entre empresas concorrentes.

Como já mencionado anteriormente, o artigo 88 da Lei 12.529/11⁴⁷, combinado com o artigo 112 do Ricade⁴⁸, dispõe que ao se praticar ação no sentido de consumação de operação de submissão

⁴² HIGGINS, Claudia R; COPLAND, David S. How to avoid gun jumping under U.S. Antitrust Law, 2008. In: MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *O novo sistema de análise prévia dos atos de concentração e a questão do gun-jumping*: traçando parâmetros para as empresas. Coleção Jovem Jurista. Rio de Janeiro: FGV, 2013, apud MONTEIRO, 2013, 89.

⁴³ CORDOVIL, Leonor. Gun-Jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis? In: FOX, Eleanor M; SOKOL, Daniel D. *Competition law and policy in Latin America*, 1 ed. Oregon: Hart, 2009, p. 137.

⁴⁴ SAITO, Carolina. Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. *Rev. de defesa da concorrência*, Brasília, DF, v. 1, n. 2, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/70/72>> Acesso em 18 out. 2015.

⁴⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Brasil). *Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*: RICade. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ricade-com-marcas_01_out_2014_resolucao-08.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ BRASIL, 2011.

⁴⁸ CONSELHO, op. cit.

obrigatória, poderá ser imposta multa de valor entre R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Adicionalmente, é facultado à autoridade a abertura de processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica decorrente desses atos. Além da multa, os mesmos artigos preveem que poderá o CADE declarar a nulidade dos atos já praticados pelas empresas antes da decisão da autoridade antitruste, bem como tomar medidas judiciais e administrativas para que tais atos sejam anulados.

Essas medidas visam a garantir que os efeitos da operação permaneçam suspensos até a apreciação final da autoridade antitruste sobre a operação.

Além de configurar *Gun Jumping* numa operação que gere concentração econômica, a troca de informações sensíveis também pode caracterizar a prática de colusão entre concorrentes.

A lei de defesa da concorrência atualmente vigente indica no §3º do artigo 36, de forma exemplificativa, práticas que configuram infrações concorrenciais, dentre elas, “promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”⁴⁹. Os efeitos decorrentes da troca de informações sensíveis entre concorrentes poderiam ser enquadrados nesta hipótese.

Como conseqüente, além de poder resultar em *Gun Jumping*, a troca de informações concorrenciais sensíveis entre concorrentes pode ser considerada ilícito antitruste, cuja sanção está prevista no artigo 37 da lei de defesa da concorrência.

Diante do novo cenário regulatório, torna-se relevante o estudo de medidas e mecanismos capazes de evitar a prática de *Gun Jumping* pelos agentes econômicos que pretendem realizar um ato de concentração econômica, sem que as atividades econômicas e o mercado relacionado sejam prejudicados em razão do tempo exigido pela autoridade antitruste para análise da operação. Uma dessas medidas é a formação de *Clean Teams*, cujo estudo pretende-se aprofundar no presente trabalho.

3.3 A FORMAÇÃO E ATUAÇÃO DOS CLEAN TEAMS COMO MEDIDA PREVENTIVA À PRÁTICA DE GUN JUMPING E PREPARATÓRIA À INTEGRAÇÃO E CONSUMAÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Durante a vigência da Lei nº 8.884/1994⁵⁰, a experiência mostrou diversos aspectos positivos e negativos do sistema de análise posterior dos atos de concentração. Ao conferir maior liberdade às empresas e autorizar, desde logo, a consumação da operação antes da manifestação do CADE, o sistema de controle posterior permitia que o negócio não fosse desvalorizado e que fossem asseguradas, com maior facilidade, as eficiências decorrentes da operação, que poderiam ser perdidas em razão da longa demora na análise realizada pelos órgãos de defesa da concorrência.

Diante do novo modelo de controle prévio dos atos de concentração instituído pela Lei 12.529/11⁵¹, em que estão vedados atos de integração que antecipem a consumação da operação, algumas medidas podem ser tomadas pelos agentes econômicos, a fim de que estejam preparados e aptos a assumirem suas novas estruturas imediatamente após a decisão do órgão antitruste.

Assim, enquanto aguardam a apreciação do ato de concentração pelo CADE, os agentes econômicos requerentes podem evitar a interrupção da atividade econômica objeto da operação, a ocorrência de prejuízos às partes envolvidas e potenciais impactos negativos no mercado em geral adotando instrumentos de organização e integração lícitos.

No entanto, por estarem proibidas de praticarem determinados atos que possam levar o negócio a efeito antes da autorização do CADE, as partes podem enfrentar grandes problemas ao assumirem a operação da atividade econômica objeto da transação, sem antes tomarem conhecimento da sua

⁴⁹ BRASIL, 2011.

⁵⁰ Id., 1994.

⁵¹ Id., 2011.

estrutura comercial e administrativa e realizarem a transição da gestão do negócio, o que pode demandar um tempo considerável para ocorrer.

A formação de *Clean Teams* é aqui proposta como uma das medidas possíveis, dentre outras, a serem adotadas pelos agentes econômicos quando da negociação de um contrato sujeito à análise prévia do CADE, com vistas a se evitar a prática de *Gun Jumping* e ao mesmo tempo se prepararem para o processo de integração das atividades no momento seguinte à aprovação antitruste.

3.3.1 CONCEITO, ESTRUTURA E FINALIDADE DOS CLEAN TEAMS OU COMITÊS DE TRANSIÇÃO

Os *Clean Teams* ou comitês de transição nada mais são que equipes especializadas e pré-selecionadas compostas por representantes das partes envolvidas no negócio, os quais terão acesso a informações concorrencialmente sensíveis relacionadas às partes e ao ativo alvo da operação, enquanto as autoridades concorrenciais examinam a operação.

Tais grupos de transição devem ser compostos por membros independentes (empresas de auditoria ou consultoria) ou por profissionais não ligados a áreas que lidam com informações concorrencialmente sensíveis nas empresas envolvidas. As partes requerentes podem, assim, se valer, por exemplo, de empresas de auditoria para que seja realizada a adequada avaliação do valor e dos riscos envolvidos no negócio. Do mesmo modo, podem recorrer a empresas de consultoria para que elaborem o planejamento estratégico de transição.

A coordenação antecipada das atividades dos agentes em processo de concentração pode trazer problemas anticompetitivos para o mercado relevante quando ainda há incerteza quanto à viabilidade concorrencial de operação sujeita à aprovação da autoridade antitruste.

Nesse sentido, os *Clean Teams* serão encarregados de operacionalizar o fechamento da operação, com a realização de *due diligences* e um planejamento da transição, evitando assim sua consumação prematura. É importante, no entanto, que a equipe seja formada por profissionais desvinculados das atividades ordinárias das empresas requerentes, como aqueles que atuam com a precificação e a comercialização de produtos.

É importante ressaltar que a análise prévia busca a manutenção do *status quo* competitivo de um mercado. Assim, a intenção é que os agentes econômicos continuem competidores entre si até que a operação seja concretizada.

Contudo, nem sempre é viável ou eficiente impedir as atividades dos agentes requerentes que impliquem troca de informação ou aproximação de suas atividades até o término ou o decurso do prazo da análise. Em alguns casos, o acesso a determinadas informações é imprescindível para que as partes, possam analisar o ativo alvo da operação e, assim, estimar os riscos e o preço do negócio, evitar a sua desvalorização, planejar a transição, organizar os investimentos necessários e ainda garantir a realização das eficiências decorrentes da operação.

3.3.2 CRITÉRIOS E REQUISITOS PARA UTILIZAÇÃO DOS CLEAN TEAMS COMO MEDIDA PREVENTIVA À PRÁTICA DE GUN JUMPING

O acesso a informações comercialmente importantes de uma empresa por parte de empresas concorrentes tem potencial efeito anticompetitivo, pois podem levar à coordenação entre as empresas, quer de forma tácita, quer em decorrência de acordo.

Por essa razão, é importante que as empresas tenham conhecimento sobre o tipo de informações que devem evitar trocar com seus concorrentes, principalmente adotando *Clean Teams* e empresas de auditoria independentes, quando do contexto de negociação de eventual operação.

De acordo com o previsto no item 2.2 do Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica lançado pelo CADE em 20 de maio de 2015,

O *clean team* é indicado para operações complexas, (i) quando há significativa concentração entre as empresas, (ii) quando é necessário trocar um volume grande de informações ou (iii) quando a operação gera potenciais riscos concorrenciais.

O *clean team* deve ser responsável por enviar, receber, reunir, analisar e tratar as informações relativas ao ato de concentração. Por esse motivo, é recomendável que seus membros firmem um termo de confidencialidade e sigam rigorosamente o protocolo antitruste previamente acordado entre as partes.⁵²

O *Clean Team*, portanto, opera sob rigorosos protocolos antitruste enquanto a operação está sendo examinada pela autoridade de defesa da concorrência.

Cabe ao mencionado comitê solicitar, avaliar e processar informações confidenciais e concorrencialmente sensíveis e, posteriormente, elaborar relatórios resumidos e agregados que serão reportados aos executivos das empresas envolvidas ou líderes da negociação, para que estes possam tomar decisões mais acertadas sobre o negócio e o processo de integração.

Uma importante medida a ser tomada pelas partes que estão negociando uma transação que vá resultar em um ato de concentração é prever no respectivo instrumento contratual a formação de *Clean Team* ou Comitê de Transição com o intuito de planejar a transição e integridade das atividades de forma a evitar a prática de *Gun Jumping* e não perder a eficiência da atividade desenvolvida ou interrompê-la em razão do desconhecimento de informações essenciais para seu desenvolvimento adequado.

Importante mencionar que não poderão integrar este Comitê pessoas que desempenhem atividades relacionadas à venda, marketing e/ou desenvolvimento dos mesmos produtos relacionados ao empreendimento objeto da operação.

A fim de que a troca de informações entre as partes da operação possa ocorrer sem violação da lei antitruste, o Guia para Análise da Consumo Prévia de Atos de Concentração Econômica⁵³ recomenda a adoção de algumas medidas pelo mencionado comitê independente ou *Clean Team*. A primeira delas é a observância de um protocolo antitruste, ou seja, um procedimento específico estabelecido em âmbito privado, entre as partes, a ser observado pelo comitê independente.

Outra medida recomendada é a de que a troca de informações ocorra apenas por intermédio do *Clean Team*, que deve ser o único ponto de contato entre as empresas para este fim. Também recomenda-se que seja firmado compromisso de confidencialidade pelos membros do *Clean Team*, por meio do qual se obriguem a preservar o absoluto sigilo das informações que tenham sido ou venham a ser compartilhadas. Ademais, os dados concorrencialmente sensíveis recebidos pelo *Clean Team* somente devem ser divulgados aos executivos ou líderes das partes na negociação de forma agregada e/ou histórica, com periodicidade recomendável de no mínimo 3 (três) meses de sua ocorrência⁵⁴.

Por fim, o Guia⁵⁵ ainda indica a realização de monitoramento das discussões mantidas pelos executivos ou líderes da negociação (*parlor room*), que visem a tratar do futuro processo de integração entre as empresas envolvidas na operação, a fim de garantir que nenhuma informação concorrencialmente sensível seja objeto das discussões.

Nesse sentido, é indicado que sejam organizadas reuniões específicas apenas entre os membros do *Clean Team* para tratar do futuro processo de integração das empresas envolvidas na operação. Essas reuniões devem ser registradas e supervisionadas por membro independente, para evitar a troca de informações concorrencialmente sensíveis ou que as discussões entre os membros do comitê resultem em alguma forma de ingerência de uma empresa sobre outra ou de coordenação entre elas.

Sendo assim, para que um *Clean Team* opere em atendimento às exigências legais, o mesmo deve ser formado por profissionais independentes que não sejam funcionários das empresas ou por funcionários não ligados à parte comercial ou de marketing das empresas participantes da operação, em regime de exclusividade ou prioridade, instruídos a destruir toda a informação recebida e processada caso a operação não aconteça.

⁵² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Brasil). *Guia para análise da consumo prévia de atos de concentração econômica*. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

3.3.3 ANÁLISE DE PRECEDENTES NOS JULGAMENTOS DO SBDC/CADE

Recentemente, o CADE aprovou com restrições o Ato de Concentração n. 08700.005447/2013-12, em que se verificou a utilização de *Clean Team* na operação de fusão entre as empresas Anhanguera e Kroton⁵⁶. Nesta ocasião o CADE entendeu que a troca de informações essenciais à operação, por meio da adoção do mencionado comitê, antes da aprovação pela autoridade antitruste não violou as normas de defesa da concorrência, na qual o status quo ante das partes foi preservado.

O CADE também se pronunciou favoravelmente à constituição do *Clean Team*, afastando a configuração de prática de *Gun Jumping* pelas partes envolvidas, no Ato de Concentração n° 08700.005719/2014-65, referente à operação de incorporação de ações entre as requerentes Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL - América Latina Logística S.A.⁵⁷. Nele, as interessadas Agrovia e ABIOVE suscitaram a existência de indícios da ocorrência de consumação prematura da operação, antes da decisão do CADE, referindo-se ao “Comitê de Transição” montado pelas Requerentes e a supostas ações prévias de coordenação entre as empresas.

Nesse sentido, verifica-se o posicionamento na transcrição abaixo do voto do Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

Com relação ao Comitê, alegaram que a solução é amplamente adotada e perfeitamente compatível com a legislação sobre o tema, apontando que a prática de constituição de comitês de transição (“*Clean Teams*”) é internacionalmente difundida e aceita, desde que haja um rígido controle sobre as informações a que terão acesso, obstando-se o compartilhamento de informações sensíveis. Nesse sentido, ressaltaram que a prática é inclusive endossada pela autoridade antitruste norte-americana (*Federal Trade Commission - FTC*).

Aliás, essa é a própria essência dos *Clean Teams* e comitês de transição, que impedem a efetiva troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as partes, não implicando ingerência na gestão de uma sobre a outra. Além disso, a criação do Comitê da ALL/Rumo em particular se mostrou atrelada ao período de análise pelo CADE e teria como função precípua subsidiar a análise do Conselho. Inclusive, sua formação foi notificada ao CADE na reunião prévia para notificação e integralmente documentada no Requerimento Inicial de aprovação. (...)Vale ainda destacar que o Termo de Constituição do Comitê não apenas fixa a confidencialidade dos documentos apresentados (que se estende por um ano caso a operação seja reprovada), como estabelece a responsabilização pessoal dos seus membros em caso de quebra dessa confidencialidade(...).

Por todo o exposto, afasto as alegações de *Gun Jumping* da Operação em análise. (ATO DE CONCENTRAÇÃO N° 08700.005719/2014-65. REQUERENTES: RUMO LOGÍSTICA OPERADORA MULTIMODAL S/A E ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S.A, 2014.)⁵⁸

Nesse sentido, com base na pequena amostra de precedentes acima reunidos, é possível verificar os parâmetros utilizados pelo CADE para identificar e configurar a prática do *Gun Jumping*, por troca de informações concorrencialmente sensíveis e integração prematura, quando da análise de atos de concentração econômica.

Ademais, os precedentes acima colacionados também demonstram o posicionamento favorável do CADE quanto à utilização de *Clean Teams* como medida de viabilizar e preparar a integração, evitando com isso a consumação antecipada da operação.

4 CONCLUSÃO

Como forma de assegurar a observância do princípio da livre concorrência, a Lei 12.529/11⁵⁹ estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e inaugurou um novo modelo de análise antitruste, acompanhando a tendência mundial de controle de estruturas prévio.

⁵⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Brasil). Nota Técnica n. 06 - 2014. **Ato de Concentração n. 08700.005447-2013-12**, 2014a. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-n-06-2014-ato-de-concentracao-n-08700-005447-2013-12.pdf/view>>. Acesso em: 18 out. 2015

⁵⁷ Id. **Ato de Concentração n° 08700.005719/2014-65**, 2014b. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?gRT-UU2bnP4RQMLnW1hBVSDcGAJBJvKS3PKKtkHHWktySzENFalSyPsPfHcP3VKoxTJLol4bl4colru8jkjhCA> Acesso em: 18 out. 2015.

⁵⁸ Id., 2014b.

⁵⁹ BRASIL, 2011.

Com o advento do novo modelo de análise concorrencial, a consumação antecipada da operação com a troca de informações concorrencialmente sensíveis, integração das estruturas ou influência na tomada de decisões, antes de sua aprovação pela autoridade antitruste, será configurada a prática de *Gun Jumping*, considerada ato de infração à ordem econômica.

Diante disso, surge a necessidade de os agentes econômicos adequarem suas estratégias de negociação e estruturação das operações societárias à nova realidade do controle prévio dos atos de concentração econômica.

Em resposta à questão posta, a partir de pesquisa bibliográfica, documental e nos precedentes, o presente trabalho buscou estudar e propor a adoção dos chamados *Clean Teams*, como uma das medidas preventivas para se evitar a prática de *Gun Jumping* em operações que gerem atos de concentração econômica, durante a fase de avaliação da operação e no planejamento da transição e integração das atividades, as quais somente poderão ser efetivamente implementadas após a aprovação da operação pelo CADE.

Ao se adotar esta ferramenta, em adição a outras medidas de prevenção, tais como a celebração de acordos de confidencialidade pelas equipes envolvidas na negociação, é possível preservar o status quo ante das partes envolvidas em relação à integração das estruturas econômicas em jogo na operação, bem como o ambiente concorrencialmente equilibrado, sem violar as normas de defesa da concorrência.

Por outro lado, os *Clean Teams* representam um mecanismo apto a evitar a interrupção ou suspensão da atividade econômica objeto da operação, uma vez que é capaz de viabilizar um planejamento adequado da transição com a consequente integração eficiente das atividades, permitindo, assim, a consumação do negócio no momento imediatamente posterior à aprovação da operação pela autoridade antitruste.

ABSTRACT

Based on bibliographical and documental research, with a precedents review, the work carries out an approach to the Brazilian Antitrust System structured by Law 12.529/11, focusing on the study of the new legal discipline of mergers control, which bring to the Brazilian legal order the prior control of structures. The objective is to demonstrate the importance of the Clean Teams (special committee of independent members from auditing and consultant firms or employees who are not linked to company areas that deal with commercial or marketing information in the companies involved) to avoid breaching the economic order known as "Gun Jumping" in the Anglo-Saxon Law. In that sense, it starts with brief remarks about the constitutional economic order in the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. Later, it shows the evolution of Brazilian antitrust legislation and its current structure, emphasizing the cases of premature consummation of a transaction resulting in the act of violation of the economic order known as Gun Jumping. It concludes that in the merger transactions, the preventive adoption of Clean Teams, subject to certain criteria and requirements, enables a better transition planning and integration of activities, constituting an effective measure to the deal closing subject to the parameters and guidelines of the Brazilian antitrust law.

Keywords: Brazilian Antitrust System. Gun Jumping. Clean Team.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Marcelo Quevedo. Análise da evolução do sistema brasileiro de defesa da concorrência à luz da experiência internacional. *In: Prêmio SEAE de monografias em defesa da concorrência e regulação econômica*, 2. Brasília, DF: SEAE, 2007. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2007/ii-premio-seae-2007/tema_1_MH_EstMarcelo.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015, p. 12-23

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. **Lei nº 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 no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 de ago. 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Brasil). Ministério da Justiça, 1962. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Nota Técnica n. 06, 2014. **Ato de Concentração nº 08700.005447-2013-12**. Brasília, DF, 2014a. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-n-06-2014-ato-de-concentracao-n-08700-005447-2013-12.pdf/view>>. Acesso em: 18 out. 2015

_____. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Brasília, DF, 2014b. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?gRT-UU2bnP4RQMLnW1hBVSDcGAJBjvKS3PKKtkHHWKtySzENFalSyPsPfHcP3VKoxTJLol4bl4colru8jKjhCA> Acesso em: 18 out. 2015

_____. **Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica**. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica**: RICade. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ricade-com-marcas_01_out_2014_resolucao-08.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

COROVIL, Leonor. Gun-Jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis? In: FOX, Eleanor M; SOKOL, Daniel D. **Competition Law and Policy in Latin America**, 1 ed. Oregon: Hart, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos gerais do projeto da nova lei de defesa da concorrência sobre atos de concentração econômica. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli. **Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. 1. ed. São Paulo: Singular, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HIGGINS, Claudia R; COPLAND, David S. How to avoid gun jumping under U.S. Antitrust Law, 2008. In: MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. **O Novo Sistema de Análise Prévia dos Atos de Concentração e a Questão do Gun-Jumping: Traçando Parâmetros para as Empresas**. Coleção Jovem Jurista. Rio de Janeiro: Escola de Direito FGV Direito Rio, 2013.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

SAITO, Carolina. *Gun Jumping* e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. **Revista de defesa da concorrência**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/70/72>> Acesso em 18 out. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

Bianca Congro Cittadino

Graduação (2007) em Direito pela UFF e Pós-graduação (2015) em Direito pelo IBMEC. Petrobras.
JURIDICO/AT/JAD/CJ-ADR - Rio de Janeiro, RJ - E-mail: biancacittadino@petrobras.com.br