



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Rebeca de Queiroga Falcão

***GUN JUMPING: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DESSA
INFRAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA, EM PORTUGAL E
NO BRASIL***

A SUGESTÃO DE ELABORAÇÃO DE UM *GUIDELINE* SOBRE O
TEMA NO DIREITO EUROPEU E PORTUGUÊS COM BASE NO
GUIA BRASILEIRO

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico-Empresariais, com menção em Direito Empresarial, orientada pela Professora Doutora Carolina de Castro Nunes Vicente e Cunha e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Maio de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Rebeca de Queiroga Falcão

***GUN JUMPING: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DESSA INFRAÇÃO
NA UNIÃO EUROPEIA, EM PORTUGAL E NO BRASIL***

A SUGESTÃO DE ELABORAÇÃO DE UM *GUIDELINE* SOBRE O TEMA
NO DIREITO EUROPEU E PORTUGUÊS COM BASE NO GUIA
BRASILEIRO

**GUN JUMPING: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THIS
INFRINGEMENT IN THE EUROPEAN UNION, PORTUGAL AND
BRAZIL**

THE SUGGESTION FOR THE CREATION OF A GUN JUMPING
GUIDELINE IN EUROPEAN AND PORTUGUESE LAW BASED ON THE
BRAZILIAN GUIDELINE

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo
de Estudos em Direito (conducente ao grau de
Mestre), na Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Empresariais/Menção em Direito
Empresarial.

Orientador(a): Professora Doutora Carolina de
Castro Nunes Vicente e Cunha.

Coimbra, 2022

“Importantly, federal merger policy is still governed by the statute and judicial law interpreting it. The Merger Guidelines are only Guidelines and they are not binding on courts. Nonetheless, over the years, the courts have paid close attention to the Guidelines, and have followed them more often than not.”¹

Hebert Hovenkamp²

¹ É importante ressaltar que a política federal de concentração ainda é regida pelo estatuto e pela lei judicial que a interpreta. Os Guias de Concentração são apenas guias (orientações) e não vinculam os tribunais. No entanto, ao longo dos anos, os tribunais prestaram muita atenção aos Guias e os seguiram com mais frequência.

² HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice, 3rd edition, Thomson West, p. 499.

AGRADECIMENTOS

Jamais poderia deixar de agradecer à minha família pelo incentivo em iniciar os estudos no mestrado e, mais ainda, pelo apoio consistente e sempre incondicional para que eu continuasse nessa jornada académica, sobretudo naquelas situações difíceis causadas pela pandemia do Covid-19. Acredito que um ser humano é mais completo quando pode experimentar o afago, o acolhimento e o poder da força que uma família unida pode oferecer quando ensaiamos esmorecer em alguns momentos de nossas vidas. Que sorte a minha!

À Universidade de Coimbra pela oportunidade única e inesquecível de aprender com Professores tão preparados e ávidos por transmitir conhecimento. Agradeço também à competente equipa da Biblioteca da Faculdade de Direito que, durante o isolamento causado pela pandemia, não mediu esforços para disponibilizar todo o material necessário para as minhas pesquisas.

Em especial, agradeço à minha orientadora, a Professora Doutora Carolina Cunha, primeiro pela qualidade dos conhecimentos transmitidos de maneira tão didática e completa e, segundo, pela compreensão, atenção e acuidade técnica incomparáveis durante o acompanhamento da minha dissertação. Muito obrigada!

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo realizar um estudo comparado da prática do *gun jumping* nas jurisdições brasileira, portuguesa e europeia. Além disso, sugere-se a criação de um guia de prevenção a essa infração, utilizando-se como referência o já existente Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica elaborado pela Autoridade da Concorrência brasileira (CADE) no ano de 2015. Para tanto, analisa-se como ocorre a identificação e punição da prática do *gun jumping* nos regimes jurídicos da concorrência tanto do Brasil, de Portugal, quanto da União Europeia. Em seguida, são desenvolvidos argumentos no sentido de defender a importância de se prevenir a infração do *gun jumping* e de que maneira a elaboração de um guia voltado especificamente para orientação sobre o tema pode contribuir para evitar esse ilícito concorrencial.

Ao se sugerir o Guia brasileiro contra o *Gun Jumping* como referência, busca-se analisar pormenorizadamente como estruturam-se as referidas diretrizes elaboradas pelo CADE, de modo a ressaltar não apenas os pontos positivos desse instrumento de orientação, como também o que precisa ser melhorado e atualizado. Salienta-se, ainda, o facto de que a consumação prematura das operações de concentração limita a atuação do controlo *ex ante* por parte das autoridades da concorrência, facto capaz de comprometer seriamente o regular funcionamento das estruturas concorrenciais portuguesas, europeias e brasileiras. Em razão disso, defende-se que as regras sobre notificação prévia, bem como sobre o período de suspensão são preceitos legais que devem ser obedecidos, sob pena de colocar-se em dúvida a autoridade do Estado.

Palavras-chave: *Gun Jumping*; controlo *ex ante*; notificação prévia; período de suspensão; guias; prevenção; Lei brasileira nº 12.529/2011; Lei portuguesa nº 19/2012; Regulamento CE nº 139/2004.

ABSTRACT

The present dissertation aims to make a comparative study of the practice of gun jumping in the Brazilian's, Portuguese's and European's jurisdictions. In addition, it is suggested the creation of a guideline in order to prevent this infraction, using as reference the Guideline for the Analysis of Prior Consummation of Acts of Economic Concentration created by the Brazilian Competition Authority (CADE) in 2015. In order to do so, it analyzes how the identification and punishment of gun jumping occurs in the legal regimes of competition in Brazil, Portugal, and the European Union. Then, arguments are developed in order to defend the importance of preventing the violation of gun jumping and how the elaboration of a guideline specifically aimed at providing guidance on this subject can help to avoid this competitive offense.

When suggesting the Brazilian Guideline against Gun Jumping as a reference, we seek to analyze in detail how the aforementioned guidelines prepared by CADE are structured, in order to highlight not only the positive points of this guidance instrument, but also what needs to be improved as well as updated. It is also worth noting the fact that the premature consummation of merger operations limits the performance of *ex ante* control by the competition authorities, a fact capable of seriously jeopardizing the regular functioning of Portuguese's, European's and Brazilian's competition structures. As a result, it is argued that the rules about prior notification, as well as about the standstill obligation, are legal precepts that must be obeyed, otherwise the authority of the State could be doubted.

Keywords: Gun Jumping; *ex ante* control; prior notification; standstill obligation; guidelines; prevention; Brazilian Law n° 12,529/2011; Portuguese Law n° 19/2012; European Union Merger Regulation n° 139/2004.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AdC – Autoridade da Concorrência (Portugal)

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Económica

CFB – Constituição Federal do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

LDC – Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 - Brasil)

RCC – Regulamento das concentrações comunitárias – Regulamento (CE) nº 139/2004

RJC – Regime Jurídico da Concorrência (Lei nº 19/2012, de 8 de maio – Portugal)

EUMR - European Union Merger Regulation (Regulamento CE nº 139/2004)

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	5
ABSTRACT	6
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E AS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS	12
1.1 Os fundamentos do direito da concorrência	12
1.1.1 Breves considerações históricas e conceituais.....	12
1.1.2 As fontes normativas do Direito da Concorrência no Brasil, em Portugal e na União Europeia	18
1.2 As operações de concentração de empresas: conceitos e formas assumidas na União Europeia, em Portugal e no Brasil	27
1.3 Possíveis razões da concentração e os malefícios e benefícios decorrentes das operações	33
CAPÍTULO II – A PRÁTICA INFRACIONAL DO <i>GUN JUMPING</i> NO ÂMBITO DO DIREITO EUROPEU, PORTUGUÊS E BRASILEIRO	38
2.1 O controlo <i>ex ante</i> das operações de concentração de empresas e o sistema de notificação prévia	38
2.1.1 No Brasil.....	40
2.1.2 Em Portugal	45
2.1.3 Na União Europeia	49
2.2 <i>Gun Jumping</i> : uma análise comparativa da identificação e da punição dessa prática nas legislações brasileira, portuguesa e europeia	52
2.3.1 Casos no Brasil:	65
2.3.2 Casos em Portugal:	68

2.3.3 Casos na União Europeia:.....	71
CAPÍTULO III – A SUGESTÃO DE ELABORAÇÃO DE UM GUIA ESPECÍFICO SOBRE O <i>GUN JUMPING</i> NOS DIREITOS PORTUGUÊS E EUROPEU: O EXEMPLO BRASILEIRO COMO REFERÊNCIA	73
3.1 Importância de se prevenir o <i>gun jumping</i> nas operações de concentração	73
3.2 O problema da troca de informações concorrencialmente sensíveis.....	75
3.3 A estrutura do Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica brasileiro (Guia do <i>Gun Jumping</i>).....	79
3.4 Como a elaboração de um guia específico para o <i>gun jumping</i> no âmbito do direito europeu e português podem ser úteis à identificação e prevenção deste ilícito	82
CONCLUSÃO.....	90
BIBLIOGRAFIA	92
LEGISLAÇÕES	97
DECISÕES ADMINISTRATIVAS	99

INTRODUÇÃO

Apesar de não possuir uma tradução específica para o português, a expressão “*gun jumping*” é de origem norte-americana e pode ser entendida como o ato de antecipar-se aos acontecimentos. No Direito da Concorrência, referida prática configura-se mediante a realização de uma operação de concentração sem que se proceda à notificação prévia do ato (quando obrigatória por lei) ou antes da decisão de não oposição por parte da autoridade da concorrência.

Nesta dissertação, em um primeiro momento, realizar-se-á um estudo comparado do *gun jumping* nos regimes jurídicos da concorrência português, europeu e brasileiro. Para tanto, serão explicadas como ocorrem as operações de concentração nessas três jurisdições, bem como algumas das razões que levam as empresas ao ato de concentração, além de alguns dos malefícios e benefícios que decorrem dessas operações.

No segundo capítulo, buscar-se-á trazer considerações sobre o controlo *ex ante* de concentrações, assim como o sistema de notificação prévia em Portugal, na União Europeia e no Brasil. A partir de então, tentar-se-á definir a prática do *gun jumping*, atentando-se ao facto de não se tratar de uma tarefa fácil, uma vez que a presença de algumas peculiaridades acaba por suscitar divergências doutrinárias acerca da exata conceituação do instituto.

Além disso, serão apresentadas as modalidades que constituem o *gun jumping*, bem como os procedimentos adotados pelas autoridades da concorrência brasileira, portuguesa e europeia para a deteção e punição da referida prática. Proceder-se-á, ainda, à análise de alguns casos, em cada uma das jurisdições estudadas, e nos quais foi possível verificar-se o cometimento do *gun jumping*

O segundo objetivo desta pesquisa traduz-se na aceção do terceiro e último capítulo, no qual se sugere a elaboração de um Guia de Prevenção ao *Gun Jumping* para Portugal e para a União Europeia, tendo-se por referência o Guia brasileiro já elaborado pelo CADE no ano de 2015.

Entende-se que a gravidade a revestir a prática do *gun jumping* revela-se pelo afrontamento à autoridade do Estado de Direito, devendo, por isso, ser fortemente punido. Em razão disso, busca-se enfatizar nesta pesquisa que, mais importante que envidar todos os esforços para a punição do *gun jumping*, o melhor seria investir na prevenção da

referida prática, podendo ser a elaboração de um Guia de *Gun Jumping*, não a única, obviamente, mas uma das ricas maneiras de se contribuir para esse fim.

CAPÍTULO I – O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E AS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

1.1 Os fundamentos do direito da concorrência

1.1.1 Breves considerações históricas e conceituais

No final do século XIX, a concentração de capital já era considerada um fenômeno preocupante, fazendo-se necessária a busca por meios capazes de controlar o poder econômico³. Neste período, a Revolução Industrial encontrava-se em pleno vigor. À época, desenvolvia-se uma nova política econômica, aquela a defender o *laissez-faire* ou liberalismo econômico, cuja principal característica baseava-se no repúdio à intervenção do estado na economia⁴.

A liberdade de atuação conferida aos agentes econômicos lhes permitia uma certa independência em relação aos seus concorrentes e aos consumidores, de modo que a imposição de sua própria vontade na condução das atividades econômicas passou a ser um comportamento cada vez mais comum⁵. Referida praxe resultou em uma elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, distorções essas que geraram insatisfação popular, culminando com a regulamentação da concorrência entre os agentes econômicos⁶.

Conforme ensina Comparato, “*é a partir do liberalismo econômico que a necessidade de uma disciplina específica da concorrência no mercado apresenta-se como problema à espera de uma solução jurídica. Posto o princípio da liberdade de acesso ao mercado, mister se fazia impedir que esta liberdade degenerasse em licença, com prejuízo da própria concorrência. Se o jogo era doravante livre, necessário se fazia, para que essa liberdade perdurasse, que as regras do jogo fossem respeitadas*”⁷.

Diante de um cenário em que as distorções causadas pelo liberalismo econômico já assumiam proporções preocupantes, necessária se fazia a criação de leis capazes de defender e regular a livre concorrência. Assim, tem-se que a primeira legislação antitruste

³ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.

⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Direito Concorrencial. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. 7, coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 102.

⁵ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 31.

⁶ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 66-67.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. In Revista dos Tribunais, Ano 56, Janeiro 1967, Vol. 375, p. 30.

do mundo foi promulgada no Canadá, no ano de 1889. Trata-se do “*Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*”, também chamado de “*Anti-Combines Act*”⁸. Em que pese tenha precedido, em um ano, a primeira lei antitruste estadunidense (*Sherman Act*), a legislação canadense sobre concorrência foi considerada um fracasso⁹. Na opinião de Hoffman, aquando da publicação do *Anti-Combines Act*, inexistia uma agência encarregada de aplicá-lo, os processos foram deixados a critério de procuradores-gerais provincianos, que deram pouca atenção à lei¹⁰.

Muito embora não seja tecnicamente a primeira lei antitruste do mundo, o *Sherman Act*, promulgado em 1890 nos Estados Unidos, é, sem dúvida, uma referência para as demais legislações mundiais de defesa da concorrência¹¹ e se encontra em vigor até os dias atuais¹². A primeira seção¹³ da lei estadunidense condena contratos, combinações ou conspirações na limitação da concorrência em relação aos demais estados norte-americanos ou em relação a outras nações; a segunda seção¹⁴, por sua vez, proíbe a monopolização ou a tentativa de monopolizar¹⁵.

Uma das maiores críticas que se observava em relação ao *Sherman Act* respeitava à vagueza de suas previsões, visto que não continha regras a pautar o processo de concentração de empresas, prática esta que, muito embora condenada pela opinião

⁸ CANADÁ, Government of Canada. “Competition Bureau is celebrating 130 years of competition law in Canada”. Disponível em: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04427.html>

⁹ HOFFMAN, Charles Paul. A Reappraisal of the Canadian Anti-Combines Act of 1889. *In* Queen's Law Journal, vol. 39, n. 1, Fall 2013, p. 128. Disponível em: <https://journal.queenslaw.ca/sites/journal/files/Issues/Vol%2039%20i1/6.%20Hoffman.pdf>

¹⁰ *Ibidem*, p. 172.

¹¹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Direito Concorrencial. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. 7, coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 122.

¹² SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1.

¹³ ***Sherman Act***: “**Sec. 1.** Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court.” Disponível em: https://www.ourdocuments.gov/print_friendly.php?flash=false&page=transcript&doc=51&title=Transcript+of+Sherman+Anti-Trust+Act+%281890%29

¹⁴ ***Sherman Act***: “**Sec. 2.** Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court”. Disponível em: https://www.ourdocuments.gov/print_friendly.php?flash=false&page=transcript&doc=51&title=Transcript+of+Sherman+Anti-Trust+Act+%281890%29

¹⁵ POSNER, Richard A. Antitrust Law. Second Edition. The University of Chicago Press, p. 33.

pública, permanecia sem regulamentação¹⁶. No ano de 1914, são promulgados, nos Estados Unidos, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, com o intuito de tentar responder às críticas e falhas do *Sherman Act*¹⁷. O facto é que a aplicação do direito antitruste tornou-se uma tarefa um tanto quanto complicada, visto que o *Sherman Act* era impreciso quanto à identificação das condutas ilícitas e aquelas legislações complementares a ele tampouco ofereciam maiores esclarecimentos¹⁸.

O facto é que, ao longo da aplicação do *Sherman Act* aos casos concretos, outras discussões passaram a demandar uma apreciação mais acurada por parte dos Tribunais. Uma das principais respeitadas à função que assume a concorrência: é esta um fim em si mesmo, um valor absoluto, uma vez que apenas por ela se alcança o progresso e o equilíbrio económico (concorrência-conduta)?¹⁹ Ou é a concorrência não um valor em si mesmo, mas um meio normal de se obter o equilíbrio económico (concorrência-instrumento)?²⁰

É de se dizer que inexiste uma resposta peremptória a essas indagações. Os objetivos do Direito da Concorrência dependem do país e do contexto histórico no qual está inserido²¹. Exatamente por isso, é sabido que teorias diversas surgiram no mundo académico com o intuito de analisar o direito antitruste. A Escola de Harvard, a de Chicago, bem como a de Freiburg, na Alemanha, são exemplos (não únicos) clássicos e de grande importância aos estudos do Direito da Concorrência.

Conforme ensina Hovenkamp, “*if one hundred years of federal antitrust policy have taught us anything, it is that antitrust is both political and cyclical. Almost every political generation has abandoned the policy of its predecessors in favor of something new*”^{22 23}. Constatase, pois, que o Direito da Concorrência está em constante processo de

¹⁶ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 78.

¹⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão. Um curso de direito da concorrência. Coimbra Editora, 2002, pp. 22.

¹⁸ Ibidem, p. 23.

¹⁹ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias. 2ª edição, atualizada e ampliada, Coimbra Editora, 1992, pp. 20-21.

²⁰ Ibidem.

²¹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3.

²² HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust Policy after Chicago. *In* University of Iowa Legal Studies Research Paper, number 09-21, May 2009, p. 213.

²³ **Tradução livre da autora:** Se cem anos da política antitruste federal nos ensinaram algo, é que o antitruste é tanto político, quanto cíclico. Quase todas as gerações políticas abandonaram a política de seus antecessores em favor de algo novo.

transformação, facto a permitir que a ideia de concorrência perfeita ceda lugar ao conceito de concorrência praticável (*workable competition*)²⁴. Explica-se.

Em um mercado organizado pela concorrência perfeita, atinge-se um cenário ideal de eficiência na produção e distribuição dos recursos, alcançando-se a maximização do bem-estar dos consumidores^{25 26}.

Segundo a definição de Vilfredo Pareto, uma situação é eficiente se nenhuma mudança decorrente dessa mesma situação puder deixar alguém melhor sem tornar a vida de pelo menos outra pessoa pior²⁷. São esses os parâmetros ensinados pela teoria económica (mormente pelos académicos da Escola de Chicago²⁸) do que viria a ser uma situação perfeita, ideal de concorrência. Não obstante, deve ser observado o facto de que, ausente qualquer daquelas condições a constituírem o modelo de concorrência perfeita, a eficiência resultante de um equilíbrio geral (*general equilibrium*) não mais poderia ser afirmada²⁹.

Note-se, pois, o problema que se enfrenta: “*os economistas utilizam modelos teóricos assentes num conjunto de condições (como a homogeneidade do produto, a*

²⁴ LIMA, Ricardo Filipe Ferreira. *A aplicação do direito da concorrência da União Europeia em simultâneo com o Direito Nacional – problemas e incompatibilidades: melhorias conseguidas com a alteração da lei n.º 18/2003 para a lei n.º 19/2012*. Dissertação de mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em Julho de 2015, p. 7. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/89550/2/37249.pdf>

²⁵ CUNHA, Carolina. *Controlo das Concentrações de Empresas (Direito Comunitário e Direito Português)*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 12.

²⁶ Nos dizeres de Hovenkamp, as condições que perfazem uma economia do modelo de concorrência perfeita são as seguintes: a) os produtos comercializados devem ser absolutamente homogêneos, de modo que os consumidores não percebam a diferença entre um fornecedor e outro, contanto que o preço se mantenha o mesmo; b) cada produtor seria tão pequeno em relação a todo o mercado que o aumento ou diminuição da produção do vendedor, ou mesmo sua saída do mercado, não afetaria as decisões de outros vendedores naquele mercado; c) todos os recursos apresentam total mobilidade ou, alternativamente, todos os vendedores têm o mesmo acesso aos insumos necessários e, por último, d) todos os participantes dos mercados teriam pleno conhecimento sobre preço, produção e outras informações sobre o mercado. Cfr. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, 3rd edition, Thomson West, p. 3.

²⁷ HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust Policy after Chicago*. In University of Iowa Legal Studies Research Paper, number 09-21, May 2009, p. 239. Tradução livre da autora. **Texto original:** “*A situation is efficient if no change from that situation could make someone better off without also making at least one other person worse off.*”

²⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese de doutoramento apresentado à Universidade de São Paulo, Brasil, 2010. p. 89. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/publico/versao_completa_Roberto_Pfeiffer.pdf

²⁹ HAMMER, Peter J., *Antitrust Beyond Competition: Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intramarket Second-Best Tradeoffs*, 98 MICH. L. REV. 849 (2000). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol98/iss4/2>, p. 853. Tradução livre da autora. **Texto original:** “*I any of these assumptions fail in any market, then the efficiency of the resulting general equilibrium (if one exists) can no longer be asserted.*”

transparência do mercado ou a mobilidade dos factores de produção), condições que, nos mercados reais, nunca se encontram simultaneamente preenchidas”³⁰. Aliás, conforme conclui J. M. Clark, a concorrência perfeita não existe, não pode existir e presumivelmente nunca existiu; o que se tem é um padrão irreal ou ideal que pode servir como ponto de partida de análise e uma norma com a qual comparar condições atuais de concorrência³¹.

Os mercados reais nunca estão em equilíbrio pelo facto de que o preço das matérias-primas, os gostos dos consumidores, bem como a própria tecnologia estão sempre em constante processo de mudança³². Essas seriam as razões pelas quais a concorrência perfeita não poderia existir e, portanto, “*the necessity for some form of a model of workable competition is the impossibility of a perfectly competitive market. Once you reject the paradigm of general equilibrium as a “scientific” theory, you also have dismissed the possibility of a pareto optimal outcome or a universal efficient optimum*”³³.

Uma vez mais recorrendo-se aos ensinamentos de J. M. Clark³⁴, tem-se que a concorrência perfeita requer uma operação em capacidade total, o que é, às vezes, definido como o ponto em que os custos médio e marginal são iguais. A concorrência real deve concordar com o facto de que, quando a demanda oscilar, a indústria deve, inevitavelmente, operar mesmo que não seja com a capacidade total na maior parte do tempo³⁵. A concorrência praticável deve ser viável sob essas condições³⁶.

³⁰ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 19-20.

³¹ CLARK, J. M. Toward a Concept of Workable Competition, *In The American Economic Review*, vol. 30, n. 2, American Economic Association, 1940, (241–256), p. 241. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1807048>. Tradução livre da autora. **Texto original:** “*With this has come the realization that “perfect competition” does not and cannot exist and has presumably never existed (...). What we have left is an unreal or ideal standard which may serve as a starting point of analysis and a norm with which to compare actual competitive conditions.*”

³² ISSER, Steve N., What Is Workable Competition, Anyway (and Why Should We Care) (December 4, 2016), p. 3. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2880147> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2880147>

³³ ISSER, Steve N. *Op. Cit.*, p. 2.

³⁴ CLARK, J. M. Toward a Concept of Workable Competition, *In The American Economic Review*, vol. 30, n. 2, American Economic Association, 1940, (241–256), p. 250. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1807048>. Tradução livre da autora. **Texto original:** “*Perfect competition requires operation at full capacity, which is sometimes defined as the point of minimum cost, or as the point where marginal and average cost are equal. Actual competition has to make terms with the fact that, when demand fluctuates, industry must inevitably be operating short of full capacity much of the time. Workable competition must be workable under these conditions.*”

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

Diante disto, tem o direito da concorrência desenvolvido a sua intervenção com base nos ensinamentos da teoria económica, com o fim de estimular não uma concorrência perfeita, mas, sim, de assegurar o que viria a ser o mais próximo possível de uma concorrência praticável³⁷.

É de se notar, também, que cogitar a *workable competition* é inevitavelmente considerar o bem-estar do consumidor, afinal, a relação entre direito da concorrência e proteção do consumidor é visceral, devendo-se enfatizar não a existência do compromisso do direito antitruste com os interesses do consumidor, mas, sim, o modo com que as autoridades da concorrência devem cumpri-lo³⁸.

Conforme já analisado por economistas e juristas que se debruçam sobre esses estudos, não se trata de considerar tão somente a satisfação do consumidor como o resultado de uma conduta inserida em uma determinada estrutura de mercado (*Structure-Conduct-Performance, SCP*), como pregado pela Escola de Harvard³⁹. Tampouco considerar que somente uma análise quantitativa de eficiências, segundo os ditames de Chicago, tornaria suficiente a proteção do consumidor por meio de uma preocupação excessiva apenas com a questão dos preços⁴⁰.

Na verdade, o *consumer welfare* no contexto da concorrência é mais do que apenas considerações estanques de teorias económicas. Trata-se, de facto, da proteção da concorrência de modo a considerar diversos aspetos, tais como a redução dos preços, a melhoria da produtividade, da qualidade, da variedade e, também, da inovação dos produtos e serviços disponibilizados aos consumidores⁴¹.

Disto decorre a razão pela qual se conclui pela dificuldade em se analisar o direito da concorrência sob uma perspectiva tão somente económica. Isso porque, “*enquanto para os economistas a legislação antitruste objetiva a eficiência na alocação de recursos, para os juristas, a matéria está afeita a aspectos políticos e sociais*”⁴².

³⁷ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 27-28.

³⁸ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 52/53.

³⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Um curso de direito da concorrência*. Coimbra Editora, 2002, p. 25.

⁴⁰ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 54.

⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. Malheiros Editores, São Paulo, 2013, p. 80.

⁴² FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Direito Concorrencial*. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. 7, coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 38.

A concorrência, portanto, gera uma pressão competitiva entre os agentes económicos por menor preço, melhor qualidade e maior variedade de produtos e serviços⁴³, além de, indubitavelmente, estimular a busca pela constante inovação⁴⁴. Nesse sentido, tem-se, pois, que os objetivos da política da concorrência são os de assegurar a expansão (até certo ponto) do poder económico, garantir maior liberdade de ação às empresas, bem como promover uma maior liberdade de escolha para os consumidores⁴⁵.

As leis de defesa da concorrência, ao tutelarem as regras que permeiam as relações concorrenciais, buscam garantir a manutenção desses objetivos.

1.1.2 As fontes normativas do Direito da Concorrência no Brasil, em Portugal e na União Europeia

Exatamente pelo facto de que os *“mercados não são dados naturais ou espontâneos, mas sim construções sociais que decorrem de uma complexa somatória de interações entre os seus participantes públicos e privados”*⁴⁶ é que se explica a razão pela qual, por óbvio, não há se falar em regras e modos de aplicação únicos voltados para a defesa da concorrência. É preciso que sejam levados em consideração aspetos como o contexto sociocultural de cada nação, razão pela qual se julga necessária a promulgação de leis antitruste, devendo-se considerar, também, os objetivos que se almejam alcançar por meio das regras contidas nos textos legislativos na área de defesa da concorrência.

Nesse sentido, buscar-se-á, nas próximas linhas, discorrer sobre as leis antitruste desenvolvidas no Brasil, em Portugal e na União Europeia, nesta ordem. Mais especificamente, e de modo a introduzir o objeto de pesquisa principal desta dissertação, também serão apresentadas as normas que tratam sobre o controlo das concentrações naqueles ordenamentos jurídicos, dando-se início, mais adiante, ao aprofundamento desta área de atuação de regras da concorrência.

Pois bem, no Brasil, a defesa da concorrência encontra aparato constitucional por meio do artigo 170, da Constituição Federal do Brasil (CFB), de 1988, segundo o

⁴³ SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3.

⁴⁴ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 58.

⁴⁵ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias. 2ª edição, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, 1992, p. 65.

⁴⁶ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 33.

qual a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, observando-se, entre outros, o princípio da livre concorrência⁴⁷. Além do referido dispositivo, acresça-se o artigo 173, *caput* e §4^a da CFB, em que se ressalta que “*a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*” e 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*”.

No plano normativo infraconstitucional, a matéria antitruste no Brasil é atualmente tratada pela Lei nº 12.529 (doravante Lei de Defesa da Concorrência – LDC) promulgada no ano de 2011, com entrada em vigor a 2 de junho de 2012. Nos termos do seu art. 1º, referida Lei “*estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e 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*”⁴⁸.

A atual lei antitruste brasileira revogou a Lei nº 8.884 de 1994, introduzindo inovações não apenas em relação ao desenho institucional da autoridade da concorrência do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁴⁹ (doravante CADE), bem como por meio da adoção do sistema de notificação prévia dos atos de concentração⁵⁰, entre outras mudanças relevantes⁵¹.

Na verdade, no que refere ao direito material, houve poucas alterações aquando da implementação da Lei nº 12.529/2011, no sentido de terem-se mantido os critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais⁵². O novo diploma normativo, no

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm

⁴⁹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 6.

⁵⁰ MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE. *In* Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, ano 19, n. 22, Jul-Dez, 2012, Coord. Leonor Cordovil, editora Revista dos Tribunais, p. 59.

⁵¹ Cfr. MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, São Paulo, Editora Atlas, 2015, pp. 36-37.

⁵² FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 127.

entanto, direcionou as suas principais alterações para a organização administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)⁵³.

Deste modo, tem-se que, nos termos dos artigos 3º e 4º da Lei nº 12.529/2011, o SBDC é composto por dois órgãos: (i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda⁵⁴. A estrutura organizacional do CADE⁵⁵, por sua vez, abrange o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; a Superintendência-Geral; e o Departamento de Estudos Econômicos.

Por adotar o sistema administrativo (diferente do prosecutorial⁵⁶), a autoridade da concorrência brasileira exerce a dupla função de investigação e de julgamento, com divisão funcional interna e possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas⁵⁷. Assim, nos termos da atual legislação antitruste brasileira, à Superintendência-Geral do CADE (artigo n. 13 da Lei 12.529/2011) cabe a instrução dos atos de concentração e investigação de condutas anticompetitivas; enquanto que, ao Tribunal Administrativo do CADE (artigo n. 9 da mesma Lei), competem as decisões finais e julgamento em sede administrativa.

Além disso, importa registrar o facto de que o CADE disponibiliza, em seu sítio eletrónico, uma base de dados em que constam as leis relacionadas à defesa da concorrência, decretos e portarias sobre a atuação da autarquia e outras fontes normativas de fácil acesso a todos os interessados em pesquisas sobre a defesa da concorrência no Brasil⁵⁸.

A todo esse acervo informativo, acresçam-se, ainda, as publicações institucionais editadas pela autarquia para difusão da cultura da concorrência⁵⁹. Trata-se da produção de estudos, portfólios, guias e outros documentos relacionados a sua atuação.

⁵³ MARRARA, Thiago. *Op. Cit.*, p. 36.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm

⁵⁵ Cfr. Artigo 5º da Lei nº 12.529/2011.

⁵⁶ Segundo esse sistema, a autoridade da concorrência assume um papel acusatório, de modo que a decisão acerca da existência de uma infração concorrencial fica a cargo do Poder Judiciário. Cfr. SILVEIRA, Paulo Burnier, *Op. Cit.*, p. 7.

⁵⁷ SILVEIRA, Paulo Burnier, *Op. Cit.*, p. 7.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Normas e legislação*. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao>

⁵⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Publicações Institucionais*. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais>

Aliás, entre os guias elaborados pelo CADE, destaca-se o *Guia para Análise Prévia dos Atos de Concentração Econômica*⁶⁰ que será amplamente utilizado como referência nesta dissertação para tratar do tema relacionado ao *Gun Jumping*, conforme se verá nos capítulos que seguem nesta pesquisa.

Em Portugal, diz-se que a atenção ao direito antitruste teria ocorrido tardiamente, visto que os valores repassados até ao período da Revolução de 25 de Abril de 1974 eram bem opostos ao direito da concorrência: ensinava-se o direito corporativo⁶¹. Há quem constate, inclusive, ser Portugal reconhecidamente um país cuja história é adversa ao liberalismo e à ideia da livre concorrência, de modo que a entrada em vigor das primeiras leis de concorrência resultou pouco mais do que o cumprimento de um requisito de pré-adesão à então Comunidade Europeia (CEE)⁶².

De facto, a adesão de Portugal à Comunidade Europeia constituiu influência determinante para a implementação do direito da concorrência na ordem jurídica portuguesa⁶³. Afinal, ao concordar em fazer parte de um mercado único, não poderia o direito da concorrência português obedecer a princípios destoantes daqueles aplicados pelo direito europeu⁶⁴.

Todavia, quando se diz que o ordenamento jurídico português se debruçou tardiamente aos ditames da concorrência, é preciso que consideremos algumas ponderações nesta constatação. A primeira delas refere-se ao facto de que “(...) *ao nível da maior parte dos Estados-Membros da União Europeia, e do próprio Direito Europeu, o panorama na década de 80 era muito primário face ao que existe actualmente (...)*”⁶⁵.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Guias do CADE*. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna

⁶¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão. Um curso de direito da concorrência. Coimbra Editora, 2002, p. 88.

⁶² ANASTÁCIO, Gonçalo. Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal. *In* Revista de Concorrência e Regulação, ano II, n. 5, janeiro-março 2011, (43-57), p. 44. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR05_-_Goncalo_Anastacio.pdf

⁶³ MARQUES, Maria Manuel Leitão. Um curso de direito da concorrência. Coimbra Editora, 2002, p. 88.

⁶⁴ ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Direito da Concorrência: a experiência brasileira e portuguesa. *In* Revista Brasileira de Direito Comparado. Publicação Semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 32, 2007, p. 5. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/32/revista32%20\(3\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/32/revista32%20(3).pdf)

⁶⁵ ANASTÁCIO, Gonçalo. Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal. *In* Revista de Concorrência e Regulação, ano II, n. 5, janeiro-março 2011, (43-57), p. 44. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR05_-_Goncalo_Anastacio.pdf

Além disso, e como segunda ponderação a ser feita, é crucial que se atente para as comparações realizadas em termos de desenvolvimento do antitruste. Isso porque, se compararmos Portugal e, também, o Brasil (dois dos ordenamentos jurídicos objetos de estudo nesta pesquisa) com as primeiras leis concorrenciais criadas em países como o Canadá (*Competition Act*, 1889) e os Estados Unidos (*Sherman Act*, 1890), certamente, chegar-se-á à conclusão de que a atenção voltada para o direito da concorrência em nações outras que não essas últimas, de facto, foi tardia.

Ocorre que, e conforme dito em linhas anteriores da pesquisa que ora se desenvolve, é preciso sempre considerar o facto de que o direito da concorrência está em constante evolução e que suas características e respetivos desenvolvimentos normativos devem respeitar o contexto histórico e socioeconómico em que está inserido.

Dito isto, tem-se que, em Portugal, a atual Constituição da República de 1976 é o primeiro diploma constitucional a consagrar o princípio da concorrência e o reconhecimento do mercado como forma de coordenação económica⁶⁶. Assim, o artigo 80.º, “c” da Constituição da República Portuguesa (CRP) determina que “*a liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista*”⁶⁷ é, pois, um princípio fundamental da organização económico-social português. Além disso, determina o texto constitucional português (art. 81.º, “f” da CRP) que se trata de uma incumbência prioritária do Estado “*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”.

No âmbito da legislação ordinária, à data de 8 de maio de 2012, Portugal aprovou o Regime Jurídico da Concorrência (RJC). Trata-se, pois, da atual Lei nº 19/2012, que revogou a até então vigente Lei nº 18/2003. Esta última, por sua vez, substituiu o Decreto-Lei nº 371/93, que, por seu turno, havia revogado o Decreto-Lei nº 422/83, de 3 de dezembro (este anterior à adesão à então Comunidade Europeia)⁶⁸.

⁶⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão. Um curso de direito da concorrência. Coimbra Editora, 2002, p. 43.

⁶⁷ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-43861175>

⁶⁸ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O direito da concorrência em Portugal e na União Europeia. *In* Revista de Direito Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 14, n. 3, p. 173-198, set./dez. 2017, p. 175.

A Lei nº 19/2012 (art. 2.º, n. 2), sob reserva das obrigações internacionais do Estado português, é aplicável à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas (arts 9.º a 35.º) e às operações de concentração de empresas (arts. 36.º a 59.º) que ocorram em território nacional ou que neste venham a ter efeitos⁶⁹.

Com o propósito de defender a concorrência em prol do cidadão, foi criada, em 2003, a Autoridade da Concorrência (AdC) de Portugal, cuja “*principal missão estatutária é garantir a aplicação das regras da promoção e defesa da concorrência nos setores público e privado, cooperativo e social, respeitando o princípio da economia de mercado e de livre concorrência, no interesse das pessoas*”⁷⁰.

A AdC tem melhorado significativamente os níveis de concorrência na economia portuguesa, de modo a promover a melhoria da qualidade e do preço dos bens e serviços para os cidadãos, a servir como exemplo as alterações induzidas pela Autoridade nos setores dos notários e das farmácias⁷¹.

A revisão do regime jurídico da concorrência, em 8 de maio de 2012, implicou na necessidade de adaptação dos estatutos da Autoridade da Concorrência, harmonizando-os com a respetiva legislação de enquadramento e racionalizando a intervenção da Autoridade⁷². Com o intuito de atender a este fim, o Decreto-Lei nº 125/2014, de 18 de agosto aprovou os Estatutos da Autoridade da Concorrência, em que são dispostas não somente a organização da entidade, como também, as suas atribuições e poderes enquanto autoridade da concorrência de Portugal.

Além disso, e como uma prova do compromisso da AdC em difundir a defesa da concorrência entre todos os cidadãos direta ou indiretamente interessados na dinâmica de funcionamento dos mercados, é possível aceder a inúmeras legislações e normas concernentes à defesa da concorrência no sítio eletrónico da Autoridade. Deste modo, em uma plataforma extremamente didática e de fácil manuseio, é possível ter acesso a Linhas de Orientações, Regulamentos, leis, Comunicações da Comissão entre outros.

⁶⁹ PORTUGAL. Lei nº. 19/2012, de 8 de maio – Novo Regime Jurídico da Concorrência, Diário da República n.º 89/2012, Série I de 2012-05-08. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2012-73888498>

⁷⁰ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – AdC. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/pt/missao-e-objetivos-da-adc>

⁷¹ Ibidem.

⁷² PORTUGAL. Decreto-Lei nº 125/2014, de 18 de agosto. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/2021-05/Decreto-Lei-n13-A2014-Estatutos-AdC.pdf>

Na União Europeia (UE), por seu turno, o principal objetivo das regras da concorrência é permitir o bom funcionamento do mercado interno enquanto força motriz do bem-estar dos cidadãos, das empresas, bem como da sociedade como um todo⁷³. A consagração da defesa da concorrência na UE⁷⁴ ocorreu no artigo 3.º, nº 1, alíneas 'g' e 'm', do Tratado da Comunidade Europeia⁷⁵ (doravante TCE), segundo as quais, para se alcançarem os fins propostos para a criação de um mercado comum, deve-se observar “*um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno*”, além de se considerar “*o reforço da capacidade concorrencial da indústria da Comunidade*”.

Na transposição para o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante TFUE), o artigo 3º, nº 1, al. 'b' tampouco ignorou a importância da preservação da concorrência enquanto um dos princípios a serem seguidos pela União Europeia e determinou que esta dispõe de competência exclusiva para o “*estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno*”⁷⁶.

Não se pode olvidar o facto de que, no plano europeu, a concorrência é vista, não como um fim em si, mas como um instrumento de concretização da organização socioeconómica instituída pelo poder político⁷⁷. Deste modo, ao se propor um mercado comum europeu, seria inimaginável não considerar a defesa da concorrência como um dos princípios a serem respeitados pelos agentes económicos. Afinal, uma concorrência efetiva permite a competição em pé de igualdade entre os Estados-Membros e/ou entre as empresas que atuam nos mercados nacionais e transnacionais, ao mesmo tempo que pressiona por esforço contínuo a fim de oferecer aos consumidores produtos de qualidade

⁷³ PARLAMENTO EUROPEU. Fichas temáticas sobre a União Europeia. A política da concorrência In Economia. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/82/a-politica-de-concorrenca>

⁷⁴ LIMA, Ricardo Filipe Ferreira. *A aplicação do direito da concorrência da União Europeia em simultâneo com o Direito Nacional – problemas e incompatibilidades: melhorias conseguidas com a alteração da lei n.º 18/2003 para a lei n.º 19/2012*. Dissertação de mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em Julho de 2015, pp. 9/10. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/89550/2/37249.pdf>

⁷⁵ TRATADO DA COMUNIDADE EUROPEIA, artigo 3.º, nº 1, al. 'b': “*Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a ação da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: b) uma política comercial comum*”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=EN>

⁷⁶ TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA (TFUE), artigo 3.º, nº 1, al. 'b': “*Artigo 3.º, n. 1. A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios: b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno*”. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

⁷⁷ PAIS, Sofia Oliveira. *Entre inovação e concorrência: em defesa de um modelo europeu*. Universidade Católica Editora, Lisboa 2011, p. 63.

a preços justos: a inovação e o crescimento económico são, pois, consequências naturais desses esforços⁷⁸.

A política da concorrência da UE, portanto, é “*um instrumento fundamental para a concretização de um mercado interno livre e dinâmico e para a promoção do bem-estar económico geral*”⁷⁹, tendo por finalidades, não apenas a integração europeia, mas também e não menos importante, aspetos político-sociais e económicos, além da proteção do bem-estar dos consumidores (*welfare consumer*)⁸⁰.

As bases jurídicas que fundamentam as regras de concorrência da UE estão dispostas ao longo do TFUE, bem como de diversos regulamentos. Os artigos 101.º a 106.º do TFUE disciplinam as regras aplicáveis às empresas, quais sejam a proibição de acordos, decisões de associações e práticas concertadas, além da proibição do abuso de posição dominante. Os artigos 107.º a 109.º, por sua vez, preveem os regramentos direcionados para os Estados, a exemplo dos auxílios estatais concedidos.

O Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho⁸¹ é relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado da Comunidade Europeia e, nos dias de hoje, necessita ser articulado com os atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE. Aquele regulamento foi criado com o intuito de estabelecer um regime que assegurasse a não distorção da concorrência no mercado comum⁸², de modo que fosse implementada uma política de concorrência comum a todos os Estados-Membros⁸³, sem que se olvidasse das relações entre as legislações nacionais e a legislação comunitária em matéria de concorrência⁸⁴.

No âmbito do controlo das concentrações, a base jurídica existente no Direito Europeu encontra-se, sobretudo, no Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho⁸⁵, relativo ao controlo das concentrações de empresas com dimensão comunitária. Acresça-

⁷⁸ PARLAMENTO EUROPEU. Fichas temáticas sobre a União Europeia. A política da concorrência *In* Economia. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/82/a-politica-de-concorrencia>

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ PAIS, Sofia Oliveira. *Op. Cit.*, pp. 65-77.

⁸¹ Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>

⁸² Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho, considerando nº 1.

⁸³ LIMA, Ricardo Filipe Ferreira. *Op. Cit.*, p. 15.

⁸⁴ Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho, considerando nº 8.

⁸⁵ Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32004R0139>

se, ainda, o Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão⁸⁶, referente à execução daquele Regulamento sobre controlo das concentrações comunitárias e que define o objeto e o conteúdo das informações a serem fornecidas aquando da notificação obrigatória das concentrações⁸⁷.

É de se notar, pois, que, tanto os ordenamentos jurídicos brasileiro, quanto o português e o europeu buscam elevar o Direito da Concorrência ao mais alto grau de relevância. De facto, não poderia ser diferente, afinal, é por meio da definição das regras da concorrência que aquele ramo do Direito “*removes impediments to competition and thus helps make markets work better for consumers and other market participants*”⁸⁸.

Deste modo, tem-se que as três áreas fundamentais de atuação das regras da concorrência são (i) a proibição de acordos (cartéis e outros) restritivos da concorrência; (ii) proibição de abuso de posição dominante e (iii) o controle das operações de concentração⁸⁹. No caso do Direito da União, acresça, ainda, a proibição dos auxílios estatais (artigo 107.º, n.º 1 do TFUE) “*a fim de evitar distorções da concorrência no mercado interno que possam resultar da concessão de vantagens seletivas a certas empresas*”⁹⁰.

Assim, a considerar que o objeto desta dissertação é voltado para a análise do instituto do *gun jumping* nos ordenamentos jurídicos brasileiro, português e europeu, restringir-se-ão os estudos sobre a concorrência apenas à área destinada ao controlo das operações de concentração, conforme se verá nas linhas que seguem.

⁸⁶ Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 21 de Abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32004R0802>

⁸⁷ Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, considerando n.º 4.

⁸⁸ FOX, Eleanor M. Definição do termo “Direito da Concorrência” ou “Antitrust” *In* Dicionário da Revista Concurrences. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/Antitrust>

⁸⁹ MATEUS, Abel M. *Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência*. *In* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. III, Dez. 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/abel-m-mateus-sobre-os-fundamentos-do-direito-e-economia-da-concorrenca/>

⁹⁰ PARLAMENTO EUROPEU. Fichas temáticas sobre a União Europeia. A política da concorrência *In* Economia. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/82/a-politica-de-concorrenca>

1.2 As operações de concentração de empresas: conceitos e formas assumidas na União Europeia, em Portugal e no Brasil

O processo de globalização econômica que, nos dias de hoje, envolve a maioria esmagadora das nações acaba por tornar inevitáveis as interações entre os agentes econômicos⁹¹. A noção de que a reunião de esforços pode ser capaz de alavancar os negócios estimula as tratativas voltadas para a formalização das operações de concentração de empresas.

Tanto o Direito da Concorrência europeu, quanto o português e o brasileiro entendem a concentração de empresas a partir de termos muito próximos.

O Regulamento (CE) n° 139/2004⁹² (doravante RCC) é a referência legislativa no que respeita ao controlo de concentrações no âmbito europeu. Todavia, não se trata da única, visto existirem outros instrumentos europeus decisivos na aplicação do sistema do controlo das concentrações, tais como o Regulamento (CE) n° 802/2004 da Comissão, de execução do Regulamento (CE) n° 139/2004 do Conselho; a Comunicação⁹³ da Comissão sobre a remessa de casos relativos a concentrações⁹⁴; a Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas⁹⁵, entre outros⁹⁶.

A fim de aplicar-se o RCC, no entanto, faz-se necessário o atendimento de critérios essenciais, tais como a existência de uma operação de concentração nos moldes do determinado pelo art. 3º, bem como a possibilidade de ser-lhe atribuída a característica de dimensão comunitária, nos termos do que prevê o art. 1º do RCC⁹⁷.

⁹¹ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O direito da concorrência em Portugal e na União Europeia. *In* Revista de Direito Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 14, n. 3, p. 173-198, set./ dez. 2017, p. 173.

⁹² UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (CE) n° 139/2004 DO CONSELHO de 20 de Janeiro de 2004. Regulamento das concentrações comunitárias. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&qid=1650367017068&from=EN>

⁹³ As Comunicações publicadas pela Comissão Europeia são orientações práticas acerca das legislações europeias. Costumam ter por objetivo, por exemplo, a descrição de alguns princípios e interpretações sobre eventuais alterações legais. No caso específico das concentrações, as Comunicações esclarecem o funcionamento do sistema de remessa para ou dos Estados-membros ou mesmo orientações sobre o conceito de concentração de empresas no âmbito europeu.

⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão relativa à remessa de casos de concentrações (2005/C 56/02). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&qid=1650374382417&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&qid=1650374382417&from=PT)

⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas. (JO 1998/C 66/05). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0302\(02\)&qid=1650374729676&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0302(02)&qid=1650374729676&from=PT)

⁹⁶ CUNHA, Carolina. Controlo das Concentrações de Empresas (Direito Comunitário e Direito Português), Coimbra: Almedina, 2005, pp. 44/45.

⁹⁷ CUNHA, Carolina. *Op Cit.*, p. 75.

Desse modo, tem-se que o art. 3º, nº 1, do RCC determina realizar-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resultar da (i) fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou (ii) aquisição do controlo por uma mais pessoas ou por uma ou mais empresas⁹⁸.

A Comunicação da Comissão em matéria de competência do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, no considerando de nº 28 esclarece que nos termos do nº 1 do artigo 3º do RCC, “*o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger apenas a operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e (...) na estrutura do mercado. O Regulamento das concentrações não abrange, por conseguinte, as operações de que resulte apenas uma alteração temporária do controlo*”⁹⁹.

Em seguida, a mesma Comunicação ressalva que “*(...) o facto de os acordos subjacentes serem celebrados por um prazo determinado não exclui a possibilidade de uma alteração duradoura do controlo, desde que esses acordos sejam renováveis. Uma concentração pode realizar-se mesmo quando os acordos preveem um termo preciso, desde que o período abrangido pelo acordo seja suficientemente longo para conduzir a uma alteração duradoura do controlo das empresas em causa*”¹⁰⁰.

É possível notar, pois, a ênfase conferida ao nível de duração na mudança do controlo resultante de uma operação de concentração. Isso porque os meios de controlo são variados e relações meramente económicas podem vir a exercer uma influência determinante sobre uma empresa. Por isso é que caberá à Comissão analisar

⁹⁸ Acreditamos ser válido lembrar que a noção de concentração envolve discussões doutrinárias complexas as quais não serão aprofundadas, nesta dissertação, da maneira como de facto poderiam ser. Isso porque o foco principal deste primeiro capítulo é o de trazer uma visão geral de como são entendidas as operações de concentração nos ordenamentos jurídicos que se propuseram pesquisar, quais sejam o europeu, o português e o brasileiro com a intenção de introduzir o que será o cerne desta dissertação (nos capítulos 2 e 3) no sentido dos aspetos processuais da operação de concentração e como a prática do *Gun Jumping* se configura, entre outras questões.

⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2008/C 95/01), considerando nº 28, p. 10. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)&from=PT)

¹⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2008/C 95/01), considerando nº 28, p. 10. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)&from=PT)

*“cuidadosamente em que medida essas relações económicas, aliadas a outras ligações, são suficientes para conduzir a uma mudança duradoura do controlo”*¹⁰¹.

Conforme dito há algumas linhas, tem-se que o RCC estabelece dois critérios a fim de determinar quais as operações de concentração são, por ele, abrangidas. Em primeiro lugar, a operação de concentração deve obedecer aos critérios estabelecidos no art. 3º do referido Regulamento. Em seguida, a operação deve atender à condição de dimensão comunitária prevista no art. 1º do RCC e que constitui um critério eminentemente quantitativo, referindo-se ao volume de negócios realizado pelas empresas num determinado espaço geográfico¹⁰².

Mais uma vez, recorrendo-se aos esclarecimentos da Comunicação da Comissão sobre o controlo de empresas, observa-se que o *“o nº 2 do artigo 1º [do RCC] estabelece três critérios diferentes: o limiar relativo ao volume de negócios a nível mundial tem como objectivo avaliar a dimensão global das empresas em causa, o limiar relativo ao volume de negócios a nível comunitário destina-se a determinar se a concentração envolve um nível mínimo de actividades na Comunidade, e a regra dos dois terços pretende excluir da competência comunitária as operações de âmbito meramente nacional”*^{103 104}.

Desse modo, nota-se que o RCC *“não pretende aplicar-se a toda e qualquer operação de concentração na acepção descrita [no art. 3º], mas apenas às que possuem dimensão comunitária”*¹⁰⁵, cujos critérios quantitativos estão expressamente dispostos no art. 1º do Regulamento.

Pois bem, diante da existência de uma operação de concentração e do atendimento às condições de sua classificação como sendo de dimensão comunitária, o art. 21 do RCC determina a aplicação exclusiva deste Regulamento àquela operação, assim como também define a competência exclusiva da Comissão para apreciar a

¹⁰¹ *Idem*, considerando nº 20, p. 8.

¹⁰² CUNHA, Carolina. Controlo das Concentrações de Empresas (Direito Comunitário e Direito Português), Coimbra: Almedina, 2005, p. 86.

¹⁰³ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2008/C 95/01), considerando nº 125, p. 30. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)&from=PT)

¹⁰⁴ Grifo nosso.

¹⁰⁵ CUNHA, Carolina. Controlo das Concentrações de Empresas (Direito Comunitário e Direito Português), Coimbra: Almedina, 2005, p. 85.

concentração, de modo a proibir a aplicação da legislação nacional dos Estados-membros sobre competência¹⁰⁶.

A partir desses termos, criou-se com o Regulamento a ideia do *one-stop-shop* (balcão único) segundo a qual, “(...) *so far as practicable, concentrations with a Community dimension should be dealt with exclusively by the Commission and that others should remain with the Member States*”¹⁰⁷. Significa que basta às empresas envolvidas na concentração de dimensão comunitária proceder a uma única notificação junto à Comissão¹⁰⁸.

Trata-se, pois, de um recurso capaz de aumentar a eficiência administrativa, uma vez que busca evitar “*uma duplicação e a fragmentação das acções de controlo da aplicação da legislação e um tratamento potencialmente incoerente (no que se refere à investigação, à apreciação e a eventuais medidas de correcção) por parte de diversas autoridades*”¹⁰⁹.

Todavia, tem-se que o sistema do balcão único admite alguns desvios, de modo a permitir não apenas a aplicação das legislações dos Estados-membros em algumas operações de dimensão comunitária, como também a análise, por parte da Comissão, de casos que não possuam dimensão comunitária¹¹⁰.

Referidos desvios deram vazão aos mecanismos de remessa de casos de concentração previstos no Regulamento (CE) n° 139/2004. Assim, atendidas as condições determinadas no art. 9º, n° 2 do RCC, é possível que uma operação de concentração com dimensões comunitárias venha a ser apreciada por um Estado-membro e, portanto, segundo as suas legislações nacionais da concorrência.

Do mesmo modo, permite-se o fluxo inverso e aos Estados-membros é concedida a possibilidade de solicitar que, nos termos do art. 22.º, n° 1 do RCC, a Comissão aprecie um caso de concentração cujo configuração, não obstante desprovida de dimensão comunitária, possa vir a afectar o comércio entre os Estados-membros ou ameaçar a afectar a concorrência no território do Estado-membro ou Estados-membros

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 47.

¹⁰⁷ COOK, C.J.; KERSE, C.S. E.C. Merger Control. London, Sweet and Maxwell, 2000. p. 16.

¹⁰⁸ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 48.

¹⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão relativa à remessa de casos de concentrações (2005/C 56/02), considerando n° 11, p. 4. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&qid=1650553354232&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&qid=1650553354232&from=PT)

¹¹⁰ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, pp. 48-49.

que apresentem o pedido. Desta forma e, conforme ressalta Pedro M. Froufe, limitam-se, pois, os efeitos negativos de possíveis notificações múltiplas e reforça-se, consequentemente, o princípio do “balcão único”¹¹¹.

Em Portugal, por sua vez, tem-se que as questões que envolvem o controlo de concentrações seguem, no essencial, o regime europeu¹¹² e, atualmente, obedecem ao Regime Jurídico da Concorrência (doravante RJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 8 de maio, que revogou a Lei nº 18/2003, de 11 de junho.

O art. 36.º do RJC diz haver uma concentração de empresas quando se verifique uma mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em razão de fusão ou de aquisição direta ou indireta de controlo. Trata-se, pois, da reunião de duas ou mais empresas que, antes independentes uma da outra, passam a ser regidas por um controlo unitário.

Nos termos do que explica Engrácia Antunes, a modalidade de concentração interempresarial relativa à “fusão de duas ou mais empresas” (art. 36.º, 1, a) seria denominada *concentração primária ou na unidade*, enquanto a modalidade relativa à aquisição de controlo direta ou indireta de uma ou mais empresas (art. 36.º, 1, b) seria designada de *concentração secundária ou na pluralidade*¹¹³.

Para Miguel Moura e Silva, “do ponto de vista económico, a concentração de empresas compreende a reunião de duas ou mais empresas ou de parte delas, anteriormente independentes uma da outra, sob controlo unitário, independentemente da forma como é prosseguida”¹¹⁴. Segundo o autor, o critério primordial a ser levado em consideração é a integração de duas unidades económicas autónomas em uma só entidade,

¹¹¹ FROUFE, Pedro Madeira. O Novo Regulamento das Concentrações Comunitárias: notas sobre o reforço do princípio do balcão único e os comportamentos de Gun-Jumping. *In Scientia Iuridica*. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIII, nº 298 – Janeiro/Abril, 2004, Universidade do Minho, p. 231.

¹¹² FERREIRA, Luís do Nascimento; FONSECA, Margarida Rosado da. O procedimento de controlo das operações de concentração de empresas em Portugal: a prática decisória da Autoridade da Concorrência, à luz da Lei nº 18/2003, de 11 de junho. Almedina, p. 36.

¹¹³ ANTUNES, José Engrácia. Controlo da concentração de empresas e grupos de sociedades. *In Revista de Concorrência e Regulação*, Número 6, Junho de 2011, (61-86), p. 64. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR06 - Jose Engracia Antunes.pdf>

¹¹⁴ MOURA E SILVA, Miguel. Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial. Ed. Almedina, p. 808.

sendo a existência do controlo por parte de uma empresa sobre as outras o elemento característico da concentração¹¹⁵.

Acresça-se, ainda, que o conceito de concentração não se limita apenas à existência de integração entre os agentes económicos. Para efeitos da concentração de empresas, o art. 36.º, 3 do RJC detalha a noção de controlo como sendo este decorrente de qualquer ato, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, com carácter duradouro, uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa¹¹⁶.

Carolina Cunha ressalta que *“basta que alcance a simples possibilidade de exercer o controlo – não se requer o seu exercício efectivo ou, sequer, a intenção de o obter através daquela operação de concentração. Temos, de novo, presente a exigência de que se trate de uma possibilidade de carácter duradouro”*¹¹⁷.

É de se notar que o entendimento acerca do que são consideradas operações de concentração de empresas não difere em maiores proporções no que tange ao direito europeu e ao português e, conforme será analisado nas próximas linhas, tampouco o é em relação ao direito brasileiro.

Assim, no Brasil, tem-se que o art. 90 da Lei nº 12.529/2011 (LDC¹¹⁸) determina realizar-se um ato de concentração quando¹¹⁹: (I) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (II) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (III) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (IV) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Ressalte-se que, ao se comparar o texto legal brasileiro com o europeu e o português no que refere ao que se entende por concentração de empresas, percebe-se não haver menção literal à forma de mudança do controlo sobre as empresas, ou seja, se

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ PORTUGAL - Artigo 36.º, 3 da Lei nº 19, de 8 de maio de 2012 - Regime Jurídico da Concorrência.

¹¹⁷ CUNHA, Carolina. Comentários ao artigo 36.º do RJC *In* Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, Almedina, p. 405.

¹¹⁸ Lei de Defesa da Concorrência.

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm

referida alteração deveria ser duradoura ou não. Todavia, há de se registrar o facto de que a doutrina brasileira não se quedou alheia à essa questão.

Como exemplo, de todo relevante é o ensinamento de Calixto Salomão quando diz que “para que ocorra uma concentração, fundamental é que se trate de operação que implique mudanças duradouras na estrutura das empresas envolvidas. É necessário, ainda, que a mudança estrutural torne possível presumir que essas empresas atuarão como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações econômicas por elas realizadas”¹²⁰.

Deste modo, vê-se que o entendimento acerca do que vem a ser uma operação de concentração entre empresas abrange critérios muito semelhantes entre os ordenamentos jurídicos europeu, português e brasileiro. É sabido, todavia, que divergências interpretativas sobre algum ponto ou outro presentes nos textos legais citados não sempre de existir¹²¹; facto que, para os estudos jurídicos, é absolutamente salutar que assim o seja.

Assim, e assumindo como alicerce as considerações de Paula Forgioni, tem-se que o termo concentração de empresas vem empregado para identificar várias situações que demonstram a aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado¹²². Portanto, seja por meio de fusões, aquisições ou por formações de empresas comuns, o facto é que existem razões que levam à realização dessas operações de concentração sobre às quais nos debruçaremos logo mais adiante.

1.3 Possíveis razões da concentração e os malefícios e benefícios decorrentes das operações

No que refere ao direito antitruste, mais importante do que considerar as razões que levam os agentes económicos a buscar a sua união com outros é analisar os efeitos

¹²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. Malheiros Editores, 2013, pp. 321.

¹²¹ Conforme já explanado, o enfoque nesta dissertação não é o de pormenorizar as discussões acerca das divergências doutrinárias sobre os critérios para se considerar realizada (ou não) uma operação de concentração entre empresas. A intenção foi a de comparar as possíveis formas de concentração assumidas pelas três jurisdições citadas.

¹²² FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 413.

da concentração sobre o mercado¹²³. Todavia, entende-se que trazer à baila algumas das principais razões das concentrações de empresas já estudadas é relevante para auxiliar na compreensão da autorização ou proibição de algumas operações¹²⁴.

Neste tópico, tomar-se-ão como parâmetro os estudos realizados por Phillip Areeda, Louis Kaplow e Aaron Edlin¹²⁵. Para estes autores, a concentração de empresas pode encontrar motivação em razões anticompetitivas, no sentido de que os agentes económicos, com o fito de neutralizar a concorrência, recorrem às concentrações como uma das formas de se atingir posições monopolísticas¹²⁶.

A anticompetitividade do comportamento encontra-se no facto de que a empresa adquirente pretende arrefecer a concorrência do rival e, para tanto, toma para si o *market share* da empresa adquirida, e a remove do mercado¹²⁷. Sob o ponto de vista defensivo, a concentração seria, também, uma maneira de as empresas melhor fazerem frente a um concorrente atual ou futuro, ou mesmo anteciparem-se a possíveis investidas hostis, podendo vir a tornar-se alvos de aquisições¹²⁸.

Uma outra razão considerada é a de que a concentração pode ser capaz de tornar mais fácil a entrada de um agente económico em um novo mercado ou ajudá-lo a expandir os seus negócios (“*easier expansion or entry*”) por meio da compra de ativos como pessoal especializado, patentes ou mesmo direitos de propriedade intelectual da empresa já existente¹²⁹. Afinal, “*it is undoubtedly faster to buy a going business than to build one from the ground up*”¹³⁰. Neste ponto, todavia, ressalva-se o facto de que rapidez e economia para o adquirente não são, por si sós, benéficas para a sociedade. A mera transferência de propriedade da atividade de uma empresa para outra é, no máximo, um acontecimento socialmente neutro e pode, claro, ser prejudicial quando elimina um concorrente significativo ou, de outra maneira, ameaça a concorrência¹³¹.

¹²³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e Globalização Económica: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 25.

¹²⁴ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p. 418.

¹²⁵ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Antitrust Analysis: problems, text and cases*. New York: Aspen Publishers. 6th ed, 2004, pp. 674-678.

¹²⁶ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p. 418.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 30.

¹²⁹ FORGIONI, Paula. *Op. Cit.*, p. 419.

¹³⁰ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Op. Cit.*, p. 674.

¹³¹ *Idem*, p. 675.

Uma terceira razão a motivar a concentração entre agentes económicos é a viabilização de economias de escala e a obtenção de maior eficiência por meio de uma melhor administração dos recursos disponíveis (“*operating efficiencies and scale economies*”¹³²). Tem-se que a possibilidade de redução do custo unitário de produção de bens ou de serviços e o aumento da capacidade de investimento para a racionalização da produção, inovação do produto e maior competitividade internacional são as principais justificativas das empresas aquando da decisão pela concentração¹³³.

Diante de algumas das razões para concentração de empresas apresentadas por Areeda, Kaplow e Edlin, esses autores atentam para o facto de que “*neither social harm nor social benefit will be precisely identifiable or quantifiable in every case. Yet, the lawmaker or interpreter must take care to remember the general benefits of a free market in capital assets*”^{134 135}.

Desse modo, é preciso ter em mente que as operações de concentração de empresas não devem ser taxativamente consideradas, sempre e em qualquer situação, benéficas ou maléficas seja para o consumidor ou para o funcionamento do mercado como um todo. Isso porque é necessária uma análise *in casu* de cada operação levada ao escrutínio das autoridades da concorrência. Além disso, é preciso averiguar-se, também, sob qual viés doutrinal analisa-se determinado ato de concentração, tendo em vista que há considerações teóricas que assumem relevância em detrimento de outras, a depender do enfoque da apreciação. Explica-se.

Do ponto de vista económico, por exemplo, as operações de concentração de empresas oferecem muitos benefícios, dentre os quais incluem-se a obtenção de economias de escala¹³⁶, bem como a inovação e o aperfeiçoamento do mercado. Significa que, sob um viés económico, uma operação de concentração pode ser entendida como um processo capaz de elevar o mercado ao seu mais alto grau de eficiência, de modo a alcançar resultados que não seriam viabilizados se o capital permanecesse pulverizado¹³⁷.

¹³² AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Op. Cit.*, p. 675.

¹³³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 25.

¹³⁴ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Op. Cit.*, p. 677.

¹³⁵ “Nem o dano social nem o benefício social serão precisamente identificáveis ou quantificáveis em todos os casos. No entanto, o legislador ou intérprete deve ter o cuidado de lembrar os benefícios gerais de um livre mercado de bens de capital” (tradução livre da autora).

¹³⁶ ANTUNES, José Engrácia. *Op. Cit.*, p. 62.

¹³⁷ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 8ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 407.

Acresça-se que, para os defensores da Escola de Chicago, a busca pela eficiência é a principal motivação para as concentrações de empresas que, pela maior rapidez com que conquistam poder de mercado, acabam por preterir a escolha pelo esforço que o crescimento interno empresarial exige¹³⁸.

Por outro lado, sob a análise dos preceitos do Direito da Concorrência, os atos de concentração empresarial suscitam algumas preocupações que devem ser consideradas, sob pena de macularem o bom funcionamento da estrutura concorrencial do mercado. Isso porque as operações de concentração também “*podem ser lesivas para a concorrência quando conduzem à eliminação de concorrentes no mercado ou à obstrução da entrada de novos concorrentes, à formação de oligopólios ou monopólios, e ao empobrecimento da liberdade de escolha dos consumidores*”¹³⁹.

No entanto, é preciso lembrar que “(...) nem todas as fusões ou outras formas de concentração têm como fito a redução ou a restrição da concorrência. Pelo contrário, num mundo globalizado em que a concorrência mundial é o contexto onde gravitam cada vez mais empresas, a realização de parcerias, a partilha de conhecimentos, a melhor coordenação de atividades são por vezes formas eficazes de desenvolvimento de novos produtos, de introdução de inovações, com grandes benefícios para os consumidores e com maior eficiência na utilização dos recursos”¹⁴⁰.

Assim, e nos termos do que salienta Ana Maria Nusdeo, em um sentido geral, as operações de concentração constituem um exercício do direito de livre iniciativa, básico à organização do sistema de mercado¹⁴¹. Desse modo e, em “decorrência da sua utilidade e imprescindibilidade à economia de mercado, as operações de concentração exigem uma apreciação caso a caso, na qual os efeitos negativos à concorrência e os benéficos à economia como um todo sejam devidamente balanceados, segundo os critérios estabelecidos pelas diferentes legislações de proteção à concorrência”¹⁴².

¹³⁸ MOURA E SILVA, Miguel. Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial. Ed. Almedina, pp. 812.

¹³⁹ ANTUNES, José Engrácia. *Op. Cit.*, p. 62.

¹⁴⁰ CARDOSO, Maria José; TELES, Noémia; CRUZ, José Neves. O controlo de operações de concentração como forma de evitar a emergência de empresas com posição dominante: dos compromissos em especial. *In* Revista Electrónica de Direito, Outubro de 2014, nº. 3, p. 4. Disponível em: <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2014-nordm-3/>

¹⁴¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁴² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Op. Cit.*, pp. 26-27.

O facto é que este dúbio carácter (benéfico ou prejudicial) a revestir as operações de concentração de empresas haverá sempre de existir, sejam elas horizontais, verticais ou na modalidade de conglomerados. Diante disto, urge que se evitem posturas maniqueístas segundo as quais as operações de concentração somente podem assumir rotulações de ilicitude ou licitude, invariavelmente¹⁴³.

As considerações que devem ser feitas referem-se ao grau que as consequências negativas das operações de concentração podem assumir para o regular funcionamento da estrutura concorrencial do mercado. É esta análise, precisamente, que conduz à necessidade de uma intervenção prévia (*ex ante*) por parte das autoridades de defesa da concorrência. O objetivo é prevenir que alterações causadas pelas concentrações possam abalar negativa e substancialmente a livre concorrência nos mercados¹⁴⁴.

Pois bem, da referida necessidade de estabelecer-se um controlo *ex ante* das operações de concentração resulta que “*seja imposta às empresas uma obrigação de notificação prévia*” à autoridade da concorrência, a fim de que esta possa manifestar-se acerca da viabilidade da concentração segundo os critérios concorrenciais¹⁴⁵.

Repare-se, todavia, que nem todas as operações de concentração, seja no regime jurídico concorrencial brasileiro, no português ou no europeu, estão sujeitas ao regime da notificação prévia¹⁴⁶. Faz-se necessário que sejam atendidas determinadas condições, de âmbito qualitativo e quantitativo, a fim de que a operação de concentração em questão seja submetida ao controlo *ex ante*. Ademais, deve-se lembrar que, além de estarem obrigadas a realizar a notificação prévia à autoridade da concorrência, as empresas envolvidas na concentração também devem respeitar o período de suspensão da operação (*standstill obligation ou waiting period*¹⁴⁷).

Significa que, até que a autoridade da concorrência decida, expressa ou tacitamente, sobre a não oposição da concentração (*clearance*), as empresas sujeitas à

¹⁴³ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 111.

¹⁴⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. “Artigo 37.º - Notificação Prévia”. Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Editora Almedina, p. 522.

¹⁴⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. “Artigo 37.º - Notificação Prévia”. Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Editora Almedina, p. 522.

¹⁴⁶ ANTUNES, José Engrácia. *Op. Cit.*, p. 64.

¹⁴⁷ LIEBESKIND, Richard. Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger. Presented to ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting San Francisco, California, 2003, p.2. Disponível em: <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/8/v2/1842/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>

notificação prévia estão impedidas de realizar a operação, sob pena de incorrerem na prática do que a doutrina estrangeira denomina de *gun jumping* e o que tanto o Direito da Concorrência português, quanto o europeu e o brasileiro, por meio dos seus respetivos regimes jurídicos, proíbem com veemência.

CAPÍTULO II – A PRÁTICA INFRACIONAL DO *GUN JUMPING* NO ÂMBITO DO DIREITO EUROPEU, PORTUGUÊS E BRASILEIRO

2.1 O controlo *ex ante* das operações de concentração de empresas e o sistema de notificação prévia

No capítulo anterior, analisamos em que consistem as operações de concentração e como são identificadas nas jurisdições brasileira, portuguesa e comunitária. Além disso, julgou-se oportuno explorar, ainda que brevemente, as razões pelas quais os agentes económicos se concentram, bem como os benefícios e malefícios decorrentes de dessas operações.

O que se observa é que os atos de concentração podem ter implicações muito relevantes em termos de restrição da concorrência¹⁴⁸, tais como a possibilidade de obtenção de posição dominante mediante concentrações horizontais ou mesmo a criação de condições de exclusividade de mercado, no caso das concentrações verticais¹⁴⁹. Referidos exemplos de preocupações concorrenciais demandam um controlo que seja capaz de identificar potenciais prejuízos à concorrência antes mesmo que possam vir a concretizar-se. O objetivo é, pois, o de evitar que operações de concentração venham a constituir infrações de ordem económica, colocando-se em risco as estruturas do mercado.

Trata-se, assim, do denominado controlo *ex ante* das operações de concentração de empresas, segundo o qual a intervenção das autoridades de defesa da concorrência “ocorre de forma prévia, com vistas a prevenir alterações da estrutura concorrencial do

¹⁴⁸ CARDOSO, Maria José; TELES, Noémia; CRUZ, José Neves. O controlo de operações de concentração como forma de evitar a emergência de empresas com posição dominante: dos compromissos em especial. *In* Revista Electrónica de Direito, Outubro de 2014, n.º. 3, p. 5. Disponível em: <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2014-nordm-3/o-controlo-de-operacoes-de-concentracao-como-forma-de-evitar-a-emergencia-de-empresas-com-posicao-dominante-dos-compromissos-em-especial/>

¹⁴⁹ Idem, p. 12.

mercado que possam, no futuro, afectar negativamente a manutenção da liberdade de concorrência nos mercados”¹⁵⁰.

Nesse sistema de análise prévia, tem-se que o negócio jurídico deve submeter-se a uma espécie de cláusula suspensiva, de modo que o negócio não se consume até que a autoridade da concorrência decida por sua aprovação¹⁵¹.

Ainda nesse contexto, corrobora Isabelle de Silva que o controlo *ex ante* das concentrações “(...) met à la charge des entreprises l’obligation de présenter une demande d’autorisation conforme au dispositif applicable, dans les délais prévus par les textes et selon les formes et modalités prescrites. Les entreprises doivent dans ce cadre fournir toutes les informations nécessaires et exactes afin de permettre l’examen par l’Autorité de l’opération”^{152 153}.

O controlo *ex ante* de concentrações é exercido mediante um sistema de notificação prévia à autoridade da concorrência da operação que as empresas pretendem realizar. Diz-se que a notificação é prévia, pois a concentração deve chegar ao conhecimento das autoridades antes que seja consumada, sob pena de colocar-se por terra o sentido de uma análise antecipada da operação de concentração pretendida.

Desse modo e cumpridos alguns requisitos (quantitativos ou qualitativos), deve ser imposta às empresas a obrigação de notificar previamente as operações de concentração, a fim de que as autoridades de defesa da concorrência se possam pronunciar sobre a compatibilidade da operação com o nível de concorrência que se pretende assegurar¹⁵⁴.

Conforme salienta Ana Frazão, são motivos que justificam o controlo prévio das concentrações “a proteção da livre concorrência e a perspectiva de se evitarem danos

¹⁵⁰ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. Anotação ao artigo 37.º - Notificação Prévia *In* Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Editora Almedina, p. 522.

¹⁵¹ MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE. *In* Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, ano 19, n. 22, Jul-Dez, 2012, Coord. Leonor Cordovil, Editora Revista dos Tribunais, pp. 59-60.

¹⁵² SILVA, Isabelle de. Gun jumping: Quelles sont les pratiques à éviter? *Réflexions sur la mise en oeuvre anticipée des opérations de concentration. In* Revista Concurrences, nº 3-2018, (55-66), p. 56.

¹⁵³ [O controlo *ex ante* das concentrações] exige que as empresas apresentem um pedido de autorização de acordo com o regime aplicável, nos prazos previstos nos textos e de acordo com as formas e métodos prescritos. Neste contexto, as empresas devem fornecer todas as informações necessárias e precisas a fim de permitir que a Autoridade [da concorrência] examine a operação. **(Tradução livre da autora).**

¹⁵⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. *Op. Cit.*, p. 522.

irreparáveis ou de difícil reparação, bem como contornar as dificuldades de se ter que anular efeitos de uma operação já consumada na hipótese de uma reprovação”¹⁵⁵.

O controlo *ex ante*, portanto, dos atos de concentração é exercido mediante o sistema de notificação prévia das operação às respetivas autoridades da concorrência. Ao mesmo tempo em que é considerado o mais adequado pela principais jurisdições concorrenciais do mundo, o controlo *ex ante* também suscita o problema da consumação antecipada dos atos (*gun jumping*)¹⁵⁶, conforme será visto ainda neste capítulo.

E como desenvolve-se, pois, o sistema de notificação prévia no Brasil, em Portugal e na União Europeia?

2.1.1 No Brasil

O regime jurídico de defesa da concorrência que vigorava no Brasil por meio da Lei nº 8.884/1994 previa um sistema híbrido de notificação ao CADE, uma vez que permitia a apresentação do ato à Administração Pública previamente ou no prazo de quinze dias após a sua realização. Na prática, todavia, as notificações eram, em sua grande maioria, posteriores à consumação da operação de concentração¹⁵⁷. Até à publicação da atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), o Brasil experimentou o controlo *a posteriori* das concentrações, cujos problemas práticos já eram muito evidentes à época.

Em primeiro lugar, ao permitir que as empresas notificassem a operação apenas após a sua consumação, o controlo posterior de concentração acabava por funcionar como uma espécie de “proteção” para os processos de negociações entre as empresas¹⁵⁸. Significa que, mesmo que uma concentração apresentasse preocupações concorrenciais (capazes, inclusive, de comprometer o *clearance* da operação caso estivesse sob análise de um controlo *ex ante*), as empresas procediam à consumação da concentração, visto saberem estar legalmente respaldadas para fazê-lo. Qualquer controlo por parte da

¹⁵⁵ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124.

¹⁵⁶ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 124.

¹⁵⁷ MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, São Paulo, Editora Atlas, 2015, pp. 157-158.

¹⁵⁸ MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE. *In* Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, ano 19, n. 22, Jul-Dez, 2012, Coord. Leonor Cordovil, Editora Revista dos Tribunais, p. 60.

autoridade da concorrência brasileira ocorreria somente após já terem sido implementados todos os trâmites da negociação.

Tratava-se de uma realidade capaz de tornar praticamente inviável o restabelecimento da realidade econômica anterior caso a operação não fosse aprovada¹⁵⁹. Afinal, como poderia o Estado desfazer a troca de informações concorrencialmente sensíveis que já havia sido realizada durante as negociações, ou mesmo a reestruturação de sistemas de funcionamento de produção, bem como o intercâmbio de técnicas? Na hipótese de ser possível o restabelecimento da situação prévia à concentração, as medidas viabilizadoras desse *status quo ante* eram extremamente custosas para todos os envolvidos no segmento atingido.¹⁶⁰

Em segundo lugar, tem-se que o controle posterior de concentração que vigorava no Brasil apresentava, também, o problema da morosidade da análise dos atos: os agentes econômicos, uma vez já concentrados, frequentemente agiam com descaso em relação ao envio de toda a documentação exigida pela autoridade da concorrência brasileira¹⁶¹.

Conforme se vê, os problemas gerados pelo controle *a posteriori* dos atos de concentração impunham urgência na revisão da lei de defesa da concorrência brasileira até então vigente. O mundo já experimentava uma outra maneira de análise das operações de concentração, por meio do controle *ex ante*. Assim, no ano de 2012, passava a vigorar, no Brasil, a Lei nº 12.529/2011¹⁶² (LDC), com importantes mudanças para a defesa da concorrência naquele país.

Nos dias atuais, portanto, segundo a Lei de Defesa da Concorrência brasileira, a identificação das operações de notificação obrigatória ao CADE envolve dois estágios: a caracterização de um ato como sendo efetivamente de concentração, conforme definido no art. 90 da LDC (e analisado no tópico 1.2 do capítulo anterior desta dissertação); e a

¹⁵⁹ MARRARA, Thiago. *Op. Cit.*, p. 158.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ SILVA, Márcia Luiza. O sistema de análise prévia de atos de concentração e a prática infracional à ordem econômica denominada “gun jumping”: os limites da legítima coordenação antecipada. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018, p. 71.

¹⁶² BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm

identificação dos faturamentos dos grupos das empresas envolvidas na operação de concentração, nos termos do art. 88 da mesma lei¹⁶³.

Assim, observa-se que “nem todos os negócios que geram concentração são de apresentação obrigatória, mas apenas as operações expressamente mencionadas no art. 90. E mesmo estas estão dispensadas de apresentação senão alcançarem os patamares postos pelo art. 88, *caput*, alterados pela Portaria Interministerial 994¹⁶⁴, de 30 de maio de 2012”¹⁶⁵.

Nesse contexto, tem-se que o mero enquadramento da operação na definição de ato de concentração não é suficiente para gerar a obrigatoriedade do controle administrativo prévio e, em razão disso, o legislador brasileiro decidiu pela necessidade da existência de um “filtro financeiro” com vistas a dividir o bloco de concentrações notificáveis das não notificáveis¹⁶⁶.

Note-se, pois, que os requisitos do art. 90 da LDC definem apenas se uma operação pode ser considerada ou não como um ato de concentração, mas não determina, necessariamente, se aquela concentração deve ser submetida à notificação obrigatória no CADE. Conforme dito, esta última análise depende do atendimento dos critérios de faturamento bruto anual ou volume de negócios total registrado no Brasil.

Nos termos do art. 88, da LDC, tem-se que somente deverão ser submetidas ao CADE as concentrações em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais)¹⁶⁷ e, cumulativamente, pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)¹⁶⁸.

¹⁶³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial (Coleção direito econômico/coord. Fernando Herren Aguillar) – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59.

¹⁶⁴ BRASIL. Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 436.

¹⁶⁶ MARRARA, Thiago. *Op. Cit.*, p. 162.

¹⁶⁷ Valor determinado pela Portaria Interministerial nº 994/2012.

¹⁶⁸ Valor determinado pela Portaria Interministerial nº 994/2012.

Importa ressaltar o facto de que os critérios financeiros adotados pela legislação brasileira são de ordem cumulativa. Significa que, se uma empresa com faturamento superior a setecentos e cinquenta milhões de reais adquirir o controlo de outra que fatura menos de setenta e cinco milhões de reais, não precisará pedir autorização do CADE¹⁶⁹. Igualmente, se nenhum dos agentes envolvidos na operação atingir o patamar de setecentos e cinquenta milhões de reais, não haverá a necessidade de a concentração ser informada¹⁷⁰.

Ademais, tem-se que, segundo o art. 107 do Regimento Interno do CADE¹⁷¹ (RICADE), além de corroborar a informação de que o pedido de aprovação de atos de concentração a que se refere o art. 88 da LDC será prévio, determina que as notificações devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.

Mais uma vez, a regra contida no art. 88, *caput*, da LDC é a de que as operações que alcançam os patamares de faturamento bruto indicados devem ser submetidas à notificação obrigatória no CADE. Todavia, o §7º do mesmo art. 88 determina ser facultado à autoridade da concorrência brasileira requerer a submissão de qualquer ato de concentração que não preenche os critérios de notificação. Referido controlo pode ser exercido até um ano a contar da consumação da concentração de notificação não obrigatória.

Consoante explica Paulo Burnier, “nesses casos, a análise concorrencial é empreendida sob o regime *a posteriori*, isto é, as empresas não precisam suspender os efeitos do ato de concentração, continuando a operar normalmente durante a análise do CADE, devendo se submeter às eventuais restrições ou mesmo reprovação, em que pesem as dificuldades práticas nessa última hipótese, por vezes referidas como *unscramble the scrambled eggs* pela dificuldade de desfazer certas operações já consumadas”¹⁷².

Referida situação “é mais provável nos casos em que as partes envolvidas detenham participação de mercado significativa, mas faturamento não tão expressivo no

¹⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p. 436.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ BRASIL. Regimento Interno do CADE, p. 36. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>

¹⁷² SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 35.

Brasil, como, por exemplo, em mercados de âmbito nitidamente local ou regional”¹⁷³. Nessas hipóteses, os valores mínimos necessários para configurar a notificação obrigatória não são alcançados e as concentrações podem consumir-se antes mesmo da decisão do CADE.

A possibilidade prevista no art. 88, § 7º da Lei nº 12.529/2011 trata-se, portanto, de um poder discricionário do CADE aquando da análise *a posteriori* do ato de concentração e que ainda requer maiores esclarecimentos “por meio de regulamentação e/ou construção jurisprudencial, com vistas a conferir maior segurança jurídica aos administrados”¹⁷⁴.

Vale mencionar, ainda, que essa não é a única possibilidade de controlo posterior previsto na Lei nº 12.529/2011. O art. 59, §1º prevê o controlo de atos de concentração que são, conforme recomendarem as condições do caso concreto, aprovados pelo conselheiro-relator precária e liminarmente. Trata-se de situação que demanda motivos especiais e cuja autorização vale apenas enquanto o Tribunal do CADE não se manifestar definitivamente sobre a operação¹⁷⁵.

Ao analisar um pedido de aprovação de um ato de concentração, a Superintendência-Geral do CADE poderá declarar a operação como complexa e determinar a realização de nova instrução complementar. Concluída esta, poderá a Superintendência-Geral, nos termos do art. 57 da LDC, aprovar o ato sem restrições ou oferecer impugnação ao Tribunal caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.

Diante dessa impugnação ao Tribunal do CADE apresentada pela Superintendência, poderá o requerente apresentar manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação. Após a manifestação do requerente, o conselheiro-relator poderá, nos termos do art. 59, § 1º, da LDC, autorizar precária e liminarmente a realização do ato de concentração até que a operação tenha o mérito analisado pelo Tribunal. Neste caso de autorização liminar, o conselheiro-relator deve

¹⁷³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial (Coleção direito econômico/coord. Fernando Herren Aguillar) – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

¹⁷⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial (Coleção direito econômico/coord. Fernando Herren Aguillar) – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

¹⁷⁵ MARRARA, Thiago. *Op. Cit.*, p. 164.

impor as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.

A possibilidade prevista no art. 59, § 1º, da LDC, trata-se de uma aprovação preliminar da operação de concentração e pode ocorrer após a apresentação de manifestação do requerente face à impugnação do pedido de aprovação do ato de concentração apresentada pela Superintendência-Geral ao Tribunal do CADE.

Diz-se que referida situação é também outro caso de controlo *a posteriori* remanescente na legislação brasileira, pois a realização da operação de concentração já teria sido liminarmente autorizada pelo conselheiro-relator (a depender do caso concreto) sem que o mérito tivesse sido analisado pelo Tribunal, o que viria a acontecer somente após a consumação do ato já ter sido autorizada, ainda que precariamente.

Nota-se, pois, que, embora tenha aderido ao controlo *ex ante* de concentração, a atual LDC brasileira ainda admite a aplicação do controlo *a posteriori* em situações excepcionais e por motivos especiais. Nos termos do que explica Thiago Marrara, “a lógica da mitigação da regra da anterioridade afigura-se simples: é preferível controlar posteriormente a não exercer qualquer controle sobre o mercado”¹⁷⁶.

Por último, tem-se que a Resolução nº 2 do CADE, de 20 de maio de 2012¹⁷⁷ disciplina a notificação dos atos de que trata o art. 88 da Lei nº 12.529/2011, de modo que traz, em formato de anexos, as informações e documentos que devem acompanhar os pedidos de aprovação das concentrações.

2.1.2 Em Portugal

No que refere à jurisdição portuguesa, tem-se que o primeiro regime de defesa da concorrência, instituído pelo Decreto-Lei nº 422/83, de 3 de dezembro, não previa disposições específicas aplicáveis às concentrações, que somente passaram a ser previstas pelo Decreto-Lei nº 428/88, de 19 de novembro¹⁷⁸. Este diploma legal, inclusive, foi o

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Resolução nº 2/2012 do CADE. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view

¹⁷⁸ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, pp. 187-188.

responsável pela introdução do sistema de controlo preventivo das operações de concentração em Portugal¹⁷⁹.

Ao longo dos anos, a legislação antitruste portuguesa experimentou importantes atualizações e alterações, como a criação da Autoridade da Concorrência portuguesa (AdC) pela Lei n.º 18/2003, de 18 de junho. O atual regime jurídico da concorrência português (RJC), instituído pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, além de permanecer dispondo sobre o controlo prévio de concentração, consubstanciou uma reconciliação com o Direito da Concorrência da União Europeia, de modo que, atualmente, o RJC configura uma aplicação em paralelo do regime nacional português bem como do europeu¹⁸⁰.

Seguindo-se raciocínio similar ao explanado para o regime jurídico brasileiro, também no RJC, não são todos os negócios que geram concentração que devem ser obrigatoriamente apresentadas à AdC, mas apenas aqueles que preencham os requisitos presentes no art. 36.º da Lei n. 19/2012. Acresça-se que, mesmo as operações mencionadas no referido dispositivo legal estão dispensadas de notificação prévia caso não alcancem os patamares previstos no art. 37.º do RJC.

Desse modo, as operações de concentração de empresas que ocorram em território português ou que neste tenham ou possam ter efeitos, estão sujeitas à notificação prévia quando preencham, em alternativa, uma das seguintes condições: (i) quota igual ou superior a 50%, ou (ii) quota igual ou superior a 30% e inferior a 50%, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal, por pelo menos duas das empresas, seja superior a 5 milhões de euros; ou (iii) o conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado em Portugal um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos duas dessas empresas, seja superior a cinco milhões de euros¹⁸¹.

Neste ponto, vale atentar para a diferença entre as condições de notificação prévia estabelecidos na legislação brasileira e na portuguesa. Naquela, e conforme

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ SILVA, André Miguel dos Santos Lopes da. O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, julho de 2013, p. 22.

¹⁸¹ ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto. A Nova lei da Concorrência Portuguesa - Notas Preliminares. In Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, vol. I, Jan/Mar 2013, p. 350. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B607aea5e-490f-44cd-a15a-fa86dff038c2%7D.pdf>

explanado, os critérios são cumulativos, de modo que a notificação somente será obrigatória caso sejam obedecidos os parâmetros de faturamento de cada uma das empresas envolvidas na operação. Diversamente, observa-se que o legislador português optou por condicionar a notificação prévia das operações ao atendimento de três condições em caráter alternativo, isto é, preenchido algum deles, deverá a operação ser obrigatoriamente apresentada à AdC.

Para que ocorra, então, a obrigatoriedade de notificação prévia junto à AdC, a operação não pode ser de dimensão comunitária e ainda deve preencher a um dos critérios previstos no art. 37.º do RJC. Essas condições devem ser obedecidas de maneira alternativa. Assim, ou a operação atende ao critério da “quota de mercado” (art. 37.º, nº 1, “a”), ou ao critério “misto” (art. 37.º, nº 1, “b”) ou ao critérios de “volume de negócios” (art. 37.º, nº 1, “c”)¹⁸².

Além disso, outra diferença importante que se nota entre os requisitos para notificação prévia no Brasil e em Portugal refere-se à existência de um limiar qualitativo na legislação portuguesa, o que não ocorre no Brasil. Segundo o regime jurídico da concorrência brasileiro, a obrigatoriedade de notificação prévia de uma operação de concentração depende do preenchimento, cumulativo, dos requisitos de faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, nos termos do previsto no art. 88 da LDC. Trata-se, portanto, da existência, no Brasil, de um limiar apenas quantitativo.

Em Portugal, por sua vez, além do preenchimento dos requisitos quantitativos (volume dos negócios), o art. 37, da Lei nº 19/2012, ainda prevê um limiar qualitativo (quota de mercado) capaz de determinar se uma operação de concentração deve ou não ser notificada à AdC. Ressalte-se, mais uma vez, que, diferente da legislação brasileira, os critérios portugueses para notificação são alternativos. Assim, em que pese a existência de requisitos de limiares qualitativos e também quantitativos, não significa que todos devam restar concomitantemente atendidos na operação submetida à análise. Nos termos literais do art. 37, nº 1, do RJC, “as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preenham **uma das**¹⁸³” condições previstas nas alíneas do dispositivo legal.

¹⁸² GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. Anotações ao art. 37, *In* Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Editora Almedina, p. 419.

¹⁸³ Destaque nosso.

Ainda no que tange às regras de notificação prévia à AdC, considera-se relevante destacar a situação prevista no artigo 38.º do RJC. Segundo este dispositivo legal, quando duas ou mais operações de concentração forem realizadas num período de dois anos, entre as mesmas pessoas e se o conjunto das operações atingir os valores de volume de negócios estabelecidos no n.º 1 do art. 37, haverá a obrigatoriedade de notificação prévia junto à Autoridade da Concorrência.

Interessante notar que, neste caso de conjunto de operações, a “obrigação de notificar existirá mesmo que as concentrações, individualmente consideradas, não superem os já referidos patamares de volume de negócios”¹⁸⁴. Tampouco há a necessidade de “que as várias operações que constituem o conjunto façam parte da mesma área de negócio ou do mesmo setor”¹⁸⁵.

O objetivo do legislador e, diga-se, muito acertadamente, foi o de assegurar que uma determinada concentração não fosse fracionada numa série de vendas de ativos ou partes de uma empresa, ao longo de um determinado período, visando evitar o escrutínio de uma operação de concentração pela Autoridade da Concorrência¹⁸⁶. Por esta razão, permitiu-se que um conjunto de operações fosse notificado em um lapso temporal determinado (dois anos), quando obedecidos os critérios do n.º 1, do art. 37 do RJC, além de ter sido realizado entre as mesmas pessoas.

Diante do exposto e antes que se proceda à análise dos critérios para notificação prévia das operações com dimensão comunitária, é importante que se relembre o facto de que no âmbito do controlo de operações de concentração entre empresas, existe uma estreita articulação entre a competência da AdC e a da Comissão Europeia¹⁸⁷. Significa que, entre a Comissão e os Estados-membros, não existem competências paralelas do que refere às operações de concentração, mas, sim, competências mutuamente excludentes: as concentrações que assumirem dimensão comunitária não poderão ser escrutinadas pela

¹⁸⁴ ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto. A Nova lei da Concorrência Portuguesa - Notas Preliminares. *In* Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, vol. I, Jan/Mar 2013, p. 351. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B607aea5e-490f-44cd-a15a-fa86dff038c2%7D.pdf>

¹⁸⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. *Op. Cit.*, p. 425.

¹⁸⁶ *Idem*, pp. 424-425.

¹⁸⁷ PERES, Joaquim Vieira. Anotações ao artigo 37.º *In* Lei da Concorrência Anotada: lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Editora Almedina, 2016, p. 375.

legislação nacional dos Estados-membros, exceto quando tratar-se de casos de reatribuição de competências¹⁸⁸, cujas regras serão melhor analisadas no próximo tópico.

2.1.3 Na União Europeia

De maneira não diferente dos regimes jurídicos da concorrência analisados até aqui, o controlo de concentração realizado nas operações de dimensão comunitária também é *ex ante*, ou anterior. Significa que a notificação à Comissão Europeia será obrigatória e prévia, com o fim de garantir um controlo eficaz de todas as concentrações¹⁸⁹.

Deste modo, tem-se que o regime de notificações para concentrações de dimensão comunitária deve obedecer aos ditames presentes no Regulamento (CE) das Concentrações Comunitárias n.º 139/2004 (RCC)¹⁹⁰ e complementado pelo Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de execução daquele primeiro¹⁹¹.

Assim, o artigo 4.º, n.º 1 do RCC prevê que as concentrações de dimensão comunitária devem ser notificadas à Comissão antes da sua realização e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo¹⁹². Consoante ensina Miguel Moura e Silva, trata-se do momento em que deve ocorrer a notificação¹⁹³.

Observa-se, ainda, que um dos critérios para a notificação prévia junto à Comissão Europeia é o de que a concentração tenha dimensão comunitária e, nos termos do art. 1.º do RCC, assim será quando “i) o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5.000 milhões de euros; e ii) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos

¹⁸⁸ PERES, Joaquim Vieira. Anotações ao artigo 37.º *In* Lei da Concorrência Anotada: lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Editora Almedina, 2016, p. 376.

¹⁸⁹ PAIS, Sofia Oliveira. O Controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência. Livraria Almedina, Coimbra, 1996, p. 417.

¹⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004. Regulamento das concentrações comunitárias. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&qid=1650367017068&from=EN>

¹⁹¹ CUNHA, Carolina. Controlo das Concentrações de Empresas (Direito Comunitário e Direito Português), Coimbra: Almedina, 2005, p. 93.

¹⁹² Regulamento (CE) n.º 139/2004, artigo 4.º, n.º 1.

¹⁹³ MOURA E SILVA, Miguel. Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial. Ed. Almedina, p. 836.

duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro”¹⁹⁴.

O n.º 3 do mesmo artigo 1.º do RCC elenca, por sua vez, as hipóteses em que uma operação de concentração será considerada de dimensão comunitária, ainda que não atinja os limiares de volume de negócios há pouco mencionados.

Além do preenchimento desses requisitos para se proceder uma notificação prévia junto à Comissão, também é possível que se apresente uma notificação nos casos em que as empresas em causa demonstrem a sua intenção de boa-fé de concluir um acordo ou, no caso de uma oferta pública de aquisição, quando anunciarem publicamente a sua intenção de realizar tal oferta, desde que do acordo ou oferta previstos resulte uma concentração de dimensão comunitária.

Referida possibilidade permite que se notifiquem concentrações apenas projetadas, o que acaba por “conferir maior flexibilidade e segurança às decisões das empresas, que passam a poder suscitar a aprovação da Comissão num estágio vinculativamente embrionário das suas operações”¹⁹⁵.

Ainda no que refere aos critérios de notificação das concentrações de dimensão comunitária, importa observar que, diferentemente do que foi explanado aquando dos requisitos de notificação em Portugal, o Regulamento n.º 139/2004 recorre a critérios de notificação, na maioria das vezes¹⁹⁶, relacionados com o volume de negócios das empresas¹⁹⁷. Note-se não haver menção no texto legal sobre critérios de quota de mercado.

E, de facto, não há. Isso porque, e conforme esclarecem Miguel Gorjão-Henriques e Ana João Vide, “(...) no momento da sua introdução no âmbito europeu, o limiar baseado no volume de negócios apresenta algumas vantagens práticas, sobretudo num sistema em rede como o da UE com 27 Estados-membros e incontáveis mercados relevantes, sendo que a consagração de critérios de quota de mercado num quadro

¹⁹⁴ Regulamento (CE) n.º 139/2004, artigo 1.º, n.º 2.

¹⁹⁵ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 94.

¹⁹⁶ As exceções estão nos casos previstos nos artigos 4.º, n.º 5 e 22.º do RCC que preveem critérios não quantitativos de notificação.

¹⁹⁷ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. *Op. Cit.*, p. 417.

pluriestadual como o da União Europeia poderia conduzir a um nível insuportável de insegurança jurídica quanto à notificabilidade das operações”¹⁹⁸.

Nota-se, pois, que, uma vez atingidos os limiares nos moldes do estabelecido pelo art. 1.º do RCC, a concentração será considerada de dimensão comunitária e, portanto, em regra, a competência é da Comissão Europeia para analisar a operação em caso. Por outro lado, as concentrações que se encontrem abaixo daqueles limiares, são de competência dos Estados-membros, devendo ser aplicada a legislação nacional a cada caso concreto.

Essa lógica foi desenvolvida para ser a regra do sistema de organização de competências na União Europeia. Contudo, há exceções. Isto é, existem casos que, mesmo não tendo dimensão comunitária *ab initio*, podem vir a ser apreciados pelos Estados-membros; do mesmo modo que, inversamente, operações com dimensão comunitária podem vir a ser escrutinadas pelos Estados-membros¹⁹⁹. Trata-se do mecanismo de remessa de processos entre a Comissão Europeia e os Estados-membros o qual constitui uma derrogação às regras gerais que determinam a competência com base nos critérios de notificação²⁰⁰.

Seguindo-se a proposta comparativa desta dissertação importa esclarecer que, no Brasil, não há se falar em mecanismo de remessa, da forma como existe entre os Estados-membros que compõem a União Europeia em relação à Comissão. Todas as operações de concentração sujeitas à notificação prévia devem ser apresentadas ao CADE, cuja sede encontra-se na capital do País, em Brasília. Significa que inexistente uma autoridade da concorrência em cada estado da federação brasileira, de modo que as operações de concentração entre empresas de todo o Brasil devem ser reportadas à única autoridade da concorrência brasileira.

Pois bem, até aqui, viu-se que “(...) the rationale for adopting *ex ante* merger control is to prevent competition problems before they arise, because this may be more effective than fixing them after a merger has been put into effect”²⁰¹. O controlo anterior é exercido mediante a notificação à autoridade da concorrência competente e, uma vez

¹⁹⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. *Op. Cit.*, p. 417.

¹⁹⁹ PERES, Joaquim Vieira. *Op. Cit.*, p. 376.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ OECD. Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping. DAF/COMP(2018)11, Novembro- 2018, p. 5. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)11/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)11/en/pdf)

preenchidos os critérios fixados em lei, referida notificação é obrigatória e deve ocorrer previamente à consumação da operação.

Violada essa regra, pode-se estar diante da infração de *gun jumping*, cuja causa não envolve apenas a desobediência às regras de notificação prévia, mas também, a burla ao que se chama de suspensão da concentração, ou *standstill obligation*. Afinal, conforme salienta Sofia Oliveira Pais, “a notificação tem como consequência imediata a suspensão da concentração”²⁰².

O controlo *ex ante*, portanto, suscita alguns problemas como o da possibilidade de as empresas virem a consumir a operação de concentração antes que a autorização (*clearance*) para tanto seja emitida pela autoridade da concorrência²⁰³. O ímpeto voraz pelo fechamento dos negócios pode levar as empresas ao cometimento de *gun jumping*, infração veementemente vedada tanto pelo regime jurídico concorrencial brasileiro, quanto pelo português e pelo europeu, conforme será visto no tópico que segue.

2.2 *Gun Jumping*: uma análise comparativa da identificação e da punição dessa prática nas legislações brasileira, portuguesa e europeia

O termo *gun jumping* (ou *jumping the gun*) é de origem estadunidense e não possui uma tradução específica para o português, mas pode ser entendido como “antecipar-se aos acontecimentos” ou, em linguagem informal, “queimar a largada”²⁰⁴. É o que a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a Federal Trade Commission (FTC) determinam como sendo a variedade de ações que as partes envolvidas na fusão²⁰⁵ podem realizar antes do fechamento da operação a fim de agilizar a integração entre as empresas²⁰⁶.

²⁰² PAIS, Sofia Oliveira. O Controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência. Livraria Almedina, Coimbra, 1996, p. 425.

²⁰³ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 124.

²⁰⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Direito Concorrencial. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. 7, coordenação Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 968.

²⁰⁵ Além da fusão propriamente dita, aqui também devem ser incluídas as modalidades de aquisição como forma de concentração para fins de configuração do *gun jumping*.

²⁰⁶ LIEBESKIND, Richard. Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger. Presented to ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting San Francisco, California, 2003, p.1. Disponível em: <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/8/v2/1842/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>

Em que pese a denominação “gun jumping” ter sido desenvolvida pelos órgãos estadunidenses supracitados, James Modrall e Stefano Ciullo salientam que o termo ainda não é muito bem definido nem pela União Europeia e tampouco pelos Estados Unidos²⁰⁷. Referidos autores ensinam que, usualmente, o termo *gun jumping* “refers to the partial or complete implementation of a merger, acquisition or joint venture earlier than permitted under applicable merger control law. In a broader sense, gun-jumping may also refer to restrictive agreements or practices between companies that are considering an acquisition, if those agreements or practices would be unlawful in any other circumstances”^{208 209}.

Desse modo, pode-se entender o *gun jumping* como a violação do regular procedimento exigido pelo controlo prévio de concentração, isto é, referida prática infracional inclui, tanto a falha na notificação, quando esta for obrigatória, quanto a desobediência ao período de espera (*standstill obligation*), mediante a consumação da operação de concentração antes de proferida a decisão de autorização por parte da autoridade da concorrência.

A essas formas de identificação do *gun jumping*, há classificações específicas ao que a doutrina denomina de *gun jumping* processual (*procedural gun jumping*) e *gun jumping* substantivo (*substantive gun jumping*). Conforme ensinam Joe Winterscheid, Jon Dubrow e Carrie Amezcua: “[...] **procedural gun jumping** occurs when the merging parties fail to observe mandatory premerger notification and waiting period/clearance requirements under applicable merger control laws. Second, when the merging parties are competitors, *gun jumping* can occur as a **form of substantive antitrust offence** where

²⁰⁷ CIULLO, Stefano; MODRALL, James R. Gun-Jumping and EU Merger Control. E.C.R.L., Issue 9, 2003, Sweet and Maxwell Limited. Disponível em: <https://www.clearygartlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/gun-jumping-and-eu-merger-control.pdf>

²⁰⁸ CIULLO, Stefano; MODRALL, James R. Gun-Jumping and EU Merger Control. E.C.R.L., Issue 9, 2003, Sweet and Maxwell Limited. Disponível em: <https://www.clearygartlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/gun-jumping-and-eu-merger-control.pdf>

²⁰⁹ [Gun jumping] refere-se à implementação parcial ou total de uma fusão, aquisição ou joint venture antes do permitido pela lei de controle de concentração aplicável. Em um sentido mais amplo, *gun jumping* também pode se referir a acordos ou práticas restritivas entre empresas que estão considerando uma aquisição, se esses acordos ou práticas forem ilegais em quaisquer outras circunstâncias. **(Tradução livre da autora)**

the parties coordinate their competitive conduct prior to the actual consummation of the transaction”^{210 211}.

Deste modo, tem-se que o *gun jumping* processual (ou formal) ocorre quando as partes deixam de apresentar a notificação prévia obrigatória ou não respeitam o período de espera (*standstill obligation*) até à decisão de *clearance* da autoridade da concorrência, de modo que consumam a operação de concentração de maneira precoce²¹².

O *gun jumping* substantivo (ou material), por sua vez, refere-se aos casos em que as partes, interessadas no ato de concentração, coordenam as suas condutas competitivas antes mesmo da consumação da transação comercial tornar-se efetiva. É o que pode acontecer, por exemplo, quando as partes envolvidas na operação trocam informações concorrencialmente sensíveis de tal modo a praticamente efetivarem a concentração antes do *clearance* da autoridade da concorrência. Em razão da sua importância, inclusive, esse assunto será tratado em tópico apartado ainda neste capítulo.

Como, então, os regimes jurídicos da concorrência português, europeu e brasileiro tratam da identificação e punição do *gun jumping*?

Portugal, em sua nota de contribuição à discussão da OECD acerca da prática do *gun jumping* na União Europeia²¹³, conceituou como *hard* (ou processual) *gun jumping* a falha de notificação prévia de uma concentração quando esta preencha as condições para tanto no art. 37.º da Lei nº 19/2012. Na mesma nota de contribuição, Portugal define como *soft* (ou substantivo) *gun jumping* a violação ao período de suspensão por meio da implementação de uma concentração antes do proferimento da decisão de não oposição por parte da AdC.

Note-se que as classificações criadas para o *gun jumping* apenas configuram novas denominações a proibições que, na verdade, já existem no Regime Jurídico da

²¹⁰ WINTERSCHIED, Joe; DUBROW, Jon; AMEZCUA, Carrie. Merger Control: Gun Jumping Goes Global. *International News*, [s. l.], n. 2, 2010, p. 12. *Apud* SILVA, Márcia Luiza. O sistema de análise prévia de atos de concentração e a prática infracional à ordem econômica denominada “gun jumping”: os limites da legítima coordenação antecipada. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

²¹¹ Destaques nossos.

²¹² BURG, Amanda Karolini. O *Carve-out Agreement* como instrumento (in) capaz de elidir a configuração do Gun Jumping. *In* Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 4, nº 2, novembro-2016, p. 87. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/251>

²¹³ OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by Portugal, DAF/COMP/WD (2018)89, Novembro – 2018, p. 3. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)89/en/pdf)

Concorrência, embora não expressamente classificadas como *gun jumping*. Esta previsão legal consta do art. 40.º, 1, do RJC e abrange as duas modalidades vistas para o *gun jumping*. De modo que, o *hard gun jumping* refere à primeira parte do art. 40.º, 1, do Regime Jurídico da Concorrência, segundo o qual “é proibida a realização de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia antes de notificada (...)”²¹⁴.

Já a modalidade do *soft gun jumping*, por sua vez, refere-se aos casos em que, mesmo cumprida a obrigatoriedade (quando for o caso) da notificação, as empresas procedem à implementação da concentração antes do proferimento da decisão, expressa ou tácita, de não oposição por parte da AdC. Esta prática é prevista pela segunda parte do art. 40.º, 1, da Lei nº 19/2012. Em outras palavras, o *soft* (ou substantivo) *gun jumping* é a violação do período de suspensão da operação de concentração entre a notificação prévia e o proferimento da decisão de não oposição por parte da AdC.

Diante disto, indaga-se: quais os procedimentos adotados pela Autoridade da Concorrência portuguesa para identificação do *gun jumping* e, após identificado, quais as medidas sancionatórias para reprimi-lo?

Normalmente, os casos de potencial *gun jumping* chamam a atenção da AdC ou por sua própria investigação e monitoração *ex officio*, por informações de entidades terceiras (tais como consumidores, competidores, fornecedores, entre outros) ou, ainda, mediante informações fornecidas voluntariamente pelas próprias partes notificantes²¹⁵.

A legislação portuguesa comporta dois tipos de procedimentos para os casos de *gun jumping*²¹⁶. O primeiro deles é o procedimento de supervisão (*supervisory procedure*), no qual a AdC investiga se há evidências suficientes para a ocorrência do *gun jumping*. O segundo refere-se ao procedimento de infração (*infringement procedure*), em

²¹⁴ Há que se fazer uma ressalva, no entanto, quanto à abrangência do *hard gun jumping* no regime da concorrência português. Isto porque, apesar de não constar expressamente na letra da lei, essa modalidade de *gun jumping* envolve não apenas a mera falta de notificação prévia da concentração quando as empresas preenchem as condições previstas no art. 37.º, do RJC, mas também os casos de execução de uma concentração que não tenha sido previamente notificada. Cfr. FONSECA, Margarida Rosado da; FERREIRA, Luís do Nascimento. *O procedimento de controlo das operações de concentração de empresas em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 179.

²¹⁵ OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by Portugal, DAF/COMP/WD (2018)89, Novembro – 2018, p. 7. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)89/en/pdf)

²¹⁶ Ibidem.

que a AdC avalia todos os fatores relevantes com base nos quais pode emitir uma decisão de imposição de multas às empresas infratoras.

Note-se que o preenchimento dos critérios de notificação trata-se apenas de um controlo prévio²¹⁷. Não se revela como uma presunção de compatibilidade ou de incompatibilidade com o direito da concorrência, devendo antes haver uma apreciação substantiva das operações²¹⁸.

Assim, seja por meio de uma investigação *ex officio*, de informações de entidades terceiras ou mesmo por informações voluntariamente cedidas pelas notificantes, se a AdC suspeitar haver elementos caracterizadores do *gun jumping*, poderá, com amparo nos seus poderes de supervisão (art. 43.º, 1, do RJC), solicitar documentos e informações a quaisquer dos envolvidos no ato de concentração a fim de coletar informações capazes de confirmar a presença do *gun jumping*.

Ao final do procedimento de supervisão e colhidas todas as informações necessárias à investigação, a AdC decide se de facto há evidências suficientes acerca da ocorrência do *gun jumping*. A partir de então e com base no acervo informativo ao seu dispor²¹⁹, é permitido à AdC proceder de duas maneiras: (i) ou encerrar a investigação sob o argumento de falta de evidências suficientes acerca da deteção do *gun jumping*; (ii) ou proceder ao início de dois procedimentos paralelos e não excludentes.

É possível que, mesmo após o pedido de informações realizado pela AdC com base no seu poder de supervisão, as empresas ainda não tenham procedido à notificação obrigatória. A esta altura e ao detetar a ausência da notificação (*hard gun jumping*), a AdC abrirá um procedimento oficioso mediante o qual informará às notificantes acerca da obrigatoriedade de procederem à notificação²²⁰ da operação em um prazo razoável e

²¹⁷GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. “Artigo 37.º - Notificação Prévia”. Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Editora Almedina, p. 523.

²¹⁸PERES, Joaquim José Vieira [et al.]. Lei da concorrência anotada: Lei nº 19/2012, de 8 de maio /coord. Carlos Botelho Moniz. Almedina, Coimbra, 2016, p. 443.

²¹⁹OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by Portugal, *Op. Cit.*, p. 4.

²²⁰Note-se que esta comunicação da AdC às empresas para que prestem informações a essa altura da fase de investigação do *gun jumping* não se confunde com as informações solicitadas sob o poder de supervisão da Autoridade (art. 43.º, 1 e 2 do RJC). A notificação que permite a abertura do procedimento oficioso previsto no art. 56.º, 2, do RJC é o que se denomina de “notificação para cumprimento”, cuja inobservância acarreta a possibilidade de imposição de sanções pecuniárias compulsórias, nos termos do art. 72.º, “b”, do RJC, cfr. FONSECA, Margarida Rosado da e FERREIRA, Luís do Nascimento, O procedimento de controlo das operações de concentração de empresas em Portugal : a prática decisória da autoridade da concorrência, à luz da lei nº 18/2003, de 11 de Junho, Coimbra, Almedina, 2009, p. 180.

que, após a notificação, deverá ser respeitado o período de suspensão da operação, nos moldes do art. 40.º, 1, do RJC.

Tendo sido notificada a operação, aplica-se procedimento regular de controlo da operação de concentração e o período de suspensão (*standstill obligation*) inicia-se *ope legis*²²¹. Significa que, até à decisão de não oposição (*clearance decision*) por parte da AdC, as partes notificantes devem manter as negociações suspensas, sob pena de incorrerem em *soft gun jumping*²²².

Assim, seja nos casos de ausência de notificação ou de violação do período de suspensão da concentração, a AdC procederá à abertura do segundo procedimento relativo à investigação do *gun jumping*, qual seja o de imposição de sanções (*infringement procedure*) aos casos de identificação daquela prática²²³.

O *gun jumping* constitui contraordenação punível com coima, nos termos do art. 68.º, 1, 'f', do RJC. Significa que às empresas que incorrerem nesta prática pode ser determinada uma coima de até 10% do volume dos negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC.

Especificamente sobre o *hard gun jumping*, se, mesmo após a abertura do procedimento oficioso (art. 56.º, 2, RJC) as pessoas singulares ou coletivas responsáveis pela notificação da operação não o fizerem, cabe à AdC a decisão pela aplicação de uma sanção pecuniária compulsória não superior a 5% da média diária do volume de negócios do ano anterior à decisão, por cada dia de atraso na notificação da operação. Referida sanção é prevista no art. 72.º, b, do RJC e pode ser aplicada cumulativamente com a coima determinada no art. 69.º, 2, do RJC.

Significa que a coima prevista para a contraordenação do *gun jumping* não exclui, em absoluto, a aplicação da sanção pecuniária obrigatória prevista para cada dia de atraso na notificação.

²²¹ OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by Portugal, *Op. Cit.*, p. 4.

²²² É de notar-se, pois, que o *gun jumping* pode ser cometido pelas empresas envolvidas tanto durante a primeira fase do processo de apreciação, quanto durante a segunda fase, uma vez que, se a AdC após a primeira fase, decidir por dar prosseguimento a uma investigação aprofundada, o período de suspensão mantém-se até o proferimento da decisão final, nos termos do art. 53.º, 1, 'a' ou 'b', do RJC e qualquer consumação de concentração de empresas em desrespeito a esse período de suspensão é também passível de ser considerada *soft gun jumping*.

²²³ OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by Portugal, *Op. Cit.*, p. 5.

Na União Europeia, por sua vez, as regras para se evitar o *gun jumping* devem ser observadas segundo as disposições constantes no Regulamento nº 139/2004 (RCC), o qual mantém o princípio da notificação prévia respeitante às operações de concentração com dimensão comunitária²²⁴.

David Hull esclarece que “under EU law, the term “gun jumping” includes two distinct, though closely related, violations of the EUMR²²⁵: (1) failing to file a merger with the European Commission (a filing is called “notification” in EU parlance) meeting the EUMR thresholds, and (2) implementing a notified merger (called a “concentration” in the EUMR) before obtaining clearance”²²⁶.

Note-se que, também na União Europeia, a noção de *gun jumping* envolve duas violações ao controlo prévio de concentrações. A primeira delas refere-se à ausência de notificação de uma operação com dimensão comunitária, nos termos do que prevê o artigo 4.º, n.º 1, do RCC: “as concentrações de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento **devem ser notificadas** à Comissão **antes da sua realização** (...)”²²⁷.

A segunda identificação de *gun jumping*, por sua vez, nas operações de concentração na União Europeia refere-se à violação à regra de suspensão da operação, período no qual a Comissão deve avaliar se autoriza ou não a operação posta sob o seu escrutínio. Mesmo que notificada, se uma operação de concentração for efetivada pelas empresas antes de proferida a autorização por parte da Comissão (*clearance decision*), ter-se-á violado o artigo 7.º, n.º 1, do RCC.

Consoante elucida Carolina Cunha que, segundo a regra de suspensão, “(...) a operação de concentração não pode concretizar-se (ficando, pois, suspensa) antes de preenchidas duas condições: a respectiva notificação e a subsequente decisão de compatibilidade com o mercado comum (quer se trate de uma decisão de primeira fase,

²²⁴ FROUFE, Pedro Madeira. O Novo Regulamento das Concentrações Comunitárias: notas sobre o reforço do princípio do balcão único e os comportamentos de *Gun-Jumping*. In *Scientia Iuridica*. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIII, nº 298 – Janeiro/Abril, 2004, Universidade do Minho, p. 232.

²²⁵ EUMR: European Union Merger Regulation (Regulamento nº 139/2004).

²²⁶ HULL, David; GORDLY, Catherine. Gun jumping in Europe: an overview of EU and national case law, 11 January 2018, e-Competitions Gun jumping, art. nº 85642, p. 2. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/gun-jumping/gun-jumping-in-europe-an-overview-of-eu-and-national-case-law>

²²⁷ Artigo 4.º, n.º 1, do RCC. Destaque nosso.

de segunda fase, ou tácita; quer seja acompanhada de condições e obrigações, quer não)''²²⁸.

No que refere aos prazos para proferimento das decisões, tem-se que a primeira fase tem início a partir do momento que a Comissão determina que a operação está abrangida pelo RCC²²⁹. Referida fase deve estar concluída após vinte e cinco dias úteis, prazo que começa a correr no dia útil seguinte ao da recepção da notificação ou, caso as informações a facultar na notificação estejam incompletas, no dia útil seguinte ao da recepção das informações completas²³⁰.

Caso conclua que a operação demande uma análise mais aprofundada, a Comissão notifica as empresas destinatárias e expõe os motivos pelos quais possui sérias dúvidas quanto à compatibilidade da operação com o mercado comum. Essa segunda fase consiste na apreciação substancial detalhada da operação²³¹ e, nos termos do art. 10.º, n.º 3, do RCC, a Comissão deverá tomar uma decisão no prazo máximo de noventa dias úteis a contar da data do início do processo.

O mesmo dispositivo do RCC prevê, ainda, que, caso as empresas apresentem compromissos para tornar a concentração compatível com o mercado comum após o decurso de 55 dias úteis após o início do processo, então aquele prazo de 90 dias poderá ser alargado para 105 dias úteis.

Esses seriam os prazos, portanto, que as partes devem esperar antes de efetivar uma operação de concentração com dimensão comunitária, sob pena de incorrerem na prática de *gun jumping*.

As maneiras que a Comissão dispõe para identificação do cometimento de *gun jumping* envolve não apenas a análise dos documentos das empresas, como também pelo monitoramento da imprensa e por informações recebidas por terceiros interessados²³².

²²⁸ CUNHA, Carolina. Comentários ao artigo 36.º do RJC *In* Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, Almedina, p. 103.

²²⁹ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 108.

²³⁰ Artigo, 10.º, n.º 1, do RCC.

²³¹ CUNHA, Carolina. *Op. Cit.*, pp. 113-114.

²³² HAMILTON, Andrea. European Union Section. *In* Gun Jumping in merger control: a jurisdictional guide. Editores: Catriona Hatton; Andrea Hamilton; Yves Comtois. Editora Concurrences, Setembro, 2019, p. 143. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/all-books/gun-jumping-in-merger-control-a-jurisdictional-guide>

As consequências legais para o *gun jumping* na União Europeia envolvem coimas que estão previstas no artigo 14.º, n.º 2, do RCC. A sanção em caso de violação do dever de notificação está prevista no artigo 14.º, n.º 2, alínea “a”²³³, segundo a qual se as empresas, de maneira intencional ou mesmo por negligência, não notificarem uma concentração antes da sua realização, poderá a Comissão aplicar coimas até 10% do volume de negócios total realizado.

No que refere às violações do período de suspensão da concentração, a sanção está prevista no artigo 14.º, n.º 2, alínea “b”, de modo a permitir igualmente à Comissão aplicar coimas até 10% do volume de negócios total das empresas em causa.

Observação importante a ser feita, ainda, respeita à orientação do Tribunal Geral da União Europeia no sentido de que “(...) articles 4(1) and 7(1) impose distinct obligations, even though the violation of the former necessarily violates the latter. As a result, the Commission may impose fines under Art. 14(2)(b) on both grounds concurrently”²³⁴.

Significa que a violação do dever de notificação antes da execução, previsto no n.º 1 do artigo 4.º, implica automaticamente a violação da obrigação de não realizar a concentração antes da notificação e autorização, prevista no n.º 1 do artigo 7.º. Isto significa que a implementação antecipada de uma concentração pode gerar simultaneamente coimas ao abrigo de duas disposições: a que sanciona as violações ao dever de notificação bem como a que sanciona as infrações ao dever de suspensão da concentração²³⁵.

Por fim, tem-se que, no Brasil, a prática do *gun jumping* somente começou a ganhar relevância a partir da promulgação da atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011 – LDC). Isso porque, sob a égide da lei anterior (Lei nº 8.884/94), não havia se falar em consumação antecipada dos atos de concentração, uma vez que inexistia

²³³ O Art. 14.º, 2, “a”, do RCC faz ressalva aos casos de exceção à aplicação de coima pela omissão de notificação, que estão previstos no art. 7.º, n. 2 e 3 do RCC.

²³⁴ HULL, David; GORDLY, Catherine. Gun jumping in Europe: an overview of EU and national case law, 11 January 2018, e-Competitions Gun jumping, art. nº 85642, p. 3. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/gun-jumping/gun-jumping-in-europe-an-overview-of-eu-and-national-case-law>

²³⁵ OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by the European Union, DAF/COMP/WD (2018)95, Novembro – 2018, p. 7. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)95/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)95/en/pdf)

o controle prévio das operações e, sim, o controle *a posteriori*, isto é, a concentração era analisada pela autoridade antitruste somente após consumados todos os atos da operação.

Atualmente, a vedação ao *gun jumping* no regime jurídico da concorrência brasileira está previsto no art. 88, §3º, da LDC²³⁶, cujo teor “estabelece que qualquer operação que preencha os requisitos legais de notificação obrigatória ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) só pode ser consumada após a aprovação prévia da autoridade antitruste”²³⁷. Complementa, ainda, o Regimento Interno do CADE, no art. 107, § 1º, que “as notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação”²³⁸.

Além disso, determina o art. 88, §4º da LDC que “até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas”²³⁹. Mais uma vez, acresce o Regimento Interno do CADE pelo disposto no art. 107, § 2º, segundo o qual “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”²⁴⁰.

Percebe-se, pois, que, de acordo com a LDC, as partes de uma operação de concentração cuja notificação prévia deve ser apresentada ao CADE devem cumprir uma dupla obrigação de *standstill period* até a aprovação do CADE: (i) abster-se de consumir a operação e (ii) manter as condições de concorrência existentes²⁴¹.

²³⁶ BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm

²³⁷ ROSEMBERG, Bárbara; PAOLETTI, Camilla. A consumação prévia de atos de concentração (*gun jumping*) após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011. In *Evolução do Antitruste no Brasil*/ Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.) – São Paulo: Singular, 2018, p. 721.

²³⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Regimento Interno. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>

²³⁹ Lei nº 12.529/2011, art. 88, §4º.

²⁴⁰ Regimento Interno CADE.

²⁴¹ GIANNINI, Adriana; JUNQUEIRA, Denise. What are the perils for *gun-jumping*? In *Merger control in Brazil: frequently asked questions*. Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), p. 102. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/Merger_control_in_Brazil_-_Frequently_asked_questions.pdf

O tempo previsto em lei (art. 88, § 2º, da LDC) para que o CADE avalie o mérito das operações de concentração é de 240 (duzentos e quarenta dias) contados do protocolo da notificação (ou de sua emenda), sendo possível uma extensão máxima de até 90 (noventa) dias²⁴² (art. 88, § 9º, da LDC). Significa que o prazo máximo da autoridade antitruste brasileira para a análise concorrencial é de 330 (trezentos e trinta dias), sob pena de aprovação tácita do ato de concentração²⁴³. Percebe-se, então, que, durante este lapso temporal de, no máximo, 330 dias, as partes envolvidas na concentração não poderão consumir a operação, sob pena de violarem o *waiting period* e, assim cometerem a infração de *gun jumping*.

Importa salientar o facto de que esse período destinado à análise da operação pelo CADE trata-se de um prazo máximo. Significa que, uma vez havendo decidido a autoridade da concorrência brasileira pela aprovação do ato (sem ou com restrições) em período menor que 330 dias, fica autorizada a efetivação da operação de concentração pelas partes, haja vista ter cessado o *standstill period* exigido por lei.

Ainda sobre a dupla obrigação da regra da suspensão da concentração mencionada há poucas linhas, tem-se que uma análise mais cuidada do art. 88, §4º da LDC permite observar a determinação apenas pela preservação das condições de concorrência pelas partes até à decisão do CADE. Uma previsão mais completa e pormenorizada do que viria a ser a preservação das condições de concorrência restou prevista não no referido art. 88 da LDC, mas no Regimento Interno do CADE (art. 107, §2º).

Essa foi a maneira encontrada pelo CADE para tentar sanar a generalidade com que foi tratado o teor do art. 88 da LDC. Essa é, inclusive a observação feita por Márcia Luiza Silva quando diz que “embora a Lei imponha a necessidade de autorização do CADE para a efetivação das concentrações econômicas que se enquadrarem nos requisitos (...), não apresenta, em seu bojo, critérios objetivos capazes de balizar a conduta das partes envolvidas nesse tipo de operação, adotando tipificação aberta, genérica, ao prever, como infrações, a “consumação” de uma operação e a “alteração das condições

²⁴² SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 34.

²⁴³ *Ibidem*.

de concorrência” previamente à aprovação do Órgão Antitruste, o que vem gerando dúvidas no ambiente institucional sobre o que, de fato, caracterizaria o ilícito”²⁴⁴.

Ocorre que, desde o ano de 2015, foi criado pelo CADE o chamado Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica²⁴⁵, ou, simplesmente, Guia do Gun Jumping brasileiro. Tendo por base a experiência obtida pelo CADE durante o período inicial de vigência da Lei 12.529/2011, bem como outras fontes de direito comparado sobre o tema, o referido Guia tem por objetivo orientar os agentes privados no desenho de suas operações. Os parâmetros estabelecidos no Guia têm por fito promover segurança jurídica, diminuir os custos de transação envolvidos em atos de concentração e facilitar a integração lícita entre atividades de agentes econômicos.

Nos termos do que elucidam as palavras introdutórias do próprio Guia do Gun Jumping, os parâmetros elencados no *guideline* estão dispostos de uma forma “propositalmente genérica, haja vista a grande diversidade de configurações de negócios jurídicos que se caracterizam como atos de concentração econômica para fins legais. Assim, cabe inicialmente às partes determinar com maior clareza quais os limites no trato entre agentes econômicos que impeçam a alteração das estruturas físicas e as condições competitivas subjacentes a um ato de concentração econômica”²⁴⁶.

Note-se, portanto, que, em que pese ter-se divulgado um Guia a fim de tentar sanar possíveis generalizações acerca do quais atos promovidos pelas partes poderiam vir a configurar *gun jumping*, as orientações sobre esta infração ainda são genéricas e acabam, ainda, por incumbir às partes a determinação pela clareza dos limites nos tratos com os agentes econômicos. Esse ponto de discussão será mais bem aprofundado no terceiro capítulo desta dissertação.

Pois bem, uma vez identificado o *gun jumping*, quais são as sanções previstas pela legislação brasileira para punir essa infração?

Em julho de 2019, o CADE publicou a Resolução nº 24, segundo a qual o procedimento administrativo para apuração de atos de concentração (APAC) deverá ser

²⁴⁴ SILVA, Márcia Luiza. O sistema de análise prévia de atos de concentração e a prática infracional à ordem econômica denominada “gun jumping”: os limites da legítima coordenação antecipada. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018, pp. 78-79.

²⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Guias do CADE. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna

²⁴⁶ Guia do Gun Jumping brasileiro, *Op. Cit.*, p. 5.

deflagrado em três hipóteses (art. 1º): “(i) atos de concentração notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, nos termos do § 3º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011; (ii) atos de concentração não notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, nos termos do mesmo dispositivo legal; (iii) atos de concentração não notificados, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade, nos termos do § 7º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011”²⁴⁷.

No que refere às situações previstas nos incisos I e II acima elencados, a Resolução nº 24 descreve as possíveis sanções cabíveis. Desse modo, para as hipóteses de atos de concentração notificados e consumados antes da apreciação pelo CADE, e nos casos das operações não notificadas e, também efetivadas prematuramente, o Tribunal Administrativo poderá decidir pelo arquivamento do APAC; pela aplicação de pena de multa pecuniária, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais); pela nulidade dos atos e pela abertura de processo administrativo.

Após o CADE concluir pelo cometimento de *gun jumping* pelas partes, calculará o valor final da coima e as partes podem tentar mitigar o montante determinado, a depender dos argumentos defendidos. De facto, na maioria dos casos de *gun jumping* decididos até o momento, as partes e o CADE alcançaram um consenso quanto ao valor da coima e às condições de pagamento²⁴⁸.

É de se notar, pois, que, após analisados os critérios de identificação do *gun jumping*, bem como as imposições sancionatórias para esta infração tanto no regime jurídico concorrencial português, quanto no europeu e no brasileiro, vê-se tratar-se de uma prática que afronta o sistema do controlo prévio dos atos de concentração em quaisquer jurisdições nas quais a fiscalização *ex ante* é adotada.

Por óbvio que, em razão das peculiaridades inerentes à realidade de cada ordenamento jurídico, diferenças podem ser notadas em relação à concepção e ao tratamento do *gun jumping* seja, no Brasil, em Portugal ou na União Europeia. Todavia, é seguro dizer que esses três regimes da concorrência ora estudados são uníssonos em

²⁴⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Resolução nº 24, de 08 de julho de 2019. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view>

²⁴⁸ GIANNINI, Adriana; JUNQUEIRA, Denise. *Op. Cit.*, p. 102.

entender a consumação prévia dos atos de concentração uma prática danosa à defesa da concorrência e que, por isso, vem sendo notada nos casos concretos analisados pelas respectivas autoridades da concorrência, conforme será analisado a seguir.

2.3 Análise de algumas operações de concentração que suscitaram o tema de *Gun Jumping*

2.3.1 Casos no Brasil:

A primeira discussão acerca do *gun jumping* no CADE ocorreu no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19 (OGX/Petrobrás)²⁴⁹, caso de relatoria da Conselheira Ana Frazão e julgado em 28/08/2013.

Referida operação tratou da aquisição, por parte da OGX Petróleo e Gás S.A., da participação de 40% detida pela Petrobrás em contrato de concessão celebrado com a Agência Nacional de Petróleo para exploração e produção de óleo e gás.

Nos termos do voto, “segundo a Procuradoria, diferentes elementos apontariam para a ocorrência no feito do chamado ‘gun jumping’, isto é, da efetivação prematura do negócio avençado pelas partes sem a necessária autorização do CADE, em violação ao regime de notificação prévia estabelecida pela Lei 12.529/11”²⁵⁰.

Nos termos do analisado pela Procuradoria do CADE, dentre os elementos que levaram à conclusão de efetivação prematura da operação estariam a assunção imediata de direitos e obrigações por parte da OGX nas decisões a serem tomadas pela Petrobrás em relação ao objeto da operação antes mesmo da sua aprovação pelo CADE e o compartilhamento entre as partes de informações e decisões sobre questões concorrencialmente relevantes.

A OGX reconheceu a consumação prematura da operação constatada pelo CADE e, em sede de Acordo em Controle de Concentração (ACC), propôs o recolhimento do valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

²⁴⁹ BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19 (OGX/Petrobras), relatora Conselheira Ana Frazão. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8cdVsWJVE2g4EFnE8NsV32WNRASMvA2ToTIOGZiLqZDgRk8gczdNDUub9P0jvLOeLSdVH8ue2DCd_1SSvrQk3qT

²⁵⁰ BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19 (OGX/Petrobras), relatora Conselheira Ana Frazão, parágrafo 8 do voto.

A Conselheira Relatora entendeu que a pena de nulidade no caso em questão seria “pelo menos à primeira vista, desarrazoada, seja porque não traz nenhum benefício à efetividade da política antitruste, seja porque gera custos sociais gigantescos, a serem arcados principalmente por terceiros de boa-fé, que não estão de forma alguma relacionados à prática infrativa”.

No entanto, em seu voto, deixou claro que “a infração de *gun jumping* é sempre de uma gravidade elevada, mesmo nos casos em que as operações consumadas precocemente não levantem preocupações concorrenciais, uma vez que tal prática representa desafio frontal ao próprio regime de controle prévio de estruturas estabelecido pela Lei nº 12.529/2011”.

Neste caso, a Conselheira Relatora votou pelo conhecimento e aprovação do ato de concentração e homologou o Acordo em Controle de Concentração, com a proposta de recolhimento do valor de três milhões de reais por parte da OGX.

Um outro caso brasileiro, julgado em 20/01/2016, em que discutiu a prática do *gun jumping* foi o Ato de Concentração nº 08700.009018/2015-86²⁵¹ (Cisco/Technicolor), cujo Relator foi o Conselheiro Paulo Burnier.

A operação tratou da aquisição, pela Technicolor S.A. (Technicolor), de uma subsidiária integral da Cisco Systems, Inc. (Cisco) relacionada à sua divisão de negócios de dispositivos conectados. A mesma operação também foi notificada nos Estados Unidos, Canadá, Colômbia, Ucrânia e Países Baixos.

O CADE tomou conhecimento do fechamento, em âmbito mundial da operação de compra de subsidiária integral da Cisco Systems pela Technicolor quando ainda estava sob análise da autoridade antitruste brasileira.

As empresas consumaram a operação no exterior e firmaram um acordo de *carve-out*, por meio do qual as partes isolam, em alguns países específicos, potenciais efeitos nocivos da conclusão da operação que tenha alcance mundial. O argumento das partes

²⁵¹ BRASIL. Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (APAC) nº 08700.011836/2015-49 (Cisco/Technicolor), relator Conselheiro Paulo Burnier. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPjbRcRZ9dT6smBVcEp6itgY6_4agA8JmJdOZASHKBqsV5K-hfEiRskO2kjtvhMwN3kX3A8J1MrHjuwWG2pcay

teria sido no sentido de que a realização do referido acordo seria capaz de elidir o *gun jumping*.

Após tomar conhecimento da suposta consumação prematura da referida operação, a Superintendência Geral do CADE instaurou, *ex officio*, Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração (APAC), de nº 08700.011836/2015-49²⁵². A apuração da conduta das partes permitiu concluir que a operação havia sido, de facto, consumada sem o aval da Autoridade da Concorrência brasileira, caracterizando a prática de *gun jumping*.

Segundo o Conselheiro Relator, em seu voto, salientou que “no caso concreto, o *carve-out agreement* não mereceria ser utilizado como elemento de boa-fé das Representadas, tampouco de atenuação da pena pelas seguintes razões: (i) não houve qualquer menção ao *carve-out* antes do fechamento da operação, (ii) não há qualquer menção ao *carve-out* no Contrato de Compra e Venda, (iii) apesar de tema controverso, o pêndulo pesa visivelmente pela sua inadmissibilidade, tanto no Brasil como no exterior, pelas dúvidas de sua efetividade e pela dificuldade de monitoramento por parte das autoridades de concorrência (...). Diante disto e em razão do exposto, fica registrado, em alto e bom tom: **os acordos de *carve-out* não serão aceitos no Brasil para fins de exclusão ou mitigação da pena de *gun-jumping***”^{253 254}.

Nos termos do parágrafo 38 do voto, “(...) o simples fato da operação não trazer – a priori – problemas concorrenciais não reduz a sua natureza de infração grave à ordem econômica. Isso porque o ato afeta a eficácia do sistema de controle prévio de concentrações, que é estruturado em torno de duas regras fundamentais e complementares: i) a notificação obrigatória das operações que preencham os requisitos do art. 88 da Lei nº 12.529/11 e ii) a obrigação de esperar a aprovação da operação pelas autoridades antitrustes antes de sua conclusão, conhecida na doutrina e jurisprudência estrangeira como *standstill obligation* ou *suspensive effect*”²⁵⁵.

O que ocorreu no caso concreto é que as partes realizaram o fechamento da operação antes do prazo legal de análise, sem qualquer tipo de comunicação prévia às

²⁵² APAC nº 08700.011836/2015-49 (Cisco/Technicolor).

²⁵³ APAC nº 08700.011836/2015-49 (Cisco/Technicolor), parágrafos 58 e 66 do voto.

²⁵⁴ Destaque original do trecho citado.

²⁵⁵ APAC nº 08700.011836/2015-49 (Cisco/Technicolor), parágrafo 38 do voto.

autoridades brasileiras, em afronta ao art. 88 da Lei nº 12.529/2011. Ainda que tenham argumentado no sentido de terem firmado acordo de *carve-out* para fins de blindar a produção de eventuais efeitos negativos no Brasil, o CADE ressaltou que a consumação da operação antes da autorização da autoridade da concorrência brasileira violou a *standstill obligation*, facto, por si só, capaz de configurar o *gun jumping*.

Referido entendimento adotado no sentido de que o *carve-out agreement* é incapaz de ilidir a caracterização do *gun jumping* no Brasil segue o raciocínio de haver “um relativo consenso de que se trata [o *carve-out*] de instrumento de difícil monitoramento para as autoridades da concorrência, cuja eficácia é bastante questionável em termos de evitar a troca de informações sensíveis entre concorrentes”²⁵⁶.

A sanção pecuniária relativa a este caso foi extremamente relevante, tendo sido aplicada no montante de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Entendeu-se que referido valor foi o que melhor correspondeu à ponderação feita no caso concreto com base nos elementos de dosimetria previstos na legislação brasileira, bem como razoáveis e proporcionais à luz dos princípios constitucionais. Na análise, inclui-se a preocupação de assegurar os efeitos dissuasórios que a grave infração concorrencial de *gun jumping* pode trazer ao mercado e aos consumidores de modo geral²⁵⁷.

2.3.2 Casos em Portugal:

DCC-PCC/2019/2²⁵⁸ (Hospital Particular do Algarve, S.A): Em Portugal, um dos casos em que se discutiu o tema do *gun jumping* refere-se à operação de concentração Ccent 2018/45²⁵⁹ - Grupo Hospital Particular do Algarve S.A./Hospital São Gonçalo de Lagos S.A.

Tratou-se de uma operação de concentração que consiste na aquisição pelo Hospital Particular do Algarve, S.A., uma empresa do Grupo HPA Saúde (“Grupo HPA”)

²⁵⁶ SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 56-57.

²⁵⁷ APAC nº 08700.011836/2015-49 (Cisco/Technicolor), parágrafo 92 do voto.

²⁵⁸ PORTUGAL. Processo DCC-PCC/2019/2. Disponível em: https://extranet.concorrenca.pt/PesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?isEnglish=False&Ref=DCC-PCC_2019_2

²⁵⁹ PORTUGAL. Controlo de Concentração nº Ccent 45/2018 (Grupo HPA Saúde / HSGL). Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/ccent/AdC-CCENT_2018_45-Decisao-VNC-final-net.pdf

do controlo exclusivo do Hospital S. Gonçalo de Lagos, S.A. (“Hospital S. Gonçalo”, “HSGL”).

Implementada desde novembro de 2017, a operação de concentração somente foi notificada (voluntariamente) em novembro de 2018, após o processo de averiguação instaurado pela Autoridade em que foi detetada a infração de ausência de notificação prévia. A operação de concentração foi objeto de decisão de não oposição por parte da AdC em setembro de 2019²⁶⁰.

Nos termos do relatado no processo, a operação de concentração deveria ter sido notificada à AdC uma vez que o Grupo Hospital Particular do Algarve criou ou reforçou uma quota igual ou superior a 50% no mercado da prestação de cuidados de saúde hospitalares por unidades privadas no Algarve.

A Autoridade da Concorrência, então, condenou o Hospital Particular do Algarve, S.A. ao pagamento de uma coima no valor total de 155.000 euros por ter realizado uma operação de concentração sem notificação prévia e, portanto, pelo cometimento de *gun jumping*.

Todavia, tendo em conta tratar-se de uma empresa do setor da saúde, a AdC aceitou o pagamento faseado da coima, de modo a evitar algum impacto nos serviços prestados pela empresa, num momento em que o país enfrenta uma pandemia²⁶¹.

Esta foi uma situação de *gun jumping* ocorrida em território nacional português e condenada pela Autoridade da Concorrência, tendo sido o primeiro caso a envolver uma notificação pelo critério da quota de mercado.

DCC-PCC/2021/2 (AOC Health GmbH): Em uma decisão recente²⁶², de 06 de outubro de 2021, a AdC condenou a AOC Health GmbH (AOC Health) ao pagamento de uma coima por ter realizado uma operação de concentração sem notificação prévia à AdC

²⁶⁰ PORTUGAL. Controlo de Concentração nº Ccent 45/2018 (Grupo HPA Saúde / HSGL). Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/ccent/AdC-CCENT_2018_45-Decisao-VNC-final-net.pdf

²⁶¹ Comunicado da Autoridade da Concorrência (04/2020), de 19 de março de 2020. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adc-condena-hospital-particular-do-algarve-sa-por-realizacao-de-uma-operacao-de>

²⁶² PORTUGAL. DCC-PCC/2021/2 (AOC Health GmbH). Disponível em: https://extranet.concorrenca.pt/PesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?isEnglish=False&Ref=DCC-PCC_2021_2

e, conseqüentemente, antes de obter a necessária decisão de não oposição desta Autoridade.

A operação de concentração em causa consistiu na aquisição do controlo exclusivo da Stemplab, empresa detentora das marcas Crioestaminal e Bebecord. Referida operação realizou-se na data de 17 de março de 2020, que consistiu na aquisição, pela AOC Health GmbH (“AOC”), do controlo exclusivo da Polski Bank Komórek Macierzystych Spółka Akcyjna (“PBKM”) que, por sua vez, detém a Stemplab, S.A. (“Stemplab”), filial da PBKM ativa em Portugal²⁶³.

Ocorre que, mesmo tendo sido consumada à data de 17 de março de 2017, a operação de concentração em questão apenas foi notificada à AdC a 8 de maio de 2021. Caso, portanto, claro de *gun jumping*, que, conforme visto, pode ser punível com coima de até 10% do volume de negócios realizado pela empresa.

Nos termos do que se extraiu do resumo ao qual se obteve acesso, “a omissão de notificação de uma operação de concentração limita o poder de intervenção da AdC no sentido de garantir que não são criados ou reforçados entraves à concorrência no mercado, com efeitos potencialmente nefastos e, por vezes, de difícil eliminação. Por essa razão, a obrigação de notificação prévia é um pilar fundamental de todo o sistema de controlo de concentrações e a sua violação é considerada grave”²⁶⁴.

Por esta razão, e considerando que a penalidade à prática de *gun jumping*, além de obedecer aos requisitos legais, deve ser condizente com a gravidade que a infração representa, a AdC condenou a AOC Health, a uma coima no valor de 35.000 euros pela prática de *gun jumping*. Na fixação do referido montante, a Autoridade da Concorrência portuguesa considerou a colaboração da empresa infratora, bem como o facto de a operação ter sido, ainda que *a posteriori*, notificada de forma voluntária.

²⁶³ PORTUGAL. Controlo de Concentração nº Ccent 23/2021 AOC / PBKM*Stemplab). Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/ccent/AdC-CCENT_2021_23-Decisao-VNC-final-net.pdf

²⁶⁴ PORTUGAL. DCC-PCC/2021/2 (AOC Health GmbH). Disponível em: https://extranet.concorrenca.pt/PesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?isEnglish=False&Ref=DCC-PCC_2021_2

2.3.3 Casos na União Europeia:

Caso M.7993 (Altice / PT Portugal)²⁶⁵: Esta operação de concentração refere-se à decisão em que a Comissão impôs uma coima por violação ao período de suspensão, em razão da consumação parcial da operação por parte da empresa Altice.

Em fevereiro de 2015, a Altice comunicou à Comissão os seus planos de aquisição da operadora portuguesa de telecomunicações PT Portugal. Embora a Comissão tenha autorizado condicionalmente a operação em abril de 2015, dirigiu uma comunicação de objeções à Altice dois anos mais tarde, detalhando as suas preocupações sobre eventual implementação prematura da aquisição da PT Portugal por parte da Altice antes que se obtivesse a autorização da Comissão.

Na sua decisão de 24 de abril de 2018, a Comissão concluiu que determinadas disposições do contrato de compra resultaram na aquisição da Altice por permitirem o exercício de influência decisiva sobre a PT Portugal. Exemplo disso seria o facto de que algumas disposições contratuais concediam à Altice direitos de veto sobre decisões relativas aos negócios ordinários da PT Portugal.

Além disso, a Comissão concluiu que, em certos casos, a Altice exerceu efetivamente influência decisiva sobre aspectos do negócio da PT Portugal, por exemplo, ao dar à PT Portugal instruções sobre como realizar uma campanha de marketing e ao procurar e receber informação comercialmente sensível detalhada sobre a PT Portugal fora do quadro de qualquer acordo de confidencialidade.

Nos termos do parágrafo 483 da decisão do caso, “the fact that the acquisition of the possibility to exercise decisive influence and actual exercise of control occurred prior to adoption of the Clearance Decision, and in some instances prior to notification, leads the Commission to the conclusion that Altice has breached Article 7(1) of the Merger Regulation.”²⁶⁶.

²⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. (Case M.7993 – Altice / PT Portugal). Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf

²⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. (Case M.7993 – Altice / PT Portugal). Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf

E, ainda, no parágrafo 491 da mesma decisão, a Comissão decidiu que a Altice violou o disposto no artigo 4.º, nº 1 do RCC: “the Commission concludes that Altice breached its notification obligations under Article 4(1) of the Merger Regulation”²⁶⁷.

Como resultado, a Comissão Europeia multou a Altice por violar, não apenas o requisito de notificação, mas, também, o da obrigação de suspensão e, em razão do *gun jumping* cometido, impôs uma coima total de 124,5 milhões de euros à empresa infratora. Nos termos da decisão (parágrafo 621), “the Commission considers it appropriate to impose fines under Article 14(2) of the Merger Regulation of EUR 62 250 000 for the infringement of Article 4(1) of the Merger Regulation and of EUR 62 250 000 for the infringement of Article 7(1) of the Merger Regulation”.

Caso M.920 (SAMSUNG/AST)²⁶⁸: O primeiro caso da União Europeia em que uma multa foi imposta por *gun jumping* foi o referente à empresa Samsung. Trata-se de um caso julgado no ano de 1998 e, portanto, ainda sob a égide do Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho. Apesar de antigo, julgou-se interessante trazer à baila a análise do primeiro caso julgado pela Comissão Europeia envolvendo *gun jumping*.

Neste caso, a Comissão multou a empresa Samsung em € 33.000 (trinta e três mil euros) por notificar a aquisição da AST quatorze meses após o fechamento da transação.

Segundo o parágrafo 9º da decisão, a Comissão ressalta que referida aquisição constituiu uma concentração com dimensão comunitária, de modo que deveria ter sido notificada nos termos do nº 1 do artigo 4º do Regulamento das Concentrações.

No entanto, a operação foi unicamente notificada em 22 de Abril de 1997. Por conseguinte, a Samsung cometeu uma infração ao nº 1 do artigo 4º e ao nº 1 do artigo 7º do Regulamento das Concentrações.

Complementou, ainda, a Comissão que “considera que devem ser impostas coimas à Samsung, tendo em conta, em especial, o facto de a ausência de notificação e a realização da operação sem autorização da Comissão se terem prolongado por um período de tempo significativamente longo (...), e de, para uma empresa multinacional como a

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. (Case M.920 - SAMSUNG/AST). Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m920_19980218_1265_pt.pdf

Samsung, estes actos de incumprimento constituírem um caso óbvio de negligência que não pode ser ignorado”²⁶⁹.

Tendo em vista as infrações, a Comissão “(...) com o objectivo de penalizar as infrações e para evitar a sua repetição e tendo em conta as circunstâncias do caso e, em especial, o facto de se tratar da primeira vez que aplica o artigo 14º do Regulamento das Concentrações, a Comissão considera adequado aplicar uma coima de: 5 000 euros, relativamente à infração ao nº 1, alínea a), do artigo 14º e 2 000 euros por cada um dos 14 meses de atraso, relativamente a infração ao nº 2, alínea b), do artigo 14º, equivalendo ao montante total de 33 000 euros”.

CAPÍTULO III – A SUGESTÃO DE ELABORAÇÃO DE UM GUIA ESPECÍFICO SOBRE O *GUN JUMPING* NOS DIREITOS PORTUGUÊS E EUROPEU: O EXEMPLO BRASILEIRO COMO REFERÊNCIA

3.1 Importância de se prevenir o *gun jumping* nas operações de concentração

As consequências do *gun jumping* em quaisquer de suas modalidades são lesivas quer para as autoridades da concorrência, que são forçadas a dispender recursos para a investigação sobre a presença de tal ilícito, quer para as empresas envolvidas na concentração prematura, uma vez que, além da possibilidade de sujeitarem-se ao pagamento de altíssimas coimas e mesmo de sanções pecuniárias compulsórias, devem estar cientes de que os negócios jurídicos que violem as regras de suspensão padecem de ineficácia absoluta²⁷⁰.

Mesmo quando não provoca efeitos negativos ao regular funcionamento da concorrência e, posteriormente, venha a ser aprovada, a concentração prematura não está isenta das respetivas punições legais, visto já ter-se configurado o “jumping the gun” aquando da realização do ato antes da autorização pela autoridade da concorrência²⁷¹.

A jurisprudência brasileira, inclusive, já se posicionou no sentido de que, o facto de a consumação antecipada de uma operação não trazer, a priori, consequências

²⁶⁹ UNIÃO EUROPEIA. (Case M.920 - SAMSUNG/AST). Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m920_19980218_1265_pt.pdf

²⁷⁰ CUNHA, Carolina. Anotação ao art. 40.º, In PORTO, Manuel Lopes et al. (coord.), Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense, Almedina, 2013, pp. 443/444.

²⁷¹ OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by Portugal, DAF/COMP/WD (2018)89, Novembro – 2018, p. 5. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)89/en/pdf).

negativas à concorrência não reduz a natureza de infração grave à ordem económica a revestir a prática do *gun jumping*²⁷². É esta, portanto, sempre uma violação de elevada gravidade, uma vez que representa um desafio frontal ao controle prévio das estruturas estabelecido na legislação concorrencial brasileira²⁷³ (e, conforme visto, não apenas no Brasil, mas também em Portugal e na União Europeia).

Repare-se, portanto, que a gravidade do *gun jumping* revela-se por ser uma infração inaceitável, posto que atenta contra a autoridade do Estado de Direito²⁷⁴. Uma vez determinadas as regras do período de suspensão, a obediência às mesmas por parte das empresas envolvidas no ato de concentração²⁷⁵ constitui obrigação irrenunciável, sob pena de incorrerem os envolvidos em afronta cabal e inadmissível ao ordenamento jurídico.

Diante disto e tendo em conta a gravidade elevada do *gun jumping*, nota-se que a prevenção a este ilícito é, portanto, medida que melhor se impõe. Até que seja proferida uma decisão de não oposição por parte da autoridade da concorrência, tem-se por crucial que as empresas envolvidas na operação atuem como competidores independentes que ainda o são²⁷⁶, sob pena de veicularem-se informações ou procederem-se a condutas jurídicas que, a depender do caso, podem caracterizar a consumação prematura do ato de concentração.

Nos capítulos passados desta dissertação, foram analisadas e comentadas as principais formas de *gun jumping*, como sendo a falha quanto à obrigação de notificação prévia das operações de concentração e, também, a violação ao período de suspensão da concentração até que tenha sido proferida a decisão de não oposição por parte da autoridade da concorrência.

²⁷² Ato de Concentração (APAC) nº 08700.011836/2015-49 (Cisco/Technicolor), relator Conselheiro Paulo Burnier.

²⁷³ Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19 (OGX/Petrobras), Relatora Conselheira Ana Frazão.

²⁷⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Direito Concorrencial. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. 7, coordenação Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 969.

²⁷⁵ Quando, obviamente, as empresas estejam sujeitas à notificação prévia obrigatória e ressalvadas as exceções legais.

²⁷⁶ MORRIS, Jeremy R. The consequences of “gun jumping” in mergers and acquisitions. *In* Bricker & Eckler Attorneys at Law Publications, junho de 2017, p. 2. Disponível em: <https://www.bricker.com/insights-resources/publications/the-consequences-of-%E2%80%9Cgun-jumping%E2%80%9D-in-mergers-and-acquisitions>

É de se notar que, tecnicamente e nas acepções doutrinárias tanto portuguesa, quanto comunitária e brasileira, haveria de se falar em *gun jumping*, portanto, apenas nessas duas situações. Ocorre que, outro comportamento muito comum realizado pelas empresas em processo de concentração diz respeito à troca de informações relativas à operação em questão. Afinal, antes de duas empresas independentes decidirem por uma fusão entre elas ou mesmo pela aquisição do controlo de uma sobre a outra, sabem que a busca prévia por informações é crucial para se levar adiante, ou não, a operação de concentração.

A questão com a qual se depara aquando da análise da troca de informações durante um processo de concentração de empresas é no sentido de como avaliar que determinada informação cambiada entre as partes pode ser considerada concorrencialmente sensível a ponto de configurar *gun jumping*?

3.2 O problema da troca de informações concorrencialmente sensíveis

Antes de mais, é preciso ter-se claro o facto de não ser possível estabelecer-se, de maneira genérica e peremptória, que a troca de informações entre as empresas envolvidas em uma operação de concentração seria, em todos os casos, considerada uma prática de *gun jumping*.

Aliás e conforme dito há algumas linhas, tecnicamente, *gun jumping* restaria configurado apenas pelos comportamentos de falha na notificação prévia, bem como a violação ao período de suspensão da concentração. Todavia, adotamos o posicionamento segundo o qual é plenamente possível considerar determinadas trocas de informações como *gun jumping*, uma vez que, a depender do nível de informações trocadas antes da autorização da autoridade da concorrência, a operação pode vir a ser considerada praticamente efetivada.

Nesse sentido, ensinam Kuipers e Butt que, além de pela falha na notificação e pela violação do *standstill obligation*, o *gun jumping* pode se manifestar, também, pela “(...) exchange of competitively sensitive information during a merger process which, particularly in the event of horizontal mergers, may lead to coordination and restrictions of competition between the buyer and the target company prior to merger approval or

closing. Although this is strictly speaking not gun-jumping, it is often mentioned as such when it takes place in the context of a transaction between competitors”^{277 278}.

Mesmo assim, ainda não se pode dizer, de pronto, que a mera troca de informações entre as empresas em processo de concentração é sempre considerado *gun jumping*. Isso porque, o mero compartilhamento de informações entre os agentes económicos pode ser considerado uma atividade normal de *due diligence* durante as tratativas negociais entre as empresas. Afinal, seria impossível imaginarem-se negociações ocorrendo “às cegas”²⁷⁹, sem a ocorrência de qualquer intercâmbio de informações, estas, muitas vezes, importantes e cruciais para a celebração do negócio.

Por outro lado, a depender do nível de troca de informações, bem como do conteúdo compartilhado, é possível que esse comportamento coordenado entre as empresas possa vir a caracterizar uma consumação antecipada dos atos de concentração. E, neste caso, estar-se-ia diante de um caso de *gun jumping*.

Nos termos do que ressalta Carolina Saito, “a preocupação das autoridades antitruste com a troca de informações sensíveis entre concorrentes decorre, sobretudo, da possibilidade de colusão tácita ou explícita entre empresas, com o consequente aumento dos preços, em detrimento dos consumidores e em benefício apenas das empresas envolvidas na colusão”²⁸⁰.

De acordo com o Guia para Associações de Empresas elaborado pela AdC, “a legalidade de uma prática de intercâmbio de informações irá depender não apenas da

²⁷⁷ KUIPERS, Pauline; BUTT, Hera. Double Caution: Gun Jumping risks in M&A Transactions. Março, 2020. Disponível em: <https://www.twobirds.com/en/insights/2020/global/double-caution-gun-jumping-risks-in-m-and-a-transactions>

²⁷⁸ [O *gun jumping* pode se manifestar também por meio da] A troca de informações concorrencialmente sensíveis durante um processo de concentração que, particularmente no caso de concentrações horizontais, pode levar a coordenação e restrições de concorrência entre o comprador e a empresa-alvo antes da aprovação ou fechamento da fusão. Embora, estritamente falando, não seja um tiroteio, é frequentemente mencionado como tal quando ocorre no contexto de uma transação entre concorrentes. (Tradução livre da autora)

²⁷⁹ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 125.

²⁸⁰ SAITO, Carolina. Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. *In* Revista de Defesa da Concorrência (RDC), Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, p. 103. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/70/72>

natureza das informações trocadas, mas igualmente do contexto em que as mesmas são trocadas, em particular, face às características dos mercados em que ocorrem”²⁸¹.

No mesmo sentido é o entendimento da OECD ao esclarecer que “information exchanges among competitors increase transparency in the market, which can lead to efficiency enhancing benefits but may also present competition risks. The challenge for competition enforcers is how to approach this conduct within the context of traditional competition laws since generally jurisdictions around the world do not have specific rules dealing with exchanges of information”^{282 283}.

Importa enfatizar o final do entendimento acima citado no sentido de que, geralmente, as jurisdições ao redor do mundo não possuem regras específicas sobre trocas de informações no contexto do antitruste. Tal facto contribui diretamente para a dificuldade para identificar-se o *gun jumping* no caso de troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Ora, a considerar que o intercâmbio de informações entre empresas também pode ser considerado um comportamento absolutamente comum, de mero *due diligence*, qual seria, pois, o limite a ser respeitado pelas empresas a fim de evitarem o *gun jumping*? Em outras palavras, até que ponto a troca de informações entre as empresas no período anterior à consumação da concentração pode ser considerado abusivo se inexistente um conjunto de regras específicas para tanto?

A Autoridade da Concorrência brasileira, com o intuito de orientar as empresas envolvidas em operações de concentração e ciente da dificuldade em se estabelecer, ao certo, quais as informações que podem ser consideradas concorrencialmente sensíveis ao ponto de configurar *gun jumping*, criou, em 2015, um Guia de Gun Jumping no qual elenca, em rol exemplificativo, algumas informações cuja troca entre empresas pode ser considerada uma consumação antecipada de uma operação de concentração.

²⁸¹ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência (AdC) – Guia para Associações de Empresas, 2016, p. 20. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/2021-06/Guia%20para%20Associac%CC%A7o%CC%83es%20de%20Empresas_AdC.pdf

²⁸² OECD - Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. DAF/COMP (2010)37, Julho, 2011, p. 9. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>

²⁸³ Trocas de informações entre concorrentes contribuem para a transparência no mercado, o que pode levar a benefícios de aumento de eficiência, mas também pode apresentar riscos de concorrência. O desafio para os responsáveis pela concorrência é como abordar essa conduta no contexto das leis tradicionais de concorrência, uma vez que geralmente as jurisdições ao redor do mundo não possuem regras específicas sobre trocas de informações. (Tradução livre da autora)

Referido Guia, que será melhor analisado a seguir, esclarece que algumas dessas informações podem incluir especialmente dados sobre²⁸⁴: a) custos das empresas envolvidas; b) nível de capacidade e planos de expansão; c) estratégias de marketing; d) precificação de produtos (preços e descontos); e) principais clientes e descontos assegurados; f) salários de funcionários; g) principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; h) informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); i) planos de aquisições futuras; j) estratégias competitivas, etc.

Nos termos do que acrescentam Bárbara Rosemberg e Camilla Paoletti, “a troca de informações no contexto de uma negociação, como já indicado, é inerente a qualquer operação, tal como reconhecido no Guia. De qualquer forma, o Guia propõe que informações concorrencialmente sensíveis, principalmente quando não agregadas e quando versem sobre as atividades-fim das empresas envolvidas, não devem ser compartilhadas sem a utilização de mecanismos para minimizar o risco de seu compartilhamento indevido”²⁸⁵.

É possível notar que observar todo esse conjunto de regras do que pode vir a ser considerado abuso na troca de informações sensíveis e, conseqüentemente, cometimento de *gun jumping*, não se trata de tarefa trivial. Pelo contrário, uma vez que a linha é muito tênue para se tentar estabelecer o que configura ou não a consumação prematura da concentração econômica e a coordenação entre agentes²⁸⁶.

Deste modo, diante da complexidade da identificação do *gun jumping* (não apenas no que refere à troca de informações sensíveis) e, ao mesmo, sabendo-se da necessidade de preveni-lo, defende-se que uma das maneiras que podem se mostrar muito eficientes, tanto para a identificação daquela infração, quanto para a sua prevenção, é a elaboração de um Guia específica e unicamente voltado para o *gun jumping*.

Para tanto, sugere-se ter como referência o já mencionado Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica brasileiro (Guia do *Gun Jumping*), que será pormenorizadamente analisado a seguir.

²⁸⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Guias do CADE. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna

²⁸⁵ ROSEMBERG, Bárbara; PAOLETTI, Camilla. A consumação prévia de atos de concentração (gun jumping) após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011. *In* Evolução do Antitruste no Brasil/ Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.) – São Paulo: Singular, 2018, p. 723.

²⁸⁶ Ibidem.

3.3 A estrutura do Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica brasileiro (Guia do *Gun Jumping*)

No ano de 2015 e após a análise de alguns casos, já sob a égide da atual Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), em que se verificou a prática do *gun jumping*, o CADE publicou o chamado Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, ou como é comumente designado, Guia do *Gun Jumping*.

O referido Guia tem por finalidade contribuir para a transparência administrativa, bem como servir como ferramenta meramente orientadora, sem caráter vinculante. Além disso, é dividido em três seções, de modo que a primeira aborda a definição de *gun jumping* e quais atividades podem levar a sua caracterização; a segunda aborda procedimentos específicos que podem ser adotados pelos agentes econômicos de forma a minimizar riscos de verificação de *gun jumping*, tais como o estabelecimento de times limpos (*clean teams*) e salas de conversa (*parlor rooms*) e a terceira e última seção, que elenca possíveis punições que possam ser impostas aos agentes econômicos pelo descumprimento dos preceitos estabelecidos no artigo 88, caput e §3º, da LDC²⁸⁷.

A primeira seção do Guia busca sintetizar as atividades empresariais que podem vir a configurar *gun jumping*. É sabido que a legislação brasileira no art. 88, da LDC já elenca as diretrizes necessárias a fim de se manter a observância e lisura do controle prévio de concentração. Todavia, o que o Guia faz é tentar tornar essas orientações legais ainda mais pormenorizadas e voltadas para aquilo que a prática jurídica empresarial pode deparar-se no cotidiano das operações.

Desse modo, o Guia explica que as atividades que podem vir a ser consideradas *gun jumping* podem ser separadas em três grandes grupos. O primeiro deles e já melhor analisado em linhas anteriores, refere-se à troca de informações entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração. Segundo o Guia, busca-se evitar que informações concorrencialmente sensíveis sejam desnecessariamente transmitidas entre as partes, de forma a prejudicar a concorrência entre elas caso o ato de concentração não seja consumado. As informações que podem ser consideradas

²⁸⁷ Guia do *Gun Jumping*, *Op. Cit.*, p. 6.

concorrencialmente sensíveis são pormenorizadas, em rol exemplificativo, conforme já foi citado.

Em um segundo grupo de atividades que podem vir a ser consideradas *gun jumping* respeitam ao teor das cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos. A preocupação neste ponto é voltada para aquelas cláusulas que podem vir a implicar uma integração prematura das atividades das partes envolvidas no ato de concentração. Assim, o Guia de Gun Jumping elenca algumas dessas cláusulas, mais uma vez, em caráter exemplificativo, dada a miríade de disposições contratuais possíveis para se formalizar um ato de concentração.

Algumas dessas disposições contratuais podem incluir, por exemplo, cláusula de não concorrência prévia; cláusula de pagamento antecipado integral ou parcial de contraprestação pelo objeto da operação, não reembolsável; cláusulas que permitam a ingerência direta de uma parte sobre aspectos estratégicos dos negócios da outra, tais como a submissão de decisões sobre preços e clientes; cláusula de anterioridade da data de vigência do contrato em relação à sua data de celebração, que implique alguma integração entre as partes.

Por fim, o terceiro e último grupo das atividades empresariais que podem vir a gerar preocupações envolvendo *gun jumping* refere-se a atividades das partes antes e durante a implementação da operação de concentração, as quais, segundo o Guia, versam principalmente sobre a consumação efetiva de ao menos parte da operação antes da sua devida aprovação pela autoridade antitruste.

Algumas dessas atividades são: transferência e/ou usufruto de ativos em geral; exercício de direito de voto ou de influência relevante sobre as atividades da contraparte; recebimento de lucros ou outros pagamentos vinculados ao desempenho da contraparte; desenvolvimento de estratégias conjuntas de vendas ou marketing de produtos que configurem unificação da gestão; integração de força de vendas entre as partes; desenvolvimento conjunto de produtos etc.

A segunda seção do Guia, por sua vez, sugere a adoção, por parte das empresas envolvidas na operação de concentração, de alguns procedimentos para diminuição do risco de consumação prévia de atos de concentração econômica. O objetivo das medidas elencadas pelo Guia nesta segunda seção é a de buscar orientar as empresas para que,

durante as negociações, executivos, funcionários ou representantes de uma empresa não tenham acesso a informações concorrencialmente sensíveis da outra.

Entre as medidas sugeridas pelo Guia, encontra-se a sugestão pela criação de comitês independentes, que podem configurar-se em *clean teams*, do qual farão parte funcionários, consultores independentes ou ambos; ou em “comitês executivos”, dos quais farão parte os executivos de cada empresa.

Assim, de acordo com o Guia, 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.

Além disso, o Guia de Gun Jumping sugere que as reuniões do comitê executivo ocorram por meio de *parlor rooms*, devendo ser monitoradas de modo a garantir que nenhuma informação concorrencialmente sensível seja objeto das discussões.

Por fim, a terceira e última seção do Guia de Gun Jumping elenca as possíveis sanções que podem vir a ser aplicadas em caso de cometimento de gun jumping, nos termos do já explanado no capítulo 2. Todavia, o Guia ainda atenta para o facto de que a parametrização da dosimetria da pena, em hipótese de *gun jumping*, deve ter em consideração os requisitos contidos na regra geral do artigo 45²⁸⁸ da Lei 12.529/2011, de modo que dosimetria da pena em caso de *gun jumping* esteja em sintonia com a LDC.

Nota-se, pois, que a intenção do CADE ao elaborar um guia especificamente voltado para o *gun jumping* foi a de “melhor orientar os agentes privados, promover segurança jurídica, diminuir os custos de transação envolvidos em atos de concentração e facilitar a integração lícita entre atividades de agentes econômicos”²⁸⁹.

Trata-se, pois, de um conjunto de orientações disposto, propositadamente de maneira genérica, uma vez que, segundo o próprio Guia, eventual prática de *gun jumping*, deve ser sempre analisada e verificada conforme as particularidades de cada caso, não

²⁸⁸ Artigo 45 da LDC: Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência.

²⁸⁹ Guia do Gun Jumping, *Op. Cit.*, p. 6.

sendo possível fazer generalizações em abstrato que sejam aplicáveis a todas as situações²⁹⁰.

3.4 Como a elaboração de um guia específico para o *gun jumping* no âmbito do direito europeu e português podem ser úteis à identificação e prevenção deste ilícito

Conforme ressaltou o CADE aquando da elaboração do Guia de Gun Jumping, este instrumento possui carácter de orientação das empresas envolvidas em uma operação de concentração, no sentido de definir parâmetros do que pode vir a ser considerado *gun jumping* de acordo com a legislação concorrencial brasileira. A intenção não foi e jamais poderá ser a de esgotar todos os potenciais casos caracterizadores daquela infração. Isso porque “a exata definição do que vem a configurar o *gun jumping* é uma tarefa desafiadora, uma vez que, em meio às negociações a anteciparem uma operação de concentração, inúmeros comportamentos dos agentes económicos podem ser capazes de configurar aquela prática²⁹¹.

É por essa razão que a análise sobre eventual cometimento de *gun jumping* deve ser casuística. Nesse sentido, salienta Ana Frazão que é com essa advertência que devem ser vistos os guias normalmente adotados pelas autoridades da concorrência, uma vez que, “longe de oferecerem parâmetros fixos para a análise ou de serem instrumentos hábeis a propiciar prognoses revestidas de carácter absoluto, os guias apenas podem ter por finalidade conferir à análise concorrencial transparência e critérios mínimos de objetividade”²⁹².

Desse modo, ao se sugerir a criação de um Guia especificamente elaborado para tratar da definição e das atividades que envolvem o *gun jumping*, buscou-se, com respaldo na experiência brasileira, recomendar um instrumento capaz de agregar orientações para a prevenção daquela infração.

Acredita-se ser importante salientar o facto de que um guia de orientação jamais substituirá os ditames estabelecidos em lei. Muito pelo contrário, conforme dito, as

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ PRATES, Rita. Partial implementation and gun jumping, how original. What will they think of next? Chapter Two. *In* Revista de Concorrência e Regulação, Ano XI, nº 41, Jan-Mar de 2020, p. 136.

²⁹² FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136.

orientações do guia costumam assumir um carácter genérico não à toa, haja vista que, a cada caso concreto, a análise concorrencial deverá ser feita utilizando-se do arcabouço legal disponível para tanto. Eventual guia teria servido (ou não) até à decisão da autoridade.

Permite-se frisar, então, que a intenção de se sugerir a criação de um Guia unicamente voltado para o tema de *gun jumping* no presente estudo é a de propor um instrumento que agregue informações e orientações sobre aquela infração, sempre em paralelo com as legislações concorrenciais já existentes. Além disso, a justificativa para se utilizar o Guia de Gun Jumping brasileiro como referência para a criação de um guia semelhante em Portugal e na União Europeia é a de que, nesses regimes jurídicos da concorrência, ainda inexistente uma ferramenta análoga.

Referido facto é possível de ser corroborado, por exemplo, por um questionário publicado na Revista *Concurrences*²⁹³ em que se realizam diversas perguntas sobre o controlo de concentração e o *standstill obligation* em diversas jurisdições. Ao se compararem as mesmas perguntas realizadas tanto para o Brasil, quanto para a União Europeia, verificar-se-á que as respostas não foram as mesmas.

“Have the relevant authorities in your jurisdiction issued internal or external guidelines concerning the scope of the standstill obligation, and/or their authority to enforce it? Please provide a copy/link of such guidance, if possible, in English. Yes, CADE issued the Gun-Jumping Guidelines with a view to providing a mechanism of administrative transparency and orientation with no binding effects. In addition, CADE issued Resolution 24 in July 2019, which establishes specific procedures for investigating possible breaches to the standstill obligation. Most importantly, this Resolution also sets out objective criteria for the application of fines in the event a violation is confirmed by CADE”²⁹⁴.

Para a União Europeia, a mesma pergunta foi realizada, mas conforme dito, a resposta não foi a mesma:

²⁹³ Revista *Concurrences*: Gun Jumping in merger control: a jurisdictional guide. Editores: Catriona Hatton; Andrea Hamilton; Yves Comtois. Editora *Concurrences*, Setembro, 2019. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/all-books/gun-jumping-in-merger-control-a-jurisdictional-guide>

²⁹⁴ ZARZUR, Cristianne; GARRIDO, Marcos. Brazil Section. *In* Gun Jumping in merger control: a jurisdictional guide. Editores: Catriona Hatton; Andrea Hamilton; Yves Comtois. Editora *Concurrences*, Setembro, 2019, p. 62. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/all-books/gun-jumping-in-merger-control-a-jurisdictional-guide>

“Have the relevant authorities in your jurisdiction issued internal or external guidelines concerning the scope of the standstill obligation, and/or their authority to enforce it? Please provide a copy/link of such guidance, if possible, in English. The Commission has not issued guidelines on the scope of the standstill provision. It, however, investigated violations of the standstill obligation and issued decisions, some of which have been challenged before the General Court or the Court of Justice of the European Union. To some extent, guidance may be derived through these cases”²⁹⁵.

Percebe-se, pois, que ao ser questionada, a União Europeia informa que a Comissão ainda não teria elaborado um Guia relacionado ao período de suspensão da concentração, uma das formas de se verificar o *gun jumping*.

Conforme se verá nas próximas linhas, verifica-se que, além de não possuir um guia com orientações sobre o *gun jumping*, parece-nos que a União Europeia tampouco pretende publicar diretrizes da Comissão Europeia nesse sentido. Quando perguntado pela autora sobre se a eventual publicação de um Guia para a prevenção do *gun jumping* na União Europeia poderia ser útil para evitar essa infração, o Professor Doutor Stephan Simon, Senior Expert da área de controlo de concentrações da Comissão Europeia, respondeu que, na sua opinião²⁹⁶, “os casos descobertos até agora foram violações relativamente óbvias da obrigação de *standstill*, mas por motivos diferentes, que provavelmente não teriam sido impedidos por nenhum tipo de Guia. Normalmente, publicamos diretrizes quando há prática decisória e jurisprudência suficientes para ter uma visão consistente e completa sobre determinadas questões jurídicas. Este não é o caso com o *gun jumping* até agora. Portanto, atualmente não pretendemos publicar diretrizes da Comissão”^{297 298}.

²⁹⁵ HAMILTON, Andrea. European Union Section. In *Gun Jumping in merger control: a jurisdictional guide*. Editores: Catriona Hatton; Andrea Hamilton; Yves Comtois. Editora Concurrences, Setembro, 2019, p. 140. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/all-books/gun-jumping-in-merger-control-a-jurisdictional-guide>

²⁹⁶ Nota do Professor Doutor Stephan Simon: “Disclaimer: The views expressed are those of the author and cannot be regarded as stating an official position of the European Commission”.

²⁹⁷ Resposta concedida pelo Professor Doutor Stephan Simon (Senior Expert, DG Competition, Mergers case support and policy (COMP.A.2), quando perguntado pela autora sobre algumas questões relacionadas ao *gun jumping* na União Europeia.

²⁹⁸ “The Commission has a long history of publishing guidelines and notices to explain her policy to citizens and companies alike. Competition Policy is no exception. However, a fine balance needs to be struck between the resources needed for such a project, the importance of such a guideline compared to other areas of competition policy, and the added value to the antitrust community. The cases uncovered so far were relatively obvious breaches of the standstill obligation, but for different reasons (special warehousing, stock market acquisition, blatant implementation etc.), which would most likely not have been prevented by any

Diante desta e de outras pesquisas realizadas, notou-se que, das três jurisdições propostas para o estudo comparativo acerca do *gun jumping* nesta dissertação, chegou-se à conclusão de que apenas o Brasil havia elaborado um Guia de orientação acerca daquela infração.

Portugal não teria participado do referido questionário, mas, até então, tampouco possuía um Guia de Gun Jumping. Todavia, durante as pesquisas para esta dissertação, pudemos ter acesso à informação de que a Autoridade da Concorrência portuguesa (AdC) já elaborou um Guia de Gun Jumping português e utilizou, em larga medida o Guia do CADE como modelo.

Referidas informações foram concedidas pelo Diretor do Departamento de Concentrações da AdC, o Doutor Paulo Gonçalves que, ao ser perguntado se a Autoridade da Concorrência Portuguesa pretendia criar um Guia de *Gun Jumping* e qual a importância que considerava ter esse instrumento, respondeu o seguinte:

“De facto (...), a Autoridade da Concorrência Portuguesa espera vir a publicar, nos próximos meses, um Guia sobre o tema do Gun Jumping que, em larga medida, seguirá o modelo adotado pelo CADE. À semelhança do modelo adotado pelo CADE, pretende-se identificar uma lista (ainda que exemplificativa ou não exaustiva) das atividades e informações consideradas potencialmente sensíveis e em que, conseqüentemente, o acesso antecipado às mesmas acarreta risco de vir a ser considerado (soft) Gun Jumping. Por outro lado, o Guia deverá proceder à identificação de possíveis medidas e cuidados a ter pelas empresas, durante a fase de negociação da transação e antes de terem uma decisão de não oposição da AdC, com vista a mitigar os riscos de (soft) gun jumping identificados. Considero que esta clarificação junto das empresas, por via da publicação de um Guia de Gun Jumping, é fundamental para que as empresas entendam que determinadas trocas de informação potencialmente sensível, durante a fase de negociação da transação e previamente a uma decisão de aprovação da AdC, acarretam riscos e, como tal, devem ser evitadas de todo ou, em última instância, devem ser adotadas medidas efetivas de mitigar tais riscos. Ou seja, à semelhança de outros Guias que a AdC tem vindo a adotar ao nível do antitrust (ex. Guia de Associação de Empresas, entre outros),

sort of Guide. We normally publish guidelines when there is sufficient decisional practice and case law to have a consistent and complete view on certain legal issues. This is not the case with gun jumping so far. Therefore, we currently do not intend to publish Commission guidelines”.

considero que faz parte da missão da AdC ter uma atitude pedagógica e preventiva junto das empresas, com o objetivo de se evitarem determinados comportamentos de risco”²⁹⁹.

Note-se, ainda, que, até à elaboração de um Guia de *Gun Jumping*, Portugal já fazia uso de mecanismos capazes de orientar as empresas sobre o melhor desempenho que deveriam assumir a fim de se manterem em conformidade com a lei.

Refere-se, assim, às Linhas de Orientação Relativas à Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações, que conferem às empresas a possibilidade de consultarem a Autoridade da Concorrência e discutirem aspetos legais, substantivos ou procedimentais da operação, inclusive informações necessárias, quer para efeitos de notificação, quer em sede de investigação³⁰⁰.

Inspirada nas *DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings*^{301 302}, as Linhas de Orientação à Avaliação Prévia exercem um papel fundamental no controlo das operações de concentrações, uma vez que possibilitam antecipar questões relacionadas à futura notificação das empresas. Referido instrumento atende, portanto, às recomendações do *International Competition Network* sobre o desenvolvimento de orientações acerca dos critérios e regras inerentes ao processo de notificação prévia³⁰³.

Aliás, é preciso ressaltar o facto de que as possibilidades de consultoria prévia oferecidas pela Autoridade da Concorrência em sede de avaliação prévia, por si sós, já permitem reduzir o risco quer do *hard*, quer do *soft gun jumping* no direito português. Significa que as partes envolvidas na operação dificilmente podem justificar a prática do *gun jumping* exclusivamente com base na existência de eventuais dúvidas relacionadas

²⁹⁹ Resposta concedida pelo Doutor Paulo Gonçalves, Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações ao ser perguntado, pela autora, sobre se Portugal consideraria a elaboração de um Guia de Gun Jumping e qual a importância que entendia ter o referido instrumento para a defesa da concorrência em Portugal.

³⁰⁰ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. Linhas de Orientação Relativas à Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações, de 27 de dezembro de 2012, parágrafos 6º e 10º, p. 2. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/Linhas%2520de%2520Orientacao%2520Relativas%2520a%2520Avaliacao%2520Previa.pdf>

³⁰¹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. “Artigo 37.º - Notificação Prévia”. Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Editora Almedina, nota 37, p. 534.

³⁰² UNIÃO EUROPEIA. DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, de 20 de Janeiro de 2004. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

³⁰³ International Competition Network (ICN) – Recommended Practices Merger Notification and Review Procedures, Capítulo II, Seção D. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

às questões cuja análise e meios de solução já são viabilizados pela AdC mediante a avaliação prévia³⁰⁴. Se as partes estiverem imbuídas pela boa-fé negocial e propuserem-se a seguir as orientações disponibilizadas pela AdC, dificilmente incorrerão em *gun jumping*.

É preciso enfatizar, portanto, que as Linhas de Orientação Prévia já eram plenamente capazes de identificar o *gun jumping* e orientar as empresas sobre como proceder para evitá-lo. Significa dizer que a inexistência de um Guia especificamente voltado para a análise do *gun jumping*, não impedia a Autoridade da Concorrência portuguesa de identificar e sanar a infração.

A recente notícia dada pela AdC sobre a elaboração e breve publicação do Guia de Gun Jumping em Portugal nos auxilia, portanto, a corroborar a importância que deve ser destinada ao *gun jumping*. Os envolvidos nas operações de concentração em Portugal, agora, poderão usufruir de mais um instrumento capaz de auxiliar nas orientações acerca do que pode vir a ser considerado *gun jumping* e, assim, contribuir para a prevenção dessa infração no meio concorrencial.

Nos debates promovidos pela OECD acerca dos efeitos suspensivos no controlo de concentração, reconhece-se que alguma incerteza em relação às condutas permitidas de *pre-closing* da operação sempre permanece, devido ao contexto específico do caso das regras aplicáveis ao *gun jumping*³⁰⁵.

Todavia, também se reconhece que mais pode ser feito para reduzir incertezas sobre o controlo de concentrações: “to further clarify the rules that apply to pre-notification and during mandatory suspension periods in each jurisdiction; for example by providing detailed guidance in published decisions, through agency guidelines and interventions in public discussions, and through an openness by competition agencies to provide case specific advice to merging companies”^{306 307}.

³⁰⁴ OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by Portugal, DAF/COMP/WD (2018)89, Novembro – 2018, nota 9, p. 4. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)89/en/pdf)

³⁰⁵ OECD. Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping. DAF/COMP (2018)11, Novembro – 2018, parágrafo 80, p. 31. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)11/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)11/en/pdf)

³⁰⁶ Idem, parágrafo 81, p. 31.

³⁰⁷ [Mais pode ser feito para] esclarecer melhor as regras que se aplicam à pré-notificação e durante os períodos de suspensão obrigatória em cada jurisdição; por exemplo, fornecendo-se orientação detalhada em decisões publicadas, por meio de diretrizes das autoridades da concorrência e intervenções em

Em que pese ter-se sugerido a criação de um Guia de *Gun Jumping* tanto para Portugal, quanto para a União Europeia tendo por referência o Guia brasileiro, é importante salientar que não se ignoram os problemas e as imperfeições que permeiam referida publicação do CADE.

Conforme já salientamos, os guias têm por intuito trazer orientações adicionais acerca do tema que se propõe analisar e, para tanto, devem ter como uma de suas finalidades critérios mínimos de objetividade. Nesse último aspecto, acreditamos que o Guia de *Gun Jumping* do CADE possa vir a ser aperfeiçoado e um exemplo disso é quando, em rol exemplificativo, refere-se às cláusulas de pagamento antecipado total ou parcial³⁰⁸ de contraprestação pelo objeto da operação como possível definição de cláusula que, presente em um contrato, pode vir a configurar *gun jumping*.

A considerar que os guias devem possuir critérios mínimos de objetividade, entendemos que se referir apenas a “pagamento parcial” não é capaz de esclarecer, demaneira, satisfatória, o que se poderia considerar por “parcial”. Seria parcial o pagamento de 20%, 30% ou 60% da contraprestação? Não sendo pagamento total, qualquer montante pode ser considerado parcial e uma orientação mais clara a esse respeito não foi oferecida no Guia.

Assim, em que pese entendermos que o Guia de *Gun Jumping* brasileiro precisa de atualizações, sobretudo por considerar que foi publicado no ano de 2015, ainda pensamos que deve ser considerado uma das referências de orientação para a prevenção do *gun jumping* em outras jurisdições.

Nos termos do que enfatiza o Professor Doutor Richard Whish, “it follows that the duty to avoid gun jumping, and the risks associated with it, are a reasonably well-known part of the legal landscape. What is interesting, however, is that this is a topic that has not been explored very much in the legal literature, nor on the conference circuit. Little guidance has been provided by competition authorities on what constitutes gun-jumping, one notable exception to this being the Guidelines for the Analysis of Previous

discussões públicas e por meio de uma abertura por parte das autoridades de concorrência para fornecer conselhos específicos de caso para empresas em fusão. (Tradução livre da autora).

³⁰⁸ Guia *Gun Jumping* brasileiro, p. 8.

Consummation of Merger Transactions of the Brazilian Administrative Council for Economic Defence (CADE) published in September 2016”³⁰⁹ ³¹⁰.

Nesse sentido, importa dizer que as atualizações e deficiências que estejam presentes no Guia de *Gun Jumping* brasileiro não invalidam a sua utilização como referência para criação de guias semelhantes tanto em Portugal (pelo que vimos, já o foi), quanto na União Europeia. Assim e mais do que a indicação de um guia de determinado país a ser seguido como referência, entendemos que o importante é que as jurisdições se valham de mecanismos de qualidade e que sejam capazes de fornecer orientações para a identificação e prevenção ao cometimento de *gun jumping*.

³⁰⁹ WHISH, Richard. Foreword for “Gun Jumping in merger control: a jurisdictional guide”. Editores: Catriona Hatton; Andrea Hamilton; Yves Comtois. Editora Concurrences, Setembro, 2019. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/all-books/gun-jumping-in-merger-control-a-jurisdictional-guide>

³¹⁰ Tem-se que o dever de evitar o *gun jumping* e os riscos associados a ele são uma parte razoavelmente conhecida do cenário legal. O interessante, porém, é que esse é um tema pouco explorado na literatura jurídica, assim como no circuito de conferências. Pouca orientação tem sido fornecida pelas autoridades de concorrência sobre o que constitui *gun jumping*, uma exceção notável a isso é o Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) publicadas em setembro de 2016. **(Tradução livre da autora).**

CONCLUSÃO

Nos últimos anos, as autoridades da concorrência de Portugal, do Brasil e da União Europeia têm-se tornado mais vigilantes aos casos de *gun jumping*. As punições previstas no respetivos regimes jurídicos da concorrência são severas e assim mesmo devem sê-lo. O problema relacionado ao *gun jumping* é real e conforme visto, abala fortemente os ditames que alicerçam a autoridade do Estado de Direito.

Todavia, acredita-se que se deve ir além da punição do *gun jumping*. É preciso envidarem-se esforços para a prevenção da prática. Assim, às empresas caberia o investimento robusto em programas de *compliance* direcionados para estimular todo o corpo empresarial à adoção de todas as precauções concorrenciais possíveis a serem observadas antes da consumação da operação de concentração.

Por outro lado, as autoridades da concorrência estariam incumbidas de fornecer os subsídios informacionais capazes de orientar os agentes económicos no empenho pela prevenção da consumação prematura das concentrações. A sugestão da elaboração de um guia especificamente direcionado para prevenir as práticas do *gun jumping* seria um instrumento importantíssimo para atender às necessidades mencionadas.

Conforme analisado nesta pesquisa, a existência de um guia nesse sentido permitiria a redução dos custos de uma investigação *ex officio* iniciada pelas autoridades para a deteção de eventual *gun jumping*. Para as empresas envolvidas no ato de concentração, diretrizes contidas em um guia neste sentido fornecer-lhes-iam importantes subsídios para melhor orientarem-se acerca da prevenção no cometimento do *gun jumping*, de modo que poderiam ser poupadas de altíssimas coimas e de pesadas sanções compulsórias, além de que poderiam evitar a reversão de operações já consumadas (o retorno ao *status quo ante*).

A consumação prematura das operações de concentração limita a atuação do controlo *ex ante* por parte das autoridades da concorrência, facto capaz de comprometer seriamente o regular funcionamento das estruturas concorrenciais portuguesas, europeias e brasileiras.

A notícia sobre a elaboração e breve publicação do Guia de *Gun Jumping* em Portugal corrobora o estudo aqui defendido de que a prevenção dessa infração é sempre o melhor remédio. Além disso, o facto de a AdC ter utilizado o guia brasileiro como uma

de suas referências confirma que o Guia elaborado pelo CADE continua a figurar como uma das referências mundiais em termos de prevenção da infração, embora necessite de atualizações, consoante ressalvado.

Observa-se que as regras sobre notificação prévia, bem como sobre o período de suspensão são preceitos legais que devem ser obedecidos, sob pena de colocar-se em dúvida a autoridade do Estado, o que restaria como gravíssimo e inaceitável.

Prevenir o *gun jumping* é, pois, estar em consonância com a preservação da liberdade de iniciativa económica, ao mesmo tempo em que se permite defender o salutar desenvolvimento da concorrência em prol da sociedade e da manutenção do Estado democrático de Direito, seja ele português, europeu, brasileiro ou qualquer outro.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias. 2ª edição, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, 1992.

ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto. A Nova lei da Concorrência Portuguesa - Notas Preliminares. *In* Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, vol. I, Jan/Mar 2013. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B607aea5e-490f-44cd-a15a-fa86dff038c2%7D.pdf>

ANTUNES, José Engrácia. Controlo da concentração de empresas e grupos de sociedades. *In* Revista de Concorrência e Regulação, Número 6, Junho de 2011, (61-86). Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR06 - Jose Engracia Antunes.pdf>

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. Antitrust Analysis: problems, text and cases. New York: Aspen Publishers. 6th ed, 2004.

BURG, Amanda Karolini. O *Carve-out Agreement* como instrumento (in) capaz de elidir a configuração do Gun Jumping. *In* Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 4, nº 2, novembro-2016. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/251>

CARDOSO, Maria José; TELES, Noémia; CRUZ, José Neves. O controlo de operações de concentração como forma de evitar a emergência de empresas com posição dominante: dos compromissos em especial. *In* Revista Electrónica de Direito, Outubro de 2014, nº. 3. Disponível em: <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2014-nordm-3/o-controlo-de-operacoes-de-concentracao-como-forma-de-evitar-a-emergencia-de-empresas-com-posicao-dominante-dos-compromissos-em-especial/>

CIULLO, Stefano; MODRALL, James R. Gun-Jumping and EU Merger Control. E.C.R.L., Issue 9, 2003, Sweet and Maxwell Limited. Disponível em: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/gun-jumping-and-eu-merger-control.pdf>

CLARK, J. M. Toward a Concept of Workable Competition, *In* The American Economic Review, vol. 30, n. 2, American Economic Association, 1940, (241–256). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1807048>

COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. *In* Revista dos Tribunais, Ano 56, Janeiro 1967, Vol. 375.

COOK, C.J.; KERSE, C.S. *E.C. Merger Control*. London, Sweet and Maxwell, 2000.

CUNHA, Carolina. Comentários ao artigo 36.º do RJC *In* Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, Almedina.

CUNHA, Carolina. Controlo das Concentrações de Empresas (Direito Comunitário e Direito Português), Coimbra: Almedina, 2005.

FERREIRA, Luís do Nascimento; FONSECA, Margarida Rosado da. O procedimento de controlo das operações de concentração de empresas em Portugal: a prática decisória da Autoridade da Concorrência, à luz da Lei nº 18/2003, de 11 de junho. Almedina, 2009.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FOX, Eleanor M. Definição do termo “Direito da Concorrência” ou “Antitrust” *In* Dicionário da Revista Concurrences. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/Antitrust>

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Direito Concorrencial. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. 7, coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

FROUFE, Pedro Madeira. O Novo Regulamento das Concentrações Comunitárias: notas sobre o reforço do princípio do balcão único e os comportamento de Gun-Jumping. *In Scientia Iuridica*. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIII, nº 298 – Janeiro/Abril, 2004, Universidade do Minho.

GIANNINI, Adriana; JUNQUEIRA, Denise. What are the perils for gun-jumping? *In* Merger control in Brazil: frequently asked questions. Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/Merger_control_in_Brazil_-_Frequently_asked_questions.pdf

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; VIDE, Ana João. Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Editora Almedina.

HAMILTON, Andrea. European Union Section. *In* Gun Jumping in merger control: a jurisdictional guide. Editores: Catriona Hatton; Andrea Hamilton; Yves Comtois. Editora Concurrences, Setembro, 2019. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/all-books/gun-jumping-in-merger-control-a-jurisdictional-guide>

HAMMER, Peter J., Antitrust Beyond Competition: Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intramarket Second-Best Tradeoffs, 98 MICH. L. REV. 849 (2000). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol98/iss4/2>

HOFFMAN, Charles Paul. A Reappraisal of the Canadian Anti-Combines Act of 1889. *In* Queen's Law Journal, vol. 39, n. 1, Fall 2013. Disponível em: <https://journal.queenslaw.ca/sites/journal/files/Issues/Vol%2039%20i1/6.%20Hoffman.pdf>

HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust Policy after Chicago. *In* University of Iowa Legal Studies Research Paper, number 09-21, May 2009.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice, 3rd edition, Thomson West.

HULL, David; GORDLY, Catherine. Gun jumping in Europe: an overview of EU and national case law, 11 January 2018, e-Competitions Gun jumping, art. n.º 85642. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/gun-jumping/gun-jumping-in-europe-an-overview-of-eu-and-national-case-law>

ISSER, Steve N., What Is Workable Competition, Anyway (and Why Should We Care) (December 4, 2016). Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2880147> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2880147>

KUIPERS, Pauline; BUTT, Hera. Double Caution: Gun Jumping risks in M&A Transactions. Março, 2020. Disponível em: <https://www.twobirds.com/en/insights/2020/global/double-caution-gun-jumping-risks-in-m-and-a-transactions>

LIEBESKIND, Richard. Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger. Presented to ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting San Francisco, California, 2003. Disponível em: <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/8/v2/1842/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>

LIMA, Ricardo Filipe Ferreira. *A aplicação do direito da concorrência da União Europeia em simultâneo com o Direito Nacional – problemas e incompatibilidades: melhorias conseguidas com a alteração da lei n.º 18/2003 para a lei n.º 19/2012*. Dissertação de mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em Julho de 2015. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/89550/2/37249.pdf>

MARQUES, Maria Manuel Leitão. Um curso de direito da concorrência. Coimbra Editora, 2002.

MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, São Paulo, Editora Atlas, 2015.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE. In Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, ano 19, n. 22, Jul-Dez, 2012, Coord. Leonor Cordovil, Editora Revista dos Tribunais.

MATEUS, Abel M. *Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência*. In Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. III, Dez. 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/abel-m-mateus-sobre-os-fundamentos-do-direito-e-economia-da-concorrencia/>

MORRIS, Jeremy R. The consequences of “gun jumping” in mergers and acquisitions. In Bricker & Eckler Attorneys at Law Publications, junho de 2017. Disponível em: <https://www.bricker.com/insights-resources/publications/the-consequences-of-%E2%80%9Cgun-jumping%E2%80%9D-in-mergers-and-acquisitions>

MOURA E SILVA, Miguel. Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial. Ed. Almedina.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

OECD - Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. DAF/COMP (2010)37, Julho, 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>

OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by Portugal, DAF/COMP/WD (2018)89, Novembro - 2018. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)89/en/pdf)

OECD - Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by the European Union, DAF/COMP/WD (2018)95, Novembro - 2018. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)95/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)95/en/pdf)

OECD. Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping. DAF/COMP (2018)11, Novembro - 2018. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)11/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)11/en/pdf)

PAIS, Sofia Oliveira. *Entre inovação e concorrência: em defesa de um modelo europeu*. Universidade Católica Editora, Lisboa 2011.

PAIS, Sofia Oliveira. O Controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência. Livraria Almedina, Coimbra, 1996.

PARLAMENTO EUROPEU. Fichas temáticas sobre a União Europeia. A política da concorrência *In* Economia. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/82/a-politica-de-concorrenca>

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial (Coleção direito econômico/coord. Fernando Herren Aguillar) – São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O direito da concorrência em Portugal e na União Europeia. *In* Revista de Direito Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 14, n. 3, p. 173-198, set./ dez. 2017.

PERES, Joaquim Vieira. Anotações ao artigo 37.º *In* Lei da Concorrência Anotada: lei nº 19/2012, de 8 de maio. Editora Almedina, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da Concorrência e bem-estar do consumidor. Tese de doutoramento apresentado à Universidade de São Paulo, Brasil, 2010. p. 89. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/publico/versao_completa_Roberto_Pfeiffer.pdf

POSNER, Richard A. Antitrust Law. Second Edition. The University of Chicago Press.

PRATES, Rita. Partial implementation and gun jumping, how original. What will they think of next? Chapter Two. *In* Revista de Concorrência e Regulação, Ano XI, nº 41, Jan-Mar de 2020.

ROSEMBERG, Bárbara; PAOLETTI, Camilla. A consumação prévia de atos de concentração (gun jumping) após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011. *In* Evolução do Antitruste no Brasil/ Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer (Org.) – São Paulo: Singular, 2018.

SAITO, Carolina. Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. *In* Revista de Defesa da Concorrência (RDC), Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, (92-118). Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/70/72>

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. Malheiros Editores, São Paulo, 2013.

SILVA, André Miguel dos Santos Lopes da. O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, julho de 2013.

SILVA, Isabelle de. Gun jumping: Quelles sont les pratiques à éviter? Réflexions sur la mise en oeuvre anticipée des opérations de concentration. *In* Revista Concurrences, nº 3-2018, (55-66).

SILVA, Márcia Luiza. O sistema de análise prévia de atos de concentração e a prática infracional à ordem econômica denominada “gun jumping”: os limites da legítima coordenação antecipada. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WHISH, Richard. Foreword for “Gun Jumping in merger control: a jurisdictional guide”. Editores: Catriona Hatton; Andrea Hamilton; Yves Comtois. Editora Concurrences, Setembro, 2019. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/all-books/gun-jumping-in-merger-control-a-jurisdictional-guide>

ZARZUR, Cristianne; GARRIDO, Marcos. Brazil Section. *In* Gun Jumping in merger control: a jurisdictional guide. Editores: Catriona Hatton; Andrea Hamilton; Yves Comtois. Editora Concurrences, Setembro, 2019. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/all-books/gun-jumping-in-merger-control-a-jurisdictional-guide>

LEGISLAÇÕES

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Guias do CADE*. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Normas e legislação*. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Publicações Institucionais*. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Regimento Interno*. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Resolução nº 2/2012 do CADE. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Resolução nº 24, de 08 de julho de 2019. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm

BRASIL. Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>

CANADÁ. Government of Canada. “Competition Bureau is celebrating 130 years of competition law in Canada”. Disponível em: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04427.html>

ESTADOS UNIDOS. *Sherman Act*. Disponível em: https://www.ourdocuments.gov/print_friendly.php?flash=false&page=transcript&doc=51&title=Transcript+of+Sherman+Anti-Trust+Act+%281890%29

International Competition Network (ICN) – Recommended Practices Merger Notification and Review Procedures, Capítulo II, Seção D. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

PORTUGAL. Autoridade da Concorrência (AdC) – Guia para Associações de Empresas, 2016. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/2021-06/Guia%20para%20Associac%CC%A7o%CC%83es%20de%20Empresas_AdC.pdf

PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. Linhas de Orientação Relativas à Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/Linhas%2520de%2520Orientacao%2520Relativas%2520a%2520Avaliacao%2520Previa.pdf>

PORTUGAL. Decreto-Lei n° 125/2014, de 18 de agosto. Disponível em: <https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/2021-05/Decreto-Lei-n13-A2014-Estatutos-AdC.pdf>

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n° 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2008/C 95/01). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)&from=PT)

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão relativa à remessa de casos de concentrações (2005/C 56/02). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&qid=1650374382417&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&qid=1650374382417&from=PT)

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão relativa à remessa de casos de concentrações (2005/C 56/02). Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&qid=1650553354232&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&qid=1650553354232&from=PT)

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas. (JO 1998/C 66/05) Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0302\(02\)&qid=1650374729676&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0302(02)&qid=1650374729676&from=PT)

UNIÃO EUROPEIA. DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, de 20 de Janeiro de 2004. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n° 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004. Regulamento das concentrações comunitárias. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&qid=1650367017068&from=EN>

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da Comunidade Europeia (2022/C325). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=EN>

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), (2016, C202). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

DECISÕES ADMINISTRATIVAS

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19 (OGX/Petrobras), Relatora Conselheira Ana Frazão. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8cdVsWJVE2g4EFnE8NsV32WNRASMvA2ToTIOGZiLqZDgRk8gczdNDUb9P0jvLOeLSdVH8ue2DCd_1SSvrQk3qT

BRASIL. Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (APAC) nº 08700.011836/2015-49 (Cisco/Technicolor), relator Conselheiro Paulo Burnier. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPjbRcRZ9dT6smBVcEp6itgY6_4agA8JmJdOZASHKBqsV5K--hfEiRskO2kjtvhMwN3kX3A8J1MrHjuwWG2pcay

PORTUGAL. Controlo de Concentração nº Ccent 45/2018 (Grupo HPA Saúde / HSGL). Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/ccent/AdC-CCENT_2018_45-Decisao-VNC-final-net.pdf

PORTUGAL. Processo DCC-PCC/2019/2. Disponível em: https://extranet.concorrenca.pt/PesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?isEnglish=False&Ref=DCC-PCC_2019_2

PORTUGAL. Controlo de Concentração nº Ccent 23/2021 AOC / PBKM*Stemlab). Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/ccent/AdC-CCENT_2021_23-Decisao-VNC-final-net.pdf

PORTUGAL. DCC-PCC/2021/2 (AOC Health GmbH). Disponível em: https://extranet.concorrenca.pt/PesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?isEnglish=False&Ref=DCC-PCC_2021_2

UNIÃO EUROPEIA. (Case M.7993 – Altice / PT Portugal). Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf

UNIÃO EUROPEIA. (Case M.920 - SAMSUNG/AST). Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m920_19980218_1265_pt.pdf