



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

PARECER Nº 182 / 2013 – PFE CADE/PGE/AGU
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08700.005775/2013-19
REQUERENTES: OGX PETRÓLEO E GAS E PETROLEO
BRASILEIRO S/A
INTERESSADO: SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE

VERSÃO PÚBLICA

Ementa: Ato de Concentração. Análise da prática de atos de consumação da operação antes da notificação ao SBDC. Gun Jumping. Procedimento aplicável. Considerações finais. Conclusão.

Senhor Procurador-Chefe,

Trata-se de requerimento protocolado pelas empresas OGX Petróleo e Gás e PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, nos termos do artigo



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

88 da Lei nº 12.529/2011, por meio do qual se requer a aprovação da operação a seguir descrita pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

De acordo com o que consta dos autos, a operação consiste na aquisição, pela empresa OGX, da totalidade da participação, correspondente a 40% (quarenta por cento), detida pela Petrobrás no Contrato de Concessão nº 48000.003573/97-91, firmado com a ANP para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no Bloco BS-4, localizado na Bacia de Santos, Estado de São Paulo.

Segundo informado pela requerente, o contrato de concessão é atualmente detido pelas empresas Petrobrás (40%), Queiroz Galvão (30%) e Barra Energia (30%). Após a conclusão da operação, a participação da Petrobrás pertencerá à OGX, que passará a deter 40% de participação no contrato de concessão acima mencionado.

A Superintendência-Geral do CADE formula consulta sobre o procedimento a ser adotado para apuração de eventual infração constante do art. 88, §3º da Lei 12.529/11, a que se refere o art. 112 do Regimento Interno do CADE, sem prejuízo de outras considerações.

A presente manifestação abordará inicialmente os aspectos formais e em seguida as conclusões referentes aos dispositivos referidos.

DOS ASPECTOS FORMAIS

O artigo 88, §3º da Lei nº 12.529/2011 previu a impossibilidade de consumação da operação de concentração antes da aprovação pelo CADE



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária entre 60 mil e 60 sessenta milhões de reais e possibilidade de abertura de processo administrativo.

A consumação antes da aprovação do CADE é o que a doutrina chama de “*gum jumping*”¹

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

(...)

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. (g.n.)

Como se observa, a preocupação é evitar que qualquer ato (negócio jurídico) possa ensejar troca de informações indevidas ou integração prematura sem a aprovação do CADE.

O Regimento Interno da Autarquia previu que o CADE pode adotar quaisquer medidas judiciais e administrativas para anulação dos atos já consumados, paralelamente à imposição da multa e eventual apuração de conduta anticompetitiva:

¹ Por *gum jumping* entende-se a troca indevida de informações e/ou a integração prematura entre-as empresas em processo de concentração econômica (MARTINS, Amanda Athayde Linares. *Gum Jumping: controle prévio de estruturas e o CADE*. In: Revista do IBRAC, 2012, p. 57).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

Art. 112. O Cade poderá impor multa às partes que empreendam qualquer ação no sentido de consumação da operação de submissão obrigatória, em desacordo com o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 108, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e não superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do art. 88, § 3º, da Lei nº 12.529, de 2011.39

§2º A multa prevista no caput será imposta sem prejuízo da declaração de nulidade de atos já praticados e de apuração de eventual conduta anticompetitiva, nos termos do art. 69 da Lei nº 12.529, de 2011.

(...)

§ 4º A imposição da multa prevista neste artigo não impede a adoção pelo Cade de quaisquer medidas judiciais e administrativas para anulação dos atos já consumados e para garantir que os efeitos da operação permaneçam sobrestados até a sua apreciação final, sem prejuízo de apuração de eventual infração à ordem econômica.

Sem dúvidas, a consumação de uma operação é algo sensível no regime de autorização prévia de atos de concentração. Até se admite a "integração prematura", mas para tanto se exige não só manifestação da Superintendência Geral como também a deliberação do Tribunal.

É o que se observa a partir da análise dos seguintes dispositivos:

Art. 59 Omissis. (...)

§ 1º O Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

Art 115 do Regimento

§2º O pedido será remetido ao Tribunal com manifestação da Superintendência-Geral a respeito da autorização precária para realização de ato de concentração econômica no prazo de 30 (trinta) dias contados da sua notificação.

§3º O Tribunal apreciará o pedido de autorização precária e liminar, desde que o pedido esteja devidamente instruído, no prazo de 30 (trinta) dias contados do envio do pedido pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da continuidade da instrução do processo administrativo para análise de ato de concentração econômica por parte da Superintendência-Geral.

Nesse sentido, para o caso de ato possivelmente consumado antes da análise do CADE, algumas premissas podem ser lançadas para a indicação sobre o encaminhamento devido:

- i) a consumação da operação deve ser previamente autorizada pelo CADE;
- ii) a consumação sem prévia autorização pode ensejar a nulidade dos atos já praticados, a aplicação de multa e a abertura de processo administrativo;
- iii) A Lei e Regimento outorgaram ao Tribunal, com manifestação da Superintendência Geral, a autorização para consumação precária;
- iv) A consumação sem autorização também tem natureza precária, já que pode ser anulada.

**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE**



Com base na análise acima empreendida, forçoso reconhecer que, embora não haja um disciplinamento explícito sobre o trâmite para a constatação da consumação, a lógica do sistema não pode prescindir de uma manifestação da Superintendência a respeito da eventual consumação da operação e da deliberação subsequente do Tribunal, por simetria implícita.

Forma-se para tanto um incidente, nos mesmos termos do art. 115 do Regimento.

Recebido o incidente e distribuído a um Conselheiro relator, o Tribunal deverá apreciar a existência da consumação, a eventual decretação de nulidade e a aplicação da multa no prazo de 30 (trinta) dias contados do envio do pedido pela Superintendência-Geral.

Embora possa haver continuidade da instrução da análise do ato de concentração econômica por parte da Superintendência-Geral, a eventual decretação de nulidade a ser proferida pelo Tribunal limita a deliberação definitiva da Superintendência.

Esclarecido o procedimento que se entende adequado para a resolução da questão, passa-se a analisar a prática ou não de "gun jumping" no caso concreto.

DO MÉRITO DA ANÁLISE

DO CONHECIMENTO DA OPERAÇÃO

Considerando que o ato de concentração veicula uma operação de aquisição de ativos e que a Petrobrás e a OGX detêm faturamento superior



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE**

a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), respectivamente, conclui-se que a operação deve ser conhecida.

DA ANÁLISE DA PRÁTICA DE *GUN JUMPING*

Como dito anteriormente, com o advento da Lei nº 12.529/2011, observou-se a ocorrência de substancial mudança no procedimento de notificação dos atos de concentração ao SBDC. Enquanto a extinta Lei nº 8.884/94 permitia que os agentes econômicos promovessem a notificação de operações no prazo de até 15 (quinze) dias úteis contados de sua realização, é importante registrar que, a partir do início de vigência do novo diploma legislativo, as operações caracterizadas como atos de concentração econômica passaram a ser notificadas ao CADE antes de sua consumação.

Trata-se da aplicação do conhecido sistema de notificação prévia, adotado pela ampla maioria dos sistemas de defesa da concorrência existentes na atualidade.

Nesse ponto, evidencia-se a ocorrência do chamado *gun jumping* quando se identifica a existência de integração prematura entre os agentes econômicos participantes de determinada operação antes de sua aprovação pela autoridade antitruste, caracterizada por meio da transferência ou usufruto de ativos, de valores mobiliários com direito de voto, troca indevida de informações sensíveis ou mesmo a prática de quaisquer outros atos que possam caracterizar o exercício de influência, pela empresa adquirente, sobre aquela a ser adquirida com a realização da operação.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

No sistema jurídico brasileiro, a matéria encontra-se disposta no já transcrito artigo 88 da Lei nº 12.529/2011. Por ocasião da regulamentação do tema, o Regimento Interno do CADE estabeleceu que:

Art. 108. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, será prévio.

§1º 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.

§2º As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

A partir da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, é possível concluir que a simples assinatura do instrumento vinculativo entre as partes, ou mesmo a realização de atos voltados ao fechamento do negócio, como operações de *due diligence*, não tem o condão de configurar a prática de *gun jumping* no direito brasileiro. Ao contrário, o Regimento Interno do CADE dispõe que a operação deverá ser notificada ao CADE preferencialmente após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes. No entanto, é certo que a notificação deve preceder a prática de qualquer ato de consumação do negócio relacionado à operação.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE**

É a consumação do ato, portanto, que deve nortear o intérprete por ocasião da tarefa de identificar eventual ocorrência ou não de *gun jumping*. Nesse ponto, o §2º do artigo 108 do Regimento Interno do CADE é elucidativo quando, ao regulamentar o tema, destaca a vedação à prática dos seguintes atos – todos de caráter exemplificativo – antes da apreciação final da operação pelo CADE:

- a) Transferências de ativos;
- b) Influência de uma parte sobre a outra;
- c) Troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes

No caso dos autos, a análise dos instrumentos contratuais correspondentes revela que (versão confidencial).

É importante registrar que (versão confidencial) circunstância hábil a permitir a conclusão de que, com a assunção imediata dos direitos e obrigações nele previstos, operou-se a consumação antecipada da operação antes mesmo da aprovação do negócio pelo CADE.

Ao longo desse período intermediário, compreendido entre (versão confidencial). Tal previsão denota a existência de efetiva participação da empresa compradora nas decisões a serem tomadas pela vendedora antes mesmo da aprovação da operação.

Ao contrário do que restou alegado pela OGX, o envolvimento do comprador e o acesso a informações sobre o negócio adquirido não



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE**

ocorreram com a finalidade de propiciar a celebração do contrato, mas foram exercidos após a assinatura do vínculo negocial firmado entre as partes. Com efeito, são os próprios termos contratuais que garantem o **compartilhamento de informações e de decisões sobre aspectos essenciais atinentes à concessão entre agentes econômicos cuja atuação se dá em regime de sobreposição horizontal no mercado relevante.**

No mesmo sentido, não merece prosperar a alegação de que as participações nas reuniões relacionadas ao objeto da concessão se deram com o fim de que o ingresso no ativo ocorra no futuro de modo seguro e eficiente. Ao contrário, a participação da OGX nas decisões (versão confidencial) resulta da celebração do próprio contrato, o qual ostenta caráter vinculante, por não poder ser rescindido ao alvedrio das partes².

Tais circunstâncias atuam no sentido de desconstituir a alegação de que tais prerrogativas seriam instrumentais à celebração da avença.

A partir disso, é possível concluir que a empresa OGX, na qualidade de compradora, passou a desenvolver **postura efetivamente ativa no processo de tomada de decisões relacionadas ao objeto da concessão**, passando a agir, de forma antecipada, como verdadeira titular dos novos ativos antes mesmo da aprovação do negócio jurídico pelo CADE.

(versão confidencial), é emblemático e reforça, quando analisado de forma compartilhada com os demais elementos já citados, a conclusão de que houve a prática antecipada de atos de consumação pelas empresas. No mesmo sentido, (versão confidencial) também tem o condão de

² O instrumento negocial contempla hipótese de rescisão apenas (versão confidencial).



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE**

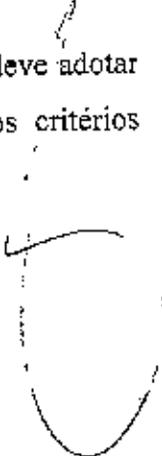
revelar a adoção de um sistema indesejável de compartilhamento de direitos e ônus pela compradora antes da aprovação estatal do negócio.

Em suma, está-se diante, no caso, de um contrato vinculante que produz plenos efeitos desde (versão confidencial).

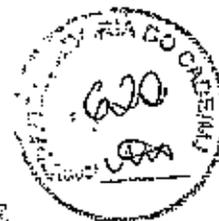
Por fim, ao contrário do que restou destacado pela empresa OGX, não se está a questionar, no caso, se as cláusulas acima apontadas seriam usualmente aplicáveis ou não no mercado de óleo e gás, mas sim a implementação de seus termos antes da aprovação do negócio pelo CADE. Com efeito, o fato de as cláusulas acima mencionadas constituírem, regularmente, os contratos de *farmout* celebrados no mercado não autorizaria a empresa a não notificar a operação no prazo adequado, ou seja, antes da prática de atos que denotem a **prematura integração da compradora à concessão objeto do negócio jurídico celebrado com a vendedora.**

Diante dessas considerações, conclui-se que houve a prática de atos de consumação do negócio antes de sua análise pelo CADE. Nesse sentido, considerando que o instrumento negocial foi firmado após o início da vigência da Lei nº 12.529/2011, restou configurada a prática de "*gun jumping*" no caso em apreço.

Vale ressaltar, por fim, que o Plenário do Tribunal deve adotar como parâmetro para eventual aplicação de multa pecuniária os critérios estabelecidos no artigo 45 da Lei nº 12.529/2011.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE



CONCLUSÃO

Com base no exposto, esta Procuradoria Federal sugere a adoção do procedimento acima delineado para o processamento da questão, ao tempo em que se manifesta pela ocorrência de "gun jumping" no presente caso, a reclamar a adoção de decisão pelo Tribunal Administrativo do CADE a respeito da:

- a) Eventual decretação de nulidade dos atos já praticados;
- b) Aplicação da multa prevista no artigo 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011, observados os parâmetros constantes do artigo 45 do referido diploma legal;
- c) Eventual instauração de processo administrativo.

É o parecer. À apreciação superior.

Brasília-DF, 24 de julho de 2013.

Daniel Gustavo Santos Roque
Coordenador-Geral de Estudos e Pareceres
Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE

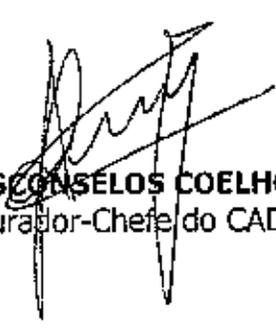


**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
GABINETE DO PROCURADOR CHEFE**

DESPACHO PFE-CADE

De acordo. Aprovo o Parecer PFE-CADE nº 182/2013 da lavra do I. Procurador Federal Daniel Gustavo Santos Roque e adoto-o no Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19.

Brasília - DF, 14 de julho de 2013.


GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAUJO
Procurador-Chefe do CADE