Concorrência e pandemia (3): controle de estruturas e Lei 14.010/2020

No terceiro artigo da série sobre o impacto da pandemia de Covid-19 no Direito Concorrencial publicado nesta coluna [1], analiso as consequências da Lei nº 14.010/2020 para o controle de concentrações, cujo artigo 14, *caput*, determinou a cessação da eficácia do inciso IV da Lei nº 12.529/2011, enquanto durasse o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, cujos efeitos [illegible] e 2020.

Portanto, a norma estabeleceu uma isenção: a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* efetivada até 31 de dezembro não necessitaria ser apresentada ao Cade para controle prévio de atos de concentração, ainda que atingisse os parâmetros de faturamento estabelecidos no artigo 88, §1º, da Lei nº 12.529/2011.

Uma das consequências das medidas de isolamento social para a contensão do contágio pela Covid-19 foi a paralisação de muitas linhas de produção e de prestação de serviços, que colocou em risco o funcionamento da economia como um todo [2].

Houve consenso de que medidas de colaboração entre agentes econômicos que objetivassem mitigar os aspectos deletérios da escassez de produtos deveriam ser estimuladas, desde que não afrontassem as variáveis concorrenciais. E as autoridades de defesa da concorrência disponibilizaram canais céleres para consultas e expedição de "cartas de conforto" a fim de serem solucionadas dúvidas dos agentes quanto a licitude de determinados arranjos contratuais de colaboração emergencial [3].

A promulgação do artigo 14 da Lei nº 14.010/2020 enquadra-se em tal contexto, tendo o legislador isentado a apresentação de atos de concentração normalmente relacionados à formalização de colaboração entre empresas, a fim de que a sua consumação não tivesse que aguardar o tempo necessário para a sua apreciação pelo Cade.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Os demais atos de concentração continuaram submetidos aos preceitos da legislação de defesa da concorrência, tendo de ser previamente apresentados ao Cade, sob pena de nulidade e imposição de multa pecuniária, com a obrigação adicional de preservação das condições concorrenciais até o final de sua apreciação (artigo 88, §§3º e 4º da Lei nº 12.529/2011).

O objetivo do legislador foi, assim, o de permitir que arranjos de natureza contratual que institucionalizavam a colaboração entre empresas não fossem previamente notificados, a fim de conferir maior agilidade às medidas neles contidas.

Porém, como já ressaltado, desde 1º de janeiro de 2021 a isenção não mais subsiste, estando submetidos ao controle prévio do Cade todos os atos de concentração que atinjam os limiares de faturamento legal, inclusive os descritos no inciso IV do caput do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011.

Ressalto que o fato dos procedimentos preparatórios de um contrato associativo, consórcio ou *joint venture* terem sido iniciados antes de 31 de dezembro de 2020 não isenta a sua notificação ao Cade, caso a consumação tenha sido posterior a tal data.

Por outro lado, os procedimentos preparatórios e as eventuais alterações nas condições concorrenciais que tenham ocorrido são plenamente válidas e não sujeitam as empresas que delas participaram à aplicação das sanções previstas no artigo 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011, desde que tenham sido apresentados ao Cade no primeiro dia útil de janeiro de 2021.

Finalizo destacando que o §2º do artigo 14 da Lei nº 14.010/2020 ressalvou que a isenção de apresentação prévia de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* não afasta a possibilidade de análise posterior do ato de concentração pelo Cade.

Tal disposição remete à válvula de escape contida no §7º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, que faculta ao Cade requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nos parâmetros de notificação obrigatória, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação.

Trata-se de dispositivo infelizmente subutilizado pelo Cade, apesar de alertas da doutrina [4] quanto à importância de sua operacionalização, a fim de revisar operações que apesar de não se enquadrarem nos parâmetros de notificação obrigatória, alterem substancialmente as condições concorrenciais, fenômeno que é passível de ocorrência sobretudo em aquisições de empresas iniciantes que sejam promissoras, mas ainda possuam baixo faturamento [5].

Nesse contexto, a ressalva do artigo 14, §2º, da Lei nº 14.010/2020 foi importante para evitar a consolidação de celebrações oportunistas de contratos, esclarecendo que no âmbito do controle *a posteriori* o Cade poderá desconstituir total ou parcialmente arranjos que tenham alterado substancialmente as condições concorrenciais, extrapolando, assim, o estritamente necessário para o combate ou mitigação das consequências decorrentes da pandemia de Covid-19.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[1] O primeiro artigo da série foi: Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. Direito da concorrência e pandemia I: preço abusivo em tempos de Covid-19. **Consultor Jurídico**, 16 de novembro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/defesa-concorrencia-direito-concorrencia-pandemia-precos-abusivos. O segundo foi: Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. Direito da concorrência e pandemia II: infrações da ordem econômica e Lei nº 14.010/2020. **Consultor Jurídico** , 08 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-08/defesa-concorrencia-direito-concorrencia-pandemia-ii-infracoes-ordem-economica.

[2] Jenny, Frederic. *Economic Resilience, Globalization and Market Governance: Facing the Covid-19 Test* (March 28, 2020). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3563076. Acesso em 04.11.2020.

[3] Ver, a propósito as comunicações de diversas autoridades de defesa da concorrência reunidas em: CONCURRENCES. *Collaboration among competitors & Covid-19: The impact on EU and National Case laws*. Disponível em: https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/competition-law-covid-19-en/collaboration-among-competitors-covid-19-the-impact-on-eu-and-national-case-en . Acesso em: 05.05.2020.

[4] Proença, José Marcelo Martins; Misale, Guilherme Teno Castilho. O (tímido) olhar acadêmico para o parágrafo 7º do artigo 88 da LDC. **Consultor Jurídico** de 29 de março de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-29/opiniao-olhar-academico-paragrafo-artigo-88-ldc. Acesso em: 05.04.2021.

[5] OECD. Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control –Background Note By the Secretariat, 10-12 June 2020. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control.htm. Acesso em: 01.07.2020.

Date Created
09/04/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.