

Coordenações entre agentes econômicos em época de COVID-19

Repercussões concorrenciais de coordenações no plano das condutas e das estruturas à luz da recente Lei 14.010/2020

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

A pandemia do coronavírus alterou por completo as condições concorrenciais em diversos mercados e ainda fez com que coordenações entre agentes econômicos que não poderiam ser aceitas em situações de normalidade pudessem ser consideradas possíveis e, em alguns casos, até necessárias. Basta lembrar os casos de cooperações para assegurar a oferta de bens e serviços essenciais ou mesmo indispensáveis para a contenção dos efeitos nefastos da pandemia.

Isso coloca em evidência um dos temas mais importantes do Antitruste, que se situa na fronteira entre o controle de condutas e o controle de estruturas: a coordenação entre agentes econômicos. Especialmente diante de uma pandemia como a atual, a pergunta que se faz é: em que medida a coordenação entre agentes econômicos pode ser admitida?

Para mapear possíveis respostas, é preciso lembrar que a diferença entre um cartel e um contrato associativo, do ponto de vista da neutralização das condições concorrenciais, pode ser a mesma: em se tratando de competidores, em ambos os casos, o resultado é que agentes que antes concorriam deixarão de fazê-lo. A diferença é que tal consequência é o objetivo único ou principal do cartel, enquanto que, nos contratos associativos, é uma consequência lógica e natural do

seu principal objetivo, que é estabelecer uma empresa comum entre os agentes econômicos.

Portanto, nos contratos associativos, há um propósito empresarial legítimo que justifica a assunção comum dos riscos e áleas, assim como também da rentabilidade do empreendimento. Entretanto, como poderá haver a redução dos competidores e a alteração da dinâmica concorrencial, é necessário avaliar se os efeitos positivos da parceria compensarão os efeitos negativos, análise que, de resto, é realizada em todos os atos de concentração.

É importante ter em mente, portanto, que os atos de concentração podem também ser vistos, em alguma medida, como equivalentes funcionais dos cartéis. Não é sem razão que, logo após o *Sherman Act*, houve uma intensificação do movimento de concentração empresarial, especialmente de 1895 a 1905. Como os agentes econômicos não podiam mais se coordenar mantendo a independência econômica – caso em que seriam acusados de cartel –, passaram a se coordenar por meio das aquisições de controle, caso em que a coordenação seria justificável diante da unidade econômica daí decorrente.

Tal perspectiva mostra o cuidado que se deve ter com o tratamento das coordenações no Direito Antitruste, a fim de se evitar dicotomias e raciocínios extremos e maniqueístas. Da mesma forma que se acusa de reducionismo a dicotomia de Coase entre empresa e mercado, sob o argumento de que ignora as inúmeras situações intermediárias, em que os agentes econômicos mesclam elementos de empresa e de mercado, a dicotomia entre cartéis e contratos associativos pode padecer do mesmo reducionismo.

Por essa razão, sob a perspectiva antitruste, não se pode analisar os diversos tipos de coordenação entre os agentes econômicos a partir da visão estreita de que ou se trata de contrato associativo – questão a ser endereçada pelo controle de estruturas – ou de cartel – questão a ser endereçada pelo controle de condutas e, ainda por cima, com o encaminhamento praticamente certo em favor de uma condenação.

É preciso advertir que, entre os extremos dos contratos associativos e dos cartéis, pode haver inúmeros arranjos que, embora não alcancem o grau organizacional suficiente para que sejam considerados atos de concentração, podem apresentar propósitos empresariais legítimos que devem ser considerados pela autoridade antitruste.

Tal observação é necessária porque o raciocínio antitruste tradicional tende não apenas a desconsiderar todas as peculiaridades desses arranjos intermediários, como também de equipará-los a cartéis. Em outras palavras, é como se toda cooperação não estrutural - que não seja um contrato associativo - fosse ilícita, por constituir um cartel ou ser próxima dele. A própria expressão “cartel do bem” revela essa visão: parte-se da premissa de que a coordenação, *a priori*, é ilícita, mas que a ilicitude poderia ser afastada ou atenuada diante de eventuais efeitos positivos.

Essa visão simplista dos arranjos de mercado ainda potencializa outro grande problema do discurso antitruste tradicional, que é o de tratar os contratos associativos e demais atos de concentração com significativa condescendência e todas as demais formas de coordenação com grande rigor.

Todavia, é importante lembrar que, mesmo as infrações por objeto, como é o caso do cartel, não geram presunção absoluta de ilicitude. Por mais que a metodologia para a comprovação e condenação de condutas por objeto seja mais simplificada, isso não afasta a circunstância de que as infrações antitruste são sempre contextuais, motivo pelo qual requerem, em maior ou menor grau, o exame dos propósitos dos agentes econômicos, da legitimidade e licitude desses propósitos, dos impactos ou efeitos reais ou potenciais sobre o mercado e do sopesamento entre eventuais efeitos positivos e negativos.

Todas essas questões já mostram que, no caso de uma pandemia, que altera sensivelmente a dinâmica do mercado, as peculiaridades do novo cenário fático tornam-se fundamentais para a análise antitruste. Alterado o contexto de mercado, determinadas coordenações, a depender dos propósitos e das necessidades a que visam atender, podem se mostrar possíveis e, em alguns casos, até mesmo devidas.

Entretanto, apesar de a própria Lei 12.529/2011 já possibilitar o enquadramento ora defendido, a tentação de ver toda coordenação não estrutural como um cartel e, conseqüentemente, como ato ilícito, é muito grande. A minha experiência como Conselheira do CADE de 2012 a 2015 é permeada de ocasiões em que fiquei vencida ao tentar demonstrar que pode haver coordenações não estruturais que sejam lícitas.

Cito, como um dos exemplos, a questão do poder compensatório, que sempre foi vista como ilícita, sem o exame mais atento das razões legítimas

que poderiam justificar esse tipo de coordenação. Outro caso paradigmático foi a condenação do ECAD por cartel, mesmo diante de coordenação que era imprescindível para assegurar a complexa cobrança de direitos autorais e conexos e mesmo considerando que a gestão coletiva era expressamente autorizada pela Lei de Direitos Autorais.

Esses casos mostram as dificuldades que o Direito Antitruste encontra para compreender e analisar as coordenações não estruturais. A tentação de equipará-las aos cartéis é muito grande. Com isso, negligencia-se que a coordenação pode ser justificável e compatível com as preocupações concorrenciais.

Tais aspectos são aqui destacados para se demonstrar que a questão das coordenações entre agentes econômicos já estaria a merecer um maior cuidado das autoridades antitruste antes mesmo da pandemia. Com maior razão, isso deve ocorrer diante de uma crise que já se mostra como a mais grave desde a Grande Depressão do século passado.

Assim, coordenações para propósitos lícitos que atendam à racionalidade econômica legítima no contexto da pandemia e que sejam operacionalizadas por meios necessários, adequados e proporcionais não podem ser consideradas aprioristicamente como ilícitas e muito menos como cartéis. Pelo contrário, devem estar sujeitas ao exame cuidadoso por parte da autoridade antitruste, devidamente contextualizado diante das mudanças sofridas pelo mercado e das necessidades dos consumidores e dos agentes econômicos.

Entretanto, diante das dificuldades já apontadas, é compreensível o receio que os agentes econômicos têm na implementação de qualquer tipo de coordenação não estrutural. Daí a importância de que as autoridades concorrenciais e importantes organismos, como a OCDE e a ICN, possam oferecer diretrizes mais claras para orientá-los no cenário de pandemia.

Em um ambiente assim, é legítimo que os agentes econômicos esperem (i) no plano do controle de estruturas, que os contratos associativos possam ser apreciados com a urgência que o momento requer e (ii) no plano do controle de condutas, que possam operacionalizar coordenações que se mostrem necessárias com o mínimo de segurança jurídica, a fim de não serem posteriormente acusados de cartel.

É diante desse contexto que o PL 1.179/2020, já transformado na Lei 14.010/2020, precisa ser examinado na parte em que procura endereçar os problemas concorrenciais que podem surgir em razão da pandemia. Ocorre que, como já tive oportunidade de explorar em artigo anterior¹, a lei não resolve o problema adequadamente nem na esfera estrutural nem na esfera de condutas. Aliás, em relação a esta última, é importante destacar que a lei é omissa sobre as coordenações não estruturais.

Limita-se a lei, no § 1º, do art. 14, a prever genericamente que, na apreciação das infrações concorrenciais, “deverão ser consideradas as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19).” Ocorre que tal previsão, que seria até dispensável diante da necessária contextualização que toda infração concorrential requer, é por demais ampla para gerar a pretendida segurança jurídica entre os agentes econômicos em tema tão sensível como o da coordenação.

Prova de que as coordenações não estruturais encontram-se em uma espécie de limbo, sem diretrizes ou parâmetros confiáveis para a sua implementação, é o julgamento recente do CADE, a respeito do Projeto Star, por meio do qual grandes empresas pretendiam estabelecer uma coordenação para vários propósitos².

Naquela ocasião, ficou claro que, como se tratava de coordenação não estrutural, não sendo ato de concentração de notificação obrigatória, o pleito das requerentes deveria ser recebido como direito de petição. Ficou igualmente claro que, a rigor, as empresas nem mesmo precisavam ter submetido o seu arranjo ao CADE, mas que acabaram fazendo em razão das incertezas em torno da licitude do arranjo.

Isso mostra claramente que, apesar da sua importância, o problema das coordenações não estruturais, que já dava margem a tantas controvérsias, não foi adequadamente resolvido pela Lei 14.010/2020. Resta agora contar com o bom senso do CADE para que, superando a equivocada ideia de que toda cooperação não estrutural é cartel ou prática necessariamente ilícita, possa

¹ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-da-covid-19-sobre-o-direito-antitruste-20042020>

² Processo nº 08700.002395/2020-51, julgado na sessão extraordinária de 28.05.2020.

analisar os novos casos atento às circunstâncias da pandemia e com o mesmo padrão de cuidado utilizado no caso supramencionado.

Link <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/coordenacoes-entre-agentes-economicos-em-epoca-de-covid-19-24062020>

Publicado em 24/06/2020