

ACORDOS DE COOPERAÇÃO HORIZONTAL EM SITUAÇÕES EMERGENCIAIS: O CASO DO PROJETO STAR - MOVIMENTO NÓS

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise; 3. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo pretendeu traçar quais seriam os contornos mínimos necessários para afastar eventuais riscos à caracterização de infrações à ordem econômica em acordos de cooperação horizontal entre empresas celebrados em situações de crise. Para tanto, foram utilizados documentos de acesso público constantes de processo² que tramitou perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como nota informativa, de vigência temporária, emitida pela autarquia antitruste. A evidenciação de tais requisitos mostra-se relevante na medida em que permite conferir maior segurança jurídica aos agentes que operam no mercado do país.

PALAVRAS-CHAVE: CADE. Segurança jurídica. Situações emergenciais. Projeto STAR. Lei Federal nº 12.529/2011.

- 1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Administrativo, pela Fundação Getúlio Vargas (GVLAW), e em Direito e Economia, pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE-SP). Possui MBA em Economia e Gestão, pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Gestão e Políticas Públicas, na Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas.
- 2 As pesquisas aos autos mencionados neste artigo foram efetuadas no endereço disponível para pesquisas processuais no âmbito do CADE: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&cid_orgao_acesso_externo=0&ga=2.186115753.1248576208.1609413970-1634477158.1593783113

1. INTRODUÇÃO

Este artigo, a partir de caso de colaboração entre empresas³ submetido à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no início da pandemia causada pelo novo coronavírus, bem como do teor da “Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de COVID-19”, publicada pela autoridade antitruste, buscou traçar quais seriam os requisitos e os contornos recomendados para a redução dos riscos concorrenciais atinentes à aludida colaboração para o combate a situações emergenciais.

Com efeito, a atuação do CADE se mostrou de extrema relevância para a concretização de projeto que “oferece[u] incentivos para a retomada das atividades a 300 mil [varejistas] em todos os estados do Brasil, com impacto direto estimado em 1 milhão de trabalhadores”⁴.

Ademais, as orientações traçadas pelo CADE poderão ser utilizadas em outras situações semelhantes, conferindo, pois, maior segurança jurídica ao mercado brasileiro.

2. ANÁLISE

De acordo com o artigo 36 da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”⁵:

- 3 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08700.002395/2020-51**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020.
- 4 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho SG nº 1516/2020**. Processo nº 08700.002396/2020-04. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a.
- 5 BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante⁶.

Ainda, de acordo com o § 3º do supramencionado dispositivo legal:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

6 *Ibid.*

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca⁷.

Assim, conquanto não faça uso do termo cartel, a legislação brasileira traz a tipificação desta infração à ordem econômica, a partir das condutas descritas no § 3º do artigo 36 acima transcrito.

Nada obstante, convém trazer à colação o conceito doutrinário de cartel, que pode ser compreendido como “qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível”⁸.

São considerados os mais graves ilícitos concorrenciais e, por conseguinte, as condutas “mais preocupantes para as autoridades de defesa da concorrência, pois implicam maior risco de restrição direta da rivalidade entre dois ou mais agentes que atuam em um mesmo mercado e atendem a um mesmo conjunto de clientes”⁹.

Como regra, não geram qualquer benefício econômico, enquanto, de outra parte, resultam em restrição da oferta e elevação dos preços, que, segundo estimativas elaboradas pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), alcançariam percentuais entre 10% e 20% quando comparados aos preços praticados em um mercado competitivo¹⁰.

Desse modo, o CADE tem entendido que, no caso dos chamados cartéis clássicos, haveria a chamada infração por objeto, fazendo-se

7 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

8 CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE**. Brasília, DF: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 2.2.2024.

9 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107.

10 CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE**. Brasília, DF: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 16.6. 2023.

prescindível a demonstração dos efeitos negativos concretos da conduta para a final caracterização da infração à ordem econômica.

Nesse passar, cumpre registrar que cartéis clássicos ou *hardcore* são aqueles que abrangem:

[...] um acordo entre concorrentes, sob qualquer forma (escrito ou verbal), cujo objeto seja: i) a fixação de preços; ii) a fixação da oferta de bens ou serviços; iii) a divisão de mercado – em termos de clientes, fornecedores, territórios, segmentos ou períodos; e/ou iv) o conluio em licitações¹¹.

Nada obstante, “há acordos diretos entre concorrentes que não têm por objeto a restrição da concorrência entre si – como nos cartéis -, pois visam a alguma forma lícita de cooperação entre as empresas, mas que podem ter efeitos parcialmente restritivos da competição”¹².

E é nesse contexto que convém analisar os acordos para cooperação entre concorrentes, havidos em momentos de crise, tal como se deu no curso da pandemia da covid-19.

Com efeito, como cediço, a pandemia teve graves consequências sobre economia global à vista da escassez e desabastecimento de suprimentos que comprometeram severamente as cadeias de produção e distribuição.

As repercussões econômicas da pandemia demandaram ações governamentais imediatas para a manutenção dos mercados, com a adoção de medidas extraordinárias frente aos novos desafios enfrentados, mormente quanto à manutenção da concorrência e a celebração de acordos horizontais, que, em condições normais, seriam vedados¹³. Caso não houvesse certa flexibilização, os efeitos da pandemia sobre o mercado e, conseqüentemente, sobre a população seriam ainda mais deletérios.

11 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Op. cit.*, p. 110.

12 *Ibid.* p. 128.

13 INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Horizontal Cooperation and Crisis Cartels at times of Covid-19**” Project. Berlin: Interin Report, 2022, p. 2.

Texto original: “The economic consequences of the COVID-19 pandemic has required swift and sometimes non-traditional government actions to keep markets and the economy functioning. To do so, jurisdictions undertook some extraordinary measures, including those limiting competition and enabling horizontal agreements generally prohibited under normal economic conditions”.

Nessa ordem de ideias, em 8 de abril de 2020, o Grupo Diretor da Rede Internacional da Concorrência (International Competition Network – ICN¹⁴) emitiu declaração reconhecendo a situação extraordinária causada pela pandemia, a qual poderia ensejar a real necessidade de cooperação temporária entre concorrentes, de modo a evitar o desabastecimento de produtos e serviços escassos¹⁵.

Posteriormente, em maio de 2022, apresentou relatório do Projeto “Cooperação Horizontal e Cartéis de Crise em Tempos de COVID-19”¹⁶, contendo a apreciação dos desafios encontrados pelas agências antitruste nacionais, bem como a descrição das declarações políticas emitidas por seus membros durante a pandemia da covid-19, com destaque para políticas de:

- a) avaliação *ex ante* de projetos de cooperação horizontal considerados essenciais para enfrentar a emergência da pandemia de COVID-19; e
- b) detecção e avaliação *ex post* dos chamados cartéis de crise, ou seja, cartéis que possam surgir como resposta aos choques econômicos provocados pela pandemia¹⁷.

É possível citar, como exemplo de flexibilização da análise antitruste, a adoção, na Europa, de duas medidas acerca do tema no início da pandemia de covid-19¹⁸:

14 “A Rede Internacional da Concorrência (International Competition Network – ICN) foi criada em outubro de 2001 por 14 autoridades de órgãos antitruste do mundo, com objetivo de promover a convergência global em matéria de concorrência e prover um fórum independente e especializado nessa matéria. [...]A ICN iniciou suas atividades como uma rede virtual composta por autoridades da concorrência. Posteriormente, teve sua estrutura institucionalizada, período em que foram instituídas suas áreas de atuação, critérios de admissão e as competências dos grupos de trabalho criados e do Steering Group. Formada por autoridades de concorrência nacionais ou multinacionais, organizações não-governamentais, organismos internacionais (como OCDE, OMC e UNCTAD), comunidades acadêmicas e setores privados relacionados à concorrência, é composta, atualmente, por mais de uma centena de autoridades de concorrência”. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/internacional_backup/cooperacao-multilateral/international-competition-network. Acesso em: 3 fev. 2024.

15 INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Horizontal Cooperation and Crisis Cartels at times of Covid-19**” Project. Berlin: Interin Report, 2022, p. 2.

16 *Idem*.

17 *Idem*. p. 1.

18 CAPOBIANO, Antonio; POVOA, Marcos Fabricio; Silveira, Paulo Burnier da. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, DF, v. 8, n. 1, p. 7-19, 2020.

- (i) na Noruega, duas companhias aéreas puderam coordenar seus calendários de voos com a finalidade de atender a população em condições satisfatórias, sem que houvesse o reconhecimento de conduta anticompetitiva; e
- (ii) no Reino Unido, o governo elaborou um pacote de medidas que incluiu a permissão para que supermercados atuassem de maneira coordenada, até mesmo com o compartilhamento de dados acerca de estoque e entrega em domicílio para os consumidores, de forma a viabilizar uma adequada distribuição de alimentos para a população, sem que, novamente, houvesse a caracterização de um ilícito concorrencial.

No Brasil, o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, reconheceu, para os fins do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁹,

19 “Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70;

II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

§ 1º Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, além do previsto nos incisos I e II do caput:

I - serão dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para:

a) contratação e aditamento de operações de crédito;

b) concessão de garantias;

c) contratação entre entes da Federação; e

d) recebimento de transferências voluntárias;

II - serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública;

III - serão afastadas as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública.

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública:

I - aplicar-se-á exclusivamente:

a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade;

a ocorrência do estado de calamidade pública decorrente da emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus. E, em junho de 2020, foi publicada a Lei Federal nº 14.010 que instituiu normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de direito privado em virtude da pandemia do coronavírus, trazendo, em seu artigo 14, a suspensão da eficácia de dispositivos da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, dentre os quais o inciso IV do seu artigo 90, haja vista as severas implicações da pandemia no setor econômico. Determinou, além disso, que, caso praticadas a partir de 20 de março de 2020, e enquanto perdurasse o mencionado estado de calamidade pública, as circunstâncias extraordinárias resultantes da pandemia deveriam ser consideradas para a análise das demais infrações previstas no artigo 36 da Lei Federal nº 12.529/2011:

Art. 14. Ficam sem eficácia os incisos XV e XVII do § 3º do art. 36 e o inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, em relação a todos os atos praticados e com vigência de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 1º Na apreciação, pelo órgão competente, das demais infrações previstas no art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, caso praticadas a partir de 20 de março de 2020, e enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, deverão ser consideradas as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19).

b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo;

II - não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização.

§ 3º No caso de aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes.

Art. 65-A. Não serão contabilizadas na meta de resultado primário, para efeito do disposto no art. 9º desta Lei Complementar, as transferências federais aos demais entes da Federação, devidamente identificadas, para enfrentamento das consequências sociais e econômicas no setor cultural decorrentes de calamidades públicas ou pandemias, desde que sejam autorizadas em acréscimo aos valores inicialmente previstos pelo Congresso Nacional na lei orçamentária anual. Cf.: BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

§ 2º A suspensão da aplicação do inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, referida no caput, não afasta a possibilidade de análise posterior do ato de concentração ou de apuração de infração à ordem econômica, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011, dos acordos que não forem necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19)²⁰.

Em sentido convergente, em julho de 2020, “em vista da importância de instruções objetivas e tempestivas para assegurar a conformidade concorrencial de estratégias empresariais adotadas para enfrentamento da crise”, o CADE²¹ publicou Nota Informativa Temporária²² “com o objetivo de fornecer orientações sobre procedimentos aos quais agentes econômicos poder[iam] recorrer para receber um pronunciamento [...] acerca da adoção de estratégias voltadas ao combate da crise, e garantir o cumprimento da Lei nº 12.529/2011”.

Sem embargo, antes mesmo da divulgação de aludido documento, o CADE apreciou memorando de entendimentos apresentado por Ambev S.A., BRF S.A., Coca-Cola Indústrias Ltda., Mondelez Brasil Ltda., Nestlé Brasil Ltda. e Pepsico do Brasil Ltda., subscrito em 11 de maio de 2020, no escopo do nomeado Projeto de Recuperação e Atividade de Pequenos Varejistas (Projeto STAR) e que resultou no chamado Movimento Nós, cujo finalidade era “somar forças para oferecer apoio ao pequeno varejista” em razão das severas adversidades causadas pela covid-19^{23,24}.

20 BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020b.

21 “O CADE tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência” (Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>). Suas atribuições e competências são definidas pela Lei federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

22 Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2023.

23 Processo 08700.002395/2020-51 SEI nº 0764062. Cf.: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho SG nº 1516/2020**. Processo nº 08700.002396/2020-04. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a.

24 Este acordo de cooperação horizontal foi expressamente mencionado e apreciado no relatório elaborado no âmbito do Projeto “Cooperação Horizontal e Cartéis de Crise em tempos de COVID-19”, da ICN.

Conforme narrado pelas empresas interessadas, em virtude da pandemia, muitos governos locais determinaram o fechamento temporário de estabelecimentos comerciais, o que acarretaria, a um só tempo, (i) gravames financeiros aos pequenos e médios varejistas; e (ii) dificuldades de comercialização de bens de consumo, como bebidas, alimentos e produtos para cuidados pessoais e domésticos, entre outros.

Assim, o mencionado Movimento Nós abrangeu dois grupos de estratégias: (i) o “lançamento de uma campanha com o propósito de fomentar ações em favor da recuperação do pequeno varejo de alimentos e bebidas, da parte de outras empresas e autoridades governamentais”, o que incluiu, em um primeiro momento, “suporte para a reabertura do negócio, mediante condições especiais para o reabastecimento de produtos [...] e três meses de suporte contínuo para viabilizar a recomposição de margem dos [pontos de vendas] PDVs [...], por meio de condições favorecidas e iniciativas promocionais”²⁵; e (ii) a “distribuição dos kits de saúde (máscaras e álcool gel) que ser[iam] doados a cerca de 150 mil PDVs, bem como divulgação de protocolos de saúde e segurança, para que os PDVs [pudessem] oferecer condições sanitárias adequadas a seus funcionários e clientes”²⁶.

Ainda segundo as empresas interessadas, as ações mais relevantes à seara concorrencial, relacionadas à recuperação do varejo, não envolveriam trocas de informações sensíveis, nem mesmo coordenação de ações comerciais, não constituindo, destarte, ato de concentração econômica, o que, ao final, foi confirmado pelo CADE.

No entanto, sobrava evidente a prática de ações coordenadas entre as empresas, a justificar a provocação da autoridade antitruste, de modo a evitar futuros contratempus.

A decisão e os debates havidos no âmbito do CADE trouxeram relevantes parâmetros para a atuação cooperativa entre empresas concorrentes em situações de crise, o que serviu de base, inclusive, para a elaboração da Nota Informativa Temporária (NIT) acima mencionada, mormente ante a especificidade e a complexidade de situações que tais.

25 Processo 08700.002395/2020-51 SEI nº 0764062. Cf.: *Idem*.

26 Processo 08700.002395/2020-51 SEI nº 0764062. Cf.: *Idem*.

Como destacado na própria NIT do CADE, o documento de orientação foi lastreado em duas decisões precedentes, (i) a primeira, proferida no bojo do citado memorando apresentado pelo Movimento Nós e (ii) a segunda, no âmbito do Protocolo de Crise de Abastecimento firmado para a “cooperação logística entre as distribuidoras de combustíveis para otimizar o armazenamento, transporte e distribuição de produtos combustíveis líquidos e de aviação”, subscrito por Raízen Combustíveis S.A., Petrobrás Distribuidora S.A. e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., no ano de 2018, em virtude da greve dos caminhoneiros²⁷.

A partir de tais pronunciamentos se tornou possível estabelecer requisitos mínimos acerca do escopo, da duração e da extensão territorial das medidas de colaboração para enfrentamento de crises, considerados como aceitáveis pelo CADE.

Sobre o ponto, cumpre registrar, de proêmio, que a autoridade antitruste, em sua NIT, trouxe três procedimentos distintos para sua provocação, cujas manifestações finais também se distinguem quanto à profundidade da análise, vinculação e tempo de resposta, a saber:

- (i) o canal de comunicação, que enseja manifestação apenas da Superintendência-Geral (SG) do CADE, em “pronunciamento preliminar e não vinculante da autoridade”, contendo “indica[ção] [da] existência ou inexistência de indícios da ocorrência de infrações à ordem econômica” e, considerando a maior superficialidade de análise, a resposta seria mais célere;
- (ii) o exercício do direito de petição, nos termos do artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal. Foi o procedimento utilizado nos precedentes do Movimento Nós e do Protocolo de Crise de Abastecimento.

Implica pronunciamento escrito e não vinculante da SG e do Tribunal do CADE (Tribunal) acerca da “existência ou inexistência de indícios de prática de infração à ordem econômica” a partir de “situações específicas e concretas”, podendo resultar (i) no arquivamento do expediente, ante a ausência de tais

27 Processo nº 08700.003483/2018-56. BRASIL. Despacho Presidência nº 135/2018. Processo nº 08700.003483/2018-56. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018.

indícios, (ii) na abertura de procedimento ordinário, na hipótese oposta, ou, ainda, (iii) na determinação de providências necessárias para o acompanhamento das atividades.

A adoção do procedimento de petição enseja a emissão de “cartas de conforto, previstas no parágrafo 18 do comunicado [emitido pela Comissão Europeia]”²⁸, cujo conteúdo, como acima mencionado, não seria vinculante; e

- (iii) a consulta, regulamentada no âmbito do CADE, nos termos da Resolução nº 12/2015. Conquanto o prazo de resposta, de 120 dias corridos, seja mais alongado que aquele praticado nas hipóteses anteriores, a decisão do Tribunal terá caráter vinculante quanto à aplicação da legislação concorrencial, conferindo, portanto, maior segurança aos interessados.

Apesar da divulgação da NIT, com orientações específicas sobre os procedimentos que seriam adotados para o combate à crise de desabastecimento causada pela covid-19, relevante destacar que, no voto proferido pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani, no processo que analisou a petição do Movimento Nós, houve expresso afastamento do “caráter de excepcionalidade” ou do “emprego dos nomes de protocolo de crise ou rito especial”, à vista, segundo registrado, do dever de pronunciamento da autarquia, consoante disposto no artigo 48 da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e no artigo 19, IX, do Regimento Interno do CADE.

28 Ainda segundo a Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração Entre Empresas Para Enfrentamento da Crise de Covid-19, o parágrafo 18 de aludido comunicado, nomeado “Panorama Temporário para avaliação de questões antitruste relacionadas a cooperação empresarial em resposta a situações de urgência decorrente da atual pandemia de COVID-19, estabelece: “Com vistas a aumentar o nível de segurança no que tange à orientação antitruste em um período de tempo que seja compatível com a urgência de certas situações relacionadas à atual pandemia de COVID19, a Comissão, por meio de seu Diretório-Geral de Competição, se prontifica, excepcionalmente e na sua própria discricionariedade, a fornecer tal orientação por meio de cartas de ‘conforto’ ‘ad hoc’”

Registre-se que, em 2022, a Comissão Europeia revisou suas orientações informais em matéria de antitruste, revogando o quadro temporário antitruste adotado, em abril de 2020, em atenção à pandemia de COVID-19, conforme informado em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_5887.

Nada obstante, no voto da Conselheira Paula Farani, há menção ao “rito simplificado” anteriormente “validado pelo CADE quando da análise do Processo 08700.003483/2018-56”, destacando que “o requisito de extrema urgência é imprescindível para autorizar a via do protocolo de crise”, evidenciando, portanto, que o tratamento conferido às situações emergenciais ainda demanda alinhamento interno na autarquia.

Ante a peculiaridade do tema, importante registrar os requisitos estabelecidos pelo CADE para que aludidas estratégias de colaboração não sejam enquadradas como práticas anticompetitivas. Sobre o ponto, e a despeito da diminuta amostra, é possível extrair referidas condições a partir dos pronunciamentos proferidos pela autoridade antitruste no processo inaugurado pelo Movimento Nós²⁹, bem como de sua NIT.

Quanto ao escopo e ao território geográfico, a NIT do CADE estabelece que a “colaboração deverá ser específica e direcionada a tratar um problema delimitado, que tenha como causa a pandemia ou seus efeitos, [...] não deve[ndo] abarcar medidas e meios mais amplos do que aqueles estritamente necessários para viabilizar os resultados pretendidos”³⁰.

Nesse sentido, cabe destacar a ressalva feita pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani sobre a inegável assimetria de informações existente em desfavor do CADE. De fato, trata-se de desafio presente nas atividades cotidianas da autarquia, que se vê em inegável posição desfavorável frente às empresas interessadas, o que se agrava em situações emergenciais que demandam respostas rápidas pelo órgão antitruste.

Ainda quanto ao escopo da estratégia adotada no Projeto STAR, no âmbito do Movimento Nós, conquanto tenha considerado haver relação com o contingenciamento da crise, a Conselheira Paula Farani ponderou que as políticas de condições comerciais diferenciadas e de garantia de estoque e de giro não demandariam a imprescindibilidade da atuação conjunta, assim como poderiam implicar “riscos concorrenciais

29 Os documentos de acesso público acostados ao processo nº 08700.003483/2018-56, que analisou o Protocolo de Crise de Abastecimento durante a greve dos caminhoneiros de 2018, não permitem inferir tais elementos.

30 CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração Entre Empresas Para Enfrentamento da Crise da COVID-19*. Brasília, DF: CADE, 2020.

relacionados ao fechamento de mercado por meio da criação ou incremento de situações de fidelidade e/ou exclusividade dos PDVs em relação às distribuidoras”, a justificar, portanto, o acompanhamento detido pela SG e a adoção, pelas empresas interessadas, de “medidas capazes de neutralizar” aludido risco, “garantindo, por exemplo, a liberdade de direito e de fato dos PDVs em contratar com outras distribuidoras a despeito do recebimento dos benefícios das políticas mencionadas”³¹.

Depreende-se de aludido voto, haver considerável grau de incerteza quanto às informações constantes dos autos, confirmando, pois, o destaque acerca da assimetria de informações, agravada em situações emergenciais. Todavia, tais óbices foram ponderados com os graves efeitos da crise causada pela pandemia, em todos os setores do país, que poderiam ser atenuados mediante a implementação das estratégias do Projeto STAR.

Do mesmo modo, a partir da análise efetuada por SG sobre o Relatório Final de Atividades do Movimento Nós, restou evidenciada a realização de reuniões periódicas entre os representantes das empresas interessadas e a própria SG, que acompanhou, destarte, detidamente, o andamento das atividades empreendidas no âmbito do referido projeto.

Quanto à duração da colaboração, a NIT estabelece que “deverá ser limitada ao período estritamente necessário para combater os efeitos deletérios da crise de COVID-19”³², o que, aparentemente, foi cumprido no precedente ora trazido. Com efeito, o prazo inicialmente fixado, 30 de outubro de 2020, foi prorrogado uma única vez por mais 30 dias.

Outro aspecto importante concerne à governança e à transparência da cooperação, mediante o compromisso de não compartilhamento de informações sensíveis, a ausência de coordenação de ações comerciais e a formação de *clean teams* para o fluxo de dados.

Nesse ponto, as empresas destacaram que “os *clean teams* de cada parte [foram] compostos por um grupo menor de representantes, que se encarreg[ou] de fazer a interface com os profissionais [de terceira

31 *Idem.*

32 *Idem.*

contratada]”, sendo que “todas as informações [foram] fornecidas diretamente à [terceira contratada], sem que as demais empresas particip[assem] da transferência desses dados”³³.

Consoante descrição das empresas integrantes do Movimento Nós, diversas precauções foram empreendidas para o estabelecimento de estritos controles de governança e *compliance*, o que se mostrou determinante para a decisão do CADE no sentido de não identificar indícios de tentativa de realização de prática anticompetitiva, bem como para a final conclusão de arquivamento do expediente, após a análise do Relatório Final de Atividades do Movimento Nós, efetuada em fevereiro de 2021.

3. CONCLUSÃO

A partir da análise dos documentos públicos acostados ao Processo nº 08700.002395/2020-51, bem como da Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise da covid-19, depreende-se o evidente compromisso do CADE quanto à necessidade de fornecer respostas rápidas e segurança jurídica ao mercado, em momentos de crise, postura que vem em linha com a adotada em diversos países, consoante evidenciado no relatório do Projeto Cooperação Horizontal e Cartéis de Crise em Tempos de covid-19.

Com efeito, o proceder da autarquia esteve em harmonia “com a prática instituída pela Comissão Europeia (*European Commision*)” no sentido da emissão de “‘cartas de conforto’ em resposta a consultas escritas formalizadas pelos agentes”, conforme prevê o “parágrafo 18 do seu comunicado intitulado ‘Panorama Temporário para avaliação de questões antitruste relacionadas à cooperação empresarial em resposta a situações de urgência decorrente da atual pandemia de COVID-19’”³⁴.

33 Processo 08700.002395/2020-51 SEI nº 0764062. Cf.: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Despacho SG nº 1516/2020*. Processo nº 08700.002396/2020-04. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a.

34 CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração Entre Empresas Para Enfrentamento da Crise da COVID-19*. Brasília, DF: CADE, 2020, p. 9.

Do mesmo modo, conquanto marcada pela generalidade esperada de uma nota informativa, o documento procurou estabelecer requisitos mínimos para as estratégias de colaboração, adotando como base dois precedentes relevantes havidos em situações emergenciais, a saber, a greve dos caminhoneiros, do ano de 2018, e a crise causada pela pandemia da covid-19.

Nada obstante, conquanto emitida com objeto específico e com aplicação limitada no tempo, a NIT trouxe importante evidenciação dos requisitos e condições que devem ser observados para acordos horizontais em momentos de crise, o que contribui em grande medida para a cristalização da segurança jurídica no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Despacho Presidência nº 135/2018**. Processo nº 08700.003483/2018-56. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho SG nº 1516/2020**. Processo nº 08700.002396/2020-04. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 2 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020b.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 2 fev. 2024.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do CADE. Brasília, DF: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração Entre Empresas Para Enfrentamento da Crise da COVID-19. Brasília, DF: CADE, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CAPOBIANO, Antonio; POVOA, Marcos Fabricio; Silveira, Paulo Burnier da. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, p. 7-19, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/509>. Acesso em: 15 jun. 2023.

ICN – INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Horizontal Cooperation and Crisis Cartels at times of Covid-19 Project. Berlin: Interin Report, 2022. Disponível em: https://internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2022/10/CWG_Horizontal-Cooperation-Crisis-Cartels-at-times-of-Covid-19-_Interim-Report.pdf. Acesso em: 2 fev. 2024.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial.** Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.