

O PL 1.179/2020 e a pandemia da Covid-19: isenção antitruste?

Rachel P. de A. Mendonça

Mendonça Advocacia

rachel@advocaciamentonca.adv.br

Elvino de Carvalho Mendonça

Ex-Conselheiro do CADE

elvino.mendonca@gmail.com

Joaquim Guilherme Fusco Pessoa

MFF Advogados Associados

mffadvogados@gmail.com

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 1.179/2020, da Relatoria do Senador Antônio Anastasia, dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19) e, dentre outros temas, propõe a suspensão da eficácia dos incisos XV[1] e XVII[2] do §3º do art. 36, bem como do inciso IV do art. 90 da Lei nº. 12.529/2011[3] em relação a todos os atos praticados entre os dias 20 de março de 2020 a 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.[4]

A proposição se divide em doze capítulos, sendo que o capítulo IX dispõe sobre as alterações relativas ao direito concorrencial previsto na Lei nº 12.529/2011.

O artigo art. 14 do PL 1.179/2020 trabalha com dois tipos de conceitos: o conceito da suspensão da eficácia (explícito) e o conceito da isenção antitruste (implícito). Da leitura da proposição, verifica-se que a **suspensão da eficácia** utilizada no *caput* do referido artigo para os incisos XV e XVII do §3º do art. 36 da Lei nº. 12.529/2011 traduz-se em uma verdadeira **isenção antitruste**, diferentemente do que ocorre com o inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529/2011.

Vale notar que suspensão do inciso IV do art. 90 é acompanhada da possibilidade de análise **posterior** do ato de concentração ou de apuração de infração à ordem econômica, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, conforme exposto no §2º, de modo que ficou resguardada a possibilidade de se solicitar ao CADE a análise de eventuais operações de concentração de empresas no seu mercado relevante, como o próprio CADE poderá avocá-las de ofício (art. 88, §7º da Lei nº. 12.529/2011) [5]

Nesse caso, a suspensão não se configura uma isenção antitruste, tendo em vista que a eficácia da lei de defesa da concorrência poderá alcançar qualquer ato anticoncorrencial ocorrido nesse período oriundo de atos de concentração realizados por meio de contratos associativos, consórcios ou *joint-ventures*.

No entanto, esse não é o caso da suspensão da eficácia dos incisos XV e XVII do §3º. Não há, na redação proposta, qualquer salvaguarda para que os efeitos anticoncorrenciais advindos dessas condutas contidas nos incisos XV e XVII sejam revisitados pela autoridade antitruste, de modo que a suspensão desses incisos ganhe contornos de isenção antitruste.

Na Lei nº 12.529/2011, não há qualquer tipo de isenção antitruste para nenhum setor econômico.

Nesse sentido, como a suspensão da eficácia dos incisos criará um vácuo para a aplicação da lei após a cessação do estado de calamidade pública, a prática de preços abaixo do custo por parte de uma empresa no mercado (inciso XV) e/ou o encerramento das atividades de uma empresa sem justa causa comprovada (inciso XVII) não poderão ser consideradas condutas anticompetitivas para fins de apuração das infrações à ordem econômica previstas na Lei nº 12.529/2011, o que poderá ser muito utilizado pelas empresas que detêm poder de mercado para abusar de sua situação econômica e provocar severos danos econômicos para os mercados concorrentes.

Portanto, do ponto de vista da preservação dos instrumentos de defesa da concorrência, o ideal é que se retire da proposição legislativa qualquer elemento que venha a gerar isenção antitruste, sob pena dessa medida em âmbito de pandemia ser um tiro pela culatra.

[1][1] Art. 36. 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:

[...]

- 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:

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

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

[3] Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

[...]

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

[4] O PLS 1179/2020 foi aprovado pelo Senado Federal em 13/04/2020 e, nessa data, remetido à Câmara dos Deputados.

[5] Art. 88, § 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.