

## **A SIMBIOSE ENTRE A PANDEMIA OCACIONADA PELO COVID-19, A LEI Nº 14.010/2020, E OS CARTÉIS DE CRISE: conclusões sob a análise da experiência norte americana**

Henrique da Silva Telles Vargas<sup>1</sup>  
Rafael Niebuhr Maia de Oliveira<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Lei nº 14.010/2020 surge como resposta legislativa a adequação provisória de institutos de direito privado com o escopo de minimizar os efeitos econômicos decorrentes do surto do novo Coronavírus no Brasil. Dentre as áreas atingidas pela lei, destaca-se para os fins desta pesquisa, o direito concorrencial, mais especificamente a relativização de normas regulatórias relativas à legislação antitruste. Dentre as alterações, destacou-se a desnecessidade de notificação prévia ao CADE sobre operações societárias que normalmente deveriam a este órgão serem informadas, possibilitando, porém, que, posteriormente, tais operações sejam analisadas por parte do próprio CADE, quando, ao seu critério, estas não se justificarem em razão do cenário econômico criado pela pandemia. A partir da experiência norte-americana, pode-se concluir que a relativização do controle antitruste pode ser instrumento importante para o combate a crises de grande magnitude. Todavia, é necessário cuidado para que estas não sejam utilizadas como ardil para burlar a regulação econômica, especialmente quando eventuais operações não tiverem relação direta com o evento que as possibilitou. Neste sentido, a lei apresenta necessária previsão em cláusula aberta, permitindo que o CADE, na análise do caso concreto, possa evitar eventuais abusos. Por fim, por meio da Análise Econômica do Direito, pode-se concluir que na tomada de decisões desta natureza, o CADE deve necessariamente utilizar de dados concretos, buscando a interpretação capaz de proporcionar a melhor solução econômica possível, mitigando a participação da mera impressão pessoal do julgador, que poderia emprestar a norma uma aplicação indesejável, porquanto criadora de insegurança jurídica e produtora de decisões que contrariem o seu escopo econômico-social.

Palavras-Chave: Covid-19. Direito concorrencial. Legislação antitruste. Cartéis de crise. Análise econômica do direito.

**ABSTRACT:** Law No. 14.010/2020 emerges as a legislative response to the provisional adaptation of private law institutes with the aim of minimizing the economic effects resulting from the outbreak of the new Coronavirus in Brazil. Among the areas affected by the law, competition law stands out for the purposes of this research, more specifically the relativization of regulatory rules related to antitrust legislation. Among the changes, the need for prior notification to CADE about corporate transactions that should normally be reported to this body was highlighted, allowing,

---

<sup>1</sup> Pós-graduado (LLM) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – 2018. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI e ESA/SP - 2019. Procurador da Câmara dos Vereadores do município de Garopaba/SC. Membro da Comissão Estadual de Direito Empresarial – OAB/SC. Membro da Comissão Estadual de Conformidade e Compliance da OAB/SC. Advogado responsável pelo Núcleo Cível e Empresarial do escritório Araujo & Sandini Advogados Associados. E-mail: [henrique.telles@gmail.com](mailto:henrique.telles@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-Graduado em Direito Processual pela UNIDERP. Coordenador de cursos de pós-graduação em Direito da UNIFEBE, onde também atua como professor no curso de graduação em Direito. Professor convidado em diversos cursos de pós-graduação lato senso em Direito (UNIVALI, AMATRA12, ENA, ESA/SC, INPG, Instituto Valor Humano, Excelsu Educacional). Advogado. Conselheiro Estadual da OAB/SC gestão 2019/2021. E-mail: [rafaelmaiaadv@gmail.com](mailto:rafaelmaiaadv@gmail.com)

however, that, subsequently, such transactions are analyzed by CADE itself, when, at its discretion, these are not justified due to the economic scenario created by the pandemic. From the North American experience, it can be concluded that the relativization of antitrust control can be an important instrument for combating major crises. However, care is needed so that they are not used as a ruse to circumvent economic regulation, especially when possible operations are not directly related to the event that made them possible. In this sense, the law presents a necessary provision in an open clause, allowing CADE, in the analysis of the specific case, to avoid possible abuses. Finally, through the Law and Economics, it can be concluded that in making decisions of this nature, CADE must necessarily use concrete data, seeking the interpretation capable of providing the best possible economic solution, mitigating the participation of the mere impression judges' staff, who could lend the standard an undesirable application, as it creates legal uncertainty and produces decisions that contradict its economic and social scope.

Keywords: Covid-19. Competition law. Antitrust legislation. Crisis cartels. Law and economics.

## **INTRODUÇÃO**

O quadro de contaminação e disseminação do Coronavírus (Covid-19) foi, a nível mundial, legitimamente etiquetado como pandemia internacional ocasionada pela infecção humana do vírus. Logicamente que neste momento vivido pela sociedade mundial, as medidas necessárias ao enfrentamento desta pandemia, em especial o isolamento social, impactam a economia estatal, bem como a sociedade civil, e assim não é diferente no Brasil. Neste cenário preocupante surgiram algumas propostas de recuperação da economia, interferindo e regulando as relações jurídicas de direito privado, dentre as quais alterações no âmbito do direito concorrencial. O Projeto de Lei nº 1179/2020 surgiu como proposta de normas transitórias e emergenciais e resultou na Lei nº 14.010/2020, no escopo de interferir/regular as relações jurídicas de direito privado. Tais propostas têm sua base permissiva de comportamentos, os quais em condições de normalidade seriam considerados problemáticos e ilícitos. Dentre as áreas atingidas pela lei, destaca-se para os fins desta pesquisa o direito concorrencial. Além da suspensão de sanções por determinadas práticas normalmente tidas objetivamente como ilícitas, e da cessação da obrigação de notificação de determinadas operações societárias ao CADE, a lei possibilitou a discussão posterior, a respeito da ilicitude de certas práticas/conduas previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, as quais poderão ser desconsideradas como ilícitas a critério do CADE, se ao seu juízo, tais se derem em face de situações e circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do Coronavírus.

A partir desta mudança legislativa – ainda que temporária – surge a questão acerca da análise dos riscos e benefícios advindos da flexibilização de regras concorrenciais, em cenário de crise econômica, como esta vivenciada no contexto de emergência sanitária. Como forma de sopesar estes possíveis efeitos, positivos ou negativos, busca-se, compreender a legislação antitruste no Brasil, para na sequência procurar subsídios da experiência norte-americana, no tocante a regulamentações semelhantes em outros contextos de crise econômica, tudo com o escopo de, ao fim, com apoio teórico na análise econômica do direito, apresentar de que modo estes dispositivos normativos deverão ser interpretados pelo CADE como forma de alcançar os melhores objetivos almejados pela lei.

### **O ATUAL MOMENTO DE PANDEMIA E A LEI Nº 14.010/2020**

Neste contexto de pandemia oriunda do Covid-19, e visando combater os efeitos que seu enfrentamento trouxe para a economia, foi proposto pelo Senador Antônio Anastasia (PSD/MG) no Senado Federal o Projeto de Lei nº 1179/2020 de caráter emergencial, o qual visava regular transitoriamente as relações jurídicas de Direito Privado, dentre as quais, destaca-se para os objetivos desta pesquisa algumas alterações no Regime Concorrencial. Destaca-se que estas se tratam de alterações transitórias, assim como todas as demais previstas no texto do projeto, as quais foram confirmadas com a promulgação da Lei nº 14.010/2020. Tocante ao regime concorrencial, algumas sanções por práticas anticoncorrenciais estão suspensas<sup>3</sup> (vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo e de cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada), bem como a obrigatoriedade de notificação de alguns tipos de contratos (atos de concentração - contrato associativo, consórcio ou *joint venture*) ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)<sup>4</sup>. Neste segundo ponto

---

<sup>3</sup> 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;

(...)

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

<sup>4</sup> 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*.

a lei prevê como marco temporal inicial os contratos iniciados a partir de 20 de março de 2020. Há, também, previsão expressa 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, dos acordos que não forem necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia.

Além destas mitigações à legislação antitruste, a Lei nº 14.010 abre expressamente um campo de discussão futura, a respeito da ilicitude de certas práticas desde que ocorridas após 20 de março de 2020, e enquanto perdurar o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Federal nº 6 de 20 de março de 2020, ou seja, até a data de 31 de dezembro de 2020. Desta forma, além das condutas isentas - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; e cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada -, as demais condutas previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 poderão ser desconsideradas como ilícitas em razão da natureza crítica do período da pandemia.

Ressalta-se que qualquer das condutas previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 para serem consideradas como infração da ordem econômica devem ter como objetivo, ainda que não alcançado: 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 dominante. Analisando os três blocos de flexibilização, pode-se concluir que a primeira se trata de isenção objetiva de tais práticas (§ 3º; XV e XVII), que em estado de normalidade de mercado são consideradas ilícitas por prejudicar diretamente a ordem econômica. O segundo nicho de flexibilização propõe suspender a submissão de alguns atos de concentração (contratos associativos, de consórcio, ou joint venture) à análise do CADE. Destaca-se que tais atos de concentração são lícitos, o que pode os tornar ilícitos são os efeitos que eventualmente podem ter no mercado, ou seja, não se aplica a regra *per se*. Neste ponto a redação da lei parece temerária, pois retira do radar do CADE concentrações em setores essenciais, cujos efeitos negativos podem ser muito nocivos e duradouros. O terceiro ponto de modificações é objeto principal de análise do presente trabalho, em busca do eixo de ligação entre “os tempos de pandemia”, a flexibilização antitruste prevista no Regime Jurídico Emergencial e Transitório e os cartéis de crise. A abertura de leque para discussão posterior, a respeito da ilicitude de certas práticas/condutas previstas no artigo

36 da Lei nº 12.529/2011, as quais poderão ser desconsideradas como ilícitas tem influência direta nas teorias aplicadas pelo CADE ao analisar o controle de condutas. Há basicamente duas metodologias nesta análise: a regra *per se* e regra da razão<sup>5</sup>. Entre as condutas previstas no artigo 36 da Lei de Concorrência existem condutas praticadas pelos e entre os *players* concorrentes. Na análise das condutas entre concorrentes o CADE segue predominantemente a regra geral de que elas caracterizam ilícitos *per se*.

No momento em que a Lei nº 14.010/2020 permite que o CADE, ao seu juízo, considere as situações e circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do Coronavírus, ao analisar a ilicitude das condutas praticadas entre os *players* concorrentes, inegavelmente abre-se uma *gap* para o protagonismo dos cartéis de crise. No entanto, ao que parece a lei transitória, no que se refere ao direito concorrencial, vai ao encontro do que ocorreu em outras partes do mundo durante os momentos de crise. Sabe-se que nenhum governo reage a uma crise por meio de uma aplicação mais rigorosa da legislação concorrencial. Em que pese os Estados Unidos ser o “berço” do antitruste, ainda assim são um exemplo muito claro disto. No período entre as duas Guerras Mundiais, a legislação antitruste americana teve fraca aplicação, ainda antes de crise de 1929 a aplicação já estava enfraquecida, seja em relação ao combate a cartéis, punição de práticas anticompetitivas unilaterais ou controle de atos de concentração, o que se deu justamente como forma de combate à crise.

## **O DIREITO CONCORRENCIAL COMO VETOR DE REGULAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

A Ordem Econômica foi tutelada constitucionalmente, evidenciando sua importância *sine qua non* em qualquer sociedade moderna, tendo influência direta na política conforme foi muito bem desenhado por Posner (1976, p. 28). Existem diversos vetores de regulação à denominada Ordem Econômica, entre os quais inegavelmente pode-se destacar a legislação antitruste.

---

<sup>5</sup> *Rule of reason*.  
Revista Húmus

## O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

A defesa da concorrência sempre foi tratada como um princípio da Ordem Econômica e Social. Tanto a Constituição de 1948 como a de 1967-1969 concederam à defesa da concorrência o *status* de princípio. No entanto, o legislador constituinte de 1988 não ladeou a defesa da concorrência aos demais princípios da Ordem Econômica, alocando-a no Parágrafo 4º do Art. 173. Conforme critica João Bosco Leopoldino da Fonseca, vislumbra-se um grave erro de alocação geográfica do dispositivo (FONSECA, 2017, p. 104.). Sendo assim, em que pese, não constar geograficamente como um Princípio da Ordem Econômica é inequívoca a existência do mandamento constitucional referente à necessidade de criação de normas que regulamentem a Defesa da Concorrência.

Entre os Fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>6</sup> consta a “livre iniciativa” que tem como um dos seus principais corolários o Princípio da Livre Concorrência. Com base neste princípio, doutrinadores sustentam que, após a Constituição 1988, seria ilegítima qualquer forma de intervenção estatal no escopo de regular/controlar preços<sup>7</sup>. Contudo, os princípios não são absolutos, ou ao menos não deveriam ser. Desta forma, em que pese as ótimas sustentações no sentido de inexistir razão jurídica legítima para a intervenção estatal na regulação de preços, esta encontra espaço na ponderação entre a livre concorrência e a ordem econômica equilibrada. Neste mesmo sentido já destacou o Supremo Tribunal Federal, “O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor”<sup>8</sup>. Importante destacar que ao que parece só há concorrência livre se for possibilitada a livre iniciativa; e se a iniciativa for livre aos cidadãos, a livre concorrência é uma consequência natural. A livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa e para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação

<sup>6</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>7</sup> Neste sentido: Diogo de Figueiredo Moreira Neto; Celso Ribeiro Bastos; Miguel Reale Junior; entre outros.

<sup>8</sup> RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-6-2005, Segunda Turma, DJ de 5-8-2005.

dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (SILVA, 2014, p. 818). A teoria do determinismo econômico na política, conforme apontada por Edwin Seligman, explica que a própria essência de existência humana deriva da capacidade de conseguir prover sua existência, conseqüentemente trata-se de condição fundamental à vida. Neste norte, as relações de produção e de consumo são para a comunidade aquilo que as condições de sustento são para o indivíduo (SELIGMAN, 2007, p. 4).

Na sociedade americana, o *truste*, ou seja, este novo e imenso poder econômico dos empresários americanos logo foi questionado pela doutrina, ensejando a legislação antitruste. Posner com base em sua teoria eficientista, define que o objetivo principal de uma legislação antitruste seria a de atuar como ferramenta de promoção do estado de bem estar social e que a própria economia do bem-estar seria o guia analítico mais adequado (POSNER, 2008, p. 6). Na opinião de Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 5):

A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.

Ressalta-se que a nível global, durante o auge do liberalismo econômico, principalmente após o Código de Napoleão o “Estado” tomou uma postura muito discreta em relação ao seu grau de interferência nas relações privadas. Os liberais rebatiam as ideias do mercantilismo e dos fisiocratas que defendiam o controle do Estado na economia através de monopólios, altos impostos e proteção aos grêmios de profissões. Portanto, o liberalismo econômico defende a não-intervenção do Estado na economia, na livre-concorrência, no câmbio-livre e na propriedade privada. Segundo a escola liberal, no ambiente de competição perfeita, a diminuição da produção por uma firma seria imediatamente compensada pelo aumento da produção de seus competidores, na mesma medida, suprimindo o mercado.

Houve a generalização de uma ideia de concorrência perfeita, e muitos economistas passaram a olhar o mundo real pela ótica desta utopia de perfeição. Como decorrência dessa visão, o governo supostamente deveria ter a menor interferência possível no livre funcionamento dos mercados. Essa foi a primeira versão da moderna ideologia do Estado mínimo.(MONTORO FILHO, 2008, p. 12)

No entanto a “gangorra” entre a livre concorrência e a defesa da própria existência da concorrência ensejam o nascimento de normas de regulação, as quais servirão de calibragem à livre iniciativa. Nesse cenário, onde de um lado há liberdade de uso de técnicas lícitas de conquista de mercado e de outro se proíbe a utilização de meios que burlem a livre competição, nascem os primeiros textos antitruste da era moderna. No Brasil a mudança de paradigma liberal é notada após a Constituição de 1934, que diferentemente de suas antecessoras passa a permitir a intervenção do estado na Ordem Econômica (PEREIRA NETO, 2016, p. 21). O Brasil pré Estado Novo (1937) vivia uma fase nacionalista, sentimento que foi fomentado durante a “era Vargas”. Em meio a atmosfera nacionalista o pensamento antitruste cresceu no escopo de combater o poder econômico derivado do capital estrangeiro.

Portanto, diferentemente do que ocorreu nos países da América do Norte, onde a movimentação antitruste se deu genuinamente de dentro para fora, no Brasil havia uma ideologia voltada a soberania e ao “antitruste internacional”, capitaneado pelo Ministro Agamemnon Magalhães, considerado pela doutrina como pioneiro do Direito Antitruste no Brasil (FORGIONI, 2016, p. 104-105). Nesse sentido, os primeiros grandes indícios de uma diretriz antitruste, a fim de regular a Ordem Econômica, são voltados à defesa da economia popular, protegendo consumidores (Direito do Consumidor) e pequenos comerciantes (Direito de Concorrência). É o que sustenta Ivo Gico Junior (2006, p. 32), quando assenta que foi na “Constituição Polaca”, a qual foi outorgada por Getúlio Vargas que o Brasil inicia uma idealização de Direito da Concorrência. Malgrado a Constituição de 1937 conter somente diretrizes, sem prever uma legislação antitruste, foi durante a sua vigência que se iniciou a concretização de normas de regulação, a exemplo dos Decretos Lei: nº 431/38; e nº 869/38. Posteriormente foi editada a Lei nº 4.137 de 1962, a qual criou o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Nesta fase o CADE tinha pouquíssima representatividade e autonomia, situação que somente se modificou anos depois (1991/1994).

Gradativamente, o Direito da Concorrência foi ganhando espaço, sendo editadas as Leis nº 8.089 - Código de Defesa do Consumidor em 1990, a Lei nº 8.137, a qual trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e a Lei nº 8.158 de 1991, a qual criou a SNDE vinculada ao Ministério da Justiça e deu ao CADE outras atribuições. Posteriormente a Lei nº 8.884 de 1994, a qual transformou o CADE em autarquia e deu-lhe maior autonomia. Em 2011 foi editada a lei nº 12.529/11. Destaca-se que do ponto de vista material poucas alterações foram efetivadas, ou seja, os conceitos e critérios de determinação de ilicitude permaneceram os mesmos. A mudança principal se deu pela reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. A popularmente denominada Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846 data do ano de 2013 e de forma muito tímida delineou, com sua “humilde” referencia aos programas de integridade, uma diretriz a ser seguida, prevendo em linhas gerais atenuantes àqueles que adotem este tipo de programa. Fato curioso é que a legislação concorrencial pátria não menciona expressamente a palavra cartel, todavia há referência à prática no inciso I do Parágrafo 3º do Artigo 36 da Lei 12.529/2011<sup>9</sup>. Indispensável ressaltar que o referido dispositivo é o atual objeto mitigação - possível revisão posterior a depender das circunstâncias ocasionadas em período de pandemia.

## **BREVE HISTÓRICO DO DIREITO ANTITRUSTE**

Pode-se, sucintamente, dividir o Direito Antitruste em três períodos: o primeiro no escopo de disciplinar a concorrência afim de eliminar distorções tóxicas; o segundo voltado ao liberalismo econômico e, por fim, as normas antitrustes vistas como instrumento de implementar políticas públicas (FORGIONI, 2016, p. 21). O Direito Antitruste prevê a regulação de monopólios desde a antiguidade grega, existem relatos de regulamentações de agentes econômicos, com “poder de mercado”, as quais foram levadas a conhecimento do senado grego do ano de 386 a.C. Trata-se do primeiro caso antitruste

---

<sup>9</sup> § 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 [...].

da história. Há evidências sobre a existência de monopólios na antiguidade romana, onde se buscou coibir a prática de acordo de preços e monopólios através do Édito de Zeno de 483 d.C. (FORGIONI, 2016, p. 40-41). Ainda pertencendo ao primeiro período, destaca-se o combate aos monopólios e a consequente necessidade de regulação de mercado durante a idade média. Durante o mercantilismo, com base em comentários ao “Édito de Zeno”<sup>10</sup>, começam a despertar as ideias de penalização/condenação às práticas de iniciativas que visem estabelecer monopólios, e consequentemente desequilibrem a Ordem Econômica (FRANCESCHELLI, 2016, p. 51).

O segundo período se desenvolve na América do Norte, local onde o Direito Antitruste tomou grande corpo, tendo em vista que a economia do Canadá e Estados Unidos já despontava com um crescimento superior aos demais mercados. Desta forma, os governos dos países norte-americanos foram pressionados a criar mecanismos legislativos aptos a regular a concorrência e a diminuir a influência dos *trustes* na economia. Nesta fase, aponta-se o pioneirismo da legislação antitruste mundial ao Canadá que em 1889 editou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção, o que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá (GABAN; DOMINGUES, 2004, p. 4). Nos Estados Unidos o *Sherman Act* editado em 1890, é entendido como o mais significativo diploma legal contra a concentração de poder nas mãos de alguns agentes econômicos. Esta lei foi promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o excessivo poder econômico no mercado (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 71). A respeito do *Sherman Act* William E. Kovacic e Carl Shapiro (1999, p. 1), fazem pertinentes considerações:

A aprovação da Lei Sherman nos Estados Unidos em 1890 preparou o terreno para um século de jurisprudência sobre monopólio, cartéis e oligopólio. Entre os estatutos americanos que regulam o comércio, a Lei Sherman é inigualável em sua generalidade. A lei proibia todos os contratos, combinações ou conspirações para restringir o comércio e a monopolização e tratava violações como crimes. Por esses comandos abertos, o Congresso concedeu aos juízes federais um poder extraordinário

---

<sup>10</sup> Parte da doutrina defende, inclusive que o *Sherman Act* foi muito inspirado no neste diploma romano, neste sentido Paula Andréa Forgioni.

para traçar linhas entre cooperação aceitável e conluio ilegal, entre concorrência vigorosa e monopólio ilegal<sup>11</sup>.

O terceiro período refere-se ao pós primeira guerra mundial. Inequívoco que os períodos de guerras e pós grandes guerras causam um desequilíbrio econômico muito grande, fases onde surgem novos atores no cenário econômico mundial. Este momento - após 1914 -, o estado é chamado para impulsionar a maquina econômica, fomentando diversos setores principalmente através da concessão de crédito.

## **OS CARTÉIS DE CRISE COMO FERRAMENTA DE RECUPERAÇÃO ECONÔMICA - A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA**

Entre as condutas anticompetitivas previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, as quais são alvo de flexibilização pela Lei nº 14.010/2020, estão as condutas de combinação entre os concorrentes, as quais configuram condutas anticompetitivas horizontais. A possibilidade de posterior discussão tocante a ilicitude, ou não, destas práticas de arranjos entre os *players* concorrentes muda completamente a regra de análise realizada atualmente pelo CADE, o qual segue a regra geral - para este tipo de conduta -, de que elas caracterizam ilícitos *per se*. Ou seja, sua ilicitude independe dos efeitos gerados, portanto, as condutas são ilícitas pelo seu próprio objeto.

### **A LEI Nº 14.010/2020 COMO GETWAY À FORMAÇÃO DE CARTÉIS**

Alerta-se que a Lei nº 14.010/2020, trata-se de uma pressão junto ao governo federal no intuito de flexibilizar o *enforcement* antitruste, fato que é característico em “tempos de crise”. A flexibilização da legislação, provavelmente, fomenta a formação de cartéis, os quais por terem como nascedouro um campo permissivo da legislação - ainda que temporário -, são considerados “cartéis do bem” ou os famosos “cartéis de crise”. A lei em discussão, quando propõe que no momento de análise da ilicitude das demais condutas

---

<sup>11</sup> Tradução livre do autor: “*Passage of the Sherman Act in the United States in 1890 set the stage for a century of jurisprudence regarding monopoly, cartels, and oligopoly. Among American statutes that regulate commerce, the Sherman Act is unequalled in its generality. The Act outlawed "every contract, combination or conspiracy in restraint of trade" and "monopolization" and treated violations as crimes. By these open-ended commands, Congress gave federal judges extraordinary power to draw lines between acceptable cooperation and illegal collusion, between vigorous competition and unlawful monopolization*”.

previstas no Artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 - entre as quais há as condutas que caracterizam a formação de cartel -, deverão ser levadas em consideração “as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do Coronavírus (Covid-19)”, não legaliza a formação desta figura nefasta, mas altera a metodologia de análise. Abre-se, portanto, uma janela de discricionariedade a fim de que se utilize da razão - *rule of reason* -, neste julgamento caracterizador, em detrimento de uma responsabilidade objetiva, denominada regra *per se*. A utilização dessas ferramentas no intuito de fomentar e reestruturar a economia não é novidade, pois esta prática já foi utilizada diversas vezes na história da economia moderna. No entanto, há um campo de discussão muito amplo e complexo a respeito da sua real eficácia. Certo é que há bons argumentos para ambos os posicionamentos, porém a história de flexibilização antitruste como meio de recuperação econômica é um termômetro empírico inegável, o qual alerta para o perigo do uso da ferramenta dos cartéis de crise (ROMANIELO, 2013, p. 212-213).

## **OS CARTÉIS DE CRISE**

O cartel de forma geral caracteriza-se pela associação entre empresas, ou seja, infração horizontal, com o fim de estabelecer acordos sobre fixação de preços, divisão de mercados geográficos, estipulação da quantidade de produtos a fabricar, etc. Tais iniciativas ilícitas têm sempre o escopo de ensejar a limitação ou extinção da concorrência. Paula Forgioni (2016, p. 348) ensina que os “Acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência”. Posner (1976, p. 28), por sua vez, define o cartel como cooperação entre vendedores concorrentes através de um acordo, expresso ou tácito, que limita a concorrência, ou de uma fusão ou outro método de fusão para elevar o preço de mercado acima do nível competitivo. O CADE (2020) define cartel como sendo:

Cartel é 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. Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores, tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e

desnecessariamente caros para outros. É importante ressaltar que a mera constatação de preços idênticos não é, isoladamente, indício suficiente que aponte a existência de um cartel. São necessários, além de dados econômicos, indícios factuais de que há ou houve algum tipo de acordo ou coordenação entre os empresários do setor para aumentar ou combinar o preço dos produtos ou serviços ofertados. Alguns exemplos de provas já utilizadas para se caracterizar e punir cartéis foram atas de reuniões, escutas telefônicas, mensagens trocadas entre concorrentes, etc. Por isso, essa conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica. Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% comparado ao preço praticado em um mercado competitivo.

Urge destacar que há cartéis de crise não somente em situações as quais o governo permite e/ou incentiva a formação do cartel. O comitê de defesa da concorrência da Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico – OCDE – (2020), conceitua cartéis de crise como sendo a combinação de agentes econômicos concorrentes oriunda de uma severa crise setorial, nacional ou global sem a permissão estatal ou legal, sem que haja permissão/flexibilização do governo ou quando há uma flexibilização legal e interpretativa, a qual pode incentivar formação destas figuras. Nos casos como os em apreço, em que há flexibilização legal e interpretativa, o termo “cartéis de crise” é, conceitualmente, sinônimo de cartel de depressão, cartel de recessão e cartel de reestruturação. Todos têm, em tese, o escopo de reestruturação econômica, baseados num excesso de capacidade de produção em comparação com níveis atuais de demanda em âmbito setorial ou nacional. Tocante a potencialidade dos cartéis à Ordem Econômica, Genser Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 40) verbalizam:

[...] as práticas horizontais foram sempre consideradas de maior potencial de dano ao mercado. Isso porque são ações entre concorrentes que, como o nome sugere devem concorrer no mercado e não cooperar entre si. Os economistas sempre foram céticos em relação às motivações de eventuais reuniões de empresários do mesmo setor.

Forgioni (2016, p. 350) destaca que o nosso sistema há muito tempo já prevê a ilicitude da prática de acordos - que caracterizem a formação de cartel - entre empresários do mesmo setor. Pode-se sinalizar esta preocupação através do Decreto Lei nº 869/38; Decreto Lei nº 7.666/45; Lei nº 4.137/62; Lei nº 8.137/90; Lei nº 8.884/94; Lei nº 12.529/11; Lei nº 12.846/2013.

## A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA NA UTILIZAÇÃO DOS CARTÉIS DE CRISE COMO FERRAMENTA À REESTRUTURAÇÃO ECONÔMICA

A história econômica norte americana, principalmente no período da grande depressão, é uma experiência muito rica no tocante a flexibilização e permissão do uso dos cartéis de crise como ferramenta à reestruturação econômica. O debate a respeito da eficácia dos “cartéis do bem” como ferramenta para recuperação econômica é complexo. O *off* temporário no âmbito da política antitruste traz argumentos para ambos os lados. No entanto a experiência a nível mundial, e principalmente a americana, aponta para a ocorrência do fenômeno negativo da cartelização generalizada (ROMANIELO, 2013, p. 278-279). Os Estados Unidos juntamente com o Canadá foram pioneiros em criar mecanismos legislativos aptos a regular concorrência e a diminuir a influência dos *trustes* na economia<sup>12</sup>. Portanto, trata-se de um novo personagem característico das grandes corporações objetivando lucro, sob a disciplina da separação entre a propriedade da empresa e o controle administrativo.

Os cartéis em sua essência são aprimoramentos de acordos entre os agentes econômicos, os quais ao passar do tempo foram nos Estados Unidos institucionalizados pelos *trustes*. Os efeitos negativos não demoraram para aparecer, os grandes *players* do mercado americano começaram a usar de seu elevado poder de mercado para impedir, reduzir ou eliminar a concorrência. Caso pioneiro e de grande destaque foi do *Standard Oil Trust*. O monopólio se deu de tal forma que o estado americano enxergou a necessidade de agir a fim de garantir a existência da concorrência, surgindo as campanhas ao fortalecimento/criação da legislação antitruste. Neste sentido, ou seja, de resposta aos *trustes* nasceu o *Sherman Act* em 1890, um dos primeiros atos de um governo a fim de reduzir as distorções concorrenciais observadas no mercado mundial. Após a primeira guerra mundial os Estados Unidos já viviam um período de enfraquecimento da legislação antitruste, o qual veio a se consolidar após a grande crise de 1929<sup>13</sup>. O plano de

---

<sup>12</sup> Caracteriza-se o truste pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, que tem como objetivo gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce esta última o papel de agente fiduciário, truste, cabendo-lhe, com plena autonomia, aplicar tais bens e valores da melhor forma, no interesse do agenciador. Ao truste cabe a direção, de maneira uniforme, do conjunto de negócios que lhe são confiados (CARVALHOSA, 1967. p. 41.)

<sup>13</sup> Denominada como: Grande Depressão. O rompimento da bolha financeira ocorreu em outubro de 1929, com a “queda repentina das cotações da Bolsa de Nova York” e promoveu uma crise generalizada. Ademais, também foi bastante pertinente para a depressão a grande superprodução de mercadorias. Com a economia

Revista Húmus vol. 11, num. 31, 2021

recuperação econômica e social, denominado *new deal* teve três períodos. O primeiro período, com início em 1933 e fim em 1934, teve o escopo de criar regulamentações de controle financeiro, entre as quais destaca-se o NIRA<sup>14</sup>.

O NIRA surgiu com os objetivos principais de diminuir os índices de desemprego e garantir recursos às empresas e salários aos trabalhadores, contado com uma grande parcela de flexibilização e suspensão das leis antitrustes. Durante a década de 30, o NIRA nos Estados Unidos suspendeu grande parcela da legislação antitruste, deixando-a inaplicável a determinados tipos de acordos entre concorrentes. Tocante ao NIRA destaca-se o *Global Forum on Competition* da OECD (OCDE - ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, 2011, p. 34-35), onde se debateu a respeito dos cartéis de crise:

*Intervention gathered apace once President Franklin D. Roosevelt took office in 1933. As part of the New Deal that he proposed, the National Industrial Recovery Act (NIRA) was passed. This statute created the National Recovery Administration (NRA) which negotiated many accords or "codes" (as they were then referred to) for individual sectors or industries that specified product market outcomes (such as prices and output levels), labour market outcomes (wages and associated conditions), investment plans, and other corporate practices. President Roosevelt did not hide the fact that these codes could essentially circumvent existing cartel law and, where the codes applied, effectively replace cartel law with regulation. These regulations were, for all intensive purposes, agreed between the government, private industry, and trade unions representing the workforce. With respect to the motives of the supporters of this government intervention, Miller, Walton, Kovacic, and Rabkin argue: "Indeed, the 'central motivating force' of the trade associations was the desire to improve prices by 'collective action.' Labor groups, too, were pleased to secure a quid pro quo in the form of higher wages, and government administrators no doubt enjoyed their newly found power over commerce and trade" (page 18)<sup>15</sup>.*

---

em alta, as empresas tinham bastante expectativa de elevada demanda, então a oferta de produtos cresceu vertiginosamente. No entanto, com a crise, se multiplicaram o volume dos estoques não consumidos, gerando prejuízos e, com isso, demissões e falências. (GAZIER, 2009. p.9.)

<sup>14</sup> *National Industrial Recovery Act* - Junho de 1933.

<sup>15</sup> Tradução livre do autor: A intervenção se reuniu rapidamente quando o Presidente Franklin D. Roosevelt tomou posse em 1933. Como parte do New Deal que ele propôs, a Lei Nacional de Recuperação Industrial (NIRA) foi aprovada. Este estatuto criou a National Recovery Administration (NRA) que negociou muitos acordos ou "códigos" (como eles foram então referidos) para setores individuais ou indústrias que especificavam resultados do mercado de produtos (como preços e níveis de produção), resultados do mercado de trabalho (salários e condições associadas), planos de investimento e outras práticas corporativas. O Presidente Roosevelt não escondeu o fato de que esses códigos poderiam essencialmente burlar a lei do cartel existente e, onde os códigos aplicados, efetivamente substituir a lei do cartel por regulamentação. Esses regulamentos eram, para todos os fins intensivos, acordados entre o governo, a indústria privada e os sindicatos que representam a força de trabalho. Com relação aos motivos dos partidários desta intervenção

Surge a questão de saber se os momentos de crise podem, ou não, justificar a formação dos cartéis de crise. Malgrado a tentativa do “uso” dos cartéis de crise ter ótimos argumentos (OCDE - *ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES*, 2011, p. 24)<sup>16</sup>, como por exemplo evitar saída de empresas eficientes do mercado e, com isso, aumento do desemprego e perda de capacidade produtiva instalada, verificou-se, através de dados, que tal experiência atrasou a recuperação da economia americana. Tocante aos argumentos favoráveis Kokkoris e Olivares-Caminal (2010, p. 261-262), asseveram que:

*Cartel justifications that have been proposed include that a cartel will prevent cut-throat competition. In industries where fierce competition would otherwise yield below-cost pricing, the cartel guarantees a reasonable price. In addition, it has been argued that a cartel sustains needed capacity and prevents excess capacity. Furthermore, a cartel reduces uncertainty as regards the average price for a product. It also assists in financing desirable activities, such as R&D [Research and Development], and in providing countervailing power since, if there is a single buyer (monopsonist/oligopsonist) or supplier (monopolist/oligopolist), there is unequal bargaining power that a cartel can address. In periods of crisis in economies, without industry-wide agreements on capacity reduction that can be achieved through a crisis cartel, smaller firms may exist the market, leaving a limited number of choices for customers as well as inducing unemployment. In such conditions, firms may operate at inefficient output levels and may even incur losses”<sup>17</sup>.*

---

governamental, Miller, Walton, Kovacic e Rabkin argumentam: "De fato, a 'força motivadora central' das associações comerciais foi o desejo de melhorar os preços por 'ação coletiva'. Os grupos trabalhistas também tiveram o prazer de garantir um quid pro quo na forma de salários mais altos, e os administradores do governo, sem dúvida, desfrutaram de seu recém-encontrado poder sobre o comércio e o mercado" (página 18).

<sup>16</sup> *Limiting or avoiding employment losses; Facilitating rationalisation of a sector with excess capacity; Promoting innovation by facilitating co-operation between otherwise rival firms; Promoting productivity improvements by facilitating co-operation with the workforce; Stabilising prices, even promoting consumer welfare; Avoiding "ruinous" competition that denies firms the necessary profits for reinvestment; Preserving a proportion of the total market for favoured firms, including domestic firms; Avoiding a widespread backlash against cartel law, competition law, and their enforcement.*

<sup>17</sup> Tradução livre do autor: “Justificativas para formação de cartéis que têm sido propostas incluem aquela segundo a qual um cartel prevenirá concorrência *cut-throat*. Em indústrias onde a competição muito intensa poderia levar a precificação abaixo do custo, o cartel garantiria a razoabilidade dos preços. Além disso, argumenta-se que um cartel evita a formação de capacidade excedente. Ainda em tempo, um cartel reduz incerteza com relação ao preço médio dos produtos. Ele também auxilia financiar atividades desejadas, tais como Pesquisa e Desenvolvimento, e em criar poder de barganha para lidar com abuso de poder monopolista/oligopsonista ou monopsônico/oligopsônico. Em períodos de crises econômicas, ausentes acordos abrangendo toda a indústria para reduzir capacidade produtiva, empresas menores podem sair do mercado, deixando um número pequeno de escolhas possíveis para os consumidores, bem como levando ao aumento do desemprego. Em tais condições, as empresas operam em níveis de oferta ineficiente, podendo incorrerem em prejuízos”.

No entanto a lei antitruste americana não prevê qualquer tratamento especial dos cartéis durante crises econômicas. O combate à cartelização está enraizado nos Estados Unidos, principalmente após as flexibilizações que ocorreram durante a grande depressão. A Lei Nacional de Recuperação Industrial (“NIRA”), que criou a Administração Nacional de Recuperação (“NRA”), permitiu que os setores criassem um conjunto de códigos industriais. Tais códigos não passam de acordos horizontais, que estabelecem principalmente os preços de mercado, salários das indústrias, trocas de informações (tecnologias), cotas de produção e restrições à entrada no grupo. Os efeitos, no entanto não foram positivos, conforme se verifica dos relatos da participação americana no *Global Forum on Competition* (OCDE - ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, 2011, p. 215-216):

*Eighty years ago, at the time of the Great Depression, U.S. antitrust enforcement policy took a different approach to cartels. As described in 2009 by Assistant Attorney General Christine Varney, **Significantly, the onset of the Great Depression did not cause the nation to reconsider the damaging effects of cartelization on economic performance. Instead of reinvigorating antitrust enforcement, the Government took the opposite tack. Legislation was passed in the 1930s that effectively foreclosed competition.** The National Industrial Recovery Act (–NIRA), which created the National Recovery Administration (–NRA), allowed industries to create a set of industrial codes. These –codes of fair competition set industries’ prices and wages, established production quotas, and imposed restrictions on entry. At the core of the NIRA was the idea that low profits in the industrial sectors contributed to the economic instability of those times. The purpose of the industrial codes was to create –stability – i.e., higher profits – by fostering coordinated action in the markets. The codes developed following the passage of the NIRA governed many of America’s major industrial sectors: lumber, steel, oil, mining, and automobiles. Under this legislation, the Government assisted in the enforcement of the codes if firms contributed to a coordinated effort by permitting unionization and engaging in collective bargaining. **What was the result of these industrial codes? Competition was relegated to the sidelines, as the welfare of firms took priority over the welfare of consumers. It is not surprising that the industrial codes resulted in restricted output, higher prices, and reduced consumer purchasing power. It was not until 1937, during the second Roosevelt Administration, that the country saw a revival of antitrust enforcement. ... The lessons learned from this historical example are twofold. First, there is no adequate substitute for a competitive market, particularly during times of economic distress. Second, vigorous antitrust enforcement must play a significant role in the Government’s response to economic crises to ensure that markets remain competitive**<sup>18</sup>. (Grifo nosso).*

<sup>18</sup> Tradução livre do autor: Oitenta anos atrás, na época da Grande Depressão, a lei antitruste dos EUA. A política de aplicação da lei adotou uma abordagem diferente dos cartéis. Conforme descrito em 2009 pelo procurador assistente Geral Christine Varney,

A flexibilização legislativa, bem como a necessidade de análise casuística das circunstâncias periféricas à conduta de formação de acordos horizontais (*rule of reason*), acarreta três problemas básicos, conforme sustenta Enrico Spini Romanielo (2013, p. 214-215):

(...) antecipar, primeiramente, que, a elaboração, a análise de razoabilidade e de pertinência, e a aprovação das metas e objetivos levantados, traduz-se em um processo extremamente complexo e moroso, envolvendo avaliação de inúmeros dados macroeconômicos, setoriais e relativos à situação específica das empresas em questão (...). Ora, sabe-se que em períodos de crise, a atuação estatal deve ser rápida, uma vez que a demora na tomada de decisões pode resultar na inviabilidade econômica dos agentes. Sendo assim, a eficácia de tal política poderia ser comprometida. Além disso, ressaltam-se os elevados custos de monitoramento do cartel por parte da autoridade antitruste (ou outro órgão estatal encarregado de tal função). Um terceiro problema, conforme já aventado acima, é a assimetria de informações reinante no ambiente econômico, sendo certo que é plenamente possível que os agentes participantes do cartel apresentem informações e dados alterados ou mascarados que impeçam a correta avaliação do cumprimento das metas e objetivos a serem alcançados. Ainda em tempo, a permissão de tais acordos, ainda que não implique a criação de uma estrutura de mercado cujo desfazimento é altamente custoso, pode resultar em substancial troca de informações concorrencialmente sensíveis entre competidores. Por meio de tal mecanismo, as empresas podem passar a se conhecer profundamente, compreendendo com detalhes a forma e estratégia de atuação umas das outras. Conseqüentemente, uma vez findo o período de vigência do cartel, é razoável imaginar que os *players* continuarão se comportando de forma colusiva, ainda que inexista um acordo formal entre eles.

---

Significativamente, o início da Grande Depressão não fez com que a nação reconsiderasse a efeitos prejudiciais da cartelização no desempenho econômico. Em vez de revigorar a legislação antitruste execução, o governo tomou a direção oposta. A legislação foi aprovada na década de 1930 que efetivamente impediu a concorrência. A Lei Nacional de Recuperação Industrial (“NIRA”), que criou a Administração Nacional de Recuperação (“NRA”), permitiu que os setores criassem um conjunto de códigos industriais. Esses “códigos de concorrência leal” definem os preços e salários das indústrias, estabelecidos cotas de produção e restrições impostas à entrada. No centro do NIRA estava a ideia de que baixos lucros nos setores industriais contribuíam à instabilidade econômica daqueles tempos. O objetivo dos códigos industriais era criar “estabilidade” - ou seja, maiores lucros - promovendo ações coordenadas nos mercados. Os códigos desenvolvidos após a passagem do NIRA governavam muitas das principais setores industriais: madeira, aço, petróleo, mineração e automóveis. Abaixo disso legislação, o Governo ajudou na aplicação dos códigos se as empresas contribuíssem para um esforço coordenado, permitindo a sindicalização e a negociação coletiva. Qual foi o resultado desses códigos industriais? A competição foi relegada à margem, como o bem-estar das empresas teve prioridade sobre o bem-estar dos consumidores. Não é de surpreender que os códigos industriais resultaram em produção restrita, preços mais altos e redução poder de compra do consumidor. Não foi até 1937, durante a segunda administração de Roosevelt, que o país viu uma renascimento da aplicação da lei antitruste. ... As lições aprendidas deste exemplo histórico são duplo. Primeiro, não há substituto adequado para um mercado competitivo, particularmente durante tempos de dificuldades econômicas. Segundo, a aplicação antitruste vigorosa deve desempenhar um papel significativo papel na resposta do governo às crises econômicas para garantir que os mercados permaneçam competitivo.

O terceiro problema apontado pelo autor é muito interessante, tendo em vista sua alta probabilidade de ocorrência. Desta forma, além do efeito da cartelização generalizada, o qual é muito grotesco, pois acarreta um aumento de preços acelerado, trazendo, em última instância, prejuízos aos consumidores e à sociedade, há uma grande probabilidade que após o final da flexibilização antitruste os agentes não abandonem, de fato, seus acordos. Tocante as consequências da experiência americana, concluíram sinteticamente, Miller, Walton, Kovacic, and Rabkin (1984, p. 18):

*These gains to business, labor, and government interests, however, frequently came at the expense of consumers. The government planners, 'hungrily seeking new fields to conquer, seized upon any reason for extending their domain.'...In addition to the deliberate creation of monopolies, moreover, NRA administrators readily acquiesced in numerous code provisions that facilitated 'monopolistic or semi-monopolistic prices.' Some codes fostered extensive and explicit collusion among bidders for state, local, and federal government contracts, thereby raising profits for favored firms. Others facilitated clandestine price-fixing and restricted interregional product shipments. The glass container industry received an especially strong code as a reward for helping the government enforce the liquor revenue laws...The codes of the timber, copper, and glass container industries all 'had their origin in pre-code price-fixing activities of the groups concerned. "All such practices led to 'consumer gouging.' They also harmed smaller firms because the larger firms dominated the code-making deliberation. Moreover, although the NRA activities successfully raised profits and wages for many of the favored firms and their employees, the agency substantially impeded recovery from the Great Depression<sup>19</sup>.*

Conclui-se que a experiência americana em utilizar/incentivar a figura dos cartéis de crise como resposta à crise econômica não foi exitosa, trazendo reflexos negativos à

---

<sup>19</sup> Tradução livre do autor: Esses ganhos para interesses comerciais, trabalhistas e governamentais, no entanto, frequentemente acontecem às custas dos consumidores. Os planejadores do governo, 'buscando avidamente novos campos para conquistar, apreenderam qualquer motivo para estender seu domínio'.... Além da criação deliberada de monopólios, além disso, os administradores da NRA concordaram prontamente com inúmeras disposições de código que facilitavam 'monopolistas ou semi-monopolísticos'. preços. Alguns códigos promoveram conluio extenso e explícito entre os licitantes para contratos do governo estadual, local e federal, aumentando assim os lucros para as empresas favorecidas. Outros facilitaram a fixação clandestina de preços e remessas restritas de produtos inter-regionais. A indústria de recipientes de vidro recebeu um código especialmente forte como recompensa por ajudar o governo a aplicar as leis de receita de bebidas alcoólicas ... Todos os códigos das indústrias de madeira, cobre e recipientes de vidro 'tiveram sua origem nas atividades pré-código de fixação de preços dos grupos em causa. "Todas essas práticas levaram a 'goivagem do consumidor'. Eles também prejudicaram empresas menores porque as empresas maiores dominaram a deliberação de elaboração de códigos. Além disso, embora as atividades da ARN tenham aumentado com sucesso lucros e salários para muitas das empresas favoritas e seus funcionários, a agência impediu substancialmente a recuperação da Grande Depressão.

sociedade, tanto é que a figura dos cartéis de crise não é mais aceita nos Estados Unidos. Esta conclusão, sob o ponto de vista americano, ficou muito clara na participação do país no *Global Forum on Competition*. Nesta ocasião foi ratificada a importância e comprometimento dos Estados Unidos com a aplicação vigorosa das leis antitruste. Principalmente com fulcro nas lições oriundas da Grande Depressão (OCDE - ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, 2011). Noutro giro, é inegável a existência dos ótimos argumentos em prol da figura dos cartéis de crise, há vasta literatura que sugere que os cartéis são benéficos em tempos de crise econômica<sup>20</sup>. Ocorre que a proposta da lei em comento é demasiadamente aberta, não trazendo consigo nenhum critério de análise. O dispositivo em estudo somente determina que o CADE, ao seu juízo, deverá considerar as situações e circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do Coronavírus, ao analisar a ilicitude das condutas praticadas entre os *players* concorrentes. Contrapondo o que se verificou tocante a experiência norte americana de flexibilização da legislação antitruste, urge destacar que não se pode condenar a prática dos cartéis de crise com base em experiências negativas de outros países, pois são experiências pretéritas baseadas em outras realidades sociais e econômicas. No entanto é necessário que se considere tais experiências internacionais - principalmente a americana -, no momento de flexibilizar a legislação, ainda que de forma temporária. A literatura especializada segue, em grande parte, inconclusiva a respeito do dilema entre benesses e malefícios dos cartéis. Neste sentido Suslow e Levenstein (2006, p. 85) expõem sua “conclusão”:

*We compare the findings of these studies of cartel activity from the 1800s through the 1980s with the characteristics of a sample of international cartels from the 1990s, and present preliminary evidence on whether the stylized facts regarding industry characteristics for historical cartels also hold for contemporary cartels. The hard lesson learned from our survey of the empirical work is that it is difficult to generalize about cartel behavior. Our examination of cartel duration concludes that cartels are neither short-lived nor long-lived; they are both. Similarly, our analysis of the*

---

<sup>20</sup> Tradução livre do autor: Simpatizantes dos cartéis argumentam que tais acordos estabilizam preços em níveis lucrativos em indústrias com altos custos fixos ou que são sujeitas a concorrência *cut throat*. Em tais indústrias, a concorrência poderia fazer com que os preços caíam abaixo do custo médio total de longo prazo. Empresas não têm incentivo para investir em tais indústrias, especialmente se o investimento for irreversível [*sunk cost*]. Ao estabilizar preços em um patamar que cobre todos os custos médios, os cartéis incentivariam a realização de investimento e o aumento da produtividade. Assim, no longo prazo, eles gerariam eficiências, na medida em que o aumento da produtividade pode reduzir preços e aumentar a oferta.

*effect of cartels on prices and profitability finds that there is enormous variance in cartel success at raising price to the joint-profit maximizing level. In our examination of cartel breakdowns we find, as suggested by recent theoretical literature, that cheating is a common cause. Occurring even more frequently, however, are entry, external shocks, and bargaining problems, suggesting that these issues should be given deeper consideration in future work*<sup>21</sup>.

Generalizar o comportamento dos cartéis parece ser também um grave erro, tão quanto abrir as portas do juízo discricionário do CADE em matéria tão delicada. Conforme já exposto a lei falha ao não estabelecer quais critérios serão levados em consideração no momento de analisar a suposta ilicitude das condutas previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Ao se utilizar a regra razão, vislumbra-se como útil e necessária a utilização da metodologia da Análise Econômica do Direito, pois esta emprega diversas ferramentas teóricas e empíricas, de diversas ciências, a fim de desenvolver a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

## **OS CARTÉIS DE CRISE E A ANÁLISE METODOLÓGICA BASEADA NA REGRA RAZÃO OU PER SE**

Primeiramente salienta-se que não há no ordenamento jurídico pátrio previsão que confira legalidade a um cartel de crise. O que poderá ocorrer é que a conduta não preencha os requisitos legais, por conta de não alcançar os efeitos potenciais indicados no Caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Nesse sentido, a possibilidade de posterior discussão tocante a ilicitude, ou não, dessas práticas de arranjos entre os *players* concorrentes modifica completamente a regra de análise realizada pelo CADE. Durante todo o presente trabalho tratou-se a metodologia de análise das condutas anticompetitivas horizontais sob a égide da regra *per se*. No entanto, tal afirmativa é fruto da jurisprudência do CADE e não

---

<sup>21</sup> Tradução livre do autor: Comparamos as descobertas desses estudos sobre a atividade de cartéis de 1800 a 1980 com as características de uma amostra de cartéis internacionais da década de 1990 e apresentamos evidências preliminares sobre se os fatos estilizados sobre as características da indústria para cartéis históricos também se aplicam aos cartéis contemporâneos. A dura lição aprendida com nossa pesquisa sobre o trabalho empírico é que é difícil generalizar sobre o comportamento do cartel. Nosso exame da duração do cartel conclui que os cartéis não têm vida curta nem longa; eles são ambos. Da mesma forma, nossa análise do efeito dos cartéis nos preços e na lucratividade constata que há uma enorme variação no sucesso do cartel em elevar o preço para o nível de maximização do lucro conjunto. Em nosso exame das quebras de cartéis, descobrimos, como sugerido pela literatura teórica recente, que trapaça é uma causa comum. Ocorrem ainda mais frequentemente, no entanto, são problemas de entrada, choques externos e barganha, sugerindo que essas questões devem ser consideradas mais profundamente em trabalhos futuros.

da legislação pátria. Na realidade esta última é muito omissa no tocante a qual metodologia de interpretação deve ser utilizada. Não obstante a omissão, tem-se que destacar a Resolução do CADE nº 20/1999, a qual foi revogada posteriormente em 2007 pela Resolução do CADE nº 45/1999, porém o seu anexo permanece vigente. Este anexo serve de guia para análise de condutas anticompetitivas. No tocante aos cartéis, ou seja, às práticas restritivas horizontais, a resolução disciplina o seguinte:

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado ("eficiências econômicas"), recomendando a aplicação do "**princípio da razoabilidade**". Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos. (CADE, 1999) (Grifo nosso)

Portanto, em que pese a escassa normatização no que se refere a forma de análise das condutas restritivas horizontais, pelo o que existe no ordenamento jurídico a conclusão mais lógica e legal aponta para o uso da *rule of reason*. Contudo os julgados do CADE apontam para o uso frequente da regra *per se*, uma vez que, em tese, os efeitos negativos à concorrência são presumidos. Tal situação é frequente nos votos proferidos nos julgamentos do CADE (2002)<sup>22</sup>, em que se percebe o entendimento de que nos casos de

<sup>22</sup> 106. Frequentemente, defesas em casos de cartel envolvem argumentos sustentando que os membros do acordo não teriam poder de mercado, o que seria uma evidência de ausência de efeitos negativos ao mercado decorrentes da colusão. Ou mesmo, e isoladamente da questão do poder de mercado dos agentes, que o acordo não teria operado efeitos no mercado. Com base nessa discussão, argumenta-se se cartéis no Brasil podem ou não ser punidos com base na regra *per se*, em detrimento da reconhecida regra da razão.

107. As duas são regras de julgamento. A regra *per se* abrevia a análise por parte do julgador, limitando-se à verificação da existência do acordo (do cartel em si) para concluir pela ilicitude de uma determinada conduta, ao passo que a regra da razão passa por mais etapas, nomeadamente a análise de poder de mercado e também a ponderação de efeitos (na verdade, uma avaliação do efeito líquido decorrente da conduta em si). Ambas as regras são possíveis para o julgador brasileiro diante da interpretação do artigo 20, caput, segundo o qual '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'. A regra *per se* se aplica às hipóteses em que, à luz da experiência, revela-se dispensável perquirir algo além da existência da conduta, já que esta demonstraria de forma necessária e suficiente o seu potencial lesivo, presumindo-se as demais etapas.

cartel clássico, será exigida apenas a prova da existência da conduta para a configuração da infração, pois os efeitos são presumidos, fato que nitidamente contrária o escasso direito posto a este respeito. O governo americano, por sua vez, utilizou desde o início como metodologia de análise das condutas restritivas horizontais a regra *per se*, ou seja, a conduta é genuinamente ilícita, independente de seu resultado fático. Os países europeus ao longo dos anos foram adotando este mesmo posicionamento, porém tinham uma tendência inicial em adotar a regra razão<sup>23</sup>.

Há um único precedente na história do Direito Concorrencial norte-americano em que a Suprema Corte aplicou a regra da razão em um caso de cartel, devendo ser interpretado como uma exceção à racionalidade do órgão e da tradição antitruste nos Estados Unidos (EUA, 1993). A OCDE (2011) tenta mediar a questão da utilização dos cartéis de crise como ferramenta de reestruturação econômica, apontando como cenário ideal que eventuais cartéis de crise contem com estruturas públicas de governança prevendo pelo menos mecanismos de monitoramento, reavaliação e prazo de finalização. Inegável que estamos diante de um interessante encruzilhada. De um lado o CADE aplica uma regra metodológica que contraria o direito posto, podendo-se cogitar até um atentado contra o princípio da legalidade. Noutra direção temos o Governo Federal implantando políticas de flexibilização da legislação antitruste, o que possivelmente acarretará a cartelização. No entanto, conforme já exposto, o órgão oficial de regulação, CADE, aplica

108. A determinação de uma conduta como *per se*, portanto, depende de declaração por parte da jurisprudência. No Brasil, houve um movimento no sentido de aplicar a regra *per se* às hipóteses de cartéis chamados clássicos, em que os acordos são perenes e têm características que demonstram a sua institucionalização (sendo exemplos, não excludentes, de outras circunstâncias de institucionalização, os mecanismos de monitoramento e/ou de punição). A jurisprudência definiu o Cartel Clássico (Hard Core Cartel) como aquele derivado de acordo secreto entre competidores, com alguma forma de institucionalidade – não decorrente de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos de fixar preços e condições de venda, dividir mercados, acordar níveis de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado.

109. No mesmo julgado, conhecido como o ‘Cartel de Britas’, o Conselheiro Luiz Carlos Prado traçou diferenças entre o Cartel Clássico e o Cartel Difuso, que seria configurado por meio de ato coordenado entre concorrentes, com o mesmo fim de um cartel clássico, mas sem as características de permanência ao funcionamento de uma economia de mercado, por gerar unicamente efeitos negativos e nenhum aumento na eficiência.

110. Por esse motivo, aliás, a maioria dos países que adota uma política de defesa da concorrência dá tratamento ao cartel clássico de um delito *per se*, dispensando a prova acerca dos prejuízos do cartel para reprimi-lo e presumindo seus efeitos nocivos a partir da comprovação da sua existência. O Brasil é um desses países que considera bastante a prova da sua existência para configurar sua ilicitude. Mesmo assim, os votos de cartéis clássicos ainda avaliam poder de mercado, embora essa seja uma etapa que normalmente se dispensaria em análises sob a regra *per se*.

<sup>23</sup> MACIEL, Marcela Albuquerque. Direito da concorrência: uma análise das condutas abusivas horizontais e do termo de compromisso de cessação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2840, 11 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18870>. Acesso em: 26 abr. 2020.

um entendimento, o qual caso prevaleça aniquila qualquer possibilidade de aceitação dos cartéis de crise, uma vez que na aplicação da regra *per se* não há margem alguma tocante as particularidades econômicas e objetivos do acordo.

Ao estabelecer a possibilidade de análise posterior de atos que, em tempos normais seriam tidos como infrações à legislação anticoncorrencial, com base em critérios subjetivos, a legislação propõe a criação de uma norma aberta – ainda que temporária – que ao mesmo tempo que permite a análise de casos não imaginados pelo legislador, também expõe os players e a sociedade a insegurança jurídica e a possibilidade de decisões conflitantes em casos semelhantes. Além disso, ao se considerar a tradição jurisprudencial do CADE, órgão a quem cabe a aplicação prática da lei, vislumbra-se que a norma não tem capacidade de sair do texto para encontrar aplicação no caso concreto, por estabelecer conceitos com os quais o CADE não parece concordar. Isso se reflete ainda mais quando se verifica que a norma, especialmente em sua terceira forma de flexibilização, não apresenta mandamento de cumprimento obrigatório, deixando que o CADE, em um juízo quase que discricionário, aplique ou não a possibilidade jurídica de relativização de aplicação das penalidades anticoncorrenciais, o que dificulta, se não impede, o controle judicial destas decisões. Em um cenário em que nem a lei fornece ao aplicador as ferramentas metodológicas para sua aplicação, propõe-se a utilização da análise econômica do direito, como forma de permitir que esse mecanismo jurídico cumpra o escopo para o qual foi criado.

## **APLICAÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS REGULATÓRIAS POR MEIO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Como se pode perceber da análise da Lei nº 14.010, a decisão sobre a flexibilização ou não das regras anti-concorrenciais ficaria sujeita a uma análise casuística, com todas as vantagens – dentre as quais a adequação da norma ao caso concreto – e desvantagens – possibilidade de decisões conflitantes e baseadas em critérios demasiadamente subjetivos, abrindo margem ao solipsismo judicial –, que normas dessa natureza aberta costumam produzir. Diante desse cenário e considerando a estreita ligação entre direito e economia, não apenas, mas, especialmente no caso do direito anti-concorrencial, alocado por muitos como uma subárea do direito econômico, faz com que o método da análise econômica do

direito surja como meio adequado para a melhor interpretação da norma no caso concreto. Popularizada a partir das ideias de Richard Posner – embora se possa encontrar fundamentos em autores mais remotos, como Jeremy Bentham, por exemplo, a análise econômica do direito, ou AED como vem sendo chamada é assim conceituada por Gico Jr (2010, p. 14)

o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Para além das busca vã pela essência ou vontade da norma ou do legislador, incapazes de avaliar as consequências práticas das decisões proferidas (GICO JR., 2010, p. 14), a ciência econômica apresentaria ao direito alternativa metodológica capaz de permitir a tomada de decisões a partir da análise econômica de seus efeitos, “competindo, ao Direito, estipular o justo privado sem descuidar do custo social.” (GICO JR., 2010, p. 12)

Nesse sentido, Marcellino Junior (2014, p. 86) destaca que Richard Posner, fundando sua teoria no pragmatismo filosófico, propôs a interpretação da norma sob o ponto de vista científico e objetivo, voltado aos efeitos e consequências das decisões judiciais. Assim, segundo Posner, estar-se-ia limitando decisões tomadas com base em solipsismos, que seria substituído pela objetividade fornecida pela ciência econômica, cuja análise se fundaria na lógica da eficiência. Nesse sentido, é que a AED se mostra como “modelo teórico-prático útil à decisão judicial por meio da análise da realidade social, buscando melhorar os resultados gerais, promovendo, assim, o bem-estar social.” (PEREIRA, 2015, p. 288). Além da contribuição utilitarista, na medida em que permite “quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à dissipação dos conflitos e à satisfação das necessidades, bem como à elaboração Legislativa” (GONÇALVES. STELZER, 2014, p. 269), a economia possibilita, a partir de uma perspectiva behaviorista, prever e estimular ou desestimular ações sociais desejáveis ou não (MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 128).

Isso porque, “os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha”(GICO JR. 2010, p. 22). Trata-se de lógica universal e aplicável ao direito, na medida em que normas, legislativas ou provenientes de decisões

judiciais também tem o mesmo desiderato, qual seja, modular condutas para o *standard* social desejável. Deste modo, a aplicação da AED permite observar não apenas os efeitos que a decisão causará nas partes envolvidas naquele lide específica, mas também os efeitos que uma decisão de um caso pretérito podem causar nas ações futuras destas partes e de outras, que mesmo não envolvidas naquele litígio em específico, poderão ser encorajadas a agir de uma forma ou de outra, a partir da expectativa de direito que aquela decisão traz com relação a relações jurídicas futuras.

É exatamente o que defender Posner, citado por Pereira (2015, p. 281): *The legal ruling will be precedent influencing the decision of future cases. The judge must therefore consider the probable impact of alternative rulings on the behavior of people engaged in activities that give rise to the kind of accident involved in the case before him*<sup>24</sup>. Não se olvida que a base teórica que sustenta a AED é alvo de muitas críticas, como se verifica em Heinen (2014, p. 2-3) que, com lastro em Polanyi, Lebaron e Bresser-Pereira se posiciona contra “o excesso de abstração (e de irrealismo) da economia neoclássica, buscando demonstrar que não são pressupostos neutros ou naturais como se propõe, mas escolhas políticas que poderiam, por serem escolhas, ser feitas de outra maneira.” A autora destaca que a teoria de Posner se fundaria na ideia de equilíbrio geral de mercado, algo que está muito distante de se apresentar na realidade social, especialmente a brasileira. Na sequência, a mesma autora assevera que Posner recentemente, após a crise econômica de 2008 (Subprime norte-americano) suaviza sua posição neoliberal, passando a se classificar como keyseanista, asseverando que este deveria rever sua teoria da AED, dessa vez com base nessa nova matriz econômica que passou a adotar.

As falhas do método AED são reconhecidas mesmo pelos autores brasileiros adeptos da análise juseconomica, como Gico Jr (2015, p. 25), que embora destaque que os valores a serem considerados pelos indivíduos não estão relacionados necessariamente com pecúnia, mas com os bens da vida mais caros a cada indivíduo, reconhece que o método será tão eficiente quanto a área do direito a ser analisada for possível de ser compreendida conforme a lógica de mercado, o que parece ser exatamente o caso das normas anti-concorrenciais. Ademais, não se pode esquecer que independentemente da política pública que se vise alcançar, esta deve ser eficiente, eis que “em um mundo onde os recursos são

---

24 Tradução livre do autor: A decisão legal gerará precedente, influenciando a decisão de casos futuros. O juiz deve, portanto, considerar o provável impacto de decisões alternativas no comportamento das pessoas envolvidas em atividades que dão origem ao tipo de conflito envolvido no caso que o antecede.

escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.” (GICO JR, 2010, p. 28). E é por isso, que “o pragmatismo jurídico se preocupa muito mais em resolver os problemas sociais por meio de decisões judiciais para que, ao final, seja possível alcançar o bem-estar da coletividade” (PEREIRA, 2015, p. 283), o que afastaria a ideia de egoísmo atrelada a AED.

É o que sustentam Gonçalves e Stelzer (2014, p. 282), quando defendem dentre outras estratégias no intuito de tornar o direito justo e capaz de proporcionar o desenvolvimento sustentável: “verificar a crise existente entre a ineficiência das regras de Direito e a busca da eficiência econômica, viabilizando soluções para que a aproximação das esferas normativas não se torne impossível em relação à realidade econômico-social”. Nessa linha, os autores apresentam um marco-teórico a partir do qual se poderia pensar na aplicação da AED de uma forma que o alcance do bem comum fosse possível, o que fazem com base na teoria do Mínimo Ético Legal (MEL) e Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES):

Resta, pois, novo arranjo do Direito com a Economia, buscando eficiência, sim; porém, dentro de limites determinados pelo Estado, segundo se entende por Mínimo Ético Legal (MEL). Tal arranjo denomina-se Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES). Destarte, justifica-se que, se a análise econômica de custos e benefícios pode não considerar critérios distributivos e, preconizando maiores lucros para um grupo, submeter outro a carências; por outro lado, a distribuição regressiva leva a maiores injustiças em termos materiais. Dessa forma, devem ser considerados critérios progressistas de distribuição da riqueza, segundo processo de tomada de decisão que não leve à estagnação ou inoperância da atividade econômica. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 272-273)

A par das divergência ideológicas, e considerando que a AED não é capaz de solucionar todos os problemas jurídicos atuais, não se pode olvidar que este é um método viável e capaz de apresentar o arcabouço teórico capaz de auxiliar a compreensão, de maneira realista/pragmática, “da ação humana, a partir da alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social” (GICO JR., 2010, p. 29). Tal conclusão se mostra ainda mais adequada quando da análise da lei em questão, que permite ao legislador deixar de aplicar sanções típicas da legislação anticoncorrencial, desde que os atos que as ensejariam sejam praticados durante o período de calamidade pública em razão da Pandemia causada pelo

COVID-19, e o faz sem fornecer ao aplicador da norma os critérios que devem ser observados para tanto.

É justamente nessa flagrante anomia que a AED sem mostra como instrumento metodológico viável para que se utilize da norma de forma que esta possa alcançar seu objetivo maior de preservação da ordem econômica nacional neste momento *sui generis* de crise. Daí que, quando da análise do caso concreto, deve-se ter em mente as consequências econômicas práticas dos atos, não apenas para as partes que os compuseram, mas especialmente para todos os atores sociais, especialmente considerando que normas de natureza anticoncorrencial são dirigidas especialmente àqueles que não tomam parte no negócio jurídico sob escrutínio. Nessa mesma análise, não se pode olvidar dos efeitos que uma decisão dessa natureza é capaz de causar no comportamento econômico futuro dos atores envolvidos nessa relação, que poderão serem estimulados ou desestimulados – a depender do conteúdo da decisão – a praticarem atos com potencial de impactar a ordem econômica nacional.

A ausência de regras claras autoriza ainda a adoção de medidas intermediárias, permitindo que o CADE mitigue eventuais decisões, convalidando determinados atos e determinando a correção de outros, quando os primeiros se mostrarem benéficos a ordem econômica e os segundos não. Ou ainda, verificando que o ato de concentração foi necessário naquele momento, mas que trouxe danos à ordem econômica que perduram para além do período de calamidade, poderá determinar que medidas compensatórias sejam tomadas pelos envolvidos como forma de reequilibrar a situação econômico-social no período pós-crise. Como defender Posner, a adoção da AED na análise dessa norma poderá fornecer um arcabouço teórico hermenêutico capaz de embasar decisões que levem em conta a melhor solução econômica possível, mitigando a participação da mera impressão pessoal do julgador, que por meio de solipsismos, poderia emprestar a norma uma aplicação indesejável, porquanto criadora de insegurança jurídica e produtora de decisões que contrariem o escopo econômico da norma.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei nº 14.010/2020 surge como resposta legislativa para a adequação provisória de institutos de direito privado, com o escopo de preservar as relações obrigacionais no afã

de minimizar os efeitos econômicos decorrentes do surto do novo Coronavírus no Brasil. Dentre as áreas atingidas pela lei, destaca-se para os fins desta pesquisa, o direito concorrencial, mais especificamente na relativização de normas regulatórias relativas à legislação antitruste. Neste contexto, além da suspensão de sanções por determinadas práticas normalmente tidas objetivamente como ilícitas, e da cessação da obrigação de notificação de determinadas operações societárias ao CADE, a lei possibilitou a discussão posterior, a respeito da ilicitude de certas práticas/conduitas previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, as quais poderão ser desconsideradas como ilícitas a critério do CADE, se ao seu juízo, tais se derem em face de situações e circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do Coronavírus, o que, na prática, muda completamente a regra de análise realizada atualmente pelo CADE, o qual segue a regra geral - para este tipo de conduta -, de que elas caracterizam ilícitos *per se*.

A partir desta permissão temporária, pode-se identificar uma espécie de flexibilização legal no direito antitruste, propiciando a figura dos chamados “cartéis de crise”, com o escopo de auxiliar reestruturação econômica, baseados num excesso de capacidade de produção em comparação com níveis atuais de demanda em âmbito setorial ou nacional. Ao investigar-se a experiência norte-americana, que em outras oportunidades, utilizou-se de expediente semelhante, conclui-se que naquelas oportunidades utilizar/incentivar a figura dos cartéis de crise como resposta à crise econômica não foi exitosa, trazendo reflexos negativos à sociedade, o que levou a não aceitação dos cartéis de crise naquele país. Esta conclusão, sob o ponto de vista americano, ficou muito clara na participação do país no *Global Forum on Competition*, quando foi ratificada a importância e comprometimento dos Estados Unidos com a aplicação vigorosa das leis antitruste. Principalmente com fulcro nas lições oriundas da Grande Depressão.

Noutro giro, é inegável a existência de ótimos argumentos em prol da figura dos cartéis de crise, há vasta literatura que sugere que os cartéis são benéficos em tempos de crise econômica, o que justificaria a sua adoção na atual realidade econômica brasileira. Todavia, a lei aprovada apresenta conceitos demasiadamente abertos, não trazendo consigo nenhum critério objetivo de análise, limitando-se apenas a determinar que o CADE, ao seu juízo, deverá considerar as situações e circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do Coronavírus, ao analisar a ilicitude das condutas praticadas entre os *players* concorrentes.

Assim, ao estabelecer a possibilidade de análise posterior de atos que, em tempos normais seriam tidos como infrações à legislação anticoncorrencial, com base em critérios subjetivos, a legislação propõe a criação de uma norma aberta – ainda que temporária – que ao mesmo tempo que permite a análise de casos não imaginados pelo legislador, também expõe os players e a sociedade a insegurança jurídica e a possibilidade de decisões conflitantes em casos semelhantes. A situação fica ainda mais tormentosa quando se verifica que a norma, especialmente em sua terceira forma de flexibilização, não apresenta mandamento de cumprimento obrigatório, deixando que o CADE, em um juízo quase que discricionariedade, aplique ou não a possibilidade jurídica de relativização de aplicação das penalidades anticoncorrenciais, o que dificulta, se não impede, o controle judicial destas decisões. Este cenário posiciona a atividade empresarial brasileira diante de uma encruzilhada. De um lado o Governo Federal implanta políticas de flexibilização da legislação antitruste, o que possivelmente acarretará a cartelização. No entanto, conforme exposto, o órgão oficial de regulação, CADE, aplica um entendimento, o qual caso prevaleça aniquila qualquer possibilidade de aceitação dos cartéis de crise, uma vez que na aplicação da regra *per se* não há margem alguma tocante as particularidades econômicas e objetivos do acordo.

Como proposta de solução desta flagrante anomia, pode-se propor a utilização da análise econômica do direito como instrumento metodológico viável para que se utilize da norma de forma que esta possa alcançar seu objetivo maior de preservação da ordem econômica nacional neste momento *sui generis* de crise. Por meio de análises consequencialistas, levando em conta o cenário de excepcionalidade, entende-se prudente que, quando da análise do caso concreto, tenha-se em mente as consequências econômicas práticas das decisões, não apenas para as partes que os compuseram, mas especialmente para todos os atores sociais, especialmente considerando que normas de natureza anticoncorrencial são dirigidas especialmente àqueles que não tomam parte no negócio jurídico sob escrutínio. Além disso, por meio da AED, especialmente considerando a anomia quanto a matéria, entende-se possível a adoção de medidas intermediárias, permitindo que o CADE mitigue eventuais decisões, convalidando determinados atos e determinando a correção de outros, quando os primeiros se mostrarem benéficos a ordem econômica e os segundos não. Ou ainda, verificando que o ato de concentração foi necessário naquele momento, mas que trouxe danos à ordem econômica que perduram

para além do período de calamidade, determine medidas compensatórias a serem tomadas pelos envolvidos como forma de reequilibrar a situação econômico-social no período pós-crise. Por fim, por meio da Análise Econômica do Direito, pode-se concluir que na tomada de decisões desta natureza, o CADE deva necessariamente se utilizar de dados concretos, buscando a interpretação capaz de proporcionar a melhor solução econômica possível, mitigando a participação da mera impressão pessoal do julgador, que por meio de solipsismos, poderia emprestar a norma uma aplicação indesejável, porquanto criadora de insegurança jurídica e produtora de decisões que contrariem o seu escopo econômico-social.

## REFERÊNCIAS

**AFONSO**, José da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

**BRASIL**. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 abril 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.529/2011 - 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 24 abril 2020.

**CADE**, Perguntas sobre infrações à ordem econômica. Disponível em: <<http://www.CADE.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>. Acesso em: 18/04/2020.

\_\_\_\_\_. Processo Administrativo nº 08012.005495/2002-14. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOitMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLtoJzWxCorgmNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZC6v8TyWnxGna3CbKST5tM\\_KHwA\\_UwbWYRwz\\_7PJOAB](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOitMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLtoJzWxCorgmNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZC6v8TyWnxGna3CbKST5tM_KHwA_UwbWYRwz_7PJOAB)>. Acesso em 26/04/2020.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <<file:///Users/henriquevargas/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em: 26/04/2020.

**CARVALHOSA**, Modesto Souza de Barros. Poder econômico: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico. São Paulo: RT, 1967.

**COELHO**, Fábio Ulhoa. Direito antitruste brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1995.

**EUA**. Department of Justice. HOW AND WHY THE PER SE RULE AGAINST PRICE-FIXING WENT WRONG. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/how-and-why-se-rule-against-price-fixing-went-wrong>. Acesso em: 26/0/2020. Appalachian Coals, Inc. vs. United States (288 U.S. 344 [1933]).

**FONSECA**, João Bosco Leopoldino. Direito econômico. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

**FORGIONI**, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

**FRANCESCHELLI**. Trattato di diritto industriale. In FORGIONI, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

**GABAN**, Eduardo Molan; **DOMINGUES** Juliana Oliveira. Direito antitruste: o combate a cartéis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**GAZIER**, Bernard. A Crise de 1929. Porto Alegre: L&PM Editores, 2009.

**GICO JUNIOR**, Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006.

**KOVACIC**, William; **SHAPIRO**, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. GW Law Faculty Publications & Other Works. 1999, p. 1. Disponível em: <[https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1775&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1775&context=faculty_publications)>. Acesso em: 24 abril 2020.

**KOKKORIS**, Ioannis; **OLIVARES-CAMINAL**, Rodrigo. Antitrust law amidst financial crises. New York: Cambridge University Press, 2010.

**MACIEL**, Marcela Albuquerque. Direito da concorrência: uma análise das condutas abusivas horizontais e do termo de compromisso de cessação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2840, 11 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18870>. Acesso em: 26 abr. 2020.

**JAMES**, Miller C.; **WALTON**, Thomas F.; **KOVACIC**, William E.; **RABKIN**, Jeremy A. (1984). *Industrial Policy: Reindustrialization Through Competition or Coordinated Actions?* In: *Yale Journal on Regulation*, Vol. 2, #1, p. 18.

**MONTORO FILHO**, André Franco. Direito e Economia. “Convite ao Diálogo”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**OCDE - ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES**. Global Forum on Competition. Crisis Cartels. 18-Oct-2011. (Series Roundtables on Competition Policy). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48948847.pdf>>. Acesso em: 25 abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Hard core cartels: recent progress and challenges ahead. 2003. Disponível em <[https://read.oecd-ilibrary.org/governance/hard-core-cartels\\_9789264101258-en](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/hard-core-cartels_9789264101258-en)>. Acesso em 23/04/2020.

**OLIVEIRA**, Gesner; **RODAS**, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

**PEREIRA NETO**, Caio Mário da Silva. Direito concorrencial / Caio Mário da Silva Pereira Neto, Paulo Leonardo Casagrande. São Paulo: Saraiva, 2016.

**POSNER**, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

\_\_\_\_\_. *Antitrust Law: an economic perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner*. 2008.

**ROMANIELO**, Enrico Spini. *Direito antitruste e crise-perspectivas para a realidade brasileira*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

**SALOMÃO FILHO**, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

**SELIGMAN**, Edwin R. A. *The economic interpretation of history*. New York: Columbia University Press, 2007.

**SUSLOW**, Valerie Y.; **LEVENSTEIN**, Margaret C. What determines cartel success? *Journal of Economic Literature*, v. XXIV, p. 85. 2006. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=299415](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299415)>. Acesso em: 26/04/2020.

**GICO JR.** Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. In: *Economics Analysis of Law Review*, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

**GONÇALVES**, Everton das Neves; **STELZER**, Joana. *Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial*. In: *Seqüência*. v. 35, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

**HEINEN**, Luana Renostro. *A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica*. In: *Direito e economia I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Gina Vidal Marcílio Pompeu, Felipe Chiarello de Souza Pinto, Everton das Neves Gonçalves. – Florianópolis : CONPEDI, 2014

**MARCELLINO JUNIOR**, Julio Cesar. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: A maximização do acesso na busca pela efetividade*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014.

**PEREIRA**, Leonardo Fadul. *Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner*. In: *O pensamento jurídico contemporâneo*. coordenação Jean Carlos Dias. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.