

**O direito antitruste face a crises econômicas:  
desafios enfrentados pela legislação antitruste no Brasil face a crise econômica gerada  
pela COVID-19**

*Antitrust and economic crises: challenges faced by the brazilian competition law concerning  
the economic crisis generated by the COVID-19*

Polyanna Vilanova<sup>1</sup>  
Julia Werberich<sup>2</sup>

**RESUMO**

Este artigo analisa os impactos de crises econômicas, sob uma ótica de direito comparado, ao *enforcement* antitruste durante e após o estabelecimento da crise, com o foco de determinar os impactos da crise econômica gerados pela pandemia da COVID-19 no Brasil. Analisar-se-á quais medidas estão sendo e poderão ser adotadas pelo CADE face a esse contexto atípico, em que se busca preservar o ambiente concorrencial e o desenvolvimento econômico do País – ou, ao menos, minimizar os impactos negativos no cenário econômico.

**Palavras-chave:** Direito econômico; Defesa da Concorrência; Crise Econômica; *Enforcement* antitruste; legislação antitruste.

**Classificação JEL:** A12; B17; B22; B27; D5; E2; E44; E5; G34; G38; H10; H11; H12; H53; H54; I15; I18; K21; K42; L11; L16; L51; P16.

**ABSTRACT**

This article analyzes the impacts of economic crises, from a comparative law perspective, to antitrust enforcement during and after the establishment of the crisis, with a focus on determining the impacts of the economic crisis generated by the pandemic of COVID-19 in Brazil. It will be analyzed what measures are being and may be adopted by CADE in view of this atypical context, in which it seeks to preserve the competitive environment and the economic development of the country – or, at least – to minimize the negative impacts on the economic scenario.

**Keywords:** Economic law; Defense of competition; economic crisis; antitrust enforcement; antitrust legislation.

---

<sup>1</sup> Polyanna Vilanova é sócia no escritório Figueiredo e Velloso Advogados. Ex-conselheira do CADE. Doutoranda em Ciência Política pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. E-mail: polyanna@figueiredoevelloso.com.br.

<sup>2</sup> Julia Werberich é advogada no escritório Figueiredo e Velloso Advogados. Aluna especial no Mestrado de Economia do IDP. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Email: juliawerberich@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O fenômeno das crises econômicas sob uma ótica de Direito Comparado. 3. O direito antitruste face a crises econômicas. 3.1. Controle de estruturas. 3.2. Controle de condutas. 4. A Crise gerada pelo COVID-19 e seus impactos no direito antitruste no Brasil. 4.1. Medidas que estão sendo adotadas no momento e consequências futuras. 5. Referências.

## 1. Introdução

As crises econômicas são um fenômeno decorrente do modelo capitalista adotado pela maciça maioria dos países no mundo atualmente, surgindo, portanto, com certa periodicidade. Em razão da globalização, as crises originadas em um país afetam os demais em maior ou menor proporção, e, por vezes, podem atingir outros estados soberanos em escala mundial em poucos dias.

É exatamente esse cenário que se verifica atualmente em razão da crise econômica causada pela pandemia do COVID-19. Nesse caso específico, a crise decorre dos impactos gerados nos mais diversos setores da economia pelo alastramento acelerado e mundial do denominado Coronavírus, mas, principalmente, ante as medidas adotadas pelos governos de isolamento total ou semi-total da população tomadas como forma de se evitar maior propagação do vírus.

Com o isolamento de indivíduos, foram suspensas as atividades presenciais de repartições públicas, empresas de grande e pequeno porte – cujos funcionários passaram a trabalhar por meio do sistema de *home office* –, ordenado o fechamento de comércios e shoppings, bem como o cancelamento ou adiamento de eventos de cunho profissional ou de lazer. Ainda, diversos países fecharam fronteiras e proibiram a circulação de pessoas por via aérea, terrestre e marítima.

Dentre os efeitos imediatos da drástica diminuição de circulação de pessoas e consumo de mercadorias, estão os prejuízos financeiros causados às empresas – afetando principalmente as de médio e pequeno porte, por não possuírem acúmulo de capital suficiente para se manterem no mercado, e de forma mais imediata e drástica, as empresas do setor de aviação –, diminuição dos preços dos barris de petróleo, demissões em massa, baixo fluxo de capital, baixo consumo de produtos, serviços e mercadorias, dentre outros.

Diante desse cenário, as entidades governamentais adotaram e vem adotando medidas para evitar o agravamento da recessão econômica instalada, cujo escopo principal – além das de contenção do pico de contágio do vírus e o colapso do setor de saúde – dizem respeito às políticas financeiras e fiscais.

O direito concorrencial e os órgãos de defesa econômica dos países são os principais atores no tocante à atuação repressiva de controle de condutas, de forma a evitar práticas anticompetitivas realizadas em decorrência da crise – tal como a abusividade de preços ou formação de cartéis –, quanto no tocante a uma atuação preventiva no controle de estruturas – tal como aprovar ou não um ato de concentração entre empresas que buscam, quiçá, evitar a falência.

Nesse contexto é que o presente artigo se propõe a trabalhar, em um primeiro momento, o fenômeno das crises econômicas e de quais formas elas impactam a atuação governamental, principalmente dos órgãos de defesa econômica antitruste. Em seguida, os impactos diretos de crises econômicas no direito antitruste, tanto no que se refere ao controle de estruturas quanto ao controle de condutas, realizando um paralelo com o direito comparado e as atuações de órgãos estrangeiros face a crises econômicas anteriores.

Por fim, será feita uma exposição da crise gerada pela COVID-19 e seus impactos no território brasileiro, as medidas que estão sendo adotadas pelo governo e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e por último, serão sugeridas as consequências futuras dessas ações tomadas no âmbito do direito concorrencial.

## **2. O fenômeno das crises econômicas**

Em linhas gerais, crise econômica é uma situação na qual um Estado enfrenta dificuldades relacionadas nos âmbitos financeiro e comercial, gerada pela diminuição maciça do nível de produção, comercialização e consumo de produtos e serviços, havendo, portanto, uma redução na oferta e demanda, e, conseqüentemente, impactos diretamente nos índices de crescimento dos países, como o Produto Interno Bruto – PIB.

Em consonância com o quanto exposto, Ioannis Kokkoris e Rodrigo Olivares-Caminal lecionam que as crises se estabelecem em cenários econômicos quando seus elementos

intrínsecos prejudicam a produção do Estado, o consumo de bens e serviços e a circulação de dinheiro<sup>3</sup>.

São diversos os fatores que podem levar ao seu surgimento, variando desde outras crises – financeiras, fiscais e cambiais – a desavenças políticas, desastres naturais e doenças ou problemas no sistema de saúde, causas essas que nem sempre são atreladas a origens de ordem capitalista.

Fato: a imensa maioria das crises econômicas são oriundas do sistema capitalista vigente no mundo, de forma que ocorreram e vão ocorrer com certa periodicidade, podendo se dar em nível local ou global.

Exatamente a esse respeito se pronunciou o economista Alan Greenspan, ex-Presidente do Federal Reserve Board dos Estados Unidos da América, acerca da crise que acometeu aquele país no ano de 2008:

**O tumulto nos mercados financeiros mundiais que começou no verão de 2007 foi um acidente à espera de acontecer a qualquer momento.** Na quinta-feira, 9 de agosto, o banco francês BNP Paribas suspendeu as negociações com três de seus fundos de investimento, no valor de 2 bilhões de euros, afirmando que não mais poderia avaliar os ativos dos fundos porque o mercado para eles havia evaporado. Em poucas horas, os mercados de crédito de curto prazo em todo o planeta estavam praticamente paralisados. Apesar dos esforços dos principais bancos centrais do mundo, que bombearam centenas de bilhões de dólares para dar liquidez ao sistema bancário, **a primeira crise financeira completa do século XXI estava a caminho.** [...] Vivemos os últimos anos, até agosto de 2007, sob o sortilégio de uma das **bolhas** mais eufóricas entre as **que parecem repetir-se com alguma regularidade nos mercados financeiros modernos** (GREENSPAN, 2008, p. 3-4; p. 11)<sup>4</sup>.

A questão não se trata de se terão novas crises econômicas, mas sim quando elas ocorrerão, a julgar principalmente pela história do capitalismo, permeada por inúmeras crises desde os primórdios da estruturação desse sistema econômico.

De acordo com estudo realizado por Kindleberger e Aliber<sup>5</sup>, cerca de 50 crises financeiras foram decorrentes do sistema capitalista desde o ano de 1618 até o ano de 1998, sem contar com a crise ocorrida nos Estados Unidos no final dos anos 90 e a crise do *subprime*

<sup>3</sup>An economic crisis arises when the four above-mentioned components of a crisis (intense difficulty and emergency, decision-making, turning point) disturb the state of affairs of a country in terms of (1) production and consumption of goods and services, and (2) the supply of money. KOKKORIS, Ioannis; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. **Antitrust law amidst financial crises**. New York: Cambridge University Press, 2010.

<sup>4</sup> GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência: aventuras em um novo mundo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>5</sup> KINDLEBERGER, Charlie P.; ALIBER, Robert Z. **Manias, pânico e crises: Uma história das catástrofes econômicas mundiais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

em 2008. Isso significa dizer que, desde o início do sistema capitalista até o ano de 2008, as crises que acometeram o mundo ocorrem em média a cada sete anos e meio.

Não obstante a maior parte dessas crises terem ocorrido apenas em âmbito local, restritos a um país ou grupo de países, algumas delas tomaram proporções globais, afetando em maior ou menor grau todos os países do mundo e exigindo tomada de medidas de grande amplitude por parte dos governos.

Foi o caso, a título exemplificativo, da Grande Depressão de 1929 e a crise do *subprime* – inicialmente de cunho financeiro, mas que provocaram uma crise de cunho econômico – ambas originadas nos Estados Unidos.

Um dos pontos em comum entre essas duas crises é que elas foram antecedidas por momentos de enorme prosperidade econômica e financeira, com um notável crescimento e altas taxas de acúmulo de capital e investimentos vigorosos, refletindo em um otimismo que gerou uma bolha especulativa irreal, tanto no mercado da bolsa de valores em 1929 quanto no mercado imobiliário em 2008.

No caso da Grande Depressão de 1929, em decorrência de seu fortalecimento econômico pós Primeira Guerra Mundial, os Estados Unidos eram a grande potência mundial e passaram a exercer o papel de grande credor para diversos países Europeus. Os desejos de crescimento e enriquecimento rápido levaram os investidores a alocarem seus recursos no mercado de ações, impulsionando um *boom* acionário decorrente de especulações. Havia, na realidade, uma superprodução de bens não acompanhado pela demanda.

Assim, em outubro de 1929, quando a indústria automobilística cortou sua aquisição de matéria-prima, os investidores perceberam a fragilidade que enfrentava a economia calcada em índices especulativos, levando à retirada de suas ações do mercado e culminando com a quebra da bolsa de Nova York.

Tratava-se de uma crise meramente financeira, mas que se estendeu para o âmbito da economia real e gerou consequências tanto econômicas quanto sociais sem precedentes. É o que pontua Rezende:

Os efeitos da depressão para os norte-americanos foram particularmente severos. De 1929 a 1933, o PNB caiu de 104,4 para 56 bilhões de dólares, o que equivale a uma redução da ordem de 46%. A produção industrial caiu 50%, com a de equipamentos ficando 75% menor. Enquanto o investimento bruto passou de 16 para 1 bilhão de dólares, registraram-se 110 mil falências comerciais. A renda per capita caiu de 685 para 495 dólares e as rendas brutas do setor agrícola de 11,9 para 5,3 bilhões de

dólares. Os preços dos produtos agrícolas caíram 55%, o custo de vida 31% e os preços dos bens de produção 26%, o que configura uma grave crise deflacionária, que se agrava pela atitude tímida do governo Hoover em intervir para controlar a crise. [...]

O desemprego passou de 1,5 para 13 milhões de pessoas, jamais descendo a menos de 7 milhões até 1940, o que equivaleria a 25% da força de trabalho. Os salários caíram em 60%, e o total da renda da mão-de-obra de 53 para 31,5 bilhões de dólares entre 1929 e 1933. Uma onda de pobreza varreu os Estados Unidos (REZENDE, 2005, p. 209-210)<sup>6</sup>.

Além de se estender por vários anos, teve efeitos nos mais diversos setores da economia, prejudicando milhões de pessoas não só nos Estados Unidos, como também no restante do mundo, notadamente pela figura de principal credor de diversos países que os Estados Unidos ocupavam.

Por outro lado, a crise do *subprime* de 2008 se deu em decorrência de uma aplicação sem precedentes da ideologia do livre mercado, com pouquíssima intervenção do Estado na economia. Àquela época, o desenvolvimento do mercado financeiro nos Estados Unidos se encontrava em alta, culminando com a construção de uma enorme estrutura de incentivos por parte do Governo a agentes privados, notadamente no mercado imobiliário.

Esses incentivos – que incluíram baixíssimas taxas de juros e obtenção de empréstimos hipotecários, em especial com a securitização daqueles denominados *sub-primes* – geraram um grande aumento nos preços dos imóveis, sem que houvesse um respaldo fático para tanto. Algo parecido ocorreu na crise de 1929, em que a oferta de imóveis passou a superar a demanda, gerando uma estabilização dos preços.

Com efeito, os agentes hipotecários passaram a enfrentar dificuldades em se manter no mercado, por dependerem de financiamentos e crédito bancário. Diante da inadimplência dos devedores, as instituições financeiras começaram a falir, provocando um efeito cascata que culminou com a falência do Banco Lehman Brothers. Uma crise financeira impactou assim a economia real – o que gerou efeitos semelhantes ao da Grande Depressão de 1929, como desemprego em massa e enorme retração da atividade econômica.

Como se vê, ambas as crises foram ocasionadas por fatores financeiros que culminaram em uma crise de cunho econômico, notadamente pela criação de uma bolha especulativa que, contudo, não tinha respaldo nos fatos. No entanto, há crises que surgem em

---

<sup>6</sup> REZENDE, Cyro. **História econômica geral**. São Paulo: Contexto, 2008.

decorrência de outros fatores, tais como desastres naturais e epidemias, e que impactam sobre as economias dos países pela diminuição – em maior ou menor proporção – da capacidade de produção, oferta e consumo de bens e serviços.

Hoje, nos encontramos diante de uma crise mundial desencadeada pela pandemia da doença COVID-19, que vem produzindo efeitos semelhantes aqueles verificados nas crises anteriores (desemprego, diminuição do poder de compra dos indivíduos, falência de empresas, inadimplência de dívidas, diminuição da circulação de bens), contudo, em um nível muito mais acelerado, ostensivo, geral e que engloba praticamente todos os setores da economia.

Seus efeitos têm demandado uma atitude ativa dos governos de cada Estado soberano e de órgãos mundiais, interferindo, por consequência, no direito antitruste. Esses cenários atípicos na economia propiciam potenciais condutas lesivas à concorrência que demandam uma maior atenção da autoridade antitruste, ou mesmo uma atuação ostensiva do órgão de defesa econômica ao analisar medidas excepcionais tomadas pelos *players*, bem como o contexto e o real propósito por trás de possíveis atos de concentração a serem notificados.

### **3. O direito antitruste face a crises econômicas**

Como brevemente exposto, as crises econômicas impactam, inevitavelmente, no direito antitruste e órgãos de defesa econômica e da concorrência. A falência de empresas abre espaço para uma maior concentração nos mercados mais afetados pela crise, aumentando o poder econômico de uma ou um conjunto de empresas melhor estruturadas.

Além disso, deve-se avaliar possíveis condutas anticompetitivas decorrentes da abusividade de preços ou da subordinação de um bem à aquisição de outro ou utilização de um serviço.

Já em relação ao controle de estruturas, algumas operações podem ser extremamente prejudiciais ao ambiente concorrencial no futuro. Sob outra ótica, cabe também ao órgão antitruste identificar as medidas de caráter emergencial e excepcional praticadas pelas empresas, aprovando-as com vistas a diminuir os efeitos temporários da crise no mercado – desde que não tenham impactos futuros negativos ao ambiente concorrencial.

Fato é que o cenário que emerge de crises econômicas é completamente atípico, demandando, portanto, atitudes particulares por parte do governo ao agir como agente intervencionista na economia. No entanto, não obstante a necessidade de mitigação das normas

e atos que seriam tomados em situações de normalidade, é preciso a manutenção dos princípios que regem a legislação antitruste, bem como as características de desenvolvimento econômico e social de cada país.

Trata-se, portanto, de flexibilizar as normas nos casos excepcionais, sem ferir os princípios de ordem econômica, bem como manter o foco na garantia da autonomia, desenvolvimento das empresas e o princípio da livre concorrência.

### 3.1. Controle de estruturas

Pelas características inerentes às crises econômicas, em que a grande maioria das empresas enfrentam dificuldades em se manter no mercado, há uma tendência a se buscar um abrandamento do *enforcement* antitruste.

No tocante ao controle de estruturas, por exemplo, há casos em que o órgão de defesa da concorrência deverá analisar a aprovação de um ato de concentração que poderá gerar um desequilíbrio entre os *players* em um determinado mercado, mas necessário em razão das circunstâncias extraordinárias enfrentadas no momento.

Um dos grandes exemplos que se pode utilizar em relação à atuação governamental – ou a sua flexibilização – em países que passaram por períodos de graves crises econômicas é àquela procedida nos Estados Unidos da América.

No período que antecedeu a Grande Depressão de 1929, o governo norte-americano criou um programa denominado *War Industries Board* (WIB), por meio do qual controlava a alocação de recursos e matéria-prima, a produção de bens no território nacional e, por vezes, os preços dos bens e serviços. Não obstante não se tratar de um momento de crise, é evidente que os Estados Unidos passavam por um período atípico em sua história, que demandou uma atuação diferenciada do Estado.

A esse respeito, Miller III, Walton, Kovavic e Rabkin afirmam que os esforços empresariais cooperativos promovidos pelo governo àquela época poderiam configurar, em tempos normais, violações ao quanto previsto pelo *Sherman Act*:

Through the War Industries Board (WIB), the federal government exercised sweeping power over the nation's economy, controlling production priorities, resource allocation, and pricing. The WIB sanctioned and promotes cooperative business

efforts that during peacetime could have resulted in criminal violations to the Sherman Act (MILLER *et al*, 1984, p. 10-11)<sup>7</sup>.

Diante de um cenário em que atos governamentais foram de encontro aos preceitos da legislação, o direito concorrencial foi mitigado, visto a defesa, à época, da auto-regulamentação dos mercados, bem como a tolerância de práticas consideradas anticompetitivas de natureza colusiva.

Era o início da mitigação do antitruste naquele país, que se consolidou a partir do programa do New Deal instituído pelo governo – o qual objetivava a redução do desemprego e o aumento dos salários mediante acordos entre trabalhadores e empresários –, de forma que, para atingir esse objetivo, se permitiu a celebração de acordos limitando a concorrência para obtenção dos lucros.

Ademais, foi expressamente previsto na “Section 5” do referido programa que as leis antitruste não seriam aplicáveis a nenhum ato que fosse tomado em conformidade com os objetivos do programa:

Section 5. While this title is in effect and for for sixty days thereafter, any code, agreement, or license approved, prescribed, or issued and in effect under this title, and any action complying with the provisions thereof taken during such period, shall be exempt from the provisions of the antitrust laws of the United States. Nothing in this Act, and no regulation thereunder, shall prevent an individual from pursuing the vocation of manual labor and selling or trading the products or regulation thereunder, prevent anyone from marketing or trading the produce of his farm.

Nesse contexto, a maior parte dos códigos norte-americanos aprovados sob a égide do New Deal possuíam cláusulas com grande potencial anticompetitivo, as quais Hawley divide em cinco grandes grupos, quais sejam:

- (i) estabelecimento de preços mínimos para bens e serviços;
- (ii) criação de um sistema por meio do qual se buscou evitar a discriminação de preços, em que os empresários eram obrigados a compartilhar informações concorrencialmente sensíveis acerca dos preços;
- (iii) criação de mecanismos de regulação de termos de venda e práticas de comércio, com vistas a garantir o *enforcement* dos preços mínimos previstos nos códigos;
- (iv) criação de dispositivos de controle de preços por meio do controle de produção e oferta;

---

<sup>7</sup> MILLER III, James C *et al*. Industrial policy: deindustrialization through competition or coordinated action? *Yale Journal on Regulation*, Yale, v. 2, n. 1, 1984.

(v) criação de cláusulas de autoridade, por meio das quais o governo delegava funções de supervisão e cumprimento de determinações de códigos a particulares (HAWLEY, 1996, p.126)<sup>8</sup>.

No que se refere aos atos de concentração e o controle de estruturas pelos órgãos antitruste, surgiu na década de 1930 nos Estados Unidos – também em decorrência do New Deal – uma tendência na qual, havendo cenários extremos de dificuldades econômicas, em que determinadas empresas possuam capacidade para dar continuidade às suas atividades, é possível que a autoridade antitruste permita altos níveis de concentração em mercados específicos, sob a justificativa de se afastar a falência de empresas – o que poderia, inclusive, prejudicar muito mais o sistema no futuro do que a concentração de poder mercado temporal.

Trata-se da teoria *Failing Firm Defense*<sup>9</sup>, que pondera que um ato de concentração não resultará em aumento de poder de mercado se, de acordo com Hovenkamp:

(i) a empresa falida não conseguiria cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; (ii) a empresa não conseguiria se reorganizar com sucesso de acordo com as previsões do Capítulo 11 da Lei de Falências norte-americana; (iii) esforços de boa-fé tenham sido feitos sem sucesso para que outra alternativa, que não a concentração excessiva de mercado, salvasse a empresa; e (iv) sem a operação, a empresa sairia do mercado (HOVENKAMP, 2005, P. 551-552)<sup>10</sup>.

Em um cenário de crise, na qual a economia já se encontra fragilizada, a falência de empresas de pequeno ou médio porte, ou de uma única empresa de grande porte, geram enormes impactos não só aos agentes econômicos, como também à sociedade como um todo. É o que pontua Coelho:

A crise de uma empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregam capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional (COELHO, 2005, p. 233)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> HAWLEY, Ellis W. **The new deal and the problem of monopoly**: a study in economic ambivalence. New York: Fordham Press, 1996.

<sup>9</sup> Teoria prevista no guia de análise de atos de concentração horizontal elabora pelo FTC em conjunto com o DOJ norte-americanos.

<sup>10</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. 3 ed. Saint Paul: Thomson/West, 2005.

<sup>11</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. v. 3.

Uma das formas pelas quais as empresas buscam sua reestruturação e manutenção no mercado é a celebração de acordos com outros agentes, resultando em uma transação que, por sua vez, podem vir a gerar uma maior concentração de mercado pelo aumento do poder detido por um desses agentes – seja pelo poder de mercado unilateral e possibilidade de aumento de preços pela nova empresa, seja nos casos em que o acordo favoreça colusão entre empresas no mercado.

Conforme pontuou Areeda e Kaplow, existem variedades de efeitos concorrenciais que podem resultar de atos de concentração verticais, horizontais e conglomerados: “The effects considered here might be loosely grouped into three overlapping categories: (1) less-competitive market structure, (2) increased opportunity for anticompetitive behaviour, and (3) desirable and undesirable ‘efficiencies’” (AREEDA; KAPLOW, 1997, p. 785-786)<sup>12</sup>.

Aplica-se com propriedade a análise feita por Calixto Salomão Filho, ao pontuar que em certas circunstâncias, a saída de uma empresa de um mercado geraria mais concentração do que sua aquisição por outra empresa, podendo prejudicar ainda mais a concorrência:

A saída da empresa do mercado, tanto quanto a concentração empresarial, leva ao aumento do poder de mercado dos agentes que já estão no mercado. Portanto, a aquisição de uma empresa em crise não importa substancial aumento do poder de mercado, uma vez comparada essa situação com o que se verificaria se a empresa fosse à falência e sua capacidade produtiva fosse desmontada ou dirigida a outra atividade. Assim, desde que haja realmente garantia da existência de crise irremediável, a concentração não implica real aumento do poder de mercado do adquirente (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 195-196)<sup>13</sup>.

Assim sendo, a partir dos casos concretos analisados na jurisdição norte-americana, formou-se o entendimento de que, respeitadas as condições previstas pela teoria, a aquisição de uma empresa à beira da falência não causaria prejuízos à livre concorrência, ainda que implicasse em uma elevação dos níveis de concentração em uma integração horizontal ou vertical.

Como se vê, essa teoria significou uma tentativa de flexibilização do controle de estruturas no direito antitruste norte-americano, acompanhando o caráter de abrandamento do *enforcement* antitruste perpetrado pelo New Deal.

---

<sup>12</sup> AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. **Antitrust analysis: problems, text, cases**. 5. ed. Aspen: Law & Business, 1997.

<sup>13</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Já em 1992, o FTC inseriu no Horizontal Merger Guidelines o racional da *Failing Firm Defense*. A esse respeito, interessante notar que, após a crise do sub-prime em 2008, referida teoria passou a ser analisada por outros países e agências no mundo, de forma a identificar se seria possível agilizar a recuperação econômica por meio da flexibilização da aprovação de atos de concentração.

Posteriormente, em 2010, o FTC procedeu à última revisão da teoria no Guia de concentração horizontal (U.S. DEPARTMENT, 2020)<sup>14</sup> e, atualmente, é possível verificar a sua aplicação em diversos países, tendo sido inclusive incorporada às normas antitruste de alguns deles.

A esse respeito, no tocante ao contexto em que surgiu a teoria do *Failing Firm Defense*, o autor norte-americano Daniel Crane pontuou que o direito antitruste seria algo irrelevante em períodos de crise nos Estados Unidos, cuja tendência sempre foi de mitigar a legislação concorrencial em momentos de dificuldade econômica:

**Indeed, antitrust seems to be a luxury that the country cannot afford in any crisis.**

Or at least this is the lesson one would draw from observing our national behaviour during moments of economic crisis or war. Throughout our national history, wars and financial panics have been opportunities for consolidation of industrial power (CRANE, 2008, p. 3)<sup>15</sup>.

De fato, considerando a situação atípica enfrentada por um país em tempos de crise, é possível se considerar a mitigação das normas, de forma a honrar os princípios antitruste de proteção à ordem econômica e à livre concorrência.

Mas não é só. Há um outro lado que deve ser analisado com cautela: acordos entre empresas que no momento de crise não geram aparente aumento de poder de mercado – pela desestruturação do sistema econômico –, mas que após podem gerar efeitos deletérios à concorrência.

---

<sup>14</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. **Draft Vertical Merger Guidelines**. Washington: FTC, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/37bIL8l>. Acesso em: 2 jun. 2020. A última revisão da teoria estabeleceu apenas três condições para sua aplicação, quais sejam: (1) a empresa alegadamente insolvente seria incapaz de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; (2) não ser capaz de se reorganizar com sucesso nos termos do Capítulo 11 da Bankruptcy Act; (3) tem feito esforços sem sucesso para conseguir ofertas alternativas razoáveis que manteriam seus ativos tangíveis e intangíveis no relevante mercado e causariam menos impacto a competição.

<sup>15</sup> CRANE, Daniel. Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History. **Competition Policy International**, v. 12. 2008.

Um dos principais obstáculos a serem enfrentados nesses casos são referentes às empresas que se utilizam desse momento de fragilidade econômica para mascarar potenciais efeitos anticompetitivos que o acordo celebrado traria ao mercado. Somado a isso, é evidente que crises econômicas podem durar de meses a anos, de forma que as dificuldades na obtenção de informações precisas podem levar a conclusões equivocadas.

No âmbito da atual crise gerada pela doença COVID-19, a Comissão Europeia emitiu nota (EUROPEAN, 2020)<sup>16</sup> encorajando as empresas a segurarem para um momento posterior a notificação de atos de concentração, justamente diante das dificuldades que serão encontradas na obtenção de informações de terceiros interessados, consumidores, competidores e fornecedores.

Nesse mesmo contexto, FTC e DOJ nos Estados Unidos pleitearam junto ao Congresso norte-americano uma modificação na legislação antitruste com vistas a permitir a extensão do período inicialmente previsto – de 30 dias – para a análise dos pedidos de notificação de ato de concentração (ALERT, 2020)<sup>17</sup> durante a crise atual. O pleito em questão foi analisado, de forma a se estabelecer a extensão do período de análise para 30 dias além dos 30 previstos inicialmente.

As preocupações das agências de defesa da concorrência nos Estados Unidos e na União Europeia demonstram que a fragilidade do momento pode gerar uma análise equivocada que, *a posteriori*, surtirá efeitos deletérios ao ambiente concorrencial.

É certo, portanto, que se de um lado se tem a possibilidade de mitigar os efeitos das normas antitruste com vistas a evitar que os efeitos da crise sobre as empresas sejam piores do que a concentração gerada por um acordo celebrado entre elas, de outro é preciso que as agências antitruste avaliem a necessidade de reforçar o *enforcement* e evitar que se aprovelem operações com potencial lesivo à concorrência.

### 3.2. Controle de condutas

---

<sup>16</sup> EUROPEAN Commission Delays Merger Notifications Until Further Notice, Develops Emergency State Aid Response to COVID-19 Outbreak. **JDSUPRA**. Sausalito, California, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2AphSQO>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>17</sup> ALERT: Will COVID-19 Impact Antitrust Review of M&A Deals and How Can Parties Minimize Disruption? **JDSUPRA**. Sausalito, California, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36NOuQi>. Acesso em: 2 jun. 2020.

No tocante ao controle de condutas, existem duas principais questões que demandam uma maior atenção das autoridades antitruste, sendo a primeira relativa à formação de cartéis, e a segunda no tocante ao estabelecimento de preços abusivos em prejuízo à concorrência.

Não obstante as práticas de cartel serem uma das principais preocupações concorrenciais dos órgãos antitruste – pelos efeitos extremamente deletérios que possuem ao livre mercado –, em momentos atípicos os quais o mercado se encontra desordenado, é possível que haja a permissão da formação de alguns acordos na medida em que podem trazer efeitos benéficos à economia em situações excepcionais.

Com efeito, a formação de acordos entre concorrentes, por exemplo, pode evitar que maiores prejuízos se instalem em determinados mercados, visto que (a) reorganizam o nível de produção, reduzindo o excesso de capacidade e, assim, da oferta de bens e serviços, de forma a melhor se ajustar à demanda; (b) estabilizam os preços em períodos de deflação; (c) evitam o fechamento de empresas; e (d) estimulam atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Em um período em que a economia enfrenta dificuldades por si só, acirrar a competição entre *players* em um mercado oligopolista pode gerar resultados ineficientes, como uma batalha de preços, excesso de produção de bens que não acompanhará a demanda e, por conseguinte, o fechamento de diversas empresas.

Exatamente sobre a ineficiência do mercado em momentos de crise e possíveis soluções mediante acordos é o posicionamento de Ioannis Kokkoris e Rodrigo Olivares-Caminal:

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 (KOKKORIS; OLIVARES-CAMINAL, 2010, p. 261-262)<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> KOKKORIS, Ioannis; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. **Antitrust law amidst financial crises**. New York: Cambridge University Press, 2010.

Esse tipo de prática com vistas a fomentar a economia e acelerar a recuperação é denominada de “cartéis de crise”, não havendo punição aos agentes participantes justamente por se tratar de uma deliberação da agência antitruste responsável.

Por outro lado, e, consoante exposto no tópico anterior, observa-se que o *New Deal* norte-americano alterou a estrutura de incentivos do governo às empresas, diminuindo os custos de formação de cartel. Isso porque excluiu a probabilidade de investigação e punição dos agentes que agissem em conformidade com as novas regras - ainda que fossem contrárias às normas e princípios antitruste, inclusive os decorrentes do Sherman Act e do Clayton Act.

Ademais, reduziu-se substancialmente os custos de monitoração de cartéis mediante a mecanismos de *enforcement* estatal utilizados contra as pessoas que agissem em desfavor do New Deal, e a previsão de cláusulas que garantissem mecanismos de trocas de informações concorrencialmente sensíveis.

Nesse caso, a formação dos cartéis não se deu mediante deliberação do governo para tanto, mas sim porque as políticas implementadas em decorrência do programa de recuperação econômica do país, o New Deal, favoreceram acordos colusivos entre empresas.

A inércia do governo americano em permitir essa prática nos anos 1930 foi duramente criticada, o que pode ser bem representado pela fala de Varney ao ocupar o cargo de U.S. *Assistant Attorney General* do DOJ:

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 (VARNEY, 2009)<sup>19</sup>.

Já na crise do *sub-prime* no ano de 2008, o governo norte-americano agiu de forma diversa ao manter o *enforcement* antitruste e a punição aos cartéis.

Essa tendência foi acompanhada pelos países integrantes da União Europeia, em que a Comissão Europeia em conjunto com a OCDE deixaram claro que situações de crise não justificam sempre a realização de acordos de reestruturação, vez que os problemas que seriam

---

<sup>19</sup> VARNEY, Christine A. Vigorous antitrust enforcement in this challenging era. **The United States Department of Justice**. Washington, 12 maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36OaZVn>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ajustados pelos cartéis são inerentes à estrutura concorrencial e podem ser naturalmente resolvidos pelas forças de mercado. É o que se verifica do seguinte trecho:

So-called ‘crisis cartels’ which aim to reduce industry overcapacity cannot be justified by economic downturns and recession-induced falls in demand. As noted above, a general rule in a well-functioning free market economy is that market forces alone should remove unnecessary capacity from a market.

[...]

Competition in periods of crises may force the least efficient undertakings to exit a market. This is part and parcel of the competitive process. Indeed, the General Court has accepted that “it is impossible to distinguish between normal competition and ruinous competition. Potentially, any competition is ruinous for the least efficient undertakings (OECD, 2011, p. 116-117)<sup>20</sup>.

Contudo, em determinadas situações – a serem avaliadas pelo caso concreto – a OCDE esclareceu ser possível implementar a estratégia dos “cartéis de crise”, especialmente ao se verificar que o mercado por si só não será capaz de se reestabelecer sem gerar prejuízos com caráter de permanência à concorrência. Veja:

there may be situations where problems of overcapacity are not likely to be remedied by market forces alone within a reasonable period of time which would imply that the overcapacity is of a structural nature (as oppose to the result of a cyclical downturn)<sup>21</sup>.

Nessa esteira, algo que deve ser particularmente bem avaliado pelas autoridades antitruste é a percepção equivocada entre os empresários sobre acordos colusivos. Ou seja, a possibilidade de legitimação do instrumento para evitar efeitos prejudiciais à concorrência, tal como uma deflação oriunda de crises, e gerar um aumento no número de cartéis ao longo do tempo – o que prejudicaria sobremaneira a atuação antitruste.

Esse efeito – negativo – ocorreu na Alemanha na década de 1910, em que a Suprema Corte daquele país decidiu que um caso de cartel ocorrido durante uma crise justificada não seria violação às cláusulas gerais da regulação antitruste do país. Abriu-se precedente para uma série de outros julgamentos no mesmo sentido, culminando nos anos subsequentes na proliferação de cartéis.

A partir de então, o governo Alemão percebeu uma oportunidade de controlar os mercados por meio dos cartéis, partindo inclusive para uma formação compulsória de cartéis.

<sup>20</sup> OECD. **Crisis Cartels**: Contribution from the European Union. Paris: OECD, 2011, p. 116-117. Disponível em: <https://bit.ly/2UnCQGJ>. Acesso em 02 de junho de 2020.

<sup>21</sup> Ibid.

Esse movimento durou até os anos 1950, em que se iniciou um processo de descartelização para tornar os cartéis ilícitos *per se*, bem como abertura à livre concorrência quase que inexistente até então naquele país.

Atualmente, o estabelecimento de cartéis é proibido pela legislação antitruste alemã, sendo flexibilizada em situações específicas previstas pelo art. 101 (3) do *7th Amendment of the Act Against Restraints of Competition*.

O que se verifica é que, não obstante existam situações específicas em que a liberação dos denominados “cartéis de crise” possa ser benéfica ao mercado e à concorrência, a prática de formação de cartéis é quase que em sua totalidade prejudicial à economia.

O maior exemplo dessa prejudicialidade foram os cartéis existentes nos Estados Unidos na década de 1930 em razão do *New Deal*, provocando efeitos contrários daqueles almejados pelo governo mediante a redução da oferta de produtos e dos investimentos feitos pelos agentes econômicos, elevação artificial de preços e aumento do desemprego.

A aplicação dos “cartéis de crise” exige cautela, principalmente se considerarmos que o mercado competitivo é a melhor forma de se garantir uma estabilização da capacidade produtiva, inovação e estabilização de preços.

Por outro lado, mas ainda na toada do controle de condutas, evidente que as autoridades concorrenciais devem estar atentas às práticas de abusividade de preços, corriqueiras em tempos de crises, notadamente diante do aumento excessivo da demanda por algum produto ou serviço.

Como é cediço, um aumento excessivo de preços, por si só não é considerado *per se* prática lesiva às normas antitruste, somente ocorrendo quando houver potencialidade de efeitos anticompetitivos.

A elevação de preços de determinados produtos ou serviços em tempos de crise decorre do aumento da demanda e diminuição da oferta, algo natural no cenário econômico. No entanto, seu aumento imoderado gera prejuízos aos consumidores e, nesses casos, uma demanda puramente consumerista, a ser resolvida pelos órgãos de defesa do consumidor.

A partir do momento em que essa elevação excessiva dos preços interfere no mercado concorrencial, em que são praticados com o intuito de excluir algum competidor – *exclusionary abuse* – ou decorrem de um abuso de poder de mercado por parte de alguma empresa – *exploitative prices* –, a intervenção da autoridade antitruste se faz necessária.

A atuação da autoridade antitruste nesses casos é de suma importância, de forma a se afastar qualquer conduta anticompetitiva mascarada de uma consequência natural decorrente de crises econômicas ou de autonomia da própria empresa na fixação de preços.

Não obstante deva haver a flexibilização de certos atos por parte dos órgãos de defesa da concorrência em casos como os explicitados alhures, uma atitude demasiada branda em relação ao mercado em tempos de crises econômicas afasta a competitividade natural.

#### **4. A Crise gerada pela COVID-19 e seus impactos no direito antitruste no Brasil**

No sistema capitalista de mercado, as crises econômicas são um fenômeno periódico. Contudo, atualmente, o mundo se encontra acometido pelo que se identifica como a maior crise econômica já enfrentada. Até o momento, houve queda de 9% ao ano na produção global, bem como perdas de US\$ 8,5 trilhões em dois anos para a economia mundial, algo que não ocorria desde a grande depressão de 1929.

A economia da China registou no primeiro trimestre de 2020 uma contração de 6,8% e, no Reino Unido, a projeção de queda é de 14% do PIB, algo que não ocorria desde 1706, e nos Estados Unidos, a previsão do PIB para o segundo trimestre é de uma contração de 39%, a maior desde 1947, época em que os dados começaram a ser calculados. Isso somado ao desemprego em massa, empurrando cerca de 60 milhões de pessoas para a extrema pobreza, queda de 27% das relações comerciais, bem como a queda dos preços de *commodities* em 20,4%. No Brasil, o FMI estimou uma queda no PIB de 5,3%, enquanto a previsão do governo é de 4,7%, representando a maior retração econômica desde 1901.

Como a maior parte das crises já ocorridas na história da humanidade, essa não se iniciou sob a problemática econômica propriamente dita, mas sim diante de uma crise de saúde decorrente do vírus SARS-CoV-2, o Coronavírus, causador da doença COVID-19.

O surgimento na China no final do ano de 2019 de uma doença respiratória semelhante a gripes comuns não faria crer que essa se tornaria a maior pandemia já enfrentada pelo mundo contemporâneo, com efeitos negativos na economia de potencial catastrófico.

Com a expansão do vírus para outros países além da China em um curto período de tempo, somado ao rápido contágio da população, os sistemas de saúde nos países mais atingidos revelaram um inchaço sem precedentes, muitos deles vindo a entrar em colapso pela ausência

de leitos normais e de UTI's disponíveis para o tratamento simultâneo de tantas pessoas infectadas.

Com efeito, governantes de diversos países, sob a orientação de profissionais de saúde e da própria OMS, identificaram o isolamento dos cidadãos como uma das únicas formas de se conter o avanço da doença – é o denominado *lockdown* horizontal. A partir de então decretaram a paralização de praticamente todos os serviços – públicos e privados –, a suspensão ou cancelamento de shows e eventos, decretação de teletrabalho, *home office*, fechamento de fronteiras para estrangeiros, além da proibição de circulação de pessoas em locais públicos.

No Brasil não foi diferente. O primeiro caso foi registrado em 26 de fevereiro de 2020 e, desde então, o número de infectados já ultrapassa a casa das centenas de milhares, com milhares de mortos.

Após a declaração da OMS em 11 de março do *status* de pandemia da COVID-19, o Governo Federal anunciou medidas imprescindíveis para sua contenção, notadamente ao sancionar a denominada Lei da Quarentena – Lei nº 13.979/2020 –, especificamente com vistas a tratar de “*medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*” (BRASIL, [2020]).

O referido diploma legal prevê mecanismos de contenção da doença pelo período em que durar a situação de emergência mundial, destacando-se o isolamento de pessoas infectadas, a quarentena da população (BRASIL, 2020)<sup>22</sup>, bem como a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e coleta de amostras clínicas.

Dentre as medidas de contenção da doença, o §8º do art. 3º da Lei em questão resguarda o exercício e o funcionamento apenas de serviços públicos e atividades essenciais, de forma que todos os demais serviços foram paralisados, e sem previsão de retorno. Essas medidas passaram a ser aplicadas em todos os estados da federação, reduzindo drasticamente o volume de circulação de pessoas, bens e serviços em todo o território nacional.

---

<sup>22</sup> BRASIL. **Lei nº13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3f7Ply3>. Acesso em: 2 jun. 2020. Art. 2º, II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. BRASIL. Presidência da República. **Legislação COVID-19**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3dpqk0Z>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Em atenção aos efeitos deletérios ao ambiente econômico, o legislador promulgou posteriormente outros diplomas legais com vistas a diminuir os impactos da crise a empresários e produtores, dentre os quais se destacam a Lei nº 13.999, que instituiu o programa nacional de apoio às microempresas e empresas de pequeno porte; a Lei nº 13.998, que promove mudanças no auxílio emergencial; dentre diversas outras de cunho financeiro e econômico (BRASIL, [2020])<sup>23</sup>.

Não obstante as medidas de apoio financeiro e econômico que vêm sendo tomadas pelo governo, o cenário ainda é de incertezas. Com efeito, a instabilidade econômica toma conta de índices financeiros e das ações na Bolsa de Valores, levando à queda do valor de mercado da maioria das empresas e, a partir de então, uma série de fatores que desestabilizaram o cenário econômico.

Nesse cenário, um dos principais setores afetados no Brasil foi o de aviação, cuja demanda por voos comerciais domésticos caiu 75% em março, e a demanda de voos internacionais 95%, acompanhado pelas reservas em locais de hospedagem, que recuou 90%. Como consequência, o setor de turismo sofreu os efeitos da proibição de circulação de pessoas e fechamento de fronteiras, sendo acompanhado em efeito dominó por todos os demais setores, como os comércios, shoppings, serviços de transportes terrestres e marítimos, lazer, shows e eventos destinados a uma grande quantidade de pessoas.

Com efeito, o PIB nacional contou com uma queda de 4,7% em 2020, com a projeção de queda de 5,12% conforme previsões do Banco Central<sup>24</sup>, levando o Governo Federal em conjunto com o Banco Central a adotarem uma série de medidas de caráter financeiro e fiscal

---

<sup>23</sup> Todos os diplomas legais sancionados em decorrência da pandemia da COVID-19 podem ser encontrados em BRASIL. Presidência da República. **Legislação COVID-19**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3dpqk0Z>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>24</sup> Dados atualizados em 19 de maio de 2020.

(GODOY *et al.*, 2020)<sup>25</sup> – dentre elas o corte da taxa de juros (Selic) para 3%<sup>26</sup> ao ano, o menor nível da história – com vistas a diminuir os impactos da crise econômica.

No Brasil, o CADE, atento às questões de ordem concorrencial, já se mostra atuante na tomada de medidas cabíveis em relação à problemática decorrente da crise, tanto preventivas quando repressivas, notadamente de forma a proteger o cenário econômico no que lhe for competente para atuar, bem como evitar que *players* se utilizem dessa situação de fragilidade e instabilidade para se beneficiar ilicitamente.

#### 4.1. Medidas atuais e consequências futuras

No Brasil, além de uma série de pacotes de medidas de cunho econômico e financeiro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem se mostrado bastante proativo em relação aos acontecimentos, tanto no tocante ao controle de estruturas quanto de condutas.

Atitudes a serem tomadas pela autoridade antitruste coadunam com o quanto exposto alhures, no que se refere à necessidade de o órgão de defesa da concorrência avaliar em momentos de crise aqueles acordos entre empresas que possam gerar uma concentração de mercado muito grande e prejudicar a atuação dos demais *players*, ou mesmo o consumidor.

Por outro lado, compete também a análise de acordos entre empresas que visem fomentar as atividades econômicas ou diminuir os danos causados em decorrência da crise, de forma que medidas de caráter excepcional – que não deveriam nem poderiam ser aprovadas em situações comuns – acordadas entre empresas possam ser aprovadas em cenários atípicos.

No contexto brasileiro, um dos principais – se não o principal – mercado afetado pela crise foi o de comércio de passageiros no setor de aviação. Cerca de 90% da frota aérea nacional foi imobilizada e a demanda por viagens quase se esgotou. Somente no mês de março, estima-

---

<sup>25</sup> Diante da assombrosa mudança de perspectiva — não só a esperada aceleração da atividade não ocorreria como uma recessão se avizinhava —, os bancos privados do país resolveram se mexer, adiando o pagamento de parcelas de empréstimo e ampliando limites de crédito. As empresas de outros segmentos criaram serviços digitais, considerando a nova realidade da vida à distância, estabeleceram fundos para garantir renda a prestadores de serviço autônomos doentes, e passaram a doar álcool em gel e testes de covid-19 para o sistema público de saúde. O governo anunciou um pacote de socorro às empresas aéreas, novos empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) no montante de 35 bilhões de reais e uma controversa autorização para que os empregadores suspendam por quatro meses os salários dos funcionários, mantendo o contrato de trabalho. Juntou-se, assim, aos países ricos, que já tinham anunciado uma injeção total de 1,7 trilhão de dólares para impedir a derrocada da economia. GODOY, Denyse *et al.* Quem vai salvar a economia do coronavírus? **Exame**. São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2TXLbks>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>26</sup> Dados atualizados em 19 de maio de 2020.

se que as companhias aéreas perderam aproximadamente US\$ 28 bilhões em receitas, sendo que, no início do mês de abril, a IATA indicou que as perdas no setor poderiam alcançar US\$ 300 bilhões.

Diante desse cenário, uma das primeiras medidas adotadas pelo CADE foi a atuação em conjunto com a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, ao propiciar a adoção de uma medida de caráter excepcionalíssimo em relação às companhias de aviação, de forma a evitar o colapso do sistema de aviação civil, extremamente impactado pela crise.

Com vistas a minimizar os impactos econômicos da crise nesse setor, as companhias aéreas de transporte comercial de passageiros – GOL, LATAM, AZUL e PASSAREDO –, apresentaram junto ao CADE e ANAC um pedido de “Protocolo Temporário para Transporte Aéreo Essencial Nacional” (BRASIL, 2020b)<sup>27</sup>.

Mediante esse Protocolo, as companhias poderão adotar medidas *“pontuais, excepcionais e sob a rigorosa supervisão dos órgãos de governo, com o intuito de buscar o melhor atendimento dos passageiros e a utilização mais eficiente da infraestrutura aeroportuária”*.

Ainda, o documento prevê a *“alocação recíproca de passageiros em voos domésticos e delimita condições para troca de determinadas informações entre as empresas - sempre com a supervisão da ANAC e do CADE - sobre cancelamentos de operações em alguns aeroportos, em virtude de drástica redução de demanda”*.

Segundo a ANAC, há um esforço por parte do Governo Federal em conjunto com os governos estaduais de manter os aeroportos abertos ao tráfego aéreo, tanto com vistas a evitar o desabastecimento do setor de saúde e da distribuição de vacinas, insumos e equipamentos hospitalares, bem como para o próprio setor de aviação civil, mantendo uma rede doméstica capaz de garantir serviço aéreo mínimo no País (BRASIL, 2020a)<sup>28</sup>. Com efeito, em 28 de março de 2020, foi aprovada a malha aérea essencial, 91,61% menor do que a prevista originalmente para o mesmo período.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Protocolo Temporário para Transporte Aéreo Essencial Nacional**. São Paulo: MPF, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/2YsQppV>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. CORONAVÍRUS - Alinhamento entre Governo Federal e empresas de aviação garante ligação aérea em todos os estados. Brasília: ANAC, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3gEf2li>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

Essa medida é um exemplo típico de uma análise de acordo horizontal excepcional entre empresas, decorrente da diminuição drástica da demanda por esse serviço, e que poderia avariar preocupações concorrenciais – todas sopesadas e desenhadas no próprio Protocolo.

Evidente que se trata de uma providência que não teria justificativa para ser adotada em tempos de normalidade, mas que na situação de crise enfrentada pelo País – e pelo mundo –, e tomada a devida cautela na sua implementação, assim como na sua execução, diminuirá os impactos econômicos negativos nesse setor e, conseqüentemente, blindará as próprias companhias de aviação e os consumidores.

Em um contexto em que muitas empresas se encontram com as portas fechadas pela incapacidade de se manter no mercado, e outras à beira da falência, há de se analisar a possibilidade de aplicação no território nacional da teoria da *Failing Firm Defense*. Isso porque, apesar de não contar com previsão expressa na atual lei antitruste brasileira – Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011)<sup>29</sup> –, este diploma normativo possui disposições bastante amplas que permitiria o ajuste da teoria ao cenário normativo concorrencial no Brasil.

Considerando o quanto previsto pelo art. 54, I da Lei em questão, o CADE poderá aprovar atos de concentração que, dentre outros requisitos, não impliquem na eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante afetado, e cuja operação tenha por objetivo aumentar a produtividade, melhorar a qualidade dos bens e serviços e propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Em decorrência da amplitude de interpretação que a lei permite, caso se verifique a situação de uma empresa cujos recursos estejam tão escassos que sua permanência no mercado passe a estar comprometida e enfrente uma situação iminente de falência - como o caso que se verifica atualmente no Brasil –, é possível que o CADE analise o caso concreto em que essa empresa seja adquirida por outra de maior porte de forma a evitar sua falência e mantê-la em funcionamento no mercado, gerando empregos e movimentando – ainda que em grau diminuído - a economia.

---

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Exatamente a esse respeito, cumpre destacar que a teoria em questão já foi expressamente discutida pelo CADE na análise de alguns atos de concentração<sup>30</sup>, sendo que se firmou o entendimento pela sua eventual aplicabilidade, tanto em razão das eficiências geradas caso a caso, bem como pela ausência de efeitos anticompetitivos.

Outro panorama que deve ser considerado nesse cenário da crise gerada pela COVID-19 é relativo ao controle de condutas pelo CADE, notadamente no que se refere à abusividade de preços.

Pela característica da doença, alguns produtos que ajudam em sua prevenção passaram a ser demandados de forma exorbitante, notadamente as máscaras de proteção facial, luvas e álcool em gel. O efeito verificado foi o aumento de preços desses produtos em porcentagens exorbitantes, de forma que o preço do álcool em gel chegou a um aumento de até 161% (ANDRETTA, 2020)<sup>31</sup> e das máscaras cirúrgicas em 569%.

Como pontuado nos tópicos anteriores, é evidente que pela autorregulação de mercado, os preços de bens e serviços tendem a subir quando há diminuição da oferta e aumento da demanda.

No entanto, os aumentos abusivos desses produtos podem evidenciar não mais um problema estrito à esfera consumerista, recaindo também no direito concorrencial ao se verificar que esses aumentos de preços por parte das empresas poderão elevar seus lucros de forma a aumentar o poder de mercado exercido, ou mesmo excluir outras empresas do mercado.

Nessa toada, a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou em 17 de março de 2020 um Projeto de Lei contra os preços abusivos de álcool em gel e insumos de saúde de prevenção ao vírus (MICHEL, 2020)<sup>32</sup>, de forma a garantir que o mercado mantenha os preços habitualmente praticados para esses produtos.

---

<sup>30</sup> Atos de Concentração nº 0044/1995 (arrendamento de ativos industriais da Mendes Júnior pela Belgo Mineira Participações); 0092/1996 (aquisição da Celite S.A pela INCEPA); 0084/1996 (aquisição do controle da Metal Leve pela COFAP); 08012.007374/1997-34 (contratos de compra e venda e de franquia entre a Cervejaria Brahma e a Pepsico Inc); 0812.005205/1999-68 (aquisição de 100% das ações da Casil Indústria e Comércio pela São Juliano Participações Ltda); 08012.014340/2007-75 (concessão de direitos minerários da massa falida da Mineração Areiense S.A. à Votorantim Metais Zinco S.A.; 08012.000304/1998-81 (cessão de transferência pela Amadeo Rossi S.A. à Forjas Taurus S.A de todo o acervo industrial relacionado à produção de armas curtas e estoques de produtos em processo e prontos).

<sup>31</sup> ANDRETTA, Filipe. Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar? **UOL**. São Paulo, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2MkboFK>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>32</sup> MICHEL, Fabio M. DF aprova lei contra preços abusivos de álcool gel e insumos de prevenção ao coronavírus. **Rede Brasil Atual**. São Paulo, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2U15LQK>. Acesso em: 2 jun. 2020.

No dia seguinte à aprovação, o CADE divulgou a abertura de investigação<sup>33</sup> de empresas no setor de saúde após diversas denúncias de aumento de preços e lucros de forma abusiva que possam gerar danos deletérios à concorrência. No que diz respeito ao controle de condutas, a análise será feita de forma repressiva, visto que os preços já foram ajustados em valores superiores. Caso seja constatado pela autoridade que essa prática prejudicou ou teria o potencial de prejudicar o ambiente concorrencial e o mercado de produtos dessas categorias, as empresas poderão ser penalizadas.

Além disso, ICN divulgou um documento de orientação e recomendações gerais sobre a defesa e manutenção da concorrência (INTERNATIONAL, 2020)<sup>34</sup> acerca durante e após a pandemia do COVID-19. Por sua vez, em 16 de abril de 2020, o CADE manifestou seu apoio às declarações constantes no referido documento, reafirmando a importância de se garantir a precificação competitiva de bens e serviços por meio da atuação das autoridades antitruste.

## 5. Conclusão

A flexibilização do *enforcement* antitruste em momentos de crises econômicas foi constatada em âmbito mundial. Isto é um fato. Diversos mecanismos legais e procedimentais foram elaborados para a contenção das crises, proteção do ambiente concorrencial e manutenção da livre concorrência. Exceções foram e ainda serão permitidas.

O que se percebe é a necessidade de comunicação cada vez mais ampla entre *players* do mercado e autoridades concorrenciais. Isto porque, é preciso que se avalie caso a caso e, com base em dados concretos, se possa concluir pela possibilidade de flexibilização do entendimento jurisprudencial ou mesmo normativo da legislação antitruste, de forma a manter as empresas em funcionamento no mercado e evitar maiores prejuízos à sociedade como um todo, ou mesmo ante o reconhecimento de que certas práticas que teriam potencial anticompetitivo em tempos de normalidade possam ser benéficas em razão da atipicidade dos mercados.

## Referências

---

<sup>33</sup> Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48.

<sup>34</sup> O documento em questão pode ser acessado em INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **ICN Steering Group Statement:** Competition during and after the COVID-19 Pandemic. [s.l.]: ICN, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2zTfrpN>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ALERT: Will COVID-19 Impact Antitrust Review of M&A Deals and How Can Parties Minimize Disruption? **JDSUPRA**. Sausalito, California, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36NOuQi>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

ANDRETTA, Filipe. Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar? **UOL**. São Paulo, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2MkboFK>. Acesso em: 2 jun. 2020.

AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. **Antitrust analysis: problems, text, cases**. 5. ed. Aspen: Law & Business, 1997.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3f7Ply3>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **CORONAVÍRUS - Alinhamento entre Governo Federal e empresas de aviação garante ligação aérea em todos os estados**. Brasília: ANAC, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3gEf2Ii>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Protocolo Temporário para Transporte Aéreo Essencial Nacional**. São Paulo: MPF, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/2YsQppV>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Legislação COVID-19**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3dpqk0Z>. Acesso em: 2 jun. 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3.

CRANE, Daniel. Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History. **Competition Policy International**, v. 12, 2008.

EUROPEAN COMMISSION. *In: ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES - OCDE. Policy Roundtables: The Failing Firm Defence*. Paris: OECD, 2009. p. 183-188.

EUROPEAN Commission Delays Merger Notifications Until Further Notice, Develops Emergency State Aid Response to COVID-19 Outbreak. **JDSUPRA**. Sausalito, California, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2AphSQQ>. Acesso em: 2 jun. 2020.

GODOY, Denyse *et al.* Quem vai salvar a economia do coronavírus? **Exame**. São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2TXLbks>. Acesso em: 2 jun. 2020.

GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência**: aventuras em um novo mundo. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HAWLEY, Ellis W. **The new deal and the problem of monopoly**: a study in economic ambivalence. New York: Fordham Press, 1996.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. 3 ed. Saint Paul: Thomson/West, 2005.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **ICN Steering Group Statement**: Competition during and after the COVID-19 Pandemic. [S.l.]: ICN, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2zTfrpN>. Acesso em: 2 jun. 2020.

KINDLEBERGER, Charlie P.; ALIBER, Robert Z. **Manias, pânico e crises**: Uma história das catástrofes econômicas mundiais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009..

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

MICHEL, Fabio M. DF aprova lei contra preços abusivos de álcool gel e insumos de prevenção ao coronavírus. **Rede Brasil Atual**. São Paulo, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2U15LQK>. Acesso em: 2 jun. 2020.

MILLER III, James C *et al.* Industrial policy: deindustrialization through competition or coordinated action? **Yale Journal on Regulation**, Yale, v. 2, n. 1, 1984.

OECD. **Crisis Cartels**: Contribution from the European Union. Paris: OECD, 2011, p. 116-117. Disponível em: <https://bit.ly/2UnCQGJ>. Acesso em: 2 jun. 2020.

REZENDE, Cyro. **História econômica geral**. São Paulo: Contexto, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. **Draft Vertical Merger Guidelines**. Washington: FTC, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/37blL8l>. Acesso em: 2 jun. 2020

VARNEY, Christine A. Vigorous antitrust enforcement in this challenging era. **The United States Department of Justice**. Washington, 12 de maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36OaZVn>. Acesso em: 2 jun. 2020.