

PANDEMIA E A COOPERAÇÃO ENTRE CONCORRENTES: A EXCEPCIONALIDADE NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Pandemic and cooperations between competitors: The exception in the Brazilian antitrust law

Micaela Barros Barcelos Fernandes¹

Vinicius Klein²

RESUMO

O trabalho analisa os reflexos da pandemia de coronavírus na interpretação e aplicação da legislação brasileira de defesa da concorrência e a possível necessidade de superação das categorias analíticas disponíveis para tratamento dos acordos de cooperação entre competidores. A reflexão se dá no contexto das alterações pontuais e temporárias promovidas por meio da Lei 14.010/2020 à Lei 12.529/2011, tanto com relação a condutas quanto estruturas. As considerações feitas partem da premissa de que o direito brasileiro não contempla isenções antitruste, devendo qualquer interpretação, ainda que atenta e sensível às circunstâncias especiais decorrentes da pandemia, se equilibrar na ponderação entre urgência e prudência.

Palavras-chave: Cooperação entre concorrentes; Isenção antitruste; Teoria da *failing firm*; Restrições concorrenciais; Regime jurídico emergencial e temporário.

ABSTRACT

The work analyzes the consequences of the coronavirus pandemic in the interpretation and application of the Brazilian antitrust legislation and the possible need to overcome the analytical categories available for the treatment of cooperation agreements between competitors. This reflection takes place in the context of the temporary changes promoted by the Law no. 14.010/2020 to the Law no. 12.529/2011, with relation to conducts and structures. The considerations made are based on the premise that Brazilian law does not include antitrust exemptions, and any interpretation, even if attentive and sensitive to the special circumstances resulting from the pandemic, should balance the

1 Doutoranda em Direito Civil pela UERJ, Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ, Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ, Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa pela FGV/RJ, Graduada em Direito pela UFRJ, Advogada e Professora no Rio de Janeiro, Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB - Seção RJ, Membro da Comissão de Direito Civil da OAB - Seção RJ. E-mail: mibbf@yahoo.com.br.

2 Doutor em Direito Civil pela UERJ, Doutor em Desenvolvimento Econômico pela UFPR. Visiting Scholar na Universidade de Columbia/EUA em 2012, Procurador do Estado do Paraná, Professor Adjunto no Departamento de Economia da UFPR, lecionando a disciplina de Economia e Direito no curso de graduação em economia e de Economia e Estado no mestrado profissional em desenvolvimento econômico. E-mail: viniciusklein78@yahoo.com.br.

balance between urgency and prudence.

Keywords: Pandemic; Cooperation between competitors; Antitrust exemption; Failing firm defense; Ancillary restraints; Emergency and temporary legal regime.

Classificação JEL: K21; K41; K42.

Sumário: Introdução – 1. A Excepcionalidade da Situação de Pandemia e o Direito Concorrencial Brasileiro 2. A Experiência Comparada 3. A Cooperação entre Concorrentes e a Necessidade de Novos Standards 4. A Legislação Emergencial para o Enfrentamento da Covid-19 – Conclusão – Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 trouxe enormes problemas e desafios para todos os países do mundo, e tem impactado de forma significativa as relações sociais e econômicas. A pandemia, além de tirar, dramaticamente, a saúde e a vida de milhares de pessoas, atinge, do ponto de vista econômico, a todos. Como um tsunami que se impõe sobre uma ilha e a varre pela metade, deixando menos terra à disposição de seus habitantes, a Covid-19 reduz, ainda que não se saiba de antemão em qual proporção exatamente, riquezas existentes, bem como a capacidade de produção e circulação de novas riquezas, ao menos temporariamente. No que diz respeito aos seus efeitos econômicos, a Covid-19 está gerando inúmeras dificuldades para diversas cadeias produtivas. No caso brasileiro, em especial, que se encontrava, mesmo antes da chegada da pandemia, em lenta recuperação após longos meses de recessão, a situação se tornou ainda mais delicada.

As medidas adotadas desde o início de 2019 para a retomada e a aceleração da atividade econômica envolveram ajustes no arcabouço jurídico-regulatório brasileiro com o intuito de promover a atividade econômica, principalmente no sentido de diminuir a burocracia e ampliar incentivos à iniciativa privada, por meio do seu fortalecimento. Um exemplo que se destaca é a Lei 13.874 (BRASIL, 2019), a chamada Lei da Liberdade Econômica, que instituiu (não sem instaurar controvérsias entre os intérpretes e operadores do Direito), a declaração de direitos de liberdade econômica, bem como estabeleceu princípios e regras que buscaram densificar as garantias de livre mercado previstas na Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), alterando importantes diplomas legais do nosso ordenamento jurídico, como o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), a Lei das Sociedades por Ações (BRASIL, 1976), a Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973), a Consolidação das Leis de Trabalho (BRASIL, 1943), dentre outros.

Ao esforço de desburocratização, soma-se, a partir do primeiro trimestre de 2020, a necessidade de agentes públicos e privados lidarem também com questões extras que surgiram com a pandemia do coronavírus, especialmente para dar respostas urgentes e efetivas no combate à Covid-19, tanto de forma preventiva, por exemplo, no desenvolvimento de vacinas ou quaisquer tecnologias de controle de transmissão, quanto reparatória, na descoberta de tratamentos eficazes, ou ao menos que minimizem os impactos da doença, tanto sanitários quanto econômicos. Mas não só.

No aspecto econômico, especificamente (mas que não se isola de outras questões, como a

sanitária, a social, e a política) a pandemia tem gerado bastante embate em fóruns públicos de discussão sobre as medidas que devem ser tomadas para evitar as piores consequências, ou antes, tem gerado discussão inclusive sobre quais são as piores consequências. Há, portanto, discussão sobre meios e sobre fins das políticas públicas mais adequadas tanto no cenário de enfrentamento da pandemia quanto para o momento posterior que se espera de recuperação econômica.

Independente da resposta a estas questões, é inegável o cenário de piora nos já frágeis números apresentados no cenário brasileiro nos últimos anos, com ocorrência de novo desaquecimento em segmentos de indústria e comércio que pouco a pouco estavam se recuperando. Alguns agentes, ainda que estejam com demanda aumentada, enfrentam problemas como falta de insumos, dificuldades logísticas, entre outros. Assim, na esteira do que tem ocorrido em outros países que começaram a enfrentar o coronavírus um pouco antes que o Brasil, os órgãos públicos brasileiros passaram a atuar em diversas frentes, em medidas de prevenção e contenção de danos.

No que se refere ao Direito da Concorrência, sempre orientado pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico destaca-se a edição da Lei 14.010 de 10 de junho de 2020 (BRASIL, 2020b) que institui o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período de pandemia, e que no artigo 14 trata do regime concorrencial, que será analisado neste trabalho.

Para tanto, este artigo tem quatro seções. Na primeira será apresentado como o Direito Concorrencial brasileiro tem tratado situações excepcionais de crise econômica, como a constatada na pandemia. Na seção seguinte serão exploradas as respostas do direito comparado. Na terceira seção aborda-se questão mais desafiadora que é a colaboração entre concorrentes, que se por um lado pode permitir arranjos econômicos úteis na pandemia, por outra perspectiva pode gerar efeitos anti-competitivos de longa duração. Por fim, na quarta seção busca-se analisar criticamente a adequação dos *standards* existentes para o tratamento da cooperação entre concorrentes no contexto da pandemia.

1. A EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO DE PANDEMIA E O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Dentre as muitas iniciativas tomadas para minimização dos efeitos da pandemia de Covid-19 pelas diferentes esferas de atuação pública, destacam-se também as legislativas, pelas quais, no âmbito de sua esfera de competência, o Congresso estabeleceu medidas de regulação, inclusive econômica, algumas transitórias outras não.

Neste contexto, foi aprovada a Lei 14.010, de 10 de Junho de 2020 (BRASIL, 2020b), que resultou de projeto de autoria do Senador Antonio Anastasia, assistido por professores e juristas brasileiros, e que passou por alguns ajustes no curso da tramitação legislativa, sofrendo, também, alguns vetos quando da sanção presidencial. Com o declarado objetivo de enfrentar algumas questões atinentes às relações jurídicas de direito privado, o texto final aprovado prevê, em seu artigo 14, medidas que afetam especificamente a disciplina do direito antitruste brasileiro.

Este artigo traz algumas considerações na expectativa de contribuir para discussões técnicas

e interpretação da Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), sob perspectiva que promova sua integração ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, estruturado pela Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência, ou LDC) (BRASIL, 2011), e ao ordenamento jurídico como um todo. Tem-se por norte buscar uma interpretação que se coloque como de ponderação entre a medida de urgência tomada em face da crise econômica agravada pelo coronavírus, e a necessidade da prudência para evitar flexibilizações que, ao contrário de ajudar, podem agravar o ambiente de competição brasileiro.

De início, ressalve-se, como panorama geral, que mesmo em situações extraordinárias o Direito Concorrencial no Brasil se consolidou como refratário à imunidade antitruste, de maneira que qualquer eventual excepcionalização da aplicação de controles da defesa econômica deve ser vista como medida inovadora e que deve ser considerada com cautela. Afinal, não existe menção no texto constitucional a possibilidade de imunização de determinado setor de forma definitiva ou temporária da aplicação do Direito Concorrencial³.

Tampouco existe em nosso ordenamento previsão legal para isenções antitruste em bloco, adotadas, por exemplo, em países europeus e já utilizadas por algumas jurisdições em função da pandemia⁴. A título comparativo, a autoridade concorrencial norueguesa⁵ concedeu uma isenção antitruste de três meses para o setor de transporte, e a autoridade concorrencial islandesa (COVID-19..., 2020) concedeu uma isenção limitada a algumas circunstâncias para a distribuição de remédios e agências de viagens em função da pandemia.

No caso brasileiro, além da ausência de previsão legal para exceções em bloco, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão máximo de defesa da concorrência no âmbito administrativo, é contrária à aceitação de cartéis de crise, mesmo em situações de dificuldade significativas em um setor de atividade econômica. Nesse sentido, um dos casos emblemáticos na experiência brasileira foi a tentativa de criação de um cartel de crise em função de problemas ocorridos no setor de álcool carburante, quando, em função do encerramento de programas governamentais de incentivo, agentes atuantes em referido mercado tiveram que lidar com a superprodução acompanhada de redução da demanda, Atos de Concentração 8012.004117/1999-67 (BRASIL, 1999) e 08012.002315/1999-50 (BRASIL, 2000).

Naquela oportunidade ainda estava em vigor a Lei 8.884/1994 (BRASIL, 1994). Mas nos aspectos que aqui interessam a Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011), atualmente em vigor no ordenamento brasileiro, a norma não promoveu mudanças que possam afastar por si só o entendimento construído na legislação anterior. É verdade que no caso do setor de álcool, como em outros que já foram objeto de análise pelo CADE, o julgamento foi realizado em um contexto de crise em mercados específicos, e não de um choque generalizado e da magnitude de uma pandemia.

Na pandemia de coronavírus, diferentemente, não há apenas um setor impactado, mas todos, ainda que alguns sejam mais afetados que outros. Toda a cadeia de suprimentos, e não apenas

3 Nesse sentido ver Salomão Filho (2002, p. 218-223).

4 A inexistência de previsão explícita na Constituição Federal e em legislação infraconstitucional não afasta a possibilidade de leis específicas que venham a restringir a aplicação da legislação concorrencial ou mesmo afastar a competência do SBDC. Para uma defesa da possibilidade de isenções em bloco por meio de legislação ordinária ver Forgioni (2007, p. 126-134).

5 A resposta da autoridade concorrencial norueguesa pode ser consultada em Forskrift (2020).

em âmbito nacional, sofre com algum tipo de desafio. Especialmente diante de um mundo cada vez mais globalizado, e dependente de fornecedores com atuação transnacional, os agentes podem ser impactados de maneira a sofrer abalos em suas atividades em várias etapas da produção.

A maior parte das indústrias enfrenta alguma dificuldade ou atraso para chegar à conclusão dos seus produtos finais, diante do desafio da irregularidade de entrada de insumos e bens que se incorporam em sua própria linha de produção. De outro lado, também vários compradores não têm demanda, afetando mesmo os fornecedores que são capazes de entregar pontualmente. Portanto, os dois lados que impactam na concorrência de mercado encontram-se em situação de anormalidade.

Há, também, desafios enormes de liquidez (problemas de caixa, que afetam a capacidade de cumprimento de obrigações a curto e médio prazo) e de solvabilidade (problemas de desencontro entre ativo e passivo, que afetam a capacidade de pagamento em qualquer prazo). Todos atraem a busca de soluções coletivas. Isto porque nenhum agente econômico é capaz de se blindar totalmente aos efeitos da crise.

Daí a importância de regras gerais sobre como as soluções podem ser buscadas por todos os agentes. Algumas passarão por ajuda direta do Estado, sejam através de resgates, ou autorização para adiamentos ao cumprimento de certas obrigações, por exemplo, de ordem tributária. Outras passam por planos de reestruturação de dívidas, inclusive há iniciativas legais para ampliação das hipóteses abarcadas pela Lei 11.101/2005.

Mas, em muitas situações, o que há é necessidade de renegociação de prazos e condições, bem como de cooperação entre os próprios agentes privados. Fornecedores e compradores, no exercício de sua autonomia privada, devem ter meios de se (re)organizar e focar na otimização de suas ações.

Por exemplo, se não há a possibilidade de entrega de alguma matéria-prima além de certo percentual inicialmente contratado, um fornecedor, ao invés de atender à demanda de apenas parte de seus compradores, pode negociar coletivamente o atendimento de atender todos, porém abaixo das demandas existentes – nestes casos, pode ser importante que a renegociação seja ajustada de modo coletivo.

Mas um acordo desta natureza pode gerar preocupações concorrenciais, entre outros desafios. Qual o limite para os acordos? Antes mesmo de se definir o seu limite, é preciso saber, ao menos estimar, até quando os efeitos da pandemia existirão. E ainda, até quando os efeitos do acordo subsistirão. Há estimativas possíveis, mas nenhuma será precisa o suficiente para dar segurança aos tomadores de decisão sobre quais os melhores caminhos, tanto do ponto de vista da técnica da administração de cada negócio, quanto do ponto de vista jurídico, isto é, sobre a viabilidade das soluções pensadas em conformidade ao ordenamento brasileiro, na medida em que algumas podem ter racionalidade econômica, porém apresentar efeitos anticoncorrenciais vedados por nossa ordem jurídica.

A depender da linha de pensamento adotada quanto ao papel e aos objetivos do Direito Concorrencial, a ausência de fundamento expresso na legislação concorrenciais em vigor e na jurisprudência do CADE para este tipo de situação, que é de fato inédita, pode ser vista como um comprometimento forte do ordenamento jurídico brasileiro com a solução concorrenciais para ajustes

setoriais de oferta e demanda, ou mesmo como uma visão limitada do Direito Concorrencial como mecanismo de realização de política pública.

Ao menos uma parcela da literatura⁶ aponta para a ineficiência de medidas de imunidade ampla da legislação concorrencial, referindo-se a situações em que cartéis de crise foram mantidos com ineficiências significativas no longo prazo. Por outro lado, a possibilidade de isenção concorrencial em uma situação em que o interesse público seja favorecido pode ser benéfica à sociedade, desde que a negociação não seja anticompetitiva no cenário pós-crise, ou que ao mesmo tempo sejam adotadas medidas capazes de mitigar ou afastar os efeitos anticompetitivos. Nesse sentido afirma Fox (2020, p. 278):

It may be a lot to ask something extra of developing countries' competition authorities in this time of stress when they are stretched, especially thin and wanting in resources, but a small and discrete extra step will help them and their communities in both the short and longer terms. Here is the advice: in granting clearances, exemptions, or other approvals in this emergency, make the effort to analyse whether the transaction is good or bad for competition, and if it harms competition, whether it is needed in the public interest and why.

Recentemente, em função dos desafios trazidos pela economia digital, os objetivos do direito antitruste já vinham sendo objeto de reavivada discussão⁷, considerando sobretudo a alta concentração em alguns mercados específicos. Em função da crise do coronavírus, talvez sejam reforçadas as razões para revisitação dos conceitos e fundamentos do antitruste, bem como suas relações com outras áreas do Direito.

Por exemplo, questões como a defesa de mercados nacionais, se o Direito da Concorrência deve ser instrumento de política industrial, ou se deve se manter adstrito à proteção do bem estar do consumidor devem ganhar força. Hoje, tal como hoje previsto na legislação nacional, a posição prevalente é mais restritiva do alcance do Direito da Concorrência, adstrito ao conceito do bem estar do consumidor. Entretanto, mesmo este conceito já é bastante sujeito a controvérsias, pois nele cabe não apenas a garantia de acesso à informação e à livre escolha de bens e serviços, mas pode caber também a proteção à sua privacidade, entre outras tutelas que podem ser adicionadas ao que seja definido como o bem estar do consumidor.

Em termos legislativos, no atual cenário de crise sistêmica parece se encontrar justificada a necessidade de uma norma legal para prever condições diferenciadas para a aplicação da legislação concorrencial no período ou em função da pandemia. A Lei 14.010/20 (BRASIL, 2020b) foi editada neste intuito, mas não tem o alcance de resolver muitas das questões que surgirão.

6 *"It is not the first time that law has deviated from normal rules of competition to help deal with a crisis. Cartels of various forms have been allowed during times of war and were permitted during the Great Depression of the 1930s. The academic studies in this period in history are too numerous to list here, but generally suggest that allowing coordination during times of crisis is a bad idea"* (ORMOSI; STEPHAN, 2020, p. 299).

7 Neste sentido, por exemplo, reportagem editorial na The Economist (WHAT MORE, 2020) e Frazão (2020).

A lei que institui o regime jurídico emergencial e transitório deve se integrar, no que tange ao antitruste, ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, e embora preveja a necessidade de um olhar atento para as circunstâncias excepcionais trazidas pela pandemia, não dará conta de questões que talvez tenham sido aceleradas pela crise econômica, mas que já estavam, em alguma medida, colocadas.

Sem prejuízo destas considerações, no que se refere especificamente a consequências da crise de oferta e demanda, deve-se lembrar de que não foi opção do legislador a isenção antitruste. Propostas de isenções mais amplas ensejam diversos riscos, em especial em situações de um choque adverso que não é adstrito a um setor econômico, mas a toda a economia.

2. A EXPERIÊNCIA COMPARADA

Apesar de a amplitude de medidas fazer sentido em função da magnitude dos efeitos da pandemia, a adoção de remédios excepcionais com relação a diversos setores aumenta também a extensão dos riscos de oportunismo. Nesse sentido, observe-se, por exemplo, que nos Estados Unidos o DOJ e a FTC (órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no território norte-americano) emitiram um comunicado conjunto datado de 24/03/2020 (DOJ, 2020) indicando que as circunstâncias excepcionais seriam levadas em conta nas decisões e que neste período as colaborações entre competidores seriam analisadas em 07 dias úteis, de forma a dar segurança jurídica para as medidas necessárias em função da epidemia.

Referido comunicado conjunto também indicou critérios para a aprovação de atos de cooperação entre competidores durante a pandemia. Além de reafirmar o conteúdo de documentos anteriores, em especial o *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (FEDERAL..., 2000), e o *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*, de 1996, e tratar dos processos de consulta e de revisão expedita em função da pandemia, o comunicado indica que condutas uniformes e/ou colaborativas necessárias em função das circunstâncias especiais da pandemia para desenvolver, produzir ou distribuir produtos utilizados para atender pacientes, consumidores e comunidades em resposta a pandemia serão lícitas, desde que sejam limitadas em termos de duração e escopo. Assim, processos colaborativos que sejam necessários para aumentar ou garantir a eficiência da produção e/ou distribuição de bens que se tornaram essenciais em função da pandemia não serão vistos pela FTC e pelo DOJ como contrários a legislação concorrencial.

Por outro lado, informaram os agentes estatais que a legislação concorrencial continua válida, sendo que cartéis de preço continuam puníveis *per se*, e quaisquer abusos quanto à duração temporal e ao escopo dos acordos seriam punidos.

Por sua vez, em 08/04/2020 a Rede Concorrencial Europeia (formada pela Comissão Européia, pela *EFTA Surveillance Authority* e pelas Autoridades Concorrenciais Nacionais) lançou uma Estrutura Temporária de análise de atos em função da pandemia (EUROPEAN 2020) que segue a mesma linha das autoridades norte-americanas, indicando critérios específicos de análise para as operações realizadas em função da pandemia e comprometendo-se a fornecer cartas de conforto (*comfort letters*) com a urgência necessária para colaborações entre competidores necessárias para o enfrentamento da pandemia.

Assim, não houve uma suspensão geral da aplicação da legislação concorrencial, mas também um procedimento mais rápido para dar segurança a operações necessárias no contexto da pandemia, no entanto sem se afastar a análise da legislação concorrencial, ou mesmo a oportunidade de punir abusos. Neste sentido, algumas autoridades nacionais deram isenções antitruste setoriais (e não amplas para todos os setores da atividade econômica), mas mantiveram alguns controles concorrenciais.

Além dos setores farmacêutico e de produtos mais diretamente ligados ao combate a pandemia, como máscaras de proteção, pode-se observar exemplos de isenções em setores bem específicos. Por exemplo a autoridade concorrencial da Islândia conferiu isenção no setor de turismo através das Decisões nº 9/2020 (ISLÂNDIA, 2020a) e nº 12/2020 (ISLÂNDIA, 2020b). Ainda, a autoridade antitruste australiana⁸ permitiu a cooperação no setor financeiro para empréstimos aos consumidores e a pequenas empresas (CO-OPERATION, 2020). Por sua vez, a autoridade antitruste norueguesa definiu uma isenção de três meses no setor de transportes (TRANSPORTATION, 2020).

Ainda, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 30 de abril publicou comunicado (*COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities*) (OECD, 2020b), no qual também aponta para a necessidade de manutenção das preocupações concorrenciais mesmo no cenário atual. E, em 26 de Maio publicou comunicado direcionado ao tema da cooperação entre concorrentes (*Co-operation between competitors in the time of COVID-19*) (OECD, 2020a) e no qual examina, entre outras questões, situações nas quais a cooperação entre concorrentes pode ser considerada legal ou pró-competitiva, bem como discute os principais desafios que as autoridades da concorrência enfrentam na análise desses casos.

Dentre os pontos principais do primeiro documento, destacam-se diretrizes de ações para os governos, baseadas na aprendizagem obtida em crises econômicas pretéritas, no sentido de que o *enforcement* concorrencial contribui para a resiliência e a mais rápida retomada da economia. Assim, medidas estatais de suporte não devem deixar de levar em conta os princípios concorrenciais, e devem evitar o protecionismo e o fechamento de mercado.

Também foram abordadas ações específicas das autoridades antitrustes, destacando-se aquelas de orientação a governos e órgãos de Estado sobre a busca de soluções pró-competitivas na intervenção em mercados (portanto em reforço à advocacia da concorrência, na medida em que não apenas agentes privados podem agir em prejuízo da competitividade, mas também agentes públicos, ainda que bem intencionados), a monitoração de mercados inclusive para atuar em situações de preços abusivos (aumentos não justificados na racionalidade econômica), e a orientação aos agentes de mercado com informações e guias que possam permitir a realização de atos cooperativos para o enfrentamento da crise sempre em consonância com a legalidade concorrencial.

Ademais, o comunicado da OCDE apontou a necessidade da contínua análise dos atos de concentração que possam ter impacto nas estruturas de mercado, em particular quando relacionados a sociedades em crise, bem como o cuidado do uso mínimo de exceções de política pública, restritas a situações em que não há alternativas mais pró-competitivas.

Já o segundo documento, o comunicado específico referente à cooperação entre concorrentes

8 Para uma apresentação das medidas da autoridade concorrencial australiana ver: Sims (2020, p. 264-266).

tes em tempos de Covid-19, reforça que diferentes modalidades de colaboração podem existir, várias em conformidade com a lei, apontando referências de boas práticas já adotadas por alguns países, bem como de pronunciamentos de órgãos públicos com guias gerais sobre cooperação (tendo como norte, sempre, o bem estar do consumidor, e sendo ressalvada a duração limitada das colaborações). Dentre os desafios específicos enfrentados pelas autoridades antitruste, o comunicado aponta a necessidade da pronta emissão de orientações e da rápida tomada de decisões, bem como a determinação sobre a necessidade ou não de acordos de cooperação, e ainda, sobre o seu prazo, em consonância com objetivos de eficiência, em cotejo com os riscos respectivos ao mercado.

Aqui pode-se afirmar que as isenções setoriais, mas em grau maior uma ampla suspensão da análise concorrencial, mesmo que sujeita a restrições temporárias e a algumas condutas, geram riscos significativos. Um exemplo seria o comportamento oportunista de constituição de cartéis desnecessários do ponto de vista da crise ou acordos colaborativos necessários, mas que tenham uma ampliação de escopo e duração que gere efeitos anticompetitivos desnecessários.

Ainda, deve-se observar que pode haver uma persistência dos efeitos anticoncorrenciais dos atos que inicialmente se fazem necessários em função de mudanças futuras do contexto da pandemia.

3. A COOPERAÇÃO ENTRE CONCORRENTES E A NECESSIDADE DE NOVOS STANDARDS

Cabe, portanto, a reflexão acerca da capacidade de o Direito Concorrencial de lidar com questões como essa com as categoriais atualmente disponíveis. Afinal, a colaboração entre concorrentes é um dos mais complexos do Direito Concorrencial e a situação atual de pandemia pode servir para mostrar a insuficiência das categoriais tradicionais para lidar com a questão, em especial a mais utilizada nestes assuntos que é a divisão entre restrições concorrenciais puras (*naked restraints*) e restrições auxiliares (*ancillary restraints*).

A classificação entre *naked e ancillary restraints* remonta à opinião do Chief Justice William Howard Taft no caso *Addyston Pipe*⁹ em 1899, mesmo que tenha ganhado maior notoriedade após a sua disseminação por Bork (1959), tanto que a sua versão atual pode ser creditada à opinião dele no caso *Rothery*¹⁰. Outro caso emblemático para este tema é de 1986, o caso *Dagher*¹¹, em que foram diferenciadas as atividades contratuais e as extracontratuais, acrescentando-se mais complexidade à questão. Em linhas gerais, uma restrição *naked* tem por racionalidade e objetivo único a redução de rivalidade ou a exclusão de rivais, ou seja, o objetivo do acordo é puramente anticoncorrencial¹². Já as restrições *ancillary* seriam aquelas anticompetitivas, mas que aparecem em um acordo que não

9 *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899)

10 A definição dada por Robert H. Bork é a seguinte: “*To be ancillary, and hence exempt from the per se rule, an agreement eliminating competition must be subordinate and collateral to a separate, legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it serves to make the main transaction more effective in accomplishing its purpose.*” (*Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 224 (D.C. Cir. 1986)). Para uma análise do papel da questão na jurisprudência mais atual ver Werden (2007, p. 17-27).

11 *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 7-8 (2006).

12 Para uma análise desta distinção no Direito Brasileiro ver Gaban e Domingues (2016, p. 195-198).

tem um objetivo principal que possa ser caracterizado como anticompetitivo, ou seja, são restrições auxiliares para um acordo que não é puramente anticoncorrencial.

Uma leitura superficial desses instrumentos poderia levar à conclusão de que os acordos necessários para o enfrentamento do COVID seriam classificados como *ancillary restraints* e, portanto, lícitos, ou como *naked*, portanto ilícitos. Mas referida classificação promove apenas uma estrutura inicial de análise, ao invés de uma resposta definitiva¹³, já que a caracterização de uma ou outra passa, necessariamente, pela regra da razão. Aliás, a complexidade da caracterização acaba por tornar a diferenciação pouco útil na redução da discricionariedade da decisão da autoridade concorrencial.

Aqui cabe uma observação: apesar das críticas aos conceitos de regra *per se* e regra da razão¹⁴, e das propostas de revisão¹⁵, a classificação para fins deste estudo é relevante. A diferença entre o uso da regra da razão e da regra *per se* diz respeito à necessidade de informação necessária para a comprovação de uma prática anticoncorrencial. A regra *per se* é definida por Hovenkamp (2005) como composta de dois conceitos: a ilegalidade independe da existência de poder de mercado ou da estrutura do mercado e estão vedadas as apresentações de algumas defesas ou justificações para a conduta ou ato de concentração.

A seu turno, a regra da razão se caracteriza pela necessidade de se analisar tanto a estrutura dos mercados relevantes quanto pela possibilidade ampla de apresentação de justificativas e defesas, em especial aquelas baseadas em eficiência. Dentre as críticas à regra da razão, destaca-se a sua complexidade e a possibilidade de discricionariedade na sua aplicação¹⁶. Poder-se-ia afirmar que as restrições *naked* estariam sujeitas à regra *per se*, e as *ancillary* à regra da razão, todavia em realidade ambas estão sujeitas à regra da razão. Isto porque para que se compreenda a função da restrição é necessário que se conheça o processo cooperativo. Assim, ambas as classificações não são suficientes para dar a previsibilidade e objetividade necessárias para a análise da colaboração entre concorrentes na pandemia.

Afinal, em um acordo entre concorrentes no contexto da pandemia os efeitos futuros potenciais podem ser significativos, mesmo que a restrição à concorrência seja um mero efeito colateral do acordo. É verdade que em alguns assuntos como pesquisa e desenvolvimento bem como em alguns

13 Nesse sentido afirma Hovenkamp (2018, p. 140): “The ancillary restraints doctrine is not a comprehensive method for applying the rule of reason, but rather an early stage decision about which mode of analysis should be applied”.

14 A centralidade da regra da razão no Direito Concorrencial é bem traduzida por Carrier (2009, p. 827): “One of the most amorphous rules in antitrust is the rule of reason. One of the most important rules in antitrust is the rule of reason. One of the most misunderstood rules in antitrust is the rule of reason”.

15 Por exemplo a necessidade de reestruturação da regra da razão no âmbito dos mercados digitais, nesse sentido ver Schrepel (2017, p. 103-131).

16 Nesse sentido: “The new economic wisdom would obliterate the Roberts and Rehnquist Courts’ dated and empirically weak Chicago School social policies, without necessarily improving the rule of reason’s accuracy and administrability or yielding greater consistency, objectivity, or transparency. Consequently, this Part offers three suggestions for reorienting antitrust’s legal standards toward rule-of-law ideals. First, the Court should refrain from announcing new competition policies based on its perception of “modern” economic theory, and instead return to the Sherman Act’s legislative aims. Second, the Court should endeavor to cast more intelligible standards that are consistent with these legislative aims. Third, to assist the Court toward that end, the U.S. competition authorities should step up and undertake more empirical analyses to better comprehend how markets operate and evolve.” (STUCKE, 2009, p. 1480).

tipos específicos de acordos já existe jurisprudência no sentido da sua licitude¹⁷.

Por outro lado, no contexto atual questões como o compartilhamento de informações no contexto da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) e um eventual prolongamento da crise o nível bastante elevado de incerteza permite afirmar que em ambientes com menor rivalidade podem haver efeitos indesejados tanto de uma *naked* quanto de uma *ancillary restraint*.

Ainda, com a sinalização de autoridades concorrenciais no sentido de respostas mais rápidas que o usual, a utilização de um nível elevado de regra da razão pode tornar-se inviável. Nesse sentido, o período de pandemia pode ser relevante para pensar em *standards* que capturem de forma mais precisa as nuances necessárias para uma decisão adequada, em especial os efeitos da transmissão de informação entre os concorrentes em um cenário de incerteza, mas buscando-se a manutenção de um nível adequado de rivalidade e o atendimento das necessidades de enfrentamento da pandemia.

Para reduzir esse espaço e aumentar a previsibilidade dentre as propostas existentes poder-se-ia afastar a diferenciação entre *naked* e *ancillary restraints* e se concentrar em pontos centrais dos acordos entre competidores que têm como consequência muito provável efeitos anticompetitivos ou não. Afinal, a exigência de produção probatória e complexidade adicional somente são racionais quando capazes de produzir decisões melhores. Assim, quando se está diante de uma restrição que tem alta probabilidade de produção de efeitos anticompetitivos, a aplicação da regra *per se* é justificável, como também quando se está diante de uma conduta com baixa probabilidade de produção destes efeitos, a legalidade é a regra.

Esta abordagem inclusive é adotada por autoridades antitruste, por exemplo, por meio da Resolução nº 17 de 18 de outubro de 2016 do CADE. Ao tratar da notificação de contratos associativos, nos termos do inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), a Resolução entende que apenas os contratos com prazo superior a 2 anos devem ser notificados, sem que se tenha que tratar da definição de *ancillary* ou *naked*. Assim, a partir de um fator relevante, neste caso, a duração do contrato, se definiu um modo de análise com a indicação de um *standard* capaz de gerar previsibilidade. Ao afastar a necessidade de notificação do contrato, o questionamento e a reprovação tornam-se muito pouco prováveis, salvo em situações excepcionais. Assim, está a se adotar um *standard* de legalidade.

Em um dos julgamentos já realizados no âmbito da pandemia (BRASIL, 2020e), quando o CADE analisou o movimento Nós (JUNTOS..., 2020), uma iniciativa conjunta entre oito das principais com-

17 Os acordos entre competidores para pesquisa e desenvolvimento usualmente não enfrentam resistência, por exemplo nos EUA o *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (FEDERAL, 2000) menciona as chamadas *safety zones* (espaços seguros) que são situações em que a colaboração é encorajada pelas autoridades concorrenciais, já que são usualmente pró-competitivas e geram eficiências. Dentre estes espaços seguros tem-se um para a Pesquisa e Desenvolvimento no âmbito de mercados de inovação (*Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets*). Para uma análise deste tema na jurisprudência norte-americana ver Piraino Jr. (2008, p. 735-808). Na jurisprudência do CADE existe uma tendência de aprovação de *joint ventures*, por exemplo no período de 2002 a 2010 não houve nenhuma reprovação de *joint venture* pelo CADE como apontam Avellar, Teixeira e Paulla (2012). Ainda, no âmbito dos acordos específicos tidos como lícitos pode-se mencionar a posição do CADE constante da sua Súmula nº 04 de 09/12/2009, que afirma ser lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desse que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.

panhias de bebidas e alimentos do país (Ambev, Aurora, BRF, Coca-Cola, Aurora, Heineken, Mondelez, Nestle e Pepsico) para auxiliar os pequenos varejistas, ou seja, os seus Pontos de Vendas (PDVs)¹⁸, o CADE, através do Despacho nº 99/2000 da Presidência (BRASIL, 2020c) conclui no sentido de que a atuação conjunta não revelava, tal como apresentado pelas requerentes por meio do exercício do seu direito de petição, indício de conduta anticompetitiva.

Sem embargo, ressaltou-se que essa constatação não representava imunidade ou isenção antitruste, e que o CADE poderia rever sua posição a qualquer momento, bem como ao fim da operação as empresas deveriam apresentar relatório circunstanciado da execução do acordo de colaboração. Ainda, cabe destacar que em voto vista a Conselheira Paula Farani mencionou a necessidade de que as políticas comerciais diferenciadas e garantias de estoque e de giro deveriam ser excluídas do processo cooperativo, uma vez que relativas à estratégia concorrencial sensível de cada empresa¹⁹.

Apesar de este ponto não ter sido objeto de concordância da maioria do CADE, pode-se destacar a preocupação com efeitos anticompetitivos de um acordo que guarda pertinência com a situação de epidemia. Este caso ilustra a complexidade da diferença entre *naked* e *ancillary restraints*. A política de tratamento especial a pequenos varejistas é parte integrante do processo cooperativo que não tem finalidade anticompetitiva por si só, mas na visão do voto vista apresentado, seria importante restringir o processo cooperativo, mesmo que não se trate de uma *naked restraint*.

O CADE, na Nota Informativa emitida acerca do COVID-19 (BRASIL, 2020d, p. 3-6), ressaltou a partir da sua própria jurisprudência que os fatores a serem levados em conta para a análise das colaborações são: a) escopo; b) duração; c) território; d) governança, transparência e boa-fé. Aqui o que se observa é que o CADE indicou os tópicos que serão as principais balizas de análise, mas não avançou de forma a definir *standards* claros de análise que empiricamente poderiam ser identificados como geradores de ineficiências ou eficiências. Por exemplo, um fator que pode ser destacado como relevante (e que, apesar de ser enquadrável na categoria governança, transparência e boa-fé, não foi objeto de menção expressa na referida Nota Informativa) é a possibilidade de participação ou não de outros competidores interessados na cooperação. A existência de acordo para procedimentos cooperativos emergenciais com cláusulas que levem à exclusão de rivais é problemática, na medida em que o acordo pode gerar o aumento de barreiras à entrada ou fechamento do mercado. A matéria da exclusão de rivais já é objeto de preocupação das autoridades concorrenciais em searas como as

18 Conforme constam dos documentos tornados públicos que integram os autos do processo administrativo, a cooperação consistiu em ação de coalizão para alcance de 300.000 pontos de venda, com oferecimento de incentivos para a retomada das atividades, pela entrega de kits de saúde, campanhas digitais locais e via website, mantidas as condições comerciais de forma individualizada, e providenciada a elaboração de relatórios (i) das medidas adotadas para desenvolvimento dos cuidados antitruste, inclusive de não compartilhamento de informações sensíveis, bem como (ii) sobre as atividades do projeto, com descrição sobre atividades e decisões tomadas, de acordo com as reuniões do seu comitê de gestão, bem como subcomitês e outras frentes de trabalho, desde o início e até o seu encerramento.

19 O voto-vogal, apontando que não foi comprovada a imprescindibilidade da atuação conjunta para que as ações de auxílio aos pequenos varejistas pudessem ser implementadas, ressaltou que o movimento “Nós” poderia atenuar uma variável competitiva relevante no contexto da pandemia, ao determinar o estabelecimento indiscriminado das políticas mencionadas pelas participantes. Por tal razão, sugeriu que a adoção da política fosse retirada do escopo de atuação do movimento, bem como que fossem tomadas medidas com o intuito de neutralizar riscos relacionados ao fechamento de mercado por meio da criação ou incremento de situações de fidelidade e/ou exclusividade dos PDVs em relação às distribuidoras, por exemplo, pela garantia de liberdade de direito e de fato dos PDVs em contratar com outras distribuidoras, a despeito do recebimento dos benefícios mencionados.

restrições verticais²⁰.

A Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), embora tenha buscado tratar de algumas indagações de natureza concorrencial, tampouco trouxe parâmetros para lidar com vários dos desafios apontados acima.

4. A LEGISLAÇÃO EMERGENCIAL PARA O ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Conforme previsto no artigo 14 da Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), ficam sem eficácia, desde 20/02/2020 e até 30/10/2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública (em princípio até 31/12/2020, conforme o Decreto-legislativo nº 06 (BRASIL, 2020a), a aplicação dos incisos XV e XVII do § 3º do art. 36, bem como do inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Um primeiro comentário quanto à referida previsão diz respeito à dificuldade que os agentes econômicos, e a própria autoridade concorrencial, enfrentarão com relação ao seu aspecto temporal. Isto porque não se sabe ao certo a duração dos efeitos tanto da pandemia quanto das medidas tomadas para o seu enfrentamento ou minimização dos seus prejuízos.

Ainda que o estado de calamidade pública se encerre em data certa, isto não quer dizer que os efeitos econômicos da pandemia, ou das ações tomadas em decorrência dela, cessarão na mesma data. Na verdade, certamente não cessarão. Embora a data da previsão legal seja um marco referencial que vinculará intérpretes e julgadores quanto às previsões feitas na legislação, não nos parece possível supor que, necessariamente, tão logo encerrado o estado de calamidade, os problemas se encerrarão.

Considerando esta premissa, deve-se de início ponderar que o artigo 14 estabelece um regime especial a ser aplicado durante o estado de calamidade, mas que, a despeito de sua previsão, durante referido período de calamidade ou a qualquer momento depois de seu encerramento, o agente econômico submetido aos efeitos da pandemia poderá se valer dos mecanismos já existentes na legislação geral de defesa da concorrência para se orientar e justificar qualquer ação tomada.

Em outras palavras, ainda que haja um regime especial previsto na Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), ele não impede o acesso às regras ordinárias da regulação concorrencial brasileira. Portanto, ainda que o regime emergencial se extinga, os agentes econômicos poderão continuar se valendo das regras gerais e mecanismos já existentes na Lei 12.529/2011, a qual, mesmo não dispendo expressamente sobre uma situação de pandemia, estabelece caminhos de atuação também em crises (BRASIL, 2011).

Com relação ao regime especificamente previsto na Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), as previsões se referem tanto à atuação repressiva quanto preventiva do CADE. Isto porque dispõem tanto sobre o controle de condutas, tendo sido apontadas duas para as quais o legislador indicou alguma tolerância, em razão da referência feita ao artigo 36 da LDC, quanto sobre o controle de estruturas, em virtude da referência ao artigo 90 da mesma lei.

Quanto às condutas, houve expressa menção aos incisos XV e XVII do artigo 36 da Lei

20 Para uma análise da relevância das práticas exclusionárias no Direito Concorrencial ver Baker (2013). Para uma análise nos âmbitos restrições verticais e a partir da cláusula de exclusividade ver Forgioni (2007, p. 158-181).

12.529/2011, para excluir sua aplicação durante a permanência do estado de calamidade. Tal previsão nos parece desnecessária, na medida em que os próprios dispositivos, vale dizer, o inciso XV, específico sobre a prática de preços predatórios (isto é, a venda de mercadorias ou prestação de serviços abaixo do preço de custo) e o XVII, que trata da cessação parcial ou total das atividades da empresa, ressalvam em sua redações que a prática não será ilícita *mediante justificativa* (BRASIL, 2011).

Ora, se há justificativa econômica para tais as práticas apontadas nos dispositivos, eles não configuram infração, com ou sem pandemia. A *contrario sensu*, pode parecer estranha sua exclusão expressa, pois algum intérprete mais açodado poderia seguir o entendimento de que durante o estado de calamidade tais práticas seriam possíveis, independente de justificativa, o que não parece ser o caso.

Cabe lembrar que a relação de condutas tipificadas no §3º do artigo 36 da LDC é meramente exemplificativa, conforme consignado no mesmo dispositivo. Ou seja, eventual conduta (independentemente de culpa e ainda que não alcançados os efeitos esperados) que tenha por objeto ou possa produzir a limitação ou falseamento da livre concorrência, ou de qualquer forma prejudicá-la ou a livre iniciativa, bem como gerar a dominação de mercado relevante de bens ou serviços, o aumento arbitrário de lucros, ou se caracterize como exercício abusivo de posição dominante, configurará hipótese de infração. A suspensão dos incisos XV e XVII mencionados parece, portanto, ineficaz.

Já com relação ao controle de estruturas, a Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b) se refere ao inciso IV do art. 90, referente à celebração de contratos associativos, consórcios ou *joint ventures*, para prever a possibilidade de sua celebração independentemente de submissão ou aprovação prévia pelo CADE.

A menção parece oportuna no sentido de, diante do patente estado de crise econômica, permitir atos de parceria, reorganização ou recomposição organizacional e operacional que viabilizem a sobrevivência de agentes econômicos (que, de outra forma, não resistiriam às intempéries do momento), principalmente em setores mais sensíveis — a exemplo do segmento de transporte aéreo de passageiros, em que as companhias têm ampliado o uso de instrumentos colaborativos, como o *code share*, como medida de resiliência.

A respeito do controle de estruturas, quando atingido os gatilhos previstos no artigo 88 da LDC, a regra geral é de análise prévia, nos termos do seu §2º. Independente da regra geral, ou mesmo do regime especial previsto na Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), cabe lembrar que o §1º do artigo 59 (que deve ser lido também em conjunto com o artigo 114 do Regimento Interno do CADE) (BRASIL, 2020f) prevê que em circunstâncias excepcionais o Tribunal pode autorizar precária e liminarmente operações antes do trânsito em julgado.

Portanto, já era possível aos agentes, em casos justificados, recorrer ao expediente da autorização precária. E também, sempre possível ao CADE, mesmo em casos que não se enquadrem nas hipóteses de notificação de um ato de concentração, requerer proativamente a submissão de qualquer ato de concentração no prazo de até um ano a contar da respectiva data de consumação, conforme o § 7º do artigo 88.

Por tais razões, é possível inclusive questionar a necessidade da instituição de um regime especial. Porém, diante das muitas (re)negociações que agentes econômicos talvez tenham que rea-

lizar, a menção de que o inciso IV do artigo 90 fica com eficácia suspensa pode de fato contribuir para aumentar a segurança jurídica dos agentes, que de outra forma talvez se veriam obrigados a realizar sucessivas submissões ao CADE.

Por outro lado, a ideia de permissão legal para ajustes de estrutura de mercado independente de qualquer autorização do órgão de controle talvez peque por excesso (FRAZÃO, 2020), ao suspender amplamente a consulta prévia em qualquer hipótese do inciso IV do artigo 90, sem atentar para diferentes situações que podem existir de fato. Pode, assim, haver alguma brecha para oportunismo, pela possível indicação de flexibilização da legislação antitruste. Daí a importância do § 2º na interpretação e orientação de ações, tanto pelos agentes econômicos, quanto pela autoridade concorrencial sobre o qual se tratará em seguida.

A previsão legal que se refere a contratos associativos, consórcios ou joint ventures tem relação com a teoria de *failing firm*, na experiência brasileira ainda não aplicada isoladamente em nenhum processo, mas que provavelmente será bastante invocada em casos futuros. A teoria autoriza alguma tolerância no exame de atos de concentração de estruturas para permitir a permanência na atuação de um agente econômico que apresenta grande possibilidade de saída do mercado, desde que essa saída concorrencialmente configure um problema à coletividade (esta a titular da proteção antitruste, conforme o parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.529/11) (BRASIL, 2011).

Em outras palavras, a *failing firm theory* reduz a rigidez na aplicação do Direito concorrencial, ao favorecer o princípio da preservação da empresa, na medida em que permite à autoridade antitruste fundamentar a excepcional autorização de concentrações na estrutura de mercado que normalmente não seriam aprovadas. A teoria foi desenvolvida nos EUA, reconhecida pela Suprema Corte norte-americana pela primeira vez no caso *International Shoe Co. v. FTC*²¹. Lá, para sua aplicação, de acordo com o guia de concentrações horizontais emitido conjuntamente pelas autoridades antitruste norte-americanas (DOJ, 2010) a sociedade que a invoca deve demonstrar: (i) que não tem mais condições de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; (ii) que não conseguiria se reorganizar de acordo com as previsões legais de tratamento de sociedades em estado de crise (o *Chapter 11* da Lei de Falências norte-americana) (DOJ, 2010); (iii) que buscou soluções alternativas, além da concentração, sem sucesso. Se a alternativa à concentração for enfrentar a falência, com a retirada da empresa e seus ativos do mercado, há condições para fundamentar a eficiência econômica, e portanto, aplicação, da *failing firm theory* (HOVENKAMP, 2005).

Importante ressaltar que o Direito da Concorrência não foi formulado para proteger os concorrentes, embora possa eventualmente beneficiá-los, na medida em que a tutela da coletividade coincida com seus interesses particulares. Por isto, a *failing firm theory* só poderá ser adotada quando a racionalidade econômica apontar para vantagem à coletividade.

Há alguns setores particularmente afetados com a pandemia, como por exemplo, os de turismo e viagens, e também o de educação. As instituições de ensino já apontaram grave comprometimento de suas receitas, após o início das regras de isolamento social, havendo inclusive pedidos

21 Sobre a teoria e sua recepção no Brasil, ver Gonçalves e Queiroz (2019).

de recuperação judicial²². Elas enfrentam queda nos pagamentos, motivada não apenas pelo desinteresse dos alunos pela manutenção dos contratos (até mesmo em decorrência da inviabilidade da continuidade dos serviços educacionais por certas instituições e para certos grupos), mas também por perda de capacidade de cumprimento das obrigações pelos próprios consumidores.

Além disto, há projetos de lei em âmbito nacional e também leis já aprovadas (em âmbito estadual, cuja constitucionalidade por vezes tem sido contestada) impondo moratórias e descontos generalizados, que podem agravar os desafios financeiros. A expectativa é que a consolidação neste setor aumente²³, porque várias instituições devem simplesmente encerrar suas atividades.

Neste cenário, parece haver espaço para possível revisitação dos requisitos da teoria da *failing firm*, a qual embora seja controversa já foi adotada na experiência de outros países. Há natural preocupação com o risco de abuso na invocação desta tese, mas talvez elementos da teoria possam ser úteis. Normalmente, a parte interessada deve comprovar que está em situação de incapacidade de cumprir com suas obrigações financeiras no curto prazo, que a alternativa da venda de ativos não está disponível (por exemplo, pela ausência de comprador²⁴), e que a empresa está em vias de saída do mercado. O Brasil exige, também, que a saída do mercado leve à redução de oferta, em prejuízo aos consumidores.

A análise da teoria vai se colocar entre a medida da prudência e da urgência. Se de um lado os critérios devem ser rigorosamente aplicados para evitar abusos, de outro, por análise contrafactual, talvez a negativa da aplicação da teoria leve, de igual maneira, à concentração do mercado na mesma proporção, ou pior, que o ato de concentração levaria.

Além do controle estrito de estruturas, interessante observar que a suspensão do inciso IV do artigo 90 poderá ser eventualmente invocada não apenas para defesa da celebração de contratos associativos que claramente se caracterizem como atos de concentração. Isto é, talvez também a suspensão possa ser aplicada em hipóteses de ajustes entre concorrentes em que não há propriamente uma concentração, mas parceria para o desenvolvimento de atividades em parceria que possam oferecer resposta aos problemas mais urgentes para a sociedade brasileira, por exemplo, no enfrentamento da crise sanitária ou no atendimento da demanda em serviços essenciais à população.

Isto porque a lei brasileira, da forma que redigida, permite que arranjos de parceria possam ser analisados sempre como atos de concentração, independente do nome a eles dado. Um mesmo ato de cooperação pode se situar em zona cinzenta, e ser classificado como conduta ou ato de concentração, submetendo-se, em decorrência, a disciplinas diferentes na legislação. Esta é uma dúvida com a qual tanto os agentes econômicos quanto o CADE poderão ter que lidar, e eventualmente bus-

22 Um caso que chamou a atenção do mercado foi o da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro, que com R\$ 400 milhões em dívidas, inadimplência em 25% e recuo no faturamento em 30% em Março de 2020, ajuizou pedido de recuperação judicial. Por não ser sociedade empresária, o caso colocou em pauta discussão sobre a viabilidade de uso dos instrumentos da Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005) por outros tipos de pessoas jurídicas, mas esta é uma discussão que foge ao escopo deste trabalho.

23 Sobre o tema cf. Cavalcanti e Sorima Neto, (2020).

24 Precedente interessante, embora em outro contexto, é o caso Disney / Fox, em que o ato de concentração foi autorizado, mesmo com a impossibilidade da venda ativos, tal como previsto inicialmente no acordo de ato de concentração, sendo, então, substituído o remédio estrutural por outro comportamental.

car soluções não pré-estabelecidas no ordenamento.

O CADE, por exemplo, julgou em sessão extraordinária ocorrida em 28/05/2020 um acordo apresentado sob o fundamento do direito de petição. Concorrentes das áreas de alimentos e bebidas apresentaram um plano de atuação conjunta celebrado com o objetivo de minimizar os efeitos da crise junto às suas redes de distribuidores. Embora não tenham apresentado o plano como um contrato associativo, as partes interessadas agiram no intuito de demonstrar boa-fé e transparência em suas ações.

O CADE, na oportunidade, ofereceu algumas sinalizações importantes ao mercado, esclarecendo que não serão tolerados acordos sobre combinação de preços, condições de venda, ou que envolvam a troca de informações concorrencialmente sensíveis.

No caso específico, talvez um exemplo de solução não claramente pré-estabelecida na LDC, o Tribunal do CADE homologou despacho da Presidência, que seguiu-se a despacho da Superintendência-Geral da autarquia, e que concluiu que havia justificativa econômica plausível para o acordo, com previsão para vigorar por prazo determinado (até 31/10/2020), podendo ser prorrogado dependendo do cenário futuro. O CADE entendeu que as partes adotaram protocolos de prevenção de riscos concorrenciais, não havendo inicialmente indícios de tentativa de realização de prática anticompetitiva, mas ressaltando que a medida não constitui imunidade antitruste, de modo que caso observadas irregularidades no seu curso, ou práticas potencialmente lesivas à concorrência, possíveis medidas sejam tomadas.

Neste contexto, parece-nos oportuna a previsão contida no §1º de referido artigo 14 da Lei emergencial, no sentido de que qualquer apreciação por órgão competente (portanto, o Cade ou também o Judiciário) a partir de 20 de março de 2020 deverá considerar as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia.

A previsão permite que agentes econômicos possam cooperar entre si com vistas ao atendimento das necessidades da escassez de serviços e produtos, evitando o grande risco de desabastecimento. Mas essa apreciação deve manter coerência com o sistema de defesa da concorrência, preservando análises de eficiência econômica, ainda que sensível às adversidades.

As alterações legais não devem ser interpretadas como isenção legal ao Direito antitruste, de modo a permitir condutas despreocupadas com as consequências concorrenciais, mas sim que o intérprete deve considerar as circunstâncias especiais sob as quais estamos vivendo. Justamente nesse espírito foi incluído um §2º ao texto original do projeto de lei, para validar a avaliação de necessidade e legitimidade dos atos ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do novo coronavírus.

Sem embargo, o que faltou na Lei 14.010/2020 foi a apresentação de parâmetros que oferecessem mais previsibilidade aos agentes econômicos, principalmente que permitissem saber em quais situações, exatamente, as operações associativas podem ser admitidas. Até sua aprovação, todas as notificações prévias continuaram necessárias, sempre que um ato de concentração se enquadrasse nas situações gatilho da LDC.

A partir da vigência do regime temporário da pandemia e até 30/10/2020 ou enquanto durar o estado de calamidade, as notificações ficam suspensas desde que relativas a operações que supor-

tem enfrentamento do coronavírus. Mas esta previsão é vaga e exige interpretação. O que se entende, afinal, como acordos necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do coronavírus?

Agentes econômicos que atuam em quaisquer setores da economia ficam autorizados a invocar o dispositivo legal ou apenas a determinados setores diretamente impactados? Um exemplo fácil é a cooperação entre laboratórios farmacêuticos para o desenvolvimento de uma vacina, todavia, e quanto a outros segmentos? Por ora, a exigência de conduta mais conservadora imporá aos agentes seguir notificando previamente o CADE antes de qualquer ato que concretize cooperação, sob pena de caracterização de *gun jumping*, sujeito às penalidades legais.

Além disto, o CADE acabará estabelecendo, seja por via de protocolos ou guias de orientação gerais, ou ainda, seja pela indicação de critérios nos processos pontuais decididos pelo Tribunal, parâmetros mais objetivos que possam aumentar a segurança jurídica dos agentes, e contribuir mais efetivamente para possíveis ações de cooperação benéficas para toda a sociedade. As medidas de orientação são esperadas e salutares.

Um desafio que deve ser levado em conta é que, em função da arquitetura jurídica brasileira, o CADE tem em sede administrativa a palavra final em matéria concorrencial. E, ao mesmo tempo em que deve cumprir sua função institucional com o objetivo específico de zelar pelo bem estar dos consumidores, pode se ver diante de impasses em situações em que claramente outros objetivos importantes se revelam.

A aplicação estrita da regra da razão, por si só, já é um desafio, na medida em que depende de análise de efeitos concorrenciais e anticoncorrenciais, portanto exigem prudência mas também atenção à urgência da análise. Mas, em cada caso concreto, além da ponderação entre estes interesses, estritamente econômicos e que integram suas atribuições, outros podem surgir, até mesmo fora da competência do CADE, o que pode levar à judicialização das questões.

CONCLUSÃO

As condições excepcionais necessárias para o enfrentamento da Covid-19 e suas consequências econômicas e sociais não podem ser invocadas para permitir ou incentivar práticas oportunistas de mercado. Na seara concorrencial, esse oportunismo pode estar relacionado à celebração de processos cooperativos sob a justificativa de serem necessários ou socialmente relevantes, mas com a finalidade de redução da rivalidade e de forma a permitir o exercício coordenado e poder de mercado em ofensa a legislação concorrencial.

A pandemia aumenta os processos cooperativos que podem ser considerados aceitáveis e até mesmo desejáveis, mas não afasta outros que serão sempre ilegais, mesmo (ou sobretudo) em tempos de crise. Assim, a cooperação entre concorrentes para além das hipóteses de cartel representa um desafio significativo para o Direito Concorrencial. Afinal, as ações de cooperação praticadas entre concorrentes neste período de crise necessariamente terão que ser analisadas não apenas pelos efeitos concorrenciais positivos e negativos, mas também, por exemplo, com relação às reper-

cussões sanitárias para a sociedade²⁵.

A necessidade de a avaliação pela autoridade concorrencial levar em conta outras variáveis que não apenas oferta e preço, aliás, se conecta com o controverso tema dos limites e objetivos do Direito da Concorrência, tema este que por si só já renderia outro artigo. O âmbito de discricionariedade e de imprevisibilidade pode ficar mais amplo neste cenário, já que, como apontado, as classificações entre *naked* e *ancillary restraints* e a própria diferenciação entre a regra da razão e a regra *per se* não são suficientes a dar a previsibilidade e a objetividade desejada ao tema da cooperação entre concorrentes.

Assim, esse período talvez possa ser aproveitado para se produzir critérios e *standards* mais precisos que vão além dos atualmente disponíveis e que permitam que o Direito Concorrencial aperfeiçoe suas categorias e instrumentais e qualidade da defesa da concorrência no país.

Quanto maior o fundamento empírico, melhor funcionará o critério. Não se trata necessariamente de uma novidade, já que o CADE, por exemplo na Resolução nº 17/2016, já fez uso do tempo de duração do contrato como critério objetivo adequado, definindo que processos cooperativos com prazos inferiores a 2 anos não são suscetíveis de notificação prévia.

Os novos critérios podem ser derivados dos quatro pontos já delineados na estrutura trazida pela Nota Informativa produzida pelo CADE (BRASIL, 2020d). Dos elementos objetivos de transparência e governança, a título de ilustração, pode-se extrair a impossibilidade de exclusão de rivais em acordos de cooperação. Neste sentido, a definição de fatores cruciais para análise concorrencial e orientação do mercado pode ser um legado positivo deste período, com superação das dificuldades com as classificações tradicionais relativas às *ancillary* e às *naked restraints*, e da própria regra da razão e da regra *per se*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CO-OPERATION on funding to aid smaller lenders during COVID-19. **Australian Competition & Consumer Commission**, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3lPiCBL>. Acesso em: 12 nov. 2020.

AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; PAULLA, Germano Mendes de. Joint Ventures e a Política Antitruste Brasileira. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 463-486, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/36ryMdX>. Acesso em 12 nov 2020.

BAKER, Jonathan B. Exclusion as a core competition concern. **Antitrust Law Journal**, Reeding, v. 78, n. 3, p. 527-589, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/32yNPkQ>. Acesso em 12 nov 2020.

BORK, Robert H. Ancillary Restraints and the Sherman Act. **Section of Antitrust Law**, Chicago, v. 15, p. 211-234, 1959. Disponível em: <https://bit.ly/32zrQKr>. Acesso em 12 nov 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República,

25 Nesse sentido: “Competition works well in making supply chains efficient, by driving down costs. This looks good during ordinary times, until a major shock to the economy, like the current pandemic, exposes the system’s fragility in some markets. For example, competition, in squeezing out costs, discourages (rather than promotes) hospitals from having enough ventilators and protective masks for a pandemic. Consequently, some forms of inefficiency (or redundancy) are needed, such as more ventilators, more beds, and more doctors.” (STUCKE; EZRACHI, 2020, p. 314).

1988. Disponível em: <https://bit.ly/2JEWHiA>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República, 1943. Disponível em: <https://bit.ly/2UwuLiN>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 06, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília: Senado Federal, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3kDRiF1>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1973. Disponível em: <https://bit.ly/3f2ELKb>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília: Presidência da República, 1976. Disponível em: <https://bit.ly/3nsE3J5>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2Ms7GK0>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/355jPyz>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2Uwt453>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/35BthtN>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lDzWcN>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília: Senado Federal, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/3feLelm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.002315/1999-50**. Data de Registro: 26 dez. 2000.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 8012.004117/1999-67**. Interessados: Bolsa Brasileira de Alcool Ltda, COCAL- Comércio e Indústria Canaã Açúcar e Alcool Ltda, Carlos Francisco de Magalhães, Patrícia Pitaluga Peret. Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/38SbYXI>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho da Presidência nº 99/2020**. Processo nº 08700.002395/2020-51. 2020c. Disponível em: <https://bit.ly/36GMPMR>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de COVID-19**. Brasília: Cade, 2020d. Disponível em: <https://bit.ly/3puloNV>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.002395/2020-51**. Data de Julgamento: 28 de maio de 2020. Relator: Presidente Alexandre Barreto de Souza, 2020e. Disponível em: <https://bit.ly/36GMPMR>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento interno do CADE**. Brasília: CADE, 2020f. Disponível em: <https://bit.ly/3kYtVXB>. Acesso em: 12 nov. 2020.

CARRIER, Michael A. The Rule of Reason: an empirical update for the 21st Century. **George Mason Law Review**, Fairfax, v. 16, n. 4, p. 827-837, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36vrW7i>. Acesso em 12 nov 2020.

CAVALCANTI, Glauce; SORIMA NETO, João. Com aumento da inadimplência e perda de alunos, universidades devem ter nova onda de fusões e aquisições. **O Globo**, São Paulo, 7 jun. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3pBhwMb>. Acesso em: 12 nov. 2020.

COVID-19: Application of competition rules and competition enforcement in crisis. **Icelandic Competition Authority**, 22 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3f2wea6>. Acesso em: 12 nov. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **Communication from the Commission**. Bruxelas: European Commission, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kBspd5>. Acesso em: 12 nov. 2020.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). **Joint Antitrust Statement Regarding Covid-19**. Washington, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3lCKQiS>. Acesso em: 12 nov. 2020.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, 19 ago. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3kD4av9>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust guidelines for collaborations among competitors**. Washington: Federal Trade Commission, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3eUJzkH>. Acesso em: 12 nov 2020.

FORGIONI, Paula. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORSKRIFT om midlertidig unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid i transportsektoren. **Regjeringen**, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35AVroK>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FOX, Eleanor. Developing countries, markets, and the coronavirus: two challenges. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 276-279, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3njqRGs>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FRAZÃO, Ana. Impactos da Covid-19 sobre o Direito Antitruste: Breves reflexões sobre as soluções propostas pelo Projeto de Lei 1.179/2020. **Jota**, São Paulo, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2IsKgFQ>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FRAZÃO, Ana. Um Direito Antitruste para o século XXI. **Jota**, São Paulo, 16 set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35BAOco>. Acesso em: 12 nov. 2020.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Everton das Neves; QUEIROZ, Bruna Pamplona de. A aplicação da teoria da failing firm defense no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA, 8., 2019, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba: UniCuritiba, 2019. p. 1-27. Disponível em: <https://bit.ly/2Unu8rP>. Acesso em: 12 nov. 2020.

HOVENKAMP, Herbert J. The Rule of Reason. **Florida Law Review**, Flórida, v. 70, n. 1, p. 81-167, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/35oPFGP>. Acesso em: 12 nov. 2020.

HOVENKAMP, Herbert J. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice.

ISLÂNDIA. **Decisão nº 9 de 2020**. Isenção para o Conselho de Turismo da Islândia devido à propagação do COVID-19. Reykjavík, 4 mar. 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2Kik0Pr>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ISLÂNDIA. **Decisão nº 12 de 2020**. Isenção para cooperação no domínio do turismo e do Conselho de Turismo da Islândia a fim de salvaguardar os interesses dos viajantes e fortalecer as bases da competitividade turismo. Reykjavík, 14 mar. 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/35CVDDW>. Acesso em: 12 nov. 2020.

JUNTOS pelo pequeno varejo no Brasil. **Movimento Nós**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://movimentonos.com.br/>. Acesso em: 12 nov. 2020.

OECD. **Co-operation between competitors in the time of COVID-19**. Paris: OECD, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2Uxfxdp>. Acesso em: 12 nov. 2020.

OECD. **COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities**. Paris: OECD, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/3lExa6V>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ORMOSI, Peter; STEPHAN, Andreas. The dangers of allowing greater coordination between competitors during the COVID-19 crisis. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 299-301, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2lvOVXy>. Acesso em: 12 nov 2020.

PIRAINO JR., Thomas A. The Antitrust Analysis of Joint Ventures after the Supreme Court's Dagher Decision. **Emory law Journal**, Druid Hills, v. 57, n. 4, p. 735-808, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3nj9hCg>. Acesso em: 12 nov 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As Estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHREPEL, Thibault. A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. **Suffolk University Law Review**, Boston, v. 50, n. 1, p. 103-131, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3eR6jld>. Acesso em: 12 nov 2020.

SIMS, Rod. Competition law in times of crisis – tackling the COVID-19 challenge: Australian Competition and Consumer Commission. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 264-266, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36y6LBk>. Acesso em: 12 nov 2020.

STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. COVID-19 and competition – aspiring for more than our old normality. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 313-315, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3koMXW9>. Acesso em: 12 nov 2020.

STUCKE, Maurice E. Does the Rule of Reason Violates the Rule of Law?. **U. C. Davis Law Review**, Davis, v. 42, n. 5, p. 1375-1490, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3puWNcX>. Acesso em: 12 nov 2020.

TRANSPORTATION sector is granted temporary exception from the Competition Act. **Konkurransetilsynet**, Bergen, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36U5TqK>. Acesso em: 12 nov. 2020.

WERDEN, Gregory J. The Ancillary Restraints Doctrine after Dagher. **The Sedona Conference Journal**, Phoenix, v. 8, p. 17-27, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3eQMQS7>. Acesso em: 12 nov 2020.

WHAT MORE should antitrust be doing? **The Economist**, 6 ago. 2020. Disponível em: <https://econ.st/3f6KSNG>. Acesso em: 12 nov. 2020.