

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

ANNA CAROLLINA SOUSA RAMOS RODRIGUES OLIVEIRA

**IMPACTOS CONCORRENCIAIS DECORRENTES DO USO DE
CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE POR PLATAFORMAS DIGITAIS:
CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DO CADE NO CASO IFOOD.**

*Competitive impacts arising from the use of exclusivity clauses by digital platforms:
considerations on CADE's ruling in the ifood case.*

Brasília - DF

2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**IMPACTOS CONCORRENCIAIS DECORRENTES DO USO DE
CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE POR PLATAFORMAS DIGITAIS:
CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DO CADE NO CASO IFOOD.**

Autora: Anna Carollina Sousa Ramos Rodrigues Oliveira

Orientador: Prof. Me. Roberto de Castro Pimenta

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito.

Brasília, 03 de Dezembro de 2023.

SUMÁRIO

1. Introdução

2. Particularidades das plataformas digitais nas análises antitruste

2.1. O Padrão de Análise do CADE de Condutas Unilaterais envolvendo Cláusulas de Exclusividade

2.2. A importância de situar as plataformas digitais nas análises antitruste

2.2.1 - Investimentos em P&D

2.2.2 - Efeito *Tipping* e *First-mover*

2.3. O duplo papel da marca

2.3.1 - Marca como barreira à entrada

2.3.2 - Marca como ativo

2.4. Uma necessária releitura da análise antitruste a partir das teorias do dano

3. Caso iFood: o esforço de adaptação da análise tradicional antitruste às plataformas digitais

3.1. Casos recentes do CADE que também envolveram a adoção de cláusulas de exclusividade por plataformas digitais

3.2. Casos Unilever e Gympass

3.2.1 - Caso Unilever - Procedimento Administrativo nº 08012.007423/2006-27

3.2.2 - Caso Gympass - Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88

3.3. Considerações sobre o entendimento do CADE acerca da adoção de cláusulas de exclusividade, por plataformas digitais, à luz dos casos selecionados:

Relevância da análise do Efeito Carona e dos Investimentos em P&D

3.3.1 - Marca

3.3.2 - Marca como Barreira à Entrada

3.3.3 - Marca como Ativo

3.3.4 - Conclusão sobre o Duplo Papel da Marca

3.3.5 - Teoria do Dano

4. Considerações Finais

5. Referências Bibliográficas

RESUMO

O trabalho propõe-se a analisar os impactos concorrenciais decorrentes do uso de cláusulas de exclusividade por plataformas digitais, tendo como base o caso iFood. Na ocasião do julgamento da proposta do Termo de Cessação de Conduta, decorrente do inquérito administrativo nº 08700.004588/2020-47, pelo Tribunal do CADE em 2023, foram examinados os argumentos apresentados nos votos. Dois casos adicionais — Unilever e Gympass, julgados pelo CADE em 2018 e 2022, respectivamente — que também abordam o uso de cláusulas de exclusividade por plataformas digitais, serão considerados. O ponto central é compreender que, no modelo de negócios das plataformas digitais, existem nuances que as autoridades antitruste precisam apreciar. Elas não podem depender exclusivamente de avaliações quantitativas, como massa crítica ou o número de restaurantes com cláusulas de exclusividade. Portanto, é crucial considerar critérios como marca, investimentos em P&D e características específicas desses mercados, como efeito *tipping*, *first mover* e efeitos de rede indiretos. Esses fatores ampliam os efeitos das plataformas, tanto negativos, como a redução à inovação e à escolha dos usuários, quanto positivos, ampliando eficiências e benefícios.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Plataforma Digital; CADE; Cláusula de Exclusividade; Marca; Teoria do Dano

ABSTRACT:

This study aims to analyze the competitive impacts arising from the use of exclusivity clauses by digital platforms, focusing on the iFood case. During the judgment of the Conduct Termination Agreement proposal resulting from administrative inquiry no. 08700.004588/2020-47 by the CADE Tribunal in 2023, the arguments presented in the votes were scrutinized. Two additional cases — Unilever and Gympass, adjudicated by CADE in 2018 and 2022, respectively — addressing the use of exclusivity clauses by digital platforms will also be considered. The crux is to comprehend that within the business model of digital platforms, there are nuances that antitrust authorities must appreciate. They cannot solely rely on quantitative assessments, such as critical mass or the number of restaurants with exclusivity clauses. Thus, it is crucial to consider criteria such as brand, investments in R&D, and specific characteristics of these markets, like tipping effects, first mover advantages, and indirect network effects. These factors amplify the effects of platforms, both negative—reducing innovation and user choice—and positive, enhancing efficiencies and benefits.

Keywords: Competition Law; Digital Platform; CADE (Brazilian Administrative Council for Economic Defense); Exclusivity Clause; Brand; Damage Theory.

1. Introdução

O presente trabalho propõe-se a analisar o julgamento no qual o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) celebrou acordo (Termo de Cessação de Conduta) apresentado pelo iFood no inquérito administrativo nº 08700.004588/2020-47. No referido processo, investigou-se se o iFood (“representado”) estaria utilizando acordos de exclusividade com restaurantes de maneira abusiva, aplicando não só altas multas em caso de quebra contratual, mas também firmando contratos de longo prazo com o objetivo de excluir concorrentes que não teriam acesso a esses estabelecimentos.

A partir da análise deste julgamento, o trabalho se propõe a extrair conclusões a respeito de como as cláusulas de exclusividade inseridas por plataformas digitais impactaram a análise antitruste realizada pela autoridade brasileira.

Para isso, o trabalho se divide em duas partes, sendo a primeira voltada para uma análise de determinadas características das plataformas digitais, como a sua conceituação teórica e algumas de suas particularidades, como os efeitos não relacionados a preços, os investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), o efeito *tipping* e *first-mover*. Também será analisado o papel central que a marca exerce dentro desse modelo de negócios e a existência de diferentes indicadores de dano que podem ser aplicados aos mercados digitais — como a redução de escolha, a redução à inovação e o tratamento preferencial por determinados produtos ou serviços —, que desafiam as concepções mais tradicionais do antitruste, que classificam eventuais infrações à ordem econômica a partir de seus efeitos nos preços. Este primeiro momento é importante para visualizar com clareza as distintas características das plataformas digitais em relação aos mercados tradicionais e, assim, compreender, no segundo momento, como essas características estão sendo englobadas ou não pelo CADE na análise dos casos.

No segundo momento, o trabalho se voltará à análise dos argumentos apresentados nos votos na ocasião do julgamento, pelo Tribunal do CADE, da proposta do Termo de Cessação de Conduta decorrente do inquérito administrativo nº 08700.004588/2020-47, em 2023. Serão também serão utilizados dois casos — caso Unilever e caso Gympass, julgados pelo CADE em 2018 e 2022, respectivamente — que também tratam do uso de cláusulas de exclusividade por plataformas digitais.

Por fim, o último capítulo contará com as considerações finais a respeito do processo investigativo e algumas possíveis conclusões a respeito de qual é o atual entendimento da

autoridade antitruste brasileira a respeito da adoção de cláusulas de exclusividade por plataformas digitais.

2. Particularidades das plataformas digitais nas análises antitruste

2.1. O Padrão de Análise do CADE de Condutas Unilaterais envolvendo Cláusulas de Exclusividade

Os acordos de exclusividade são práticas restritivas verticais, na qual os compradores de certo serviço ou bem se comprometem a adquirir somente por via de um vendedor e não adquirir os serviços ou bens por meio da concorrência. (FONSECA, 2007, p. 199).

A adoção de cláusulas de exclusividade por um agente econômico pode configurar uma infração à ordem econômica tipificada no artigo 36, §3º, incisos III, IV, V e VI da Lei 12.529/2011¹.

Os acordos de exclusividade, quando firmados por uma empresa que detém poder de mercado², podem gerar efeitos negativos passíveis de ação por parte da autoridade antitruste, como o aumento de barreiras à entrada ou o fechamento de mercado. Entretanto, os acordos de exclusividade não necessariamente resultam em efeitos negativos; podem também apresentar eficiências capazes de compensar os impactos adversos da conduta. Por essa razão, a autoridade antitruste analisa caso a caso para a verificação dos efeitos líquidos da conduta e

¹Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...)

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

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

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

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

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; (BRASIL, 2011)

² O poder de mercado decorre de uma análise sofisticada, na qual se parte da existência de posição dominante, mas envolve também a investigação de outras variáveis, como a análise de rivalidade, barreiras à entrada, entre outras. Por exemplo, uma empresa pode ter posição dominante em um mercado relevante e não possuir o poder de decisão para elevar unilateralmente os preços sem ser contestada pela reação de concorrentes, sejam esses concorrentes efetivos ou potenciais. (CADE, 2016, p. 9).

esse entendimento é corroborado pela Resolução do CADE nº 20, de 9 de junho de 1999³, na qual há o entendimento de que a licitude ou ilicitude de uma cláusula de exclusividade só pode ser aferida diante da ponderação, no caso concreto, entre as eficiências e as restrições geradas pelo acordo e na medida em que estabelece a utilização da chamada 'regra da razão'. (KHARMANDAYAN & MORAIS, 2018, p. 121)

O dispositivo do artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência possui redação abrangente para abarcar todo tipo de conduta que possua potencial anticompetitivo. Assim, as condutas unilaterais são analisadas quanto aos seus efeitos reais ou potenciais, sendo consideradas anticompetitivas quando seus efeitos negativos não são compensados por suas eficiências. Neste caso, cabe ao Cade determinar os efeitos anticompetitivos da conduta investigada, e as partes apresentarem seus argumentos de eficiência econômica⁴.

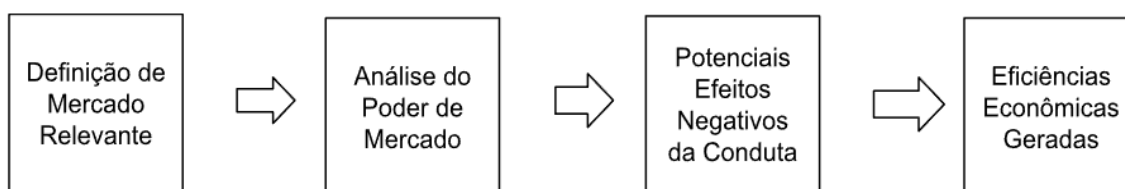


Figura 1: Esquema. Fonte: Elaboração própria.

2.2. A importância de situar as plataformas digitais nas análises antitruste

As interpretações ou adaptações na aplicação dos métodos tradicionais antitruste são debatidas em razão desses modelos de negócios (plataformas digitais) desafiarem o exame de efeitos anticompetitivos por gerarem efeitos não relacionados a preços nos mercados, ou por

³ CADE, Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em 4 de dez. de 2023.

⁴ “Assim como no exame de outras condutas cuja licitude é definida caso a caso, com base nos efeitos por ela produzidos, a análise da licitude das cláusulas de exclusividade deve se iniciar pela (i) definição do mercado Relevante e da existência de posição dominante do agente investigado. Apenas na hipótese de constatação de dominância é que se passará à fase seguinte de (ii) avaliação dos efeitos negativos sobre o mercado, em especial a extensão do fechamento de mercado. Este efeito pode ser mensurado pela apuração do índice de fechamento de mercado, pela duração dos acordos, dentre outros critérios. Por fim, se o nível de fechamento for considerado relevante, deve-se proceder à (iii) ponderação dos efeitos negativos (potenciais e efetivos) com as eficiências compensatórias (potenciais e efetivas) da prática sob investigação.” (KHARMANDAYAN & MORAIS, 2018, p. 121-122)

basearem sua geração de valor não na cobrança pelo uso de seus serviços, mas pela exploração de dados de seus usuários, conforme argumentado por Victor Oliveira:

A literatura especializada tem debatido em que medida os modelos de negócios exigem adaptações na aplicação da metodologia antitruste tradicional, seja por propiciarem formas de abuso de poder econômico baseadas na exploração de dados, seja por desafiarem o exame de efeitos anticompetitivos não relacionados a preços.⁵ (FERNANDES, 2022, p. RB-2.1.)

Evans e Schmalensee (2013, p. 6) classificam “plataformas digitais multilaterais” a partir de suas principais características: (i) a existência de um efeito de rede indireto, (ii) a análise da interação entre dois ou mais grupos de usuários e se a relação ocorre de forma interdependente, gerando bem-estar aos usuários em prol da manutenção do modelo de negócios, e (iii) a estruturação de preços dos produtos e serviços da plataforma, a fim de analisar as reações dos grupos de usuários à política de precificação adotada pela plataforma multilateral.

Além de Evans e Schmalensee (2013, p.6), há a classificação proposta por Hagiu (2014, p. 71): '*As plataformas multilaterais, ou multisided platforms, são tecnologias, serviços ou produtos que criam e desenvolvem valor ao permitir interações diretas entre mais grupos de usuários*'.

Nesse trabalho, a interpretação de plataforma de múltiplos ou mercado de múltiplos lados como modelo de negócios foi adotada conforme Victor Oliveira Fernandes por abarcar as características tanto da classificação de Evans e Schmalensee como também a classificação realizada por Hagiu:

“o modelo de negócio de plataformas pode ser definido (i) pela predominância de interações entre grupos de consumidores distintos mediados por um intermediário e (ii) pela existência de efeitos de redes cruzados entre os distintos grupos de consumidores que interferem na definição da estrutura de preços” (FERNANDES, 2022, p. RB-2.2)⁶

O *iFood* é classificado como plataforma digital por permitir a interação entre clientes que buscam restaurantes, supermercados, farmácias e entre as lojas que prestam os serviços procurados pelos clientes, além de também intermediar com os entregadores. Ou seja, o

⁵ FERNANDES, Victor Oliveira. Plataformas digitais: características econômicas e implicações para a política antitruste. In: Direito da Concorrência das Plataformas Digitais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. RB-2.1. Disponível em: <<https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/291956178/v1/page/RB-2.1>>. Acesso em: 26 de novembro de 2023.

⁶ FERNANDES, Victor Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais - Ed. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Capítulo 2, p. RB-2.2.

iFood como plataforma digital realiza a intermediação entre três grupos distintos de usuários:

7

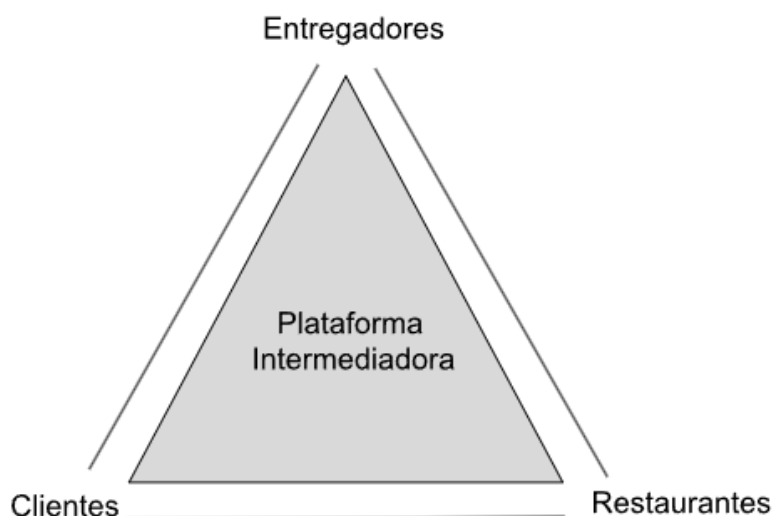


Figura 2: Esquema de grupos de usuários. Fonte: Elaboração própria.

O entendimento dessa intermediação é de suma importância, tendo em vista que os grupos são *interdependentes*, de forma que a intermediação gera valor, pelo menos para um deles, que não poderia ser gerado na mesma extensão com trocas diretas.

A ideia que os grupos são interdependentes é importante para compreender que eles poderiam sim gerar valor com trocas diretas, mas que preferem a utilização da plataforma para aumentar o volume de trocas e que a plataforma também é ressarcida ao cobrar preço para filiação, ou obtém de maneira mais complexa, como, por exemplo, a monetização de dados:

As plataformas digitais provêm verdadeiro “espaço virtual”, no qual ofertantes e consumidores se encontram. Essa descrição enfatiza que o agente econômico que emprega esse modelo de negócio não atua em uma cadeia de valor linear e tampouco detém o controle do objeto da transação ou de seus parâmetros essenciais – e.g. preço, quantidade ofertada e qualidade do produto ou serviço³⁷. Os grupos intermediados ainda detêm a capacidade de definir os termos das transações, porém se filiam à plataforma em cada um dos lados, fazendo investimentos necessários que permitem que ela proveja a intermediação direta³⁸. A atuação da plataforma em termos de trocas econômicas, assim, restringe-se à cobrança de preços pela filiação à plataforma. No caso daquelas baseadas em anúncios, consoante será discutido neste

⁷ “isto é, são plataformas que, através de uma infraestrutura e um modelo de negócio, servem duas ou mais bases de clientes ao facilitar e intermediar as transações entre eles, tendo como característica majoritariamente comum o efeito de rede indireto, externalidade de rede indireta ou *cross-side network effect*, ou seja, o valor de um produto ou serviço aumenta para um grupo de usuários quando um novo usuário de um outro grupo entra na rede de membros da plataforma.” (SOUTO, 2021, p. 2)

Capítulo, a intermediação é realizada de maneira mais complexa, com a monetização de dados e de atenção dos usuários³⁹. (FERNANDES, 2022, p. RB-2.2)⁸

A importância de entender o funcionamento desse modelo de negócios reside em compreender que todos os usuários são atingidos pelos efeitos de rede. Quando um grupo de usuários é afetado, o outro também poderá ser impactado. Assim, mesmo que os usuários possam transacionar sem a plataforma, eles se sujeitam a ela para gerar mais valor em suas transações e podem sofrer efeitos não relacionados a preço. Por exemplo, a plataforma opera os dados dos usuários como meio de troca, e, como será visto mais adiante, a marca dos usuários também poderá ser um meio de troca.

2.2.1. Investimentos em P&D

Um fator relevante a ser considerado em como as plataformas digitais se consolidam e se mantêm no mercado são os investimentos em P&D (Pesquisa e Desenvolvimento). As plataformas digitais realizam investimentos constantes em pesquisa e desenvolvimento para aprimorar sua performance, seja aperfeiçoando os produtos já existentes, seja desenvolvendo novas aplicações e procedimentos em suas plataformas.

Os investimentos em P&D desempenham um papel crucial na manutenção da competitividade, sendo necessários para o funcionamento eficiente do processo produtivo da plataforma. Em razão disso, os investimentos em P&D são realizados constantemente, passando a integrar os custos regulares da plataforma, permitindo-lhe competir e apresentar eficiência e qualidade ao realizar a intermediação entre os usuários.

A plataforma, ao prestar seus serviços, é remunerada. Ou seja, os gastos com P&D seriam despesas operacionais e que seriam ressarcidas quando a plataforma for receber a remuneração pelos usuários que utilizam a plataforma.

A plataforma também pode exigir, como contrapartida aos investimentos em P&D, quando esses investimentos são realizados diretamente em benefício de determinados usuários, que sejam firmados acordos de exclusividade para evitar efeito carona⁹ por outros concorrentes.

⁸ FERNANDES, Victor Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais - Ed. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Capítulo 2, p. RB-2.2.

⁹ O efeito carona ocorre quando uma pessoa extrai uma "externalidade positiva" das ações de terceiros, ou seja, adquire um benefício pelo qual ela não pagou. (O'Neill, 2010)

As plataformas digitais em particular nos mercados de buscas, redes sociais e marketplaces costumam integrar os investimentos em P&D na sua estrutura de custos regular. Por essa razão, Shelanski afirma que “se existe uma única força que melhor identifique os mercados digitais provavelmente são os investimentos em pesquisa e desenvolvimento para melhorar produtos existentes e desenvolver novas plataformas e aplicações” (tradução livre)⁸³. Embora altos níveis de investimentos em P&D possam ser identificados em outros setores de alta tecnologia tradicionalmente objeto da intervenção antitruste, os gastos em P&D nas plataformas digitais se diferenciam por constituírem verdadeiros inputs do processo produtivo e não necessariamente custos episódicos ou restritos a linhas de produção específicas⁸⁴. (FERNANDES, 2022, p. RB-5.3.)¹⁰

O ponto a tratar dos investimentos em P&D é seu papel importante para manutenção e impulsionamento das plataformas digitais, sendo estes investimentos integrados à sua estrutura regular de custos e são cobrados dos grupos intermediados. Assim, há preocupação das plataformas em protegerem esses investimentos em P&D de uso por outros concorrentes sem o devido pagamento, ou seja, evitar o “efeito carona”, podendo se valer até de acordos de exclusividade com seus grupos intermediados.

A questão é compreender *como esses investimentos* em P&D se integram à *racionalidade econômica dos contratos de exclusividade* firmados pelas plataformas digitais, o que será mais aprofundado no capítulo 3.

2.2.2. Efeito *Tipping* e *First-mover*

Em setores inovadores, como o de plataformas digitais, há uma tendência ao predomínio de um agente com elevado poder de mercado para induzir os consumidores a escolherem uma única plataforma, ou seja, *single-homing*. Isso resulta na consolidação do controle sobre o mercado, conhecido como o efeito *tipping*.

Nesse sentido, o estudo elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade – DEE, “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados¹¹” destaca:

Mercados com tais características tendem a “tipping”, isso é, em determinado momento a confluência destes fatores tende a rapidamente concentrar o mercado em um único agente ultradominante. Mercados com “tipping effects” normalmente apresentam uma intensa competição pelo mercado no início, que depois se transforma em um provável longo período de baixa

¹⁰ FERNANDES, Victor Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais - Ed. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Capítulo 5, p. RB-5.3.

¹¹ Fillipo Maria Lancieri & Patrícia Alessandra Morita Sakowski, 2020. "Documento de Trabalho 05/2020 - Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados," Documentos de Trabalho 2020050, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Departamento de Estudos Econômicos.

competição no qual o vencedor/monopolista aproveita as rendas do seu poder de mercado. Estas rendas são protegidas pelas altas barreiras à entrada relacionadas aos efeitos de rede dos produtos ofertados (é difícil coordenar a migração em massa de consumidores), importantes economias de escala e escopo (incluindo as relacionadas ao controle de base de dados), personalização dos serviços ofertados e a crescente competição por ecossistemas. Estas barreiras dificultariam a expansão de produtos concorrentes, mesmo os tecnicamente superiores. Como dados são obtidos por empresas como um derivado de seus produtos, incumbentes têm grande vantagem na sua obtenção—algo que protege sua posição privilegiada no mercado. De fato, empresas também desenham seus complexos ecossistemas para aumentar sua capacidade de coleta de dados, novamente aumentando barreiras à entrada e à expansão de concorrentes e protegendo suas rendas. (CADE, 2020, p.14)

O efeito *tipping* é observado em plataformas digitais quando, após uma acirrada competição inicial pelo mercado em questão, transforma-se em um longo período de baixa competição. A empresa que no início (*first-mover*) obteve poder de mercado mantém-se com o aproveitamento das rendas, uma vez que essas rendas são protegidas pelas altas barreiras à entrada associadas aos efeitos de rede indiretos.

2.3. O duplo papel da marca

Conforme mencionado, as plataformas digitais são caracterizadas por (i) intermediar grupos de usuários interdependentes, (ii) possuir efeitos de rede, (iii) transações econômicas não monetizadas, (iv) por altos investimentos em P&D, que permitem sua manutenção e impulsionamento no mercado, e (v) efeito *tipping* e *first-mover*.

Outro aspecto relevante da dinâmica competitiva nos mercados de plataformas digitais é o papel de destaque da marca, e como ela desempenha um *duplo papel* no exame de efeitos anticompetitivos não relacionados a preços, seja atuando como uma barreira à entrada de novos concorrentes, seja como um ativo.

2.3.1. Marca como barreira à entrada

Segundo o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade,¹² a marca é considerada na dimensão do produto (na primeira etapa, de definição de mercado relevante) quando o Cade avalia a "importância da marca, do crédito, dos prazos de pagamento, da forma e momentos de consumo" e também "evidências de discriminação de preços entre consumidores, entre localidades e entre marcas." (BRASIL, 2016, p. 14)

Além disso, a marca é analisada como uma barreira à entrada na terceira etapa (avaliação do grau de fechamento de mercado) após a análise de posição dominante. Isso significa que uma barreira à entrada elevada em um mercado resulta em maiores custos financeiros e de tempo para que um potencial entrante entre no mercado e receba uma remuneração adequada pelo capital investido. Portanto, quanto mais elevadas forem essas barreiras, menores serão as probabilidades de entrada de novas empresas no mercado relevante.

Assim o Guia H¹³ define "Fidelidade dos consumidores a marcas estabelecidas" (BRASIL, 2016, p. 30):

tende a ser maior em mercados em que as estratégias de diferenciação do produto são importantes para a competição. Para gerar fidelidade a seus produtos, a empresa entrante deve realizar gastos em publicidade que se convertem em custos irrecuperáveis.

Destaca-se também que a marca, dentro da análise concorrencial, constitui fator estrutural dentro do contexto de barreiras à entrada enquanto um fator de diferenciação de produto. Fagundes e Pondé (1998, p. 5-6) apontam para 6 fatores que intensificam as barreiras que são relacionadas à diferenciação do produto:

- (i) o controle do acesso à tecnologia necessária para projetar produtos por parte das firmas existentes através de mecanismos legais de controle da propriedade industrial, segredos industriais ou presença de conhecimentos tácitos difíceis de serem imitados;
- (ii) o montante de gastos com propaganda e vendas requeridos para garantir a fidelidade dos consumidores, impondo aos novos concorrentes despesas elevadas para tornar o seu produto conhecido e aceito no mercado;
- (iii) a durabilidade e

¹² O Guia H é utilizado nas análises envolvendo controle de estruturas e constitui uma análise ex ante. Contudo, foi empregado devido à ausência de um guia de controle de condutas unilaterais e também por apresentar mais critérios para a aferição de poder de mercado, bem como para a análise dos efeitos anticompetitivos. Esses aspectos são essenciais para elucidar a análise desenvolvida neste trabalho.

¹³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 24 nov. 2023.

complexidade dos produtos, que tornam a reputação destes decisiva na decisão de compra dos consumidores e fazem com que um novo concorrente tenha que incorrer em gastos elevados durante um período considerável de tempo para convencer o consumidor das qualidades do seu produto; (iv) a presença de práticas e de canais de distribuição que limitam a utilização de determinadas formas de acesso ao consumidor para novos concorrentes.

Observa-se que a marca, enquanto fator distintivo de um produto, não ao ponto de configurar um outro mercado relevante, mas sim como uma barreira à entrada, é capaz de impedir a entrada de concorrentes, seja pelos *altos investimentos em propaganda* necessários para ingresso no mercado, seja pela *reputação* da marca como *fator de decisão* de compra pelos consumidores.

No próximo tópico, será abordado como a marca, além de ser uma barreira à entrada, é também um importante ativo para as empresas e seu possível impacto concorrencial.

2.3.2. Marca como ativo

A marca, compreendida como ativo da empresa¹⁴, é comumente utilizada por contabilistas na composição do balanço patrimonial. Assim, entender a marca como ativo se mostra importante para compreender como esta pode ser vista ao analisar transações econômicas não monetizadas por plataformas digitais.

Primeiramente, cabe entender que a marca (ou “*brand equity*”) é um ativo intangível e que é passível de ser capitalizado, ou seja, possui relevância na mensuração de patrimônio das empresas.¹⁵

O entendimento como ativo permite associar ao que foi exposto no tópico sobre investimentos em P&D. A plataforma recebe remuneração por seus diversos investimentos, seja em P&D, propaganda ou outros fatores. Nesse cenário, as plataformas, ao estabelecerem parcerias ou contratos com restaurantes, não estão transferindo propriedade da marca, mas

¹⁴Martins (1972, p. 29-30) faz uma afirmação que demonstra a relevância da noção de benefício econômico futuro para a caracterização da natureza dos ativos: "Consideramos o potencial de resultado econômico a verdadeira caracterização de um elemento como ativo, e não só isso, consideramo-lo como sendo ele próprio o real ativo de uma entidade."

¹⁵ Segundo Wood (2000), os contabilistas tendem a definir valor da marca diferentemente dos profissionais de marketing, embora ambos utilizem o mesmo termo (*brand equity*). Os contabilistas apresentam uma definição orientada exclusivamente para a empresa, percebendo as marcas como um ativo intangível, passível de ser capitalizado, apresentando assim relevância na mensuração do patrimônio das entidades quando ocorre um processo de compra de marca. Nesse contexto, a marca representa um bem, que pode ser adquirido ou vendido por um determinado valor. Segundo Feldwick (1996), o valor da marca é um ativo inseparável quando ela é vendida ou incluída no Balanço Patrimonial. O *brand equity*, segundo a perspectiva da empresa, pode ser definido como o valor presente líquido dos fluxos de caixa (DCF) incrementais atribuídos para um nome de marca e para uma empresa que possui a marca em seu(s) produto(s) e serviço(s) comparado a produtos idênticos com nenhum nome de marca ou esforços de construção de marca (KELLER, 1993, 1998; KELLER; LEHMANN, 2006; RUST et al., 2004b; SHANKAR; AZAR; FULLER, 2007; FISCHER, 2007).

podem incluir termos relacionados ao uso da marca para promoção na plataforma, cobrança de taxas de serviços ou integração de sistemas de pedidos online. O ponto é que o valor econômico da marca, apesar de não estar sendo transacionado, é operado como meio de troca entre a plataforma e seus grupos intermediados.

Um exemplo dessa ideia que pode ser relacionada à marca é que as plataformas a preço zero já realizam operações de dados como meio de troca, os quais podem ser considerados ativos das empresas'.

A ideia de que há mercados antitruste que operam sob trocas a preço zero desvenda que o dinheiro, ou a moeda, é apenas um meio de troca, entre outros possíveis, que sinaliza a existência de uma atividade econômica organizada orientada ao lucro. Partindo desse insight, uma forma relativamente intuitiva de superar os desafios trazidos pelas relações de preço zero poderia consistir em simplesmente modificar a unidade “preço” utilizada nos modelos econômicos de bem-estar social e nas diversas etapas de análise antitruste (e.g. definições de mercado relevante), implementando-se, em seu lugar, outras métricas quantitativas que simbolizassem os custos de informação e de atenção.¹⁶ (FERNANDES, 2022, p. RB-4.3.)

A análise da marca como um ativo é importante para a verificação da racionalidade econômica nos acordos de exclusividade, tendo em vista que o valor econômico da marca pode ser operado como meio de troca entre a plataforma e os grupos intermediados (como parceiros comerciais). É possível que as contrapartidas realizadas pela plataforma para justificar os contratos de exclusividade não sejam suficientes para afastar os efeitos negativos da conduta.

Portanto, nota-se que a marca desempenha um duplo papel: barreira à entrada e ativo das empresas. Esse duplo papel é importante, pois, conforme já visto, os acordos de exclusividade podem gerar efeitos negativos e há de se aferir se existem eficiências e razões econômicas capazes de compensá-los. Assim, a marca, como ativo e como barreira à entrada, é uma variável que compõe a razão econômica capaz ou não de compensar possíveis efeitos negativos desses acordos.

2.4. Uma necessária releitura da análise antitruste a partir das teorias do dano

Uma teoria do dano descreve as razões pelas quais uma ação pode afetar de forma negativa a concorrência e, conseqüentemente, prejudicar os consumidores. Essa teoria

¹⁶ FERNANDES, Victor Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais - Ed. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Capítulo 4, p. RB-4.3.

estabelece um nexo de causalidade entre um fato e um resultado (COUTINHO; KIRA, 2021, p.83).

A finalidade de uma teoria do dano é tentar demonstrar se determinada conduta ou estrutura analisada consubstancia em efeitos anticompetitivos à concorrência.

Um dos pontos importantes teoricamente para este trabalho envolve o entendimento dos diversos indicadores de dano, pois, na análise antitruste, há necessidade de refinamento teórico ao tratar dos diferentes mercados existentes, incluindo os mercados digitais. Beatriz Kira e Diogo Coutinho se propuseram a realizar uma revisão da literatura e da experiência internacional e propõem quatro indicadores de dano mais identificados nas plataformas digitais:

Esses problemas se estruturam em torno do que aqui classificamos como: (i) aumentos de preços não monetários, (ii) redução da qualidade, (iii) redução da escolha e efeitos deletérios na inovação, e (iv) tratamento preferencial de certos produtos e serviços.

Tais parâmetros são apresentados como reformulações de elementos e motivações comumente encontrados na formulação de teorias do dano tradicionais, mas com adaptações para mais adequadamente capturarem as dinâmicas particulares de mercados digitais. Um argumento adicional é no sentido de que a adequação das teorias do dano com base em tais parâmetros desempenha em si um papel inovativo na defesa da concorrência, uma vez que sofisticada e enriquece entendimentos jurisprudenciais, assim como atualiza e especifica, em função da análise de casos concretos, a própria legislação.

(COUTINHO; KIRA, 2021, p.84-85)

No contexto dos indicadores de dano aplicado aos mercados digitais, estamos interessados no conjunto de indicadores que se concentram na redução das opções de escolha, nos efeitos negativos na inovação e no tratamento preferencial de certos produtos e serviços resultantes de determinadas condutas ou atos de concentração.

A aplicação desses indicadores de teoria do dano são adaptadas às dinâmicas dos mercados digitais, ou seja, são adaptados considerando os altos efeitos de rede, o efeito *tipping*, *first mover* e economias de escala e de escopo.

Assim, a análise antitruste a partir dos indicadores de dano considera, por exemplo, que a plataforma, ao reunir uma massa crítica¹⁷ elevada, ainda possui um agravamento dos efeitos de rede oriundos da dinâmica da plataforma, que podem ser ainda mais acentuados quando atrelados ao efeito *tipping* e *first-mover*. Conseqüentemente, essa dinâmica que acentuou o poder de mercado da plataforma resulta em um aumento das barreiras à entrada,

¹⁷ A massa crítica seria a quantidade de usuários de todos os lados da plataforma que permita que seu crescimento se mantenha sozinho, ou seja, sem a necessidade de grandes investimentos para crescimento do número de usuários desse modelo de negócios. (EVANS; SCHMALENSEE, 2016).

uma vez que se torna mais difícil para um concorrente reunir uma massa crítica suficientemente grande para entrar no mercado e competir. Isso, por sua vez, pode desencorajar a entrada de novas empresas mais eficientes e inovadoras no mercado. Como resultado, pode haver uma redução das opções disponíveis para os consumidores devido à diminuição da concorrência, bem como uma redução dos incentivos à inovação. Além disso, pode ocorrer o tratamento preferencial de certos produtos e serviços pela plataforma que, ao possuir poder de mercado, pode dar preferência a produtos e serviços que acentuam mais a dominância da empresa no mercado. Por exemplo, a plataforma pode dar preferência à marca de determinado produto, diminuindo os valores cobrados dessa empresa ou aumentando o valor cobrado de empresas com marcas não privilegiadas pela plataforma.

Portanto, os indicadores de danos estão relacionados aos conceitos teóricos já vistos, os quais podem ser observados nas plataformas digitais que utilizam cláusulas de exclusividade para proteger seus investimentos (em P&D, propaganda e outros não necessariamente relacionados a preço como dados e marca), podendo também gerar um grande aumento nas barreiras à entrada e, conseqüentemente, violações à concorrência.

3. Caso iFood: a adaptação da análise tradicional às plataformas digitais

Neste segundo momento, serão analisados os argumentos apresentados no inquérito administrativo nº 08700.004588/2020-47 e no respectivo TCC, bem como quais foram ou não acolhidos pelo Tribunal do CADE. Esses aspectos serão elucidados com o auxílio de dois casos julgados pelo Cade que se relacionam com a temática da inserção de cláusulas de exclusividade em plataformas digitais: o caso Unilever (Kibon) (PA nº 08012.007423/2006-27 e o caso Gympass (IA nº 08700.007228/2021-88).

3.1 - Síntese do Caso Ifood

O caso se iniciou a partir de representação da Rappi, plataforma concorrente, onde foi alegada o cometimento das infrações descritas no artigo 36, caput, I e §3, III, IV e V da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) no mercado online de comida, alegando que a plataforma iFood se valeria da condição de dominante no mercado de pedidos online de comida para assim praticar medidas verticalmente restritivas, por meio da celebração de contratos de exclusividade junto a restaurantes parceiros.

Em resposta, o iFood alegou que a Rappi estaria utilizando o Cade para fins privados e afirmou inexistir requisitos autorizadores para a concessão da medida preventiva. Além disso, esclareceu que o mercado de pedidos de comida é dinâmico e as cláusulas de exclusividade seriam utilizadas para evitar que os concorrentes se beneficiem dos investimentos realizados pelo iFood e garantir à plataforma o retorno de seu investimento.

Surgiram quatro terceiras interessadas no processo: 1) Associação Nacional de Restaurantes; 2) Uber; 3) Sindicato de Restaurantes, Bares e Demais Meios de Alimentação do Município do Rio de Janeiro; e 4) 99Food, e em fevereiro de 2021 foi instaurado formalmente um Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo em desfavor da iFood.

Em 2021, a Superintendência-Geral do CADE (SG) impôs uma medida preventiva contra o iFood, determinando que a empresa não firmasse novos contratos de exclusividade com restaurantes. Além disso, a empresa não poderia alterar os contratos já celebrados sem cláusula de exclusividade até a decisão final do caso. Ao fim dos contratos que possuem cláusulas de exclusividade em vigência, estas não poderão ser prorrogadas. Nos contratos que não possuem cláusulas de exclusividade, somente poderão ser renovados contendo esses dispositivos caso seja do interesse de ambas as partes, com o limite observado de um ano de duração (sem limite de renovações por igual período de tempo), também até a decisão final do CADE.

Por outro lado, se o iFood renovar contrato que continha previsão de exclusividade, pactuando um novo que não insira essa previsão, não poderá incluir o dispositivo em renovações subsequentes, enquanto durar a medida preventiva.

Em 2022, foi proposto o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) oferecido pela plataforma iFood, no âmbito do Inquérito Administrativo. O acordo foi negociado com a SG e submetido ao Tribunal do CADE, o qual, na ocasião de julgamento, estabeleceu limites para os “compromissos de exclusividade”, definido como “qualquer acordo realizado entre o Compromissário e uma Marca ou um Restaurante contendo disposição que vede o cadastramento da Marca ou do Restaurante em outras plataformas de Marketplace de Delivery Online de Comida”.¹⁸

De forma geral, o TCC: (i) proíbe compromissos de exclusividade, de fato ou de direito, com marcas que possuam trinta restaurantes ou mais.(ii) Limita a 25% o valor bruto de pedidos (“GMV”) gerados por restaurantes com compromissos de exclusividade e, (iii)

¹⁸ Termo de Cessação de Conduta nº 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022

Limita o número de restaurantes exclusivos a 8% da base de estabelecimentos locais ativos na plataforma, em cada município com mais de quinhentos mil habitantes.

Observados esses limites, os contratos de exclusividade somente poderão ser firmados se cumpridas dois tipos de contrapartidas do iFood aos restaurantes:

- a. O fornecimento de serviços de consultoria visando aprimoramento dos produtos e serviços oferecidos pelo restaurante. Nesse caso, a prática exclusiva está limitada a dois anos de duração, com quarentena de um ano.
- b. A realização de investimentos financeiros no restaurante, com contrapartida de aumento de vendas acima da média de crescimento do mercado de entrega de comida no ano anterior. Apenas 50% dos compromissos de exclusividade podem ter esse formato.

O acordo prevê, ainda, outros compromissos visando evitar exclusividades de fato. Dentre eles, destaca-se os compromissos de: (i) não condicionar incentivos ou descontos a metas de desempenho na plataforma; (ii) não restringir promoções comerciais e campanhas publicitárias de outras plataformas fora da plataforma iFood; (iii) não adotar cláusulas de paridade de preço em relação a outras plataformas; abrir seus APIs ("*Application Programming Interface*") a desenvolvedores externos, permitindo a interoperabilidade de sistemas e softwares utilizados pelos restaurantes, facilitando a organização de pedidos de entrega oriundos de diferentes plataformas.

O acordo estabeleceu um período de seis meses para a implementação dessas obrigações, com metas iniciais a serem atingidas em até três meses. O acordo terá duração total de cinquenta e quatro meses, ou seja, quatro anos seguintes ao semestre inicial de transição¹⁹.

¹⁹ Os compromissos estipulados nas Cláusulas 4.1 e 4.2 acima estarão em vigor pelo período de 48 (quarenta e oito) meses contados a partir do primeiro dia útil após o fim do Período de Transição, conforme Cláusulas 4.3.1 e 4.3.1.1 abaixo. 4.3.1. Nos primeiros 6 (seis) meses de vigência deste TCC, contados a partir da Data de Homologação, o Compromissário deverá reduzir (i) o percentual de GMV gerado na Plataforma iFood originado de Restaurantes Exclusivos e (ii) o percentual de Restaurantes Exclusivos cadastrados na Plataforma iFood nos Municípios Destacados, de forma gradativa para evitar grandes transtornos para os Restaurantes Exclusivos (o "Período de Transição"), devendo o Compromissário obrigatoriamente atingir os percentuais definidos nas Cláusulas 4.1 e 4.2 acima a partir do primeiro dia do sétimo mês de vigência do TCC, sob pena de ficar

O Conselheiro Hoffmann destacou a posição dominante da plataforma e a vantagem do pioneiro (*first-mover*) em seu voto. Também entendeu que a proposta de TCC contempla obrigações que permitam a concorrência em razão da imposição de limites nas relações com restaurantes "chave" que possuem 30 unidades ou mais, as quais não serão permitidas.

O conselheiro Luis Braido, ao votar pela homologação do TCC, destacou que o tema de exclusividade nos mercados digitais amplifica a possibilidade de fechamento de mercado e utilizou como exemplo o caso Gympass para elucidar que o TCC pode estimular competitividade e eficiência, destacando, neste caso:

"No caso concreto, julgo ser o TCC meritório por conjugar (i) a limitação à exclusividade – com especial destaque para a proibição de contratos com marcas com mais de trinta restaurantes – e (ii) a estipulação de contrapartidas capazes de promover ganhos de eficiência – tais como, consultorias visando aprimoramento dos produtos e serviços e investimentos visando aumento de vendas."

20

Ressaltou, contudo, preocupações quanto ao prazo de transição para o fim da exclusividade com as grandes redes de restaurantes, desejando que o prazo de cinquenta e quatro meses fosse menor. Além dessa preocupação, destacou a permissão para manutenção, por dois anos, das exclusividades com redes locais de menor tamanho que são consideradas indispensáveis aos usuários (*must-have*). Após, votou pela homologação.

A conselheira Lenisa Prado apontou características das plataformas digitais como amplificadoras do efeito *lock-in* nesses mercados e destacou maior preocupação com a adoção de cláusulas de exclusividade em restaurantes considerados chave. A conselheira não encontrou racionalidade econômica que justificasse cláusulas de exclusividade e discordou da permissividade da adoção de cláusulas de exclusividade em restaurantes chave nos percentuais apresentados no TCC.

Por fim, o Conselheiro Victor Oliveira entendeu pela análise de conveniência e oportunidade de celebração do TCC, destacando que, mesmo que as investigações envolvendo plataformas de entrega de comida sejam ainda escassas, o TCC apresentou

caracterizado o descumprimento integral do presente TCC. 4.3.1.1. Nos primeiros 3 (três) meses de vigência deste TCC (a "Transição Intermediária"), o Compromissário se compromete a reduzir (i) o percentual de GMV gerado na Plataforma iFood originado de Restaurantes Exclusivos para 28% (vinte e oito por cento) do GMV total registrado pela Plataforma iFood no Brasil e (ii) a quantidade de Restaurantes Exclusivos cadastrados na Plataforma iFood nos Municípios Destacados para no máximo de 10% (dez por cento) do total de Restaurantes Ativos na Plataforma iFood. O Compromissário deverá obrigatoriamente atingir estes percentuais a partir do quarto mês de vigência do TCC. Termo de Compromisso de Cessação de Conduta n° 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022.

²⁰ Voto do conselheiro Luis Braido no Requerimento de TCC n° 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022.

limitações de cobertura de exclusividade e balizou os benefícios dos restaurantes. O TCC foi homologado e durante a votação somente a Conselheira Lenisa Prado votou pela não homologação.

3.2. Casos Unilever e Gympass

O CADE em fevereiro de 2023 criou um grupo de trabalho para elaborar guia de análise de condutas unilaterais, além disso, o CADE no ano de 2022 reestruturou a Coordenação-Geral de Análise Antitruste 11 para dedicação exclusiva à investigação de infrações de condutas unilaterais em função da recomendação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²¹. A partir disso, observa-se a crescente importância de desenvolvimento de análises voltada a condutas unilaterais e dentro do contexto de plataformas digitais que apresentam

O caso Unilever, julgado em 2018, ilustra como a avaliação de cláusulas de exclusividade pode ser controversa, uma vez que o Tribunal do Cade condenou a Unilever, contrariando a SG que opinou pelo arquivamento. É um marco envolvendo cláusula de exclusividade, justamente porque a constatação de que os acordos de exclusividade não atingiam um percentual significativo dos estabelecimentos não foi suficiente para afastar os efeitos da conduta, como o fechamento de uma parcela do mercado.

O caso Unilever, apesar de não se tratar de plataformas digitais e, obviamente, não possuir os efeitos inerentes às plataformas digitais, é importante para visualizar a contraposição entre o mercado tradicional e o mercado digital. Isso é relevante para entender como os critérios de análise de efeitos se assemelham ou diferem, pois é crucial verificar se nas plataformas digitais estão sendo aplicados os mesmos critérios de análise 'repaginados' ou não.

O segundo caso utilizado para elucidação, o caso Gympass, mostra-se importante na análise do caso iFood devido à sua semelhança no funcionamento da plataforma e à similitude nos fundamentos dos votos. Isso possibilita a extração de informações sobre como as plataformas digitais envolvendo cláusulas de exclusividade estão sendo julgadas pelo CADE, buscando identificar padrões e diferenciações na análise.

²¹ “Desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, as atividades do Cade contra abuso de posição dominante têm sido escassas. Há diversas razões para isto. Nos anos iniciais da vigência da Lei 12.529/2011, o Cade concentrou seus esforços na implementação do novo sistema de notificação prévia. Posteriormente, a ênfase alterou-se para o programa de combate a cartéis em 2014. O envolvimento do Cade na Operação Lava Jato também consumiu recursos significativos e tem sido prioridade em razão da importância nacional da investigação. Como resultado, houve poucos casos e decisões de conduta unilateral.”

Após essa exposição sobre a escolha metodológica dos casos, será apresentada uma breve síntese dos casos que serão utilizados para elucidar a análise do caso iFood.

3.2.1 - Caso Unilever - Procedimento Administrativo nº 08012.007423/2006-27

O caso Unilever (procedimento administrativo nº 08012.007423/2006-27) trata de contratos de exclusividade na relação comercial de distribuição no mercado de sorvetes para consumo imediato, também conhecido como “mercado de sorvetes por impulso”. O caso teve início com a denúncia apresentada pela concorrente Della Vita Grande Rio em 2006.

No caso, a Nestlé e a Unilever (Kibon) foram investigadas por impedirem que concorrentes tivessem acesso ao mercado de sorvetes nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. Durante a investigação, foram identificados quatro tipos de contratos de exclusividade: (i) exclusividade de vendas; (ii) exclusividade de *merchandising*; (iii) vendas mínimas; e (iv) exclusividade de freezers para armazenamento.

O Tribunal do Cade condenou a Unilever (Kibon) por limitar e prejudicar a livre concorrência ao impedir o acesso de concorrentes a canais de distribuição, divergindo do parecer emitido pela Superintendência Geral. O Conselheiro Relator João Paulo de Resende foi seguido pelos demais Conselheiros.

Os pontos relevantes considerados pelo Conselheiro Relator envolvem a análise do poder de mercado sobre os pontos de vendas (PDVs). Basicamente, as práticas condenadas nos contratos de exclusividade foram: (i) exclusividade de vendas; (ii) exclusividade de *merchandising*; (iii) vendas mínimas (mesmo que não explícitas em cláusulas nos contratos).

O ponto central é que a Unilever, ao oferecer descontos e bônus em troca de exclusividade de vendas e *merchandising*, não apresentou racionalidade econômica apta a justificar as cláusulas de exclusividade. Mesmo considerando um aumento do fluxo de consumidores no PDV e representando um baixo percentual no faturamento do PDV, há o impedimento dos concorrentes ao PDV. Ademais, foi vislumbrado que as práticas de exclusividade analisadas não resultaram em preços mais baixos para os consumidores.

A única prática de exclusividade que não foi condenada foi a (iv) exclusividade pelo uso de freezers, pois o Tribunal do CADE constatou a existência de eficiências econômicas, como custo de instalação e manutenção dos freezers, e o afastamento do efeito carona (*free-riding*).

A partir desse caso paradigmático, foi constatado que a empresa deve ter posição dominante para ser condenada por conduta unilateral envolvendo cláusulas de exclusividade.

A exclusividade, mesmo que não esteja explicitamente aplicada ao "PDV VIP", é suficiente para o fechamento de mercado e impedir o acesso de concorrentes. A Nestlé não foi condenada por não ter posição dominante e estar seguindo o líder. A Unilever foi condenada a pagar multa de R\$29,4 milhões.

3.2.2 - Caso Gympass - Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88

O caso Gympass assemelha-se principalmente ao caso iFood por envolver cláusulas de exclusividade em plataformas digitais. Em 2020, a TotalPass, concorrente da Gympass, submeteu uma representação à Superintendência Geral do CADE contra a Gympass, alegando que esta estaria impondo cláusulas de exclusividade e outras práticas restritivas, gerando o fechamento de mercado de plataformas agregadoras de academias. A representação foi fundamentada nos artigos 36, 1º e §3º, III, IV, V e IX, da Lei 12.529/2011.

O funcionamento da plataforma da Gympass assemelha-se à prestada pelo iFood. A Gympass é uma plataforma de dois lados que oferece às empresas e seus respectivos funcionários acesso a diversas academias de ginástica em inúmeras localidades. A Gympass adotou cláusulas de exclusividade em todos os seus contratos como uma espécie de cláusula de adesão, com duração indeterminada, além de cláusulas MFN (*most favoured nation*) e de quarentena. Segundo relato dos autos, a Gympass celebrou aproximadamente 80-90% dos contratos das academias do Brasil.

A representação deu origem ao Procedimento Preparatório 08700.004136/2020-65 e cerca de um ano após o protocolo, a SG sequer havia apreciado o pedido de medida preventiva. Por esse motivo, a Total Pass interpôs Recurso Voluntário, sob o número 08700.005875/2021-55. A Conselheira Lenisa Prado, relatora do processo, admitiu o Recurso Voluntário.

No seu voto, ao configurar a probabilidade de direito, a relatora elencou: (i) a Gympass exige, de fato, a exclusividade; (ii) o grau de fechamento de mercado é entre 80 - 90%, o que seria muito superior aos 20% comumente analisados pelo CADE; e (iii) o mercado de plataformas agregadoras de academias é diretamente afetado pelos efeitos de rede, considerando que o valor da plataforma para os usuários depende do grau de cobertura, além do risco de *tipping* nesse mercado. Portanto, foi proferido em seu voto que a Gympass eliminasse cláusulas de exclusividade dos contratos em vigor e também nos novos contratos que viesse a celebrar; que as cláusulas de quarentena (no caso de dissolução contratual, exigia-se um período de seis meses sem vínculo a plataformas concorrentes) e cláusulas MFN

(esse tipo de cláusula impedia que as academias credenciadas oferecessem preços inferiores aos intermediados pela plataforma ficassem sem efeito, especialmente as multas por descumprimento; a abstenção da Gympass em punir ou excluir academias credenciadas em plataformas concorrentes; e que a Gympass demonstrasse a comunicação à rede credenciada sobre a decisão do CADE.

O voto da relatora foi acompanhado integralmente pela Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. O Conselheiro Luiz Hoffmann instaurou divergência, sendo seguido pelos demais, e as duas conselheiras foram vencidas. No voto divergente, afirmou que, por inexistir decisão que negasse a medida preventiva, o recurso voluntário não deveria ser conhecido, e que não há prazo para que a SG profira decisão sobre medida preventiva. O recurso voluntário não foi conhecido, mas foi determinada a convolação do Procedimento Preparatório, com a instauração de Inquérito Administrativo para apurar possíveis infrações à ordem econômica.

A SG emitiu a Nota Técnica 14/2021 e, ao analisar as cláusulas contratuais, entendeu existirem indícios de exercício abusivo de posição dominante devido ao acesso de 80-90% das academias de forma exclusiva, aplicação de cláusulas de exclusividade e de MFN com previsão de penalidades em caso de descumprimento. Além disso, alegou "efeito tipping" agravado pelo fato de a Gympass ser a *first-mover* no segmento. A SG concluiu que a exclusividade pode restringir a atuação de concorrentes e recomendou a Gympass eliminasse cláusulas de exclusividade dos contratos nos novos contratos que viesse a celebrar; que as cláusulas de quarentena e cláusulas MFN ficassem sem efeito, especialmente as multas por descumprimento; a abstenção da Gympass em punir/excluir academias credenciadas em plataformas concorrentes; e que a Gympass demonstrasse a comunicação à rede credenciada sobre a decisão.

O Despacho da SG 1865/2021 determinou a instauração de inquérito administrativo e deferiu parcialmente a medida preventiva pleiteada pela Total Pass nos termos da Nota Técnica. Assim, a Total Pass interpôs novamente novo recurso voluntário sob o número 08700007228/2021-88 e de relatoria do Conselheiro Luiz Hoffmann. A Total Pass alegou que os contratos vigentes da Gympass se mantiveram inalterados, o que manteria 80-90% das academias ainda vinculadas exclusivamente à Gympass. A Conselheira confirmou seu voto nos mesmos termos que foram apresentados no RV 08700.005875/2021-55 e ressaltou a necessidade de suspensão das cláusulas de exclusividade dos contratos que ainda estão em vigor.

O relator votou pela concessão da medida preventiva pleiteada pela TotalPass. Os fundamentos do voto envolviam as cláusulas de exclusividade, abrangendo aproximadamente 80-90% das academias, sem demonstração da relação com investimentos realizados em academias. O relator manifestou nos termos de: (i) impedir a celebração de novos contratos contendo exclusividade; (ii) nos contratos exclusivos vigentes, limitar em até 20% da base total de academias credenciadas por municípios/zonas de municípios, isentando assim os contratos em que existam obrigações de garantia de volume mínimo e também de antecipação de repasses; (iii) manter sem efeito as cláusulas MFN e as cláusulas de quarentena, assim como as multas correspondentes.

O voto-vogal da Conselheira Paula Farani foi seguido pela maioria. Em seu voto, ela confirmou a necessidade de suspender a exclusividade nos contratos em vigor da Gympass e somente excepcionalmente, os contratos poderiam ser mantidos, caso comprovados contrapartidas econômicas realizadas pela Gympass.

Foi ratificada a premissa de que possuir 80-90% das academias exclusivamente credenciadas é motivo suficiente para a presunção de elevado poder econômico detido pela Gympass. A verificação da lesividade se deu em três pontos de análise: (i) existência de poder de mercado; (ii) barreiras aos rivais e entrantes; e (iii) inexistência de justificativa legítima da restrição adotada.

Ficou entendido que não havia dúvida sobre a existência de poder de mercado, e quanto à cláusula de exclusividade, esta impedia os rivais de acessarem o insumo necessário (no caso, academias) para concorrer. Além da exclusividade, havia a adoção de cláusulas MFN e também cláusula de quarentena.

A Conselheira também tratou da justificativa para as restrições, e em sua análise, entendeu não existir motivo legítimo para as cláusulas, pois estas não implicavam em qualquer contrapartida por parte da Gympass. Em poucos momentos, alegaram contrapartidas que consistiam em ações necessárias à captação de clientes, ou seja, revertiam-se em benefícios também para a Gympass.

A Conselheira Paula Farani acolheu as razões expostas no RV e destacou que a plataforma de dois lados com elevados efeitos de rede são intensificados com o privilégio de *first-mover* e com a adoção de cláusulas de exclusividade que impossibilitariam o *multihoming*, reforçando assim a tese de restrição pura à concorrência (*naked restraint*).

Por fim, foi determinado nos termos do voto-vogal da Conselheira Paula Farani: (i) pela cessação da obrigação de exclusividade; (ii) somente seria mantido contrato de exclusividade se houver um aporte financeiro via investimento direto em bens de capital ou

infraestrutura da academia e no lapso temporal necessário para o retorno sobre o investimento; (iii) comunicação da decisão às academias credenciadas e (iv) a conversão do Inquérito Administrativo 08700.004136/2020-65 em processo administrativo.

Não houve julgamento do procedimento administrativo porque a Gympass celebrou Termo de Cessação de Conduta no qual comprometeu-se a pactuar exclusividade apenas se houver eficiências econômicas e, no máximo, com 20% da base de academias em municípios ou zonas de municípios. O TCC também proibiu as cláusulas de favorecimento e de quarentena.

Após essa exposição, passa-se à análise do caso iFood a partir dos casos em associação aos elementos teóricos expostos no capítulo 2.

3.3 - Considerações sobre o entendimento do CADE acerca da adoção de cláusulas de exclusividade, por plataformas digitais, à luz dos casos selecionados: Relevância da análise do Efeito Carona e dos Investimentos em P&D

A partir dos conceitos teóricos apresentados no capítulo 2, como os investimentos em P&D realizados pelas plataformas digitais como inputs ao processo produtivo, os efeitos de rede indiretos, a tendência ao efeito tipping e o efeito first-mover será possível compreender como esses elementos podem ser visualizados na análise da justificção para os acordos de exclusividade firmados como a proteção dos investimentos realizados contra o efeito carona dos concorrentes.

Nesse contexto, a análise dos 03 casos selecionados parece indicar que o CADE considera que **apenas os investimentos diretamente desfrutados pela parte exclusiva são considerados contrapartidas aptas a implicar em cláusulas de exclusividade para a proteção contra o efeito carona**. Não são aceitos investimentos que se configurem como investimentos operacionais ou estruturais, uma vez que esses são usufruídos por todos e, portanto, não são considerados investimentos diretos.

Em todos os casos propostos para análise, **a justificção para os acordos de exclusividade firmados foi a proteção dos investimentos realizados contra o efeito carona dos concorrentes**. Assim, abaixo, estão sistematizados os investimentos alegados pelas Representadas para justificar os acordos de exclusividade como proteção contra o efeito carona:

	Caso iFood	Caso Unilever	Caso Gympass
Investimentos alegados pelas Representadas	(i) Investimentos em operação (consultorias e treinamentos, redução da taxa de comissão e investimentos em expansão); (ii) Investimentos em marketing dos restaurantes parceiros.	(i) Cessão de Freezers; (ii) Bonificação.	(i) Acesso a novos usuários; (ii) Acesso ao mercado corporativo; (iii) Redução nos custos de transação; (iv) Investimentos em campanhas de divulgação das academias.

Tabela 1. Fonte: elaboração própria

No caso Unilever, somente em relação ao uso dos *freezers* que foi constatado pelas autoridades que seriam aptas a ensejar cláusulas de exclusividade como proteção ao efeito carona. Já no Caso Gympass, não foi identificada nenhuma contrapartida econômica capaz de justificar o uso de cláusulas de exclusividade sendo os investimentos alegados rejeitados por constituírem investimentos inerentes ao processo produtivo da plataforma. Por fim, no Caso iFood foram identificadas contrapartidas como investimentos em operação quando realizados diretamente ao restaurante parceiro como consultorias e treinamentos, mas houve limitações no TCC em relação à abrangência dos acordos de exclusividade, como a duração e quantidade de contratos de exclusividade firmados.

Nota-se uma distinção entre os investimentos que foram aceitos pelo CADE como justificativa econômica.

O primeiro ponto é em relação à clareza sobre a identificação da contrapartida econômica ao usuário exclusivo, ou seja, a facilidade de mensuração econômica da contrapartida de forma direta ao usuário que possui parceria de exclusividade. Este ponto é melhor exemplificado no Caso Unilever, na qual, foram apresentados investimentos como (i) cessão de freezers e (ii) bonificação, como contrapartida as cláusulas de exclusividade e, segundo Nota Técnica nº 25/2017/CGAA1/SGA1/CADE:

“Quanto aos contratos de exclusividade de freezers, as Representadas trouxeram aos autos argumentos relevantes no sentido de demonstrar a racionalidade econômica da exigência de exclusividade do uso dos freezers. Sendo os equipamentos de propriedade das Representadas – que arcam também com os custos de instalação e manutenção, é razoável a exigência de tal contrapartida; do contrário, estaria aberta a possibilidade de comportamentos oportunistas de concorrentes que, sem terem realizado qualquer investimento nos freezers em questão, poderiam se beneficiar dos investimentos realizados por Unilever e Nestlé.”

“Quanto aos contratos de exclusividade de vendas/merchandising, ainda que as eficiências da prática não sejam evidentes, tem-se que a exclusividade nos limites praticados pelas Representadas, conforme por elas declarado, não parece fechar parcela relevante dos PDVs que comercializam sorvetes por impulso”.²²

A clareza pela qual a Nota Técnica identificou a racionalidade econômica das cláusulas de exclusividade em relação à possibilidade de efeito carona decorrente de compartilhamento dos *freezers* foi confirmada pelo Tribunal do CADE que permitiu a continuidade dos contratos de exclusividade em relação à cessão de freezers.

Essa percepção clara da racionalidade econômica por trás das cláusulas de exclusividade torna-se um pouco mais sofisticada quando se trata de plataformas digitais, as quais, conforme já visto, são compostas por altos investimentos em P&D além dos efeitos não relacionados a preço e dos efeitos de rede indiretos.

Basicamente, há um grande número de investimentos realizados por plataformas digitais que não são de fácil mensuração econômica e que muitas vezes esses investimentos, como em P&D, constituem investimentos operacionais da plataforma, ou seja, se tornam próprias do modelo de negócios. Por exemplo, uma plataforma de streaming de filmes e séries realiza investimentos significativos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) para aperfeiçoar os algoritmos de recomendação personalizada de filmes e séries aos usuários. Esses algoritmos estão sendo aprimorados todos os dias, constituindo um ciclo contínuo do modelo de negócios, ou seja, tornam-se parte das operações da plataforma.

O aspecto fundamental é perceber que nas plataformas digitais, existem os chamados efeitos de rede indiretos que são definidos quando um grupo de usuários se beneficia mais quando cresce o número de membros em outro grupo e, possivelmente, vice-versa.²³ A partir da informação que os efeitos de rede indiretos caracterizam as plataformas de múltiplos lados é que se percebe que os investimentos em P&D são utilizados por todos os usuários da plataforma.

Dessa maneira, os efeitos de rede indiretos decorrentes de investimentos realizados pela plataforma não são aptos a justificar cláusulas de exclusividade. Isso ocorre porque não se trata de investimentos realizados diretamente pela plataforma para o usuário que configura parte na relação de exclusividade, e o CADE desconsidera os efeitos de rede indiretos como

²² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Nota Técnica nº 25/2017/CGAA1/SGA1/CADE. Brasília, 2017.

²³ 13 OECD An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, OECD Publishing, Paris, 2019.
Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em 02/12/2023.

eficiência econômica que justifique as cláusulas de exclusividade para proteção contra o efeito carona de outros concorrentes.

O fluxograma abaixo ilustra a relação da plataforma digital que utiliza de investimentos em P&D de forma operacional que a partir dos efeitos de rede indireto irradiam benefícios a todos os usuários e portanto, não justificam cláusulas de exclusividade fundadas no receio de efeito carona por parte dos concorrentes:

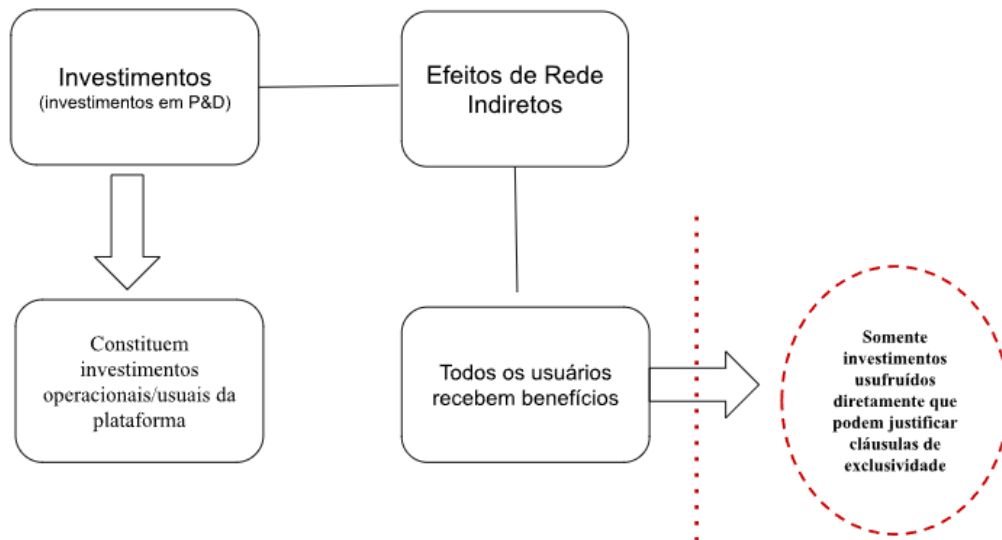


Figura 3: Fluxograma investimentos em P&D. Fonte: Elaboração própria

Essa concepção da sofisticação em visualizar e diferenciar os investimentos dentro das plataformas digitais é de suma importância para a autoridade antitruste e vem sendo observada, por exemplo, quando o Conselheiro Luis Braido reproduziu trecho de seu voto-vogal no ‘Caso iFood’ utilizando como exemplificação a necessidade de clareza quanto aos investimentos diretos que não foram apresentados no Caso Gympass:

8. Consoante a presente proposta de Termo de Compromisso de Cessação (SEI 1119768), a Gympass compromete-se a cumprir, em breve resumo, as seguintes obrigações:

(...)

c. A Gympass somente renovará e celebrará novos contratos que impeçam parceiros de contratarem com outras plataformas (“obrigação exclusividade academias”) se a obrigação for concedida como contrapartida à concessão de investimentos que correspondem a “garantias de volume mínimo”, ou seja, “pagamento de um determinado valor de repasse mínimo durante a vigência do contrato, baseado em uma meta de aumento do volume de frequentadores associados ao Compromissário nas academias parceiras”

(cláusula 3.1.3).

(...)

11. Em segundo lugar, a exigência de “investimentos diretos em bens de capital ou infraestrutura da academia” depende de classificações contábeis sujeitas a interpretações divergentes. Por essa razão, o TCC definiu as exceções para a cláusula de exclusividade de modo mais detalhado, facilitando sua fiscalização. Permanece, entretanto, o espírito da medida preventiva e da jurisprudência do CADE, quanto à necessidade de justificativa econômica para a adoção de cláusulas de exclusividade, com ganhos de eficiência repassáveis ao consumidor.²⁴

Também foi confirmado esse entendimento pelo Conselheiro Luiz Hoffmann no Caso Gympass, na qual, destacou as características das plataformas de múltiplos lados em seu voto:

Parece inegável que a Representada fez e vem fazendo ao longo dos anos investimentos significativos na sua plataforma. Entretanto, é necessário distinguir mais precisamente se os investimentos se referem a contratos específicos com academias ou se são direcionados de forma indistinta à sua plataforma, beneficiando-se, portanto, de forma difusa, as academias que compõem a sua rede.

150. À luz de toda a análise empreendida, verifica-se que, à exceção dos contratos (i) [ACESSO RESTRITO AO GYMPASS], e (ii) [ACESSO RESTRITO AO GYMPASS], o que se percebe é que muitas das alegações de investimento estão relacionadas ao próprio modelo de negócios do Gympass (isto é, ao próprio funcionamento e operacionalização da plataforma), e não a um contrato ou uma academia específica.

151. Vale lembrar que uma plataforma como o Gympass é caracterizada por conectar múltiplos lados de usuários, que se beneficiam de efeitos de rede diretos e indiretos. Assim, decorre do próprio modelo de negócio que o Gympass precisa investir na sua plataforma, de modo a torná-la atrativa para os múltiplos lados do mercado (clientes corporativos, academias e consumidores finais).

152. Muito embora cada lado da plataforma se beneficie indiretamente dos investimentos em outro lado ou na plataforma em si, a meu ver, as externalidades positivas geradas pelos investimentos na plataforma não podem ser confundidas com investimentos nos contratos, clientes ou parceiros em si.²⁵

Ainda em relação às cláusulas de exclusividade em plataformas digitais, o Caso iFood representa um grau maior de complexidade em comparação com o Caso Gympass, uma vez que, no Caso Gympass, foi facilmente identificado que os investimentos propostos pela plataforma como aptos a justificar as cláusulas de exclusividade eram, na realidade, apenas inerentes ao modelo de negócios."

Essa percepção não é clara quando se trata do Caso iFood, e para isso é necessário que se observe que os investimentos realizados pela plataforma iFood podem ser classificados em dois: *investimentos em operação* e *investimentos em marketing*.²⁶ Assim,

²⁴Voto do conselheiro Luis Braido no Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022.

²⁵ Voto do conselheiro Luiz Hoffmann no Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88, julgado na 191ª SOJ, realizada em 23 de fevereiro de 2022.

²⁶ Não é possível aprofundar sobre os investimentos realizados pela plataforma iFood em razão da confidencialidade do inquérito, o qual, informações de caráter comercialmente sensíveis estão protegidas por sigilo.

exceto a redução de taxas de conveniência, os investimentos em expansão, reforma e treinamentos não são usufruídos somente e diretamente pelos restaurantes parceiros, como por todos os restaurantes que possuem parceria com a plataforma, o que conseqüentemente, permite indagar: *os investimentos em marketing e redução das taxas de conveniência são suficientes para justificar cláusulas de exclusividade?*

Assim, observa-se que no caso iFood há tentativa por parte da autoridade antitruste de visualizar e diferenciar os investimentos realizados que configuram de fato, investimentos diretos, e em afastar investimentos operacionais ou estruturais. Essa atuação é vista no TCC firmado entre a plataforma iFood e o CADE ao exigir como contrapartidas para os contratos de exclusividade: (i) o fornecimento de serviços de consultoria visando aprimoramento dos produtos e serviços oferecidos pelo restaurante, e a prática exclusiva está limitada a dois anos de duração, com quarentena de um ano e; (ii) a realização de investimentos financeiros no restaurante, com contrapartida de aumento de vendas acima da média de crescimento do mercado de entrega de comida no ano anterior sendo limitado a apenas 50% dos compromissos de exclusividade que podem ter esse formato, conforme já foi exposto neste trabalho.

Portanto, percebe-se que o CADE afastou investimentos operacionais como racional econômico apto a justificar as cláusulas de exclusividade. Além disso, também vem revelando considerações sobre as características das plataformas digitais durante a análise do racional econômico das cláusulas de exclusividade, como no voto do Conselheiro Hoffmann no caso Gympass, o qual o conselheiro relatou que: '(...), o que se percebe é que muitas das alegações de investimento estão relacionadas ao próprio modelo de negócios do Gympass (...)'.²⁷

3.3.1 - Marca

Para fins deste trabalho e considerando a etapa de avaliação de efeitos anticompetitivos de conduta unilateral envolvendo cláusulas de exclusividade, é de interesse uma abordagem sobre o viés da marca como barreira à entrada e uma segunda abordagem analisando a racionalidade econômica da cláusula de exclusividade envolvendo a marca como ativo.

²⁷ Voto do conselheiro Luiz Hoffmann no Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88, julgado na 191ª SOJ, realizada em 23 de fevereiro de 2022.

3.3.2 - Marca como Barreira à Entrada

Conforme já foi exposto no capítulo 2, a marca pode ser vista como barreira à entrada e a partir disso, cabe entender como a marca como barreira à entrada é visualizado no Caso iFood.

A marca no contexto de análise do Caso iFood é vista conjuntamente com as características das plataformas digitais.

Nesse cenário, o valor econômico da marca desempenha um papel importante na massa crítica necessária para que a plataforma consiga competir no mercado. Basicamente, a massa crítica se refere ao tamanho necessário para que a plataforma consiga competir; ou seja, esse critério é quantitativo. No caso, a marca qualifica a massa crítica, potencializando a barreira à entrada de concorrentes no mercado. Assim, a marca cria diferenciação dentro da massa crítica e, conseqüentemente, potencializa as barreiras à entrada de concorrentes no mercado

Para exemplificar, seria como se as plataformas concorrentes não conseguissem atrair clientes em razão da baixa atratividade do seu portfólio de restaurantes, pois não há redes de restaurantes reconhecidas pelo público. A massa crítica dos concorrentes, mesmo composta por uma grande parcela de restaurantes disponíveis, não é capaz de atrair clientes suficientes do outro lado da plataforma para competir no mercado.

Notadamente, é possível visualizar esse entendimento pelo Conselheiro Victor Oliveira no processo caso Ifood (Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17), ao revisar a literatura sobre plataformas digitais em seu voto, que ressalta como a marca também é avaliada quando se trata da massa crítica no mercado analisado:

25. Segundo, contratações exclusivas podem ser utilizadas por plataformas dominantes como uma importante estratégia de impedir novas entradas e o crescimento de pequenos rivais, mesmo quando ainda há escala mínima viável remanescente. Isso significa que a simples análise do percentual dos usuários que estão submetidos a uma relação de exclusividade ou mesmo considerações mais robustas sobre massa crítica podem ser pouco informativas para apreciação de efeitos anticompetitivos.

Assim, ao compreender que a marca (restaurante âncora) é avaliado no impacto das cláusulas de exclusividade, esta também é avaliada quando se trata da massa crítica necessária para outros concorrentes conseguirem competir ao entrar no mercado de venda online de comidas.²⁸

²⁸ Voto do conselheiro Victor Fernandes no Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022.

As cláusulas de exclusividade sobre uma porcentagem de restaurantes, mesmo que baixa, podem criar barreiras à entrada, impedindo que outros concorrentes atinjam a massa crítica necessária para competir. Contudo, os efeitos da marca associada à massa crítica podem ser ainda mais acentuados quando se considera o efeito *tipping* e a vantagem do pioneiro (*first-mover*)

Essa acentuação de efeitos também foi exposta no voto da Conselheira Lenisa Prado:

Por tratar-se de um mercado digital, é preciso pontuar que este, devido às características que lhe são inerentes, acaba por ser tendente ao efeito “tipping”. Mercados com ‘tipping effects’ normalmente apresentam uma intensa competição pelo mercado no início, que depois se transforma em um provável longo período de baixa competição no qual o vencedor/monopolista aproveita as rendas do seu poder de mercado.

13. Tais características podem ser plenamente identificadas no mercado de pedidos online de comida. A Representada, como first-mover, conseguiu captar um elevado portfólio de restaurantes, com isso atraindo uma elevada quantidade de consumidores. Dessa forma, o sistema passou a se retroalimentar: quanto mais restaurantes a plataforma possui, mais consumidores têm interesse em fazer parte dela e quanto mais consumidores utilizam a plataforma para fazer seus pedidos de delivery, mais restaurantes têm interesse em contratar os serviços da plataforma.

14. Apesar das plataformas de múltiplos lados permitirem o multihoming, não havendo, em tese, óbice para que os consumidores utilizem-se de outras plataformas para desempenhar a mesma função, é preciso pontuar que tal possibilidade é extremamente reduzida em tal situação, uma vez que: (i) o iFood detém elevada posição dominante no mercado, utilizando-se de cláusulas de exclusividade, que dificultam o multihoming; causando, assim, (ii) o efeito lock-in ao consumidor, pois novos entrantes passam a deter elevadas **dificuldades para conquistar uma rede de restaurantes que seja suficientemente capaz de atrair** uma massa de consumidores, que já mostram-se atraídos pela plataforma utilizada.²⁹

Em suma, as cláusulas de exclusividade sobre uma porcentagem de restaurantes, mesmo que baixa, podem criar barreiras à entrada, impedindo que outros concorrentes atinjam a massa crítica necessária para competir. Essa barreira à entrada é ampliada pelos efeitos de rede da plataforma, podendo resultar no fechamento do mercado. Dessa maneira, a marca é considerada uma barreira à entrada quando associada.

3.3.3 - Marca como Ativo

Conforme já foi exposto no capítulo 2, a marca pode ser vista também como ativo e a partir disso, cabe entender como a marca como ativo é visualizado dentro da racionalidade econômica que foi utilizada para justificar os contratos de exclusividade no caso iFood.

Primeiramente cabe lembrar o conceito de ativo intangível e assim, segundo Iudícibus (2003, p.130):

²⁹ Voto da conselheira Lenisa Prado no Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022.

Grupo de Ativo Imobilizado que representa os bens da empresa que não tem existência física, cujo valor é limitado pelos direitos e benefícios que antecipadamente sua posse confere ao proprietário. Itens que caracteristicamente podem ser classificados como intangíveis são: (a) goodwill; (b) gastos de organização; (c) marcas e patentes; (d) certos investimentos de longo prazo; (e) certos ativos diferidos de longo prazo.

A partir da definição de ativo intangível, destaca-se que a marca como recurso incorpóreo é capaz de produzir benefícios futuros e não é ilícito a negociação contratual envolvendo a marca. O ponto a ser questionado é: como as autoridades antitruste avaliam a marca dentro do contexto de cláusula de exclusividade usadas em tese como proteção dos investimentos contra o efeito carona?

A necessidade de realização de contrapartidas diretas pela plataforma para justificar a exclusividade se mostra controversa com a vinculação da marca do restaurante parceiro no futuro.

Para elucidar melhor, basta analisar duas obrigações as quais as marcas dos restaurantes exclusivos estavam vinculados anteriormente ao TCC: a obrigação da marca do parceiro no presente e no futuro estar vinculada exclusivamente a plataforma, e o condicionamento de incentivos ou descontos a metas de desempenho na plataforma.

O iFood estaria firmando relações contratuais com cláusulas exclusivas abusivas posto que as contrapartidas econômicas realizadas pelo iFood seriam, em tese, no mínimo insuficientes porque não há nem sequer determinação do valor que a plataforma obteria no futuro dos restaurantes em função de suas marcas.

Em suma, a plataforma estaria usufruindo de benefícios dos restaurantes sem sequer realizar investimentos diretos.

Assim, o entendimento apresentado se coaduna com o voto da Conselheira Lenisa Prado:

Uma das características referentes aos contratos de exclusividade celebrados pelo iFood são as cláusulas excessivamente abrangentes que estariam vinculando a exclusividade às marcas de titularidade do parceiro atual ou futura e, com isso, não somente o estabelecimento contratante, mas todo e qualquer estabelecimento no presente ou futuro que venha a explorar as marcas indicadas nos contratos e marcas correlatas, atuais ou futuras, viabilizando assim a extensão da exclusividade, independente das restrições impostas pelo CADE.

23. Não há justificativa plausível para esse tipo de abrangência da cláusula de exclusividade por se tratar de uma plataforma online e dado que um

estabelecimento criado no futuro poderia escolher outras formas de comercialização dos seus produtos como uso de plataforma própria, WhatsApp, telefone.³⁰:

Esta concepção da marca como ativo intangível é importante para se analisar se as contrapartidas apresentadas pela plataforma como justificativas para as cláusulas de exclusividade são realmente aptas para proteção contra efeito carona ou são somente cláusulas imposição de restrição pura à concorrência (*naked restraint*).

3.3.4 - Conclusão sobre o Duplo Papel da Marca

Em suma, a marca é um ativo e uma barreira à entrada, podendo ser analisada sob o viés de impedir os concorrentes de competirem no mercado. Também pode ser analisada como um ativo que agrega valor econômico à plataforma, cabendo à autoridade antitruste ponderar se as contrapartidas realmente justificam as exclusividades. Posto que a marca, como ativo intangível, é de difícil mensuração econômica e de projeção para o futuro, assim, não se trata apenas de proteção contra o efeito carona por parte da marca da plataforma que vem realizando investimentos, pois esta recebe benefícios por parte da marca dos restaurantes âncora atrelados a plataforma conforme dito pela Conselheira Lenisa Prado.³¹

A discussão sobre o duplo papel da marca serve como um viés de análise sobre os efeitos anticompetitivos de condutas unilaterais e serve para elucidar como a marca pode se tornar um elemento de grande impacto nas plataformas digitais, ainda mais quando atreladas à exclusividade.

3.3.5 - Teoria do Dano

O último exame está relacionado aos indicadores da teoria do dano, os quais foram apontados no capítulo 2: redução da escolha, redução da inovação e tratamento preferencial de certos produtos ou serviços. Esses três indicadores têm grande relevância quando se trata de plataformas digitais.

³⁰ Voto da conselheira Lenisa Prado no Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022.

³¹ É possível identificar, dentre o grupo de restaurantes e lanchonetes que foram favorecidos pelos contratos com cláusulas de exclusividade, as redes de restaurantes e lanchonetes “âncoras”, que são as cadeias de restaurantes e lanchonetes, amplamente conhecidas pelo público, que não dependem da plataforma para desenvolvimento, sequer para aumentar a sua capacidade de oferta. São cadeias de empresas que conseguem atrair consumidores para acessar a plataforma, e até mesmo para que estes consumam em estabelecimentos “satélites”, resultando numa maior atratividade e aderência dos consumidores finais à plataforma. Voto da conselheira Lenisa Prado no Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022.

A Teoria do Dano adotada pela Conselheira Paula Azevedo ao proferir seu voto no ‘Caso Gympass’:

A teoria do dano que adoto busca atestar tal efeito ou potencialidade por meio da verificação de que o fechamento é substancial quando consegue retirar dos rivais a parcela suficiente para alcançar a escala mínima viável.

37. A teoria econômica aponta que a exclusividade contratual se torna uma medida eficaz de exclusão de rivais eficientes justamente quando o agente dominante explora a externalidade negativa que deriva da escala mínima viável. Isto é, se um entrante precisa fornecer a mais de um revendedor para cobrir os custos fixos necessários para iniciar a atividade, quando um agente dominante consegue exclusividade com um revendedor, a entrada torna-se mais difícil e o agente dominante consegue lucrativamente fechar a entrada eficiente.³²

A ideia de massa crítica no âmbito das plataformas digitais é a quantidade necessária para que os concorrentes sejam competitivos e criem um ecossistema robusto e atrativo. Essa concepção fica evidente ao analisarmos casos específicos, como o 'Caso GymPass', envolvendo a criação de barreiras à entrada de concorrentes por meio de cláusulas de exclusividade.

Dessa maneira, observa-se uma redução à inovação e à escolha, uma vez que as cláusulas de exclusividade limitam a opção dos consumidores em utilizar outras plataformas e também restringem o desenvolvimento ou criação de novas plataformas capazes de competir. Em outras palavras, essas cláusulas limitam a inovação, pois não há estímulo para criar uma nova plataforma se a empresa não alcançar a massa crítica necessária para competir.

O Conselheiro Victor Oliveira, ao fazer uma revisão da literatura sobre plataformas digitais no seu voto sobre o caso iFood, destacou:

Segundo, contratações exclusivas podem ser utilizadas por plataformas dominantes como uma importante estratégia de impedir novas entradas e o crescimento de pequenos rivais, mesmo quando ainda há escala mínima viável remanescente. Isso significa que a simples análise do percentual dos usuários que estão submetidos a uma relação de exclusividade ou mesmo considerações mais robustas sobre massa crítica podem ser pouco informativas para apreciação de efeitos anticompetitivos.³³

A adoção desses indicadores de dano se apresentaram no voto do caso GymPass ao citar o caso iFood:

Em paralelo, rememoro que o caso recente envolvendo o Ifood - em que a medida preventiva teve contratos de exclusividades mantidos (e

³² Voto da conselheira Paula Farani no Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88, julgado na 191ª SOJ, realizada em 23 de fevereiro de 2022.

³³ Voto do conselheiro Victor Fernandes no Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, julgado na 208ª SOJ, realizada em 2 de fevereiro de 2022.

que aparentemente gerava “apenas” 25% de fechamento), sendo proibidos somente a celebração de contratos de exclusividade - um ano após a adoção da preventiva, o UberEats anunciou a saída do mercado brasileiro, com notícias que apontam para a impossibilidade de “quebrar” o monopólio. Os prejuízos percebidos por restaurantes e usuários – sob a forma de taxas mais altas para a plataforma, menos opções de serviços e redução da inovação – têm sido amplamente divulgados pela mídia. Esse modelo de preventiva extremamente limitado, já se mostrou fracassado – vide iFood – e afronta o entendimento consolidado no Tribunal do CADE.³⁴

O que permite concluir é que a questão da escala mínima viável remanescente não deve ser, por si só, suficiente para afastar efeitos competitivos negativos. Cláusulas de exclusividade envolvendo plataformas digitais podem reduzir a inovação, a escolha dos usuários e gerar tratamento preferencial de serviços e produtos devendo ser analisada de forma holística.

Para entender como os indicadores de dano devem ser analisados de forma a englobar elementos que são de difícil mensuração como marca, as características do mercado de plataformas digitais como efeito *tipping* e *first mover*.

Para elucidar, o Caso iFood se mostra interessante, tendo em vista que engloba diversos elementos de análise. Uma plataforma pioneira (*first-mover*) que desfrutou dos benefícios de ser a primeira no mercado, caracterizado por grandes efeitos de rede indiretos e ganhos em escala que, além de ensejar poder de mercado, permite a manutenção desse poder em decorrência do efeito *tipping*. Além disso, a plataforma firmou contratos de exclusividade com uma parcela de restaurantes que possuem marca forte no mercado. Isso, somado às características das plataformas de múltiplos lados, pode resultar em danos à concorrência, pois, ao gozar de seu poder de mercado, a plataforma pode tratar preferencialmente determinados restaurantes como a geração de impulsionamento de certos restaurantes, aqueles que apresentarem maiores retornos em relação ao volume de vendas, mesmo que esses estabelecimentos não gozem de exclusividade, sendo os restaurantes menores coagidos a firmarem contratos de exclusividade para ganharem impulsionamento na plataforma.

Outro indicador de dano que pode ser visualizado é o de redução de escolha do usuário e, neste caso, não é somente o cliente que tem sua opção de plataformas reduzida ao *single homing*, mas também os restaurantes.

Além disso, o indicador de dano à inovação também pode ser visualizado, tendo em vista que a plataforma, ao dominar o mercado, pode não investir devido à falta de competitividade, realizando somente os investimentos operacionais suficientes para a

³⁴ Voto da conselheira Paula Farani no Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88, julgado na 191ª SOJ, realizada em 23 de fevereiro de 2022.

manutenção de sua posição dominante, o que implica em danos aos consumidores que utilizarão uma plataforma precarizada.

Portanto, nota-se que o CADE vem considerando as características das plataformas digitais como fatores que podem acentuar os possíveis efeitos danosos ao mercado. Além disso, há indícios de que estão analisando qualitativamente a massa crítica nas plataformas digitais, como, por exemplo, a marca como qualificadora de massa crítica. Assim, os indicadores do dano analisados pelo CADE consideram elementos de difícil mensuração, como a marca.

Entretanto, mesmo considerando os possíveis indicadores de danos agravados pelas características das plataformas digitais, como o efeito *tipping*, efeitos de rede indireto e outros elementos de difícil mensuração, como a marca, o Cade vem se mostrando aberto a negociação, pois tanto no caso iFood quanto no caso Gympass foram firmados Termos de Cessação de Conduta e não uma proibição completa de contratos de exclusividade por plataformas digitais.

4. Considerações Finais

O presente trabalho teve como objetivo analisar, a partir do Caso iFood, como o modelo de negócios de plataformas digitais multilaterais apresenta peculiaridades a serem consideradas nas análises antitruste envolvendo cláusulas de exclusividade.

O caso iFood se destaca por envolver as autoridades antitruste em uma análise voltada para a consideração de critérios qualitativos. Isso ocorre porque critérios quantitativos, como a quantidade de restaurantes com exclusividade ou escala viável remanescente, não são suficientes para assegurar um mercado competitivo. Devem ser levados em consideração outros critérios, como o papel de investimentos em P&D e a marca, que atuam como *inputs* da plataforma.

Os investimentos em P&D seriam custos regulares realizados pela plataforma para se manter competitiva, prestando serviços eficientes e de qualidade. A marca, nesse cenário, agrega valor econômico à massa crítica nas plataformas digitais e potencializa as barreiras à entrada por outros concorrentes. Esses dois principais critérios qualitativos demonstram como o CADE vem tentando adaptar suas análises às peculiaridades das plataformas digitais, conforme elucidado nos votos do CADE, principalmente nos recentes casos do caso Gympass e do caso iFood.

Dessa forma, há uma tentativa de incluir nas análises as características específicas de cada modelo de plataforma, sem descartar as etapas clássicas das análises de condutas unilaterais. O ponto central é compreender que, dentro do modelo de negócios que caracteriza as plataformas digitais, existem nuances que precisam ser apreciadas pelas autoridades antitruste, as quais não podem se basear apenas em avaliações quantitativas, como massa crítica ou o número quantitativo de restaurantes com cláusulas de exclusividade. Deve-se, assim, considerar critérios como marca, investimentos em P&D, além das características próprias desses mercados, como efeito *tipping*, *first mover* e efeitos de rede indiretos, que ampliam os efeitos das plataformas, tanto os negativos, como a redução à inovação, a redução da escolha dos usuários e tratamentos preferenciais por produtos e serviços, quanto também podem ampliar eficiências e benefícios. Isso indica o motivo pelo qual o CADE não aparenta se movimentar no sentido de proibir totalmente cláusulas de exclusividade em plataformas digitais e sim, de firmar Termos de Cessação de Condutas que visem contrabalancear os possíveis efeitos negativos da conduta exclusiva desse modelo de negócios

5. Referências Bibliográficas

ARONS, M. D. S. How brands were born: a brief history of modern marketing. The Atlantic, 3 October 2011. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/business/archive/2011/10/how-brands-were-born-a-brief-history-of-modern-marketing/246012>>. Acesso em: 20 de setembro de 2023;

ASCENSÃO, J. D. O. As Funções da Marca e os Descritores (Metatags) na Internet. Revista da ABPI, n. 61, 2002;

BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. CPC 04 (R1): Ativo Intangível. Brasília, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia H: Resolução de Controvérsias em Atos de Concentração. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura regimental e quadro demonstrativo dos cargos em comissão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º dez. 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2023.

CADE. Cartilha do CADE. Brasília, DF: CADE, maio de 2016

CADE, Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em 4 de dez. de 2023.

COUTINHO, Diogo; KIRA, Beatriz. Ajustando as lentes: Novas teorias do dano. Revista de Defesa da Concorrência (RDC), v. 9, n. 1, p. 82-103, junho de 2021. ISSN 2318-2253. DOI: 10.62896/rdc.v9i1.734;

EISENMANN, Thomas; PARKER, Geoffrey; VAN ALSTYNE, Marshall W. Strategies for two-sided markets. Harvard Business Review, v. 84, n. 10, p. 92, 2006;

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms. Harvard Business School Press Books, 2016;

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. National Bureau of Economic Research Working Paper 18783, 2013. Disponível em: . Acesso em: 01 de agosto de 2023;

FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L. Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência: Notas Introdutórias. Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro. 1998;

FERNANDES, Victor Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais - Ed. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FIGUEIREDO, Natália de Lima. Poder da Marca: interações entre direito antitruste e direito industrial. 2014. 206 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014;

FRAGA, Fellipe Vilas Bôas; VITA, Jonathan Barros; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Regulação, desenvolvimento e concorrência: Análise das cláusulas de exclusividade nos contratos entre empresas e plataformas digitais. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 140-158, 2022;

GABRIEL ARAÚJO SOUTO, G. PLATAFORMAS MULTILATERAIS E A NOVA ABORDAGEM ANTITRUSTE: COMO O CADE PODE SE REINVENTAR À LUZ DA SUA PRÓPRIA JURISPRUDÊNCIA?. *Revista de Direito e Atualidades*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/5228>. Acesso em: 26 nov. 2023.

GAMA, Marina Moreira da. A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005;

HAGIU, Andrei. Strategic Decisions for Multisided Platforms. *MIT Sloan Management Review*, v. 55, n. 2, p. 71, 2014;

IFOOD. E-mail (Manifestação) (0841054) SEI 08700.004588/2020-47. Brasília, 2020. Página 59

IFOOD. E-mail (Manifestação) (0841054) SEI 08700.004588/2020-47. Brasília, 2020. Página 70.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos, PEREIRA, Elias. *Dicionário de Termos de Contabilidade*. São Paulo: Atlas, 2003.

Kharmandayan, L., & Morais, J. C. N. de. (2018). Cláusulas de Exclusividade como Conduta Anticompetitiva: Metodologia de Análise sob a Ótica da Defesa da Concorrência no Brasil. *Revista do IBRAC*, 24(2), 121-122.

KOCHE, José Carlos. Fundamentos da Metodologia Científica: Teoria da Ciência e Iniciação à Pesquisa;

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARTINS, Eliseu. Avaliação de Empresas: da Mensuração Contábil à Econômica. In: Caderno de Estudos, São Paulo: Fipecafi e EAC/FEA/USP, n.24, v.13, p.28-37, jul./dez. 2000.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Revisões por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência: Brasil 2019. Paris: OECD Publishing, 2019. 208 p. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019-web.pdf>

OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. Concorrência potencial: Teoria do Dano ou Futurologia? In: Revista do IBRAC, v. 23, n. 2, 2017;

O'Neill, B. (2010). Resolvendo o "problema" do carona. Recuperado em 20 maio, 2016, de <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=724>

POSNER, Richard A. Antitrust Policy and the Suprem Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions. Columbia Law Review 282 (1975);

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Competition policy in two-sided markets. Handbook of Antitrust Economics, p. 543-582, 2008;

SALGADO, L. H. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, C. A Revolução Antitruste no Brasil: A Economia Aplicada a Casos Concretos. São Paulo: Singular, v. 2, 2006;

SALOMÃO FILHO, C. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. Revista CEJ, n. 25, 2006.