

## CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA



CADE – *Procedimentos Preparatórios 08700.004588/2020-47 e 08700.004136/2020-65* – j. 10.03.2021 e 17.12.2021 – rel. Patricia Alessandra Morita Sakowski – Área do Direito: Concorrencial.



Determinada a instauração de inquérito administrativo e a concessão de medida preventiva por infração contra a ordem econômica materializada por cláusula de exclusividade, causando fechamento de mercado e aumento de barreiras à entrada.

### Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Identificação de infração à ordem econômica e do recurso de ofício ao Cade, de Karen Caldeira Ruback – *RIBRAC* 20/517-532.

### NOTA TÉCNICA Nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE

#### PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO Nº 08700.004588/2020-47

**Representantes:** Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda. e Associação Brasileira de Bares e Restaurantes - ABRASEL

**Advogados:** Victor Santos Rufino, Victor Cavalcanti Couto, João Ricardo Oliveira Munhoz, Denis Alves Guimarães e outros.

**Representada:** Ifood.com Agência de Restaurantes Online S. A.

**Advogados:** Amadeu Ribeiro, Márcio Dias Soares, Ana Paula Tavassi e outros.

**EMENTA:** Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo. Denúncia de infração contra a ordem econômica materializada por cláusula de exclusividade. Efeitos alegados de fechamento de mercado e aumento de barreiras à entrada. Pedido de concessão de medida preventiva. Recomendação de deferimento consoante art. 84, caput e § 1º da Lei nº 12.529/2011 e art. 211 do Regimento Interno do CADE.

Acesse o QR Code  
e leia esta decisão  
na íntegra



#### NOTA TÉCNICA Nº 14/2021/GAB-SG/SG/CADE

##### **Procedimento Preparatório nº 08700.004136/2020-65**

**Representantes:** Total Pass Participações Ltda (“Total Pass”) e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. (“Yoooup”).

**Advogados:** José Del Chiaro, Luis Nagalli, Mariana de Azevedo, José Alexandre Manzano Oliani, Renata Chiaparini e outros.

**Representados:** GPBR Participações Ltda (“Gympass”).

**Advogados:** Bárbara Rosenberg, Maria Amaral de Almeida Sampaio e outros.

**EMENTA:** Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo. Denúncia de infração contra a ordem econômica materializada, sobretudo, por cláusulas de exclusividade e cláusulas MFN. Efeitos alegados de fechamento de mercado e aumento de barreiras à entrada. Instauração de Inquérito Administrativo Público, nos termos dos artigos 13, III, e 66 e seguintes da Lei nº 12.529/11 c/c artigo 141 e seguintes do Regimento Interno do Cade. Pedido de concessão de medida preventiva. Recomendação de deferimento parcial, consoante art. 84, caput e § 1º da Lei nº 12.529/2011 e art. 211 do Regimento Interno do Cade.

Acesse o QR Code  
e leia esta decisão  
na íntegra



## COMENTÁRIO

**MEDIDAS PREVENTIVAS NOS CASOS IFOOD E GYMPASS: POR QUE O CADE AGIU PARA LIMITAR A EFICÁCIA DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE?**

*COMMENTS ON THE PRELIMINARY INJUNCTIONS ISSUED IN IFOOD AND GYMPASS CASES INVOLVING COMPETITION LAW: WHY DID BRAZIL'S COMPETITION AGENCY ACT TO SUSPEND THE EFFECTS OF THE EXCLUSIVE DEALING ARRANGEMENTS?*

**INTRODUÇÃO**

O objetivo do comentário é analisar as decisões do Cade ao conceder as medidas preventivas nos casos iFood e Gympass, com o intuito de compreender as razões adjacentes às decisões, traçar um paralelo entre elas e, especialmente, entender o porquê de, no caso Gympass, a medida preventiva ter recebido um escopo mais amplo, abrangendo inclusive contratos vigentes.

**1. A MEDIDA PREVENTIVA NO CASO "IFood"<sup>1</sup>**

Embora certos dados importantes à análise antitruste permaneçam sob sigilo – como participações no mercado, percentuais de faturamento por restaurante e o exato teor das cláusulas de exclusividade – pode-se extrair algumas observações interessantes no raciocínio da Superintendência-Geral do Cade ("SG") para conceder a medida preventiva.

Os fatos do caso iFood são os seguintes. A empresa Rappi – também atuante no mercado de plataformas digitais de entrega de comida – ofereceu representação ao Cade sustentando que o iFood adotaria conduta anticompetitiva. Essa prática estaria em impor aos restaurantes cadastrados em sua plataforma *cláusulas de exclusividade* nos respectivos contratos, além de conferir tratamento discriminatório entre restaurantes (aqueles com exclusividade teriam benefícios na plataforma, como, por exemplo, destaque na tela de busca dos consumidores).

Segundo a representação, o iFood deteria posição dominante nesse mercado e, por conta disso, a imposição de cláusulas de exclusividade com restaurantes produziria o efeito anticompetitivo de "*limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*" (art. 36, I, da Lei de Defesa da Concorrência). Novas plataformas digitais de entrega de comida não conseguiriam agregar mais restaurantes para compor seus portfólios, eis que eles já teriam acordos exclusivos com o iFood – cenário esse que levaria a uma significativa barreira de entrada a novas empresas no setor.

1. Inquérito administrativo 08700.004588/2020-47.

Após os trâmites iniciais e a manifestação prévia do iFood, o processo seguiu à SG para examinar o pedido de medida preventiva em seus dois requisitos: (i) a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e (ii) o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado (*periculum in mora*). A análise está descrita na Nota Técnica 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE ("Nota Técnica"), que serviu de motivação ao Despacho SG 342/2021 ("Despacho"), concedendo a medida preventiva.

Para aferir a probabilidade do direito, a SG avaliou, primeiro, a existência de posição dominante do iFood no mercado de plataformas digitais de entrega de comida. Apesar de as empresas terem apresentado percentuais divergentes (não disponíveis ao público), a Nota Técnica da SG menciona dado fornecido pela ABRASEL de que o iFood deteria 86% do segmento, percentual superior aos 20% exigidos no art. 36, § 2º, da Lei de Defesa da Concorrência para que se presuma a posição dominante. Além disso, a SG considerou que o iFood desfrutaria da chamada "vantagem do pioneiro": o fato de ser a primeira empresa do ramo no Brasil lhe conferiria vantagens competitivas, reforçando sua dominância.

A segunda etapa da fundamentação sobre a probabilidade do direito é a que interessa mais de perto ao presente comentário. Nela, a SG teceu considerações importantes sobre certas *características específicas de mercados digitais* que justificam uma análise antitruste verticalizada sobre eles. A Nota Técnica cita, inclusive, trabalho específico do Departamento de Estudos Econômicos do Cade, intitulado "*concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*"<sup>2</sup>. A característica mais relevante – que permeou todo o raciocínio da Nota Técnica – é a tendência de mercados digitais ao chamado "efeito *tipping*".

O *tipping* de um mercado se explica da seguinte forma. De início, existe concorrência intensa *pelo mercado em si* (isto é, por qual será a primeira empresa a explorá-lo); depois, chega-se a um período longo de competição reduzida no qual a empresa vencedora aproveita as rendas do poder de mercado que obteve. Essas rendas são protegidas por conta de elevadas barreiras à entrada impostas a novos competidores, somadas a economias de escala e de escopo (por exemplo: controle de bases de dados).

Segundo a SG, a característica do "efeito *tipping*" está presente no mercado de plataformas de entrega de comida. A análise constatou que o iFood, enquanto empresa pioneira, praticamente criou o mercado no Brasil – o que garantiu que ela formasse um portfólio significativo de restaurantes e assim captasse grande número de consumidores. Isso porque os mercados digitais têm dois lados que se retroalimentam – e na intermediação de serviços de entrega não é diferente. Quanto mais restaurantes cadastrados na plataforma, mais atrativa ela se torna aos consumidores, por oferecer mais opções de serviços; e quanto mais consumidores interessados na plataforma, mais incentivos têm os restaurantes para se vincular a ela para terem acesso a uma massa maior de consumidores. Essa dinâmica faz surgir pesadas barreiras de entrada a novos competidores, na medida em que a empresa necessita atrair um grande volume de consumidores para a plataforma rival (com altos investimentos, sobretudo em *marketing*). E, para que isso aconteça, a empresa entrante também necessita de acesso a um grande grupo de restaurantes – do contrário, não haverá interesse suficiente de consumidores para que a concorrência entre plataformas de fato exista.

Esse foi o ponto central para que a SG avaliasse as cláusulas de exclusividade do iFood como *potencialmente danosas à concorrência*, conduzindo à presença do segundo requisito da medida preventiva: o perigo de dano concorrencial. Se determinado restaurante é exclusivo, outras plataformas

2. CADE. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Disponível em: [https://cdn.cade.gov.br/]. Acesso em: 31.07.2022.

não conseguem celebrar contratos com eles a custos razoáveis para atrair os consumidores (é preciso compensar o restaurante, por exemplo, pelo pagamento de pesadas multas rescisórias ao iFood). Esse efeito é ainda mais incisivo com os restaurantes ditos "*must-have*": restaurantes de marcas bastante populares junto aos consumidores, sem os quais a plataforma se torna inviável na prática (ou então, se viável, ela fica relegada a trabalhar com restaurantes menos atrativos ao público). Similares às lojas-âncora e de grandes marcas necessárias para compor o *tenant mix* de *shopping centers*.

De acordo com a SG, a adoção da exclusividade como estratégia sistemática da empresa com posição dominante restringe excessivamente a perspectiva de ingresso de outros competidores. As cláusulas de exclusividade do iFood, assim, teriam o potencial de fechar o mercado, aumentar barreiras à entrada e elevar os custos de empresas rivais. Além disso, a SG considerou também que o mercado de plataformas de intermediação de entrega de comida está em expansão rápida, o que se deu, em boa medida, à pandemia de Covid-19. Nessa linha, postergar a interferência da autoridade antitruste poderia reforçar a provável posição dominante do iFood.

Com base nessas razões, a SG impôs a medida preventiva distinguindo quatro cenários. Primeiro: para os restaurantes que compõem atualmente seu *marketplace* sem cláusula de exclusividade nos contratos, ordenou-se que o iFood se abstenha de firmar novos acordos com cláusula de exclusividade até a decisão final do Cade. Segundo: ainda para os restaurantes que já integram o *marketplace* com cláusula de exclusividade, ficou resguardada a possibilidade de o iFood manter os respectivos contratos como estão e, ao término da vigência deles, renová-los com a exclusividade – mas desde que seja do interesse de ambas as partes e limitada a um ano de duração. Terceiro: para os restaurantes que não fazem parte do *marketplace*, o iFood só poderá celebrar contratos *sem cláusula de exclusividade* até que o Cade decida sobre a licitude da conduta. Aqui, a preocupação declarada da SG é impedir que o iFood siga captando restaurantes "*must-have*" em detrimento das empresas concorrentes. E quarto: para os restaurantes que já compõem o *marketplace* com cláusula de exclusividade e para os quais se pactue novo contrato, sem cláusula de exclusividade, ela não poderá ser prevista em renovações subsequentes.

Como se vê, ao distinguir vários cenários – a depender de se o restaurante é ou não cadastrado na plataforma, e se o acordo contempla ou não cláusula de exclusividade no presente – a SG adotou postura cautelosa e de meio-termo. De um lado, procurou resguardar a utilidade da investigação antitruste e, diante dos indícios de conduta anticoncorrencial, tentou limitar os efeitos nocivos dela sobre o mercado – proibindo que novas cláusulas de exclusividade sejam pactuadas pelo iFood a partir da concessão da medida preventiva. De outro lado, porém, a decisão releva a preocupação com a segurança jurídica no mercado de plataformas digitais, pois preserva os termos dos contratos já celebrados. Vale dizer: ao invés de cominar a alteração dos contratos ou de tornar ineficaz desde logo as cláusulas de exclusividade, a SG optou por preservá-las, limitando somente as possibilidades de renovação para o futuro (quando, em tese, já haverá decisão definitiva do Cade sobre a licitude da conduta).

Essa cautela se justifica porque, segundo a jurisprudência antitruste, cláusulas de exclusividade não caracterizam ilícitos *per se*. É possível que sua adoção em certos contratos tenha respaldo na lógica econômica e produza eficiências: a mais comum é preservar investimentos feitos por uma das partes na operação econômica e evitar o efeito carona (*free-rider*). Esse é, inclusive, um dos principais argumentos do iFood pela licitude de sua conduta.

Em resumo, embora só a futura análise de mérito possa dizer se efetivamente houve prática anticompetitiva pelo iFood na pactuação das cláusulas de exclusividade, o raciocínio que a SG do Cade desenvolveu para conceder a medida preventiva releva a preocupação especial da autoridade

antitruste com certas características dos mercados digitais, que o tornam propício à concentração, ao mesmo tempo em que denota o receio de afetar, diretamente, a economia por trás dos contratos vigentes.

## 2. A MEDIDA PREVENTIVA NO CASO "GYMPASS"<sup>3</sup>

Outro caso emblemático analisado pela SG é o da Gympass, justamente por envolver, assim como no caso iFood, *cláusulas de exclusividade* em plataformas digitais.<sup>4</sup>

Em setembro de 2020, a Total Pass Participações Ltda. ("Total Pass") submeteu à SG representação contra a GPBR Participações Ltda. ("Gympass"), sustentando que a imposição de cláusulas de exclusividade e outras práticas restritivas pela Gympass estariam gerando o fechamento do mercado de plataformas agregadoras de academias. A representação foi fundamentada nos art. 36, I e § 3º, III, IV, V e IX, da Lei 12.529/2011.

A Gympass é uma plataforma digital que tem como principal *business* oferecer a empresas e seus respectivos funcionários o acesso a diversas academias de ginástica, em inúmeras localidades, por meio de uma plataforma de dois lados: ao mesmo tempo em que são credenciadas academias no sistema, esse catálogo é ofertado às empresas. Ainda que não haja um mercado relevante definido de forma suficientemente clara, a SG considerou como essencial às plataformas agregadoras o efetivo acesso às academias. Ocorre que a Gympass adotou *cláusulas de exclusividade* em todos os seus contratos, com duração indeterminada, além de cláusulas MFN (*most favoured nation*) e de quarentena. Nesse cenário, a Gympass já havia celebrado contratos com aproximadamente 80-90% das academias no Brasil, segundo relato que consta dos autos.

A representação deu origem ao Procedimento Preparatório 08700.004136/2020-65. Com efeito, cerca de um ano após o protocolo, a SG sequer havia apreciado o pedido formulado a título de medida preventiva. Por esse motivo, a Total Pass interpôs Recurso Voluntário ("RV"), autuado sob o n. 08700.005875/2021-55. A relatora do processo, Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, entendeu que a inércia configurou negativa tácita da medida, razão pela qual o RV seria admissível, nos termos do art. 85, § 2º, da Lei 12.529/2011, bem como do art. 213 do Regimento Interno do Cade ("Ridade").

Na configuração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), ela elencou as seguintes premissas: (i) de que a Gympass exige, de fato, a exclusividade; (ii) de que o grau de fechamento de mercado, entre 80-90%, é em muito superior ao que normalmente é analisado pelo Cade; e (iii) de que o mercado de plataformas agregadoras de academia é diretamente afetado pelos efeitos de rede. Concluiu, então, por uma "*fortíssima presunção de ilicitude*" da conduta – mesmo em sede cautelar.

Especificamente em relação aos efeitos de rede, a relatora considerou que, para os usuários, o valor da plataforma depende essencialmente de seu grau de cobertura. Dessa maneira, inviabilizado o acesso das concorrentes e entrantes a uma cobertura equivalente ou, pelo menos, próxima àquela da Gympass, impossibilita-se a competitividade no segmento. Partindo desses fatos, a relatora determinou: (i) que a Gympass eliminasse as cláusulas de exclusividade dos contratos atualmente em vigor, bem como se abstivesse de celebrar novos contratos contendo tal cláusula; (ii) que as

3. Inquérito administrativo 08700.004136/2020-65.

4. Novamente, necessário tecer a ressalva de que não se teve acesso ao inteiro teor das cláusulas, às informações sobre os investimentos supostamente realizados pela Gympass e aos números exatos da rede credenciada. Ainda, que se levou em conta apenas as informações publicamente acessíveis.

cláusulas MFN e as cláusulas de quarentena fossem tornadas sem efeito (inefcazes), especialmente as multas por descumprimento; (iii) que a Gympass se abstinhasse de punir/excluir academias credenciadas em plataformas concorrentes; e (iv) que a Gympass demonstrasse que comunicou à sua rede credenciada sobre os efeitos da decisão.

Em seu voto, a Conselheira considerou, também, o risco de *tipping* no mercado de plataformas digitais, uma vez que há tendência de "rapidamente concentrar o mercado em um *único* agente dominante". Segundo consta do voto, o *tipping*, somado às cláusulas de exclusividade e ao fato de a Gympass contar com a vantagem de pioneira, acelerou ainda mais o processo de concentração.

O voto da relatora foi acompanhado integralmente pela Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, que teceu considerações adicionais. Conforme consta de seu voto, restou comprovado o fechamento do mercado de agregadores de serviços de academia. Isso porque as cláusulas impostas eram de prazo indeterminado e abrangiam todas as academias credenciadas – o que corresponderia a 80-90% do mercado brasileiro.

Entretanto, o Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffman instaurou divergência, no que foi seguido pelos demais (vencidas as Conselheiras Lenisa Praso e Paula Farani). No voto-divergente, consignou que, por inexistir decisão denegatória da medida preventiva, o RV não merecia ser conhecido. afirmou, ainda, que o Ricade não estabelece prazo certo para que a SG profira decisão. Esse entendimento prevaleceu, e o Plenário decidiu por não conhecer do RV. Em contrapartida, foi determinada a convocação do Procedimento Preparatório, com a consequente instauração de Inquérito Administrativo, para apurar possíveis infrações à ordem econômica.

Em atenção ao que fora determinado, a SG emitiu a Nota Técnica 14/2021/GAB-SG/SG/CADE. Ao analisar as cláusulas contratuais, entendeu existirem indícios de exercício abusivo de posição dominante. Isso porque, além de a Gympass possuir acesso exclusivo a 80-90% das academias do país (incidindo a presunção de dominância da Lei de Defesa da Concorrência), aplicava cláusulas de exclusividade e de MFN – inclusive com a previsão de penalidades em caso de descumprimento. A SG manifestou, também, a sua preocupação com o "efeito *tipping*", potencializado pelo fato de a Gympass ser a *first-mover* no segmento. Nesse contexto, concluiu que a exclusividade poderia restringir a atuação de outros agentes e recomendou: (i) a abstenção da celebração de novos contratos contendo a exclusividade; (ii) tornar sem efeito as cláusulas MFN e de quarentena, bem como as multas correspondentes; (iii) comunicação às academias credenciadas na Gympass acerca da decisão. O Despacho/SG 1.865/202, em complemento, determinou a instauração de Inquérito Administrativo, além de deferir parcialmente a medida preventiva pleiteada pela Total Pass, nos exatos termos da Nota Técnica.

Diante dessa decisão, a Total Pass interpôs novo RV, autuado sob o n. 08700.007228/2021-88, e de relatoria do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Sustentou que, apesar da determinação da SG, manter-se-iam inalteradas as condições concorrenciais do mercado de plataformas agregadoras de academias. Segundo a Total Pass, a SG proibiu a celebração de novas cláusulas de exclusividade, mas não adotou medidas em relação às cláusulas já pactuadas, o que manteria 80-90% das academias vinculadas exclusivamente à Gympass. O RV 08700.007228/2021-88 voltou-se, portanto, contra a manutenção das cláusulas de exclusividade nos contratos vigentes.

A Conselheira Lenisa Rodrigues Prado declarou seu voto ratificando os fundamentos previamente expostos no RV 08700.005875/2021-55 (no qual foi voto-vencido), e se manifestou pela "suspensão das cláusulas de exclusividade dos contratos em vigor e a proibição de celebração de outros contratos que contenham tal cláusula".

O relator, Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, entendeu pela concessão da medida preventiva pleiteada. Conforme consta do inteiro teor de seu voto, o percentual de mercado

da Gympass, de aproximadamente 80-90%, supera em muito o patamar de 20% previsto no art. 36, § 2º, da Lei 12.529/2011, e a empresa não foi capaz de demonstrar que a exclusividade guarda relação com investimentos realizados em academias (o que poderia atrair. Inclusive, a aplicação da regra do *parágrafo único* do art. 473 do CC, sobre investimentos e resilição contratual). Manifestou-se, então, nos seguintes termos: (i) impedir a celebração de novos contratos contendo a exclusividade; (ii) nos contratos exclusivos vigentes, limitar a exclusividade a até 20% da base total das academias credenciadas por município/zonas de municípios – isentando do referido limite os contratos em que “existam obrigações de garantia de volume mínimo e antecipação de repasses”; (iii) manter sem efeito as cláusulas MFN e de quarentena, bem como as multas correspondentes.

Porém, prevaleceu no julgamento o voto-vogal lavrado pela Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Em seu voto, a Conselheira confirmou parte da decisão proferida pela SG (suspensão das cláusulas MFN e de quarentena), dando provimento ao RV 08700.007228/2021-88 para determinar a suspensão da exclusividade nos contratos vigentes da Gympass, permitindo, excepcionalmente, a sua manutenção.

Nessa nova análise, foi ratificada a premissa de que possuir 80-90% das academias brasileiras, de forma exclusiva em sua rede credenciada constitui causa suficiente “para se presumir um elevado poder econômico detido pelo Gympass”. E, para verificar se essa conduta configurava lesividade, foram estabelecidos três pontos de análise: (i) existência de poder de mercado; (ii) barreiras ais rivais e entrantes; e (iii) inexistência de justificativa legítima da restrição adotada.

Quanto aos dois primeiros pontos, não havia dúvida: afinal, a existência de poder de mercado é irrefutável, e a cláusula de exclusividade, por sua natureza, impede os rivais de terem acesso ao insumo necessário (academias) para concorrer. Para além da exclusividade, vale relembra, a Gympass adotava cláusulas MFN (impedia que os credenciados ofertassem preços inferiores àqueles intermediados pela plataforma) e de quarentena (após romper com a Gympass, exigia-se um período de seis meses sem vínculo a plataformas concorrentes).

Já no que se refere à justificativa para as restrições, a Conselheira entendeu que não havia motivo legítimo apto a amparar essas condutas. Isso se deve ao fato de que as cláusulas não implicavam qualquer contrapartida por parte da Gympass – de forma a não justificar a exclusividade. Nos poucos casos em que eram previstas contrapartidas, a exclusividade não era devidamente compensada, e os investimentos alegados consistiam em atos necessários à captação de clientes, ou seja, que se revertiam “em benefícios ao próprio Gympass, que não faz nada além do esperado por qualquer companhia que pretenda se manter economicamente viável”. Em resumo, não havia qualquer contrapartida evidente pela existência da cláusula de exclusividade.

A Conselheira Paula Farani, nesse contexto, entendeu por acolher as razões apresentadas no RV, no sentido de ampliar os efeitos da medida preventiva sobre os contratos vigentes, justamente para evitar o fechamento do mercado e o fortalecimento da posição dominante da Gympass.

Considerando que a Gympass consiste em uma plataforma de dois lados não transacional, há elevadíssimos efeitos de rede – afinal, as empresas vão optar pela plataforma que tenha o maior número de academias credenciadas, enquanto as academias vão optar por se credenciar à plataforma com o maior número possível de empresas contratantes e, conseqüentemente, consumidores. Os efeitos de rede são intensificados, no caso da Gympass, uma vez que a empresa se beneficia do privilégio de *first mover* e adota cláusulas de exclusividade (impossibilitando o *multihoming*), o que apenas reforça a tese de restrição pura à concorrência (*naked restraint*).

Há importante distinção, também, com o caso iFood, uma vez que este “sequer possuía uma cláusula de exclusividade com todos os restaurantes associados à sua rede”. Assim, no caso da Gympass, havia sérios agravantes, uma vez que a exclusividade era imposta a todas as academias, além de



haver imposição de cláusulas MFN e de quarentena, tudo isso somado à ausência de contrapartida evidente em benefício dos contratantes.

Portanto, na análise do RV 08700.007228/2021-88, determinou-se (nos termos do voto-vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira), em complemento à decisão anteriormente proferida (Nota Técnica 14/2021/GAB-SG/SG/CADE e Despacho/SG 1.865/2021): (i) pela cessação da obrigação de exclusividade; (ii) que somente poderia ser mantida a exclusividade nos contratos em que "tiver sido feito um aporte financeiro via investimento direto em bens de capital ou infraestrutura da academia", no lapso temporal estritamente necessário para assegurar o retorno sobre o investimento; (iii) comunicação do teor da decisão às academias credenciadas na Gympass; e (iv) que o Inquérito Administrativo 08700.004136/2020-65 fosse convertido em Processo Administrativo.

O caso, todavia, foi encerrado sem julgamento do mérito da infração. A empresa celebrou Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC), homologado pelo Tribunal Administrativo do Cade, comprometendo-se a pactuar exclusividade apenas havendo eficiências econômicas e, no máximo, com até 20% da base de academias em municípios ou zonas de municípios. O TCC também proibiu as cláusulas de favorecimento ("MFN") e de quarentena<sup>5</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi exposto acima, cinco pontos sintetizam as conclusões extraídas nesse comentário:

Primeiro: no caso iFood, definiu-se o mercado relevante como aquele das *plataformas de entrega de comida*; no caso Gympass, como aquele das *plataformas agregadoras de academias*. Embora o conceito de plataforma não seja exclusivo de mercados digitais, é neles que vem sendo cada vez mais utilizado para se referir a mercados de dois lados<sup>6</sup> conectados através de uma *intermediadora*, justamente, a "plataforma". Esse é um conceito econômico, que alia um traço estrutural (a ideia de que plataformas são conduites entre duas categorias de consumidores) a uma finalidade (efetuar transações que não teriam ocorrido não fosse pela existência da plataforma), e parece ter norteado o Cade no enquadramento do iFood e da Gympass como plataformas digitais.<sup>7</sup>

Segundo: como consequência desse enquadramento conceitual, as duas decisões concessivas das medidas preventivas convergiram em termos de fundamentação. Em ambas, houve especial atenção a fenômenos bastante característicos das plataformas digitais: "efeito *tiping*", "efeitos de rede" e "vantagem do pioneiro", nomenclaturas utilizadas pelo próprio Cade.<sup>8</sup> Esse comentário não é a seara para avançar o acerto ou desacerto do enfoque adotado, mas indicia a visão mais restritiva que

5. CADE. *Gympass celebra acordo com o Cade no mercado de academias de ginásticas no Brasil*. Cade, Brasília, 21.09.2021. Disponível em: [www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/gympass-celebra-acordo-com-o-cade-no-mercado-de-academias-de-ginasticas-no-brasil].

6. ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003.

7. GAWER, Annabelle. Bridging differing perspectives on technological platforms: toward an integrative framework. *Research Policy*, v. 43, n. 7, p. 1239-1249, set. 2014.

8. Tais características são exploradas em: MORTON, Fiona Scott et al. Market Structure and Antitrust Subcommittee Report. In: STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, p. 23-79. Disponível em: [www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report]. Acesso em: 28.07.2022.

tende a ser adotada pela autoridade concorrencial com relação a cláusulas de exclusividade praticadas por plataformas dominantes em mercados digitais.<sup>9</sup>

Terceiro: a principal diferença entre as decisões está nos efeitos. A decisão no caso iFood impediu a celebração de novos contratos ou aditivos contendo cláusulas de exclusividade, mas não afetou os contratos vigentes sujeitos à exclusividade. Diversamente, no caso Gympass, a medida preventiva impôs à plataforma a ineficácia das cláusulas de exclusividade, de MFN e de quarentena também em relação aos contratos vigentes.

Embora isso represente uma medida mais drástica, os casos iFood e Gympass apresentam contornos fáticos diferentes, que justificam também remédios distintos. No primeiro, a exclusividade não seria uma pré-condição à agregação do restaurante ao iFood. Haveria restaurantes não sujeitos à exclusividade. No segundo, diversamente, além de a Gympass condicionar a agregação à exclusividade por meio de um contrato de adesão, a abrangência das academias vinculadas exclusivamente à Gympass – no Brasil – beiraria 80% a 90%, número que saltou aos olhos do Cade, tornando patente o fechamento de mercado para concorrentes e novos entrantes e fortalecendo a posição de dominância da Gympass. Além disso, a exclusividade estava atrelada a outras cláusulas igualmente anticompetitivas, como a de favorecimento ("MFN"), também reputada ilícita pelo Cade.

Quarto: as decisões sinalizam que a autoridade concorrencial brasileira está se valendo do instrumental antitruste atualmente vigente para lidar com mercados digitais, mesmo que isso exija certo grau de adequação/adaptação.<sup>10</sup> Exemplo disso é a maior fluidez na definição dos mercados relevantes: para configurar a posição dominante, o Cade tratou tanto o caso iFood, como o caso Gympass, pelo menos em sede cautelar, sob a ótica da dimensão geográfica nacional, apesar de os contextos regionais não necessariamente refletirem esse cenário. Note-se, todavia, que o Cade não deixou de efetuar a análise tradicionalmente aplicada no exame de restrições verticais, tanto que no caso Gympass afastou os efeitos da medida preventiva sobre os contratos em que a incumbente havia – de fato – realizado investimentos nas academias parceiras.

Esse tipo de atuação não se restringe ao Cade. Outras autoridades concorrenciais mundo afora também estão buscando – por meio do direito posto – soluções normativas para lidar com os novos problemas surgidos nos mercados digitais. A autoridade concorrencial alemã, por exemplo, utilizou-se da figura do abuso exploratório (que se diferencia do abuso exclusionário e discriminatório) para condenar o Facebook por impor a seus usuários o compartilhamento de dados pessoais com as demais empresas do conglomerado e por efetuar coleta de dados – sem consentimento de seus usuários – em sites de terceiros conectados às ferramentas do *Facebook for business*.<sup>11</sup> Perspectiva similar tem sido adotada pela autoridade concorrencial japonesa.<sup>12</sup> Até que se tenha mais clareza sobre os mercados digitais, sobre as plataformas e sobre os efeitos anticompetitivos de certas condutas, a tendência é que isso siga ocorrendo.

9. Importante considerar que há literatura defendendo a economicidade e as eficiências das cláusulas de exclusividade mesmo em plataformas digitais. A propósito: KLEIN, Benjamim. Exclusive dealing as competition for the distribution 'on the merits'. *George Mason Law Review*, v. 12, n. 1, 2003.

10. KHAN, Lina, The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, p. 973-1093, 2019. Disponível em: [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3180174](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3180174)]. Acesso em: 28.07.2022.

11. ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 4, p. 765-847, dez. 2021.

12. TAKIGAWA, Toshiaki. Super platforms, big data, and competition law: the Japanese approach in contrast with the USA and EU. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 9, n. 2, p. 289-312, jul. 2021.

Quinto e último: o instrumental teórico tradicionalmente aplicado para avaliar a validade da cláusula de exclusividade a partir de suas limitações geográficas, temporais, objetivas e pessoais<sup>13</sup> mostra-se possivelmente insuficiente em mercados digitais. Prova disso é a determinação do Cade à Gympass de que se abstinhasse de pactuar exclusividade com mais de 20% de sua base de academias credenciadas por Município ou zona municipal. Não necessariamente existe, nesse caso, problemas de validade com as cláusulas isoladamente consideradas. É o acúmulo de cláusulas em contratos em rede que faz delas potencialmente lesivas à concorrência e, conseqüentemente, inválidas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 4, p. 765-847, dez. 2021.
- FORGIONI, Paula. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 11 ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- GAWER, Annabelle. Bridging differing perspectives on technological platforms: toward an integrative framework. *Research Policy*, v. 43, n. 7, p. 1239-1249, set. 2014.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- KHAN, Lina, The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, p. 973-1093, 2019.
- KLEIN, Benjamim. Exclusive dealing as competition for the distribution 'on the merits'. *George Mason Law Review*, v. 12, n. 1, 2003.
- MORTON, Fiona Scott et al. Market Structure and Antitrust Subcommittee Report. In: STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, p. 23-79. Disponível em: [www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report]. Acesso em: 28.07.2022.
- ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003.
- TAKIGAWA, Toshiaki. Super platforms, big data, and competition law: the Japanese approach in contrast with the USA and EU. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 9, n. 2, p. 289-312, jul. 2021.

### JOÃO PEDRO KOSTIN FELIPE DE NATIVIDADE

Doutorando em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco) – USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Advogado. joao.pedronk@gmail.com

13. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Cláusula de não-concorrência ou de não-restabelecimento: evolução histórica, função econômica e análise jurídica. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

**LUIZ AUGUSTO DA SILVA**

*Doutorando em Direito na Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Advogado.  
luiz.augustosilva26@gmail.com*

**GUILHERME LUIZ HACK LAMY**

*Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Advogado.  
lamy,glh@gmail.com*

---