XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: João Marcelo de Lima Assafim; Maria De Fatima Ribeiro.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-622-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito e inovação. 3. Propriedade intelectual e concorrência. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Trata-se do grupo de trabalho (GT) número 52 (cinquenta e dois) intitulado DIREITO

INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA, realizado no âmbito do

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado no período de 07 a 09 de Dezembro

de 2022, em Balneário Camboriú – Santa Catarina. Este GT, fundado diante do

advento do sistema nacional de inovação (com pedra angular no artigo 218 da

Constituição da República Federativa do Brasil), teve sua importância reforçada do

papel da inovação nas políticas públicas de desenvolvimento. A perspectiva de

transição do capitalismo de “shareholder” para o de “stakeholder”, a luz da produção

intelectual de autores da envergadura de Mariana MAZZUCATO, terminou por criar

uma relação direta das políticas de inovação (e r. instrumentos de atribuição

patrimonial) com o desenvolvimento sustentável e o respeito aos direitos humanos,

para, ao fim e ao cabo, engendrar políticas crescimento econômico e de inclusão

social.

A obra intitulada “A propriedade intelectual e sua contribuição ao desenvolvimento

local: problematizações a partir da política catarinense de ciência, tecnologia e

inovação", da lavra de Reginaldo Pereira demonstra como as políticas públicas de inovação podem servir ao desenvolvimento, descortinando fragilidades do sistema nacional de inovação e que em que pontos tais politicas de ciência e tecnologia podem gerar crescimento econômico e desenvolvimento local e regional. As políticas do estado de Santa Catarina podem servir de referencia para toda a Federação.

O capítulo intitulado "Inovação e propriedade intelectual no Brasil: perspectivas e desafios", da autoria de Aline Lanzarin e Kerlyn Larissa Grando Castaldello, enfrentam os desafios da inovação. Alguns problemas como atraso do exame de pedidos de patente e de marcas no INPI (backlog), de um lado, e, pior, a desindustrialização que levou ao sucateamento da indústria de insumos impôs ao Brasil a dependência de matéria prima em vários setores (farmacêutico, alimentício, suplementos alimentaras, etc.). Outro ponto, polêmico, é a perda de cérebros, mas, deve-se considerar, não restrito a isso, pois tão ou mais relevante é a perda dos resultados de pesquisas financiadas com dinheiro dos contribuintes brasileiros. Há a falta de uma política de direitos de propriedade intelectual não só para a CAPES, CNPq e FAPs, como, também, para o sistema de avaliação do SNPG. O problema principal, na forma do debate no GT, ainda é o cultural.

O trabalho intitulado "Inovação social como mecanismo de acesso à informação e inclusão dos imigrantes no Brasil", da autoria de Ana Paula Nezzi e Kamila Lorenzi,

aborda a hipótese de inovação tecnológica a serviço do acesso à informação. São consideradas as hipóteses de criação de totens físicos para permitir a inclusão. Um exemplo a ser seguido por outras entidades e órgãos da República Federativa do Brasil. A ideia é extraordinária, mas, a partir dos debates, percebeu-se que, ainda que esse tipo de inovação venha acompanhado da percepção de que a propriedade intelectual seria despicienda para a inovação (de natureza humana), esta mesma percepção derrete quando seus criadores tentam “monetizar a inovação”. No entanto, nem sempre a tempo de se reparar a proteção de exclusivos a ponto de atrair investidores e/ou tornar a iniciativa autossustentável.

A obra intitulada “A presença da sustentabilidade como a quinta hélice dos Ecossistemas de inovação do Brasil: Análise dos documentos Normativos expedidos pelo MCTI nos anos de 2016 a 2020”, de titularidade de Erika Juliana Dmitruk recupera o problema da fragilidade das politicas de inovação, trazendo para pauta o meio ambiente e os direitos humanos. A discussão inclui a ESG no centro das politicas publicas de desenvolvimento com base no crescimento econômico e na inovação. A preocupação central, bem destacada nos debates no âmbito do GT, é a de se engendrar desenvolvimento pela sustentabilidade de longo prazo, e a importância de se ter uma politica de estado, não de governo. Aparece, também, aqui, a necessidade do MRE pelejar internacionalmente pela proteção dos biomas, patrimônio genético,

conhecimentos tradicionais e indicações geográficas como instrumentos de geração de riqueza para o Brasil e populações ribeirinhas, indígenas e quilombolas.

A pesquisa abrange o tema “Ambientes promotores de inovação API como instrumentos de desenvolvimento nas sociedades 5.0.: mapeamento dos programas de apoio no estado de Santa Catarina (2011-2021)”, de autoria de Tuana Paula Lavall, lança um olhar para as políticas públicas. O trabalho parte do Artigo 219, complementando o trabalho anterior realizado no âmbito das politicas catarinenses, para catalogar os ambientes promotores de inovação. Outro elemento importante foi o aporte de recursos por editais a partir do período em análise.

O capítulo intitulado “o direito autoral de obras criadas por inteligências artificiais”, de titularidade de Roberto Berttoni Cidade, traz uma polêmica já não tão nova, mas sujeita a problemas reais cada vez mais reais e concretos. A partir da obra de Pablo Esteban Fabricio Caballero, após o enfrentamento de uma lista de hipóteses, destaca-se o fato de que um robô não é pessoa, sendo, inclusive, mencionado, e destacado nos debates, a possibilidade de uma distorção do sistema de direito autoral implicar em concentração estrutural e incremento de poder econômico, em situações não previstas pela norma antitruste, bem como, a aparente omissão sobre os abusos de DPI por parte do fazedor de políticas públicas em alguns casos.

O trabalho intitulado “A (Im)possibilidade Jurídica de Proteção da Propriedade

Intelectual Criada por uma Inteligência Artificial", da lavra de Aleteia Hummes Thaines conclui no mesmo sentido do debate no trabalho anterior, destacando a natureza do direito e a legitimidade ativa do direito ao exclusivo.

A obra intitulada "Vida on-line e inovação: o impacto das novas tecnologias para o futuro do direito", da lavra de Fernando de Brito Alves e Amanda Quirino dos Santos Barbosa, traz um oportuno debate sobre o acelerado desenvolvimento tecnológico da nova economia. No entanto, novas plataformas podem alterar comercialmente métodos de negócio, mas não o direito positivo e categorias dogmáticas aplicáveis ao direito mercantil e civil, como já percebido pela OMPI nos debates sobre "las autopistas de la información" em meados dos anos 1990 em Sevilla, Espanha (vide Seminário Internacional da OMPI, 1996). De outro lado, o avanço tecnológico também ocorre em outros setores da economia e, fundamentalmente, com fundamento no uso estratégico de direitos de propriedade intelectual em mercados concentrados.

A pesquisa "Sandbox regulatório: instrumento estratégico para promoção da inovação sustentável" da autoria de Pablo Esteban Fabricio Caballero, a exemplo do serviço de interesse geral do direito administrativo espanhol. No entanto, o debate trouxe como pauta a necessidade de usar o, assim denominado, sandbox, para viabilizar a criação e capitalização de sociedades nacionais de capital nacional

competitivas no mercado global.

“Tecnologia e inovação: interrelação entre o crescimento econômico e o desenvolvimento econômico – o papel regulador do Estado” foi desenvolvido por José Carlos Francisco dos Santos e a partir da temática do direito ao desenvolvimento, a partir de autores como SHUMPETER, SHAPIRO, entre outros.

A obra “A função social da propriedade intelectual aplicada às tecnologias verdes: limites e possibilidades”, da autoria de João Pedro do Nascimento Costenaro, traz a lume a importância das políticas de desenvolvimento a partir dos vários bens portadores de tecnologia, com destaque para o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável. Nos debates, surgiu a necessidade de atuação do Itamaraty (MRE) na defesa de interesses nacionais como a indicação geográfica, patrimônio genético e conhecimentos tradicionais.

A pandemia e resolução número 247 foi abordada na obra da lavra de Rocha de Oliveira e Andressa Mendes Souza, intitulada “Propriedade intelectual em tempos de pandemia: a atuação do INPI no enfrentamento à COVID-19”. Há 16 modalidades de trâmite prioritário, todos positivos para a redução dos efeitos do backlog, no entanto, ainda não se sabe em que medida houve aceleração do procedimento e ganho para a sociedade.

A obra intitulada “Império TESLA (TSLA34) e a difícil adequação ao ESG: uma análise

baseada nos reflexos do custo social e da competitividade” da autoria dos pesquisadores Joasey Pollyanna Andrade da Silva e Maria de Fatima Ribeiro aborda a questão dos valores humanos e ambientais na governança corporativa com vetor de incentivo ao desenvolvimento sustentável. Os debates destacaram a necessidade do uso estratégico da propriedade intelectual combinada com a atenção aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável.

O artigo intitulado “Os reflexos contratuais da cláusula de exclusividade nas plataformas de comida no Brasil: uma análise da conduta anticompetitiva, tributação e renda” da lavra de Jonathan Barros Vita e Joasey Pollyanna Andrade da Silva indicam o risco de abuso de direito de propriedade intelectual e restrições verticais em mercados concentrados na nova econômica podem descortinar situações de abuso de posição dominantes e outras formas de restrições anticompetitivas. Com efeito, nos debates, a partir da citação de PIKETTY e HA JOON CHANG, há relação entre a velocidade da concentração do produto interno bruto superior a distribuição pelo crescimento econômico e a falência de políticas eficientes de distribuições de renda a partir do incremento do produto através de políticas de desenvolvimento, com base na educação, pesquisa aplicada e inovação tecnológica proprietária de sociedades brasileiras de capital nacional, e não, apenas, do endividamento público sem lastro no crescimento econômico.

O capítulo intitulado “(Estrutur)ação da Agência Nacional de Proteção de Dados: Efetividade do Órgão e Aplicabi(rea)lidade da Norma no Espaço Tempo Brasileiro Atual”, de titularidade de Raphael da Rocha Rodrigues Ferreira traz o tema da privacidade que, embora conhecido e relevante. Não há atividade que não dependa da disciplina da privacidade relativamente aos dados pessoais, mas, no entanto, o debate descortinou o fato de que a aparente falta de uma fiscalização com penas de algum significado econômico tem, de alguma forma, incentivado as sociedades empresarias a não se adequar, desde locadoras de automóveis a condomínios, passando por seguradoras de traficam interna e externamente dados pessoais sem autorização.

A pesquisa intitulada “Trade dress: Meio de Proteção à Concorrência Desleal e sua Conformidade Jurisprudencial e Legislativa”, foi desenvolvido pelo autor Fabio Fernandes Neves Benfatti, e destaca a importância do padrão de prova na repressão a concorrência desleal. O debate indica que uma serie de supostos critérios que não afere concorrência nem o desvio de clientela, elementos essenciais, para que se crie um pacote de elementos fracos podem induzir a instrução a erro e a uma distorção do instituto.

A obra de autoria de João Pedro do Nascimento Costenaro, intitulada “Os Conhecimentos Tradicionais e a Refundação do Sistema de Propriedade intelectual: A

Necessidade de um Regime Sui Generis” tem relevância indiscutível diante da inovação, da nova economia, das politicas de desenvolvimento, mas, não, sem o alerta do debate, no sentido de que um sistema sui generis, apartado da dogmática, tende a implicar em elevado risco para segurança jurídica.

Por todo este conteúdo, os trabalhos do GT52 do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito foram expostos a debate em uma tarde profícua de produção intelectual aplicada em resposta a demanda social e ao bom serviço do Sistema Nacional de Pós-Graduação na área do Direito, sem deixar de enfrentar problemas interdisciplinares colocados, trazendo soluções resultantes da análise sistêmica do Direito. Quizá, muitos destes problemas (e soluções) de interesse das outras 47 áreas do conhecimento (no âmbito do Conselho Técnico e. Científico da CAPES - CTC) relativamente ao sistema nacional de inovação.

Tenham uma excelente leitura.

Maria de Fátima Ribeiro

João Marcelo de Lima Assafim

OS REFLEXOS CONTRATUAIS DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NAS PLATAFORMAS DE COMIDA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA CONDUTA ANTICOMPETITIVA, TRIBUTAÇÃO E RENDA

THE CONTRACTUAL REFLEXES OF THE EXCLUSIVITY CLAUSES ON FOOD PLATFORMS IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF ANTICOMPETITIVE CONDUCT, TAXATION AND INCOME

Clara Kelliany Rodrigues de Brito [1]
Joasey Pollyanna Andrade da Silva
Jonathan Barros Vita

Resumo

Com base no presente estudo, avaliaram-se os reflexos contratuais e tributários oriundos do contrato com plataforma de comida no Brasil, sob o prisma da exclusividade e das possíveis restrições. Embora possam causar restrições à concorrência, as cláusulas de exclusividade podem produzir eficácia compensatória nas suas aplicações legais. Então, para determinar se sua natureza é benéfica ou anticompetitiva, é necessário determinar seu impacto líquido. Essa inspeção envolve a análise de vários critérios elencados pela norma antitruste e outras fontes. Nesse sentido, a problemática proposta visou analisar, em que medida, a cláusula de exclusividade viola a concorrência impactando a tributação e, consequentemente, a renda dos aderentes do contrato nas plataformas digitais de comida no Brasil? Para a pesquisa, foi empregado metodologia dedutiva com abordagem qualitativa, baseada em materiais bibliográficos e relatórios descritivos, objetivando aprimorar ideias por meio de informações indexadas de estudo sobre o tema em tela, assim como análise de julgados. Sobre o prisma da Análise Econômica do Direito, conclui-se que a cláusula de exclusividade, por si só, não funciona como conduta anticompetitiva, já que ela tem por objetivo fortalecer os laços de lealdade entre as partes, ensejando arranjos eficientes. Constatou-se, também, a ausência de parâmetros nas decisões do Cade quanto ao que se considera fechamento de mercado.

Palavras-chave: Cade, Cláusula de exclusividade, Conduta anticompetitiva, Plataformas digitais, Tributação

Abstract/Resumen/Résumé

In this study, we evaluated the contractual reflexes and the taxes from the contract with the food platform in Brazil, under the prism of exclusivity and possible restrictions. While they may cause restrictions on competition, exclusivity clauses can produce compensatory effectiveness on their apllication. Thus, to determine if its nature is beneficial or anti-competitive, is necessary determine its net impact. This inspetion takes many criteria to the analysis listed by the antitruste standard and other sources. In this sense, the given

[1] Mestranda em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social – da Universidade de Marília – UNIMAR; Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique – UPT.

problematic aimed to analyse in what matter the exclusivity clause violates competition by imapacting the taxation and, consequently, the income of the contract's adheration on digital food platform in Brazil? The research applied the deductive methodology with a qualitative approach, based on bibliographic materials and descritive reports, aiming to improve ideas by means of indexed information from studies on the theme in question, plus the analysis of judgments. Under the prism of the Economic Analysis of Law, it is concluded that the exclusivity clause, by itself, does not work as an anticompetitive conduct, since its aim is to strengthen the bonds of loayalty between the parties, leading to eficient arrangements. It was also noticed the absence of parameters in Cade's decisions as to what is considered market foreclosure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cade, Exclusivity clause, Anticompetitive conduct, Digital platforms, Taxation

INTRODUÇÃO

Devido ao incremento de rotinas e atividades cada vez maior na vida das pessoas, criaram-se meios para otimizar o tempo desperdiçado para execução de algumas ações rotineiras, como a perda significativa de tempo no deslocamento das pessoas para almoço, em que, dependendo da situação, tenha de enfrentar trânsito ou fazer uma longa caminhada, além da espera para o preparo do seu pedido. Ou seja, estaríamos falando de perda de um tempo que poderia ser usado para o descanso intrajornada, ou, ainda, para o adiantamento de tarefas. De qualquer forma, isso implica perdas. E, pensando nessa demanda, surgiu o serviço de delivery, que, ao longo dos anos, foi aperfeiçoado, sofrendo grandes modificações, inclusive tecnológicas.

Alavancado, nos últimos anos, em decorrência da pandemia da Covid -19, o segmento de delivery mostrou-se um meio eficiente para atender à demanda gerada pela situação de restrição. Tais medidas contribuíram, ainda mais, para o fortalecimento das plataformas de vendas *online*, inclusive as plataformas de comida.

A busca por novos contratos e parcerias para suprir o aumento da demanda no segmento desencadeou, entre as plataformas de vendas *online* de comida, uma acirrada competição, culminando em contratos complexos e exclusivos. A adesão em massa desse modelo contratual praticado pela plataforma *Ifood* foi responsável por ensejar, juntamente ao Cade, denúncias de anticompetitividade e fechamento de mercado.

Diante desse cenário, surge o seguinte problema: em que medida a cláusula de exclusividade viola a concorrência impactando a tributação e, consequentemente, a renda dos aderentes do contrato nas plataformas digitais de comida no Brasil?

Para a pesquisa, empregou-se metodologia dedutiva com abordagem qualitativa, baseada em materiais bibliográficos e relatórios descritivos, objetivando aprimorar ideias por meio de informações indexadas de estudo sobre o tema em tela, assim como análise de julgados.

Para encontrar as hipóteses do problema em voga, a pesquisa teve como objetivo analisar os reflexos contratuais e tributários, oriundos do contrato com plataforma de vendas *online* de comida no Brasil, sob o prisma da exclusividade, bem como traçar o impacto líquido dessa transação para o mercado.

Nesse cotejo, sobre o prisma da Análise Econômica do Direito, o presente estudo foi estruturado em cinco partes. No primeiro tópico, abordaram-se diretrizes do direito concorrencial e da cláusula de exclusividade. No tópico seguinte, apresentaram-se as restrições

verticais no Brasil, dando sequência ao estudo da verticalização, trabalharam-se os aspectos econômicos do contrato e das cláusulas de exclusividade nas plataformas de comida.

Também, analisaram-se os aspectos contidos na denúncia que originaram o processo preparatório responsável pela possibilidade de conduta anticompetitiva por parte da plataforma de comida *ifood*.

No penúltimo tópico, abordaram-se as implicações tributárias, oriundas do contrato entre a plataforma de comida e o restaurante parceiro, bem como alguns benefícios oferecidos pelas plataformas, que trazem reflexos significativos para o mercado, merecendo atenção dos órgãos de fiscalização. Por fim, na última parte, teceram-se as considerações finais.

1. O DIREITO CONCORRENCIAL E A CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE

O direito de concorrência é essencial nas economias de mercado para garantir a livre competição entre agentes econômicos, porque os benefícios provenientes dela são transferidos diretamente para a sociedade, impactando, diretamente, o bem-estar social, como as inovações tecnológicas que são oferecidas com melhores preços e maior qualidade, em decorrência da globalização econômica.

A liberdade de concorrência favorece, indiretamente, o interesse do consumidor, que, por sua vez, ganha com a qualidade e variedade de bens e serviços oferecidos com preços mais atrativos. Logo, o interesse das empresas concorrentes é exercer a liberdade negocial e acender com base em seus valores e ganhos de eficiência produtiva (CORDOVIL, 2011).

No Brasil, o marco regulatório do direito de concorrência se deu em razão da Lei n. º 4.137/1962, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, ganhando maior destaque em 1994, com a Lei n.º 8.884/1994. Alguns anos mais tarde, com o advento da Lei n.º 12.529/2011, estruturou-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, tendo sido o Cade determinado como principal órgão responsável pela defesa da concorrência, extinguindo a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, de modo que, atualmente, em sua estrutura organizacional, o Cade, que é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, onde atua em todo território nacional, assim, se divide: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos (MASSO, 2013).

Além disso, há a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão vinculado ao Ministério da Economia. Compete a este articular e promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (MASSO, 2013).

Também é importante destacar que o Ministério Público Federal atua, juntamente, ao Cade, podendo emitir pareceres (exclusivamente) nos processos para imposições de sanções administrativas por violação às diretrizes de ordem econômica. Por sua vez, a AGU – Advocacia Geral da União, por meio da Procuradoria Federal Especializada, presta consultoria e representa o Cade judicialmente (BRASIL, 2011).

Por fim, o Cade possui premissas legais que se fincam na prevenção e repressão às transgressões em face da ordem econômica, orientadas pelas diretrizes constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico, compreendendo os atos de concentração (prevenção) e as ações anticoncorrenciais (repressão) (BRASIL, 2011).

Assim, o direito de concorrência é o ramo que analisa o comportamento competitivo das pessoas (indivíduos) e empresas que atuam em um determinado mercado, usando o prisma econômico e legal. Tal conceito é bastante intuitivo, mas o direito da concorrência não estuda, somente, as relações estabelecidas entre concorrentes. O seu cerne se estabelece no comportamento adotado pelos indivíduos e pelas empresas para estabelecer a concorrência suscitada pelo mercado. Na verdade, ele se atém em avaliar a concorrência no mercado (TAUFICK, 2014).

O cenário concorrencial oriundo dos mercados clama pela análise avaliativa dos competidores delineados no patamar de igualdade, ou seja, numa concorrência horizontal, mas também se faz necessário buscar a análise entre empresas estabelecidas em níveis distintos do processo produtivo, devendo ser observados, até mesmo, por segmentos inter-relacionados, como os denominados mercados de conglomerados, pois, entre eles, existe a concorrência vertical (TAUFICK, 2014).

Tais análises são indispensáveis para reprimir e restringir as condutas que se qualificam como abusos de poder econômico, pois é importante ressaltar que a livre-iniciativa não é irrestrita, uma vez que é necessário limitá-la para não haver danos potenciais à livre concorrência. Além do mais, o mercado regulado é primordial para coibir externalidades sociais que ocasionem qualquer obstrução para seu regular funcionamento e acabe suscitando a intervenção do Estado (FIGUEREDO, 2014).

Com isso, a regulação tem um viés proativo, em que se criam regras que, uma vez transgredidas, ensejaram a punição direta de seus transgressores. Dessa forma, a defesa da concorrência é necessariamente observada, sob a égide governamental, por meios dos órgãos que tutelam o direito de concorrência. Destaca-se que a defesa da concorrência, em nenhuma hipótese, deve ser confundida com a regulação de mercado, porque a primeira é reativa e a

segunda é proativa. E, devido à especificidade, a regulação setorial de mercado prepondera sobre a defesa da concorrência, principalmente em eventos em que esta não pode ser conciliada, em que tal postura é excepcional, devendo ocorrer dentro limite necessário (CASAGRANDE; PEREIRA NETO, 2016).

Quanto às cláusulas de exclusividade ou não concorrência, elas têm por objetivo impedir que o alienante desempenhe concorrência com o adquirente, por tempo determinado e de modo que possa usufruir da atividade empresarial, desempenhada pelo adquirente no momento da celebração do contrato. Tal cláusula visa somar à atividade do alienante as atividades empresariais desenvolvidas pelo adquirente, de forma exclusiva para que o alienante possua o domínio da atividade produtiva desenvolvida pelo aderente (TARTUCE, 2021).

Porém, em virtude dos preceitos constitucionais oriundos do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 e da Resolução n. º 20/99 do Cade, as cláusulas de exclusividade estão inseridas na modalidade de restrições verticais vigentes no ordenamento brasileiro. "De forma geral, uma cláusula de exclusividade determina que o revendedor compre seus produtos de apenas um fornecedor" (HOVENKAMP, 1999, p. 430). Logo, o adquirente não tem o direito de contrair mercadorias de nenhum concorrente do vendedor (alienante) por determinação estipulada em contrato.

Destaca-se que a cláusula de exclusividade deve ser diferenciada da cláusula de divisão de mercado, pois nesta há a delimitação geográfica de atuação do revendedor, ela pode vir ou não acompanhada da cláusula de exclusividade. As cláusulas de divisão de mercado incidem sobre a concorrência da mesma marca, na medida em que impedem os revendedores de um mesmo produto concorrer entre si.

2. AS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO BRASIL

As relações de exclusividade podem envolver cláusulas restritivas estabelecidas pelos organismos econômicos nas relações contratuais, e se constituem de duas formas: (a) direitos exclusivos ou (b) exclusividade de fato. Embora a lei estipule, claramente, a exclusividade (ordinariamente por meio cláusulas contratuais), a exclusividade de fato se caracteriza, principalmente, em descontos dependendo das circunstâncias específicas de determinada prática (preço e quantidade de descontos) e de uma empresa igualmente eficiente para replicá-la. Em qualquer caso, quer seja descrito como exclusivo de direito, ou de fato, parece que a principal preocupação é a competição em relação à restrição que envolve o risco de fechamento

do mercado (encerramento do mercado) para concorrentes potenciais ou efetivos, ao ponto que desvirtue a competição (TAUFICK, 2014).

Sobre o prisma concorrencial, a Lei de Defesa da Concorrência enquadra a figura da cláusula de exclusividade nos moldes do art. 36, parágrafo 3º, incisos "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" (BRASIL; LEI N. º12.529/2011).

Portanto, é nesse sentido que os contratos de exclusividade podem ensejar restrições verticais potencialmente exclusivos e, consequentemente, descambando para posição dominante no mercado e configurando abuso. No entanto, essa conclusão somente pode ser alcançada após uma análise criteriosa do impacto líquido de uma determinada situação, já que há várias possibilidades de construções de relacionamento que podem produzir eficiência compensatória da relação de exclusividade (PEREIRA, 2018).

Sobre esse aspecto, a prática pode desencadear uma demanda que visa promover fortes investimentos que podem justificar a plausibilidade do contrato de exclusividade, além de evitar o efeito carona de terceiros sob alguns investimentos específicos, que seria completamente injusto com o agente investidor, como nos casos de exposição de mercadorias de determinadas marcas em bem cedido em comodato[1].

Desse modo, há possibilidade do uso da cláusula de exclusividade cabendo aos agentes econômicos, sempre que ameaçados, formular denúncia juntamente ao Cade, para que ele possa ponderar perante o caso concreto, a fim de analisar as eficiências e os prejuízos em decorrência da cláusula de exclusividade, além de proferir se tal conduta é ou não anticompetitiva. Tais incidências ocorrem com base na norma antitruste, que avalia, de forma cuidadosa, os reflexos das seguintes premissas: I) definição do mercado e existência de *status* dominante do agente investigado; II) análise dos efeitos da falha de mercado; III) julgamento dos efeitos negativos efetivos e potenciais (BRASIL, CADE, 1999).

A primeira premissa se finca na avaliação de posição dominante do agente econômico em determinado mercado, em decorrência da cláusula de exclusividade. Nesse sentido,

[1] No Processo Administrativo N. º 08012.007423/2006-27, a Unilever Brasil Ltda e a Nestlé Brasil Ltda possuíam contratos com a previsão de comodato de *freezers*/geladeiras. Elas cederiam os equipamentos (*freezers* ou geladeiras) ao estabelecimento ou pontos de venda dos revendedores e, em troca, exigiriam que somente seus próprios produtos fossem armazenados nos seus equipamentos. A Superintendência-Geral do Cade entendeu que "sendo os equipamentos de propriedade das Representadas, que arcam também com custos de manutenção e instalação, é razoável a exigência de contrapartida (exclusividade do uso de freezers), do contrário, haveria possibilidade de comportamentos oportunistas de concorrentes" (BRASIL, CADE, 2006). Ante tal entendimento, o processo foi arquivado.

"presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia" (BRASIL, LEI N. º 12.529/1, §2º).

A análise da conduta em tela se assenta no risco de que o agente dominante utilize da vantagem competitiva frente ao mercado, e obrigue seu cliente ou distribuidor a adquirir somente seus produtos, ou, ainda, exigir que determinado fornecedor o abasteça com exclusividade. Tais condutas, de plano, prejudicariam as empresas rivais perante o mercado, afetando, portanto, a capacidade de concorrências desses agentes e, consequentemente, a empresa detentora da exclusividade se tornaria líder de mercado (PEREIRA NETO, 2016).

Ademais, a irrestrita limitação à autonomia da vontade contratual acarretaria em abusos nos mais diversos aspectos legais, motivo pelo qual a lei antitruste veda quaisquer condutas que ensejam violações deliberadas ao princípio constitucional da livre concorrência, pois quanto mais relações de exclusividades forem constituídas, mais complicado será para os competidores ampliarem sua atuação no mercado, dando ensejo ao tão temido "fechamento de mercado" (PEREIRA NETO, 2016).

Logo, constatada a presença do primeiro requisito, será analisada a segunda premissa, a análise de fechamento de mercado. Tal avaliação é de cunho multifatorial, pois, primeiramente, deve se levantar o quanto é realmente esse fechamento de mercado, ou seja, o índice de fechamento, que é mensurado com base no número efetivo de vendas e o número de agentes atingidos, tais números são avaliados sob o aspecto total de vendas X agentes existentes no mercado. (TAUFICK, 2011).

No Brasil, atualmente não há uma jurisprudência consolidada sobre os coeficientes para se considerar o fechamento de mercado em decorrência de celebração do acordo de exclusividade para que se determine tal conduta como anticompetitiva. Logo, a insegurança jurídica e econômica é ditada pelo termômetro mercadológico que dependerá, exclusivamente, do entendimento do Cade, que, com referência em algumas decisões, são baseadas em métricas completamente abstratas[2].

[2] Tal afirmação tem como base os julgados envolvendo a Celular CRT S.A. que avaliou acordos de exclusividade entre a companhia de telecomunicações dominante no Rio Grande do Sul e varejistas, onde se constatou índice maior que 60% em alguns mercados, conforme dados confirmados pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e o processo de fechamento de mercado foi arquivado. Processo Administrativo n. º 53500.000502/2001 – DOU: 09.06.2008.
Quanto a bebidas, definiu-se o índice de 8% do total de estabelecimentos atendidos pela Ambev nas diferentes regiões do País. Índices definidos segundo o despacho do Presidente do Cade (CADE N. 136/2015) no Requerimento 08700.004578/2015-44 (pp. 5-6), referente ao PA n. º 08012.002608/2007-26, que apurou suposta

Destaca-se que, além da abrangência da cláusula de exclusividade, os estudos sobre fechamento de mercado devem observar a fixação de prazos para duração da restrição, que, conforme o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade, devem ser de "cinco anos, podendo, entretanto, esse prazo ser reduzido ou estendido, a depender do período de maturação do negócio envolvido" (2016, p.56).

Nesse sentido, o Guia para Análises de Atos de Concentração Horizontal do Cade, nos moldes do artigo 36 da Lei 12.529/2011, determina que a "cláusula de não concorrência será considerada ilegal se objetivar limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar MR de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante" (2016, p. 56).

Contudo, é importante destacar que, somente perante o caso concreto, se pode avaliar. Do mesmo modo, nos eventos em que o prazo da exclusividade for extenso e for constatado o fechamento do mercado, é indispensável, ainda, verificar a razoabilidade dessa permanência. Ressalta-se, também, a importância da avaliação temporal da cláusula de exclusividade que vislumbra a previsão de cláusulas renovatórias preferenciais deve se ater a possíveis danos. Isso porque quanto maior a duração do contrato com direito de preferência à renovação, mais complicado será para os concorrentes fisgarem o cliente ou fornecedor da empresa dominante[3].

Portanto, podemos constatar que o estudo de fechamento de mercado exige que sejam avaliados os aspectos inerentes às especificidades do mercado em que se estabelece a situação

irregularidade concorrencial decorrente da exclusividade de vendas e da política de refrigeração adotada pela Ambev.

Embora se declare, no art. 36 § 2º da Lei n. 12.529/11, que se considera fechamento de mercado quando o agente dominante possuir mais de 20% do controle de mercado; esse parâmetro não é taxativo, como demostrado nos precedentes citados. Cabe ao Cade avaliar cada caso. O que nos leva a pensar, livremente, sobre os parâmetros atribuídos e deixando ao acaso para que o Cade exerça a "CADEastrologia", brincaras à parte, é necessário que o Cade estabeleça um índice taxativo para resguardar o mercado. A exemplo, podemos citar os parâmetros norte-americanos, *"since Jafferson Parish, exclusive dealing is rarely condemned on market share foreclosures lower than 30% or 40%"* (HOVENKAMP, Op. Cit, p. 437).

A fixação de tais coeficientes, ou seja 30% a 40%, são o suficiente para aceder alertas para possíveis violações à ordem concorrencial norte-americana. Logo, afirma-se que, no mercado brasileiro, onde nossas tradições comerciais são recentes em comparação às norte-americanas, é necessário e imprescindível que o Cade determine índices concretos de orientação.

[3] Um exemplo claro dessa orientação está presente no PA n. º 08012.003048/2001-31, em que a empresa Globosat Programadora Ltda e Globo Comunicações e Participações Ltda possuía a exclusividade na aquisição dos direitos de transmissão dos campeonatos de futebol profissionais transmitidos. O Cade reconheceu a conduta abusiva da previsão de exclusividade e direito de preferência nas renovações do contrato, evitando, assim, que as empresas concorrentes se inserissem no mercado, pois, em virtude do status dominante do grupo Globo, ela sempre poderia fazer a proposta financeiramente mais vantajosa. Diante das constatações elencadas, celebrou-se um Termo de Ajuste de Conduta entre as empresas e o Cade, em que se estabeleceram diversas obrigações à Globo, a exemplo que ela sublicenciasse os canais e não mais celebrasse contrato com fins similares às obrigações de exclusividade (BRASIL, CADE, 2001).

de exclusividade. A inobservância a tais critérios enseja inúmeros arquivamentos de investigações do Cade, por se constatar a presença de rivalidade comercial[4].

Por fim, se for constatado o fechamento de mercado, isso passará para a última etapa de avaliação, em que se ponderará sobre o prisma dos efeitos potencialmente negativos e compensatórios em decorrência da cláusula de exclusividade. Assim, caberá à terceira premissa analisar, individualmente, se as restrições conferidas possuem relação com o cerne do negócio e quais efeitos elas geram no mercado. Isso porque, caso seja constatado que os efeitos são positivos ou compensatórios, e justifiquem parâmetros razoáveis de racionalidade econômica, poderá gozar da exclusividade legítima (PAGOTTO, 2012)

Na Ação Civil n. º 8012.012740/2007-46, referente à exclusividade firmada para distribuição de livro eletrônico, o Cade, ao analisar o caso, constatou que a duração da cláusula de exclusividade firmada era razoável, considerando-se que a distribuição de livros eletrônicos ainda estava em estágio incipiente no mercado, de modo que a existência de tal cláusula era indispensável e vital para o modelo do negócio que pretendia se firmar como operação.

Outra situação que podemos citar são os contratos que tratam da figura da cláusula de raio, que são caracterizadas como cláusulas territoriais de exclusividade, e que, por sua vez, são enquadradas como restrições legítimas, sempre que elas forem acessórias. Nesse sentido, o Processo Administrativo n. º 8012.012740/2007-46 esclarece que, mesmo possuindo característica anticompetitiva, a cláusula de raio não gera tal efeito, por se fincar dentro de parâmetros aceitáveis que gozam de racionalidade econômica (BRASIL; CADE, 2007).

Ademais, a ponderação razoável é meio indispensável para avaliar a restrição concorrencial e aos fins que ela se destina. Assim, é essencial para determinar se a cláusula de exclusividade, ainda que acarrete fechamento de mercado, é ou não proporcional ao caso concreto. A exclusividade deve ser examinada sobre seus diversos aspectos e ponderando amplamente seus reflexos (BAGNOLI, 2013).

Destaca-se que a cláusula de raio deve observar os critérios de duração, a dimensão territorial e sobre quem ela recai. Tal estrutura analítica é vital para a legitimidade dela, pois, a partir da análise meticulosa desses critérios, seus fins são considerados legítimos e consequentemente convalidados (TAUFICK, 2014).

[4] Processo Administrativo n. º 08012.000790/2002-76 de 2005, em que o Cade determinou o arquivamento do processo por ter sido constatado a presença de efetiva rivalidade concorrencial de Sistemas GDS e a disseminação no mercado de agências de viagens (BRASIL, DOU: 11.08.2005).

Por fim, perante o exposto, as restrições somente serão completamente legítimas se atender as premissas cumulativas estabelecidas, ou seja: I) definição do relevante do mercado caracterizada pela posição dominante; II) a avaliação detalhada do fechamento do mercado; e III) ponderação dos efeitos efetivos e potenciais. Há possibilidade de legitimação do fechamento de mercado sobre essa última premissa, desde que seja plausível, que seja por período determinado, que possua característica acessória e esteja ligado, diretamente, ao cerne do negócio.

2.1. Os aspectos econômicos do contrato e da cláusula de exclusividade nas plataformas de comida no Brasil

Para se adentrar ao estudo dos aspectos econômicos contratuais em decorrência da exclusividade, devem-se vislumbrar os reflexos de tal contrato. Sobre esse tema, o Cade se posicionou no sentido de reconhecer duas nuances dos efeitos anticoncorrenciais decorrentes da exclusividade. A primeira seria a obstrução de mercado, e a segunda, o possível surgimento de cartéis. Tais afirmações são oriundas do entendimento majoritário da doutrina americana que estabelece os elementos mencionados (PITOFSKY, 1997).

Embora haja a predominância dos reflexos potencialmente negativo da cláusula de exclusividade, a doutrina defensora do *Law and Economics* sustenta que a celebração dos acordos de exclusividade é garantia da lealdade dos revendedores, porque tal acordo visa coibir que os agentes econômicos rivais possam desfrutar das suas plataformas de revenda.

Frederic Scherer (1990), um dos grandes defensores da cláusula de exclusividade, acastela que os acordos exclusivos constituem meios de compensar o fabricante pelos limites geográficos exclusivos cedidos aos distribuidores, além de defender que a celebração da exclusividade garante o máximo de empenho por parte do distribuidor. Do outro lado, com posicionamento diverso, Howard Marvel (1982) tece fortes críticas sobre tais aspectos. Para ele, a existência da exclusividade é meio irregular para criar obstáculos a novos fabricantes e concorrentes. E acrescenta que os acordos oriundos da exclusividade constituem uma forma de assegurar o direito de propriedade dos produtores/fabricantes sobre os produtos/serviços por eles fornecidos (PEREIRA, 2018).

Embora os argumentos supracitados tenham um viés de sustentação, não se pode afirmar que as cláusulas de exclusividades são ruins ou boas, motivo pelo qual o atual sistema antitruste vigente no Brasil determina a análise sobre o caso concreto sob os critérios já mencionados no tópico anterior.

O acordo de exclusividade, como meio de exclusão dos concorrentes, consiste naqueles que visam excluir um terceiro da relação, como um produtor de hortaliças se compromete a vender toda sua capacidade produtiva de hortaliças a um único restaurante. Assim, essas hortaliças, na prática, serão excluídas de todo mercado. Logo nenhum outro agente poderá comprá-las. Desse modo, a celebração do acordo de exclusividade, com longa duração, vincula toda a futura produção a determinado agente, excluindo, assim, terceiros.

Tal conduta, à primeira vista, parece um excelente negócio para as partes e inofensivo para o mercado, tendo em vista que se trata de um pequeno produtor de hortaliças e um pequeno restaurante. Porém, ao se extrair tal situação para agentes economicamente mais fortes, tem-se um possível fechamento de mercado (BAGNOLI, 2013).

Sob esse prisma, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade acatou a denúncia que culminou na vedação das plataformas de comida *I food*, que firmem novos contrato de exclusividade com restaurantes, ou alterem contratos já celebrados, para incluir a cláusula de exclusividade, até a conclusão das investigações[5].

A determinação do Cade se fundamentou na perspectiva de que a plataforma de comida *I food* possui considerável participação no mercado de plataformas digitais de entrega de comida (*delivery*) e seria necessário avaliar, criteriosamente, tais implicações, sendo necessária, portanto, a investigação sobre os reflexos contratuais da cláusula de exclusividade ao longo da investigação.

Ademais, a Superintendências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade destacou que a plataforma de comida *I food* estaria celebrando contratos especialmente com restaurantes de posição estratégicas (vitrines), que, por sua vez, são chamarizes de clientes para as plataformas. Destaca-se que tal medida preventiva será aplicada, somente, para contratos futuros. Os contratos já celebrados podem ser renovados com a permanência da cláusula de exclusividade desde que não ultrapasse um ano de duração. O Cade pode, a qualquer

[5] Em relação à denúncia apresentada pela plataforma de comida Rappi, a empresa alega que a abordagem adotada pela concorrente *I Food* cria "forte incentivo à adesão dos restaurantes ao modelo de negócio restritivo, o que provoca fechamento do mercado para plataformas concorrentes". A plataforma Rappi também afirma que, "no mundo inteiro, há preocupação com plataformas digitais dominando determinados mercados. O mercado de delivery de comida no Brasil é muito concentrado na plataforma de comida *I food"*. (BRASIL, CADE, PP n.º 08700.004588/2020-47. p.4).
A Associação Brasileira de Bares e Restaurantes também apresentou ao Cade denúncia em face da plataforma *I food* e assegura que os restaurantes se tornaram "dependentes" da plataforma do *I food* em decorrência da pandemia, quando houve o fechamento dos estabelecimentos, onde à época só era permitido o funcionamento com entregas. Desse modo, eles estariam compelidos a celebrar contratos de exclusividade com a plataforma. A extinta plataforma de comida Uber Eats também protocolou pedido de intervenção como terceiro interessado (BRASIL, CADE, PP n. º 08700.004588/2020-47).

momento, suspender ou alterar tais medidas se constatar que houve fechamento do mercado (BRASIL; CADE; 2020).

Por fim, perante o exposto, fica-se refém da conclusão do procedimento preparatório aberto pelo Cade para apurar possíveis restrições mercadológicas da plataforma de comida *I food* e decidir se tais avaliações refletem ou não a configuração de fechamento de mercado.

3. DAS IMPLICAÇÕES TRIBUTÁRIAS DO CONTRATO EM TELA

As mudanças nos comportamentos negociais "se tornaram ainda mais complexas já que tem sido destacada novas maneiras do público se relacionar com certos produtores e produtos, nas quais a sua ação requer atenção, pois as pessoas ganharam poder de negociação com as novas tecnologias" (OLIVEIRA, 2020, p. 46). Pensando nessa demanda, o serviço de *delivery* sofreu grandes modificações, inclusive tecnológicas.

Com isso, o segmento cresceu, sendo responsável direto por uma fatia significativa do mercado.

> O mercado global de entrega de alimentos online deve atingir US$ 151,5 bilhões em receita e 1,6 bilhão de usuários em 2021, um salto de 10% ano a ano (...). As estatísticas mostram que a receita do mercado global de entrega de alimentos online aumentou 27% ano a ano, atingindo US$ 136,4 bilhões em 2020. A tendência de aumento deve continuar nos anos seguintes, com o número subindo para US$ 182,3 bilhões em 2024. Muitos restaurantes também aumentaram o serviço de entrega durante a pandemia e planejam continuar investindo no serviço. Em 2019, as receitas do segmento global de entrega de restaurante ao consumidor totalizaram US$ 53,6 bilhões. Esse número saltou 22,5%, para US$ 65,7 bilhões, em 2020. A tendência de aumento deve continuar nos próximos anos, com as receitas aumentando para US$ 85,5 bilhões em 2024 (STOCK APPS 2021, p1).

Para entender os reflexos da celebração do contrato de exclusividade com as plataformas de comida, é necessário apresentar as peculiaridades gerais desse contrato e, posteriormente, debruçar-se sobre as implicações tributárias, bem como suas vantagens e desvantagens.

Como regra geral, os restaurantes aderem ao contrato de *delivery*, juntamente às plataformas, em que é cobrada uma taxa que pode variar de 12% a 30% sobre cada pedido. Dessa forma, fica a critério do estabelecimento contratante se vai ou não repassar os custos para o cliente, ou vai encaixar como custo fixo do seu negócio. Além do repasse da taxa, é devida uma mensalidade fixa que varia de plataforma para plataforma[6].

[6] Os dados referentes aos custos de alíquotas, cobradas sobre os pedidos, foram coletados nos *websites* da plataforma ou *websites* de consultoria. Para enriquecer mais este estudo, apurou-se que a plataforma:

- ifood: No seu *site*, oferece dois planos de entrega: o primeiro, denominado de plano básico, determina que a entrega seja feita pelo restaurante, incide uma alíquota de 12% sobre os pedidos mais a incidência de 3,5% referente a taxa para pagamentos via ifood e mensalidade de R$ 100,00 para quem faturar mais de R$1.800,00

Para uma visão menos abstrata, utiliza-se, a título didático, o plano oferecido pela plataforma de comida *I food*, que oferece dois planos. O primeiro é o "plano básico", que consiste na seguinte proposta: a empresa contratante fica isenta da mensalidade por três meses e deve pagar um percentual de 12% sobre os pedidos acrescido de 3,5% para pagamentos via plataforma. Após o primeiro mês, será cobrado um valor de R$ 100,00 reais mensais para operações que faturarem mais de R$ 1.800,00 por mês e as entregas ficam a cargo da empresa. Já no segundo plano, denominado de "plano entrega", o pedido será entregue pela plataforma, e os descontos sobre o pedido são de 23% nos três primeiros meses e, após tal período, o valor pode chegar a 27%, incluindo a taxa de entrega. Nessa modalidade haverá a cobrança de mensalidade após os três primeiros meses, no valor de R$ 130,00 reais por mês, para operações que faturarem mais de R$ 1.800,00 mês (BRASIL, IFOOD, 2022).

Assim como todo negócio, a adesão aos serviços prestados pelas plataformas precisam de estudo e planejamento, para que não se torne um problema para o contratante, implicando perdas significativas no faturamento, já que, usando o exemplo citado, haverá uma fatia significativa devido à plataforma, ressalvando que, na maioria das vezes, os pagamentos dos clientes são feitos de forma online, em que, após o primeiro mês, se terá a seguinte equação: 27% + 3,5% + mensalidade a depender do plano aderido.

Por conseguinte, sob o prisma tributário, primeiramente, deve-se analisar o regime ao qual a empresa contratante foi inserida, quer seja, lucro real, quer seja lucro presumido, além do simples nacional (neste estão incluídos os Microempreendedores Individuais – MEI). O primeiro, geralmente, é o regime escolhido por empresas de maior porte. Nesse regime, a empresa paga imposto de renda e as contribuições sociais sobre as diferenças positivas entre receita e despesas. Já o segundo regime se aplica a empresas com o lucro superior a 32% do faturamento bruto, geralmente. Por fim, o Simples Nacional se aplica a pequenas empresas com faturamento de até R$ 4,8 milhões ao ano, oferecendo alíquotas menores e administração tributária simplificada com o pagamento de uma única guia. Desse regime há uma subcategoria

mês. O segundo plano, denominado plano entrega, consiste na entrega feita pelo aplicativo, em que se cobra a alíquota de 23% sobre os pedidos mais a incidência de 3,5% referente à taxa para pagamentos via ifood mensalidade de R$ 130,00 para quem faturar mais de R$1.800,00 mês. Porém, esse valor pode chegar a 27% segundo dados da Saipos Consultoria (BRASIL, IFOOD, 2022).

- Rappi: não há informações no *site* oficial da empresa. Porém, o consultor de marketing Pedro S. Goulart, no seu *site*, informa que a "a Rappi cobra até R$150 de taxa de adesão, mais uma comissão por venda, que pode variar de 12% até 30%, dependendo dos serviços que vai utilizar" (2021). Segundo ele, a empresa possui dois planos, o primeiro seria o entrega do seu jeito em que não há mensalidade, o custo de adesão é de R$ 40,00 e incide uma alíquota de 12% sobre os pedidos mais a incidência de 3,5% referente à taxa para pagamentos online. O Segundo plano, chamado de *Full Service*, refere-se à taxa de adesão, cujo custo é de R$ 150,00 parceláveis e a taxa por venda é de 27% (GOULART, 2021).

denominada de Microempreendedor Individual – MEI, que deve possuir um faturamento anual de até R$ 81.000,00 anual e não poder ser sócio de outra empresa, ter no máximo um empregado (BRASIL; RECEITA FEDERAL, 2022).

Ante tais esclarecimentos, analisaremos os tributos aplicáveis a atividades de restaurante, são eles: Imposto de Renda de Pessoa Jurídica –IR; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP; Contribuição para Financiamento de Seguridade Social – COFINS; Imposto sobre Produtos Industrializados – ICMS; Imposto Sobre Serviços – ISS; Contribuição Previdenciária Patronal – CPP.

Os tributos elencados são inerentes à atividade de restaurante, podendo ser somado a eles outros tributos acessórios referente ao desempenho da atividade. Por exemplo, se a empresa possuir estabelecimento físico formal, terá a incidência do IPTU, e, se possuir empregados, terá de fazer o recolhimento do FGTS e INSS.

São muitas obrigações tributárias que a empresa tem de assumir, em que a ausência de planejamento pode ser fatal para a empresa. E, assim, perante tais esclarecimentos, e com as devidas apresentações dos tributos, avalia-se como a celebração do contrato de *delivery* com as plataformas pode impactar a renda dos restaurantes contratantes, pois, ao pesquisar sobre as formas de recebimentos dos restaurantes, há três modelos praticados pelas plataformas mais conhecidas no mercado, com repasses mensais com data fixa, com trinta, quinze e sete dias, a contar do dia do pedido.

Geralmente, as maiores plataformas usam o prazo "D+30d" ou "D+15d", que consiste no repasse trinta dias após o dia do pedido, ou quinze dias após o dia do pedido. Dessa forma, o contratante do serviço da plataforma deve ter bom planejamento financeiro, considerando-se que haverá uma certa demora no retorno (pagamento), o que, ainda, o obriga a ter um bom estoque para continuar atendendo a demanda (BRASIL; SAIPOS; 2021).

Como exemplo, o custo dessa operação para um restaurante de que denominaremos de X. Imaginemos que X tem um faturamento bruto médio mensal na cifra de R$ 60.000,00, o que, ao ano, alcançará a cifra de R$ 720.000,00. Conforme parâmetros estabelecidos pelo Simples Nacional, sobre ele incidirá a alíquota de 9,5%, resultando no valor de R$ 5.700,00 mensal ou R$ 68.400,00 anual referentes ao imposto do Simples Nacional (que engloba ICMS, ISS, IRPJ, CSLL, PIS/PASEP, COFINS e CPP)[7]. Perante necessárias ponderações, considera-se que

[7] Não foram mencionados os custos com empregados, nem os custos fixos para funcionamento e IPTU. E essas discussões não são pertinentes a este trabalho, em virtude do exemplo hipotético e da falta de valor mensurado do

metade do faturamento do restaurante X é oriundo das vendas por plataforma de comida Y e que ele aderiu ao plano entrega que corresponde à seguinte mensalidade de R$130,00, a alíquota de 27% do valor do pedido, e que todos os clientes pagaram direto à plataforma Y, o que incide uma taxa de 3,5%. O resultado desse problema indica a seguinte cifra R$ 9.280,00 mensal devidos à plataforma Y. Desse modo, somente de impostos e de custo com plataforma de entrega, o restaurante X teria de dispor valor de R$ 14.980,00. Na prática, representaria um custo elevado, pois não foram considerados outros custos fixos, tampouco os custos dos empregados.

Porém, ainda sim, deve ser muito bem avaliado, pois, somente no caso concreto, se podem verificar os reais impactos desse contrato, uma vez que, em nenhum momento, foi tirado o valor do custo da produção, porque, para se chegar ao planejamento eficaz, seriam necessárias métricas intrínsecas ao negócio. Mas, de forma simplificada, o planejamento do negócio teria de considerar os custos relativos a insumos, o valor do trabalho na produção, a margem de lucro desejada, os custos com funcionamento (energia, água, telefone, internet, taxas bancárias, material de expediente e aluguel, se existir).

Sendo assim, o planejamento financeiro e tributário é salutar para o correto enquadramento do regime tributário da empresa e, assim, pode delimitar os impactos oriundos deles. É somente com o planejamento em mãos que se podem mensurar os pontos positivos e negativos dos termos contratuais oferecidos pelas plataformas.

Quanto à existência da exclusividade, muitos autores acreditam que, ao se tratarem os acordos de exclusividade como uma prática que tende a aumentar o custo dos concorrentes, ao invés de melhorar o processo produtivo do fornecedor, elas podem ser melhor explicadas.

Por sua vez, a Escola de Chicago nega, veementemente, a possibilidade de um impacto líquido negativo nas transações exclusivas. Por exemplo, Richard Posner (1976) apontou que empresas racionais são “improváveis” de usar acordos de exclusividade como forma de excluir concorrentes, embora isso não possa ser totalmente demonstrado. Bork (1978, p.112) “argumentou que nunca foi provado que acordos exclusivos prejudicam a concorrência”.

Ademais, os contratos de exclusividade, oriundos dos serviços prestados pelo aplicativo de comida, possuem benefícios ao aderente, tais como uma cobrança mais flexível da taxa do serviço, que, em comparação aos contratos não exclusivos, pode chegar a uma redução de até 15%. Um outro benefício oriundo de tal cláusula refere-se ao ranqueamento do restaurante dentro da plataforma, por meio da soma de alguns requisitos, tais como a avaliação dos clientes,

m², para fins de IPTU. Além disso, não há quantidade de empregados necessários para o funcionamento, razão pela qual se concentra em hipóteses exatas, desconsiderando as variáveis.

nível de venda, ofertas promocionais, que, quando se unem à existência da cláusula de exclusividade, garantem ao restaurante aderente uma posição de destaque no ranqueamento.

Outro benefício decorrente desse contrato consiste na disponibilização de uma rede de insumos, em que a plataforma libera, para os restaurantes aderentes[8], a possibilidade de comprar, em quantidades fracionadas, determinados insumos (lacres, embalagens, guardanapos, talheres etc.) e demais produtos integrantes da escala de produção do restaurante. Tal benefício possui um reflexo positivo, considerando-se que o fluxo de caixa passa a ter mais fôlego, e que a compra de insumos seja feita conforme demanda, diminuindo o risco de encalhe, o que favorece, consideravelmente, o pequeno empreendedor (BRASIL; IFOOD SHOP, 2022).

Esse arranjo funciona como grande atrativo para adesão ao contrato com a plataforma, considerando-se que, para algumas regiões do país — como norte e nordeste, que sofrem com os altos preços do frete para entrega de tais insumos, o que leva muitos restaurantes a comprarem uma quantidade excessiva de insumos não perecíveis, porém necessários ao negócio que ficará ocioso por algum tempo —, a possibilidade de compra fracionada com frete razoável contribui, de forma eficiente, para o planejamento financeiro do empreendimento.

Para alguns desses produtos, há a presença de marketing cruzado[9], ou seja, as embalagens que contêm a logo da plataforma são ofertadas com valores super atrativos ou, ainda, há a possibilidade de personalização das embalagens com marcas afins e rateio do custo de produção (SHOP IFOOD, 2022).

Esse arranjo funciona como trampolim para alavancar o negócio das partes, mas também beneficia o consumidor final com preços mais atrativos, pois esse *"club* de vantagens" decorre da intermediação de fornecimento de insumos. Logo, esses conjuntos de atividades, inerentes à escala de produção até o consumidor final, resultam em arranjos eficientes, em que as partes envolvidas possuem saldos positivos, gerando bem-estar social.

---

[8] A plataforma do *ifood* possui um *website* denominado de *ifood shop*, onde disponibiliza uma variedade de produtos para atender as demandas dos restaurantes, como bebidas, embalagens, mercearias, frios, açougue, peixaria, higiene, uniformes, EPI, móveis etc. Tal plataforma está disponível no: https://shop.ifood.com.br/. Os benefícios estão disponíveis somente para restaurantes ou empresas cadastradas. A facilidade na entrega e a flexibilidade de fracionamento de alguns itens faz desse canal um ótimo captador de clientes. A título de exemplificação, comparaou-se as cotações de mil sacolas modelo camiseta 30x40 com duas cores e logo personalizada, na plataforma *ifood shop* o produto custa R$ 397,99, ou seja, R$ 0,40 por unidade. Fazendo uma rápida busca, no *site* do mercado livre, o mesmo produto foi encotrado pelo valor de R$ 547,60, (esse foi o melhor preço encontrado nos *sites* disponíveis.) Destaca-se que o frete de entrega não foi incluso. Logo, para o restaurante, é mais vantajoso comprar pelo *ifood shop*. Além disso, há um tabelamento no frete da *ifood shop* que beneficia, consideravelmente, os restaurantes de regiões mais distantes dos grandes centros. Dessa forma, as vantagens oferecidas pelo *ifood* trazem reflexos financeiros significativos para os aderentes.

[9] "O marketing cruzado é um método inovador de promoção de produtos. Baseia-se no princípio de interação de várias empresas unidas para promover um grupo de produtos. As empresas combinam seus recursos e capacidades para obter um uso mais eficiente delas" (BASTA, 2015.p.87).

Porém, há, algumas denúncias que revelam que determinadas franquias estão exigindo que seus franquiados assinem com a plataforma X ou Y, ou limitando o sistema de automação de gerenciamento de caixa a hospedar, somente, o *soft* da plataforma X ou Y. Tal imposição viola a autonomia da vontade do franqueado que tem sua liberdade gerencial e planejamento do negócio violado por essa imposição de indicação, já que essa imposição traz alguns reflexos significativos para relação contratual existente entre franqueador e franqueado. Contudo, não é foco desse trabalho se debruçar sobre essas questões, mas se faz necessário alertar para os possíveis problemas oriundos desse comportamento comercial (BRASIL; RECLAME AQUI, 2021).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se que o direito de concorrência é essencial nas economias de mercado para garantir a competição entre agentes econômicos, é indispensável a atuação de um órgão para fiscalizar e garantir a livre concorrência tão protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, a atuação do Cade precisa de mais publicidade e transparência para que o mercado possa transmitir mais segurança jurídica, pois a ausência de métricas claras gera inúmeras incertezas.

Os critérios de avaliação do Cade para mensuração de fechamento de mercado e os percentuais a serem considerados, possuem abstrações que limitam alguns segmentos em comparação a outro, gerando lacunas que afetam a captação de investimento.

A ausência de parâmetros claros afeta, negativamente, o mercado brasileiro aos olhos dos investidores, pois, mesmo o artigo 36 §2º da Lei Antitruste prevendo o percentual de 20% como parâmetro, o Cade entende que tal dispositivo não funciona como critério taxativo.

Logo, é de extrema relevância que se estabeleçam métricas e exceções claras para que se possa garantir mais segurança jurídica, mesmo que tais métricas sejam feitas por meio de um rol exemplificativo e distinto a cada segmento.

Quanto à cláusula de exclusividade, ainda que a doutrina mais conservadora defenda que há predominância de reflexos negativos oriundos dela, não se pode afirmar que ela é uma operação ruim, pois o próprio sistema antitruste vigente permite que ela seja aplicada, e em alguns casos, permite inclusive o fechamento de mercado.

No que se refere ao caso *ifood*, o conjunto de benefícios oferecidos pela plataforma são responsáveis por importantes fluxos financeiros que, consequentemente, recai sobre as receitas

diminuindo consideravelmente as despesas, resultando em reflexos tributários aparentemente positivos.

Contudo, é necessário analisar o caso concreto, para que se possa observar os fluxos de entrada e saída específico de cada negócio, tendo em vista que devemos analisar o regime tributário empregado e o tamanho da força produtiva inerente à atividade desenvolvida caso a caso.

No entanto, os benefícios oferecidos pela plataforma *ifood*, como a possibilidade de intermediar a venda de insumos com valores significativamente expressivos (abaixo do mercado), somente para restaurantes parceiros, funciona como captação de clientela que afeta, também, o mercado de venda de insumos.

Tal conduta não parece meramente acessória, se desvirtuando completamente da atividade fim da empresa, que aparentemente seria o serviço de entrega de comida e mercearia doméstica (consumidor final).

Ante o exposto, nesse modelo contratual, a cláusula de exclusividade se mostra como ingresso para fortalecimento de uma rede de parceiros que podem usufruir de um "*club* de vantagens" com significativos fluxos financeiros positivos, que abrange marketing, e baixo custo de produção.

Resultando em ofertas mais atrativas ao consumidor, com perspectiva de lucro para os parceiros, o que fortalece, demasiadamente, a possibilidade de dominação do mercado pela plataforma, que, inclusive, pode escolher a parceria (restaurante), o que pode gerar concorrência predatória no segmento.

Por fim, as cláusulas de exclusividade, por si só, não funcionam como conduta anticompetitiva, já que têm por objetivo fortalecer os laços de lealdade entre as partes ensejando arranjos eficientes.

Entretanto, se nessas relações não houver uma simbiose, a exclusividade pode gerar o surgimento das temidas falhas de mercado.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BASTA, Darci. **Fundamentos de** marketing, 7ª edição. Rio de Janeiro – RJ: Editora FGV, 2015.

BORK, R. **The Antitrust Paradox**. New York: Basic Books, 1978.

BRASIL; RECEITA FEDERAL. **Tributos federais administrados pela Receita Federal.** Disponível em: https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/tributos. Acesso em: 10.09.2022.

CORDOVIL, Leonor *et ali*. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei nº 12.529**. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011.

GOULART, Pedro S. **Quais as Taxas do Rappi para Restaurantes (e como pagar menos***)*. Publicado em 04 de abril de 2021. Disponível em: https://www.alloy.al/post/quais-as-taxas-do-rappi-para-restaurantes-e-como-pagar-menos. Acesso em: 19.09.2022.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice.** 2ª ed. Saint Paul: West Group, 1999.

IFOOD, iFood com Agência de Restaurantes Online S.A. **Planos para Restaurantes**. Disponível em: https://parceiros.ifood.com.br/restaurante .Acesso em: 20.09.2022.

MARVEL, Howard. Exclusive Dealing. **Journal of Law and Economics**, vol. 25, 1982.

MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico**. 2º Ed. São Paulo -SP: Método, 2013.

OLIVEIRA, Carla Cristina Braz de. A Reinvenção das Relações de Consumo a partir da Caracterização do Acesso à Internet como Direito Fundamental. **Revista Científica Disruptiva**: ISSN: 2674-7804, Recife-PE, v. 1, n.º 2, 2019, pp. 39-55. Disponível em: http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/45/16 . Acesso em: 19.09.2022.

PAGOTTO, L. *at alli*. **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Método, 2012.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo**. Direito concorrencial:** doutrina, jurisprudência e legislação**.** São Paulo -SP: Saraiva, 2016.

PITOFSKY, Robert. Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers: A US Perspective**. Anais da 24ª Conferência Annual de Direito e Política Antitruste Internacional**. 16 de outubro de 1997. Disponível em: https://www.ftc.gov/public-statements/1997/10/vertical-restraints-and-vertical-aspects-mergers-us-perspective. Acesso em: 17.09.2022.

RECLAME AQUI. **Completamente Insatisfeito Com O Serviço Ifood**. Disponível em: https://www.reclameaqui.com.br/ifood/totalmente-insatisfeito-com-o-servico-prestado_ MZ KFqExO7vN9G7-L/#! . Acesso em 21.09.2022.

RECLAME AQUI. **Ifood NÃO Executa Contrato de Exclusividade.** Disponível em: https://www.reclameaqui.com.br/ifood/ifood-nao-executa-contrato-de-exclusividade_TJ0XhPVRsDgMXYEd/ . Acesso em 21.09.2022.

SAIPOS. **Quem paga a taxa iFood: o restaurante ou o cliente?** Publicado em 23 de abril de 2021. Disponível em: https://blog.saipos.com/quem-paga-a-taxa-ifood-o-restaurante-ou-o-cliente/. Acesso em 21.09.2022.

SCHERER, Frederic; ROSS, David**. Industrial Market Structure and Economic Performance**. 3ª ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1990.

SCIENCE NEWS; **O que é marketing cruzado?** Disponível em: https://por.topbrainscience.com/3269637-what-is-cross-marketing. Acesso em: 19.09.2022.

SHOP. IFOOD. ***Ifood Shop***. Disponível em: https://shop.ifood.com.br/11003/c. Acesso em 20.09.2022.

STOCK APPS. **Mercado global de entrega de alimentos online deve alcançar 1,6 bi de usuários**. Disponível em: https://mercadoeconsumo.com.br/07/01/2021/foodservice/mercado-global-de-entrega-de-alimentos-online-deve-alcancar-16-bi-de-usuarios/. Acesso: 10.09.2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie** - Vol. 3, 16ºed, rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2021.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira**: a Lei nº 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da concorrência – avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado. Rio de Janeiro -RJ: Forense, 2011.

_____. **Introdução ao Direito da Concorrência**: Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3518699. Acesso em: 19.09.2022

LEGISAÇÃO E PRPCESSOS CONSULTADOS

BRASIL, CADE, **Procedimento Preparatório nº 08700.004588/2020-47**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPqCjp6pF2cC_cB5efncMwIL5f9AOqJRB0MK145aMX4dX2Et5G_8pgFFaD7PxvOU2MCBdJDVL5ND32mDAHa-l8N . Acesso em: 14.09.2022.

BRASIL, CADE, **Processo Administrativo nº 08012.000790/2002-76** – DOU: 11.08.2005

BRASIL, CADE, **Processo Administrativo Nº 08012.003048/2001-31** – DOU: 18.03.2010

BRASIL, CADE, **Processo Administrativo Nº 08012.007423/2006-27** – DOU: 11/10/2018

BRASIL, CADE, **Processo Administrativo nº53500.000502/2001** – DOU: 09.06.2008.

BRASIL, CADE, **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrencia/article/view/813. Acesso em 10.09.2022.

BRASIL, **Lei n. º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm . Acesso:10.09.2022