



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 186, ago. 2023/dez. 2023

RDM 186

Doutrina e Atualidades:

- 1 - Cartéis, ilícito por objeto e por efeitos: Ônus da prova e dosimetria da sanção (Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer)
- 2 - Movimento neobrandeísiano em meio aos objetivos do antitruste: Não apenas "processo competitivo" (Rodrigo Fialho Borges)
- 3 - Arbitragem como meio para obtenção de reparação de danos concorrenciais (Monique Herwig)
- 4 - Os efeitos dos acordos celebrados com o CADE nas ações de reparação de danos concorrenciais: Fomento ou bloqueio às indenizações? (João Otávio Bacchi Gutiniéki)
- 5 - Direito (Histórico-Concorrencial) do Vinho: A Denominação de Origem como Mecanismo de Proteção da Concorrência e do Consumidor (Wilson Seraine da Silva Neto)
- 6 - Proporcionalidade ou insegurança: Os debates em torno da estimação da vantagem auferida pelo CADE (Antonio Carlos Haddad Júnior)
- 7 - "Interlocking Directorates" nas companhias - Possível violação de deveres fiduciários e implicações concorrenciais (Luiza Camilo de Souza)
- 8 - Abuso de poder econômico em mercados digitais: Aplicabilidade da essential facilities doctrine (Felipe Carvalho Eleutério de Lima)
- 9 - Design de produto e os limites do antitruste: Considerações sobre vieses de decisão e custos do erro (Pedro Pendeza Anitelle)
- 10 - Nem tudo é dinheiro: A importância dos efeitos não relacionados a preço nas análises de atos de concentração (Beatriz Kenchian; Gabriela Alegret)

ISBN 978-65-6006-107-1



9 786560 061071 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global



rdm
revista de direito mercantil

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômicoe financeiro
186

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial
Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de
Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Ano LXII (Nova Série)
Agosto 2023/Dezembro 2023

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LXII – n. 186 – ago. 2023/dez. 2023

FUNDADORES:

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Soveral Martins

Carlos Klein Zanini

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Judith Martins-Costa

Paulo de Tarso Domingues

Rui Pereira Dias

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo José Mendes Tepedino

José Augusto Engrácia Antunes

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ricardo Oliveira Garcia

Sérgio Campinho

COMITÉ DE REDAÇÃO:

Antonio Martín

Calixto Salomão Filho

Eduardo Secchi Munhoz

Francisco Satiro De Souza Junior

José Alexandre Tavares Guerreiro

Juliana Krueger Pela

Mauro Rodrigues Penteadó

Marcos Paulo De Almeida Salles

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campos Salles De Toledo

Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca

Balmes Vega Garcia

Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Erasmus Valladão Azevedo E Novaes
França

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

José Marcelo Martins Proença

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Manoel De Queiroz Pereira Calças

Marcelo Vieira Von Adamek

Paula Andréa Forgioni

Paulo Frontini

Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Ruy Camilo Pereira Junior
Vinícius Marques De Carvalho

Rodrigo Octávio Broglia Mendes
Sheila Christina Neder Cerezetti
Vitor Henrique Pinto Ido

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:

Matheus Chebli De Abreu

Michelle Baruhm Diegues

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:

Beatriz Leal de Araújo Barbosa da Silva
Heloisa de Sena Muniz Campos
Luma Luz
Rafaela Vidal Codogno

Daniel Fermann
Larissa Fonseca Maciel
Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa
Virgílio Maffini Gomes

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação semestral da Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho, CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Antonio Carlos Haddad Júnior, Beatriz Kenchian, Felipe Carvalho Eleutério de Lima, Gabriela Alegret, João Otávio Bacchi Gutinieki, Luiza Camilo de Souza, Monique Herwig, Pedro Pendeza Anitelle, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Rodrigo Fialho Borges, Wilson Seraine da Silva Neto.

ISBN: 978-65-6006-107-1

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Abril de 2024

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



AUTORES

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre, Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Procurador do Estado de São Paulo nível V, chefiando a Consultoria Jurídica da Secretaria de Esportes. Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi membro do Conselho Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e do Conselho de Orientação de Saneamento Básico da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arseps). Foi Presidente do Instituto de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e integrou a Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor.

Rodrigo Fialho Borges

Professor da Graduação e do Mestrado Profissional na FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante na University of Pennsylvania Law School (2018-2019). Coordenador do Grupo de Estudos em Fusões e Aquisições (GEM&A) da FGV Direito SP. Sócio no PGLaw.

Monique Herwig

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2023).

Joao Otavio Bacchi Gutinieki

Mestre em Direito Econômico e Economia Política e doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Advogado.

Wilson Seraine da Silva Neto

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CEDIPRE/FDUC). Pós-graduando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado e Consultor Jurídico.

Antonio Carlos Haddad Júnior

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós graduando *lato sensu* em Direito Concorrencial e Regulatório pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Advogado especializado em Direito Concorrencial em Lefosse Advogados.

Luiza Camilo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), reconhecida com indicação aos prêmios “Barão do Rio Branco” e “Raphael Magalhães e Cândido Neves” por ter se destacado entre os melhores alunos que concluíram o curso, tanto em notas globais como na área específica de Direito e Processo Civil e Comercial (DIC). Assessora no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Realizou intercâmbio acadêmico internacional na Universidad Nacional de Cuyo, na Argentina. Participou da 43ª edição do Programa de Intercâmbio do CADE (PinCade). Possui interesses nas áreas de Direito Empresarial, Contratos, Regulatório e Antitruste.

Felipe Carvalho Eleutério de Lima

Mestrando em Direito Comercial pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP, com semestre acadêmico cursado na The Hague University of Applied Sciences (THUAS), de Haia, Holanda. Advogado em São Paulo.

Pedro Pendeza Anitelle

Bacharel em Direito e mestrando em Filosofia e Teoria do Direito, ambos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Beatriz Kenchian

Advogada em Direito Concorrencial no escritório Stocche Forbes Advogados, bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) com diploma de dupla graduação em direito francês pela Universidade Lumière Lyon 2. Gerente do programa WIA Mentoria da Associação Women in Antitrust.

Gabriela Alegret

Graduanda em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e estagiária em Direito Concorrencial no escritório Stocche Forbes Advogados. Integrante do Grupo de Estudos em Direito Concorrencial da USP.

SUMÁRIO

Cartéis, ilícito por objeto e por efeitos: ônus da prova e dosimetria da sanção 15

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Movimento neobrandeisiano em meio aos objetivos do antitruste: não apenas “processo competitivo” 57

Rodrigo Fialho Borges

Arbitragem como meio para obtenção de reparação de danos concorrenciais 139

Monique Herwig

Os efeitos dos acordos celebrados com o cade nas ações de reparação por danos concorrenciais: fomento ou bloqueio às indenizações? .. 165

João Otávio Bacchi Gutiniêki

Direito (histórico-concorrencial) do vinho: a denominação de origem como mecanismo de proteção da concorrência e do consumidor . 189

Wilson Seraine da Silva Neto

Proporcionalidade ou insegurança: Os debates em torno da estimação da vantagem auferida pelo CADE 215

Antonio Carlos Haddad Júnior

“*Interlocking directorates*” nas companhias: possível violação de deveres fiduciários e implicações concorrenciais..... 253

Luiza Camilo de Souza

Abuso de poder econômico em mercados digitais: aplicabilidade da *essential facilities doctrine*291
Felipe Carvalho Eleutério de Lima

Design de produto e os limites do antitruste: considerações sobre viéses de decisão e custos do erro333
Pedro Pendeza Anitelle

Nem tudo é dinheiro: a importância dos efeitos não relacionados a preço nas análises de atos de concentração371
Beatriz Kenchian , Gabriela Alegret

ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM MERCADOS DIGITAIS: APLICABILIDADE DA *ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE*

ABUSE OF ECONOMIC POWER IN DIGITAL MARKETS: APPLICABILITY OF THE *ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE*

Felipe Carvalho Eleutério de Lima (PUC, São Paulo)

Resumo: O Direito Concorrencial é baseado na prevenção e na repressão dos abusos de poder econômico, visando assegurar a livre concorrência. Por sua vez, a inovação e a economia digital transformam paradigmas, suscitando questões sobre institutos jurídicos tradicionais. Nesse contexto, pautado na interface entre o instituto clássico do abuso de poder econômico e as peculiaridades dos mercados digitais, busca-se analisar a aplicabilidade da *essential facilities doctrine* à economia digital no Brasil. Assim, consoante referencial normativo, doutrinário e jurisprudencial em âmbito nacional e internacional, traça-se paralelo entre mercados tradicionais e digitais. Por fim, conclui-se que a *essential facilities doctrine* é aplicável aos mercados digitais como medida excepcional voltada à livre concorrência, observando as características da economia digital – efeitos de rede, custos de mudança e economias de escala – para análise da essencialidade da infraestrutura e fixação dos remédios destinados à concessão de acesso, focados em não discriminação e interoperabilidade.

Palavras-chave: direito concorrencial; abuso de poder econômico; livre concorrência; *essential facilities doctrine*; economia digital; mercados digitais; inovação.

Abstract: Competition Law is based on the prevention and repression of abuses of dominance, aiming to ensure free competition. In its turn, innovation and the digital economy transform paradigms,

raising questions about traditional legal institutes. Hereof, based on the interface between the classic institute of abuse of dominance and the peculiarities of digital markets, the applicability of the essential facilities doctrine to the digital economy in Brazil is analyzed. Thus, pursuant to normative, doctrinal, and jurisprudential references at national and international levels, parallels are drawn between traditional and digital markets. As conclusion, the essential facilities doctrine is applicable to digital markets as an exceptional measure aimed at free competition, observing the characteristics of the digital economy – network effects, switching costs and economies of scale – to analyze the infrastructure’s essentiality and determine remedies intended to grant access, focused on non-discrimination and interoperability.

Keywords: antitrust law; abuse of dominance; free competition; essential facilities doctrine; digital economy; digital markets; innovation.

Sumário: 1. Introdução – 2. Abuso de poder econômico e mercados digitais – 3. *Essential facilities doctrine*: 3.1. *Essential facilities* em mercados tradicionais; 3.2. *Essential facilities* em mercados digitais – 4. Conclusão – 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

A contemporânea evolução tecnológica revoluciona a essência e o funcionamento da economia moderna, alterando drasticamente o cerne de suas estruturas. Assim, suscita as mais diversas reflexões acerca (i) da aplicabilidade de teorias econômicas originalmente desenvolvidas para mercados tradicionais e (ii) da aptidão do atual panorama normativo para endereçar as profundas transformações resultantes dos processos de inovação tecnológica. Nesse cenário, notavelmente marcado por incertezas, institutos clássicos do Direito são repensados e reconfigurados às novas realidades.

Sob essa perspectiva, o presente artigo objetiva analisar a tutela conferida pelo Direito Concorrencial brasileiro ao abuso de poder econômico em mercados digitais, particularmente no que diz respeito à *essential facilities doctrine*. Em síntese, trata-se de teoria que prevê a disponibilização não discriminatória de bens vistos como essenciais aos processos competitivos em determinados mercados, considerando aspectos técnicos, econômicos e legais que impossibilitam sua reprodução por outros agentes econômicos além do detentor da infraestrutura essencial.

Indaga-se a possibilidade e os parâmetros para dado bem ser caracterizado como infraestrutura essencial em mercados digitais, cujas características voláteis e inovativas muito se diferenciam dos mercados tradicionais, nos quais a *essential facilities doctrine* originou. Dessa maneira, o presente estudo objetiva verificar (i) a aplicabilidade da teoria aos mercados digitais e (ii) os correspondentes critérios de análise antitruste, considerando a sua eventual redefinição em comparação à sua aplicação em mercados tradicionais.

A partir de referencial normativo, doutrinário e jurisprudencial em âmbito nacional e internacional, será analisada a interface entre a *essential facilities doctrine* e os mercados digitais. Para alcançar referida finalidade, duas etapas centrais serão exploradas sequencialmente: (i) a caracterização de abuso de poder econômico em mercados digitais, levando em conta o controle antitruste de condutas anticoncorrenciais; e (ii) conforme delimitação da *essential facilities doctrine*, a avaliação sobre a configuração de uma infraestrutura essencial em mercados tradicionais vis-à-vis mercados digitais. Desse modo, é possível traçar conclusões referentes aos objetivos e aos questionamentos apresentados.

Com isso, espera-se contribuir com a compreensão do panorama concorrencial aplicável aos mercados digitais e oferecer parâmetros para a análise antitruste referente a bens econômicos com notável relevância competitiva na economia digital.

2. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E MERCADOS DIGITAIS

A tutela do poder econômico é a essência do Direito Concorrencial, que objetiva assegurar o adequado e competitivo funcionamento dos mercados na economia capitalista moderna. Sob essa concepção, prevenir e reprimir abusos de poder econômico representam parâmetros fundamentais para a preservação das economias de mercado, devendo-se ressaltar a importância da livre concorrência e da livre negociação entre os agentes econômicos. Assim, compete precisamente ao panorama normativo antitruste resguardar a livre concorrência e a liberdade de iniciativa em face de falhas de mercado atreladas ao abuso de poder econômico, conforme prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CRFB”)⁴⁵⁸ e a Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”)⁴⁵⁹.

Sobre o tema, preliminarmente, é fundamental destacar que a existência de poder econômico é inerente à realidade dos mercados. Refere-se à capacidade de dado agente econômico atuar em determinado “mercado relevante”⁴⁶⁰ indiferentemente dos demais agentes, sendo capaz de alterar discricionariamente as condições concorrenciais do mercado, como preço e oferta⁴⁶¹, sendo virtualmente teórica a ideia de “concorrência perfeita”⁴⁶². Nesse cenário, como resultado do poder

458 CRFB. Art. 173. § 4º.

459 Lei de Defesa da Concorrência. Art. 1º.

460 Para Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2017, p. 5), “na definição de mercado relevante, parte-se do modo como se comportariam os agentes em relação aos produtos (bens e serviços), das suas relações reais de oferta e demanda em um espaço dado [...] permita avaliar que tipo de poder de mercado poderia ser exercido para certos agentes em correlação, tendo em vista a eventual qualificação desse exercício como um possível abuso de poder econômico”.

461 FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 272.

462 Para Fábio Nusdeo (2016, p. 220), “o regime de concorrência perfeita exige para ser considerado caracterizado um grande número de requisitos, dos quais são essenciais os seguintes: a) grande número de compradores e de vendedores em interação recíproca; b) nenhum deles suficientemente importante a ponto de exercer qualquer influência nas condições de compra ou de venda do produto em questão (atomização de mercado); c) homogeneidade do produto objeto das operações; d) plena mobilidade dos agentes operadores e de seus fatores, isto é, facilidade de acesso ao mercado e

econômico, é possível constatar a “posição dominante”⁴⁶³ do agente, pressuposto para a caracterização de abusos, mas plenamente lícita em si própria.

A conquista de poder econômico é plenamente admitida – e, inclusive, estimulada – no sistema jurídico brasileiro, desde que resultante de processo competitivo orgânico e baseado em mérito⁴⁶⁴. Trata-se do resultado natural da eficiência empresarial, sendo um fato da conjuntura econômica. É justamente e tão somente o abuso de poder econômico que é coibido pelo Direito Concorrencial. Conforme esclarece Fábio Nusdeo⁴⁶⁵, não há repressão ou controle do poder econômico em si mesmo, visto que é indissociável da realidade das economias de mercado, mas sim do seu abuso.

Compete ao Direito Concorrencial – e, no caso brasileiro, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)⁴⁶⁶ – distinguir o exercício legítimo do exercício abusivo de poder econômico, sendo essa a diretriz da análise antitruste de condutas potencialmente lesivas à livre concorrência. Nesse contexto, o abuso de poder econômico pode ser conceituado como o exercício de posição dominante em violação à sua função social, comprometendo a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, bem como oportunizando a consecução de renda acima daquela viável em normalidade concorrencial, salvo quando a conduta proporcionar adequadas eficiências econômicas e não desprezitar valores jurídicos fundamentais⁴⁶⁷. Assim, o abuso

de retirada dele por parte de qualquer interessado; e) pleno acesso dos operadores a todas as informações relevantes; f) ausência de economias de escala; g) ausência de economias externas (externalidades). É fácil verificar o quando um regime como este representa muito mais uma abstração do que uma situação encontrada na realidade. Trata-se obviamente de um modelo útil enquanto apresenta as condições ideais de funcionamento de uma economia de mercado e permite elaborar um padrão de referência para a análise de situações concretas”.

463 Lei de Defesa da Concorrência. Art. 36, § 2º.

464 Lei de Defesa da Concorrência. Art. 36, § 1º.

465 NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 232.

466 Lei de Defesa da Concorrência. Art. 4º.

467 BRUNA, Sérgio Varela. O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177-178.

de poder econômico é configurado com base no desvio de finalidade voltado à consecução de efeitos anticompetitivos⁴⁶⁸.

Verificada a titularidade de posição dominante em dado mercado relevante, observa-se que referida distinção entre exercício legítimo e abusivo é baseada em dois elementos centrais: (i) atuação conforme ou desconforme a função social da propriedade; e (ii) restrições justificadas ou injustificadas à livre concorrência. Dessa maneira, após a verificação do poder econômico, caberá qualificar a conduta como regular ou abusiva.

Essa análise antitruste de potenciais condutas de abuso de poder econômico deve adotar quatro etapas sequenciais: (i) definição do mercado relevante; (ii) verificação de posição dominante; (iii) apuração de potenciais efeitos negativos da conduta; e (iv) conferência de efeitos positivos da conduta. Como resultado dessa análise antitruste – em que as duas primeiras etapas visam identificar a factibilidade de efeitos concorrencialmente relevantes da conduta do agente econômico, enquanto as duas seguintes são baseadas na ponderação dos efeitos em relação à coletividade –, poderá ser caracterizado o abuso de poder econômico, de acordo com os efeitos líquidos da conduta. Em síntese, efeitos líquidos negativos configuram o abuso, enquanto efeitos líquidos positivos caracterizam a regularidade da conduta.

Nesse cenário, segundo apresenta Bruno de Luca Drago⁴⁶⁹, possuir posição dominante significa apresentar “responsabilidade especial” perante o mercado, o que implica a vedação à conquista de mercado mediante condutas abusivas, sendo válida a concorrência baseada na atuação eficiente que resulte no aumento de participação de mercado em desfavor dos demais concorrentes. Assim, ante a posição dominante, cabe ao agente econômico proceder com cautela e autoavaliação de suas condutas, considerando os seus impactos concorrenciais. Ademais, em casos de “superdominância” de dado

468 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 309.

469 DRAGO, Bruno de Luca. *Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 386-393.

agente econômico – por exemplo, em razão da posse de infraestrutura essencial, como será abordado abaixo –, referida responsabilidade especial seria ainda mais notável, haja vista a potencialização dos efeitos anticoncorrenciais de suas condutas⁴⁷⁰.

Apresentar poder econômico implica série de obrigações e de cautelas especiais que devem ser observadas pelo agente econômico, tendo em vista preservar a concorrência regular e todos os benefícios sociais correspondentes. Em essência, trata-se da tutela estatal do capital como condição necessária à preservação do próprio capital. Isso não significa, contudo, que o Estado possa dirigir a economia ou intervir sob o domínio econômico privado de forma arbitrária e desproporcional, considerando que a liberdade econômica dos entes privados é a base do capitalismo moderno.

Isto posto, à luz do escopo e do propósito deste artigo, é necessário considerar as condutas de abuso de poder econômico nos mercados digitais, visando identificar as particularidades que devem ser incluídas na análise antitruste. Nesse sentido, pondera-se que as características da economia digital originam novos desafios ao Direito Concorrencial, na medida em que transformam o funcionamento dos mercados. Dessa maneira, novos desafios e perspectivas são apresentados.

A inovação tecnológica introduziu novos produtos e serviços que revolucionaram a sociedade e os mercados, produzindo relevantes benefícios à sociedade, mas ensejando novos riscos e questionamentos sobre o bem-estar da coletividade. Observa-se cenário marcado pela rápida e dinâmica transformação, desacompanhada de regulações concretas e específicas, o que suscita preocupações em diversas esferas,

470 Para Richard Whish e David Bailey (2012, p. 189), “The idea that firms with a position of dominance approaching a monopoly may be subject to particularly onerous responsibilities would also help to explain why firms that control ‘essential facilities’ have an obligation in certain circumstances to provide access to them, since their market power is particularly strong. It may be helpful, therefore, to identify a concept over and above dominance, that we might call ‘super-dominance’, where the risks of being found to be acting abusively are correspondingly higher: if a dominant undertaking has a ‘special’ responsibility, a super-dominant has one that is even greater”.

como a econômica. Em particular, é possível destacar a tendência ao monopólio dos mercados digitais em razão da combinação de cinco fatores centrais: (i) efeitos de rede; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) custos marginais tendentes a zero; (iv) retornos crescentes consoante o controle de dados; e (v) custos de distribuição reduzidos. Como resultado, demanda-se especial atenção ao controle de abuso de poder econômico nos mercados digitais, considerando a potencialização dos efeitos anticoncorrenciais das condutas⁴⁷¹.

Assim, os mercados digitais são caracterizados tanto pela sua dinamicidade quanto pelo elevado potencial de concentração econômica e de criação de monopólios, segundo a lógica “*winner takes all*” ou “*winner takes most*”. Desse modo, a tutela antitruste da economia digital apresenta o desafio central de não oferecer obstáculos à inovação e, concomitantemente, preservar a livre concorrência e o bem-estar da coletividade em face de condutas abusivas que devem ser endereçadas pelo Direito Concorrencial⁴⁷².

As peculiaridades da economia digital demandam a atualização das tradicionais ferramentas antitruste para a análise de potenciais condutas de abuso de poder econômico, de maneira a preservar a livre concorrência consoante o mérito dos agentes e a estimular a inovação⁴⁷³. Sob essa perspectiva, cabe manter atualizada a análise antitruste, de modo que esteja apta a endereçar os novos desafios da economia digital.

Nesse sentido, é pertinente considerar estudo da jurisprudência do CADE sobre mercados digitais conduzido por Beatriz Kira e Diogo

471 STIGLER COMMITTEE. Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report, 2019, p. 6-17. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em 18 out. 2023.

472 OECD. Abuse of Dominance in Digital Markets – Contribution from Brazil. Paris: OECD, 2020, p. 3-7. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2020\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2020)7/en/pdf). Acesso em 10 out. 2023.

473 SILVEIRA, Paulo Burnier da; FERNANDES, Victor Oliveira. Google Shopping in Brazil: Highlights of CADE's decision and takeaways for digital economy issues. *Concurrences e-Bulletin*, 2019, p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3435159>. Acesso em 18 out. 2023.

Rosenthal Coutinho⁴⁷⁴, concluindo pela necessidade e pela importância de adaptação das teorias de dano antitruste às particularidades das novas dinâmicas concorrenciais no contexto digital. Trata-se de medida importante para robustecer o *enforcement* antitruste em prol da sociedade, pois possibilita a verificação mais precisa e acertada das situações que representam ou não problemas sob a concepção do Direito da Concorrência.

A dinâmica concorrencial da economia digital evidencia a premência de atualização dos paradigmas de análise antitruste, na medida em que os instrumentos tradicionais podem não ser capazes de endereçar a nova realidade econômica⁴⁷⁵. Os mercados digitais apresentam particularidades a serem consideradas pela análise antitruste referente à definição dos mercados e à identificação de poder econômico, vide estudo conduzido pelas autoridades antitruste dos países integrantes do BRICS sobre a política concorrencial aplicável à economia digital⁴⁷⁶.

Algumas questões da análise antitruste passam a ser mais complexas, como a definição do mercado relevante, a constatação da essencialidade de dado bem econômico – conforme será discutido abaixo – e a adequação de intervenções capazes de assegurar tanto

474 KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. Revista de Defesa da Concorrência, v. 9, n. 1, 2021, p. 98-99. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/734>. Acesso em 25 fev. 2024.

475 SANTOS, Humberto Cunha dos. A concorrência dinâmica das plataformas digitais: o respeito à inovação sem desprestigiar a preservação da competição na economia digital – reflexões a partir do caso “Google Shopping”. Revista do IBRAC, n. 1 (2020), p. 298-300. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRAC_n_1_2020.pdf. Acesso em: 10 out. 2023, p. 296-317.

476 Segundo concluíram as autoridades antitruste integrantes do BRICS (2024, p. 172), “1. The application of traditional tools for market definition is challenged by the tendency of digital markets to be highly dynamic and innovative, interconnected and non-price centric. These challenges often lead to adopting a less definitive posture with regard to market definition, and placing more emphasis on market power assessment. 2. Alternative indicators are being developed to capture the nature of market power in digital markets: for instance, focusing on the ability to unilaterally impose terms and conditions, the possession of key datasets, and the ability to influence choice through online architecture and lack of transparency”.

a livre concorrência quanto a inovação⁴⁷⁷. As particularidades da economia digital devem ser consideradas, incluindo a atualização de teorias tradicionais. Sem embargo, é importante ressaltar que as peculiaridades dos mercados digitais não implicam necessariamente em estrutura de análise antitruste distinta daquela apresentada acima, mas sim em desafios relacionados ao conteúdo de cada etapa⁴⁷⁸.

Portanto, conclui-se que a repressão ao abuso de poder econômico é elemento basilar do Direito Concorrencial, sendo desenvolvidas etapas para sua verificação, o que proporciona a base da análise antitruste. Por sua vez, os mercados digitais ensejam novas preocupações concorrenciais, especialmente quanto ao equilíbrio entre tutelar tendências ao monopólio e resguardar os incentivos à inovação. Nesse contexto, teorias são repensadas.

3. ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE

A partir das considerações apresentadas sobre o abuso de poder econômico, denota-se que os agentes econômicos possuem amplas faculdades de contratação, à luz do princípio constitucional da liberdade de iniciativa, sendo permitido contratar e deixar de contratar livremente. Não obstante, à medida que se constata a existência de poder econômico, cogita-se eventuais delimitações à essa liberdade, no limite necessário para garantir o bom funcionamento do mercado. Especificamente, recebe destaque a discussão acerca do acesso às

477 OECD. Abuse of Dominance in Digital Markets – Contribution from Brazil. Paris: OECD, 2020, p. 8. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2020\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2020)7/en/pdf). Acesso em 10 out. 2023.

478 Conforme síntese dos estudos da OECD (2022, p. 37) sobre condutas anticoncorrenciais nos mercados digitais, “In sum, the OECD’s work on misconduct in digital markets has found that many of the core principles, analytical concepts, and areas of concern continue to be relevant. However, authorities will need to be on the lookout for new forms of misconduct and new tools for detection and analysis. At the same time, there is growing consensus that some concerns cannot be addressed under current enforcement frameworks, either because they do not apply, or they may not be effective in rapidly-changing markets, and as such might need a degree of ex ante regulation”.

infraestruturas percebidas como essenciais e detidas por dado agente monopolista.

Trata-se da *essential facilities doctrine*, segundo a qual a titularidade de infraestrutura essencial por agente econômico detentor de poder econômico pode resultar em obrigatoriedade de contratação, de sorte que os demais agentes possam acessar a infraestrutura essencial e, com isso, concorrer nos mercados relevantes dependentes da infraestrutura. Em síntese, entende-se que determinados bens econômicos são indispensáveis à concorrência em dado mercado, de modo que a indevida restrição ao seu acesso efetivamente impediria quaisquer tentativas de competição, oportunizando o fechamento do mercado por parte do agente econômico titular do bem. Consequentemente, para viabilizar a concorrência, seria preciso proporcionar o acesso aos interessados em condições não discriminatórias.

Nesse sentido, a referida teoria é aplicável aos cenários de dependência em relação a dado bem econômico titularizado por monopolista, cujas particularidades o tornam essencial à concorrência, de forma que o seu acesso deve ser disponibilizado consoante critérios “razoáveis e não discriminatórios”⁴⁷⁹. À medida que o poder econômico detido pelos agentes dominantes implica particular responsabilidade perante o mercado – e, portanto, sujeição ao interesse público, para além das aspirações privadas –, é possível estabelecer exceção à ampla liberdade de contratação e impor a obrigatoriedade de disponibilização do ativo, conforme a função social da propriedade⁴⁸⁰. Para tanto, deve-se atestar a necessidade de acesso e a dependência por parte dos demais agentes econômicos no que diz respeito à infraestrutura detida por monopolista⁴⁸¹.

A *essential facilities doctrine* visa estabelecer parâmetros e condições para que o agente econômico detentor de infraestrutura

479 BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder. São Paulo: Singular, 2010, p. 155.

480 CRFB. Art. 170, III.

481 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 309-312.

essencial, que representa gargalo no que diz respeito à concorrência em dado mercado, seja compelido a disponibilizar o acesso à referida infraestrutura sob condições razoáveis⁴⁸². Fundamentalmente, o acesso à referida infraestrutura seria condição necessária para destravar o gargalo concorrencial, de sorte a efetivar a possibilidade de livre concorrência.

Um bem econômico pode ser definido como uma infraestrutura essencial quando seu acesso for necessário para a atuação em dado mercado relevante, inexistindo alternativas razoáveis para os agentes que não possuam a infraestrutura. Dessa maneira, a *essential facilities doctrine* busca endereçar gargalos de acesso resultantes de condutas exclusionárias perpetradas pelos agentes dominantes titulares da infraestrutura essencial. Como remédio voltado a viabilizar a livre concorrência, caso verificado abuso de poder econômico relacionado à recusa de acesso, determina-se a obrigatoriedade de contratação por parte do agente dominante⁴⁸³.

A referida teoria representa uma das técnicas voltadas à repressão ao abuso de poder econômico envolvendo infraestruturas essenciais. Assim, em âmbito brasileiro, a partir do reconhecimento da função social da propriedade e da responsabilidade especial dos agentes dominantes, desenvolve-se panorama antitruste aplicável às excepcionais situações em que dado bem econômico é concretamente essencial e, portanto, seu acesso deve ser ofertado em condições razoáveis e não discriminatórias. Naturalmente, requer-se análise técnica, cujos critérios sejam bem definidos pela legislação e pela jurisprudência. Nos mercados digitais, ressalta-se a necessidade alcançar equilíbrio entre assegurar as possibilidades de livre

482 OECD. The Essential Facilities Concept. Policy Roundtables. Paris: OECD, 1996, p. 7. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>. Acesso em 10 out. 2023.

483 GRAEF, Inge. Essential facility. Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, art. n° 12256, 2023. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/essential-facility>. Acesso em 10 out. 2023.

concorrência e preservar os incentivos ao investimento e à inovação⁴⁸⁴, considerando eventual trade-off entre os objetivos de curto e de longo prazo⁴⁸⁵.

Todavia, ressalva-se que a *essential facilities doctrine* não é isenta de críticas. Segundo defende Herbert Hovenkamp⁴⁸⁶, ao cogitar o abandono da teoria, determinar o acesso ao bem econômico detido pelo monopolista consoante condições fixadas pela autoridade não seria a solução antitruste ideal. Para endereçar os problemas concorrenciais relacionados ao monopólio, cada concorrente deveria possuir seus próprios insumos e determinar individualmente suas condições de oferta. Assim, o cenário concorrencial ideal não é aquele em que os concorrentes precisam compartilhar a infraestrutura do monopolista.⁴⁸⁷

484 Segundo estudo das autoridades antitruste integrantes do BRICS (2024, p. 143), “Access remedies imply an obligation to grant access to key infrastructure, networks, technology and essential inputs. Due to the significant interference with a company’s property rights, great caution should be used in the imposition of this type of remedy, as otherwise the mere prospect of it can undermine the incentives to build the shareable asset. This requires an authority to balance the short-term effects of the remedy with the long-term effects on investment”.

485 Para Marc Bourreau e Alexandre de Strel (2019, p. 28), além de inexistir óbice à aplicação da *essential facilities doctrine* aos bens econômicos digitais, os seus atributos seriam pontos positivos em relação aos custos de eventual *trade-off* entre concorrência no curto prazo e inovação no longo prazo, favorecendo a aplicação da teoria: “compulsory access always involves a trade-off between short-term competition, which it aims to stimulate, and innovation incentives of the various market players, in particular the dominant firms subject to the access provision. This trade-off should be assessed against the specific characteristics of the digital key inputs whose access is considered. For instance, if the key input analysed is a dataset, the trade-off between short term and long term competition should be assessed against the characteristics of data, in particular the non-rivalry and the general-purpose technology. On the one hand, the costs of compulsory access are smaller for non-rival products than for rival products because the owner of the former can share them without losing their use. On the other hand, the benefits of compulsory access are higher for general-purpose technologies than for other products because of the pervasiveness, the inherent potential for technical improvements and the innovational complementarities of the former”.

486 HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 247.

487 Para o autor, “Competition is always better served when firms supply their own inputs competitively rather than share them with a monopolist. [...]. The “antitrust solution” to the problem of monopoly is not to force monopolists to share with rivals at judicially determined prices, but to have each firm obtain its own inputs and set

Em artigo clássico sobre a definição de limites à *essential facilities doctrine*, Phillip Areeda⁴⁸⁸ propõe seis princípios a serem considerados na aplicação da teoria: (i) a excepcionalidade da obrigatoriedade de contratação; (ii) uma infraestrutura deve ser considerada essencial apenas quando (ii.a) for imprescindível ao concorrente que busca o acesso e (ii.b) o concorrente for fundamental para a concorrência no mercado; (iii) a obrigatoriedade de contratação deve oportunizar a redução de preços e/ou o acréscimo da oferta ou da inovação; (iv) a recusa de acesso não pode ser considerada ilícita *per se*; (v) a recusa de acesso deve ser voltada à restrição abusiva da livre concorrência; e (vi) a obrigatoriedade de contratação deve ser compreensiva e viável.

A partir de referida perspectiva restritiva, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso *Verizon Communications Inc v. Law Offices of Curtis Trinko*⁴⁸⁹, quando o escritório de advocacia Trinko ajuizou ação coletiva com a pretensão de concessão do acesso, pela AT&T, às redes telefônicas da Verizon em Nova Iorque. A ação foi julgada improcedente e a *essential facilities doctrine* teve sua aplicação bastante limitada em âmbito estadunidense, reforçando a excepcionalidade de eventual obrigação de conceder acesso. Como resultado, vide preocupação de Nikolas Guggenberger⁴⁹⁰, a teoria haveria perdido tração nos Estados Unidos, considerando que sua aplicação prática restou comprometida.

Em âmbito nacional, Priscila Brolio Gonçalves⁴⁹¹ entende que a *essential facilities doctrine* não seria a melhor alternativa para tutelar

its own prices. For this reason alone antitrust would do well to jettison the essential facility doctrine”.

488 AREEDA, Phillip. Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, v. 58, n. 3, p. 852-853, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40843140>. Acesso em 10 out. 2023.

489 *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398 (2003).

490 GUGGENBERGER, Nikolas. The essential facilities doctrine in the digital economy: dispelling persistent myths. *Yale Journal of Law & Technology*. Vol. 23, Spring 2021, p. 311. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/23_yale_j.l_tech._301_essential_facilities_0.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

491 GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008, p. 225-231. Tese (Doutorado em Direito) –

a livre concorrência em relação aos “bens de utilidade pública”, conforme dois fundamentos centrais. Em primeiro, para setores regulados, a própria regulação seria solução mais adequada em comparação ao antitruste. Em segundo, para setores não regulados, a própria concepção de abuso de poder econômico e o princípio da função social da propriedade ofertam arcabouço legal suficiente para resguardar a livre concorrência.

Cumpra observar que as críticas estão centradas na utilidade e nos limites da *essential facilities doctrine*, sem a rejeição inequívoca e absoluta à teoria. Em relação à utilidade, cabe reconhecer que a teoria não representa solução universal para os desafios concorrenciais, porém isso não significa que não possa ser útil em determinados cenários, inclusive mediante sua combinação com o princípio da função social da propriedade em vista da repressão ao abuso de poder econômico. Em relação aos limites, admite-se que a teoria não representa expressão vazia que pode ser utilizada sem a devida pertinência à luz do panorama antitruste aplicável, sendo excepcional e requerendo aplicação técnica baseada nos efeitos concorrenciais do caso concreto, o que não afasta sua aplicabilidade.

De todo modo, conforme será verificado abaixo, a *essential facilities doctrine* apresenta plena eficácia em âmbito brasileiro, considerando ponderações sobre a função social da propriedade e a decorrente responsabilidade especial do agente econômico dominante e detentor de infraestrutura essencial. Assim, possibilita-se determinar o dever excepcional de conceder acesso não discriminatório à referida infraestrutura aos seus concorrentes, particularmente em mercados tradicionais e baseados em infraestruturas físicas.

Por conseguinte, denota-se que a *essential facilities doctrine* representa teoria antitruste capaz de somar aos instrumentos do Direito Concorrencial para a repressão ao abuso de poder econômico, com especial guarida no Brasil em razão da inegável função social da propriedade prevista constitucionalmente. Sem embargo, como cerne

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

da discussão acerca da sua aplicação, identifica-se o complexo exercício de caracterizar dado bem econômico como infraestrutura essencial. Nesse sentido, a partir do paralelo entre mercados tradicionais e digitais, questiona-se a aplicabilidade da *essential facilities doctrine* aos digitais.

3.1. **ESSENTIAL FACILITIES EM MERCADOS TRADICIONAIS**

A partir da exposição acerca dos parâmetros da *essential facilities doctrine*, é pertinente analisar quais bens econômicos podem configurar infraestrutura essencial e, com isso, estarem sujeitos aos efeitos jurídicos da teoria. Nesse contexto, cabe destacar que referida teoria está fundamentalmente atrelada aos mercados tradicionais e às infraestruturas físicas – seja em sua origem, seja no presente – consoante a verificação dos seguintes precedentes.

Em termos históricos, conforme julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1912, o caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*⁴⁹² é visto como a origem da *essential facilities doctrine*⁴⁹³. Uma *joint venture* formada por empresas de transporte ferroviário havia adquirido todas as conexões ferroviárias que cruzavam o rio Mississippi na área do município de St. Louis – à época, importante *hub* de comércio para os Estados Unidos como um todo. Assim, referida *joint venture* era capaz de controlar o comércio baseado em ferrovias, restringindo o acesso aos seus concorrentes. Ante a impossibilidade física de reprodução da infraestrutura ferroviária e os seus efeitos deletérios à livre concorrência, determinou-se a concessão de acesso mediante condições razoáveis, sob pena de cisão da *joint venture*.

Diversos outros casos foram julgados com base na tese constituída na decisão do caso *United States v. Terminal Railroad*

492 *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912).

493 Ressalta-se que não houve menção expressa à *essential facilities doctrine* no julgamento, mas sim a conformação das teses que seriam futuramente identificadas pela doutrina e pela jurisprudência como o racional da teoria.

Association of St. Louis, envolvendo distintos mercados, como redes de fornecimento de energia elétrica⁴⁹⁴ e estações de esqui⁴⁹⁵. Nesse cenário, sublinha-se o caso *MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*⁴⁹⁶, quando foi discutida a legalidade da recusa de interconexão solicitada pela MCI, por parte da AT&T, em relação às suas redes de telecomunicação. Ao julgar o caso, a *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit* definiu quatro requisitos para afirmar a ilicitude da recusa de acesso a infraestruturas caracterizadas como essenciais: (i) a infraestrutura essencial é detida por monopolista; (ii) a duplicação da infraestrutura é inviável ou irrazoável; (iii) a recusa de acesso aos concorrentes; e (iv) a factibilidade da concessão de acesso à infraestrutura.

No Brasil, precedentes recentemente julgados pelo Tribunal do CADE ilustram discussões sobre a aplicação da *essential facilities doctrine* no que diz respeito ao acesso a infraestruturas físicas e que remontam às origens da teoria. Particularmente, destacam-se duas decisões envolvendo os mercados de transporte ferroviário e de distribuição de querosene de aviação⁴⁹⁷.

Em primeiro, o CADE julgou representação sobre suposto abuso de posição dominante no serviço de transporte ferroviário, particularmente mediante interdição e suspensão das atividades de pátio ferroviário na temporada entressafra do açúcar, impedindo sua utilização por concorrente para a distribuição de açúcar. Por unanimidade, o Tribunal do CADE determinou que fosse assegurado o acesso à ferrovia mediante condições “objetivas e isonômicas”, ante (i) o reconhecimento do referido pátio ferroviário como infraestrutura essencial, pois não poderia ser replicado e a utilização do modal rodoviário não seria alternativa razoável, e (ii) o entendimento de que

494 *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).

495 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

496 *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

497 Independentemente de existirem argumentos pertinentes de ambas as partes envolvidas nas disputas em questão, sublinha-se que esses precedentes demonstram a efetiva ponderação sobre *essential facilities doctrine* em âmbito decisório da autoridade antitruste brasileira, sem realizar juízo de mérito sobre a correção das decisões.

o controlador de infraestrutura essencial deve conceder o respectivo acesso sob condições “isonômicas e efetivas”⁴⁹⁸.

Em segundo, o CADE analisou representação relativa a supostos abusos de posições dominantes mediante recusa de acesso quanto (i) à base de distribuição de combustíveis e (ii) ao pool da rede de hidrantes para abastecimento de aeronaves localizada em aeroporto. No que diz respeito à primeira conduta, por unanimidade, o Tribunal do CADE arquivou o pleito em razão da inexistência de essencialidade do acesso, na medida em que outras alternativas foram verificadas. No que diz respeito à segunda conduta, por maioria, o Tribunal do CADE condenou as empresas representadas, sob o entendimento de que haveria (a) monopólio do pool referente à rede de hidrantes para abastecimento; (b) incentivos à recusa de contratar em razão da elevação dos custos de potenciais concorrentes das controladoras do pool; (c) dever de contratar devido às previsões regulatórias; (d) ausência de justificativas objetivas para a recusa de contratação, bem como (e) a recusa do acesso não produz eficiências e cria barreiras à entrada⁴⁹⁹.

Portanto, constata-se que a *essential facilities doctrine* originou de precedentes intimamente atrelados a infraestruturas físicas, cujas particularidades econômicas em seus respectivos mercados relevantes implicavam a insubstituibilidade do acesso para a viabilidade da livre concorrência. Ademais, casos referentes a infraestruturas físicas ainda são destaques para a matéria, ao menos em âmbito nacional. Isto posto, questiona-se a aplicabilidade da teoria a bens econômicos não físicos, especialmente no que diz respeito aos mercados digitais, conforme será abordado a seguir.

498 CADE. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S/A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e América Latina Logística S/A. Relatora: Conselheira Paula Azevedo. Brasília: Diário Oficial da União, 10 nov. 2021.

499 CADE. Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27. Representante: Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda. Representados: Air BP Brasil Ltda., Vibra Energia S/A, Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A e Raízen Combustíveis S/A. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Brasília: Diário Oficial da União, 18 nov. 2022.

3.2. *ESSENTIAL FACILITIES* EM MERCADOS DIGITAIS

Em vista das considerações apresentadas no que diz respeito à *essential facilities doctrine* e à caracterização de infraestruturas essenciais em mercados tradicionais, observa-se que a teoria foi originalmente desenvolvida com ênfase em infraestruturas físicas e marcadas por limitações estruturais de reprodução. Assim, sucedem discussões e divergências acerca da aplicabilidade da teoria aos mercados digitais, considerando as particularidades e as diferenças basilares no funcionamento dos mercados.

Nesse contexto, verificam-se perspectivas contrárias à possibilidade de aplicação da *essential facilities doctrine* para além de infraestruturas físicas. Por exemplo, para Humberto Cunha dos Santos⁵⁰⁰, a teoria não seria aplicável às plataformas digitais, pois não apresentam as características de uma “infraestrutura física indispensável”, aptas a fundamentar eventual obrigatoriedade de acesso. No entanto, referido posicionamento exposto é desacompanhado de argumentos voltados a corroborar tal afirmação. Assim, reflexão mais aprofundada pode sinalizar entendimento diverso.

A ideia de infraestrutura essencial realmente está mais conectada às infraestruturas físicas, como as ferrovias e as redes de telecomunicações. Sem embargo, ainda que de forma menos natural, ressalta-se a aplicabilidade da *essential facilities doctrine* também aos bens econômicos não físicos, como a propriedade intelectual⁵⁰¹. Isso porque não é a composição física do bem que determina sua essencialidade sob a perspectiva concorrencial, mas sim a sua relevância econômica para a livre concorrência.

500 SANTOS, Humberto Cunha dos. A concorrência dinâmica das plataformas digitais: o respeito à inovação sem desprestigiar a preservação da competição na economia digital – reflexões a partir do caso “Google Shopping”. Revista do IBRAC, n. 1 (2020), p. 301. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/Revista_do_IBRAC_n_1_2020.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

501 WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition Law. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012, p. 701.

Nesse sentido, Calixto Salomão Filho⁵⁰² explica que a aplicação da *essential facilities doctrine* decorre da intensa relação de dependência quanto ao bem econômico detido pelo monopolista, sendo irrelevante a natureza da infraestrutura. Dessa maneira, não obstante a teoria originar de casos relacionados a infraestruturas físicas tradicionais, “qualquer bem econômico” pode ser caracterizado como infraestrutura essencial. Logo, inclusive bens imateriais poderiam ser incluídos, de acordo com a dependência verificada no caso concreto.

Ressalta-se que não é inédita a aplicação da *essential facilities doctrine* a bens econômicos que não sejam infraestruturas físicas. A título ilustrativo, destaca-se o caso europeu *Magill*⁵⁰³. Sinteticamente, a *Magill* pretendia elaborar um guia semanal da programação de três emissoras de televisão no Reino Unido e na Irlanda, produto à época inédito e bastante útil aos consumidores. Contudo, para preparar o guia, seria necessário licenciar a lista da programação das emissoras, que inicialmente recusaram o licenciamento. Em última instância, a Corte de Justiça da União Europeia determinou o licenciamento compulsório das referidas listas, uma vez que a informação seria essencial para o desenvolvimento de produto inédito e desejado pelos consumidores, bem como a recusa seria injustificada, oportunizando o fechamento do mercado de guias televisivos.

Assentada a possibilidade de aplicação da *essential facilities doctrine* para além de infraestruturas físicas, cabe ponderar a sua aplicação aos mercados digitais. Ao traçar paralelo entre mercados tradicionais e digitais, Nikolas Guggenberger⁵⁰⁴ defende que as plataformas digitais são comparáveis às ferrovias nos séculos passados em termos de posição econômica dominante, controlando os gargalos

502 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 310-311.

503 *Radio Telefis Eireann v. Commission of the European Communities*, Case C-241/91 P [1995] (Court of Justice).

504 GUGGENBERGER, Nikolas. *The essential facilities doctrine in the digital economy: dispelling persistent myths*. *Yale Journal of Law & Technology*. Vol. 23, Spring 2021, p. 315. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/23_yale_j.l.tech._301_essential_facilities_0.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

de acesso da economia contemporânea. Nesse sentido, assim como as previsões de acesso à infraestrutura ferroviária promoveram benefícios concorrenciais relevantes à época, entende que a aplicação revitalizada da teoria aos mercados digitais proporcionaria notáveis ganhos à concorrência e aos agentes econômicos, como os desenvolvedores de aplicativos.

É justamente a mencionada dependência em face do agente econômico controlador de determinado ecossistema digital que pode configurar a essencialidade da infraestrutura digital. Ao controlar tanto o acesso ao mercado quanto as condições de acesso, o agente controlaria gargalo concorrencial e poderia ser capaz de implementar condutas exclusionárias⁵⁰⁵. Assim, as discussões sobre a recusa de contratação relacionada às infraestruturas essenciais, na atualidade, passaram a alcançar o acesso à tecnologia e ao conhecimento como condição necessária à concorrência efetiva nos mercados⁵⁰⁶. Fundamentalmente, as mudanças estruturais da economia suscitam novos desafios concorrenciais e a revisão de conceitos originalmente definidos a partir de realidade distinta⁵⁰⁷.

Dessa maneira, questiona-se a potencial aplicação da *essential facilities doctrine* como uma das soluções para os gargalos dos mercados digitais⁵⁰⁸, tal como ocorre com as infraestruturas físicas, que

505 AZEVEDO, Paula Farani de; SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. O dever de contratar no contexto dos ecossistemas digitais. In: ZINGALES, Nicolo; AZEVEDO, Paula Farani de (orgs.). A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais: desafios e propostas. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022, p. 282 e 287.

506 FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 334.

507 Reconhecendo a necessidade de atualização de perspectivas, como técnica de regulação econômica *ex ante* destinada a endereçar eventuais gargalos da economia digital, a União Europeia expediu o Regulamento (UE) n° 2022/1925 (*Digital Markets Act* – DMA) em vista de assegurar condições não discriminatórias ou abusivas de acesso às plataformas digitais controladas por agentes econômicos caracterizados como *gatekeepers*. No entanto, iniciativas regulatórias nesse sentido não são isentas de críticas, vide a análise de Herbert Hovenkamp (2023, p. 44-45) sobre a proposta legislativa do *American Innovation and Choice Online Act* – AICOA em âmbito estadunidense, concluindo que o enfoque regulatório em *gatekeepers* resultaria em desproporcionalidades no que diz respeito ao *enforcement* antitruste.

508 Ressalva-se que a presente verificação da aplicabilidade da *essential facilities doctrine* aos mercados digitais não representa tentativa de alavancar a teoria para consecução

viabilizam o abuso de poder econômico e o fechamento de mercado aos concorrentes. Para materializar a análise, dois casos recebem destaque: (i) *Epic Games v. Apple*; e (ii) *Google Shopping*.

Em relação ao caso *Epic Games v. Apple*, a centralidade da controvérsia se refere à exclusão do jogo Fortnite – detido pela Epic Games – da App Store, única loja virtual de aplicativos para o sistema operacional iOS da Apple. Resumidamente, em agosto de 2020, a Epic Games atualizou o Fortnite e inaugurou um sistema de pagamento próprio para as compras dentro do jogo, oferecendo uma alternativa ao sistema de pagamentos da Apple, que era contratualmente previsto e envolvia uma comissão de 30% sobre os valores transacionados. Como resultado, a Apple removeu o Fortnite da App Store e a Epic Games iniciou disputa judicial.

Dentre os temas debatidos, destaca-se a análise quanto à caracterização do sistema operacional iOS como infraestrutura essencial, conforme arguido pela Epic Games e refutado pela Apple. Para a *United States District Court for the Northern District of California*⁵⁰⁹, citando precedentes clássicos, há quatro elementos que devem ser demonstrados para verificar abuso de poder econômico relacionado à *essential facilities doctrine*: (i) o réu é monopolista titular de uma infraestrutura essencial; (ii) o autor não é capaz de reproduzir a infraestrutura; (iii) o réu negou acesso à infraestrutura; e (iv) o réu poderia haver concedido o acesso negado.

No caso concreto, de acordo com a decisão inicial da autoridade judicial estadunidense, não foi possível caracterizar o sistema operacional iOS como infraestrutura essencial para a distribuição

dos objetivos referentes à regulação econômica de dada jurisdição, como o acesso à tecnologia e à propriedade intelectual, tal como proposto por Joy Xiang (2023, p. 1158) sob a perspectiva chinesa: “Judiciously employing the essential facilities doctrine may enhance access to technologies deemed crucial or to essential infrastructures necessary for the development and deployment of needed technologies. As the current international framework allows a jurisdiction much freedom to unilaterally design and implement antitrust law, developing countries may leverage antitrust law to improve access to essential technologies”. É, simplesmente, exercício destinado a atualizar a análise antitruste às particularidades dos mercados digitais e identificar teorias aplicáveis, sem revolucionar as fundamentações do Direito Concorrencial.

509 *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, No. 20-cv-05640-YGR.

de aplicativos em razão de dois fatores centrais. Em primeiro, a Apple não seria titular de poder de monopólio no mercado de jogos online, considerando que a sua participação de mercado não seria suficientemente elevada e os seus concorrentes de outros mercados relacionados exerceriam pressão competitiva relevante. Em segundo, ainda que a Epic Games não pudesse replicar o sistema operacional iOS devido à sua proteção mediante propriedade intelectual e a distribuição nativa via App Store fosse ideal, existiriam alternativas para a distribuição de aplicativos, como o acesso direto via internet. Consequentemente, não restou caracterizada a infraestrutura essencial, que deve efetivamente excluir todas as demais alternativas viáveis e impedir a concorrência entre os agentes econômicos.

A decisão da primeira instância foi preservada quase em sua integralidade pela *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*⁵¹⁰, retificando-se apenas questões pontuais para além do escopo direto da identificação de infraestrutura essencial. Ambas as empresas interpuuseram recursos perante a Suprema Corte dos Estados Unidos⁵¹¹, mas foram rejeitados e as decisões anteriores foram preservadas. Nesse contexto, é possível depreender dois entendimentos acerca da *essential facilities doctrine* nos mercados digitais. De um lado, bens econômicos digitais podem ser considerados como infraestrutura essencial, inexistindo restrição abstrata à aplicação da teoria para além de bens físicos e concretamente finitos. De outro lado, as peculiaridades dos mercados digitais contribuem para a existência de alternativas ao bem econômico disputado, visto que as comuns limitações físicas são superadas, o que pode dificultar a sua caracterização como infraestrutura essencial.

Assim, é pertinente a concepção de que as plataformas e os mercados digitais requerem especial atenção concorrencial em relação aos parâmetros de acesso e de atuação por parte dos usuários e dos desenvolvedores. Nesse sentido, não obstante o resultado do caso, é válida a preocupação sobre o acesso não discriminatório às

510 Epic Games, Inc. v. Apple, Inc., No. 21-16506 (9th Cir. 2023).

511 Epic Games, Inc. v. Apple, Inc., No. 23-344 e 23-337 (Supreme Court).

plataformas digitais, considerando o poder econômico de dados agentes nos mercados digitais⁵¹². De todo modo, o abuso de poder econômico não deve ser pressuposto, mas sim depender de verificação cuidadosa.

A análise antitruste sobre abuso de poder econômico nos mercados digitais deve atentar para a identificação das relações de concorrência a partir da definição do mercado relevante objeto da análise e a legitimidade das condutas de agentes econômicos dominantes em face das práticas de outros agentes, que podem ultrapassar as barreiras tradicionais mediante inovações disruptivas⁵¹³. Considerando o caso *Epic Games v. Apple*, trata-se precisamente da discussão sobre a legitimidade concorrencial da exclusão da Epic Games da App Store, que foi atestada não apenas pela previsão contratual referente aos sistemas de pagamento, mas também pela inexistência de poder de monopólio por parte da Apple e a descaracterização do sistema operacional iOS como infraestrutura essencial, o que foi possível pela existência de concorrentes responsáveis por outros sistemas que ofereciam alternativas ao da Apple.

Em relação ao caso *Google Shopping*, a disputa é baseada no alegado abuso de poder econômico atinente ao serviço de comparação de preços do Google. Interessantemente, consoante o aspecto global dos mercados digitais, fatos semelhantes foram julgados nos Estados Unidos, na União Europeia e no Brasil, com distintos atributos, enfoques e resultados. Em linhas gerais, questionou-se o suposto uso do serviço de busca do Google para fechar o mercado referente aos serviços de comparação de preços, de maneira a conquistar mercado inorganicamente, em prejuízo à concorrência no mérito⁵¹⁴.

512 ORTIZ GARCÍA, Alejandro. *Epic Games v. Apple: The Beginning of a New Technological Era*. Tutor/Supervisor: Georgantzis, Nikolaos. Universitat Jaume I. Departament d'Economia. 2023, p. 25-26. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10234/203787>. Acesso em: 10 out. 2023.

513 FERNANDES, Victor Oliveira. *Disruptive Innovations on Digital Platforms: Lessons from Epic Games v. Apple in the U.S. and Rappi v. iFood in Brazil*. CPI Columns Latin America. August, 2021, p. 3-5. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3912148. Acesso em: 10 out. 2023.

514 Vide os ideais da notória expressão “*competition on the merits*”.

Nos Estados Unidos⁵¹⁵, a investigação em face do Google foi arquivada, não se identificando condutas anticoncorrenciais. Em essência, a *Federal Trade Commission* concluiu que o algoritmo de buscas do Google visava aprimorar a experiência dos seus usuários, de sorte que eventuais prejuízos concorrenciais sofridos por terceiros no mercado de comparação de preços decorreriam de processo competitivo regular. Assim, à medida que os efeitos pró-competitivos das constantes inovações do Google haveriam sido comprovados, entendeu-se pela legalidade da conduta.

Na União Europeia⁵¹⁶, o Google foi condenado por supostamente abusar de sua posição dominante no mercado de serviços gerais de busca para alavancar sua posição contra concorrentes do Google Shopping no mercado adjacente de serviços de comparação de preços. Além da multa, determinou-se a conferência de tratamento isonômico aos comparadores de preços no que diz respeito à oferta dos serviços gerais de busca do Google. Segundo entendimento da autoridade europeia, o mercado de serviços gerais de busca haveria sido indevidamente utilizado como “gargalo” para vedar o acesso de concorrentes ao mercado de serviços de comparação de preços.

Entretanto, ressalta-se que a *essential facilities doctrine* não foi utilizada para fundamentar a condenação, ainda que a plataforma de pesquisa do Google possuísse características que a “aproximam” de uma infraestrutura essencial. Isso porque a tradicional lógica de negar acesso aos demais agentes econômicos não seria aplicável, pois o modelo de negócios do Google se baseia justamente em franquear o acesso de terceiros à sua plataforma. Sob essa perspectiva, a conduta do Google não representaria a negativa de acesso à infraestrutura essencial, mas sim conduta discriminatória ativa.

Os remédios previstos foram similares aos que seriam aplicáveis à luz da *essential facilities doctrine*, porém consoante outra teoria de

515 Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices - In the Matter of Google Inc.

516 Google and Alphabet v Commission (Google Shopping). Case T-612/17, General Court of the European Union.

dano antitruste com requisitos menos rígidos em comparação às infraestruturas essenciais. Logo, não utilizar a *essential facilities doctrine* e os seus parâmetros de análise haveria possibilitado intervenção antitruste⁵¹⁷. Nesse sentido, distintamente das críticas contra a amplitude da análise antitruste de infraestruturas essenciais, a *essential facilities doctrine* poderia ser a alternativa mais conservadora aplicável ao caso.

No Brasil, o caso decorreu de representação apresentada pela empresa E-Commerce Medias Group – à época, titular dos comparadores de preços Busca-pé e Bondfaro – contra o Google, sob as alegações de posicionamento privilegiado do Google Shopping na plataforma de busca geral do Google e de discriminação de concorrentes quanto à contratação de anúncios com fotos. Por apertada maioria decorrente do voto de qualidade do Presidente do CADE, a investigação foi arquivada⁵¹⁸. De acordo com a estabelecida maioria do Tribunal do CADE, a conduta atribuída ao Google (i) apresentaria eficiências ao bem-estar dos consumidores, na medida em que ofereceria inovadora opção para facilitar a interação entre os usuários e os anunciantes de produtos, bem como (ii) não possuiria propósito anticoncorrencial, ressaltando-se a licitude da inovação voltada ao aprimoramento dos produtos, não obstante eventuais prejuízos colaterais aos concorrentes⁵¹⁹.

Especificamente em relação à *essential facilities doctrine*, asseverou-se que a recusa injustificada de acesso à dada infraestrutura essencial pode ocasionar prejuízos concorrenciais. Entretanto, no

517 GRAEF, Inge. Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy. Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper, nº DP2019-028, 2019, p. 13-15. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3371457>. Acesso em 18 out. 2023.

518 Em específico, o Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, a Conselheira Pollyanna Azevedo e o Presidente Alexandre Barreto votaram pelo arquivamento do caso, enquanto os Conselheiros Paulo Burnier da Silveira, João Paulo de Resende e Paula Azevedo votaram pela condenação da Google.

519 CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Brasília: Diário Oficial da União, 02 jul. 2019.

caso concreto, (i) o espaço para anúncios com fotos, (ii) a primeira página do Google e (iii) os dados detidos pelo Google não poderiam ser classificados como infraestrutura essencial, afastando as acusações de abuso de poder econômico sob esse viés. Isso porque (a) existiriam substitutos capazes de afastar a essencialidade do acesso aos referidos bens econômicos, haja vista a elevada concorrência no mercado de publicidade online; (b) não haveria sido negado acesso aos concorrentes, mas apenas exigida compatibilidade técnica; e (c) no caso dos dados pessoais brutos – sem o processamento proprietário do Google –, estes são insuficientes em si próprios e, ainda, “ativos não-rivais, não-excludentes e ubíquos”⁵²⁰.

Em contrapartida, a minoria do Tribunal do CADE, sustentou que a verificação de abuso de poder econômico no caso concreto não dependeria da utilização da concepção clássica da *essential facilities doctrine*. Sobre o tema, destaca-se o voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira⁵²¹, que buscou atualizar a análise antitruste tradicional e defendeu que a plataforma do Google realmente não seria indispensável sob a concepção clássica de infraestrutura essencial, mas produziria gargalos de acesso a serem tutelados pelo antitruste. Nesse sentido, o foco da investigação deveria ser deslocado para a capacidade de alavancagem do poder econômico detido em um dos mercados em relação aos adjacentes, possibilitando a conquista de mercados sem méritos concorrenciais. A lógica concorrencial seria falseada e os incentivos à inovação e ao aprimoramento da eficiência seriam eliminados⁵²².

Isto posto, em harmonia com o caso *Epic Games v. Apple*, denota-se que a *essential facilities doctrine* pode ser considerada nos mercados

520 Vide § 599-602 do Voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

521 Vide § 20-36 do Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

522 CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Brasília: Diário Oficial da União, 02 jul. 2019.

digitais – ainda que existam posicionamentos pela desnecessidade –, o que não significa que seja exercício simples caracterizar dado bem econômico como infraestrutura essencial. Ao contrário, as particularidades dos mercados digitais tornam a análise mais complexa e a configuração de essencialidade mais difícil.

Dessa maneira, é pertinente ponderar que as transformações econômicas decorrentes da inovação tecnológica e as particularidades dos mercados digitais não significam a absoluta obsolescência dos instrumentos tradicionais de análise antitruste. Na realidade, faz-se necessário adaptar e atualizar o ferramental teórico às novas características dos mercados, ante as mudanças nas condutas potenciais de abuso de poder econômico⁵²³. De acordo com a análise dos casos *Epic Games v. Apple* e *Google Shopping*, depreende-se que a *essential facilities doctrine* segue em discussão também nos mercados digitais, não havendo impedimentos abstratos para sua aplicação.

O desenvolvimento histórico da *essential facilities doctrine* em mercados tradicionais, caracterizados por infraestruturas físicas, não significa que sua racionalidade seja inaplicável aos mercados digitais, nos quais os bens tecnológicos, usualmente materializados mediante direitos de propriedade intelectual, são os principais elementos produtivos. Ainda que a análise antitruste dependa das particularidades dos casos concretos, as teorias oriundas desses casos não se restringem aos cenários factualmente idênticos. De fato, deve-se considerar a racionalidade da teoria à luz do paradigma jurídico de defesa da concorrência aplicável, o que possibilita utilizar a *essential facilities doctrine* aos mercados digitais⁵²⁴.

523 BINOTTO, Anna; KASTRUP, Gustavo Henrique C. Camargo. Ferramentas antigas para problemas novos? O que é possível apreender das recentes decisões do caso Google Shopping. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, n. 10, ano 4. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021, p. 12.

524 Ao analisar a aplicabilidade da *essential facilities doctrine* aos mercados digitais, é pertinente considerar as reflexões trazidas por Paula Farani de Azevedo e Bruno Droghetti Magalhães Santos (2022, p. 290): “O poder de mercado que as grandes empresas de tecnologias desenvolveram e os ecossistemas que se formaram demonstram que o poder de mercado delas não é tão transitório quanto se pensava. A existência de gargalos piora aquilo que é a essência do direito antitruste: a busca pela concorrência on the merits. Se um rival é excluído do mercado ou é incapaz de

Aliás, a economia digital apresenta características que suscitam reflexões importantes sobre a *essential facilities doctrine*. Isso porque os mercados digitais apresentam peculiaridades favoráveis à constituição e ao abuso de posição dominante, na medida em que podem facilitar a concentração econômica e a constituição de elevadas barreiras à entrada. Nesse cenário, três fatores recebem destaque: (i) efeitos de rede – a qualidade e a utilidade do produto ou do serviço é diretamente proporcional à quantidade de usuários –; (ii) custos de mudança – o consumidor precisa suportar custos elevados para eventual substituição do fornecedor –; e (iii) economias de escala – o produtor apresenta a exponencial capacidade de crescer a oferta do produto ou do serviço e, concomitantemente, reduzir seus custos por unidade⁵²⁵.

Sob essa perspectiva, é meritória a tese de que as infraestruturas digitais podem ser consideradas essenciais, capazes de comprometer a livre concorrência nos mercados verticalmente integrados a elas. Particularmente em razão das restrições aos demais agentes econômicos que podem ser impostas a partir do controle de dado ativo digital, pode-se estabelecer gargalos à atuação competitiva nos mercados adjacentes. Assim, a atualização da *essential facilities doctrine* seria alternativa apta para reestabelecer a livre concorrência em mercados digitais monopolizados⁵²⁶.

competir porque o incumbente lhe recusa acesso a um insumo fundamental, para não dizer essencial, tal recusa deve ser permitida, porque a conduta não atinge os critérios de infraestrutura essencial desenvolvidos pensando em indústrias lineares, ou os critérios devem ser atualizados pelas autoridades para refletir as forças que determinam a concorrência nos ecossistemas? Na opinião dos autores, há de se flexibilizar os critérios para que essas forças sejam consideradas. Isso não significa flexibilizar a ponto de refutar a Doutrina Colgate, mas atualizar as definições de ‘insumo’ e ‘infraestrutura’ essencial considerando as particularidades da concorrência nos ecossistemas digitais”.

525 GRAEF, Inge. Tailoring the essential facilities doctrine to the IT sector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft. *Cambridge Student Law Review*, v. 7, p. 1, 2011, p. 10-13. Disponível em: <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/tailoring-the-essential-facilities-doctrine-to-the-it-sector-comp>. Acesso em 10 out. 2023.

526 GUGGENBERGER, Nikolas. Essential Platforms. *Stanford Technology Law Review*, v. 24, p. 305, 2021. Disponível em: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2021/05/publish_this_-_guggenberger_essential_platforms_eic.pdf. Acesso em 18 out. 2023.

Em vista das características da economia digital – notadamente a tendência de concentração nos moldes de “*winner takes all*” ou “*winner takes most*” –, Michael G. Jacobides⁵²⁷ sustenta que o poder econômico de dada plataforma digital estaria, especialmente, atrelado (i) às condições de acesso aos consumidores, (ii) à vinculação dos consumidores à plataforma e (iii) ao poder de barganha em face dos vendedores. Assim, seria constatado notável poder econômico, consoante (i.a) a plataforma tenha acesso exclusivo aos consumidores, (ii.a) os consumidores estejam restritos à plataforma em razão de elevados custos de transição a outras plataformas que eventualmente existam e (iii.a) os vendedores dependam da plataforma para acessar fundamental mercado de consumidores. Nesse sentido, se verificada a presença de poder econômico nos termos descritos⁵²⁸, haveria potencial gargalo concorrencial.

Trata-se precisamente da racionalidade de incidência da *essential facilities doctrine*, isto é, a eventual existência de gargalo viabilizador do fechamento de mercados e a alavancagem de posição dominante em um mercado para conquista artificial dos mercados adjacentes. Assim, são discutidos os padrões de análise da teoria, que devem absorver à dinâmica concorrencial da economia digital, ainda que historicamente origem de casos envolvendo infraestruturas físicas tradicionais.

527 JACOBIDES, Michael G. What Drives and Defines Digital Platform Power? A framework, with an illustration of App dynamics in the Apple Ecosystem. *Evolution Ltd.*, 2021, p. 8-11. Disponível em: https://0b15b1ba-b409-4bee-904c-2a804d95a4b1.usrfiles.com/ugd/0b15b1_965c04480db84c3eab4eb2fe4b23087c.pdf. Acesso em 25 fev. 2024.

528 A partir das características concorrenciais dos mercados digitais, Michael G. Jacobides (2021, p. 3) propõe cinco indicadores a serem utilizados para verificar o poder econômico e a capacidade de estabelecer gargalos à concorrência por parte de plataformas digitais: “(1) Does the platform have exclusive access to a large body of consumers? (2) Is it difficult for users to multi-home or switch platforms? (3) Can sellers be replaced without substantial harm to the platform? (4) Do users benefit from network effects, requiring sellers to multi-home across platforms? (5) Does the platform have an established set of buyers and sellers, creating an effective entry barrier to rival platforms?”. Conforme as respostas aos questionamentos forem positivas ou negativas, a tendência seria atestar a presença ou a ausência de poder econômico, respectivamente.

Estudos recentes assumem a aplicabilidade da *essential facilities doctrine* a elementos produtivos digitais e sugerem que a teoria também poderia abranger, inclusive, o *big data*. Isso em razão da relevância concorrencial do processamento massivo de dados na economia contemporânea e dos potenciais gargalos que podem ser causados pelos controladores de ecossistemas digitais⁵²⁹.

Nesse cenário de adaptação hermenêutica à realidade econômica, é pertinente o entendimento de Inge Graef⁵³⁰ no sentido de que os critérios de aplicação da teoria poderiam ser analisados com maior flexibilidade interpretativa no caso de mercados digitais concentrados, haja vista as suas particularidades propícias ao abuso de poder econômico. A teoria antitruste, profundamente fundamentada na concretude econômica, deve estar adequada aos mercados digitais contemporâneos. Se os padrões de análise deixarem de acompanhar a realidade, a efetividade do *enforcement* antitruste restará prejudicada e o Direito Concorrencial deixará de cumprir sua função.

Para contornar os gargalos de acesso existentes nos mercados digitais e os seus potenciais efeitos anticoncorrenciais, Nikolas Guggenberger⁵³¹ propõe a modernização da *essential facilities doctrine*, conforme duas etapas sequenciais. Em primeiro, vedar a discriminação de concorrentes nos mercados relacionados, conforme a jurisprudência originalmente desenvolvida, uma vez

529 (i) DACAR, Rok. The Essential Facilities Doctrine, Intellectual Property Rights, and Access to Big Data. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 54, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40319-023-01396-7>. Acesso em 25 fev. 2024.; e (ii) POŠČIĆ, Ana; MARTINOVIĆ, Adrijana. The Interplay Between the Essential Facility Doctrine and the Digital Markets Act: Implications to Big Data. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, v. 69, n. 2, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.14712/23366478.2023.15>. Acesso em 25 fev. 2024.

530 GRAEF, Inge. Tailoring the essential facilities doctrine to the IT sector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft. *Cambridge Student Law Review*, v. 7, p. 1, 2011, p. 16-20. Disponível em: <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/tailoring-the-essential-facilities-doctrine-to-the-it-sector-comp>. Acesso em 10 out. 2023.

531 GUGGENBERGER, Nikolas. Essential Platforms. *Stanford Technology Law Review*, v. 24, p. 317-322, 2021. Disponível em: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2021/05/publish_this_-_guggenberger_essential_platforms_eic.pdf. Acesso em 18 out. 2023.

que as plataformas digitais seriam funcionalmente equivalentes às infraestruturas físicas analisadas no passado. Em segundo, como elemento inovador à teoria, determinar a interoperabilidade entre as plataformas digitais, virtualmente eliminando barreiras à entrada e possibilitando que novos entrantes se beneficiassem dos efeitos de rede das plataformas, o que efetivamente suprimiria os monopólios digitais.

Dentre as possíveis soluções para eventuais gargalos de acesso em mercados digitais, destacam-se as medidas destinadas a proporcionar interoperabilidade, portabilidade e acesso a dados⁵³², visando mitigar algumas das limitações experimentadas pelos consumidores em face de plataformas digitais. A partir da implementação de remédios antitruste nesse sentido, a capacidade de escolha dos consumidores seria elevada, haja vista a redução dos custos de transferência e o acréscimo das possibilidades de utilização de múltiplas plataformas. Como resultado, as pressões competitivas seriam intensificadas em prol do bem-estar dos consumidores⁵³³.

Assim, destaca-se a importância da interoperabilidade entre os sistemas digitais ofertados por distintos agentes econômicos. Em particular, caso um agente apresente o monopólio de dado mercado relevante baseado em um sistema digital, a recusa de interoperabilidade com as aplicações dos demais agentes econômicos pode impossibilitar a concorrência nos mercados adjacentes. Assim, constata-se a capacidade do agente com posição dominante em um mercado alavancar seu poder para conquistar, inorganicamente, mercados relacionados. Nesse cenário, determinar a obrigatoriedade

532 Observadas as diretrizes quanto à privacidade dos indivíduos e as normas referentes à proteção de dados pessoais, como a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) em âmbito brasileiro e o Regulamento (UE) nº 2016/679 (*General Data Protection Regulation* – GDPR) em âmbito europeu.

533 JACOBIDES, Michael G. What Drives and Defines Digital Platform Power? A framework, with an illustration of App dynamics in the Apple Ecosystem. *Evolution Ltd.*, 2021, p. 44-45. Disponível em: https://0b15b1ba-b409-4bee-904c-2a804d95a4b1.usrfiles.com/ugd/0b15b1_965c04480db84c3eab4eb2fe4b23087c.pdf. Acesso em 25 fev. 2024.

de disponibilização do acesso poderia ser a “única maneira de reestabelecer a concorrência”⁵³⁴.

De todo modo, considerar as peculiaridades da economia digital não deve significar a irrestrita aplicação da *essential facilities doctrine* em desconsideração dos demais valores da ordem jurídica. Ao verificar a aplicabilidade do dever de contratar na economia digital, Erik Hovenkamp⁵³⁵ sustenta que a concessão de acesso não deve representar avanço contra uma posição de mercado conquistada por méritos competitivos, sendo aplicável para possibilitar a concorrência baseada em mérito em relação aos mercados adjacentes ao mercado controlado por dado agente incumbente. Objetiva distinguir os cenários em que a intervenção antitruste prejudicaria a conquista de mercado decorrente da concorrência baseada em mérito, daquelas em que a intervenção seria necessária para impedir a alavancagem do poder econômico detido em um mercado para a conquista artificial dos mercados adjacentes⁵³⁶. É importante recordar que a teoria se fundamenta precisamente em impedir gargalos e assegurar processo competitivo pautado em mérito, não devendo haver condenação do poder econômico em si próprio.

534 GRAEF, Inge. Tailoring the essential facilities doctrine to the IT sector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft. *Cambridge Student Law Review*, v. 7, p. 1, 2011, p. 13. Disponível em: <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/tailoring-the-essential-facilities-doctrine-to-the-it-sector-comp>. Acesso em 10 out. 2023.

535 HOVENKAMP, Erik. The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech. *Yale Law Journal*, v. 131, 2022, p. 1502-1507. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3889774>. Acesso em 25 fev. 2024.

536 Para esse exercício, o autor classifica a recusa de contratação por parte do agente incumbente em recusas primárias (relativas ao mercado principal de atuação do agente, no qual o incumbente não enfrentaria concorrência direta de outros agentes) e recusas secundárias (referentes aos mercados adjacentes ao mercado principal, nos quais o incumbente do mercado principal enfrentaria concorrência direta de outros agentes que individualmente desenvolveram produtos e os serviços aptos a concorrer). Nesse sentido, somente os casos de recusa secundária poderiam estar sujeitos ao dever de contratar, de modo que o antitruste não violasse o resultado da concorrência por mérito no mercado principal e, concomitantemente, impedisse a abusiva alavancagem do poder econômico relacionado ao mercado principal no que diz respeito aos mercados adjacentes.

Ademais, a possibilidade de aplicação da teoria aos mercados digitais não significa que ela será utilizada em todos os casos para determinar a concessão de acesso ao bem econômico disputado. Isso porque (i) se aplicada, é possível concluir que os seus requisitos para fixação da excepcional obrigação de contratar não estão presentes à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto e (ii) se não aplicada, há outros instrumentos e teorias antitruste que podem ser utilizados. As peculiaridades dos mercados devem ser consideradas na análise antitruste e, no caso concreto, definir dado bem econômico como infraestrutura essencial é atividade complexa, particularmente nos dinâmicos mercados digitais. Essa dificuldade prática, contudo, não pode ser utilizada para descartar de plano a aplicação da teoria.

Por fim, cabe ressaltar que não há solução única para assegurar a livre concorrência nos mercados digitais, sendo importante desenvolver múltiplos cursos de ação antitruste. Dentre eles, destaque-se a *essential facilities doctrine*, representando valiosa opção aos casos que não podem ser endereçados mediante outras alternativas. Aplicar a teoria à economia digital possibilitaria solucionar falhas concorrenciais de forma flexível, complementando as demais medidas aplicáveis e, como resultado, estimular a concorrência e a inovação⁵³⁷.

Compreende-se que a *essential facilities doctrine* é também aplicável aos mercados digitais, observados os efeitos concorrenciais de cada caso concreto. Não obstante, a aplicação da teoria significa a utilização de seus critérios para a análise antitruste, sem qualquer garantia de resultado. À medida que a análise de potenciais abusos de poder econômico demanda a ponderação dos efeitos da conduta consoante as características de mercados relevantes específicos, é regular que a decisão seja casuística. Precisamente por esses motivos, aplicar referida teoria aos bens econômicos da economia digital é

537 GUGGENBERGER, Nikolas. Essential Platforms. *Stanford Technology Law Review*, v. 24, p. 327-336, 2021. Disponível em: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2021/05/publish_this_-_guggenberger_essential_platforms_eic.pdf. Acesso em 18 out. 2023.

atividade complexa e, ordinariamente, menos clara em comparação às infraestruturas físicas.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se que a prevenção e a repressão ao abuso de poder econômico é objetivo basilar do Direito Concorrencial, contemplando mercados tradicionais e digitais, em vista da defesa da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, além de outros princípios constitucionais. Sob essa perspectiva, a partir da inovação tecnológica e da economia digital, novos desafios são apresentados à análise antitruste, que foi originalmente desenvolvida em mercados tradicionais e segue sendo atualizada na atualidade. Desse modo, institutos e conceitos clássicos são repensados para as novas realidades econômicas.

Nesse cenário, recebe destaque a *essential facilities doctrine*, que prevê a excepcional obrigatoriedade de contratação, sob condições razoáveis e isonômicas, no que diz respeito às infraestruturas caracterizadas como essenciais e detidas por agentes econômicos dominantes. Isso porque, conforme panorama normativo, doutrinário e jurisprudencial brasileiro, é reconhecida a função social da propriedade e a responsabilidade especial dos detentores de poder econômico. Assim, justifica-se excepcionar a regra geral de plena liberdade de contratação, de forma a reprimir abusos e assegurar o funcionamento adequado dos mercados, particularmente mediante o endereçamento de gargalos concorrenciais ocasionados pelo controle abusivo da infraestrutura.

A teoria origina de casos envolvendo infraestruturas físicas, marcadas por limitações absolutas de reprodução, como ferrovias, redes de telefonia e sistemas de distribuição de combustíveis e energia. Não obstante, a transformação econômica proporcionada pelos avanços tecnológicos gera questões sobre a possibilidade de transpor a *essential facilities doctrine* aos mercados digitais. Nesse sentido, assim como nos mercados tradicionais, são verificados notáveis gargalos de

acesso nos mercados digitais em razão do controle de bens econômicos, ainda que as condições estruturais sejam naturalmente distintas.

Entende-se que não há óbice abstrato à caracterização de dado bem econômico como infraestrutura essencial nos mercados digitais, sendo dispensável a característica física da infraestrutura, como já evidenciado por precedentes referentes à propriedade intelectual. Na realidade, para a análise acerca da essencialidade da infraestrutura, o que se verifica é a sua função econômica perante os agentes atuantes nos diversos elos dos mercados. Assim, conforme os aspectos econômicos da infraestrutura – física ou digital –, esta pode ser considerada como essencial e ensejar a aplicação da *essential facilities doctrine*.

A estrutura lógica da teoria segue aplicável a todas as espécies de mercados – i.e., caso um agente dominante em dado mercado relevante possua infraestrutura essencial, esta não deve ser utilizada como instrumento para fechar mercados e seu acesso pode ser definido consoante as condições regulares de mercado. Com efeito, em relação aos mercados digitais, a caracterização do bem como infraestrutura essencial e os remédios aplicáveis requerem complexa atualização. Essencialmente, o conteúdo da análise é o verdadeiro objeto de adaptação.

Por conseguinte, conclui-se que a *essential facilities doctrine* é aplicável à economia digital, observadas as especificidades de cada mercado e os efeitos concorrenciais relativos ao caso concreto. Em especial, conforme a definição dos mercados relevantes envolvidos e a constatação de poder econômico, deve-se verificar (i) a essencialidade da infraestrutura, particularmente em vista dos efeitos de rede, dos custos de mudança e das economias de escala marcantes da economia digital; (ii) a substitutibilidade da infraestrutura; (iii) a fundamentação da negativa de acesso; e (iv) os efeitos concorrenciais. Se atestada a existência de infraestrutura essencial controlada por agente dominante que a utiliza para restringir a livre concorrência, é possível determinar a excepcional concessão de acesso, especialmente mediante previsões de não discriminação e interoperabilidade.

5. REFERÊNCIAS

AREEDA, Phillip. Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. **Antitrust Law Journal**, v. 58, n. 3, p. 841–853, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40843140>. Acesso em 10 out. 2023.

AZEVEDO, Paula Farani de; SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. O dever de contratar no contexto dos ecossistemas digitais. In: ZINGALES, Nicolo; AZEVEDO, Paula Farani de (orgs.). **A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais: desafios e propostas**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.

BINOTTO, Anna; KASTRUP, Gustavo Henrique C. Camargo. Ferramentas antigas para problemas novos? O que é possível apreender das recentes decisões do caso Google Shopping. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, n. 10, ano 4. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021.

BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. Digital Conglomerates and EU Competition Policy. **Social Science Research Network**, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3350512>. Acesso em 25 fev. 2024.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder**. São Paulo: Singular, 2010.

BRICS. **BRICS in the digital economy: competition policy in practice**, 2nd Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy, 2024. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/noticias/2024/BRICS%20Digital%20Economy.pdf>. Acesso em 25 fev. 2024.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Brasília: Diário Oficial da União, 02 jul. 2019.

CADE. **Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27**. Representante: Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda. Representados: Air BP Brasil Ltda., Vibra Energia S/A, Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A e Raízen Combustíveis S/A. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Brasília: Diário Oficial da União, 18 nov. 2022.

CADE. **Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03**. Representante: Agrovía S/A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e América Latina Logística S/A. Relatora: Conselheira Paula Azevedo. Brasília: Diário Oficial da União, 10 nov. 2021.

DACAR, Rok. The Essential Facilities Doctrine, Intellectual Property Rights, and Access to Big Data. **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 54, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40319-023-01396-7>. Acesso em 25 fev. 2024.

DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Disruptive Innovations on Digital Platforms: Lessons from Epic Games v. Apple in the U.S. and Rappi v. iFood in Brazil**. CPI Columns Latin America. August, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3912148. Acesso em: 10 out. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Mercado relevante**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de

Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/249/edicao-1/mercado-relevante>. Acesso em: 24 set. 2023.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRAEF, Inge. Tailoring the essential facilities doctrine to the IT sector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft. **Cambridge Student Law Review**, v. 7, p. 1, 2011. Disponível em: <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/tailoring-the-essential-facilities-doctrine-to-the-it-sector-comp>. Acesso em 10 out. 2023.

GRAEF, Inge. **Essential facility**. Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, art. n° 12256, 2023. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/essential-facility>. Acesso em 10 out. 2023.

GRAEF, Inge. Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy. **Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper**, n° DP2019-028, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3371457>. Acesso em 18 out. 2023.

GUGGENBERGER, Nikolas. Essential Platforms. **Stanford Technology Law Review**, v. 24, p. 237-343, 2021. Disponível em: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2021/05/publish_this_-_guggenberger_essential_platforms_eic.pdf. Acesso em 18 out. 2023.

GUGGENBERGER, Nikolas. The essential facilities doctrine in the digital economy: dispelling persistent myths. **Yale Journal of Law & Technology**. Vol. 23, Spring 2021. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/23_yale_j_l_tech._301_essential_facilities_0.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

HOVENKAMP, Erik. The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech. **Yale Law Journal**, v. 131, 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3889774>. Acesso em 25 fev. 2024.

HOVENKAMP, Herbert, Gatekeeper Competition Policy. **Michigan Technology Law Review**, 2023, p. 1-45. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4347768>. Acesso em 03 mar. 2024.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise – Principle and Execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

JACOBIDES, Michael G. What Drives and Defines Digital Platform Power? A framework, with an illustration of App dynamics in the Apple Ecosystem. **Evolution Ltd.**, 2021. Disponível em: https://0b15b1ba-b-409-4bee-904c-2a804d95a4b1.usrfiles.com/ugd/0b15b1_965c04480db-84c3eab4eb2fe4b23087c.pdf. Acesso em 25 fev. 2024.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, 2021. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734>. Acesso em 25 fev. 2024.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OECD. **Abuse of Dominance in Digital Markets – Contribution from Brazil**. Paris: OECD, 2020. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2020\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2020)7/en/pdf). Acesso em 10 out. 2023.

OECD. **OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age**. Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/>. Acesso em 25 fev. 2024.

OECD. **The Essential Facilities Concept. Policy Roundtables**. Paris: OECD, 1996. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>. Acesso em 10 out. 2023.

ORTIZ GARCÍA, Alejandro. **Epic Games v. Apple: The Beginning of a New Technological Era**. Tutor/Supervisor: Georgantzis, Nikolaos. Universitat Jaume I. Departament d'Economia. 2023. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10234/203787>. Acesso em: 10 out. 2023.

POŠČIĆ, Ana; MARTINOVIĆ, Adrijana. The Interplay Between the Essential Facility Doctrine and the Digital Markets Act: Implications to Big Data. **Acta Universitatis Carolinae Iuridica**, v. 69, n. 2, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.14712/23366478.2023.15>. Acesso em 25 fev. 2024.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

SANTOS, Humberto Cunha dos. A concorrência dinâmica das plataformas digitais: o respeito à inovação sem desprestigiar a preservação da competição na economia digital – reflexões a partir do caso “Google Shopping”. **Revista do IBRAC**, n. 1 (2020), p. 296-317. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRAC_n_1_2020.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

SILVEIRA, Paulo Burnier da; FERNANDES, Victor Oliveira. Google Shopping in Brazil: Highlights of CADE’s decision and takeaways for digital economy issues. **Concurrences e-Bulletin**, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3435159>. Acesso em 18 out. 2023.

STIGLER COMMITTEE. **Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report**, 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em 18 out. 2023.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

XIANG, Joy. Intellectual Property, Antitrust, and Access to Essential Technologies. **Lewis & Clark Law Review, Peking University School of Transnational Law Research Paper**, v. 26, n. 4, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3915325>. Acesso em 25 fev. 2024.