

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 178-179, ago. 2019/jul. 2020

RDM 178/179

Doutrina e Atualidades:

- 1 - "Respostas estruturais para os grandes ilícitos empresariais" (autor: Calixto Salomão Filho)
- 2 - "Governança Corporativa e Diversidade Racial no Brasil" (autor: Carlos Portugal Gouvêa)
- 3 - "A Crise e o Quadro Normativo da Gestão Monetária" (autores: Luís Fernando Massoneto e Gustavo Jorge Silva)
- 4 - "A tecnologia de registros distribuídos e o Real Digital como ferramentas para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro?" (autor: Rafael Viana de Figueiredo Costa)
- 5 - "Inovação bancária e as fragilidades ao processo de colaboração compulsória imposta às instituições financeiras na detecção dos indícios de lavagem de dinheiro" (autor: Alessandro Fernandes)
- 6 - "A tutela da liquidez no mercado secundário de ações no Brasil" (autor: Yasmin Fernandes Reis)
- 7 - "O exato cumprimento do contrato enquanto requisito para a procedência da ação renovatória na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo" (autor: Luis Felipe Pinto)
- 8 - "A Relativização Da Autonomia Da Vontade No Âmbito Do Contrato De Factoring: Uma Análise Acerca Do Julgamento Proferido Pelo Superior Tribunal De Justiça No Recurso Especial N° 1.711.412-MG" (autores: Paulo Márcio da Cruz e Pedro Henrique Piazza Noldin)
- 9 - "A Substituição do Índice de Correção Monetária nos Contratos Empresariais" (autores: Ana Chen e Bruno Almeida Ruggiero)
- 10 - ""Validade e eficácia da cláusula denominada pró-sandbagging nos contratos de compra e venda de participação societária sujeitos ao direito brasileiro" (autor: Maira de Melo Vieira Temple)
- 11 - ""Plataforma de Dois Lados e Regra da Razão: o Caso Ohio vs. American Express" (autor: Guilherme dos Santos)

ISBN 978-65-6006-025-8



9 786560 060258 >

ID GLOBAL
Instituto de Direito Global

 **rdm**
revista de direito mercantil

 **EXPERT**
EDITORIA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

178/179

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 LVIII (Nova Série)

Agosto 2019/Julho 2020

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LVIII – ns. 178/179 – ago. 2019/jul. 2020
FUNDADORES

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS
LEÂES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC
VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA
SALLES, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÉA, ROBERTO
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

MICHELLE BARUHM DIEGUES E MATHEUS CHEBLI DE ABREU.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

BEATRIZ LEAL DE ARAÚJO BARBOSA DA SILVA, ISABELLA PETROF
MIGUEL, MATEUS RODRIGUES BATISTA, PEDRO FUGITA DE OLIVEIRA,
VICTORIA ROCHA PEREIRA, VIRGILIO MAFFINI GOMES,

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da

Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho,

CEP 30664790

Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos

Daniel Carvalho

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
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: Alessandro Fernandes, Ana Chen, Bruno Almeida Ruggiero, Calixto Salomão Filho, Carlos Portugal Gouvêa, Guilherme dos Santos, Gustavo Jorge Silva, Luis Felipe Pinto, Luís Fernando Massonetto, Maíra de Melo Vieira Temple, Paulo Márcio da Cruz, Pedro Henrique Piazza Noldin, Rafael Viana de Figueiredo Costa, Yasmin Fernandes Reis

ISBN: 978-65-6006-025-8

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

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



EXPERT
EDITORADIGITAL

AUTORES

Calixto Salomão Filho

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Professor de Direito e Desenvolvimento no Institut des Sciences Politiques (Sciences Po) de Paris.

Rafael Viana de Figueiredo Costa

Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio (2023). Pós-graduado em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Insper-SP (2019). Graduado em Direito pela FGV-Direito Rio (2016). Advogado no escritório Velloza Advogados Associados, com atuação voltada para o mercado de capitais, com ênfase em fundos de investimento e administração de recursos de terceiros em geral.

Alessandro Fernandes

Assessor na Unidade de Segurança Institucional do Banco do Brasil. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Gestão e Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Yasmin Fernandes Reis

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em Direito dos Negócios e Desenvolvimento Econômico e Social da Fundação Getúlio Vargas. Analista de negócios em São Paulo.

Luis Felipe Pinto

Advogado regularmente inscrito na OAB/SP, sob nº 435.812, pós-graduado em Direito Empresarial e Societário, e investidor do mercado financeiro desde 2019.

Luís Fernando Massonetto

Doutor em direito pela Universidade de São Paulo. Professor doutor no Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É coordenador de pesquisa sobre Regulação Indutora no Programa de Pós-Graduação em Cidades Inteligentes e Sustentáveis da Uninove. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Econômico e Produção do Espaço: território, lugar, escalas e redes (CNPQ).

Gustavo Jorge Silva

Doutor e Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela mesma instituição, com período de estudos na Universidade de Lucerna (Suíça). Pós Graduado em Administração Pública no Século XXI pela Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atua como advogado especializado em Direito Bancário e Meios de Pagamento.

Carlos Portugal Gouvêa

Livre-Docente em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP (2022). Professor Associado de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do PGLaw. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D., 2008). Bacharel pela Universidade de São Paulo (USP). Lecionou como professor visitante na Harvard Law School e foi pesquisador visitante na Yale Law School e na Wharton Business School da University of Pennsylvania. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela New York State Bar Association. É membro vice-presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão Fulbright do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Paulo Márcio da Cruz

Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Realizou estágio de pós-doutorado nas universidades de Perugia e Alicante e estágio sênior na Universidade de Alicante. É professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica nos cursos de mestrado e doutorado - da Universidade do Vale do Itajaí, professor convidado da Universidade de Alicante e da Universidade de Perugia. Professor visitante do Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales da Universidade de Alicante. Atua como docente e pesquisador nos temas Direito Transnacional, Direito e Sustentabilidade, Democracia e Estado e Constitucionalismo Comparado. E-mail: pcruz@univali.br.

Pedro Henrique Piazza Noldin

Advogado (OAB/SC 45.273). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia/Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Widener University - Delaware Law School/EUA, com apoio de Bolsa PROSUP-CAPES. Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Médico pela Verbo Educacional. Graduado em Direito, com Mérito Estudantil, pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Assessor Jurídico do Município de Itajaí no ano de 2016. Atuante na área do Direito Empresarial, Médico e Hospitalar. E-mail: pedro@spsadvogados.com.br.

Ana Chen

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Analista jurídica da IEST Consultoria e Brusasco & Corinti Sociedade de Advogados. Orientanda do Professor Associado Eduardo Tomasevicius Filho (DCV).

Bruno Almeida Ruggiero

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Estagiário no escritório Mendonça Sica Advogados Associados. Foi orientando do Professor Associado Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (DCO).

Maíra de Melo Vieira Temple

Doutoranda em Direito Comercial, USP. Pós-graduada em Direito Empresarial, Escola Paulista da Magistratura. Master (I) em Direito dos Negócios, *Université d'Aix-Marseille* (bolsa do *Programme de Bourses d'Excellence Eiffel*, do Ministério das Relações Exteriores da França). Bacharel em Direito, USP. Autora de livro e de artigos publicados no Brasil e no exterior, nas áreas de Direito Societário, Arbitragem, Direito Internacional e Direito das Empresas em Crise. Há 18 (dezoito) anos em resolução de disputas, foi advogada associada de algumas das principais bancas do Brasil e do exterior na área de arbitragem, em São Paulo e Paris, e é assessora de Desembargador integrante da 2a. Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Guilherme dos Santos

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Intercambista do 40º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PinCade, 2020). Advogado associado ao Nishioka & Gaban Advogados.

SUMÁRIO

Respostas estruturais para os grandes ilícitos empresariais	15
<i>Calixto Salomão Filho</i>	
Governança corporativa e diversidade racial no Brasil: um retrato das companhias abertas.....	31
<i>Carlos Portugal Gouvêa</i>	
A crise e o quadro normativo da gestão monetária	81
<i>Luis Fernando Massonetto, Gustavo Jorge Silva</i>	
A tecnologia de registros distribuídos e o real digital como ferramentas para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro?.....	119
<i>Rafael Viana de Figueiredo Costa</i>	
Inovação bancária e as fragilidades ao processo de colaboração compulsória imposta às instituições financeiras na detecção dos indícios de lavagem de dinheiro	167
<i>Alessandro Fernandes</i>	
O tratamento da liquidez no mercado secundário de ações no Brasil	195
<i>Yasmin Fernandes Reis</i>	
O exato cumprimento do contrato enquanto requisito para a procedência da ação renovatória na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	225
<i>Luis Felipe Pinto</i>	

A relativização da autonomia da vontade no âmbito do contrato de <i>factoring</i> : uma análise acerca do julgamento proferido pelo superior tribunal de justiça no recurso especial nº 1.711.412-MG.....	261
<i>Paulo Márcio da Cruz, Pedro Henrique Piazza Noldin</i>	
A substituição do índice de correção monetária em contratos empresariais: os impactos da pandemia sobre IGP-M/FGV e a resposta tópica do poder judiciário	287
<i>Ana Chen, Bruno Almeida Ruggiero</i>	
Validade e eficácia da cláusula denominada pró-sandbagging nos contratos de compra e venda de participação societária sujeitos ao direito brasileiro.....	347
<i>Maíra de Melo Vieira Temple</i>	
Plataforma de dois lados e regra da razão: o Caso Ohio vs. American Express	377
<i>guilherme dos Santos</i>	

PLATAFORMA DE DOIS LADOS E REGRA DA RAZÃO: O CASO OHIO VS. AMERICAN EXPRESS

TWO-SIDED PLATFORM AND THE RULE OF REASON: OHIO VS. AMERICAN EXPRESS CASE

Guilherme dos Santos

RESUMO: O caso Ohio vs. American Express é sobre a aplicação da regra da razão para uma plataforma de dois lados, qual seja, a Amex. Nesse caso, a Suprema Corte dos EUA concluiu pela inclusão dos dois lados da plataforma na mesma definição de mercado relevante, de modo que o autor da ação deveria ter demonstrado os efeitos anticoncorrenciais da conduta imputada nesses dois lados já na primeira fase da regra da razão. Essa conclusão foi determinante para a absolvição da Amex. A partir de uma análise na literatura antitruste brasileira, estadunidense e europeia, o presente artigo visa demonstrar as incoerências nessa definição de mercado relevante, bem como seus efeitos negativos na distribuição do ônus probatório às partes. A fim de solucionar esses problemas, propõe-se uma definição de mercado relevante que inclua somente o lado da plataforma onde houve a restrição imposta pelo réu.

Palavras-chave: antitruste; regra da razão; plataforma de dois lados; Ohio vs. American Express; distribuição do ônus probatório.

ABSTRACT: The case Ohio vs. American Express is about the application of the rule of reason to a two-sided platform, namely, Amex. In this case, the U.S. Supreme Court concluded for the inclusion of both sides of the platform in the same definition of relevant market, so that the plaintiff should have demonstrated the anti-competitive effects of the imputed conduct on these two sides already in the first step of the rule of reason. This conclusion was decisive for the acquittal of Amex. Based on an analysis of the Brazilian, American, and European antitrust literature, this article aims to demonstrate the inconsistencies

in this definition of relevant market, as well as its negative effects on the distribution on the burden of proof to the parties. To solve these problems, it is proposed a definition of relevant market that includes only the platform side where there was a restriction imposed by the defendant.

Keywords: antitrust; rule of reason; two-sided platform; Ohio vs. American Express; burden of proof distribution.

1. INTRODUÇÃO.

A pandemia da COVID-19 demonstrou o grande poder econômico e político das plataformas de dois ou de múltiplos lados. Esse fato ficou evidente pelas acusações, perguntas e respostas feitas na audiência realizada pela Comissão de Direito Antitruste, Comercial e Administrativo do Congresso dos EUA em 29 de julho de 2020, quando foram colhidos os depoimentos dos CEOs das empresas Amazon, Apple, Facebook e Google⁵⁴⁵. Além disso, a pandemia também evidenciou que as plataformas vieram para ficar⁵⁴⁶. É até mesmo difícil imaginar nossa sociedade e as diversas atividades que hoje desenvolvemos sem os

545 As acusações, perguntas e respostas feitas pelos congressistas aos CEOs das citadas empresas tinham como objeto os seguintes temas: poder de mercado dessas empresas, abuso de posição dominante, proteção de dados, interferências políticas, hate speech e fake news. Para a íntegra da audiência, vide: U.S. HOUSE COMMITTEE ON THE JUDICIARY. **Online Platforms and Market Power, Part. 6: Examining the Dominance of Amazon, Apple, Facebook, and Google.** Disponível em: <https://judiciary.house.gov/subcommittees/antitrust-commercial-and-administrative-law-116th-congress/>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

546 Devo esse insight a Humberto Cunha dos Santos, vide: SANTOS, Humberto Cunhas dos. “Pós-crise da Covid-19: consolidação da era das plataformas digitais e e-commerce?”. **JOTA**. 21 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pos-crise-da-covid-19-consolidacao-da-era-das-plataformas-digitais-e-e-commerce-21042020>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. Sobre esse assunto, veja também: VIANA, Diego. “Jean Tirole, Prêmio Nobel de Economia, aponta saída para a crise”. **Valor Econômico**. 17 de abr. de 2020. São Paulo. Disponível em: <https://valor-globo-com.cdn.ampproject.org/c/s/valor.globo.com/google/amp/eu-e/noticia/2020/04/17/jean-tirole-premio-nobel-de-economia-aponta-saidas-para-a-crise.ghml>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. HARARI, Yuval Noah. “Yuval Noah Harari: the world after coronavirus”. **Financial Times**. 20 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

mercados de plataformas. Em um certo sentido, nossa sociedade está firmemente ligada às plataformas, especialmente aquelas do mercado digital. Mas é também nesse mesmo ponto que corremos perigo, pois o poder, especialmente o econômico, passa a se concentrar e os usuários ou a própria economia tornam-se possíveis vítimas do abuso desse poder. Para evitar ou punir esse abuso, diversos ordenamentos jurídicos criaram um ramo do direito chamado de Direito Antitruste. Assim, a fim de aprimorar a análise concorrencial destes mercados e garantir a concorrência entre seus agentes, tornou-se ainda mais necessário discutir a definição de seus mercados relevantes e suas implicações na distribuição do ônus probatório e no “enforcement” da lei antitruste. Para isso, é imprescindível repensar um caso paradigmático sobre o assunto: o caso *Ohio vs. American Express*⁵⁴⁷. Esse caso, após ser julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, reacendeu a controvérsia antitruste sobre a aplicação da regra da razão a plataformas de dois ou de múltiplos lados.

A companhia de cartões de crédito American Express (“Amex”) foi acusada em uma ação civil antitruste pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA (“DOJ”) e por mais dezessete Estados por ter praticado uma restrição vertical entre marcas⁵⁴⁸, com o objetivo de impedir que os comerciantes direcionassem (“steering”) os consumidores a utilizarem outros cartões de crédito que não da

547 U.S. SUPREME COURT. **Ohio vs. American Express Co.** N.º 16-1454. 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?fileName=/docket/docketfiles/html/public/16-1454.html>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

548 Cláusula de exclusividade, preferência, MFN (“Most Favored Nation”) e venda casada são alguns exemplos de restrições verticais entre marcas, pois são restrições impostas por uma marca sobre a venda, pelo revendedor, de outras marcas. Já as restrições “intra-marca”, como “resale price maintenance” ou limitações territoriais, tratam-se de restrições impostas por uma marca sobre as vendas de seus próprios produtos pelo revendedor. Para maiores explicações, vide: HOVENKAMP, Herbert. “Platforms and the Rule of Reason: The American Express Case”. **Columbia Business Law Review**. v. 35, 2019, p. 36, note 3. Disponível em: <https://doi.org/10.7916/d8-3bfd-3856>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. PEREIRA NETO, Caio M. da Silva; LANCIERI, Filippo M. “Towards a Layered Approach to Relevant Markets in Multi-Sided Transaction Platforms”. **Antitrust Law Journal**. No prelo. 2020, p. 35. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408221. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

Amex e que cobravam taxas menores por cada transação realizada entre comerciante e consumidor. Por ter praticado essa conduta restritiva “antidirecionamento” (“antisteering”), a Amex foi acusada⁵⁴⁹ de ter violado o § 1º do Sherman Antitrust Act, que veda desarrazoadas restrições ao comércio⁵⁵⁰.

A conduta restritiva “antidirecionamento” era imposta pela Amex aos comerciantes a partir de uma cláusula contratual firmada por ambas as partes, impedindo que os comerciantes: (1) oferecessem aos consumidores descontos ou incentivos não monetários para usarem cartões de crédito menos custosos para os comerciantes; (2) expressassem preferência por qualquer cartão, ou (3) divulgassem informações sobre os custos de diferentes cartões (PEREIRA NETO; LANCIERI, 2020, p. 6). Embora essa disposição “antidirecionamento” não se aplicasse às transações onde não se envolvia a utilização de cartões de crédito, como pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de débito, os autores alegaram que tal disposição, indiretamente, aumentou os preços dos produtos, pois, efetivamente, forçava os clientes a permanecerem com o cartão com preços mais altos e que também tinham as maiores taxas aos comerciantes (HOVENKAMP, 2019, p. 44).

Em fevereiro de 2015, a Corte Distrital de Nova York julgou procedente a acusação, definindo o mercado de cartão de crédito como uma plataforma de dois lados, sendo que a cláusula “antidirecionamento” da Amex seria anticoncorrencial ao resultar em altas taxas para um dos lados dessa plataforma, qual seja, o lado

549 As companhias Visa e Mastercard também usaram suas próprias versões dessas disposições, mas assinaram acordos judiciais de consentimento concordando em abandonar a prática (HOVENKAMP, 2019, p. 44).

550 Esses são os termos do § 1º do Sherman Antitrust Act: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”. Embora em momento algum fale em desarrazoadas (“unreasonable”) restrições ao comércio, a Suprema Corte entende que somente essas restrições são ilegais, não todas. Vide: FEDERAL TRADE COMISSION. **Guide to Antitrust Laws – The Antitrust Laws.** Washington, DC. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

dos comerciantes. Estes são os termos do resumo da decisão da Corte Distrital feita pela Suprema Corte:

(...) o mercado de cartão de crédito deve ser tratado como dois mercados separados – um para comerciantes e um para portadores de cartão – e que as disposições de antidirecionamento da Amex são anticompetitivas, porque elas resultam em taxas mais altas para os comerciantes. (U.S. SUPREME COURT, 2018, *Syllabus*, p. 2, tradução nossa).⁵⁵¹

Entretanto, em setembro de 2016, a Corte de Apelação do Segundo Circuito dos Estados Unidos reverteu a decisão da Corte Distrital, afirmando que o mercado relevante deveria ser definido como apenas um, não dois, de modo que não teria sido avaliado corretamente a interdependência necessária entre ambos os lados da plataforma: comerciantes e portadores de cartão de crédito (RENZETTI; FERNANDES, 2018, p. 254).

Somente em junho de 2018 o caso Amex foi definitivamente resolvido, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, por 5 votos a 4, manteve a decisão do Segundo Circuito. Sendo este um julgamento, como a própria Suprema Corte reconheceu, de aplicação da regra da razão a uma alegada conduta anticompetitiva praticada por uma plataforma de dois lados, faz-se necessário analisar detidamente como se deu a aplicação dessa regra.

2. A REGRA DA RAZÃO NO CASO OHIO VS. AMERICAN EXPRESS PELA SUPREMA CORTE DOS EUA.

Os membros da Suprema Corte, embora tenham divergido sobre a aplicação da regra da razão nesse caso, concordaram que, para

⁵⁵¹ No original: “(...) the credit-card market should be treated as two separate markets – one for merchants and one for cardholders – and that Amex’s antisteering provisions are anticompetitive because they result in higher merchant fees”.

concluir que uma conduta restritiva violou essa regra, seria necessário se passar por três fases de uma estrutura de distribuição do ônus da prova (“burden-shifting framework”), que seriam as fases de aplicação da regra da razão. A primeira fase consistiria no ônus inicial do autor provar que a conduta restritiva imputada como anticoncorrencial possui, de fato, efeitos anticompetitivos substanciais que ferem os consumidores no mercado relevante. Suprido esse ônus inicial, passa-se à segunda fase, em que o ônus probatório é transferido para o réu demonstrar a racionalidade pró-competitiva da restrição. Caso o réu faça essa demonstração, chega-se à terceira fase, em que o ônus probatório é retornado ao autor para provar que as eficiências pró-competitivas da restrição praticada pelo réu poderiam ter sido razoavelmente alcançadas por meios menos anticompetitivos.⁵⁵²

A Suprema Corte afirmou que estava diante de um caso de restrição vertical, não horizontal, de modo que seria demandada a aplicação dessa regra. Sendo assim, a maioria, seguindo Justice Clarence Thomas, decidiu que seria imprescindível, primeiramente, a definição do mercado relevante para aferir se o agente possuía poder de mercado, pois só assim seria possível concluir, em seguida, se sua conduta restringiu ou não a concorrência⁵⁵³. Portanto, a Corte decidiu que, sendo um caso de restrição vertical, seria necessário a definição do mercado relevante, mesmo que houvesse prova direta do dano anticoncorrencial (HOVENKAMP, 2019, p. 48). Consequentemente, o primeiro passo foi a definição do mercado relevante.

A Corte identificou que as companhias de cartão de crédito, como a Amex, constituem plataformas de dois lados, mais especificamente, plataformas de transação (“transaction platforms”). Plataforma de

552 Vide: U.S. SUPREME COURT, Op. cit. (nota 3), Opinion of the Court, p. 9-10.

553 Neste ponto, Justice Breyer divergiu do entendimento majoritário. Ele afirmou que os autores, no caso Amex, trouxeram ao processo provas diretas do dano anticoncorrencial. Havendo tais provas diretas, seria legalmente desnecessário traçar a definição do mercado relevante, já que, se há provas diretas do dano anticoncorrencial, segue-se que o agente possuía poder de mercado para abusar dessa sua posição e, com isso, ferir a concorrência. Vide: U.S. SUPREME COURT. Op. cit (nota 3), Breyer, J., dissenting, p. 13-14. Defendendo esse mesmo entendimento, vide: HOVENKAMP, Herbert. Op. cit (nota 4), p. 47-48.

dois lados é um “ambiente” que presta serviços ou produtos para dois diferentes grupos (v.g.: portadores de cartão e comerciantes), sendo esse “ambiente” um facilitador de interação entre ambos os lados, reduzindo os custos de transação desses lados. No caso de cartões de crédito, essa interação é a transação entre os agentes desses dois grupos⁵⁵⁴. Além disso, a maioria afirmou que uma característica especial das plataformas de dois lados, diferenciando-as dos mercados tradicionais, é o fato de exibirem efeitos indiretos de rede:

(...) que existem onde o valor da plataforma para um grupo depende de quantos membros do outro grupo participam. Plataformas de dois lados devem levar em conta esses efeitos antes de fazer uma mudança no preço em ambos os lados, ou eles correm o risco de criar um ciclo de feedback de demanda em declínio. Assim, encontrar o equilíbrio ideal de preços cobrados para cada lado da plataforma é essencial para plataformas de dois lados maximizarem o valor de seus serviços e competirem com seus rivais. (U.S. SUPREME COURT, 2018, Syllabus, p. 1, tradução nossa).⁵⁵⁵

Embora os efeitos indiretos de rede sejam característicos de todas as plataformas de dois lados⁵⁵⁶, existem duas espécies de

554 Nesse sentido, vide: U.S. SUPREME COURT, Op. cit. (nota 3), Opinion of the Court, p. 2. RENZETTI, Bruno P.; FERNANDES, Gabriel de C. “Concorrência no Mercado de Meios de Pagamento Após Ohio v. American Express”. **Revista do IBRAC.** v. 24, n. 2, 2018, p. 246-266.

555 No original: “(...) which exist where the value of the platform to one group depends on how many members of another group participate. Two-sided platforms must take these effects into account before making a change in price on either side, or they risk creating a feedback loop of declining demand. Thus, striking the optimal balance of the prices charged on each side of the platform is essential for two-sided platforms to maximize the value of their services and to compete with their rivals”.

556 Para análises sobre as características das plataformas de dois ou de múltiplos lados, bem como suas possíveis eficiências, como a redução dos custos de transação, vide: ROCHE, Jean-Charles; TIROLE, Jean. “Platform Competition in Two-Sided Markets”. **Journal of the European Economic Association.** vol. 1, issue 4, 2003, p. 990-1029. Disponível em: <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>. Acessado em: 28 de

plataformas: de transação e de não-transação (“non-transaction”)⁵⁵⁷. A Suprema Corte enquadrhou as companhias de cartão de crédito como plataformas de transação, pois a principal característica desta espécie de plataforma é o fato de elas não conseguirem realizar uma venda para o usuário de um de seus lados sem, simultaneamente, fazer a venda para o outro lado de sua plataforma. Por exemplo, se o comerciante e o portador do cartão combinam usar a mesma rede de cartão de crédito, então, a transação entre eles por meio deste cartão envolverá, simultaneamente, na venda de um serviço de transação pelo cartão ao seu portador e na venda de um serviço de transação pelo cartão ao comerciante (U.S. SUPREME COURT, 2018, Opinion of the Court, p. 2-3).

Diante dessas considerações, a maioria da Suprema Corte acabou definindo o mercado relevante, que funciona como o espectro a partir do qual se faz a análise da conduta, como “o mercado de dois lados das transações de cartão de crédito como um todo” (U.S. SUPREME COURT, 2018, Opinion of the Court, p. 15. Tradução nossa).⁵⁵⁸ Essa análise da conduta à luz do mercado relevante de dois lados “como um todo” quer dizer que os dois lados da plataforma (comerciantes e os portadores de cartão de crédito) devem ser considerados conjuntamente para que se possa concluir se, de fato, a conduta configura um ilícito anticoncorrencial.

Entretanto, a Corte ressalvou que essa análise “como um todo” não seria aplicável a todas as plataformas de dois lados, mas apenas para plataformas de transação, como o mercado de cartão de crédito⁵⁵⁹.

agosto de 2022, EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. “The Antitrust Analysis of Multisided Platform Businesses”. In.: BLAIR, R. D.; SOKOL, D. D. (Eds.). **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 404-447.

557 Essa distinção também é traçada no seguinte texto: FILISTRUCCHI, Lapo. “Market definition in multi-sided markets”. In: OECD. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**. 2018. p. 38-39. Disponível em: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

558 No original: “(...) the two-sided market for credit-card transactions as a whole”.

559 Nas palavras de Justice Clarence Thomas: “To be sure, it is not always necessary to consider both sides of a two-sided platform. A market should be treated as one sided

As justificativas para essa ressalva estão relacionadas ao fato de que a plataforma de transação facilita uma única transação simultânea entre os agentes de cada lado. Logo, o consumo do produto fornecido pela plataforma é de modo necessariamente conjunto pelas partes, ou seja, não é possível vender um serviço de transação para portadores de cartão ou comerciantes individualmente, sendo imprescindível que ambos aceitem utilizar aquela plataforma para que a transação seja realizada. Em razão desses fatores, Justice Clarence Thomas concluiu que as “plataformas de transação de dois lados exibem mais fortes efeitos indiretos de rede e preços e demandas interconectados” (U.S. SUPREME COURT, 2018, Opinion of the Court, p. 13, tradução nossa).⁵⁶⁰ Além dessas duas características, a Corte ressaltou que a competição entre as companhias de cartão de crédito se dá pela transação, a qual envolve necessariamente os comerciantes e os portadores de cartão de crédito. Assim, para que haja uma avaliação acurada da competição entre essas companhias, os dois lados da plataforma devem ser analisados conjuntamente (U.S. SUPREME COURT, 2018, Opinion of the Court, p. 14).⁵⁶¹

when the impacts of indirect network effects and relative pricing in that market are minor. (...) Newspapers that sell advertisements, for example, arguably operate a two-sided platform because the value of an advertisement increases as more people read the newspaper. (...) But in the newspaper-advertisement market, the indirect networks effects operate in only one direction; newspaper readers are largely indifferent to the amount of advertising that a newspaper contains. (...) Because of these weak indirect network effects, the market for newspaper advertising behaves much like a one-sided market and should be analyzed as such". (U.S. SUPREME COURT, 2018, Opinion of the Court, p. 12).

560 No original: “(...) two-sided transaction platforms exhibit more pronounced indirect network effects and interconnected pricing and demand”.

561 Diversos juristas e economistas defendem essa posição adotada pela Suprema Corte, qual seja, de que se deve incluir os dois lados da plataforma em uma mesma definição de mercado relevante quando esse mercado de plataforma possuir fortes efeitos indiretos de rede. Vide: U.S. SUPREME COURT. Brief for Amici Curiae Antitrust Law & Economics Scholars in Support of Respondents. **Ohio vs. American Express Co.** N.º 16-1454. 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?fileName=/docket/docketfiles/html/public/16-1454.html>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. “Applying the Rule of Reason to Two-Sided Platform Businesses”. **University of Miami Business Law Review**. Vol. 26, 2018. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/umblr/vol26/iss2/3/>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard.

Nesse sentido, o mercado relevante estava definido e a análise dos efeitos anticoncorrenciais deveria incluir os dois lados da plataforma (comerciantes e portadores de cartão de crédito). Dessa forma, a Corte passou para a primeira fase da regra da razão, qual seja, o exame do ônus probatório inicial do autor em demonstrar que a restrição alegada tinha efeitos anticompetitivos substanciais que feriam os consumidores dos dois lados da plataforma. Ao realizar esse exame, a Corte considerou insuficiente a demonstração dos autores de que a restrição vertical causada pela cláusula “antidirecionamento”, que impedia que outros cartões de crédito com menores taxas fossem preferidos em uma transação, levou ao aumento de preços aos comerciantes. Deveria ter sido demonstrado, também, já nessa primeira fase, qual seria o efeito anticoncorrencial aos portadores de cartão de crédito para que, só assim, se procedesse à segunda fase. Nos termos do voto condutor de Justice Clarence Thomas:

Para demonstrar os efeitos anticompetitivos no mercado de cartão de crédito de transação como um todo, os autores devem provar que as disposições de antidirecionamento da Amex aumentaram o custo das transações com cartão de crédito acima do nível competitivo, reduziram o número de transações com cartão de crédito, ou, de outro modo, sufocaram a competição no mercado de cartão de crédito. (...) [Ainda,] os autores não ofereceram nenhuma evidência de que o preço das transações com cartão de crédito fosse maior que o preço que se esperaria encontrar em um mercado competitivo. (...) [Não obstante] o aumento das taxas comerciais da Amex reflete aumentos no valor de seus serviços e no custo

Op. cit. (nota 12). FILISTRUCCHI, Lapo. Op. cit. (nota. 13). PEREIRA NETO, Caio M. da Silva; LANCIERI, Filippo M. Op. cit. (nota 4). Neste último artigo citado, os autores estabelecem um critério mais qualificado para que os dois lados da plataforma sejam definidos em um mesmo mercado relevante. Embora afirmem que a força dos efeitos indiretos de rede deva continuar sendo o parâmetro para realizar essa definição, nem todas as plataformas de transação devem ter seus mercados relevantes definidos com a inclusão de seus dois lados.

de suas transações, não na capacidade de cobrar acima de um preço competitivo (U.S. SUPREME COURT, 2018, Opinion of the Court, p. 15-16, tradução nossa).⁵⁶²

Portanto, a maioria da Suprema Corte entendeu que, no caso Amex, a primeira fase da regra da razão demandava que os autores apresentassem provas de que a conduta gerou efeitos anticoncorrenciais para os dois lados da plataforma, por se tratar de uma plataforma de transação com cartão de crédito, na qual a análise dos efeitos concorrenciais da conduta deve se dar como um todo. Como os autores não ultrapassaram esse grande ônus probatório inicial, a Suprema Corte concluiu que a Amex não havia praticado qualquer ilícito antitruste, razão pela qual deixaram de trilhar os passos seguintes da aplicação da regra da razão.⁵⁶³

562 No original: “To demonstrate anticompetitive effects on the two-sided credit-card as a whole, the plaintiffs must prove that Amex’s antisteering provisions increased the cost of credit-card transactions above a competitive level, reduced the number of credit-card transactions, or otherwise stifled competition in the credit-card market. (...) [Moreover] [t]he plaintiffs did not offer any evidence that the price of credit-card transactions was higher than the price one would expect to find in a competitive market. (...) [Notwithstanding,] Amex’s increased merchant fees reflect increases in the value of its services and the cost of its transactions, not an ability to charge above a competitive price”.

563 Embora não seja o objetivo deste artigo analisar se haviam ou não provas suficientes para a condenação da Amex, merece ser mencionado que os dissidentes, representados no voto de Justice Breyer, afirmaram existir contundentes provas diretas dos efeitos anticoncorrenciais da conduta aos dois lados da plataforma, vide: U.S. SUPREME COURT. Op. cit. (nota 3), Breyer, J., dissenting, p. 9. Herbert Hovenkamp teceu diversas críticas contra a maioria da Suprema Corte por não ter valorizado os “records”, isto é, as provas sobre os efeitos da conduta trazidas pelas partes. Vide: HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. (nota 4), 2019, p. 68-71.

A repercussão negativa dessa decisão foi tremenda⁵⁶⁴. Diversos jornais e instituições se posicionaram criticamente⁵⁶⁵, afirmando, de forma geral, que esse precedente da Suprema Corte elevou drasticamente o ônus probatório do autor na primeira fase de

564 Mesmo antes desse julgamento pela Suprema Corte, diversos juristas, na posição de Amici Curiae, já se posicionavam criticamente à decisão tomada pelo Segundo Circuito, que acabou sendo replicada pela Suprema Corte. Vide: U.S. SUPREME COURT. Brief of 28 Professors of Antitrust Law as Amici Curiae Supporting Petitioners. **Ohio vs. American Express Co.** N.º 16-1454. 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?fileName=/docket/docketfiles/html/public/16-1454.html>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. Com o julgamento do caso pela Suprema Corte, houve uma profusão de publicações de artigos críticos ao resultado. Vide: HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4). HOVENKAMP, Herbert. "The Looming Crisis in Antitrust Economics". **University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics.** Research Paper 20-15, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3508832>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. HOVENKAMP, Erik. "Platform Antitrust". **Journal of Corporation Law**, vol. 44. No prelo. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3219396>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. "Contemporary Critique: Ohio v. American Express". **Journal of Antitrust Enforcement**. v. 7, issue 1, 2019, p. 117-127. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz003>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. BRUNELL, Richard M. "Ohio v. Amex: Not So Bad After All?". **Antitrust Magazine**. v. 33, n. 1, 2018. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/publications/antitrust_magazine/2018/atmag-fall2018/. Acessado em: 28 de agosto de 2022. Embora o seguinte artigo não critique explicitamente, a conclusão a que se chega é contrária ao posicionamento firmado pela Suprema Corte, vide: DUCCI, Francesco. "Rule of Reason Analysis in Two-Sided Markets". **NYU ASCOLA Conference**. Draft. 5 de jun. de 2018. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Ducci.pdf. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

565 Vide: WU, Tim. "The Supreme Court Devastates Antitrust Law". **The New York Times**. 26 de jun. de 2018 Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/06/26/opinion/supreme-court-american-express.html>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. Will the Supreme Court's Amex Decision Shield Dominant Tech Platforms From Antitrust Scrutiny? **Forbes**. 18 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/washingtonbytes/2018/07/18/antitrust-enforcement-of-dominant-tech-platforms-in-the-post-american-express-world/#1e0d77b2f76e>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. Open Markets Statement on Ohio v. American Express Decision. **Open Markets – Press Release**. 25 de jun. de 2018. Disponível em: <https://openmarketsinstitute.org/releases/open-markets-statement-ohio-v-american-express/>. Acessado em: 28 de agosto de 2022. A seguinte notícia traz o interessante dado de que tem sido frequentemente alegado, por parte das defesas, nos casos antitruste dos EUA, o precedente Ohio vs. American Express a fim de se enquadrarem como plataformas de transação, definindo o mercado relevante nos moldes desse precedente e, com isso, aumentar o ônus probatório ao autor. GRAHAM, Victoria. "Goldman, NCAA Test Limits of AmEx Two-sided Antitrust Defense". **Bloomberg Law - Mergers & Antitrust Law News**. 26 de fev. de 2020. Disponível em: <https://news.bloomberglaw.com/mergers-and-antitrust/goldman-ncaa-test-limits-of-amex-two-sided-antitrust-defense>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

aplicação da regra da razão, tornando-o praticamente intransponível. Algumas dessas críticas afirmavam que esse grande ônus probatório inicial acabaria por favorecer grandes empresas de tecnologia, como Google, Microsoft, Facebook, Uber, Ifood, Amazon, Apple. Isso porque, como a Amex, elas são classificadas como plataformas de dois ou múltiplos lados. Essas críticas possuem parcial razão. De fato, o precedente do caso Amex elevou o ônus probatório inicial, tornando-o quase intransponível para o autor de uma ação antitruste. Entretanto, esse ônus probatório inicial só seria demandado quando o mercado relevante fosse definido como uma plataforma de transação, na qual é imprescindível, no entendimento da Corte, sua análise como um todo, em razão dos fortes efeitos indiretos de rede. Logo, conforme tem sido ressaltado por diversos juristas⁵⁶⁶, a aplicabilidade desse precedente estaria limitada às plataformas de transação. Como as grandes empresas de tecnologia, com exceção talvez da Uber⁵⁶⁷, Amazon e Ifood, são plataformas de não-transação, o citado precedente não seria aplicável a essas plataformas que possuem baixos efeitos indiretos de rede. Assim, para esses casos, não seria necessário analisar, já na fase inicial da regra da razão, os efeitos da conduta nos dois lados da plataforma, mas, sim, somente em um dos lados, onde houve a restrição, implicando, pois, em menor ônus probatório inicial aos autores.

Diante do caso Amex, tem-se o seguinte cenário: para que o autor cumpra seu ônus probatório da primeira fase da regra da razão, ele deverá demonstrar os efeitos anticoncorrenciais da conduta nos dois lados da plataforma, quando o mercado relevante for definido como uma plataforma de transação. Entretanto, se se tratar de uma plataforma de não-transação, basta que o autor demonstre, na primeira fase da regra da razão, os efeitos anticoncorrenciais da conduta no lado onde a restrição foi praticada. No primeiro caso,

566 Vide: HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 81-88. MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. Op. cit. (nota 20), p. 124-125. BRUNELL, Richard M. Op. cit. (nota 20), p. 17-18.

567 Vide: HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 41-42. PEREIRA NETO, Caio M. da Silva; LANCIERI, Filippo M. Op. cit. (nota 4), p. 52-53. MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. Op. cit. (nota 20), p. 125-126. HOVENKAMP, Erik. Op. cit. (nota 20), p. 14-15.

existe um elevado ônus probatório ao autor, quase intransponível, devido a uma ideia equivocada de que, em plataformas de transação, esse mercado deveria ser analisado como um todo já na primeira fase da regra da razão. O presente artigo defende que seria mais correto aplicar, mesmo em plataformas de transação, a análise empregada no segundo caso, por ser economicamente mais coerente e implicar uma distribuição do ônus da prova mais equânime.

3. REPENSANDO A REGRA DA RAZÃO PARA PLATAFORMAS DE DOIS LADOS

Existe uma relação direta entre a amplitude da definição do mercado relevante com o ônus probatório: quanto maior a definição do mercado relevante, maior será o ônus probatório. Esse truismo antitruste deve ser mantido em mente quando um mercado relevante é definido, pois é a partir dessa delimitação em um caso particular que se passa à pergunta: quais provas são necessárias para demonstrar os efeitos concorrenciais de uma conduta? A resposta para essa pergunta irá depender da amplitude da definição do mercado relevante. Logo, é necessário que sempre se tenha em vista qual será o impacto da definição do mercado sobre a distribuição do ônus probatório⁵⁶⁸.

Diante dessas premissas, caberia analisar, então, qual seria uma definição de mercado relevante para plataformas de dois lados economicamente coerente e que possibilitasse uma adequada distribuição do ônus probatório pelas três fases da regra da razão. Adiante se concluirá que, além de ser economicamente injustificado, a definição do mercado relevante que inclua os dois lados da plataforma,

568 Francesco Ducci (2018, p. 29-30) compartilha desta ideia quando afirma o seguinte: “(...) burdens are allocated and calibrated to minimize the sum of costs of using the legal process and the cost of erroneous resolution of claims, and because enforcers cannot anticipate defences, it is inefficient and unfair to assign to them the burden of pre-emptively disproving defences. (...) A broad market definition and the determination of market powers risks being conflated with the question of anticompetitive effects, where the burden of proof for anticompetitive effects requires proof of net anticompetitive effects on all sides, making it de facto harder to bring a successful antitrust case.”.

como no caso Amex, gera um ônus probatório não equânime e excessivo ao autor da ação antitruste. Por essa razão, propõe-se uma outra definição de mercado relevante, similar àquela defendida pelos dissidentes no caso Amex⁵⁶⁹, por ser economicamente mais coerente e distribuir o ônus probatório de forma mais equânime entre as partes. Assim, primeiramente, serão analisadas as incoerências da definição do mercado relevante daquela forma para, em seguida, apresentar a proposta de solução.

3.1. INCOERÊNCIAS ECONÔMICAS NA INCLUSÃO DOS DOIS LADOS DA PLATAFORMA NA MESMA DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE.

Os bens (produtos ou serviços) que devem ser incluídos em uma definição de mercado relevante são aqueles conhecidos pela economia como bens “substitutos”. Ao se colocar apenas esses bens em uma mesma definição de mercado relevante, será possível realizar uma adequada análise do comportamento dos concorrentes no mercado, pois permitirá aferir quanto o aumento de preço de um bem, por parte de uma empresa, fará com que os consumidores passem a consumir um bem substituto, de uma empresa concorrente, em razão daquele aumento de preço⁵⁷⁰.

569 Vide: U.S. SUPREME COURT, 2018, Op. cit. (nota 3), Breyer, J., dissenting, p. 8-23. A definição de mercado relevante adotado pelos dissidentes é igual àquela utilizada pela Corte Distrital, transcrita na seção 1 supra.

570 Essa ideia é básica, em especial, nas análises de atos de concentração, onde “[a] delimitação do MR [Mercado Relevant] é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação. (...) Na definição do MR, serão consideradas as dimensões produto e geográfica. (...) Sob a ótica da demanda, a dimensão do produto do MR compreende bens e serviços considerados, pelo consumidor, substituíveis entre si devido a suas características, preços e utilização. Para auferir essa substitutibilidade, examina-se a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda para outros produtos.”. (CADE, 2016, p. 13).

Sendo assim, como apontaram os dissidentes no caso Amex e diversos juristas e economistas⁵⁷¹, seria um equívoco colocar os dois lados de uma plataforma, seja de transação ou não, em uma mesma definição de mercado relevante quando esses dois lados não são de bens substitutos⁵⁷². No caso Amex, esse fato é evidente ao se considerar os portadores de cartão de crédito e os comerciantes em um mesmo mercado relevante, quando para ambos são fornecidos serviços diferentes, não substitutos um do outro. Esse argumento já se encontrava expresso nas palavras do voto dissidente de Justice Breyer:

Comerciantes descontentes com o aumento de preço para os serviços relacionados ao comerciante não podem evitar esse aumento de preço se tornando portadores de cartões, no sentido que, digamos, um comprador de publicidade em jornal pode mudar para publicidade na televisão ou “direct mail” em resposta ao aumento de preço nos anúncios em jornais. As duas categorias de serviços servem a propósitos fundamentalmente diferentes. (...) [É] difícil de ver qualquer maneira em que o preço dos serviços relacionados ao comprador poderia funcionar como um “check” no preço de venda da empresa de cartões de serviços relacionados ao comprador. Se muito, uma diminuição no preço nos serviços de cartão relacionados ao comprador provavelmente fará com

571 Vide: HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. (nota 4), p. 57-65. HOVENKAMP, Erik. Op. cit. (nota. 20), p. 21-24. U.S. SUPREME COURT. Brief of 28 Professors of Antitrust Law as Amici Curiae Supporting Petitioners. Op. cit. (nota 20), p. 17-20. MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. Op. cit. (nota 20), p. 122. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. (nota 20), p. 15-22

572 Esse ponto é relativamente controverso, pois a própria definição do mercado relevante em mercados de plataformas é complexa, especialmente nas plataformas digitais, havendo discordâncias entre as agências antitruste de diversos países sobre tal definição, pois diversos fatores influenciam e, por isso, devem ser levados em conta nessa definição. Vide: CADE. **Documento de Trabalho nº 05/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados.** Conselho Administrativo de Defesa Econômico, 2020. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhon5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaodosrelatoriosespecializados.pdf. Acessado em: 28 de agosto de 2022, p. 19-21.

que mais compradores usem o cartão, e o aumento da popularidade entre os compradores deve tornar mais fácil para a empresa de cartão aumentar os preços aos comerciantes, não *mais difícil*, como seria o caso se os serviços fossem substitutos. (U.S. SUPREME COURT, 2018, Breyer, J., dissenting, p. 11. Itálico do original, tradução nossa).⁵⁷³

Esse mesmo raciocínio se aplicaria a todas as espécies de plataformas, de transação ou de não-transação, já que, na definição da maioria da Suprema Corte, tais plataformas apenas criam um “ambiente” em que é fornecido bens para dois diferentes grupos, com diferentes demandas, sendo esse ambiente um facilitador de interação entre ambos. Logo, os lados de uma plataforma não podem ser tratados como substitutos, motivo pelo qual não podem ser definidos em um mesmo mercado relevante.

Na realidade, a forma mais coerente de se caracterizar os lados de uma plataforma de transação, como no caso Amex, seriavê-los como bens ou serviços complementares na produção, não no uso. Bens ou serviços complementares na produção são aqueles produzidos juntos, como petróleo e gás natural, serviços de voz e serviços de mensagens. Já os bens e serviços complementares no uso seriam a geleia e a torrada, jardineiros e sementes (HOVENKAMP, 2019, p. 65). Embora ambos os bens complementares se comportem de forma semelhante na relação oferta e demanda, nos bens complementares na produção, a geração de um produto, em razão da elevação da demanda que gera também aumento de seu preço, leva naturalmente à geração de outro

573 No original: “Merchants upset about a price increase for merchant-related services cannot avoid that price increase by becoming cardholders, in the way that, say, a buyer of newspaper advertising can switch to television advertising or direct mail in response to a newspaper’s advertising price increase. The two categories of services serve fundamentally different purposes. (...) [I]t is difficult to see any way in which the price of shopper-related service could act as a check on the card firm’s sale price of merchant-related services. If anything, a lower price of shopper-related card services is likely to cause more shoppers to use the card, and increased shopper popularity should make it easier for a card firm to raise prices to merchants, not harder, as would be the case if the services were substitutes”.

produto. Por exemplo, gás natural é um subproduto do petróleo, de modo que, quanto maior a produção de petróleo em razão de uma alta nos preços devido a elevada demanda, maior será a produção de gás natural. É exatamente dessa forma que se comportam as plataformas de transação, já que cada transação do titular do cartão é necessariamente (ou “simultaneamente”) compensada por uma igual transação para o comerciante⁵⁷⁴. De toda maneira, esse simples fato de que a produção de um bem implica necessariamente a produção de dois ou mais outros bens não torna necessário que a definição do mercado relevante abarque todos eles. Não se trata de bens substitutos, de modo que não seriam concorrentes entre si, razão pela qual, nas palavras dos dissidentes da Suprema Corte, seria um “nonsense” econômico incluí-los em uma mesma definição de mercado relevante (U.S. SUPREME COURT, 2018, Breyer, J., dissenting, p. 11).

3.2. REDEFININDO O MERCADO RELEVANTE PARA PLATAFORMAS DE DOIS LADOS E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Além da mencionada incongruência econômica, a inclusão dos dois lados da plataforma em uma mesma definição de mercado relevante causa outro problema muito mais grave, qual seja, uma distribuição do ônus da prova não equânime e excessivamente onerosa ao autor. Assim, como a definição de mercados não é um fim em si

⁵⁷⁴ Essa ideia já se encontrava expressa na manifestação “Brief of 28 Professors of Antitrust Law as Amici Curiae Supporting Petitioners”, endereçada à Suprema Corte no julgamento do caso Ohio vs. American Express. Vide: nota 01. Justice Breyer, relatando o voto dos dissidentes, reprisou essa mesma posição, no entanto, sem falar expressamente em “complementariedade na produção”, embora seus exemplos fossem deste tipo de complementariedade, vide: U.S. SUPREME COURT, 2018, Breyer, J., dissenting, p.15-16 e 19. A maioria da Corte acabou não acolhendo essa perspectiva, mas, aparentemente, não compreenderam que se estava falando de complementariedade na produção, não no uso. Vide: HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 64-65. Para uma perspectiva contrária à “complementariedade na produção”, defendendo que plataformas que oferecem “similar jointly consumed services” são substitutas uma da outra; vide: EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Op. cit. (nota 17), p. 12-15. MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. Op. cit. (nota 20), p. 106-108.

mesmo, mas apenas uma ferramenta útil para a correta avaliação do mercado e, por conseguinte, para o correto “enforcement” da lei antitruste⁵⁷⁵, seria imprescindível uma diferente definição de mercado relevante para plataformas de dois lados, seja de transação ou não, que melhor distribua o ônus probatório pelas fases da regra da razão e que seja economicamente mais coerente.

Algumas premissas devem ser esclarecidas. Primeiro, não se recusam as três fases da estrutura de distribuição do ônus probatório, que seriam as fases de aplicação da regra da razão (seção 2 supra), aceitas tanto pela maioria quanto pela minoria da Suprema Corte. Segundo, a presente proposta de definição de mercado relevante e a consequente distribuição do ônus probatório pelas três fases da regra da razão seriam aplicáveis às plataformas de transação e às de não-transação. No entanto, como os pontos controvertidos são a definição do mercado relevante em plataformas de transação e como ela implica na distribuição do ônus probatório, os argumentos aqui apresentados serão direcionados, especialmente, a esse tipo de plataforma, mas também sendo aplicáveis às plataformas de não-transação. A controvérsia é muito menor em relação a esta última espécie de plataforma, em razão de seus efeitos indiretos de rede serem muito menores, como tem sido salientado pela maioria da Corte (seção 2 supra) e por diversos juristas e economistas⁵⁷⁶.

Rememorando: a Suprema Corte concluiu que a necessidade de agrupar os dois lados da plataforma em uma mesma definição de mercado relevante se deve, no final das contas, ao fato de existirem fortes efeitos indiretos de rede (seção 2 supra). Como tais efeitos são altos em plataformas de transação, mas menores em plataformas de não-transação, logo, apenas naquelas plataformas será necessário realizar tal tipo de definição de mercado relevante. Isso implica que a distribuição do ônus probatório pelas fases da regra da razão será feita da seguinte forma: na primeira fase da regra da razão, o autor deverá (a) demonstrar os efeitos anticoncorrenciais da conduta, tanto

575 Vide: CADE. Op. cit. (nota 28), p. 20-21.

576 Vide: referências da nota 17.

no lado diretamente restrinido quanto no outro lado da plataforma. Na segunda fase da regra da razão, a defesa deverá demonstrar que sua conduta não gerou efeitos anticoncorrenciais, mas sim pró-competitivos, seja para (b) qualquer um dos lados da plataforma, seja para (c) ambos os lados. Por fim, na terceira fase, o autor deverá demonstrar que (d) os efeitos pró-competitivos da conduta poderiam ter sido razoavelmente alcançados por meios menos restritivos (anticompetitivos)⁵⁷⁷.

O excessivo ônus probatório, quase intransponível, encontra-se no item (a)⁵⁷⁸. Provar o efeito anticoncorrencial aos dois lados da plataforma já na primeira fase da regra da razão é extremamente oneroso para o autor, o qual dificilmente terá total conhecimento de como se comporta a estrutura de preços que a plataforma define entre ambos os lados ou, ainda, de como certos incentivos positivos ou negativos fornecidos a um lado da plataforma implicarão no outro lado. A parte que possui esse conhecimento é exatamente o réu, já que é ele quem distribui tais incentivos aos lados da plataforma e, com isso, cria sua estrutura de preços de acordo com a elasticidade da demanda de cada lado. É ele quem possui total conhecimento sobre os efeitos indiretos de rede de sua plataforma e sobre a justificação da estrutura de preços de seus lados, isto é, se ela está justificada pela relação entre oferta e a elasticidade da demanda ou se ela objetiva unicamente inibir ou ferir a concorrência.⁵⁷⁹ Assim, o elevado ônus probatório na forma do item (a) inibiria o próprio “enforcement” antitruste. Além

577 A descrição que foi traçada da distribuição do ônus probatório pelas três fases da aplicação da regra da razão é a mesma que aquela descrita pela Suprema Corte. Vide: seção 2 supra e HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 46. A fórmula apresentada apenas se encontra esmiuçada para a definição de mercado relevante que inclua os dois lados da plataforma de transação.

578 Nesse sentido, vide: HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 56-57. MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. Op. cit. (nota 20), p. 119-123. HOVENKAMP, Erik. Op. cit. (nota 20), p. 48-49.

579 Os seguintes textos trazem diversos julgados e doutrinas que reconhecem que a distribuição do ônus probatório deve ser feita de acordo com a capacidade e disponibilidade probatória de cada uma das partes de um processo: HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 56-57. HOVENKAMP, Erik. Op. cit. (nota 20), p. 44-46. DUCCI, Francesco. Op. cit. (nota 20), p. 29-30.

disso, há uma significativa iniquidade nessa distribuição do ônus probatório pela regra da razão. Como se pode ver do item (b), o ônus para a defesa é bem menor do que para o autor, já que ela poderia somente demonstrar os efeitos pró-competitivos para um dos lados da plataforma, enquanto, para o autor, é demandado provas de efeitos anticoncorrenciais para os dois lados.

A solução desses problemas seria abandonar a definição de mercado relevante que inclua os dois lados da plataforma, passando, então, para uma definição que inclua somente o lado da plataforma em que a restrição foi diretamente praticada pelo réu (U.S. SUPREME COURT, 2018, Breyer, J., dissenting, p. 9). Com essa definição, poderia distribuir-se o ônus da prova de forma mais equânime às partes, respeitando também a necessidade de se olhar os dois lados da plataforma, pois não se pode deixar de lado os efeitos indiretos de rede, essência do funcionamento das plataformas. No entanto, deve-se analisar seus lados no momento correto de cada uma das fases de aplicação da regra da razão. Assim, com essa redefinição do mercado relevante, a primeira fase dessa regra consistiria em demandar que o autor (e) demonstrasse os efeitos anticoncorrenciais da conduta no lado diretamente atingido pela restrição⁵⁸⁰ ou (f) demonstrasse esses efeitos a ambos os lados da plataforma. Na segunda fase, a defesa deverá demonstrar que existem efeitos pró-competitivos (g) para qualquer um dos lados da plataforma ou (h) para a ambos os lados. Por fim, na terceira fase da regra da razão, seria demandado que o autor provasse que (i) os efeitos pró-competitivos da conduta poderiam ter sido razoavelmente alcançados por meios menos restritivos (anticompetitivos).⁵⁸¹

580 No caso Amex, conforme Justice Breyer esclareceu, isso levaria à seguinte conclusão: “(...) the District Court was correct in considering, at step 1, simply whether the agreement had diminished competition in merchant-related services” (U.S. SUPREME COURT, 2018, Breyer, J., dissenting, p. 10).

581 Tanto o item (d) quanto o item (i) possuem certas complicações. Tratam sobre a compensação entre um efeito anticoncorrencial, para um lado da plataforma, com um efeito pró-competitivo, para o outro lado. Essa análise comparativa, no entanto, poderá ser de difícil medição, pois pode não existir um denominador comum, como um valor monetário. Por exemplo, não se tem um denominador comum claro para se

A partir desse panorama, verifica-se que os efeitos concorrenceis da conduta são analisados, nos dois lados da plataforma, durante a aplicação das fases da regra da razão. É exatamente nesse ponto que a proposta aqui defendida de definição de mercado relevante para plataformas se diferencia das implicações da definição de mercado relevante no caso Amex. Como neste caso judicial a definição do mercado levou à inclusão de ambos os lados da plataforma de transação, então, foi demandado que todos os efeitos concorrenceis da conduta imputada fossem sopesados e demonstrados pelo autor já na primeira fase da regra da razão. A proposta aqui defendida, qual seja, de que a definição de mercado relevante inclua somente o lado da plataforma onde a restrição foi diretamente praticada pelo réu, traz essa análise e demanda a demonstração dos efeitos concorrenceis a ambos os lados da plataforma⁵⁸², tanto pelo autor quanto pelo réu, mas durante a aplicação da regra da razão⁵⁸³. Isso garante o correto “enforcement” da lei antitruste, evitando falsos positivos ou negativos e levando em conta também a especial característica dos efeitos indiretos de rede das plataformas.

Essa redefinição de mercado relevante para plataformas de dois lados, com a consequente estrutura de distribuição do ônus probatório pelas fases da regra da razão, é aplicada já em diversos países e blocos

analisar quanto uma restrição vertical discriminatória sobre propagandas, imposta por uma plataforma, compensa ou não, concorrencialmente, o benefício auferido pelo lado dos usuários desta mesma plataforma. Entretanto, haverá casos em que se terá um denominador comum que permita aferir essa compensação. O caso Amex é um deles. Vide: HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 76-78.

582 Herbert Hovenkamp (2019, p. 60) compartilha desse entendimento quando afirma: “What the Supreme Court Majority was apparently trying to do is force the plaintiff to consider burdens and benefits on both sides of the platform as part of its *prima facie* case. The district court seem to have done that quite adequately, but it did not add the verbal flourish that the two sides were in a single relevant market. How its analysis would have been any different if it had done so is not clear”. Nesse mesmo sentido, vide: DUCCI, Francesco. Op. cit. (nota 20), p. 19.

583 Vide: U.S. SUPREME COURT, Op. cit. (nota 3), 2018, Breyer, J., dissenting, p. 20-21.

econômicos, por exemplo, no Brasil⁵⁸⁴, na União Europeia⁵⁸⁵ e, em alguns casos, no próprio EUA⁵⁸⁶.

Importante ser salientado também a equidade trazida por essa estrutura de distribuição do ônus probatório. Como se pode perceber, um efeito importante dessa definição de mercado relevante é que o autor poderá demonstrar, na primeira fase da regra da razão, os efeitos anticoncorrenciais apenas para um dos lados da plataforma (item e). De igual maneira, a defesa poderá apresentar provas dos efeitos pró-competitivos de sua conduta para qualquer um dos lados da plataforma (item g). Isso porque pode haver casos em que o efeito anticoncorrencial sofrido por um lado da plataforma realmente seja compensado pelo efeito pró-competitivo auferido somente pelo outro lado⁵⁸⁷. Nesse caso, como tem defendido a doutrina

584 Caio M. da Silva Pereira Neto e Filippo M. Lancieri (2020, p. 30-32) citam o seguinte exemplo: Visa-Visanet (Requerimento n. 08700.003240/2009-27). Outros exemplos são: Google e Buscapé (Requerimento n. 08012.010483/2011-94); Microsoft e Google (Requerimento n. 08700.005694/2013-19); Expedia, Decolar, Booking e Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil – FOHB (Requerimento n. 08700.005679/2016-13); Claro S.A., TIM Celular S.A., OI Móvel S.A. e TELEFÔNICA BRASIL S.A. (Requerimento n. 08700.004314/2016-71). Para maiores descrições desses casos e de outros casos dos países membros do BRICS, vide: BRICS REPORTS. **BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice.** 2019. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

585 Caio M. da Silva Pereira Neto e Filippo M. Lancieri (2020, p. 24-30) citam os seguintes casos: Cartes Bancaires (C-67/13 P, CB v. Commission); Visa (Case 29373, Visa International); Mastercad/Visa Europe (Case COMP/34.579, MasterCard; Case COMP/36.518, EuroCommerce; Case COMP/38.580, Commercial Cards; Case AT/39.398, Visa MIF); Mastercard UK (Case COMP/34.579, MasterCard; Case COMP/36.518, EuroCommerce; Case COMP/38.580, Commercial Card).

586 Justice Breyer (U.S. SUPREME COURT, 2018, Breyer, J., dissenting, p. 9), em seu voto divergente, trouxe o seguinte caso como o mais emblemático desse entendimento: Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594, 610 (1953). Francesco Ducci (2018, p. 14) cita, por sua vez, o caso United States v Visa USA Inc, 344 F.3d 229. Já Herbert Hovenkamp (2019, p. 72-73) cita o caso Wallace v. IBM Corp., 467 F.3d 1104.

587 Um exemplo típico se trata do “preço predatório” em plataformas, seja de transação ou não, isto é, quando um lado da plataforma não cobra, ou até subsidia, a utilização pelo usuário de um lado da plataforma, enquanto, no outro lado da plataforma, são cobradas as taxas contra os publicitários ou vendedores. Ao deixar de cobrar qualquer taxa pelo uso de um lado, logo, obviamente abaixo de seu preço de custo, estariam incorrendo em preços predatórios. Entretanto, a partir dos argumentos defendidos neste artigo, não poderia configurar preço predatório nesse caso, embora David S. Evans e Richard Schmalensee (2018, p. 7-9) acusem que a definição de mercado

antitruste canadense, a conduta imputada não seria considerada anticoncorrencial⁵⁸⁸. De toda forma, verifica-se aqui uma igualdade na distribuição do ônus probatório entre o autor e a defesa, os quais podem demonstrar efeitos concorrenciais a qualquer um dos lados da plataforma de modo isolado, algo que não ocorre com a distribuição do ônus da prova decorrente da definição do mercado relevante como no caso Amex.

Por derradeiro, deve-se salientar que a forma de definição de mercado relevante aqui defendida cria maior segurança jurídica para o próprio mercado, já que essa estrutura de distribuição do ônus probatório seria aplicável tanto às plataformas de transação quanto às plataformas de não-transação. Essa estrutura clara assegura ao mercado e à sociedade o que se pode esperar da agência antitruste em questão probatória, o que será demandado da acusação e da defesa. A expectativa do mercado, a partir da clareza das regras de distribuição do ônus probatório, sofreria uma drástica diminuição caso fosse adotada a outra definição de mercado relevante, qual seja, aquela que inclui ambos os lados da plataforma⁵⁸⁹. O motivo que justifica essa inclusão é o simples fato de haver, nessas plataformas de transação, grandes efeitos indiretos de rede, maiores que nas plataformas de não-transação. Entretanto, como a própria Suprema Corte e alguns juristas

relevante aqui proposta implicaria nessa conclusão. Respondendo também a essa acusação, vide: HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 72-73. HOVENKAMP, Erik. Op. cit. (nota. 20), p. 44.

588 Neste ponto, a lei antitruste europeia e canadense divergem. Naquela, é demandado que o réu demonstre que os efeitos de sua conduta restritiva são pró-competitivos para ambos os lados da plataforma. Esse posicionamento, no entanto, sofre dos mesmos vícios de iniquidade e de excessiva oneração na distribuição do ônus probatório que o caso Amex, só que para o lado da defesa. Assim, a doutrina canadense se apresenta como mais adequada ao considerar suficiente que a defesa prove o efeito pró-competitivo de sua conduta para apenas um dos lados da plataforma. Vide: DUCCI, Francesco. Op. cit. (nota 20), p. 32-33.

589 Para críticas às definições empregadas pela maioria da Suprema Corte, no caso Amex, sobre os conceitos de “plataformas de transação” e de “plataformas de dois lados”, argumentando que foram demasiadamente abrangentes, vide: U.S. SUPREME COURT, Op. cit. (nota 3), 2018, Breyer, J., dissenting, p. 19-21. HOVENKAMP, Herbert, Op. cit. (nota 4), p. 81. MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. Op. cit. (nota 20), p. 124.

já afirmaram⁵⁹⁰, nem sempre todas as plataformas de transação terão fortes efeitos indiretos de rede que justifiquem a inclusão de seus dois lados em uma mesma definição de mercado relevante. Além disso, não está definitivamente esclarecido se não haveria casos de plataformas de não-transação com fortes efeitos indiretos de rede. Caso haja, os lados de sua plataforma também deveriam ser incluídos na mesma definição de mercado relevante. No final das contas, a inclusão dos lados da plataforma em uma mesma definição de mercado relevante seria feita caso a caso⁵⁹¹, conforme a força dos efeitos indiretos de rede de cada mercado. Assim, a partir desse critério não muito claro ou aferível é que se faria a distribuição do ônus da prova nos moldes do caso Amex ou não. É nesse ponto que se verifica uma evidente insegurança jurídica, já que nem mesmo um “framework” de distribuição do ônus probatório na aplicação da regra da razão estaria claro previamente aos autores e réus.

4. CONCLUSÃO

O caso Ohio vs. American Express reacendeu o debate antitruste sobre a forma de aplicação da regra da razão em plataformas de dois lados. Ao se incluir ambos os lados da plataforma de transação em uma mesma definição de mercado relevante, o ônus probatório inicial da regra da razão, que incumbe ao autor, foi demasiadamente elevado, pois a ele foi atribuído o ônus de demonstrar os efeitos anticoncorrenciais da conduta aos dois lados da plataforma. Cumprido esse grande ônus, o ilícito antitruste estaria configurado e, só assim, o ônus probatório seria passado à defesa, na segunda fase da regra da razão.

Essa definição de mercado relevante apresenta diversos problemas, de modo que deveria ser adotada uma definição de mercado relevante para plataformas, seja de transação ou não, que inclua somente o lado onde a restrição foi diretamente praticada pelo

590 Vide: referências da nota 17.

591 Nesse sentido: MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. Op. cit. (nota 20), p. 123

réu, como tem sido o entendimento de algumas agências antitruste pelo mundo. Isso porque, primeiro, evita a incoerente inclusão de bens não substitutos em uma mesma definição de mercado relevante, como ocorre ao se incluir os dois lados da plataforma de transação, que tratam, na realidade, de bens complementares na produção.

Segundo, gera uma distribuição do ônus probatório pelas fases da regra da razão mais equânime entre as partes e menos onerosa a qualquer uma delas, não inibindo a aplicação da lei antitruste, ao contrário do que ocorre ao incluir os lados da plataforma em uma mesma definição de mercado relevante. Disso decorre também que não se impediria que se analisasse os dois lados da plataforma, algo imprescindível devido a especial característica dos efeitos indiretos de rede desses mercados, já que tal análise seria feita durante as fases da regra da razão, não logo em sua primeira fase, como ocorreu no caso Amex. Ainda, a definição do mercado relevante aqui defendida evita também falsos positivos ou negativos, garantindo o correto “enforcement” da lei antitruste.

Por fim, a terceira razão é que essa estrutura de distribuição do ônus probatório, decorrente da definição de mercado relevante que inclua somente o lado da plataforma em que a restrição foi diretamente praticada pelo réu, seria mais clara, tanto em seus fundamentos quanto na prática, o que geraria maior segurança jurídica ao mercado e à sociedade. Em contraste, isso não ocorreria com a definição de mercado relevante que incluisse os dois lados da plataforma, a qual, no final das contas, necessitaria de uma análise caso a caso sobre qual seria a força dos efeitos indiretos de rede no mercado em questão para que, só assim, se definisse a distribuição do ônus probatório.

5. REFERÊNCIAS

BRICS REPORTS. **BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice.** 2019. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

BRUNELL, Richard M. “Ohio v. Amex: Not So Bad After All?”. **Antitrust Magazine.** v. 33, n. 1, 2018. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/publications/antitrust_magazine/2018/atmag-fall2018/. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal – Guia-H.** Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

_____. **Documento de Trabalho nº 05/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados.** Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhon5_Concorrenciaemmercados-digitaisumarevisaodosrelatoriosespecializados.pdf. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

DUCCI, Francesco. “Rule of Reason Analysis in Two-Sided Markets”. **NYU ASCOLA Conference.** Draft. 5 de jun. de 2018. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Ducci.pdf. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. “Applying the Rule of Reason to Two-Sided Platform Businesses”. **University of Miami Business Law Review.** Vol. 26, 2018. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/umblr/vol26/iss2/3/>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

----- “The Antitrust Analysis of Multisided Platform Businesses”. In.: BLAIR, R. D.; SOKOL, D. D. (Eds.). **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 404-447.

FEDERAL TRADE COMISSION. **Guide to Antitrust Laws – The Antitrust Laws**. Washington, DC. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

FILISTRUCCHI, Lapo. “Market definition in multi-sided markets”. In: OECD. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**. 2018. p. 37-51. Disponível em: www.oecd.org/competition/re-thinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

GRAHAM, Victoria. “Goldman, NCAA Test Limits of AmEx Two-sided Antitrust Defense”. **Bloomberg Law - Mergers & Antitrust Law News**. 26 de fev. de 2020. Disponível em: <https://news.bloomberglaw.com/mergers-and-antitrust/goldman-ncaa-test-limits-of-amex-two-sided-antitrust-defense>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

HARARI, Yuval Noah. “Yuval Noah Harari: the world after coronavirus”. **Financial Times**. 20 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

HOVENKAMP, Erik. “Platform Antitrust”. **Journal of Corporation Law**, vol. 44. No prelo. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3219396>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

HOVENKAMP, Herbert. “Platforms and the Rule of Reason: The American Express Case”. **Columbia Business Law Review**. v. 35, 2019, p. 34-92. Disponível em: <https://doi.org/10.7916/d8-3bfd-3856>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

----- “The Looming Crisis in Antitrust Economics”. **University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics.** Research Paper 20-15, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3508832>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

MANNE, Geoffrey A.; WU, Tim. “Contemporary Critique: Ohio v. American Express”. **Journal of Antitrust Enforcement.** v. 7, issue 1, 2019, p. 104-127. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz003>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

Open Markets Statement on Ohio v. American Express Decision. **Open Markets – Press Release.** 25 de jun. de 2018. Disponível em: <https://openmarketsinstitute.org/releases/open-markets-statement-ohio-v-american-express/>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

PEREIRA NETO, Caio M. da Silva; LANCIERI, Filippo M. “Towards a Layered Approach to Relevant Markets in Multi-Sided Transaction Platforms”. **Antitrust Law Journal.** No prelo. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408221. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

RENZETTI, Bruno P.; FERNANDES, Gabriel de C. “Concorrência no Mercado de Meios de Pagamento Após Ohio v. American Express”. **Revista do IBRAC.** v. 24, n. 2, 2018, p. 246-266.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. “Platform Competition in Two-Sided Markets”. **Journal of the European Economic Association.** vol. 1, issue 4, 2003, p. 990-1029. Disponível em: <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

SANTOS, Humberto Cunhas dos. “Pós-crise da Covid-19: consolidação da era das plataformas digitais e e-commerce?”. **JOTA.** 21 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pos-crise-da-covid-19-consolidacao-da-era-das-plataformas-digitais-e-e-commerce-21042020>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

U.S. HOUSE COMMITTEE ON THE JUDICIARY. **Online Platforms and Market Power, Part. 6: Examining the Dominance of Amazon, Apple, Facebook, and Google.** Disponível em: <https://judiciary.house.gov/subcommittees/antitrust-commercial-and-administrative-law-116th-congress/>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

U.S. SUPREME COURT. Brief for Amici Curiae Antitrust Law & Economics Scholars in Support of Respondents. **Ohio vs. American Express Co.** N.º 16-1454. 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?FileName=/docket/docketfiles/html/public/16-1454.html>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

_____. Brief of 28 Professors of Antitrust Law as Amici Curiae Supporting Petitioners. **Ohio vs. American Express Co.** N.º 16-1454. 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?FileName=/docket/docketfiles/html/public/16-1454.html>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

_____. **Ohio vs. American Express Co.** N.º 16-1454. 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?FileName=/docket/docketfiles/html/public/16-1454.html>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

VIANA, Diego. “Jean Tirole, Prêmio Nobel de Economia, aponta saída para a crise”. **Valor Econômico**. 17 de abr. de 2020. São Paulo. Disponível em: <https://valor-globo-com.cdn.ampproject.org/c/s/valor.globo.com/google/amp/eu-e/noticia/2020/04/17/jean-tirole-premio-nobel-de-economia-aponta-saidas-para-a-crise.ghtml>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

Will the Supreme Court’s Amex Decision Shield Dominant Tech Platforms From Antitrust Scrutiny? **Forbes**. 18 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/washingtonbytes/2018/07/18/antitrust-enforcement-of-dominant-tech-platforms-in-the-post-ame>

rican-express-world/#1e0d77b2f76e. Acessado em: 28 de agosto de 2022.

WU, Tim. “The Supreme Court Devastates Antitrust Law”. **The New York Times**. 26 de jun. de 2018 Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/06/26/opinion/supreme-court-american-express.html>. Acessado em: 28 de agosto de 2022.