



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2026.0000947113

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1106263-59.2025.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada 99 FOOD LTDA. e é apelada/apelante KEETA DELIVERY BRAZIL LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Deram parcial provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso da ré. V.U.. Indicaram à jurisprudência.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), JORGE TOSTA E GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 29 de setembro de 2026.

RÔMOLO RUSSO
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 47.928

Apelação Cível nº 1106263-59.2025.8.26.0100

Comarca: São Paulo – 03ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem

Apelante/Apelada: 99 Food Ltda.

Apelante/Apelada: Keeta Delivery Brazil Ltda.

Apelação. Ação de obrigação de fazer e não fazer cumulada com pedido de indenização e exibição de documentos. Concorrência. Empresas privadas que atuam no mercado de entrega de refeições a domicílio (delivery). Keeta versus 99Food. Cláusula nominada inserida em negócio jurídico firmado entre a empresa privada 99Food e seus respectivos restaurantes-parceiros, assim redigida: “Durante a vigência do contrato, o estabelecimento parceiro se obriga a não celebrar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de relação comercial, contratual ou institucional com empresas pertencentes ao grupo econômico Keeta (grupo Meituan), incluindo a Kangaroo Limited”. Vedação expressa à relação contratual, negocial ou institucional com a concorrente nominada Keeta. Proibição contratual que viera ajustada mediante o pagamento de contraprestação em dinheiro (R\$ 300.000,00) e investimentos em infraestrutura própria a cada qual dos restaurantes-aderentes. Sentença que julgara a ação parcialmente procedente para declarar a nulidade da cláusula contratual que proíbe restaurantes parceiros da 99Food de contratar com a Keeta, determinando-se que a 99Food não venha a inseri-la em novos contratos, fixando-se multa cominatória na quantia de R\$ 100.000,00, por contrato eventualmente celebrado, negando-se o pedido de exibição, bem como a condenação em perdas e danos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Preliminares arguidas pela 99Food. Litisconsórcio passivo necessário, ilegitimidade ativa ad causam isolada da Keeta (arts. 114 e 115 do CPC) e cerceamento do direito de defesa.

Litisconsórcio passivo necessário. A eficácia constitutiva do provimento jurisdicional, em ação em que se pede a ordem de abstenção da 99Food, não depende da inclusão na lide dos estabelecimentos comerciais parceiros da 99Food, nomeadamente porque a ação não reside na completa desconstituição ou cisão do contrato de parceria firmado entre a 99Food e seus parceiros. Núcleo da causa de pedir (remota) que é único e específico à antijuridicidade de conduta unilateral da ré 99Food em estabelecer, em negócio privado de adesão, cláusula de exclusão da Keeta na concorrência atrelada ao mercado delivery. Ação inibitória que deve ser proposta unicamente em face do agente econômico-empresarial a quem se imputa a prática do ato anticoncorrencial. Ação que visa a suspensão de eficácia da cláusula exclusionária. Obrigação de não contratar que é meramente acessória, cuja supressão não compromete e não reduz, em nenhum ponto, a raiz da prestação de serviços entre a 99Food e seus parceiros. Sistemática processual civil que admite que a coisa julgada pode favorecer terceiros estranhos à lide (art. 506 do CPC), tanto quanto a expansão de seus efeitos. A sentença que vem a atuar sobre determinada relação jurídica pode irradiar efeitos reflexos sobre terceiros. Construção sistêmica da lei processual civil que segue a lógica de que é válida e eficaz a sentença que não provoca prejuízo material a terceiros estranhos à lide. Sentença que é puramente benéfica aos terceiros-restaurantes parceiros porque lhes são restituídos a plena liberdade de contratação e o acesso ao mercado ordinário e convergente (multi-homing), desobstruindo o óbice de contratação, a obrigação de estar cativo e restituindo o direito de escolha.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Inexistência de sentido jurídico e prático na inclusão no polo passivo da lide de inúmeros restaurantes parceiros. Irrelevância jurídica-processual do litisconsórcio porquanto é indubitosa a vinculação dos aderentes ao regime jurídico idealizado pela 99Food. Ampliação do polo passivo sem operatividade, a qual teria o condão específico de retardar a solução da lide, a qual é própria aos dois concorrentes atrelados aos efeitos constitutivos daquela cláusula. Eficácia extraordinária e reflexa da sentença que pode alcançar terceiros e que se harmoniza com a função intrínseca e extrínseca do processo civil moderno. Litisconsórcio passivo necessário que é juridicamente incompatível com as tutelas inibitórias que visam a abstenção da prática de ato jurídico direcionada exclusivamente ao agente infrator. Ausência de formulação de pedidos desconstitutivos em face dos restaurantes parceiros. Alcance do julgado que, se procedente a ação, não tem a força de causar prejuízo material aos restaurantes parceiros. Legitimidade passiva exclusiva da ré que se alinha à legalidade estrita. Preliminar rejeitada.

Interesse de agir e legitimidade ativa (arts. 18, 19, I, do CPC, art. 82 do CDC e art. 47 da Lei nº 12.529/2011). Caracterização plena do trinômio necessidade, utilidade e adequação. Vértice do "momento zero" da competição em mercados digitais de rede (two-sided markets) que qualifica o interesse-necessidade de agir. Desnecessidade de prévia consolidação das operações no país para se ter o direito subjetivo de impugnar a criação de barreiras artificiais concebidas precipuamente para inviabilizar o próprio nascimento do concorrente no mercado. Empresa privada Keeta em situação regular. Prejudicialidade intrínseca. Artigo 19 do CPC que confere juridicidade ao cabimento de tutela declaratória e inibitória autônoma sobre o modo de ser da relação jurídica e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

exequibilidade. Aplicabilidade da Súmula 181 do STJ (É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual). Pertinência subjetiva e legitimidade ativa da autora Keeta configuradas por ser ela o escopo declarado da conduta exclusionária (Verbotsklausel). Coexistência hígida da tutela individual exercida em nome próprio com eventual dimensão coletiva da infração à ordem econômica. Preliminar rejeitada.

Cerceamento de defesa suscitado em razão do julgamento antecipado de mérito (art. 355, I, do CPC). Inocorrência. Infração à ordem econômica e à concorrência legal aferida do próprio objeto e na estrutura do arranjo contratual (naked restraint / ilícito por objeto). Prova documental farta e elucidativa. Dilação probatória pericial ou testemunhal inútil e protelatória (art. 370 do CPC). Matéria controvertida eminentemente de direito e solúvel pelo exame da prova literal posta. Preliminar rejeitada.

Mérito. Análise da controvérsia com base nos princípios-norma constitucionais. Incidência do art. 1º, IV c/c art. 170, ambos da CF, bem como da Lei 12.529/2011 (Lei antitruste). Livre iniciativa que é princípio fundamental da República (art. 1º, inciso IV). Valor inestimável. Ordem econômica brasileira que foi concebida com base na livre concorrência e na defesa do consumidor (art. 170, incisos IV e V, da CF).

Aplicabilidade da legislação infraconstitucional. Lei ordinária que é categórica e cogente ao proibir qualquer manobra que vise limitar ou dificultar a concorrência honesta, bem como de limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao correlato mercado. Incidência do art. 36, inciso I e § 3º, inciso III, da Lei nº 12.529/2011. Norma jurídica orgânica, de cunho proibitivo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

e com caráter de ordem pública. Incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Política Nacional das Relações de Consumo que declara reprimir “todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal” (artigo 4º, inciso IV, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Textos legais de textura aberta, de conteúdo amplo e indeterminado, sem numerus clausus. Vocábulos 'qualquer' e 'todos' de concreta amplitude e que devem ser preenchidos pelo intérprete à luz do caso concreto. Interpretação sistemática-teleológica.

Harmonia funcional entre a Carta da República e as leis infraconstitucionais. Interesse social evidenciado. Interesse subjacente transindividual coletivo do consumidor. Ordem privada que deve ser protegida, na qual se insere o interesse das empresas de que haja jogo limpo (fair play) na livre concorrência.

Análise do conteúdo da cláusula. Redação contratual que é autoexplicativa. A disposição contratual que proíbe a contratação de concorrente determinado e específico, com contraprestação pecuniária e duradoura ao restaurante parceiro, não deve ser admitida pelo direito positivo. Disposição sem caráter ou racionalidade competitiva, ou mesmo operacional, com nítido feitiço discriminatório. Ideia constituída pela via da exclusão. Hipótese concreta de concorrência desleal. Cláusula antijurídica porque contrária à norma jurídica definidora do art. 36, inciso I e § 3º, inciso III, da Lei 12.529/2011, sem nulidade insanável do negócio celebrado, o qual é aproveitável naquilo que remanesce.

Mérito da cláusula. O desejo de dominar o mercado é legítimo, lícito, mas sempre deve se pautar pela competência, criatividade do serviço prestado, sua qualidade, preço, acessibilidade, condições de trabalho dos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

colaboradores, propaganda não enganosa e interesse coletivo do consumidor. A concorrência livre e leal é um valor sério e socialmente relevante. Dela verte a isonomia entre os concorrentes. Autonomia da vontade que não é absoluta ou ilimitada. A livre iniciativa-concorrência é ampla porque autoriza tudo aquilo que não negue valor à lei e é estreita porque se limita ao crivo da boa-fé objetiva-expectada, função social do contrato e moralidade pública. Conflito entre a autonomia da vontade empresarial e a livre concorrência que se resolve com a aplicação dos princípios e normas constitucionais e Lei antitruste, com acréscimo da função social do contrato, boa-fé objetiva, senso moral esperado pelo mercado próprio e pelo destinatário final-consumidor. Cláusula que visa boicotar, com pagamento em moeda corrente, de modo vertical e horizontal, o acesso de concorrente ao mercado específico de plataformas delivery como um todo. Conduta que opera efeitos instantâneos e imediatos ao outro concorrente. Ilícitude configurada.

Registro de decisões no direito internacional sobre livre concorrência. Decisões prolatadas na América do Sul, Europa e EUA que demonstram a mesma diretriz de impedir manobras que geram desequilíbrio no mercado.

Sentença extra petita. Limites objetivos da postulação (arts. 322, § 2º, e 492 do CPC). Provimento parcial extra/ultra petita. Interpretação sistemática da petição inicial que revela pretensão autoral de índole precipuamente cominatória e inibitória (obrigações de fazer e não fazer - art. 497 do CPC) voltada isoladamente contra a ré 99Food, sem nenhuma pretensão do reconhecimento de nulidade de negócios jurídicos bilaterais celebrados com restaurantes-parceiros. Correção.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Extensão do preceito inibitório. Proibição cominatória que alcança a menção nominal e específica à autora. Novas fórmulas redacionais genéricas que possam sobrevir ('novos entrantes') que podem levar à inutilidade prática do comando judicial, com a manutenção do ilícito sob nova roupagem.

Afastamento integral da contracautela financeira (art. 300, § 1º, do CPC). Incompatibilidade dogmática e prática da exigência de caução ou depósitos judiciais de multas rescisórias de restaurantes em tutelas inibitórias puras de remoção de ilícito. A declaração judicial e a limitação do provimento cominatório à empresa 99Food retiram o risco de dano reflexo ou inadimplemento dos estabelecimentos parceiros.

Manutenção da rejeição do pedido de indenização por perdas e danos (art. 402 do CC). Impossibilidade objetiva de converter custos operacionais de instalação, salários e riscos do empreendimento (ramp-up) em prejuízo ressarcível pela concorrente. Repúdio do sistema jurídico a reparações fundadas em danos hipotéticos, incertos ou estimativas unilaterais especulativas. Ausência de nexo causal direto.

Manutenção da rejeição da exibição incidental de documentos (arts. 370, 396 e 404, VI, do CPC). Tutela inibitória geral por ilícito de objeto (naked restraint) que é autossuficiente para desobstruir o mercado. Exibição que é dispensável e desproporcional. Pedido genérico de acesso à totalidade dos contratos da ré que configura vedada fishing expedition ("pescaria probatória"), em afronta ao devido processo legal e à determinação do pedido (arts. 322, 324 e 397 do CPC). Proteção ao segredo de negócio, sigilo comercial e ativo intangível da concorrente (art. 5º, X e XII, da CF e art. 195, XI, da LPI). Ausência de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

proporcionalidade na pretensão exhibitória.

Recurso da autora parcialmente provido.
Recurso da ré desprovido.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pela ré 99 Food Ltda. (fls. 1117/1191) e pela autora Keeta Delivery Brazil Ltda. (fls. 1342/1375) contra a respeitável sentença (fls. 1063/1089) proferida nos autos desta *“ação de obrigação de fazer e não fazer, cumulada com pedido de indenização, exibição incidental de documentos e concessão de medida liminar”* (fls. 01 e seguintes).

A mencionada sentença julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, tudo nos seguintes termos:

“Ante o

exposto, com fundamento no art. 355, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por KEETA DELIVERY BRAZIL LTDA. em face de 99 FOOD LTDA., para:

a) DECLARAR

a nulidade das cláusulas contratuais que, específica e nominalmente, proíbem restaurantes parceiros da ré de contratar com a autora, por violação aos princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, configurando restrição discriminatória vedada pelo ordenamento jurídico;

b)

DETERMINAR que a ré se abstenha de invocar, fazer valer ou executar as referidas cláusulas nulas contra qualquer estabelecimento parceiro, não podendo aplicar penalidades contratuais (multas, rescisões, cobranças, etc.) a estabelecimentos que decidam contratar com a autora com fundamento em tais cláusulas;

c) DECLARAR

que os valores já pagos pela ré aos restaurantes parceiros até o momento em que estes eventualmente contratem com a Keeta não precisam ser devolvidos, pois correspondem ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

período em que a exclusividade foi efetivamente observada, ficando sem efeito apenas os investimentos futuros ainda não realizados;

d)

DETERMINAR que a ré se abstenha de inserir, em novos contratos que venha a celebrar, cláusulas que nominal ou identificavelmente proíbam contratação com a autora, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada contrato em que inserir cláusula vedada, reversível em favor da autora;

e) INDEFERIR

o pedido de publicidade e comunicação da decisão pela ré em seus canais de comunicação e perante seus parceiros contratuais, pelos fundamentos expostos na fundamentação;

f) INDEFERIR

o pedido de exibição incidental de documentos (lista de restaurantes e cópias de contratos), pelos fundamentos expostos na fundamentação;

g) JULGAR

IMPROCEDENTE o pedido de condenação da ré ao pagamento de indenização por perdas e danos, por ausência de comprovação de dano efetivo;

h)

CONCEDER a tutela de urgência, determinando que a ré, imediatamente e independentemente do trânsito em julgado desta sentença:

h.1) Abstenha-

se de invocar, fazer valer ou executar as cláusulas que especificamente proíbem contratação com a Keeta contra qualquer estabelecimento parceiro;

h.2) Não

aplique penalidades contratuais a estabelecimentos que decidam contratar com a autora, com fundamento nas cláusulas ora declaradas nulas;

h.3) Abstenha-

se de inserir, em novos contratos que venha a celebrar, cláusulas que nominal ou identificavelmente proíbam contratação com a autora;

i)

DETERMINAR como contracautela, nos termos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

do art. 300, §1º, do CPC, que a autora, sempre que firmar contrato com restaurante parceiro da ré que contenha cláusula de vedação à contratação com a Keeta, deverá:

i.1) Instaurar incidente processual em apenso a estes autos, informando a celebração do contrato e identificando o restaurante parceiro;

i.2) Depositar judicialmente, no prazo de 15 (quinze) dias, o valor total correspondente à multa rescisória e demais encargos previstos no contrato entre a ré e aquele restaurante para a hipótese de descumprimento da cláusula de exclusividade;

i.3) Faculta-se a substituição do depósito judicial por seguro garantia judicial ou fiança bancária, nos termos do art. 835, §2º, do CPC;

i.4) O descumprimento desta contracautela acarretará a suspensão dos efeitos da tutela de urgência em relação àquele restaurante específico.

Considerando que cada litigante foi em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles as custas e as despesas (artigo 86 do CPC).

Já os honorários de sucumbência não são passíveis de compensação (artigo 85, §14 do CPC). Assim, condeno a parte ré a pagar os honorários devidos ao procurador da parte autora, que fixo em 10% sobre o valor da causa (artigo 85, §2º do CPC).

Também a parte autora arcará com os honorários de sucumbência devidos ao procurador da parte ré. Esses devem ser fixados em percentual do proveito econômico obtido com a defesa (artigo 85, §2º do CPC). Como foi pedido na inicial indenização por perdas e danos a ser apurada em liquidação de sentença, pedido este que não foi acolhido, os honorários serão de 10% sobre o valor da causa."

Em suas razões de apelação (fls.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

1117/1191), pugna a ré 99 Food Ltda., de proêmio, pela anulação da sentença pela ausência de litisconsórcio passivo necessário e/ou violação aos limites subjetivos da coisa julgada, com baixa dos autos para citação dos restaurantes. Alega que a controvérsia recai sobre relações bilaterais entre a 99 Food e terceiros, com obrigações e contrapartidas que se interligam de modo indissociável, de modo que não há como declarar inválida a cláusula para um contratante e não o fazer para o outro. Sustenta, nesse sentido, a impossibilidade jurídica de se proferir decisão de mérito desconstitutiva sobre contratos bilaterais sem a presença de todos os contratantes afetados, invocando os artigos 114 e 115, inciso II, do Código de Processo Civil e a Jurisprudência deste Egrégio Tribunal.

Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da ilegitimidade ativa da autora, com extinção do processo sem resolução do mérito. Assevera que a sentença teria transformado uma disputa privada em processo coletivo atípico, atribuindo à autora Keeta Delivery Brazil Ltda. papel de representante de uma coletividade de restaurantes sem previsão legal (artigo 18 do Código de Processo Civil, artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública), e criando um regime de *“coisa julgada secundum eventum litis”* incompatível com processo individual. Argumenta que a sentença cria direitos e riscos diretamente na esfera de terceiros (restaurantes) não citados, inclusive expondo-os a “inadimplemento” perante a ré, e violando, nos termos do artigo 506 do Código de Processo Civil, os limites subjetivos da jurisdição, emitindo ordem que atinge de forma direta a esfera jurídica de terceiros alheios ao processo, vício que é insanável e compromete por completo a sua validade.

Pretende ainda a anulação da sentença por cerceamento de defesa. Argui que requereu expressamente o saneamento do feito e a produção de provas detalhadamente justificadas, mas que, a despeito da demonstração inequívoca da relevância das provas requeridas, o mérito foi julgado antecipadamente. Alega, ainda, que embora a sentença tenha afirmado que *“a análise não se dará aqui primordialmente sob o enfoque da Lei nº 12.529/2011 (Lei de*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Defesa da Concorrência)”, resolveu o caso com base em fundamento de índole concorrencial e fundo factual: suposta discriminação direcionada contra concorrente específico, em medida que constituiria um “*naked restraint*”.

No tocante ao mérito, postula a reforma da sentença a fim de que sejam julgados integralmente improcedentes os pedidos formulados na inicial. Alega que não há discriminação ou restrição concorrencial pura (“*naked restraint*”), asseverando que a cláusula de exclusividade parcial observa a realidade do mercado e conta com racional econômico legítimo. Sustenta que a menção nominal à autora Keeta Delivery Brazil Ltda. decorre da estrutura concentrada do mercado (iFood domina cerca de 80%) e não de intenção discriminatória. Argui que as cláusulas teriam racionalidade econômica legítima, servindo para viabilizar sua reentrada no mercado por meio da formação de massa crítica de restaurantes, protegendo-a de *free-riding* por concorrentes. Sustenta que não detém posição dominante nem poder de mercado e que a base de restaurantes vinculados por exclusividade parcial representaria fração ínfima do total, sendo as cláusulas mais brandas do que exclusividades totais já homologadas pelo CADE ao líder do mercado. Argumenta, nesse sentido, que não há dano comprovado (a própria sentença rejeitou o pedido indenizatório), o que afasta a configuração de abuso de direito, insistindo que a declaração de nulidade violaria os princípios da autonomia privada e da intervenção mínima. Cita o artigo 421, parágrafo único, do Código Civil.

Caso mantida, ainda que parcialmente, a nulidade das cláusulas, requer que os restaurantes que optarem por afastar a exclusividade sejam obrigados a restituir proporcionalmente os investimentos recebidos como contrapartida, sob pena de enriquecimento sem causa, nos termos do que determina o artigo 884 do Código Civil.

Já a autora Keeta Delivery Brazil Ltda., por sua vez (fls. 1342/1375), em seu recurso de apelação, pleiteia a reforma da sentença para que (I) seja reconhecido que a consequência do reconhecimento da prática anticompetitiva



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

perpetrada pela ré 99 Food Ltda. não é a declaração de nulidade das cláusulas contratuais, mas sim a imposição de obrigações de fazer e não fazer a fim de que seja afastada a aplicação ou os efeitos das referidas cláusulas em relação à autora e seja a ré obrigada a abster-se de negociar e impor as referidas cláusulas como forma de impedir, direta ou indiretamente, sua atuação no mercado de *delivery* no Brasil, bem como (II) seja reconhecida a abusividade na inclusão de quaisquer cláusulas de exclusividade que não sejam efetivamente genéricas, inclusive, aquelas endereçadas para um grupo específico de concorrentes (especialmente entrantes), no qual se encontra, impondo-se igualmente à ré a obrigação de não aplicação de tais cláusulas e de coibir a inserção das mesmas em seus contratos.

Afirma que não pleiteou, em sua inicial, a declaração de nulidade das cláusulas contratuais, mas sim a imposição de obrigações de fazer e não fazer dirigidas exclusivamente à ré 99 Food Ltda. (que se abstivesse de aplicar e de renegociar tais cláusulas). Assevera que, ao declarar a nulidade —uma tutela desconstitutiva negativa— a sentença teria concedido providência diversa (*extra petita*), atraindo discussões processuais desnecessárias (como litisconsórcio passivo necessário com os restaurantes). Insiste que a sentença se equivocou ao admitir como lícitas cláusulas genéricas direcionadas a categorias como “novos entrantes”, pois, na prática, tais categorias hoje identificam exclusivamente a própria autora (única entrante relevante no mercado). Aponta que a ré já vem aditando contratos para substituir a menção nominal por termos genéricos, mantendo o efeito exclusionário. Invoca pareceres técnicos (Calixto Salomão Filho, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Cássio Scarpinella Bueno) e precedente do CADE (Processo Administrativo nº 08700.005683/2019-24) para sustentar que a natureza de “*naked restraint*” independe de menção nominal, bastando que a cláusula atinja concorrente identificável ainda que indiretamente.

Pleiteia que seja a ré 99 Food Ltda. condenada a indenizar-lhe por perdas e danos, a serem apurados em sede de liquidação de sentença. Aduz que a improcedência do pedido indenizatório partiu da premissa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

equivocada de que não haveria comprovação de dano, mas ela pleiteou a apuração em liquidação de sentença, nos termos do artigo 324, § 1º, inciso II, do Código de Processo Civil, por estar em fase inicial de operação no Brasil. Argui que os três requisitos da responsabilidade civil já estariam reconhecidos na sentença (conduta ilícita, nexo causal implícito e dano contínuo), citando prejuízos como perda de atratividade do aplicativo por ausência de marcas, redução estimada de até 50% no volume de pedidos em certas categorias, e custos irrecuperáveis de entrada no mercado brasileiro.

Por fim, requer a reforma da sentença a fim de que seja a ré condenada a exibir os documentos requeridos na inicial, especialmente os contratos que contenham cláusulas excludentes e a lista de restaurantes e redes aos quais tais cláusulas foram impostas pela ré. Argumenta que tal exibição é essencial para fiscalizar o cumprimento da decisão e mensurar os prejuízos, e que o próprio dispositivo da sentença, ao criar um incidente de depósito judicial de multas, seria contraditório com a alegação de sigilo empresarial.

Ambas as recorrentes (fls. 1497/1458 e fls. 1549/1615), apresentaram contrarrazões.

É o relatório.

Fundamentação

A hipótese posta em julgamento tem especial importância jurídica, tanto no quadrante empresarial quanto no vértice social e moral, nomeadamente porque se dá dentro da história do mercado de *delivery*¹ em nosso país, prestação de serviço que invadiu o cotidiano de todos nós, consumidores finais, a qual se intensifica e se amplia dia a dia.

De plano, registro o meu aplauso a cada um dos eminentes Professores, os quais passo a nominar em ordem alfabética, a saber: **ANA FRAZÃO, CALIXTO SALOMÃO FILHO, CARLOS RAGAZZO, CÁSSIO**

¹ O vocábulo *delivery* se popularizou nos EUA, na década de 1950, com a entrega em domicílio de pizzas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

SCARPINELLA BUENO, FLÁVIO LUIZ YARSHELL, FRANCISCO SÁTIRO, GESNER OLIVEIRA, HEITOR VÍTOR MENDONÇA SICA, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, JUDITH MARTINS-COSTA, KAZUO WATANABE, LUIZ ROBERTO BARROSO, SIDNEY AGOSTINHO BENETTI, PAULA ANDREA FORGIONI, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR e TERESA ARRUDA ALVIM.

Anoto que cada parecer, por sua envergadura jurídica – e de economia na parte cabente ao Professor Gesner Oliveira -, representou um ponto de reflexão, meditação e análise atenta do seu respectivo conteúdo. Todos me levaram ao voto que passo a escrever, certa a grande contribuição que trouxeram à solução da lide. Fica aqui a minha homenagem.

Passar-se-á, primeiramente, ao exame das prejudiciais de mérito suscitadas pela 99Food.

Da preliminar de litisconsórcio passivo unitário

A matéria preliminar arguida pela ré 99 Food Ltda., concernente à aventada nulidade da sentença por ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário unitário com os estabelecimentos comerciais parceiros (artigos 114 e 115, inciso II, do Código de Processo Civil), não tem o alcance jurídico articulado.

A ré suscita tal preliminar objetivando a extinção do feito ou a citação de centenas de estabelecimentos comerciais, sob a tese de que a lide imporia a formação de litisconsórcio passivo necessário e unitário. Ampara seu inconformismo em parecer jurídico subscrito pelo eminente Professor Flávio Luiz Yarshell, cujos pontos nodais passo a analisar.

O douto parecerista sustenta que a pretensão de suspensão de eficácia das cláusulas contratuais atingiria negócios jurídicos que seriam, por natureza, indissociáveis, aduzindo que *"a relação contratual é incindível e monolítica"*, de sorte que *"não há como declarar inválida a cláusula para um contratante e não o fazer para o outro"*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Todavia, o objeto central deste litígio não reside na desconstituição do contrato particular de parceria em sua integridade, nem muito menos de sua cisão.

Não. O pedido é direto e específico visando somente ao reconhecimento da ilicitude da conduta específica perpetrada pela ré, consistente no banimento, na exclusão, na barreira nominal e direcionada à autora-Keeta, concorrente direta no mesmo sítio empresarial.

Nessa exata medida e consequência, a suspensão da eficácia da cláusula exclusionária oposta à Keeta não rescinde os pactos celebrados entre a 99 Food e os estabelecimentos parceiros, os quais permanecem hígidos e em plena execução em todas as suas demais disposições e contraprestações.

A alegada "incindibilidade" é meramente formal, porquanto a obrigação negativa de não contratar com a autora constitui estipulação acessória, cuja supressão não compromete, em nenhum ponto, o núcleo da prestação dos serviços de delivery.

Aliás, se cisão houvesse, ter-se-ia a quebra da sistemática contratada entre a 99Food e os seus respectivos restaurantes parceiros. No entanto, esse pormenor não existe. O negócio permanecerá hígido, sem cisão.

Sem prejuízo, o provimento jurisdicional porvir não reduzirá a matriz do negócio. Não alterará preço, prazo, condições de pagamento, ou direitos e vantagens outras, daí porque não há, com todo respeito, lesão à incindibilidade.

Aduz o nobre parecerista que, em ações constitutivas negativas, a eficácia do provimento dependeria da citação de todos os partícipes do ato, sob pena de a decisão ser *res inter alios* perante os terceiros contratantes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Essa construção, com toda venia, desconsidera a própria natureza jurídica do alegado ilícito concorrencial, seu contorno fático, casuístico e a especificidade do conteúdo da disposição clausular que mais adiante se copiará no corpo deste.

Com efeito, o ato ilícito, consubstanciado na criação de barreira artificial, ou real, ou qualquer outra denominação, de acesso ao mercado (*naked restraint*), é imputável de forma única e exclusiva à 99 Food, empresa que concebeu e impôs a cláusula em sua estratégia empresarial àqueles que consigo contrataram (restaurantes parceiros). É fato incontroverso.

Em outras palavras: A 99Food idealizou uma cláusula para contratar com seus parceiros, cuja função precípua era para que esses não contratassem com a Keeta. Se essa cláusula não foi lícita, lancetar-se-á essa disposição privada, mantendo-se, no mais, o negócio subjacente.

A lesão decorrente da exclusão, por evidente, será experimentada apenas pela 99Food. Os restaurantes parceiros, portanto, passam a não ter mais a obrigação de não contratar com a Keeta e não são atingidos em nenhum de seus direitos subjetivos essenciais. Nada mais.

Outrossim, é clássico no direito positivo processual civil, que a sentença que atua sobre determinada relação jurídica pode irradiar efeitos reflexos sobre terceiros cuja posição tenha conexão com o objeto litigioso, máxime quando o provimento visa a reprimir prática anticoncorrencial e restaurar a legalidade estrita no respectivo mercado afetado.

A eficácia do preceito inibitório, de modo sistêmico-processual, está cristalizada no provimento direcionado à ré, revelando-se, a meu sentir e dentro do dinamismo da prestação jurisdicional, de todo despiciendo integrar à lide centenas de restaurantes que figuram, em última análise, como beneficiários reflexos da desobstrução e do óbice de contratação com quem quer que seja do mercado delivery,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

inclusive a autora.

Destaca-se, sem prejuízo, outra afirmação presente no referido parecer do Professor Fávio Luiz Yarshell, em sequência, que é *"inconcebível atingir diretamente a esfera jurídica de terceiros sem que estejam integrados ao contraditório"*, acenando com a afronta ao artigo 506 do Código de Processo Civil e ao devido processo legal.

No entanto, sempre com todo respeito à cultura jurídica de Sua Excelência, a ineficácia, se vier a ser reconhecida no âmbito desta C. Câmara, da cláusula de banimento, exclusão, barreira, ou qualquer outra denominação que se queira dar, não impõe qualquer encargo, sanção ou gravame aos restaurantes.

Ao reverso.

Assim é porque o eventual julgamento de procedência traz concreto favorecimento (não traz prejuízo material ou ideal) aos estabelecimentos-restaurantes parceiros, na medida em que lhes restitui a liberdade de contratar com quem quer que seja, com o correlato acesso à pluralidade de plataformas (*multi-homing*).

Esses contraentes, portanto, retomam o direito de escolha de fazer as operações no mercado *delivery* com quem queriam filiar-se.

Além disso, os libertam das penas pecuniárias objeto das cláusulas 12.9.4 a 12.9.7, adiante copiadas.

Os restaurantes parceiros, tanto por tanto, deixam de estar cativos à 99Food. Solta-se o liame contratual então impediante, o que, a meu sentir, corrobora a demonstração jurídica da inexistência de qualquer dano material, direto ou indireto, àqueles.

Nessa linha de raciocínio, é correto afirmar que o ordenamento processual pátrio veda a prolação de sentença que prejudique terceiros alheios à relação processual.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Nem poderia ser diferente.

No entanto, a Lei não proíbe a expansão de efeitos quando, tal e qual a espécie, esses lhes sejam puramente benéficos.

É, assim, hipótese concreta do que a doutrina de direito processual civil denomina eficácia extraordinária da sentença, sítio próprio sobre o qual discorre o Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN, em seu clássico (Eficácia e autoridade da Sentença e outros escritos sobre coisa julgada, Ed. Forense, 1981).

Com efeito, a constatação da independência entre a eficácia natural do provimento jurisdicional e a autoridade da coisa julgada é cediça no direito processual civil brasileiro. Sua defesa originária remonta à doutrina de ENRICO TULLIO LIEBMAN, para quem a eficácia da sentença consubstancia os efeitos modificativos do mundo jurídico promovidos pelo ato judicial, ao passo que a autoridade da coisa julgada é meramente a imutabilidade conferida a tais efeitos em decorrência do trânsito em julgado da decisão.

Em lição clássica sobre a função do ato jurisdicional perante o ordenamento, ensina LIEBMAN, que:

“[A] sentença, como ato autoritativo ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado para um caso determinado. As partes, como sujeitos da relação processual a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, **mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la igualmente.** Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, **apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam.** Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face da sentença que decidiu somente a relação jurídica que em caso concreto foi submetida a exame do juiz; mas todos, sem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, **efeitos que se produzirão efetivamente para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo**, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei no caso concreto. O juiz, que na plenitude de seus poderes e com todas as garantias outorgadas pela lei, cumpre sua função, declarando, resolvendo ou modificando uma relação jurídica, exerce essa atividade (e não é possível pensar diversamente) para um escopo que outra coisa não é senão a rigorosa e imparcial aplicação e atuação da lei; e **não se compreenderia como esse resultado todo objetivo e de interesse geral pudesse ser válido e eficaz só para determinados destinatários e limitado a eles**" (ob. cit., pág. 123, negrito meu)

Desenvolvendo a aplicação do tema em face daqueles que mantêm vínculos conexos com as partes litigantes, LIEBMAN defende que a sentença produz normalmente efeitos em relação a terceiros; no entanto, a imutabilidade do provimento jurisdicional, garantida pela autoridade da coisa julgada, limita-se às partes, sendo facultado ao terceiro a discussão posterior acerca da sentença eventualmente prejudicial ao seu interesse jurídico (op. cit., pág. 130):

"(...) a sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor que para as partes; porque, para estas, os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença" (negrito meu).

E, arremata categoricamente pontuando que (op. cit., pág. 170):

"I - A declaração oriunda da sentença, assim como seus outros



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

efeitos possíveis, pode conceber-se e produzir-se independentemente da coisa julgada; na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles (quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo) consiste a sua eficácia, e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei.

II – A eficácia da sentença, nos limites de seu objeto, não sofre nenhuma limitação subjetiva; vale em face de todos.

III – A autoridade da coisa julgada não é efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos e a todos os seus efeitos referente, isto é, precisamente a sua imutabilidade. Ela **está limitada subjetivamente só às partes do processo.**

Essa construção sobre a eficácia natural *erga omnes* dos atos jurisdicionais encontra eco na doutrina processual civil pátria.

Em consonância perfeita com essa orientação, o insigne Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO pontua que, apesar de a eficácia da sentença e os limites subjetivos da coisa julgada apresentarem simetria, a doutrina madura não os confunde:

“Indagar quem se beneficia dos efeitos da sentença e quem deve suportá-la não é o mesmo que indagar quem pode e quem não pode, no futuro, questionar os resultados de um processo, estabelecidos em sentença coberta pela coisa julgada”, concluindo que “a doutrina moderna já é suficientemente madura, para saber que uma coisa são os efeitos da sentença e outra, a imutabilidade desses efeitos” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 4ª ed., p. 210).

Aprofundando a razão teórica pela qual o provimento alcança os estabelecimentos parceiros sem a necessidade de que integrem o polo passivo da demanda, extrai-se da lição de DINAMARCO que a eficácia reflexa atinge justamente aqueles, *verbis*:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“terceiros que, embora não sejam sujeitos ativos ou passivos da própria relação jurídico-substancial versada no litígio, são titulares de outras relações jurídicas que de alguma forma se relacionam com esta ou dela são dependentes” (op. cit., p. 211).

A projeção *ultra partes* de tais efeitos reflexos decorre, portanto, da eficácia natural da sentença, que se impõe a todos na exata medida do objeto do julgamento.

A explicação científica para esse fenômeno de irradiação sobre os contratos de intermediação mantidos pela ré deriva da lição clássica do Professor FRANCESCO CARNELUTTI, ao lecionar sobre a interdependência das relações jurídicas no mercado:

“As relações jurídicas singulares não vivem isoladamente e sim que coexistem umas com as outras, e essa coexistência dá lugar a relações múltiplas de interferência ou interdependência (...). É natural que a constituição, a modificação ou, geralmente, a declaração de uma relação singular tenham repercussão em seus efeitos sobre as outras que guardem conexão com ela” (in (Fredie Didier Jr. et al. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 8ª ed., p. 407).

Na mesma linha e amparando-se nos ensinamentos de outro ícone, o Professor GIUSEPPE CHIOVENDA, alinha-se a jurisprudência e a doutrina no sentido de que a sentença existe e produz efeitos perante todos, restringindo-se às partes unicamente a sua indiscutibilidade.

Ainda a esse propósito, outro clássico doutrinador brasileiro, MOACYR AMARAL SANTOS (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º volume, 21ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 75/76), explica que, *verbis*:

"A sentença, do mesmo modo que todo ato jurídico - diz Chiovenda - existe e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

vale em relação a todos (...). Mas **afirmar que a sentença, e, pois, a coisa julgada, vale em relação a terceiros, não quer dizer que possa prejudicar terceiros. Apenas quer dizer que terceiros não podem desconhecê-la**, não que por ela podem ser prejudicados" (negrito meu).

No mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR pondera que a eficácia natural da sentença vincula a coletividade, pressupondo eventual reação do terceiro unicamente na hipótese de prejuízo jurídico concreto (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 51ª ed., RJ: Forense, 2010, p. 557):

"A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros'. Não quer dizer isto que os estranhos possam ignorar a coisa julgada. 'Como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos' [Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, 3ª ed., v. I, nº 133, p. 414]. Não é certo, portanto, dizer que a sentença só prevalece ou somente vale entre as partes. **O que ocorre é que apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado (...)** Assim, um estranho pode rebelar-se contra aquilo que foi julgado entre as partes e que se acha sob a autoridade da coisa julgada, em outro processo, desde que tenha sofrido prejuízo jurídico" (negrito meu).

Nessa mesma linha de raciocínio, JOSÉ FREDERICO MARQUES assevera que o julgamento proferido pelo órgão estatal possui eficácia imperativa *erga omnes*, facultando-se ao terceiro impugná-lo tão somente se demonstrar desacordo com o direito objetivo (Manual de Direito Processual Civil, 3º volume, 9ª ed., SP: Saraiva, 1987, p. 243):

"Verifica-se, portanto [do art. 472], que o julgamento apenas entre as partes é



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

imutável. Disto não se deduz, porém, que não deva produzir efeitos em relação a terceiros. Todo julgamento tem eficácia natural e imperativa, que resulta de sua qualidade de ato estatal. Mas, demonstrando-se estar errado, *contra ius* ou em contrário à lei, o julgado pode perder sua eficácia e obrigatoriedade, e bem como ser revogado, salvo no tocante às partes entre as quais foi dado. (...) **Donde deve concluir-se que o julgamento final, como ato de órgão do Estado, tem eficácia erga omnes; mas seus efeitos somente são imutáveis entre as *inter partes*, pelo que o terceiro, que tenha interesse jurídico, poderá impugnar os efeitos do julgamento, demonstrando estar ele em desacordo com o direito objetivo"** (negrito meu).

E, corroborando a desnecessidade de citação dos estabelecimentos parceiros na espécie, a lição de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA detalha a distinção entre a necessidade de litisconsórcio e a mera irradiação de efeitos reflexos (Sentença e coisa julgada, 4ª ed., RJ: Forense, 2003, p. 95/96):

“À medida que o estudo dos efeitos ultra partes que a sentença pode provocar no que se refere a terceiros, evidencia que tais efeitos não têm a ver com a indiscutibilidade peculiar à coisa julgada, mais se fortalece a convicção de que a sentença só tem valor de coisa julgada *inter partes*, só a favor e contra aqueles que integraram a respectiva relação processual.(...) **O princípio cardeal, em matéria de extensão subjetiva da coisa julgada, consubstancia-se no seguinte: ou a lei faz extensiva a eficácia peculiar da coisa julgada a alguém que haveria de permanecer terceiro, estranho à demanda, e, nesse caso, a questão se resolve numa das hipóteses de litisconsórcio necessário, de modo que o suposto terceiro passa a ser parte; ou a intervenção não é necessária, no sentido de ser inafastável, e ter-se-ão casos de efeitos reflexos ou outros efeitos (ditos naturais) da sentença que não impedem que os terceiros rediscutam o julgado, havendo aquele nexo de prejudicialidade-**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

dependência, definida pela doutrina italiana como capaz de dar ensejo à intervenção de terceiros; ou, nos demais casos, que envolveriam os chamados terceiros indiferentes, estes não de suportar, não a coisa julgada, mas as eficácias naturais da sentença" (negrito meu).

Não discrepa desse entendimento a abalizada doutrina do eminente Professor José Rogério Cruz e Tucci, ao lecionar sobre a projeção das decisões judiciais sobre as relações jurídicas condicionadas e dependentes (Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 142/145):

“Os efeitos da decisão, que transbordam os limites subjetivos do processo, **acabam determinando o 'modo de ser' de situações jurídicas condicionadas.** Havendo coincidência de sujeitos na relação prejudicial e na relação prejudicada, dúvida não há de que **a eficácia do provimento que decide aquela determina a sorte desta.** (...) Normalmente, dentro da moldura excepcional em que se manifesta esse fenômeno, **o terceiro que experimente prejuízo jurídico é titular de relação jurídica ligada por um nexo de prejudicialidade, no plano material, com o objeto da decisão. Nessa hipótese, a relação jurídica decidida influi sobre a dependente,** cujo elemento constitutivo tem aquela como suporte. (...). É verdade que isso nem sempre ocorre, porque hoje, à luz do nosso direito positivo, informado pelas garantias constitucionais do processo, a maioria das situações que, no passado causavam perplexidade, já não mais o fazem. Assim, **aquele que poderia ser prejudicado,** ou é litisconsorte necessário (...) ou, quando não, o resultado do processo, caso não tenho sido citado o terceiro, embora lhe interesse sob o aspecto jurídico, constitui, para ele, *res inter alios*” (grifo meu).

Observa-se, assim, que a exigência de litisconsórcio necessário ou a ineficácia por *res inter alios* pressupõem, na própria dicção de José Rogério Cruz e Tucci, a hipótese em que o terceiro venha a "experimentar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prejuízo jurídico" ou possa ser "prejudicado" pelo julgado.

Na espécie vertente, contudo, a ordem cominatória de abstenção voltada isoladamente contra a ré 99Food atua sobre a relação prejudicial (a antijuridicidade do banimento) para determinar o "modo de ser" das relações dependentes de forma puramente reflexa e benéfica aos estabelecimentos parceiros, os quais, porque não sofrem qualquer prejuízo jurídico-material, afasta-se a pretensa obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Permanece hígido e resguardado, portanto, o direito subjetivo de o estabelecimento comercial, se o pretendesse, ajuizar ação própria e direta contra a 99Food para impugnar a abusividade ou a invalidade da referida amarra contratual perante a sua relação jurídica individual.

A decisão proferida *inter alios* não faz coisa julgada contra o terceiro estranho à lide, desmistificando, por completo, a pretensa indispensabilidade de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Da síntese dogmática extraem-se as seguintes premissas para a solução do caso vertente:

(i) a ordem cominatória/inibitória proferida exclusivamente contra a ré 99Food atua como ato de autoridade do Estado-juiz para aplicação da lei no mercado relevante, produzindo sua eficácia natural de forma imediata e perante todo o ordenamento jurídico (*erga omnes*);

(ii) como a decisão não estende a autoridade da coisa julgada (imutabilidade) aos estabelecimentos parceiros, mas tão somente lhes irradia efeitos reflexos e puramente benéficos, não se verifica qualquer "prejuízo jurídico" apto a autorizar ou exigir sua presença no processo;

(iii) na hipótese inversa de eventual improcedência da demanda, a chancela judicial dada à cláusula em nada vincularia os restaurantes parceiros estranhos ao feito,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

permanecendo íntegra a via judicial autônoma para que postulem a desconstituição da estipulação em nome próprio;

(iv) na exata dicção de Ovídio A. Baptista da Silva, quando a hipótese versa sobre meros efeitos reflexos ou naturais da sentença que não impõem sacrifício de direitos a terceiros, "a intervenção não é necessária", revelando-se juridicamente descabida e sem amparo legal a exigência de formação de litisconsórcio passivo necessário (art. 114 do CPC); e

(v) a solução harmoniza-se perfeitamente com o art. 506 do CPC/2015, o qual veda unicamente a prolação de sentença que venha a prejudicar terceiros estranhos à relação processual.

Por fim, argumenta o parecerista que a falta de citação de todos os colegitimados eivaria o julgado de ineficácia ou inexistência jurídica, suscitando a incidência do artigo 115, inciso I, do Código de Processo Civil.

No entanto, o litisconsórcio necessário somente se justifica quando determinado por lei ou quando a natureza da relação jurídica exigir a presença de todos para a utilidade da sentença.

No Direito Concorrencial, as condutas de fechamento de mercado são reprimidas mediante ordens de abstenção e fazer direcionadas ao agente que detém o poder de exclusão.

Nesse sentido, o parecer jurídico de lavra da eminente Professora Teresa Arruda Alvim, em coautoria com o não menos eminente Professor Heitor Vítor Mendonça Sica, esclarece que, verbis:

"a ação questiona a antijuridicidade de conduta unilateral de 99Food", acentuando que a autora "nada pede em face dos restaurantes".

Sob o rigor técnico dos nominados juristas, "há clara incompatibilidade do litisconsórcio necessário



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

com as tutelas condenatórias", tais como as aqui formuladas.

Os insígnies Professores, sem prejuízo, agregam ainda que a apreciação do teor clausular não exige a presença de todos os contratantes no polo passivo, porquanto, verbis:

"o pronunciamento judicial sobre a validade da cláusula contratual... deverá se dar em caráter incidenter tantum, e não principaliter, sem se projetar para fora do processo".

Por conseguinte, dúvida não existe, de que a relação jurídica interna de direito material, mantida entre a ré e seus parceiros, não é atingida diretamente pela solução que vier a ser dada.

Em sequência, pontuam que, verbis:

"os restaurantes que contrataram com 99Food não são atingidos pela sentença", permanecendo suas avenças "em tese existentes, válidas e eficazes", porquanto a ineficácia declarada restringe-se à relação entre autora e ré.

Sob a mesma perspectiva, cumpre afastar expressamente as conclusões expostas no parecer subscrito pelo eminente Ministro Sidnei Beneti, segundo as quais a pretensão deduzida pela autora, ao buscar que 'seja afastada a aplicação ou os efeitos das cláusulas', consubstanciaria pedido de declaração de ineficácia/anulação de negócio jurídico bilateral, atingindo o feixe de obrigações dos estabelecimentos e exigindo, por isso, a citação dos restaurantes como litisconsortes passivos necessários unitários.

A premissa do douto parecerista, com todo respeito, padece de equívoco ao analisar a demanda sob o prisma estritamente privatista e sinalagmático do Direito Civil tradicional, desconsiderando a autonomia do *enforcement* privado do Direito Concorrencial (artigo 47 da Lei nº 12.529/2011).

A pretensão deduzida em juízo não busca a desconstituição do vínculo contratual ou a alteração das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

prestações recíprocas entre a 99Food e os restaurantes, mas tão só e unicamente a *remoção do ilícito concorrencial* e a *tutela inibitória* voltada a estancar a prática de ilícito por objeto (*naked restraint / Verbotensklausel*).

O provimento jurisdicional, portanto, atingirá, se vingar a demanda, a específica conduta anticoncorrencial da ré, impondo-lhe o dever de não exigir e de não pactuar a cláusula de banimento seletivo.

Ademais, a ordem que obsta a exigibilidade da cláusula ilícita por parte da ré não causa prejuízo ou sacrifício jurídico aos restaurantes.

Pelo contrário.

Os estabelecimentos comerciais, restaurantes parceiros da 99Food, figuram como elo vulnerável e atraído ao arranjo de exclusão, sendo diretamente beneficiados, ao que penso, com o retorno de sua liberdade negocial.

Exigir, em ação que discute a conduta de um gigante (99Food) do contrato de *delivery* e autor do ilícito concorrencial, que o outro concorrente (Keeta) promova a citação de centenas de restaurantes (não conhecidos e que não poderiam sê-lo) para discutir a higidez de uma prática anticoncorrencial por parte da ré 99 Food significaria inviabilizar o *enforcement* privado e criar, sem base causal e real justa causa, uma barreira processual insuperável para a defesa da livre concorrência.

Anote-se que o sujeito passivo da ação inibitória é unicamente o agente econômico-de mercado, ao qual se imputa a prática do ato anticoncorrencial.

A ordem de abstenção emitida contra a 99Food, exaure, ordinária e necessariamente, o objeto integral da tutela inibitória, de modo que, a meu sentir, dentro da legalidade pura, não se faz necessária, proporcional e pertinente a integração ao polo passivo dos terceiros-restaurantes parceiros.

Com esses fundamentos, rejeito a matéria preliminar, reconhecendo a legitimidade passiva isolada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

da ré 99Food Ltda. para responder pelas cláusulas por ela instituídas, sem a necessidade de formação de litisconsórcio passivo unitário.

Da prejudicial de falta de interesse de agir da autora

Não quadra êxito, em igualdade, a tese de falta de interesse de agir arguida pela ré 99 Food Ltda., amparada em parecer jurídico subscrito pelo festejado Professor José Rogério Cruz e Tucci, que defende a carência da ação por ausência das condições mínimas de processamento.

Passo ao enfrentamento dos pontos articulados.

O eminente parecerista sustenta a inexistência de interesse processual sob o argumento de que a autora, por ainda não operar plenamente no Brasil por ocasião do ajuizamento da ação, buscaria tutelar direito hipotético.

Afirma o Professor José Rogério Cruz e Tucci que o pedido consistiria em *"mera conjectura de auferir lucros"* e que a autora *"não alega que irá sofrer um prejuízo... mas, ao contrário, que deixará de lucrar potenciais valores unilateralmente estimados"*, concluindo que as barreiras contratuais teriam o condão de impedir um *"presumido lucro almejado, mas jamais de diminuir o patrimônio da demandante"*.

Pois bem. Apesar da autoridade intelectual do nobre parecerista, a hipótese não quadra à moldura fática destacada.

Todos sabemos que o interesse de agir consubstancia-se no trinômio necessidade-utilidade-adequação.

Na peculiar situação fática aqui examinada, com todo respeito, a necessidade do provimento jurisdicional resta evidenciada, notadamente porque a autora Keeta é nominalmente citada e excluída, de modo imperativo, consoante se verifica das seguintes cláusulas contratuais impostas pela ré a restaurantes estratégicos ou não, a saber:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

"12.9.1. O Estabelecimento compromete-se a não celebrar, direta ou indiretamente, durante a vigência do Contrato, qualquer tipo de relação comercial, contratual ou institucional com empresas pertencentes ao grupo econômico da Meituan/Keeta, suas coligadas, controladas, controladoras, afiliadas ou quaisquer sociedades que integrem, componham ou venham a compor sua estrutura societária, incluindo-se (porém não se limitando a) KANGAROO LIMITED e KEETA, INC., bem como não prestar serviços ou manter vínculo que possibilite vantagem econômica ou estratégica a referidas entidades."

Revelar-se-ia verdadeiro contrassenso jurídico exigir que o agente econômico consolidasse toda a sua estrutura operacional para somente então ter o interesse processual de impugnar estipulação que visa, precisamente, inviabilizar o seu próprio nascimento no mercado.

Uma, pois, tecnicamente, não induz à outra, nomeadamente porque a necessidade econômica e jurídica de obstar a fluência daquela conduta de exclusão materializa-se no só ato-negócio de impedir que a autora pudesse chegar ao mercado delivery.

De qualquer modo, esse aparente óbice desaparecera, posto que a instalação regular para operar em nosso país se concretizara.

Fosse como fosse, a verificação da utilidade e da necessidade concreta da prestação jurisdicional é pormenor técnico objetivo, sobretudo porque somente com a remoção da barreira artificial ter-se-ia a permissão real para que a autora concorresse livremente e formalizasse seus próprios contratos, transmudando a mera expectativa em operação concreta.

Em situações desse jaez, aliás, o prejuízo não se resume a potenciais "lucros cessantes", mas envolve a noção de descrédito reflexo do nome empresarial em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

face da possível clientela e a manutenção de infraestrutura e investimentos de vulto já aportados no país que se tornam ociosos enquanto o mercado viesse a permanecer artificialmente fechado, ou com proibição paralela, em face da efetiva conduta da ré.

Além disso, sob a ótica estritamente processual, dentro da legalidade pura, cumpre consignar que o artigo 19, inciso I, do Código de Processo Civil consagra que o interesse do autor pode limitar-se à declaração do "modo de ser de uma relação jurídica".

O texto legal resolve a temática suscitada e encerra uma visão progressista, atual e hodierna em direção à complexa realidade da disputa por mercados, ou nichos de espaços mercadológicos.

Na espécie, a pretensão inibitória e cominatória busca precisamente solucionar a crise de certeza gerada pela conduta da ré no mercado relevante, definindo a ilicitude de amarras contratuais erguidas para bloquear o acesso de concorrentes.

A só existência de dúvida fundada e de resistência na esfera jurídica da autora sobre a exequibilidade de tais estipulações basta para configurar o interesse de agir, prescindindo-se da prévia consumação do dano patrimonial.

Definir a ineficácia e a ilicitude ou não de cláusulas de banimento direcionadas a novos entrantes nada mais é do que declarar o exato modo de ser e os limites de eficácia externa do negócio jurídico perante os demais agentes econômicos.

A exegese do citado artigo 19, I, do diploma processual, no sentido de sua raiz ideológica e jurídica, aperfeiçoa-se com o entendimento sedimentado na Súmula 181 do C. Superior Tribunal de Justiça, a saber:

“É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual”.

A existência de dúvida fundada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sobre a licitude e a exequibilidade das amarras contratuais erguidas no mercado, ou o objetivo de retirar eventual incerteza decorrente de liame contratual, basta para conferir à autora o interesse de agir autônomo, dispensando-se a prévia consumação do dano concorrencial.

Ainda que assim não fosse, a nota técnica oferecida pelo festejado Professor Gesner Oliveira evidencia que, em mercados digitais caracterizados por intensos efeitos de rede (*network effects*), a lesão ao ambiente concorrencial aperfeiçoa-se no "momento zero" da entrada da empresa no mercado, o que verte em prol do pleito formulado na inicial.

Condicionar a tutela jurisdicional ao início prévio das operações para apenas então combater o banimento significaria cancelar a consolidação definitiva e irreversível da barreira artificial.

Trata-se, ao que se verifica do conjunto da fundamentação ora traçada, de conclusão que fica fora do sistema jurídico.

Se, portanto, a obstrução ilícita gera prejuízos diários e continuados, representados pelo travamento e pela ociosidade de vultosa infraestrutura e de investimentos já aportados no país, cujo pleno aproveitamento resta obstaculizado pelo fechamento indevido do mercado, inegável é a juridicidade do direito constitucional de imediato acesso ao Poder Judiciário.

Noutro ponto, o parecer jurídico do Professor José Rogério Cruz e Tucci defende e trata da ilegitimidade da autora para discutir obrigações assumidas por terceiros em contratos dos quais não faz parte.

Segundo o parecer, a *"inexistência de pertinência subjetiva torna a Keeta parte ilegítima para discutir obrigações assumidas por outros agentes de mercado, sem sua participação ou anuência"*, sustentando que a ausência dos signatários no polo passivo acarretaria *"manifesta ilegitimidade passiva da 99FOOD, visto que não pode figurar isoladamente"*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

A legitimidade ativa da Keeta, sem ressalva legal diminutiva em linha diversa, decorre diretamente da circunstância de ser ela o alvo específico e declarado da conduta exclusionária.

O campo processual e central da lide não reside na revisão de obrigações sob a ótica do Direito Contratual clássico. Não é esse o objeto.

A leitura da causa de pedir (remota e imediata) demonstra que o núcleo central da ação visa, na verdade, a repressão a uma infração à ordem econômica e a um exercício abusivo de direito.

Nesse encadeamento de raciocínio, veja-se que o ordenamento jurídico pátrio, por meio do artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, confere legitimidade expressa aos prejudicados por condutas anticompetitivas para ajuizarem ações tendentes à cessação do ilícito e à recomposição dos danos.

Declara o referido texto legal que:

“Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação” (grifo meu).

A lei não deixa dúvida. É clara e autoexplicativa.

A corroborar este entendimento, o parecer da Professora Teresa Arruda Alvim e do eminente Professor Heitor Vítor Mendonça Sica, conclui, com precisão jurídica, que, verbis:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

"é possível a tutela individual de um direito que também comporta tutela coletiva de outra perspectiva", subsistindo hígida a "legitimidade individual do titular do direito" para a causa.

Anotam os nobres pareceristas que o sistema processual pátrio tolera a convivência de frentes de resposta, de modo que, verbis:

"a qualificação de determinado ilícito como portador de uma dimensão coletiva não implica a coletivização das pretensões dele decorrentes".

Concluem que a pretensão da autora encontra guarida direta no citado artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, conferindo-lhe legitimidade forçosa, porquanto busca precisamente *"remover obstáculos ilícitos para o seu ingresso no mercado brasileiro de entrega de comida de restaurantes"*.

Por último, nesse quadrante do exame da referida prejudicial de mérito, tenho que a regra da *res inter alios acta* não deve ser erigida como escudo para respaldar a ilicitude.

Não deve.

E não deve principalmente porque quando a estipulação contratual projeta eficácia externa nociva, atingindo diretamente a esfera jurídica de concorrente identificado e em reflexo consequencial o interesse coletivo dos consumidores finais, é livre o agir daí decorrente.

Rejeito a preliminar.

Do cerceamento de defesa

Do mesmo modo, repele-se a tese de cerceamento de defesa arguida pelo julgamento antecipado da lide (artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil).

Cuidando-se de infração



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

concorrencial aferida no próprio objeto e na estrutura da estipulação contratual (*naked restraint* / ilícito por objeto), a controvérsia recai sobre matéria eminentemente jurídica e documentalmente posta, revelando-se inútil e protelatória a dilação probatória pericial ou testemunhal pretendida (artigo 370 do Código de Processo Civil).

Nesse exato contexto, cumpre não aderir à admissibilidade da preliminar de cerceamento de defesa, na linha como articulada no parecer subscrito pelo eminente Ministro Luis Roberto Barroso (fls. 2202/2246).

Sustenta o douto parecerista que o julgamento antecipado do mérito padece de nulidade insanável, porquanto a aferição da licitude de restrições verticais exigiria imperativamente a produção de prova pericial econômica para mapeamento da estrutura do setor, apuração das participações de mercado (*market share*) e mensuração dos 'efeitos líquidos' da conduta da ré.

A tese, contudo, parte de premissa que me parece inexata e não ajustada sobre a natureza da infração e sobre a distribuição do ônus probatório nas ações de repressão aos ilícitos por objeto.

Fica o registro, de todo oportuno, passageiro da teoria da distribuição dinâmica do ônus de provar, a que margeia que o sentenciamento no estado do processo foi tecnicamente correto.

Em primeiro lugar, a necessidade e a utilidade da prova pericial econômica vinculam-se aos casos em que se investigam ilícitos concorrenciais por *efeito* ou por *exercício abusivo de posição dominante*, analisados sob a clássica 'regra da razão'.

Diversamente, no caso destes autos, o objeto da ação versa sobre estipulação de banimento nominativo e seletivo contra concorrente individualizada (*Verbotsklausel*), conduta que consubstancia restrição pura à concorrência (*naked restraint* / ilícito por objeto).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nas infrações por objeto, a nocividade concorrencial está entalhada na própria estrutura do comando contratual, que instrumentaliza o poder financeiro (*upfront*) para comprar em dinheiro o dever de abstenção comercial perante um rival determinado no seu 'momento zero'.

Por se tratar de infração formal e de perigo abstrato, a demonstração da ilicitude prescinde da produção de dados periciais econômicos sobre *market share* ou da comprovação estatística do dano final consumado.

Em segundo lugar, a prova documental constante dos autos, notadamente a própria redação da Cláusula 12.9 do contrato padrão, já escrita linhas atrás, é plenamente suficiente para o seguro julgamento da causa.

Determinar a realização de perícia econômica para quantificar o grau de fechamento de mercado ou mapear a expansão superveniente da autora significaria impor dilação probatória inútil e quiçá procrastinatória, em manifesta afronta ao poder-dever de indeferimento de provas desnecessárias conferido ao julgador pelo artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Em terceiro lugar, não socorre à ré a alegação de que a instauração de atos instrutórios no âmbito do CADE justificaria a realização de instrução probatória idêntica no Poder Judiciário.

No entanto, a atuação administrativa do SBDC busca a tutela sistêmica do mercado sob a ótica do *enforcement* público; já o Poder Judiciário, no exercício do *enforcement* privado (artigo 47 da Lei nº 12.529/2011), atua provocado pela vítima para reprimir e estancar a ilegalidade de conduta anticoncorrencial que lhe atinge.

Dentro dessa visão jurídica, não há espaço técnico-processual, outrossim, para a prejudicial de cerceamento de defesa de terceiros.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

E não cabe essa alusão porque não tem sentido jurídico conferir direito de provar àqueles de quem nenhum direito legítimo está sendo subtraído, a quem se tributara a liberdade de contratar, desatando o vínculo de exclusividade, lembrando-se que a própria ré admite ter concebido aquela cláusula para conter a pulverização do mercado.

Inexiste, portanto, qualquer cerceamento de defesa. O julgamento antecipado da lide traduziu estrita observância ao princípio da razoável duração do processo e à economia processual (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, c/c artigo 355, I, do CPC), impondo-se a integral rejeição da preliminar.

Repita-se: a matéria controvertida é unicamente de direito, sendo certo que os fatos estão solidamente comprovados por meio da prova literal, sem nenhuma discordância.

A não comunhão está no pensamento de cada qual sobre a sua força e envergadura no direito concorrencial. Nada mais.

Assim, com a devida vênia, não são necessárias outras considerações.

Rejeito a preliminar.

Mérito

Da Livre Iniciativa e da livre concorrência na Constituição Federal e na Lei nº 12.529/2011

A Constituição Federal nomeou os valores sociais da livre iniciativa como um dos fundamentos da própria República (art. 1º, inciso IV, da CF).

Além disso, na leitura do texto constitucional, agora no capítulo da ordem econômica, em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

reporte sistêmico, a livre concorrência viera no conjunto dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, inciso IV, da CF).

A junção dos referidos princípios constitucionais (art. 1º inciso IV e art. 170 inciso IV), em linha hermenêutica e voltado ao comprometimento com os desígnios da ordem constitucional, demonstra que a livre iniciativa e a livre concorrência são valores e vetores constitucionais de relevantíssimo significado jurídico e social.

É de admitir que são dois alicerces que orientam e comandam a ordem econômica brasileira, bem como as leis infraconstitucionais que daí advieram.

Com efeito, avançando na direção desses comandos constitucionais, dispõe o artigo 170, caput, da Carta da República, a saber:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI a IX.....

(grifos meus)”

Em trecho legal subsequente e em coerência com a sistemática constitucional, declara o art. 173, § 4º, CF que, a saber:

“...a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Essa é a arquitetura constitucional, a qual coliga o art. 1º, inciso IV com os artigos 170, incisos IV e V



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

e art. 173, § 4º, todos da Constituição Federal. É um extrato de harmonia sistêmica (Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pág. 34).

A respeito da evolução desse vetor normativo na Carta de 1988, cabe invocar a lição de GIOVANI AGOSTINI SAAVEDRA, que bem elucida o papel da livre concorrência como princípio estruturante da Constituição Econômica e a guinada hermenêutica que passou a exigir do julgador uma tutela preventiva (*ex ante*) contra os abusos do poder econômico:

“Somente com o advento da CF/88 (...) é que a livre concorrência passa a ser compreendida como princípio estruturante da Constituição Econômica brasileira, ou seja, daquele conjunto de princípios, valores e regras fundamentais que regulam a vida econômico-social da sociedade brasileira. Disso decorre que, sendo parte de um sistema constitucional econômico, o princípio da livre concorrência não pode ser entendido como um fim em si mesmo. Como refere o caput do Art. 170, ele se insere em uma ordem econômica que é 'fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa' e que tem por fim 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social'. (...) O inciso VI do art. 157 da Constituição de 1967 tratava do conceito de 'abuso do poder econômico' de forma objetiva ('caracterizado por'), **diferentemente do atual § 4º do art. 170 da CF/88, que não exige, para a caracterização de abuso, que haja domínio efetivo dos mercados, mas que consubstancie um ato que 'vise à dominação dos mercados'. Sem sombra de dúvida, a redação exige análise ex ante, enquanto a anterior centrava as atenções no resultado, numa análise ex post, portanto.**” (SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, George Salomão (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023, p. 1897, g.n.).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

A ordem econômica brasileira, portanto, está estruturada tanto a partir da livre iniciativa, quanto em face da livre concorrência e à defesa do consumidor, ao lado dos demais princípios a ela elementares.

Os referidos princípios compõem a base de funcionamento da atividade econômica. São interdependentes, mas harmônicos entre si.

Na doutrina própria, registro os constitucionalistas que doutrinam nesse específico sentido, a saber: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 2003, págs. 42-57; PAULO BONAVIDES (Curso de Direito Constitucional, Malheiros Editores, 2008, pág. 46), JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO (Direito Constitucional, Editora Del Rey, 2007, pág. 94), AUGUSTO ZIMMERMANN (Curso de Direito Constitucional, Lúmen Juris, 2006, pág. 67), dentre outros, ensinam que os princípios devem orientar o sentido e a aplicabilidade prática da constituição.

Dentro desse contexto de normatividade constitucional, o legislador constituinte foi além ao estabelecer uma ordem de repressão à concorrência desleal, a qual foi dirigida à elaboração de uma Lei infraconstitucional, advindo, mais de duas décadas depois, a vigência da Lei nº 12.529/2011.

Com efeito, o referido texto legal definira o suporte fático do abuso econômico e de poder, listando-o, bem como as respectivas sanções pertinentes.

Essa norma jurídica, em boa hora, viera a congregar a intenção democrática de empreender com liberdade de escolha e criação, vedado o monopólio e a manipulação danosa, seja qual for o artifício nocivo utilizado.

Os mercados é que se amoldam e se autolimitam. E nem podia e nem devia ser diferente.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

A lei, em sua própria via seletiva, vem a incidir apenas quando se faz aquilo que o texto legal não admite que se faça.

O princípio constitucional da livre iniciativa, irmanado à livre concorrência, assim, garante às empresas a plena liberdade para engendrar as suas estratégias empresariais.

No entanto, é fundamental fazer entender que as empresas não podem tudo. Podem quase tudo. Podem tudo aquilo que não venha a ferir a lei vigente e o senso moral de funcionamento concorrencial do mercado específico.

Sua autonomia de vontade, todos sabemos, não é absoluta ou completamente ilimitada ao controle judicial.

Por conseguinte, essa liberdade de agir/livre iniciativa na economia brasileira seguirá a concorrência verdadeiramente livre, honesta, axiologicamente leal, com lateral proteção ao consumidor final.

Sobre o tema, é preciosa a lição de Professor e ex-Ministro do C. STF, EROS ROBERTO GRAU ao assinalar que a Carta Magna não consagra a livre-iniciativa como uma regalia individualitária ou um salvo-conduto absoluto para a atuação empresarial, mas sim em sua dimensão de valor social:

“As leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado 'os valores sociais do trabalho', de outro a 'livre-iniciativa', simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre-iniciativa. **Isso significa que a livre-iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.**” (GRAU, Eros Roberto. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, George Salomão
 (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 3.
 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023, p. 1888, g.n.)

Assim deve ser para que nenhuma empresa possa ser lancetada do mercado específico por estratégias abusivos de barreira, vedação, ou banimento, seja qual for o nome que se queira dar, escamoteados ou não, idealizados por seus concorrentes.

Antes de ir à Lei ordinária, tenho que os textos legais da Carta da República, apontados linhas atrás, revelam a forte preocupação do constituinte de 1988 em preservar o livre mercado, seja qualquer for a sua circunferência, do abuso do poder econômico e político que possa desaguar na concorrência desleal.

Está intrínseco que há interesse do Estado brasileiro que uma empresa se mantenha em funcionamento, gerando renda, empregos, honrando impostos, sem que sofra a repressão de organizações privadas sem escrúpulo e lealdade.

Sob essa perspectiva, a Suprema Corte já assentara que a garantia da ordem econômica e a higidez do mercado exigem a pronta coibição de práticas ilícitas que repercutam negativamente no comércio hígido, de modo a tutelar o *"indeterminado contingente de trabalhadores e comerciantes honestos, vulnerando assim o princípio constitucional da livre concorrência"* (STF, HC 91.285/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 24/04/2008).

Assim deve ser, ainda que, outrossim, se possa ter que a livre concorrência não é um fim em si mesma, consoante já dissera o C. STF, ela é "um meio para atingir os objetivos fundamentais da República" (ADI 6.218, Rel. Min. Rosa Weber).

Antes do mais, penso útil frisar o tratamento, em hipóteses análogas, que se encontra no direito internacional.

De pronto, anote-se que o Brasil



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

aderiu ao Protocolo de Madri junto à Organização Mundial da Propriedade Intelectual apenas em 2 de julho de 2019, e o tratado entrou em vigor em 2 de outubro, através do decreto 10.033/19 e ainda que não cuide diretamente da concorrência desleal na cena empresarial, nele se firma que se deve “prevenir comportamentos anticomerciais”. É o registro.

No âmbito da América do Sul, destacam-se decisões que rechaçam o fechamento vertical de mercado e ao banimento de concorrentes.

Na Argentina, a *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* (CNDC) e a *ex-Secretaría de Comercio Interior* (Resolución 866/2021) imputaram à *Cervecería y Maltería Quilmes S.A.* (CMQ) —controlada pelo grupo AB InBev— abuso de posição dominante de caráter exclusório no mercado nacional de produção e distribuição de cerveja. A investigação, deflagrada a partir de denúncia formal de concorrentes (*Compañía Cervecerías Unidas, CICSA e Otro Mundo Brewing Company*), constatou que a CMQ estruturou complexa estratégia de fidelização para capturar o varejo e gerar o fechamento vertical do mercado nos canais *on-premise* (bares e restaurantes) e *off-premise* (supermercados, *kioscos* e *almacenes*).

Dentre as práticas sancionadas, destacaram-se: **(i)** a celebração de acordos (formais e informais) de exclusividade ou de concessão de mobiliário/equipamentos atrelada à vedação de exposição de marcas rivais; **(ii)** a exigência de reserva de até 80% do espaço útil de gôndolas e cabeceiras de gôndolas, com rebaixamento físico dos concorrentes para prateleiras inferiores; **(iii)** o aproveitamento da reduzida dimensão de pequenos comércios para impor a exclusividade de refrigeração em geladeiras cedidas em comodato, transformando o espaço refrigerado em canal de venda exclusivo de fato; e **(iv)** a prática de descontos cruzados (*tying/bundling*) atrelando condições comerciais de cervejas ao seu vasto portfólio de bebidas não alcoólicas (refrigerantes e águas).

A decisão administrativa fora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

confirmada em sua integralidade em sede de revisão judicial pela Sala II da *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal* (Causa 014075/2021, *Compañía Industrial Cervecera SA y otros c/ Estado Nacional*, j. 13.04.2023)². A Corte Federal argentina rejeitou tanto a apelação da Quilmes quanto os pleitos de majoração das denunciante, assentando a imperatividade de cessação das condutas e destacando três premissas fundamentais:

Primeira, que a delimitação do mercado relevante abrange estritamente a cerveja, sendo irrelevante a alegada substituibilidade com outras bebidas alcoólicas para afastar o poder de mercado; segunda, que a cumulação de estratégias comerciais exclusórias praticadas por agente dominante desfigura a livre concorrência e gera efeito distorcivo que extrapola a mera "competição pelos méritos"; e terceira, que o abuso de posição dominante manifestado por múltiplos atos articulados no tempo ostenta natureza de infração contínua (*infracción de acción continuada*), mantendo-se hígida a pretensão punitiva e o dever de reparação das amarras contratuais enquanto subsistir o estado antijurídico.

No Uruguai, a *Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia* (COPRODEC), do *Ministério de Economía y Finanzas*, ao julgar a denúncia formulada por titular de permissão do serviço de táxi contra o *Centro Patronal de Taxímetros del Uruguay* (Asunto N° 27/2022,

² Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, Causa 014075/2021 (acumulada com Causa 873/21 e Expte. N° S01:03042919/2020), "Compañía Industrial Cervecera S.A. y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo s/ Apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia", Rel. Mems. Câmaras, acórdão de 13/04/2023. A Corte manteve a multa de AR\$ 150.000.000,00 e ratificou integralmente as ordens de abstenção e desfaço de restrições verticais nos canais on-premise e off-premise impostas pela Resolución SCI N° 866/2021. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/04/c.1589_sentencia_de_camara_1.pdf>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Resolución N° 184/025, de 17.10.2025)³, assentou importante diretriz sobre o abuso de posição dominante praticado por entidade de classe por meio de cláusulas de exclusividade e sanções corporativas em mercados de dois lados.

A CPATU —que congregava cerca de 70% da frota de táxis de Montevideu e detinha 55% da quota do mercado de intermediação via Radio Taxi 141 e aplicativo próprio (*Voy en Taxi*) —aprovou deliberação em Assembleia Extraordinária impondo a pena de desligamento ou expulsão aos taxistas associados que aderissem a aplicativos concorrentes de chamadas de viagem (como Cabify e Uber).

Ao qualificar a conduta como infração aos artigos 2º e 4º (literais D, F e I) da Ley N° 18.159, a COPRODEC delimitou o mercado relevante estritamente à *intermediação no transporte privado oneroso de passageiros*, sublinhando a natureza de mercado de dois lados dotado de fortes efeitos de rede indiretos. O órgão antitruste uruguaio concluiu que a exigência de exclusividade formulada pelo agente dominante desestruturou o processo concorrencial ao privar as plataformas rivais da "massa crítica" de condutores indispensável para o ingresso e expansão no mercado, criando barreira artificial à entrada sustentada no temor de retaliações corporativas aos taxistas.

Merece especial destaque a rejeição pontual da tese de eficiências defensivas baseada em suposto *free riding* invocada pela gremial. A COPRODEC assentou que as infraestruturas, benefícios e pontos de embarque proporcionados pela associação são remunerados pelas mensalidades fixas dos próprios associados, o que afasta o aproveitamento gratuito e afasta a justificativa econômica da exclusividade. Diante do quadro de reincidência específica da

³ Uruguai, Ministerio de Economía y Finanzas, Dirección General de Secretaría, Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (COPRODEC), Asunto N° 27/2022 ("María Lourdes Alcoba Rodríguez c/ CPATU – Denuncia"), Resolución N° 184/025, Montevideo, 17 de outubro de 2025. Rel. Comissários Ec. Daniel Ferrés, Ec. Martín Sequeira e Dr. Germán Divito. A decisão reconheceu o abuso de posição dominante e a criação de barreiras artificiais de acesso e expansão em mercado de dois lados (art. 4º, "d", "f" e "i", da Ley N° 18.159), impondo multa de 300.000 U.I., dever de alteração estatutária e ordem de reintegração dos afetados. Disponível em: <<https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/coprodec>>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

entidade patronal, a Autoridade de Concorrência aplicou sanção pecuniária agravada de 300.000 Unidades Indexadas (U.I.), determinou a cessação imediata das sanções sobre os condutores, estabeleceu a revisão compulsória dos estatutos sociais da entidade e ordenou a **reintegração integral e sem custos** de todos os condutores indevidamente excluídos ou sancionados.

Em outro âmbito espacial, agora da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sedimentou-se o entendimento de que a instrumentalização do poder de barganha para impor ao mercado a escolha entre negociar com o incumbente ou com o novo entrante constitui tentativa ilícita de monopolização e grave afronta ao *Sherman Act*.

É o que se extrai do célebre precedente *Lorain Journal Co. v. United States* (342 U.S. 143, 1951), no qual a Suprema Corte norte-americana reputou ilícita a conduta de jornal detentor de posição dominante que se recusava a veicular anúncios de comerciantes que também anunciassem em emissora de rádio concorrente (WEOL), forçando a praça comercial a um boicote direcionado ao rival.

Na mesma esteira, em *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* (472 U.S. 585, 1985), o Pretório Excelso estadunidense reafirmou que o rompimento ou a recusa de arranjos comerciais promovida sem justificativa negocial legítima ou razão de eficiência, com o propósito exclusivo de excluir competidor do mercado relevante, consubstancia prática monopolística ilícita.

Igualmente, no paradigmático *Associated Press v. United States* (326 U.S. 1, 1945), a Suprema Corte dos EUA reconheceu que estipulações que conferem a agentes econômicos o poder de vetar a entrada de concorrentes ou de inviabilizar o acesso de terceiros a insumos essenciais violam a legislação antitruste, ainda que desprovidas de cláusula formal de exclusividade, bastando a potencialidade do efeito exclusionário.

No plano europeu, o Tribunal de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Justiça da União Europeia (TJUE), ao julgar o caso *Unilever Italia Mkt. Operations Srl v. AGCM* (Processo C-680/20, j. 19.01.2023), ratificou a ilicitude de cláusulas de exclusividade impostas em redes de distribuição quando aptas a produzir o efeito de fechar o mercado e excluir concorrentes do canal de vendas (*out-of-home*), assentando que a imposição de amarras contratuais que obstem a penetração de rivais em pontos de venda estratégicos agride a higidez do ambiente concorrencial.

Essa convergência no plano do Direito Comparado reflete-se de forma emblemática na jurisprudência das mais altivas Cortes internacionais, que de há muito repelem o emprego de amarras contratuais e recusas de negociar destinadas a estrangular rivais.

Ainda sob a perspectiva do Direito Comparado, cumpre enfrentar a fundamentação doutrinária estrangeira trazida aos autos pelo parecer subscrito pela culta Professora ANA FRAZÃO, com amparo nas lições de juristas e economistas como Eric Hovenkamp, Robin Lee e Massimo Motta, a qual busca cancelar a conduta da ré sob o pálio da chamada 'competição pelo contrato' (*competition-for-the-contract*).

Em primeiro lugar, no que tange ao alegado 'problema do ovo e da galinha' (*chicken-and-egg problem*) típico dos mercados de plataformas digitais de dois lados (*two-sided platform markets*), a doutrina antitruste internacional é uníssona em sinalizar que a busca por 'massa crítica' por um agente reentrante deve pautar-se por incentivos pró-competitivos legítimos.

Aliás, chama a atenção um detalhe relevante: não há na literatura estrangeira – embora a minha análise não tenha sido exauriente - respaldo para a utilização de amarras contratuais pagas em dinheiro (*upfront*) destinadas precipuamente a fechar a porta de acesso ao mercado para o concorrente subsequente no seu 'momento zero'.

Em segundo lugar, é de se refletir



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sobre a invocação promovida pela nobre Professora ao paradigmático precedente da Corte de Apelações do 7º Circuito dos EUA no caso *Paddock Publications, Inc. v. Chicago Tribune Co.* (103 F.3d 42, 1996), relatado pelo consagrado Juiz e Jurista Frank Easterbrook.

É que em *Paddock*, a Justiça Federal norte-americana tutelou a 'rivalidade pelo contrato' porque ali diversos jornais disputavam, em mercado aberto e mediante renegociações periódicas, a distribuição de suplementos e colunas jornalísticas em bases genéricas. Diversamente, na hipótese destes autos, não houve autêntica 'disputa pelo contrato': a ré não disputou a preferência dos restaurantes contra a líder do mercado; ao revés, curvou-se à atuação do incumbente e pagou prêmio financeiro para que o parceiro se abstinhasse de contratar *exclusivamente* com a nova entrante Keeta.

Não se cuida, portanto, de não admitir a acolhida da tese da 'vantagem do primeiro a mover' (*first-mover advantage*) ou da proteção à concorrência pelo contrato resguardada pelo Juiz Frank Easterbrook.

O que se projetara, na verdade, foi proibir a cooptação seletiva e discriminatória para travamento da rivalidade, conduta expressamente repudiada tanto pela experiência jurídica internacional quanto pelo sistema antitruste pátrio.

Nesse ponto, ao demonstrar que o repúdio às estipulações de banimento não constitui peculiaridade do direito pátrio, mas vetor amplamente consolidado no plano internacional, o parecer do eminente Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior traça a distinção dogmática entre a cláusula de exclusividade genérica ordinária e a cláusula de proibição nominativa (*Verbotssklausel*).

Pontua o eminente Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que, na estrutura do Direito Europeu (notadamente no artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE, e nos §§ 1º e 2º do *GWB* alemão), enquanto a exclusividade ordinária implica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

limitação genérica passível de isenção por eficiências (sob os parâmetros do Regulamento UE 2022/720 -VBER), a *Verbotsklausel* direcionada contra um concorrente específico caracteriza veto absoluto e ilícito por seu próprio objeto:

"A diferença decisiva entre cláusula de proibição e de exclusividade está, pois, no grau de determinação da exclusão. Enquanto a exclusividade implica uma exclusão genérica, podendo ser lícita se gerar eficiências (investimento, estabilidade, padronização), a cláusula de proibição implica uma eliminação para destinados concorrentes e, nesses termos, uma exclusão absoluta."

"Já uma cláusula de proibição é, por definição, uma cláusula pela qual uma parte elimina para outra a possibilidade de negociar com certos concorrentes. A natureza jurídica de um preceito de proibição, que aponta para uma norma de vedação expressa, e, nessa medida, uma restrição 'por objeto' (tanto no art. 101(1) TFUE quanto no § 1 GWB), porque impede diretamente um rival identificável, é, por isso, considerada nula de pleno direito. Qual seja, presume-se que, quanto ao efeito econômico, ela elimina a concorrência de forma absoluta e sem espaço para considerações sobre eventuais eficiências."

Aprofundando a análise sobre o mercado de plataformas digitais de *delivery*, o qual é caracterizado por intensos efeitos de rede diretos e indiretos, adverte o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior que a aposição de uma *Verbotsklausel* que veda a contratação com rival determinado assume contornos de "boicote vertical" com graves reflexos horizontais, tipificando restrição nuclear e imperdoável (*Kernbeschränkung* / *hard-core restriction*):

"A razão é porque uma cláusula de proibição, mediante acordo vertical (adquirente/fornecedor de insumo), vem a assumir caráter horizontal, pois usada para excluir concorrentes"



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

identificáveis, quando, então, a presunção de ilicitude é imediata, posto que é vista como boicote. (...) Ou seja, a 'colusão vertical' funciona à semelhança de um boicote coletivo e deve ser vista, como cláusula de proibição direcionada contra concorrentes especificamente identificáveis, como uma proibição absoluta e ilícita, considerada restrição 'por objeto'. E, em mercados concentrados, nenhuma tolerância existe..."

"A Comissão Europeia classifica, por isso, tais cláusulas como hardcore restriction porque equivalem a customer allocation (o fornecedor não pode atender determinado cliente) ou exclusive dealing com exclusão nominativa. Nesse caso, não há isenção (pelo VBER - 2022/720): a nomeação expressa de concorrente como 'proibido' é restrição absoluta, independentemente de posição dominante dos agentes."

"Em resumo, quando um entrante insere no contrato de fornecimento uma cláusula de proibição nominando expressamente outro entrante como 'cliente proibido', isso é visto no direito da concorrência europeu como hardcore restriction, equivalendo a exclusão por objeto, sem cobertura por isenções. É, nessa medida, cláusula nula e sancionável."

Vê-se, pois, que o exame de Direito Comparado conduz à conclusão de que as cláusulas que proíbem expressa e nominativamente qualquer relação com determinado agente do mercado constituem autêntica *Verbotssklausel* e boicote verticalizado, eivadas de invalidade desconformidade no plano internacional por consubstanciar restrição *hardcore* ilícita por objeto.

Tal orientação internacional, rigorosa na coibição do fechamento artificial de mercados, encontra correspondência na evolução do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, superadas as premissas constitucionais e o panorama do direito comparado, cumpre



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

cotejar a hipótese em exame com as balizas específicas da legislação antitruste nacional.

Ingressa-se, pois, na análise da situação concreta sob julgamento sob o prisma da aplicabilidade da Lei nº 12.529/2011.

Pois bem. A Lei Federal nº 12.529/2011, em seu artigo 36, descreve as hipóteses de infração à ordem econômica, a saber:

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

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Anoto, desde já, que é fundamental compreender as leis vigentes. Ao compreendê-las se pode alcançar a certeza jurídica que é garantia elementar do acesso à Justiça.

Com efeito, em técnica jurídica, tem-se que o legislador infraconstitucional, ao declarar no inciso I do referido art. 36 que constitui ação lesiva e ilícita limitar 'ou qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, dispôs, nos vocábulos 'de qualquer forma', de norma jurídica de conduta aberta, escolha legal vivamente proposital.

A aludida norma jurídica tem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

conteúdo amplo e suas hipóteses de incidência podem se apoiar em suporte fático não previamente determinado, mas passível de determinação casuística.

Quis o legislador, de modo declarado, não limitar as situações abstratas de concorrência desleal.

Pretendeu – inobstante as dezenove hipóteses previstas no § 3º -, autorizar que o Poder Judiciário reconheça, caso a caso, aquelas ações que podem também ser nocivas à ordem econômica, ainda que não arroladas.

Caberá verificar, portanto, caso a caso, aquele agir que, seja como for e seja qual for a estratégia, concreta ou velada, foi suficiente para menosprezar, malbaratar a livre e honesta concorrência.

A clientela, a cláusula discutida e a concorrência desleal

Estamos no século XXI.

Não se está no clássico caso Juta (RUI BARBOSA x CARVALHO DE MENDONÇA), nem tampouco nas poderosas entidades burguesas que dominavam as Corporações de Ofício. É mera e passageira lembrança.

Com efeito, querer ficar com a clientela – bem imaterial, incorpóreo relevantíssimo - compõe o mesmo raciocínio e a mesma intenção do comerciante-empresário do passado, presente e futuro.

A clientela é o objeto do desejo das empresas e dos empresários, de quaisquer matizes, grandes, médios ou pequenos.

Adverte ALBERTO CAMELIER, nesse ponto, verbis:

“Em um mercado no qual há livre concorrência, não tarda a haver abusos de toda natureza...É humano que o concorrente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

queira todo o mercado para si, agindo egoisticamente” (Concorrência Desleal: Atos de Confusão, SP, Saraiva, 2.013, pág. 22).

JOÃO GAMA CERQUEIRA, em lição lapidar, escreve, verbis:

“A livre concorrência encontra, assim, os seus limites, primeiro, nos direitos alheios, depois, nos deveres do indivíduo para com a sociedade em que vive e, finalmente, nos deveres da caridade. Ora, se os indivíduos observassem, espontaneamente, a regra moral que lhes deve pautar a atividade econômica é evidente que não se tornariam necessárias as leis reguladoras da concorrência comercial e industrial, ou da concorrência econômica. Não é isso, porém, o que se verifica, mas justamente o contrário, tendendo a livre concorrência para o abuso desse direito, o que exige a intervenção do Estado nos seus domínios, a fim de contê-la dentro de certas regras impostas pela lealdade, pela boa-fé e pelo interesse social. Os princípios em que se funda a teoria da repressão da concorrência desleal dominam todos os institutos da propriedade industrial, como o reverso moral da lei positiva, revelando-se, assim, sob mais este aspecto, a unidade desse ramo do direito” (citação de Denis Borges Barbosa, A concorrência desleal e a sua vertente parasitária, Revista ABPI, n. 116, pág. 119).

Ora, a intenção, o desejo de dominar o mercado empresário é lícita. É da natureza intrínseca do ato de empreender querer o domínio.

Trata-se da chamada 'vantagem competitiva’, da qual discorre MICHAEL PORTER, no sentido de que, verbis:

“A concorrência está no âmago do sucesso ou do fracasso das empresas” (Estratégia Competitiva – Técnicas para análise de indústria e da concorrência, Ed. Campus, 1986, pág. 25).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Entretanto, o detalhe está em que medida se busca concretizar esse domínio. Conforme alinhado linhas atrás, o exercício desmedido e abusivo infringe os princípios constitucionais e a Lei de regência já citada.

Aqui reside uma pequena dificuldade, pois o vocábulo concorrência desleal guarda uma certa vagueza e, assim, poder-se-ia dizer – sem feição de hermenêutica única ou definitiva - que haverá concorrência desleal toda vez que não haja conduta leal, probal, honesta, legal, compatível com o mercado e também em razão do consumidor.

A esse propósito, o Colendo STF, em 1949, em interessantíssimo V. Acórdão relatado pelo Ministro Edgard Costa, define e resume tudo que se deve dizer, verbis:

“A livre concorrência, como toda liberdade, não é irrestrita; o seu exercício encontra limites nos preceitos legais que regulam e nos direitos dos outros concorrentes, pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expressivo da probidade profissional; excedido estes limites, surge a concorrência desleal, que nenhum preceito legal define e nem poderia fazê-lo, tal a variedade de atos que podem constituí-los” (RE 5.232, grifo meu).

Agora, ir-se-á à situação específica trazida no presente recurso de apelação.

Com esse espelho, tenho que ao celebrar negócios jurídicos com estabelecimentos do ramo de alimentação, a ré 99Food estabeleceu engenhosa cláusula padronizada de bloqueio, cuja gravidade e alcance impõem análise pormenorizada em cada um de seus eixos estruturais:

“12.9. Restrições Comerciais

12.9.1. O Estabelecimento compromete-se a não celebrar, direta ou indiretamente, durante a vigência do Contrato, qualquer tipo de relação comercial, contratual ou institucional com empresas pertencentes ao grupo econômico da Meituan/Keeta



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

e/ou da Rappi, suas coligadas, controladas, controladoras, afiliadas ou quaisquer sociedades que integrem, componham ou venham a compor suas estruturas societárias, incluindo-se (porém não se limitando a) KANGAROO LIMITED, KEETA, INC. e RAPPI BRASIL INTERMEDIÇÃO DE NEGÓCIOS LTDA., bem como não prestar serviços ou manter vínculo que possibilite vantagem econômica ou estratégica a referidas entidades ou a qualquer outra entidade que venha a ser constituída com o objetivo de atuar no mesmo mercado ou prestar serviços concorrentes ou similares aos da 99, direta ou indiretamente, de forma a representar concorrência efetiva ou potencial à 99, independentemente da denominação social ou estrutura societária adotada.

“12.9.3. Essa restrição comercial estende-se integralmente a todas as filiais e franquias do Estabelecimento, já existentes ou que venham a ser abertas durante a vigência deste Contrato, independentemente de sua localização ou modelo operacional, sendo o Estabelecimento integralmente responsável pelo cumprimento desta cláusula por tais unidades.”

Conforme se verifica, a disposição clausular não desenha uma exclusividade genérica ordinária ou uma abstenção ampla em relação a todo e qualquer concorrente. Ao revés; indica e nomeia, de forma estrita e cirúrgica, os alvos da interdição: o grupo Keeta (Meituan/Kangaroo) e a Rappi.

Veda-se qualquer vínculo *"comercial, contratual ou institucional"*.

A redação busca, manifestamente, impedir o desenvolvimento, a circulação e a expansão dos competidores diretos que pudessem desafiar o acesso ao mercado delivery, estendendo-se a eficácia da amarra a todas as filiais e franquias presentes e futuras.

Os vocábulos falam por si. São



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

autoexplicativos. Contêm ânimo direto. Foram escritos por quem sabia o que fazia. Não houve álea.

A gênese desse comando escrito no referido negócio é clara. Objetivava criar uma obrigação de não fazer para cada qual dos restaurantes que se tornassem parceiros da 99Food.

Constitui-se, por essa cláusula, de modo direto e não velado, ou em disfarce, um dever contratual de abstenção negocial amplo em face da Keeta.

Em contrapartida, cada qual desses parceiros perceberia e perceberam – fato incontroverso - investimentos financeiros em infraestrutura, capital de giro, marketing:

“12.9.2. Em contrapartida à restrição comercial contraída pelo Estabelecimento na cláusula acima, a 99 Food se compromete a pagar o valor de R\$ [x] ([x] reais) a título de incentivo financeiro inicial (upfront) como investimento ao Estabelecimento.”

É de notar que a referida modalidade negocial não condiciona a vantagem a metas de eficiência, melhoria de serviço ou expansão de vendas.

Tratar-se-ia de entrega direta de quantia em dinheiro (*upfront*) paga ao restaurante unicamente para que este assuma o dever de não contratar, sem vértice outro, com a concorrente Keeta.

É o fato.

Compra-se, sem rodeios, a abstenção do restaurante, transpassando, transferindo, ou "terceirizando" o ato de bloqueio da rivalidade.

“12.9.4. A cláusula penal compensatória devida em razão do descumprimento desta Cláusula será equivalente a 1,5 (uma vez e meia) o valor total investido pela 99 a título de incentivo financeiro inicial (upfront), conforme disposto na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Cláusula 12.9.2. deste Anexo, acrescido de todos os valores investidos pela 99 durante a vigência do Contrato, incluindo, mas não se limitando a, descontos nas Taxas de Serviço, valores investidos em mídia e campanhas promocionais, bem como quaisquer outros aportes realizados em benefício direto ou indireto do Estabelecimento. Em caso de cobrança judicial, o Estabelecimento também responderá pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de 20% da causa em caso de litígio judicial, ou 10% sobre o valor da multa em caso de pagamento em vias não judiciais.”

“12.9.5. Em acréscimo à penalidade por inadimplemento contratual estabelecida no item 12.9.4 acima, a 99 poderá cobrar, de forma conjunta, todos os valores de comissões (cobrança pelo uso da plataforma ou take rate) inicialmente isentados pela 99 Food, referente a todo o período de vigência prevista para este contrato.”

“12.9.6. A 99 poderá, a seu exclusivo critério, deduzir o valor da cláusula penal compensatória de quaisquer créditos que detenha em face do Estabelecimento no período em que ocorrer o inadimplemento, incluindo, mas não se limitando a, valores devidos a título de repasse de pedidos realizados por meio da Plataforma. Neste caso, fica desde já autorizada a compensação automática da penalidade nos referidos repasses e demais créditos eventualmente existentes.”

“12.9.7. Verificada a existência de um descumprimento ao disposto nesta cláusula, a 99 deverá formalizar a sua ocorrência mediante o envio de notificação por escrito ao Estabelecimento, que, por sua vez, deverá sanar o inadimplemento no prazo de 72 (setenta e duas) horas a contar do recebimento da referida notificação (“Prazo de Cura”). Caso o Prazo de Cura se encerre sem que o Estabelecimento tenha sanado integralmente o inadimplemento, este deverá



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

efetuar o pagamento da cláusula penal compensatória à 99 no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contadas do término do Prazo de Cura.”

Indo um pouco mais fundo no exame dessas disposições contratuais, é simples concluir que no empenho de assegurar o engessamento definitivo da rede de restaurantes, a 99Food ergueu uma barreira de saída (*exit barrier*), a qual parece virtualmente insuperável, ou de difícil superação, para o parceiro.

Estabelecera, no desdobramento subsequente, a sanção pelo descumprimento adotada pelo restaurante parceiro, a qual não se limitara à devolução do incentivo recebido.

De efeito, exigira-se de pesada multa de 150% sobre o *upfront*, a devolução de todas as verbas promocionais e de mídia, a cobrança retroativa e conjunta de todas as comissões (*take rate*) das quais o restaurante fora isentado ao longo do contrato, além de honorários advocatícios pré-fixados em 20%.

Para conferir eficácia imediata à penalidade, o Item 12.9.6 autoriza a ré a reter e compensar automaticamente tais valores diretamente do repasse das vendas diárias de comida do restaurante, concedendo exíguo prazo de cura de 72 horas (Item 12.9.7).

Cria-se, por assim dizer, um 'torniquete financeiro' que busca inviabilizar qualquer tentativa de alforria dos restaurantes parceiros.

“12.9.8. O Estabelecimento declara-se ciente de que o compromisso adotado nesta cláusula não é condição obrigatória para a disponibilização de sua(s) marca(s) na Plataforma 99 Food, cabendo exclusivamente ao Estabelecimento optar: (i) pela adoção deste compromisso e pelos benefícios comerciais decorrentes; ou (ii) por disponibilizar sua(s) marca(s) e/ou Estabelecimentos na Plataforma 99 Food mediante a condição comercial padrão ofertada. Neste



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sentido, o Estabelecimento declara expressamente que opta voluntariamente pelas restrições ora estipuladas em virtude dos benefícios atrelados."

Por fim, a 99Food exige que o restaurante assine declaração de que optou "voluntariamente" pela restrição.

Outrossim, em contratos de adesão padronizados no setor de tecnologia e *delivery*, a alegada "opção voluntária", acenada com aporte financeiro imediato em favor de restaurantes necessitados de capital de giro, tem vocação - salvo se houvesse explicação no corpo do negócio, ou detalhe fora da palavra escrita -, dirigida ao arranjo anticoncorrencial subjacente.

O modelo contratual idealizado pela 99Food, com todo respeito, é lesivo ao direito positivo brasileiro, ainda que pudesse ser temporário.

Importa em infringência direta e objetiva ao art. 36, inciso I, da Lei de regência, nomeadamente porque limita a livre concorrência.

O intuito de limitar, com o fito de rejeitar, ou de quase banir do mercado de *delivery*, é consciente e não quadra senso competitivo.

Congrega um lastro desanimador de não lutar pelo mercado, mas de cooptação de terceiros (restaurantes) e por via oblíqua do consumidor final.

Faz o caminho mais curto: atinge o concorrente através daquele que pode ser seu parceiro, com oferta de vantagem financeira.

A potencialidade danosa é inerente à própria estrutura intelectual da cláusula aposta.

Além disso, trata-se de disposição que embaraça-impede o natural e ordinário início de atividade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

empresarial e desenvolvimento da empresa concorrente (Keeta).

O intento de impedir a não expansão comercial da Keeta, por ato consciente e deliberado da 99Food, verte do próprio contexto no qual inserida àquela cláusula negocial.

O referido óbice à normalidade da concorrência não exige prova específica. É suficiente o trabalho paralelo da 99Food pela escassez de acesso da Keeta a restaurantes, sejam estes quais forem.

Nesse ponto, em todo o processo, a 99Food não refuta o conteúdo da referida cláusula e não nega a ideologia de sua atuação. Faz somente uma classificação de conduta pela qual entende que estaria imune à incidência da Lei proibitiva da concorrência desleal.

Outrossim, o conjunto dos argumentos fáticos e jurídicos que se encontram nos autos, apesar do empenho e da qualidade intelectual e técnica de todos os ilustres advogados que subscreveram as inúmeras peças processuais, não explicam qual a causa concreta que levaria a 99Food a atuar daquele modo.

A interrogação, em reflexão passageira, poderia levar à imaginação de que a Keeta escravizaria seus colaboradores, pagaria remuneração pífia, teria vinculação com vias não lícitas.

A base de causalidade não foi declarada pela ré.

Em linha, não vejo nos autos a raiz causal que pudesse, em tese, fazer compreender um estratagema daquele jaez.

O que submerge é que a causa implícita e verossímil reside no desejo de assumir – desejo que não fere a lei de regência e que é legítimo - a segunda posição no mercado *delivery*, já que a primeira está consolidada com a iFood, intenção essa que há de observar, em nosso país, a Lei



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de concorrência leal.

Pois bem.

Dentro desse espelho fático e jurídico, tenho que o balanceamento do conjunto ora traçado corrobora que a autonomia privada de uma empresa privada (99Food) não pode e não deve cercear a liberdade de iniciativa e livre concorrência.

Não deve servir, portanto, de anteparo, de biombo, à concorrência desleal.

Entre nós, no conteúdo implícito da Lei nº 12.529/2011, há a busca de preservação de um instituto de ética concorrencial.

Calhe, pois, trazer a lume a lição do insigne Professor SÉRGIO VARELLA BRUNA, o qual doutrina que a intervenção do Estado-Juiz para coibir práticas ilícitas e anticoncorrenciais não representa diminuição da autonomia privada, mas sim o restabelecimento das liberdades usurpadas no mercado:

“A repressão aos abusos do poder econômico não se inclui entre as modalidades de intervenção estatal que representam restrições às mencionadas liberdades. Com efeito, a atividade antitruste do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos.” (BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 134-137, g.n.).

A respeito da ilicitude de arranjos contratuais que impõem exclusividade e interdição, em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

detrimento dos vetores constitucionais do mercado, o C. Superior Tribunal de Justiça, em interessante V. Aresto, assentou que, a saber:

"os contratos de exclusividade (...) não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre-iniciativa e da livre concorrência (...) Regras maiores que prevalecem a interdição à exclusividade. Destarte, a tutela dos interesses privados não pode se sobrepor ao interesse público" (REsp 768.118/SC, Rel. Min. Luiz Fux, grifo meu).

Sabemos, contudo, que a exclusividade passara a ser aceita no quadrante jurisprudencial posterior. O registro do eminente Ministro LUIZ FUX é bem vindo à espécie.

Assim sendo, ao invés de criar as estratégias para demonstrar-convencer o consumidor final que o seu serviço é de melhor qualidade, mais eficiente, de menor preço, a apelante 99Food optou por buscar cooptar terceiros, pelas costas do outro concorrente, em surpresa e em dificuldade de descobrir seu *animus*, combinando a não contratação, com contraprestação financeira, sinal e marca, com todo respeito, de falta de lealdade.

Inédito modelo de agir, o que dificultara que se encontrasse um precedente jurisprudencial que se fosse exatamente pareio.

Seja como for, a barreira negocial não lícita está delineada e francamente comprovada.

A cata de parceiros em procedimento de transformação e de buscar que esses ficassem cativos, angariados com parceria de quase banimento, é disposição que transborda uma disputa por clientela sem limites, fora da prudência e em exercício abusivo do direito.

Lembro que a lei civil dispõe categoricamente que: "Também comete ato ilícito o titular de um



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (art. 187 do Código Civil).

Não se cuida de simples cláusula de não-concorrência, mas sim de construção de um modelo negocial de vedar a aceitação da concorrente através do engajamento de parceiros, com a paga expressa, que passam a ser seus partidários.

Retomando a concorrência desleal, PONTES DE MIRANDA, exatamente nessa parte, fixa que se trata de, verbis:

“o ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, ou somente gerador de pretensão à abstenção ou indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende a outrem no plano da livre concorrência”.

Em outra medida, é fundamental ter-se que não se trata de um mercado de baixa expressão financeira.

Ao contrário. É mercado de altíssima capacidade de gerar receita. Não é mercado centrípeto.

Nesse ponto, é preciosa a lição dos insígnies Professores GABRIEL SCHULMAN e PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA, os quais ao analisarem o impacto das cláusulas de exclusividade no mercado de aplicativos de *delivery*, advertem para o grave risco de fechamento de mercado e ablação da concorrência, *verbis*:

“Com a tendência centrípeta dos grandes intermediários na internet, a utência de cláusulas de exclusividade pode servir a um instrumento perigoso de extermínio à concorrência. Ou seja, se tais produtos da autonomia privada não constituem um ilícito automático, quanto maior for a concentração de poder econômico do pactuante, maiores as chances de que seu empenho gere danos injustos. (...) Munidos,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

entretanto, de uma cláusula que interdita o restaurante cadastrado de comerciar com outros intermediários, aumenta-se a assimetria informacional (...) as cláusulas de exclusividade no contexto dos restaurantes poderiam resultar na ablação completa do mercado de entregas em domicílio, criando barreiras à permanência ou à entrada em tal mercado a agentes juniores” (SCHULMAN, Gabriel; BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. O Caso iFood x Rappi e as Cláusulas de Exclusividade. *In*: ADAMEK, Marcelo Vieira von; SILVA FILHO, Orlando da; CRESCENZO, Marino Francisco Paulo de (Coords.). *Cláusulas contratuais*. São Paulo: Almedina, 2025, p. 49).

Quanto à relevância da função social do contrato e a modulação dos efeitos perante terceiros e consumidores, prosseguem os doutrinadores:

“A teoria contratual contemporânea toma com abrandamento o sentido do princípio da relatividade contratual. Além de considerar a conduta de terceiros, é preciso levar em conta os impactos sociais, assim como as falhas de mercado. (...) É preciso garantir que os novos modelos de negócios e suas respectivas formas contratuais não comprometam a livre concorrência, nem propiciem abusos de poder econômico que prejudiquem os consumidores e mesmo outros agentes com poder de barganha que estejam envolvidos ou possam ser atingidos pelos contratos que celebram, ou que sobre eles repercutam”. (SCHULMAN, Gabriel; BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Op. cit.*, p. 64).

A hipótese, na linha da doutrina citada, é de classificar o ato da apelante 99Food como agente de concorrência interdita, o que, na lição de PONTES DE MIRANDA, é o gênero da concorrência desleal.

Já se disse linhas atrás: a liberdade de concorrer não é absoluta. Deve ser exercida de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

forma honesta, de boa-fé, razoável e compatível.

Quando assim não se verifica, o Estado-Poder Judiciário acaba sendo chamado a intervir em terreno no qual sempre a melhor solução deveria ser a autodisciplina privada.

Tenho, assim, que se trata de disposição contrária à Lei nº 12.529/2001 e sem eficácia constitutiva positiva, posto que o conteúdo descrito é contrário ao direito positivo (art. 36, I, da Lei 12.529/2011).

Não é nula a cláusula, porque não há norma que a assim disponha na direção da nulidade. As nulidades, em nosso sistema jurídico, hão de ser cominadas. Não incide, assim, o art. 166 do Código Civil.

Conclui-se que é caso de restrição pura à concorrência, *naked restraint*.

A respeito do conceito e da ilegitimidade das restrições puras à concorrência (*naked restraints*), ressalta insigne Professor ROBERTO DOMINGOS TAUFICK, com amparo na doutrina antitruste, que tais arranjos se diferenciam das restrições ancilares justamente por carecerem de racionalidade pro-competitiva autônoma, configurando restrições diretas cujo único propósito funcional é obstar a livre atuação do concorrente no mercado:

“Colaborações entre concorrentes [ou restrições verticais] caracterizáveis como 'restrições puras à concorrência' são investigadas segundo a regra per se: provada a existência da colaboração e a potencialidade do prejuízo, está configurado o ilícito (...); a sua justificativa objetiva na hipótese da restrição ancilar está na obtenção de ganhos de eficiência (...). A restrição ancilar é subordinada e colateral no sentido de que ela serve para tornar a principal transação mais efetiva em atingir tal propósito.” (TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

São Paulo: Almedina, 2024, p. 213).

Há concreta violação à boa-fé objetiva, coadjuvada pelo exercício abusivo do direito.

A vedação competitiva, por tudo, também agride a função social do contrato, signo basal (art. 421 do Código Civil) e a boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), em aplicação subsidiária, a qual pode se irradiar de dentro para fora do negócio jurídico.

Em torno do sentido jurídico da boa-fé objetiva, típica cláusula geral, cuja licitude deve ser ínsita ao conteúdo de qualquer contrato, a qual tem viés expansivo para além da relatividade subjetiva, o eminente Professor ROGÉRIO DONNINI (Enciclopédia Jurídica da PUCSP, verbete Probidade e Boa-fé), em lição de conteúdo sólido e conclusivo, doutrina que, *verbis*:

“A fides, uma antiga noção religiosa, vinculada à deusa com o mesmo nome,¹ era retratada como uma pessoa de aparência e comportamento confiáveis, cuja palavra dada era passível de confiança e estava, portanto, relacionada a fazer aquilo que se diz (fit quod dicitur).² Muito antes do surgimento da boa-fé (bona fides), a transgressão à fides transformava o bom e probo (bonus et probus) em mau e ímprobo³ (malus et improbus), razão pela qual havia inegável liame entre fides, substantivo, e o verbo latino credo (crer, acreditar),⁴ pois sem possuir a pessoa um determinado nível sociojurídico não havia crédito e, como conseqüência, fides, tornando-a incapaz para a prática de um dado negócio.⁵

No direito romano arcaico⁶ eram necessárias determinadas formalidades para a validade de um ato jurídico, tais como, além da presença das partes, do objeto, de cinco testemunhas idôneas e do pronunciamento de certas fórmulas verbais, como nos contratos de empréstimo, no casamento, na tutela. No contrato verbal denominado stipulatio,⁷ uma promessa estipulada,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sua concretização sucedia mediante uma indagação do credor e uma resposta do devedor (verbis), que se concebiam na forma da sponsio:⁸ Spondes? Spondeo (Prometes? Prometo).⁹ Essa forma da sponsio como um ato solene verbal, em verdadeiro rito, sucedia com a utilização do verbo spondere: “Centum mihi dari spondes? Spondeo” (Prometes dar-me cem? Prometo),¹⁰ fórmula essa que era utilizada apenas no ius civile, permitida, assim, apenas aos cidadãos romanos, mas que se estendeu ao ius gentium,¹¹ possibilitando um incremento às relações comerciais, foram criadas outras formas de estipulação: “Dabis? Dabo; Fidepromittis? Fidepromitto; Facies? Faciam” (Darás? Darei; Dás tua palavra? Dou minha palavra; Farás? Farei), entre outras.¹²

A ideia de fides, assim, estava relacionada à manutenção da palavra, isto é, a conexão de alguém à sua própria declaração e integrava um dos princípios de vida dos romanos, motivo pelo qual a infidelidade era considerada uma imperfeição social.¹³ Embora houvesse um ligame de uma pessoa com a outra, adquiriu, posteriormente, o sentido de uma causa que justificasse esse vínculo, ou seja, a fidelidade, o cumprimento exato da declaração. Em seguida, passou a ter o significado de responsabilidade, de promessa no adimplemento dos contratos, com o sentido de lealdade. Era, desta forma, uma força moral e seu cumprimento estava associado à honradez, mas sem exigência no plano jurídico.¹⁴ Essa diferenciação da fas em ius, ou seja, entre as esferas da religião e do direito ocorreu de maneira lenta,¹⁵ com consequências na fides.

A fides era dividida em fides-sacra, fides-fato e fides-ética. Interessa-nos a passagem da fides à fides bona e, finalmente, à bona fides, transição essa que se operou pela via processual, visto que o sistema jurídico romano estava fundamentado na atribuição concreta de ações e não no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

reconhecimento abstrato de situações subjetivas.¹⁶ Assim, embora controvertido o rol das bonae fidei iudicia, estão entre elas a compra e venda, a locação, a sociedade e, posteriormente, o mandato.¹⁷

Com a laicização da fides, sob a égide do ius gentium, com normas do direito romano aplicáveis aos estrangeiros, surgiram os primeiros contratos consensuais entre estes e os romanos. Se a fides era aplicada no âmbito da Roma arcaica, limitada à esfera da comunidade romana, em que o status dos cidadãos eram notórios e plenamente definidos, quando os negócios passaram a ser internacionais, em que as partes envolvidas eram de diversas culturas e regiões, passou a inexistir a certeza do crédito e uma fides fictícia.

A bona fides, assim, surgiu dessa necessidade de segurança nas relações jurídicas, enaltecendo a fidelidade na verdade e em compromissos assumidos, considerada um dos fundamentos da Justiça (fundamentum iustitiae), como assevera Cícero: “O fundamento da justiça é a boa-fé, ou seja, a sinceridade nas palavras e a fidelidade nas convenções. Embora isso possa parecer forçado, imitamos os estoicos, que procuravam cuidadosamente a etimologia de cada termo; cremos que boa-fé vem de fazer, porque se faz o que se diz”.¹⁸ Dessa forma, inicialmente na via processual, por intermédio das ações de boa-fé (bonae fidei iudicia), a bona fides, após um longo período, passou a integrar o direito material, na busca pela correção e, como consequência, na esperança constante de que compromissos assumidos fossem cumpridos”.

Noutro ponto, a criação do raciocínio explanado pela 99Food, de que se cuida de cláusula de 'exclusividade parcial' não se afina nem com a natureza e finalidade desta, nem tampouco com a legalidade estrita.

Nessa hipótese, ter-se-ia que ter a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

simples proporcionalidade de exclusividade temporal de vinculação do restaurante parceiro com a contrapartida financeira avençada, mas não com a precitada expressa proibição de contato negocial, ou de qualquer outra espécie com a concorrente direta.

Dar vantagem ao restaurante parceiro é lícito. Não o é para que esse não aceite negociar com outrem, a autora Keeta.

Não vejo, portanto, fragmento de legalidade.

Para além dos pareceres de índole estritamente processual, os autos revelam profundo debate técnico-doutrinário sobre a higidez concorrencial e econômica da conduta da ré.

Ir-se-á a eles.

De um lado, a ré 99 Food Ltda. ampara seu inconformismo nos pareceres técnicos e jurídicos subscritos pelos eminentes Professores Paula Andrea Forgioni, Francisco Sátiro e Judith Martins-Costa, que defendem a licitude das estipulações sob a ótica da autonomia privada, do Direito Civil dos contratos, da proteção de investimentos e da legítima busca de massa crítica por agente reentrante (*maverick*).

De outro lado, a autora Keeta Delivery Brazil Ltda. fundamenta sua pretensão nos pareceres e notas técnicas elaborados pelo renomado economista e Professor Gesner Oliveira e pelo eminente Professor Calxto Salomão Filho, que evidenciam a caracterização de restrição pura à concorrência (*naked restraint* / ilícito por objeto), a ocorrência de lesão no "momento zero" e a irrelevância do *market share* do agente infrator.

Passo ao enfrentamento analítico e sistemático dessas teses em seus eixos fundamentais.

A Professora Paula Forgioni, o Professor Francisco Sátiro e a Professora Judith Martins-Costa recusam a qualificação da estipulação como "cláusula de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

banimento", reenquadrando-a como pacto de "exclusividade mitigada" ou negócio jurídico bilateral e acessório de não-concorrência.

Sustentam os eminentes e doutos pareceristas da ré que, em mercado sobrepujado por agente virtualmente monopolista (iFood, com mais de 80% de *market share*), a celebração de contratos de exclusividade por empresas que não detêm posição dominante, tal como a 99 Food, tende a ser benigna e pró-competitiva.

Argumentam que o negócio jurídico visa a conferir previsibilidade e assegurar o retorno sobre os investimentos aportados, e que, nos termos da dogmática civilista ("*quem pode o mais, pode o menos*"), se a exclusividade genérica que exclui a todos é lícita, a exclusividade dirigida não poderia ser vedada.

Diversamente, a análise promovida pelos não menos eminentes Professores Gesner Oliveira e Calixto Salomão Filho demonstra que as denominações "exclusividade mitigada" ou "negócio acessório" traduzem meros eufemismos voltados a mascarar autêntica restrição pura à concorrência (*naked restraint*).

Ao contrário da cláusula de exclusividade genérica e ordinária, que atrai preferência de contratação para o estipulante a fim de gerar eficiências operacionais (restrição ancilar / *ancillary restraint*), o expediente adotado pela ré ostenta nítido caráter seletivo e discriminatório: tolera e permite a contratação dos restaurantes parceiros com a empresa líder do mercado (iFood), mas interdita e proíbe nominalmente a contratação com a autora Keeta.

Como bem elucida o Professor Calixto Salomão Filho, a exclusividade nominativa dirigida não é um "menos" em relação à exclusividade genérica, mas sim um *aliud* ilícito. Não há racionalidade de eficiência no banimento direcionado a um rival específico; trata-se de estipulação "*despida de melhorias para a ordem econômica ou para a pessoa consumidora, e mesmo de uma racionalidade legítima de*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

negócio", caracterizando conduta ilícita por seu próprio objeto (artigo 36, incisos I e IV, da Lei nº 12.529/2011).

Argumenta que, diversamente das restrições ancilares (*ancillary restraints*), que se revelam lícitas quando instrumentalmente vinculadas a um objetivo pró-competitivo autônomo (como a proteção de um ativo intangível em M&A), o banimento direcionado a um rival nominadamente identificado carece de racionalidade técnica ou operacional.

A sustentação da ré apoia-se, ainda, no argumento de que a cláusula serviria para resguardar vultosos investimentos contra o parasitismo (*free-riding*), permitindo que a 99 Food, na condição de agente entrante (*maverick*), atinja "massa crítica" para rivalizar com a empresa líder, em alinhamento com os parâmetros do TCC do iFood perante o CADE.

No entanto, guardada a autoridade do argumento, esse raciocínio fica desconstruído pelo conteúdo trazido pelo Professor Gesner Oliveira e pelo Professor Calixto Salomão Filho, ao evidenciarem que a finalidade subjacente da ré reside em "evitar a pulverização" do mercado. Ao contrário de fomentar a livre concorrência, a conduta direciona-se a selar a transição de um mercado monopolista para uma estrutura duopolista engessada entre o líder e a 99 Food, eliminando de forma deliberada a emergência de uma terceira via competitiva.

Concludente, lúcida e objetiva a referida conclusão, notadamente no âmbito em que colocada.

Conforme destaca o ilustre Professor Gesner Oliveira, a 99 Food atua "comprando o bloqueio da Keeta" por meio de prêmios e incentivos financeiros (*upfront*) que não guardam qualquer vinculação causal com melhorias operacionais ou investimentos estruturais nos restaurantes, mas tão só com a aceitação da obrigação de abstenção comercial. Não há que se falar em combate ao *free-riding* quando o valor pago visa unicamente a remunerar a abstenção comercial alheia. Ademais, a invocação do TCC do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

iFood perante o CADE não socorre a ré, porquanto a autarquia antitruste jamais homologou cláusulas de exclusividade seletivas e nominativas destinadas a banir concorrente determinado.

Sob a mesma esteira comparativa, cumpre enfrentar o argumento trazido pela ré 99Food no sentido de que as cláusulas por ela praticadas e aquelas recentemente adotadas pela autora Keeta em seus contratos seriam idênticas ou portadoras do mesmo matiz concorrencial (fls. 2.099 e ss.), tese reeditada nos pareceres subscritos pelos eminentes Professores Luis Roberto Barroso, ex-Ministro do STF (fls. 2.202/2.246) e Sidnei Beneti, ex-Ministro do STJ, os quais apontam a suposta ocorrência de 'comportamento contraditório' (*venire contra factum proprium*) e violação da boa-fé objetiva sob a figura do *tu quoque*.

Apenas a título argumentativo (*obiter dictum*), já que o presente feito não tem por objeto o exame da validade dos negócios jurídicos celebrados pela Keeta com terceiros, inexistindo qualquer pedido reconvenicional formulado pela ré, cumpre sublinhar, com moderação e respeito, a patente ausência de simetria jurídica ou econômica entre os instrumentos, o que afasta de plano qualquer alegação de *venire contra factum proprium* ou *tu quoque*.

Primeiro, porque a estipulação da ré 99Food (Item 12.9.1) consubstancia autêntica cláusula de proibição nominativa e seletiva (*Verbotsklausel*).

Trata-se, pois, de comando que proíbe a contratação expressa com concorrentes individualizados (*“empresas pertencentes ao grupo econômico da Meituan/Keeta e/ou da Rappi”*), ao mesmo tempo em que tolera e permite a atuação do restaurante na plataforma do líder monopolista do mercado (iFood).

Em outro sentido, ao que se tem em concreto, a disposição adotada pela Keeta estabelece regramento abstrato e genérico direcionado a qualquer intermediação digital, sem discriminação de marcas ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

direcionamento a rivais específicos (*Item 3.2: “considera-se ‘plataforma concorrente’ qualquer marketplace digital de intermediação de pedidos de alimentação, excluídos canais próprios do Comerciante”*).

Não subsiste, como todo respeito, a premissa do ilustre parecerista de que a identificação nominal seria 'juridicamente irrelevante', porquanto é precisamente a eleição cirúrgica do rival em fase de *ramp-up* que transmuda a exclusividade ordinária em arma de bloqueio seletivo (*naked restraint*).

Segundo, porque enquanto a cláusula da 99Food exige o banimento e a abstenção total de contato com a concorrente nominada, a estipulação da Keeta autoriza o *multi-homing* (operação simultânea em mais de uma plataforma), limitando-se a prever a devolução proporcional de parte do incentivo financeiro prestado caso o restaurante opte por expandir sua atuação para novos concorrentes (*Item 3.2: “Caso o Comerciante passe a operar com outras plataformas concorrentes da Keeta além da plataforma com a qual já opera durante a Vigência, ficará obrigado a restituir do IPE... restituição de 50% do valor recebido”*).

Terceiro, porque o aporte *upfront* pago pela 99Food não guarda qualquer nexos com métricas de desempenho do restaurante, traduzindo a paga direta pelo dever de abstenção comercial, guarnecida por um 'torniquete financeiro' de penalidades (multa de 150%, cobrança retroativa de comissões e retenção automática de repasses diários de vendas).

Ademais, é relevante fixar que o incentivo oferecido pela Keeta atrela-se estritamente a metas operacionais de eficiência, nível de serviço e padrão de atratividade ao consumidor (*Capítulo 3, Item 1.2: “manter 90% de tempo online diário para todas suas lojas”; e Item 1.3, 'a': “Manter preços iguais ou inferiores (competitivos), bem como os subsídios promocionais iguais ou superiores (competitivos) em relação aos praticados em outras plataformas”*), estipulando penalidades estritamente proporcionais ao montante do incentivo concedido (*Item 3.3: “restituir à Keeta uma parcela proporcional do IPE... apurada mensalmente”; e Item 4.1: “Em caso de*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

rescisão antecipada... reembolso de valor equivalente a 200% do IPE”), sem cobrança retroativa de comissões isentadas ou retenção de repasses.

Desenlaça-se, assim, a tese de *tu quoque* e de comportamento contraditório invocada no parecer do emérito Ministro Sidnei Beneti.

Ao que penso, para a incidência da repulsa aos atos contraditórios no âmbito contratual e concorrencial, seria indispensável a identidade das condutas legítimas e dos correspondentes pressupostos normativos.

A estipulação da Keeta reveste-se de caráter genérico e ancilar, vinculada ao cumprimento de padrões de desempenho e qualidade (SLA), ao passo que a conduta da ré consubstancia arranjo exclusivo de banimento direcionado (*naked restraint*), insuscetível de equiparação.

Registre-se que essa distinção não tem qualidade jurídica e processual para infirmar o argumento defendido pela ré quanto à alegada legitimidade de sua conduta, sem que isso importe em qualquer valoração com eficácia de coisa julgada sobre a validade intrínseca dos contratos da autora, matéria estranha ao objeto desta lide.

Noutro quadrante, o douto parecer subscrito pela culta Professora Ana Frazão, na linha de que a ausência de posição dominante por parte da 99 Food ou a invocação da 'regra da razão', tem o condão de afastar a ilicitude da conduta.

Tenho que, ao contrário, que essa doutrina não se afina à principiologia constitucional e ao regime da legalidade estrita.

Nesse espelho, penso que se impõe que se estabeleça o devido *distinguishing* dogmático e jurisprudencial.

Explico. Os precedentes do C. CADE invocados pela douta parecerista (tais como os casos *Gympass*, *Ambev* e *Oncoclínicas*) não se afinam com a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

peculiaridade do caso em exame. Versaram sobre cláusulas de exclusividade genéricas e ordinárias, vinculadas à proteção de investimentos operacionais e à mitigação de *free-riding* em redes de distribuição.

Na hipótese vertente, contudo, não se examina uma exclusividade genérica ordinária, mas sim uma autêntica cláusula de banimento nominativo e seletivo (*Verbotensklausel*), na qual a ré tolerou a contratação dos restaurantes com a empresa líder do mercado (iFood), mas proibiu e sancionou severamente a relação comercial com a nova entrante Keeta.

Trata-se de *aliud* ilícito. Em se tratando de restrição pura à concorrência (*naked restraint* / ilícito por objeto), cuja finalidade imediata é ceifar a emergência de um concorrente específico no 'momento zero' de sua instalação, a caracterização da infração ao artigo 36, inciso I, da Lei nº 12.529/2011 prescinde da demonstração de posição dominante ou de *market share* elevado do agente infrator, não encontrando abrigo na regra da razão ou em supostas eficiências operacionais que não passaram de mera compra de abstenção comercial.

Sob o mesmo prisma, não há paralelo com os parâmetros do Termo de Compromisso de Cessação (TCC) celebrado pelo iFood perante o C. CADE (Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21), trazido à colação pelo douto parecer da eminente Professora ANA FRAZÃO.

E não há estrita comunhão porque os contornos daquela decisão administrativa têm fidelidade própria e diversa, mormente porque ao regularizar os contratos de exclusividade praticados pelo iFood, a autarquia antitruste autorizou a celebração de cláusulas de exclusividade genéricas e ordinárias nas quais o restaurante opta por concentrar suas vendas em uma única plataforma em troca de investimentos estruturais autênticos, fixando limites percentuais de base de dados e de faturamento (GMV) para assegurar que parcela expressiva do mercado ficasse livre para a recepção de novos concorrentes.

Em momento algum o CADE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

chancelou – e não poderia - ou conferiu salvo-conduto para a estipulação de cláusulas de exclusividade seletivas, nominativas e discriminatórias, destinadas a interditar a contratação com um concorrente específico.

A diferença ontológica é marcante: enquanto o iFood contratava a exclusividade genérica perante todo o mercado para proteger seus investimentos, a ré 99Food engendrou fórmula na qual tolera e permite a atuação do restaurante com o líder do mercado (iFood), mas proíbe e pune severamente a relação comercial com a nova entrante (Keeta).

Trata-se, com todo respeito, de manifesto desvio da *ratio decidendi* do precedente do CADE. A ré não utilizou os instrumentos do TCC para rivalizar com o monopolista ou construir 'massa crítica', mas sim para comprar a abstenção comercial de parceiros via prêmios financeiros (*upfront*) desacoplados de melhorias operacionais, erguendo barreiras de saída verticais e multas desproporcionais para bloquear o ingresso da Keeta no 'momento zero' de sua instalação no país.

Não se cuida, pois, de assegurar simetria competitiva a agente entrante, mas de reprimir expediente que, sob a falsa aparência de exclusividade parcial, consubstancia restrição pura à concorrência (*naked restraint*), voltada a substituir o monopólio do iFood por um duopólio estático, ceifando a emergência de uma terceira via competitiva em prejuízo direto aos consumidores e ao mercado de delivery.

Ademais, como aponta o Professor Calixto Salomão Filho, nas hipóteses de restrição pura (*naked restraint* / ilícito por objeto), "não se exige a comprovação de poder de mercado ou posição dominante do agente para o reconhecimento da ilicitude".

Por conseguinte, a utilização do instrumento contratual como ferramenta de bloqueio direto a um rival viola a legislação de forma instantânea, sendo irrelevante o *market share* reduzido detido pelo infrator ao tempo da prática.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Argumentam os ilustres advogados da ré, amparados na lição dos Professores Paula Forgioni, Francisco Satiro e Judith Martins-Costa, que, por não ter a Keeta consolidado operações plenas no país ao tempo do ajuizamento e ante a pulverização do mercado de restauração, inexistiria dano concreto ou barreira insuperável, repousando a pretensão em projeções hipotéticas.

Contudo, elucida o Professor Gesner Oliveira, com a autoridade que lhe é própria em economia, que, em mercados de plataformas digitais (*two-sided markets*), a concorrência opera sob a dinâmica dos efeitos de rede (*network effects*). Sublinha que a lesão ao ambiente concorrencial se aperfeiçoa no "momento zero" da entrada da empresa no mercado.

Exatamente aí, destaca Calixto Salomão Filho o caráter "preventivo e excludente" da medida, consubstanciada no banimento quando a Keeta sequer havia consolidado suas operações no país, atuando na fase de ramp-up da nova concorrente para ceifar a rivalidade antes mesmo do seu nascimento.

Calixto Salomão Filho, em continuação, enfatiza que: "a avaliação concorrencial seria substancialmente distinta caso a vedação se direcionasse ao iFood", pois ali buscar-se-ia reequilibrar o mercado perante o agente monopolista. Todavia, ao banir o novo entrante (Keeta), a conduta da 99 Food gera o efeito diametralmente oposto: "reforça o poder de mercado do incumbente (iFood) ao impedir o surgimento de um competidor adicional capaz de desafiar sua posição".

Com efeito, a estratégia da ré não promove a abertura do setor, mas busca "trocar o monopólio por um duopólio", com o aparente sentido de lotear o mercado relevante com o iFood e eliminar a razoabilidade de uma terceira via competitiva, em manifesto prejuízo ao bem-estar do consumidor final (consumer welfare).

A terceira via, em mercado de qualquer expressão, é sempre salutar e verte em prol do coletivo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ante o arcabouço de fundamentos jurídicos delineados, a metodologia implantada pela 99Food não é pró-competitiva, nem tampouco necessária à sua sobrevivência empresarial. Nada, em essência, parte à uma finalidade puramente imprescindível à sua vida empresarial.

Tal e qual lançada, sem nenhuma outra situação fática séria e relevante, a hipótese concreta é de que a 99Food deseja limitar-obstar, na contramão da Lei de regência, a livre concorrência.

A ausência de reais fronteiras setoriais também aprofunda a não admissibilidade da imposição unilateral.

Ainda na quadra da conduta contratual em si mesma examinada, qualquer trecho, ou pedaço do mercado que possa estar vinculado à ação empresarial sem regência na legalidade, é relevante. Não o seria se nada houvesse.

Em outras palavras: Pouco importa e é juridicamente irrelevante se a 99FOOD conquistou apenas 10%, 15%, 20%, ou 0,5% do mercado de delivery. A lei não estabelece – não deveria estabelecer - métrica de percentual, de modo que esse pormenor não confere imunidade à incidência da Lei 12.529/2011.

Exatamente por isso, carece de estofo jurídico a tese da ré de que sua condição de "empresa menor/entrante" e sua baixa participação de mercado a isentariam de responsabilidade por ilícito concorrencial.

De fato, a caracterização de restrição pura (*naked restraint*), prescinde da comprovação de poder de mercado ou posição de qualquer dominante do agente.

A esse respeito, cumpre afastar especificamente as conclusões contidas no parecer do eminente Professor Carlos Ragazzo (fls. 2150/2199), trazido pela ré para sustentar que a ausência de posição dominante (com *market share* inferior ao limiar de 20% do art. 36, § 2º, da Lei nº



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

12.529/2011) e os dados empíricos de 2026, os quais indicam a expansão da Keeta no mercado paulistano e que demonstrariam a inexistência de fechamento de mercado (*foreclosure*).

Em síntese, o ilustre parecerista sustenta que: (i) as cláusulas de exclusividade vertical submetem-se imperativamente à Regra da Razão, exigindo a demonstração de poder de mercado e de efeitos líquidos negativos ao consumidor; (ii) a 99Food padece de poder de mercado, ostentando market share substancialmente inferior ao patamar de 20% previsto no artigo 36, § 2º, da Lei nº 12.529/2011; (iii) a exclusividade parcial consubstancia estratégia legítima de entrada para superar os efeitos de rede e o travamento do setor (market tipping) dominado pelo iFood; e (iv) os dados empíricos de 2026 atestariam a ausência de fechamento de mercado (*foreclosure*), haja vista a rápida expansão da Keeta no mercado paulistano.

O encadeamento teórico e empírico edificado pelo douto parecerista, embora sofisticado, parte de premissas dogmáticas que não estão, com todo respeito, afinadas com a sistemática do Direito Antitruste pátrio.

O parecer foca detidamente no dado de que a 99Food ostenta market share reduzido (variando entre 3,5% e 19% nas regiões metropolitanas), invocando a presunção legal do artigo 36, § 2º, da Lei nº 12.529/2011 para alegar a incapacidade jurídica de produzir fechamento de mercado.

A tese não alberga os regimes de responsabilização do Direito Concorrencial, mormente porque a exigência de posição dominante (e o limiar de 20% de participação) diz respeito à apuração de infrações baseadas no exercício abusivo de poder de mercado (ilícitos por efeito/abuso de posição dominante).

No entanto, diferente é o regime jurídico das infrações cuja ilicitude decorre da finalidade ou estrutura do instrumento adotado (ilícitos por objeto / restrições puras), como aquela em tela e dentro do plexo de relações de relevo jurídico-econômico e social.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Para o reconhecimento de um *naked restraint*, prescinde-se da demonstração de posição dominante ou de market share elevado. A utilização do contrato como instrumento de bloqueio direto a um rival viola a ordem econômica de forma instantânea.

A ausência de poder de mercado do infrator não convalida, dentro da legalidade estrita, o teórico boicote contratual seletivo, pois a ilicitude reside em cooptar um agente econômico para erguer barreiras de acesso ao concorrente no seu 'momento zero'.

Sustenta o parecer que, em mercados 'tombados' (market tipping) por um incumbente com mais de 80% de share (iFood), a 'exclusividade parcial' seria mecanismo mais brando de mitigação do problema do 'ovo e da galinha' (chicken-and-egg problem).

A locução é cativante.

Mas, se o objetivo da 99Food fosse superestimar sua atração para rivalizar com o iFood, a exclusividade exigida seria em relação ao iFood. No entanto, ao não se voltar em face da monopolista e direcionar a trava unicamente contra a nova entrante Keeta, a ré não adotou postura 'mais branda' ou 'pró-competitiva': adotou estratégia de cooptação seletiva para loteamento do mercado de delivery (criação de duopólio).

A dita 'exclusividade parcial' é, em verdade, uma estratégia inteligente que cria uma aparência jurídica de arranjo de exclusão direcionada, mormente porque o que se tem é que a ré reconheceu o monopólio da empresa líder iFood no campo das plataformas de entrega (delivery) de refeições e concentrou sua força econômica para impedir o nascimento de uma terceira via competitiva, transformando a cláusula em verdadeira barreira vertical de saída.

Por fim, o parecer ampara-se em dados fáticos recentes do ano de 2026 (relatórios CERC/Worldpanel) para demonstrar que a Keeta expandiu seu



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

market share na Região Metropolitana de São Paulo (de 3,9% para 11,4%) e credenciou grandes redes de restaurantes, o que comprovaria a ausência de foreclosure (fechamento de mercado).

O argumento não distingue ou considera a aptidão do ato com a consumação do dano final.

Explico. As infrações contra a ordem econômica previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 consubstanciam ilícitos de perigo abstrato e formal, enquanto a ilicitude da conduta afere-se *ex ante*, no momento de sua celebração, bastando que a estipulação seja potencialmente apta a restringir a livre concorrência.

O fato de a concorrente Keeta ter obtido crescimento comercial superveniente no ano de 2026 em nada purga ou convalida a ilicitude da tentativa de fechamento artificial do mercado.

Assim sendo, para a tipificação da infração à ordem econômica descrita no artigo 36, inciso I, da Lei nº 12.529/2011, basta a finalidade anticompetitiva revelada no próprio corpo e no objeto do contrato.

A utilização do instrumento contratual como recurso ou expediente direto de bloqueio a um rival viola a lei de forma instantânea, sendo irrelevante o *market share* detido pelo infrator ao tempo da prática.

E não depende do resultado decorrente porque se trata de ato ilegítimo que carrega efeito instantâneo. O agir de modo anticoncorrencial por seu próprio objeto é o suficiente à caracterização do ilícito.

Temos que aprender a examinar o mundo empresarial que se vive. Cláusulas tais não devem ter tráfego no quadrante comercial, corporativo, industrial, principalmente porquanto a ninguém é dado o direito de exercer abusivamente o direito de concorrência parasitária.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

O auto regramento da vontade (PONTES DE MIRANDA) não é absoluto, já se disse. O corte metodológico está aí.

A realidade social da qual se irradia a ideia de contrato, no qual há uma variedade de suportes fáticos econômicos, políticos, ideológicos e morais deve sempre se orientar a partir do jogo limpo (fair play).

É o que doutrina o eminente Professor ENZO ROPPO (O contrato, Almeida, 2008, pág. 79).

Nesse rumo, a doutrina da Prof^a Vitória Neffá Lapa colhe bem nessa parte, verbis:

“... o objetivo da restrição da concorrência é a tutela do aviamento e, indiretamente, da clientela, podendo ser também a retirada momentânea do agente econômico concorrente daquele segmento de mercado, para permitir que o adquirente tenha o proveito do negócio efetuado, por certo momento, lugar e atividade, sem a interferência de uma concorrência qualificada do alienante.” (No compete em M&A. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 109-110, grifo meu).

Por último, ainda que pudesse haver a modificação daquela disposição contratual, agora retirando o nome da empresa 'Keeta', isso não altera os efeitos potenciais e anteriores da pretérita e direta barreira.

Revela, se houver, a assunção tácita do erro anterior.

Tenho, portanto, que o fim e o caráter anticoncorrencial estão claros e são inegáveis.

Antes de concluir, resta enfrentar as temáticas processuais suscitadas pela autor.

Da sentença extra *petita*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Passando ao exame questões processuais suscitadas pela autora, especificamente no que concerne ao desbordo da r. sentença, verifica-se que lhe assiste razão no plano do direito processual, devendo o provimento ser ajustado aos precisos limites da postulação inaugural.

Com efeito, impõe-se acolher a pretensão recursal da autora para decotar o provimento *extra/ultra petita* em que se eivou a r. sentença ao alterar a natureza da tutela jurisdicional pleiteada.

Compulsando os autos, a r. sentença acolheu a pretensão autoral sob a técnica da declaratória de nulidade das cláusulas contratuais (tutela desconstitutiva negativa).

Ocorre que, como demonstrado no parecer jurídico acostado aos autos, de lavra do eminente Professor Cássio Scarpinella Bueno, a petição inicial jamais formulou pedido anulatório ou de declaração de nulidade de negócios jurídicos bilaterais celebrados entre a ré e terceiros.

Sob a baliza do artigo 322, § 2º, do Código de Processo Civil, que impõe a interpretação sistemática do pedido com base no conjunto da postulação e na boa-fé, extrai-se que a pretensão da Keeta possui natureza estritamente cominatória e inibitória (obrigações de fazer e de não fazer - art. 497 do CPC), direcionadas única e exclusivamente em face da ré 99 Food Ltda.

A autora não postulara a desconstituição dos contratos de parceria com os restaurantes, tampouco atuara em nome alheio ou como substituta processual de uma coletividade.

A pretensão foi tão somente para impor à ré o dever de abstenção de praticar o ilícito concorrencial, proibindo-a de negociar, exigir ou executar condutas de banimento do mercado.

Ao declarar a nulidade das cláusulas na parte dispositiva e instituir regramentos de eficácia



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

perante os restaurantes (inclusive criando contracautela financeira e regramentos sobre investimentos e multas), a r. sentença extrapolou os limites objetivos (art. 492 do CPC) e acabou por atrair, indevidamente, despiciendas controvérsias processuais sobre a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com centenas de estabelecimentos e de alegada ilegitimidade ativa.

Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento do referido vício de congruência afasta, por completo, o panorama de nulidades processuais arguido pela ré 99Food e sustentado no parecer de lavra do eminente Desembargador Kazuo Watanabe (fls. 2.384/2.394).

Com efeito, a tese no sentido de que se faria necessária a citação de centenas de restaurantes em litisconsórcio passivo necessário, por pretensamente criar 'tutela coletiva atípica' e violar os limites subjetivos da coisa julgada, repousava na premissa de que a sentença teria agido corretamente ao transformar a ação em anulatória de negócios jurídicos bilaterais.

Decotado o provimento *extra petita* e readequada a tutela aos seus estritos moldes cominatórios e inibitórios (obrigações de não fazer impostas unicamente à 99Food, nos termos dos artigos 47 da Lei nº 12.529/2011 e 497 do CPC), esvaziam-se as objeções do douto parecerista quanto a tal ponto.

Retificado o provimento condenatório, não há que se cogitar de litisconsórcio passivo necessário, pois o julgado objeto dos recursos de apelação não anula, rescinde ou altera negócios jurídicos de terceiros, limitando-se a ordenar que a ré se abstenha de exigir e praticar condutas de banimento seletivo de mercado.

Essa questão já foi tratada em tópico anterior. Desnecessário qualquer adendo.

Em outro campo, tampouco há substituição processual ou 'tutela coletiva atípica', porquanto a autora Keeta postula em nome próprio e na defesa de seu direito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

individual de entrar e operar no mercado relevante sem barreiras artificiais.

Em igualdade e em diâmetro atrelado ao núcleo da causa de pedir e do pedido, inexistente violação aos limites subjetivos da coisa julgada (art. 506 do CPC), pois a ordem cominatória de abstenção vincula e exaure-se na pessoa da ré 99Food Ltda., constituindo a eventual desobstrução da liberdade contratual dos restaurantes mero efeito fático e reflexo da restauração da legalidade concorrencial no mercado.

É irrefutável o interesse recursal da Keeta para postular a adequação e o decote dos excessos da sentença. Conforme a clássica lição do saudoso Professor fluminense JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o interesse em recorrer assenta no binômio *utilidade e necessidade*.

Na espécie, embora a sentença tenha sido favorável em relação à autora-Keeta, quanto ao reconhecimento do ato ilícito, a concessão de tutela *extra petita* (de declaração de nulidade e intervenção nos contratos de terceiros), causou consequência processual, na medida em que deu azo à concessão de efeito suspensivo por este E. Tribunal, obstaculizando o cumprimento provisório da ordem inibitória que lhe beneficiava.

Por conseguinte, comporta acolhimento o apelo da autora também para reformar o dispositivo de primeiro grau na parte em que restringiu a vedação às cláusulas que proibam contratação com a autora de forma *"específica e nominal"*.

Tem relevo averbar, tal e qual adverte o Professor Cássio Scarpinella Bueno, os pedidos inibitórios formulados nos itens "i" e "ii" da inicial são suficientemente amplos para albergar qualquer tentativa da ré de esvaziar o provimento mediante alterações redacionais contornáveis.

A própria ré admitiu em suas razões recursais que o uso de termos genéricos (e.g., vedações a "novos entrantes" ou "plataformas não contratadas na data de assinatura") produz os exatos mesmos efeitos materiais de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

exclusão, dado que a Keeta figura como a única nova entrante relevante no mercado nacional.

A conduta processual produz eficácia processual (art. 200 do Código de Processo Civil) e, de certa forma, é alteração de comportamento que verte em direção oposta àquela outrora suscitada.

Seja como for, a nova nomenclatura, na direção de ressaltar que a extensão do preceito inibitório para alcançar fórmulas genéricas dissimuladas (e.g., vedações a 'novos entrantes' ou 'plataformas não contratadas'), não se converte em solução real e permanente da lide, máxime porque os aludidos parâmetros envolvem a utilização de termos genéricos, o que recomenda que a vedação se manteve exclusivamente para coibir a fraude à lei e o desvio de finalidade, combatendo estipulações que, embora redigidas sob aparente neutralidade semântica, possuem na realidade prática um destinatário único, identificável e determinável (*in casu*, a autora Keeta), constituindo ardil voltado a burlar a ordem judicial de abstenção de banimento nominativo.

O preceito inibitório deve, portanto, alcançar toda e qualquer cláusula que, direta ou indiretamente, produza o efeito prático de banimento ou restrição de acesso da autora ao mercado, devendo o Estado-juiz, na forma dos artigos 536 e 537 do CPC, assegurar a obtenção do resultado prático equivalente.

Quanto à prestação de caução

No que tange ao capítulo da r. sentença que condicionou a efetividade da tutela de urgência à prestação de contracautela financeira (consistente na abertura de incidentes individuais para depósito judicial ou oferta de fiança bancária/seguro garantia dos valores de multas contratuais dos restaurantes conforme item "I" do dispositivo de primeiro grau), é igualmente cabível o provimento do recurso da autora.

A r. sentença determinara que:

“A concessão da tutela de urgência, embora necessária diante da ilicitude reconhecida,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

opera sobre contratos celebrados entre a ré e terceiros (restaurantes), podendo gerar efeitos patrimoniais significativos caso a presente decisão venha a ser reformada em grau recursal.

Nos termos do art. 300, §1º, do Código de Processo Civil, o juiz pode exigir caução real ou fidejussória idônea para a concessão da tutela de urgência, quando entender necessário resguardar o direito da parte contrária. No caso concreto, enquanto não transitar em julgado a presente sentença, a eficácia da tutela de urgência fica condicionada ao cumprimento de contracautela pela autora. Sempre que a autora, valendo-se da presente decisão, firmar contrato com restaurante que mantenha vínculo contratual com a ré contendo cláusula de vedação à contratação com a Keeta, deverá:

a) Instaurar incidente processual em apenso a estes autos, informando a celebração do contrato e identificando o restaurante parceiro;

b) Depositar judicialmente, no referido incidente, o valor total correspondente à multa rescisória e todos os demais encargos previstos no contrato firmado entre a ré e aquele restaurante para a hipótese de descumprimento da cláusula de exclusividade parcial ora declarada nula.

O depósito deverá ser efetivado no prazo de 15 (quinze) dias contados da celebração do contrato com o restaurante.

Faculta-se à autora substituir o depósito judicial por seguro garantia judicial ou fiança bancária, nos termos do art. 835, §2º, do Código de Processo Civil, desde que o instrumento contemple cobertura integral dos valores devidos, acrescido de 30%, e tenha como beneficiária a ré.

Ao final do processo:

a) Se mantida a presente sentença após o trânsito em julgado, os valores depositados serão levantados pela autora, ou cancelado o seguro garantia/fiança bancária;

b) Se a sentença for reformada pela instância superior, reconhecendo-se a validade das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

cláusulas, os valores depositados servirão para ressarcir a ré pelas perdas decorrentes do rompimento contratual por parte dos restaurantes, caracterizando-se, então, o inadimplemento destes em relação às obrigações assumidas perante a 99Food.”

Sob a ótica do Direito Processual Civil contemporâneo, a exigência de caução fundada no artigo 300, § 1º, do Código de Processo Civil visa precipuamente a contrarrestar o perigo de irreversibilidade *prática ou patrimonial* e assegurar a ressarcibilidade de eventuais prejuízos causados ao executado pela execução provisória de uma tutela sumária de natureza *satisfativa ou cautelar*.

Todavia, a correção que ora se realiza no provimento jurisdicional *extra petita* (que converteu a ação em anulatória de contratos) retira a própria necessidade jurídica da contracautela.

Ao ajustar o provimento jurisdicional aos seus exatos limites cominatórios, reconhecendo-se que a obrigação recai *unicamente sobre a pessoa da ré 99 Food Ltda.*, esvazia-se a premissa de risco de dano injusto aos estabelecimentos parceiros.

A proibição direcionada à ré para que não aplique sanções ou multas em razão da quebra de uma exclusividade ilícita não impõe qualquer encargo, dívida ou dever de prestação aos restaurantes. Ao contrário: a eficácia do comando inibitório restabelece a autonomia privada dos estabelecimentos, liberando-os para atuar no modelo de múltiplos acessos (*multi-homing*).

Inexistindo sanção aplicável ao restaurante e não remanescendo qualquer pretensão da Keeta em face de tais terceiros, resta desprovida de causa a criação de incidentes processuais em apenso para depósitos de multas contratuais.

A contracautela fixada na origem pressupunha a premissa de que a sentença estava "anulando contratos bilaterais" e "gerando prejuízos reflexos de inadimplemento", tese superada pelo decote do provimento *extra petita*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Cuidando-se de tutela inibitória de remoção de ilícito (*naked restraint*), cuja eficácia operacional concretiza-se mediante obrigação de não fazer (abstenção de conduta anticoncorrencial) imposta exclusivamente à ré 99 Food Ltda., a lógica ressarcitória subjacente à contracautela torna-se inaplicável.

Nessa hipótese, não há risco de inadimplemento de terceiros a ser garantido.

Destarte, afasta-se integralmente a exigência de contracautela financeira (item "i" do dispositivo de primeiro grau e seus subitens).

Da indenização por perdas e danos

Não obstante o reconhecimento do ato ilícito e a acolhida do preceito inibitório cominatório pleiteado pela autora Keeta Delivery Brazil Ltda., a pretendida condenação da ré 99 Food Ltda. ao pagamento de indenização por perdas e danos (com estimativas diárias que alçam a cifra de R\$ 3.000.000,00) não comporta acolhimento.

Com efeito, conquanto se defina que a estipulação consubstancia restrição pura à concorrência (*naked restraint* / ilícito por objeto), tal não importa, ordinária e necessariamente, em presunção automática de dano material ressarcível.

No sistema do Direito Concorrencial, as infrações por objeto possuem natureza de ilícito de perigo abstrato ou formal, consumando-se pela simples aptidão potencial da conduta de restringir a livre concorrência e o acesso ao mercado, independentemente da ocorrência de prejuízos mensuráveis no mundo empírico (ex ante).

Diversamente, a responsabilidade civil verte natureza patrimonial (artigo 402 do Código Civil) e rege-se pelo princípio da reparação integral, exigindo que o crivo condenatório esteja em sintonia com a demonstração cabal de dano material efetivo, atual, concreto e com nexo causal direto, o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

qual não se confunde com o ilícito antitruste.

A tutela inibitória atua de forma preventiva para neutralizar a potencialidade lesiva da conduta; já a pretensão indenizatória pressupõe repercussão econômico-financeira líquida e comprovada, ou comprovável, a qual, na espécie, recai em campo hipotético diante da ausência de operação regular em curso.

Sob a perspectiva do direito material e da responsabilidade civil (artigo 402 do Código Civil), a obrigação de indenizar exige a demonstração escoreta de dano real, certo, atual e efetivo.

Todos sabemos que a sistemática de direito civil pátria repudia a reparação de danos meramente hipotéticos, incertos, condicionais ou fundados em mera conjectura.

Releva pontuar, sob essa ótica, a distinção dogmática entre a aptidão para pleitear a cessação do ilícito e a pretensão de haver indenização pecuniária.

Em mercados digitais estruturados sob efeitos de rede (*network effects*), a lesão ao ambiente concorrencial perfaz-se no 'momento zero' da entrada do agente, justificando o pronto ajuizamento da ação inibitória para evitar o estrangulamento preventivo da concorrência, independentemente de a empresa já estar operando em escala comercial plena.

É importante ter-se- que essa mesma ausência de histórico operacional e de fluxo financeiro prévio, embora irrelevante para a concessão da ordem inibitória de abstenção (que é preventiva e voltada ao futuro), torna inviável o acolhimento de lucros cessantes e danos emergentes, porquanto a apuração patrimonial sob a regra do artigo 402 do Código Civil demanda base de cálculo concreta, faturamento pretérito, ou probabilidade objetiva de ganho, e não meras projeções hipotéticas de receita.

Na hipótese vertente, é fato



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

incontroverso nos autos que a autora Keeta ainda não havia consolidado nem iniciado suas operações comerciais regulares no mercado brasileiro de *delivery* por ocasião do ajuizamento da ação.

Nessa parte, assentaram os pareceres jurídicos oferecidos pelos Professores José Rogério Cruz e Tucci e Flávio Luiz Yarshell, bem como o parecer da Professora Paula Andrea Forgioni, que a ausência de atividade econômica em curso impede a configuração de danos emergentes ou lucros cessantes no plano concreto, porquanto os conceitos de perda de clientela ou frustração de receitas pressupõem a interrupção de um fluxo financeiro já existente ou cuja probabilidade objetiva de auferimento fosse real e direta.

A pretensão da autora de haver indenização a título de danos emergentes pelos seus custos de instalação, salários, aluguéis e montagem de infraestrutura corporativa no Brasil, tanto por tanto, não encontra amparo no artigo 402 do Código Civil.

Na espécie, os valores despendidos com a montagem da estrutura no país não representam perda involuntária do patrimônio já existente, mas sim despesas operacionais comuns e custos de investimento próprios e inerentes ao fim e ao risco da atividade econômica e à estratégia empresarial de entrada em novo mercado (*ramp-up*).

Não houvera, assim, o dano negativo que constituem os danos emergentes.

Sobre este aspecto, a Professora Paula Andrea Forgioni destaca a inconsistência de se pretender converter custos ordinários de prospecção em prejuízo indenizável: *“Essa descoberta [de parceiros e condições] faz parte do jogo natural da concorrência e impõe custos de prospecção que todo entrante deve suportar.”*

Transferir o ônus da implantação da estrutura da autora para a concorrente equivaleria a deslocar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

indevidamente o risco do empreendimento e "terceirizar" os custos de entrada no mercado, providência incompatível com o sistema da responsabilidade civil, o qual não se presta a blindar o investidor contra os custos ordinários de sua própria instalação.

Em outras palavras: com ou sem a cláusula ora examinada, a autora teria o dispêndio anotado.

Pretender converter o custo de montagem do próprio negócio em dano ressarcível pela concorrente implicaria cancelar hipótese de condenação sem suporte fático.

A esse propósito, os precedentes do do C. Superior Tribunal de Justiça são categóricos ao afastar a reparação material quando a conduta não gera diminuição efetiva do patrimônio já existente, assentando que o dano emergente não se presta a cobrir frustrações de expectativas de negócios.

Cito, em simples amostragem:

"[...] não representou qualquer alteração no patrimônio da vítima, antes ou depois do ilícito [...], já que impediu tanto o acréscimo de bens quanto a aquisição da dívida equivalente. Nessa perspectiva, admitir-se o reconhecimento de dano emergente [...] seria, por via oblíqua, autorizar a teratológica condenação com liquidação equivalente a 'dano zero' ou 'sem resultado positivo'. Dessa forma, não há perda material efetiva [...], carecendo o ressarcimento por dano emergente de suporte fático, consistindo a condenação, nessas condições, em verdadeira hipótese de enriquecimento ilícito" (STJ, REsp 1.369.039/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.04.2017).

Também não prospera o pedido sob a rubrica de lucros cessantes.

Consoante a dicção explícita do artigo 402 do Código Civil, a reparação estende-se apenas ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

que a parte *"razoavelmente deixou de lucrar"*, pressupondo a frustração de um ganho certo, direto e com probabilidade objetiva de realização.

Não tendo a autora então iniciado suas operações comerciais regulares no país ao tempo da conduta, a estimativa unilateral de prejuízo diário na ordem de R\$ 3.000.000,00 consubstancia mero cálculo aleatório ou especulativo de receita bruta hipotética, e não apuração de lucro líquido frustrado.

A ausência de atividade operacional ativa afasta o próprio nexo de causalidade entre as estipulações contratuais da ré e os alegados prejuízos da autora, como adverte a Professora Paula Andrea Forgioni ao examinar os requisitos essenciais da responsabilidade civil em matéria concorrencial:

“Ademais, não se pode perder de vista que a ausência de operação efetiva da Keeta no Brasil afasta qualquer alegação de dano ou de nexo causal, não sendo possível falar em prejuízo a uma concorrente que sequer iniciou suas atividades, não possui base de clientes nem fluxo de receitas. Fica claro que qualquer projeção de dano é meramente hipotética e não atende aos requisitos dos artigos 186 e 927 do Código Civil para a configuração de responsabilidade civil.” (g.n.)

Nesse ponto cabe transcrever trecho do parecer de lavra do Professor José Rogério Cruz e Tucci, pertinente à análise da natureza da pretensão inaugural, o qual destaca que:

“A empresa Keeta Delivery indica, sem qualquer respaldo comprobatório, que terá um prejuízo estimado em R\$ 3.000.000,00 para cada dia de atraso no início de suas operações. [...] Contudo, constata-se sem qualquer dificuldade que [...] não há qualquer fundamento plausível que justifique a dimensão de tais prejuízos. E isso porque, examinando-se o periculum in mora alegado pela demandante, conclui-se que não há qualquer indicação de dano, em sentido estrito, capaz de emergir da legítima atuação no mercado imputada à 99FOOD. O imaginado prejuízo,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

na verdade, decorreria da não-contratação com restaurantes supostamente vinculados à plataforma da requerida [...]. De concluir-se, assim, que a Keeta Delivery não alega que irá sofrer um prejuízo, caso mantidas as supostas cláusulas de exclusividade, mas, ao contrário, que deixará de lucrar potenciais valores unilateralmente estimados. Sendo assim, as imaginadas barreiras contratuais tão somente poderiam ter o efeito imediato de impedir o presumido lucro almejado, mas jamais de diminuir o patrimônio da demandante.”

E arremata o douto jurista advertindo que a apuração ressarcitória não pode se lastrear em eventos futuros e incertos: *"a própria contratação a ser hipoteticamente entabulada pela Keeta Delivery com terceiros dependeria de uma série de condições e eventos futuros e incertos, totalmente impossíveis de constatação nestes autos. Não há demonstração de que o alegado dano (não-auferimento-de-lucro) efetivamente ocorrerá, ou que teria chance séria e real de ocorrer"*.

Em idêntica linha de raciocínio, o Professor Flávio Luiz Yarshell acentua no parecer de sua lavra que a ausência de atuação ativa da autora descaracteriza a premissa de prejuízo concreto:

“[...] não se admite o dano incerto, improvável ou eventual, o dano condicional e nem mesmo o dano hipotético. Sem isso, não haveria sequer como se passar à fase instrutória; e se a ela se chegasse, eventual condenação só poderia se impor com base em prova de danos concretos e não de mera conjectura, visto que 'somente se indeniza o dano efetivo, vedada a indenização de dano hipotético, de dano abstrato, de dano por ficção jurídica'. [...] O fato incontroverso de que a autora não atua no mercado em questão evidencia a ausência dos requisitos indispensáveis [...]. Não há interesse de agir para o pedido [indenizatório], que pode e deve ser desde logo descartado.”

Útil frisar, conforme adverte a doutrina civilista ao comentar a aplicação do critério da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

razoabilidade na aferição dos lucros cessantes, *que "a aplicação concreta do critério da razoabilidade exige cautela e bom senso para que a reparação do dano seja integral, mas sem permitir que o ressarcimento dos lucros cessantes constitua motivo para o enriquecimento indevido da parte lesada"* (JOSÉ FERNANDO SIMÃO, op. cit., p. 301).

A jurisprudência do C. STJ é pacífica no tom de que a reparação a título de lucros cessantes exige a demonstração de prejuízo concreto e a apuração estrita do lucro líquido descontadas as despesas operacionais, sendo descabida a indenização baseada em cenários abstratos. Em idêntica amostragem:

“A reparação de danos patrimoniais tem por finalidade fazer com que o lesado não fique numa situação nem melhor nem pior do que aquela que estaria se não tivesse ocorrido o evento danoso, evitando o enriquecimento sem causa. O Código Civil de 2002, em seu art. 402, estabelece a razoabilidade como critério para aferição dos lucros cessantes ('o que razoavelmente deixou de lucrar'). A aplicação concreta do critério da razoabilidade exige cautela e bom senso [...] No cálculo da indenização dos lucros cessantes, deve ser apurado o lucro líquido, descontadas as despesas operacionais, inclusive eventuais tributos [...]” (STJ, REsp 1.689.746/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04.05.2021, DJe 10.05.2021).

Anote-se que a autora se limitou a colacionar projeções genéricas e estimativas unilaterais de receita, desacompanhadas de demonstrativos contábeis, pareceres de auditoria ou comprovação objetiva de contratos celebrados que tenham sido diretamente rescindidos ou frustrados por ato imputável à ré.

Desse modo, ante o caráter nitidamente hipotético, especulativo e abstrato do montante pleiteado, e cuidando-se de hipótese em que a tutela inibitória/cominatória já se mostra cabal e suficiente para desobstruir o mercado e restaurar a livre concorrência, rejeita-se o pedido de arbitramento de indenização por perdas e danos,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

confirmando-se a improcedência da pretensão ressarcitória e reconhecendo-se a ausência de interesse processual quanto a este ponto específico (artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil).

Da exibição incidental de documentos

Igualmente, não comporta acolhimento o inconformismo da autora Keeta Delivery Brazil Ltda. no tocante ao capítulo da r. sentença que indeferiu o pedido de exibição incidental de documentos (consistente na determinação para que a ré apresente a lista detalhada de todos os seus restaurantes parceiros e as cópias integrais de seus contratos comerciais).

Cumprе assinalar que a acolhida da pretensão inibitória deduzida na exordial assenta-se no reconhecimento de que a inclusão de cláusulas de exclusividade ou banimento direcionado consubstancia infração à ordem econômica por seu próprio objeto (*naked restraint / Verbotsklausel*).

Por se tratar de conduta cuja ilicitude se afere na própria estrutura da cláusula, a ordem cominatória proferida em desfavor da ré 99 Food Ltda., impondo-lhe o dever de abstenção de negociar, aplicar ou exigir referidas estipulações em relação a qualquer restaurante, revela-se autossuficiente e dotada de eficácia coercitiva universal para liberar o mercado relevante.

Nesse contexto, a pretensão da autora de compelir a ré à exibição irrestrita de sua base contratual afigura-se manifestamente desprovida de delimitação temporal ou instrumental, caracterizando pedido genérico sobre o qual não se evidencia o requisito da indispensabilidade (artigos 370 e 396 do Código de Processo Civil).

Acentua o Professor Flávio Luiz Yarshell em seu parecer, a sistemática processual pátria não tolera a busca indiscriminada e exploratória por documentos mantidos pela parte contrária (*fishing expedition* ou "pescaria probatória"). O direito à prova não é absoluto e a exibição



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

forçada pressupõe a utilidade estrita do documento para a solução da controvérsia.

Reconhecido o ilícito em tese e desobstruído o mercado pela tutela inibitória, a requisição da íntegra do acervo contratual da concorrente ultrapassa os limites da necessidade instrutória. É desproporcional e não razoável.

Corroborando de forma categórica esse entendimento, a lição doutrinária do insigne Professor Leonardo Carneiro da Cunha adverte para a incompatibilidade das postulações probatórias genéricas com o postulado constitucional do devido processo legal e com o próprio regime de certeza e determinação dos pedidos (artigos 322 e 324 do CPC):

“O processo judicial – qualquer que seja seu objeto – deve atender às garantias constitucionais, observando o contraditório, a ampla defesa, a cooperação, a lealdade, a proibição de provas ilícitas, entre tantas outras. Para que tais garantias sejam observadas, é preciso que o autor delimite seu pedido. Não é sem razão, aliás, que o pedido deve ser certo (art. 322) e determinado (art. 324). [...] O pedido de produção de provas insere-se nesse contexto. Para que se atenda ao devido processo legal, é preciso especificar o fato a ser provado e indicar os meios de prova a serem produzidos. Não se pode requerer uma produção de prova geral, que alcance uma generalidade de fatos, sem especificação, sem identificação, sem delimitação. É abusivo e atenta contra o devido processo legal pedir a produção de provas generalizada, sem especificar o fato a ser provado. A expedição de mandados de busca e apreensão genéricos ou coletivos, que ofende o devido processo legal, passou ser conhecida como *fishing expedition* ou pescaria probatória.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 668).

Na esteira da lição do insigne processualista, a exigência trazida no artigo 397 do Código de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Processo Civil, de que a parte mencione com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair, visa justamente coibir o abuso de direito e impedir a devassa probatória generalizada, sob pena de restar maculado o amplo exercício do contraditório.

Nesse exato sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), consolidada no REsp 2.127.738 - SP, estabelece que a exibição de documentos exige a conjugação cumulativa de quatro fatores fundamentais: pertinência, proporcionalidade, necessidade e adequação. Um pedido que abranja a totalidade dos contratos comerciais de uma empresa falha no critério da proporcionalidade, pois impõe ônus excessivo e desproporcional à parte ré.

Além disso, a exibição indiscriminada atenta contra a confidencialidade empresarial e o sigilo comercial:

“2. A ação de produção antecipada de provas cuja pretensão é a exibição de documentos com a finalidade de avaliação da viabilidade da propositura de demanda futura que tenha por objeto controvérsias na seara do direito econômico exige a conjugação dos fatores pertinência, proporcionalidade, necessidade e adequação. 3. O fato de a ação de produção antecipada de provas favorecer a tomada de decisão instruída acerca da viabilidade do exercício do direito de ação não autoriza a prática da chamada fishing expedition, conduta que deve ser coibida. 4. O estrito âmbito de cognição da ação de produção antecipada de provas não deve ser utilizado como ferramenta para a promoção de assédio e pressão estratégica.” (STJ, REsp 2.127.738/SP).

Ademais, a pretensão exhibe nítida ingerência sobre o ativo competitivo sensível e reservado da ré. Os documentos postulados, que englobam listas de parceiros prioritários, tabelas de comissões, políticas de incentivo financeiro e diretrizes de expansão, constituem o núcleo do segredo de negócio da demandada.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Consoante leciona a Professora Paula Andrea Forgioni, a confidencialidade de tais informações consubstancia um "ativo intangível essencial" na dinâmica concorrencial, de modo que o deferimento da exibição facultaria a uma concorrente direta o acesso minucioso à inteligência de mercado construída pela ré ao longo de seu investimento, o que desvirtuaria o processo concorrencial e criaria uma vantagem artificial em favor da autora.

Aprofundando tal premissa, o Professor José Rogério Cruz e Tucci assinala em sua manifestação jurídica que a pretensão exhibitória forçada encontra obstáculo intransponível na escusa legítima prevista no artigo 404, inciso VI, do Código de Processo Civil, o qual desobriga a exibição quando esta implicar a divulgação de fatos amparados por sigilo comercial.

Desse modo, constatado que a ordem inibitória cominatória direcionada à ré 99 Food Ltda. já assegura de forma plena e irrestrita a liberação de todo o mercado relevante, e considerando a natureza genérica do pedido e o risco irreparável de violação a segredos de negócio, não é hipótese de admissibilidade da exibição de documentos postulada.

Por último, acolho e adoto como razão aditiva de decidir, a declaração de voto convergente do eminente Desembargador JORGE TOSTA, a qual virá em voto próprio e passará a fazer parte integrante da fundamentação que se encerra.

Dispositivo

Por esses fundamentos, **rejeitam-se todas as preliminares** arguidas e, no mérito:

I — NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação da ré 99 Food Ltda.;

II — DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação da autora Keeta Delivery Brazil Ltda. para, decotando o provimento *extra petita*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

e readequando a tutela aos seus estritos moldes cominatórios e inibitórios (arts. 47 da Lei nº 12.529/2011 e 497 do CPC):

a) determinar que a ré 99 Food Ltda. se abstenha de negociar, inserir, invocar ou executar, em relação a qualquer restaurante ou estabelecimento parceiro, cláusulas contratuais de banimento, exclusividade seletiva ou restrição negocial direcionadas expressa ou dissimuladamente contra a autora Keeta (inclusive sob fórmulas genéricas como 'novos entrantes' ou 'plataformas não contratadas'), sob pena de multa cominatória de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada contrato em que verificado o descumprimento, sem prejuízo de eventuais perdas e danos e majoração das *astreintes*;

b) afastar e revogar integralmente a exigência de contracautela financeira (prestação de caução, depósitos judiciais de multas ou oferecimento de garantias) imposta à autora no item 'i' do dispositivo da r. sentença;

c) manter a r. sentença quanto ao indeferimento dos pedidos de indenização por perdas e danos e de exibição incidental de documentos.

Por força do princípio da causalidade e da sucumbência, quanto aos honorários advocatícios, segue-se a fixação traçada no voto convergente, observando-se que tendo o Colegiado alterado o valor dado à causa, nos moldes traçados pelo referido voto concordante, caberá à autora o complemento das custas iniciais e caberá à autora e à ré o complemento das custas recursais, o que deverá ocorrer no prazo de quinze dias contados da publicação deste V. Acórdão.

Oficie-se ao CADE, encaminhando-se cópia deste V. Acórdão.

RÔMOLO RUSSO
Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo