



---

**MEMORIAIS**

---

---

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

---

**EQUIPE N° 114**  
**SETEMBRO/2021**

## **LISTA DE ABREVIACÕES**

**CADE** - *Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil*

**LalaCADE** - *Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Lalaland*

**LDC** - *Lei de Defesa da Concorrência de LalaCADE*

**MFN** - *Most Favoured Nation*

**SG** - *Superintendência-Geral do LalaCADE*

**SG (Brasileira)** - *Superintendência-Geral do CADE*

## SUMÁRIO

I. BREVE RELATO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	<b>1</b>
II. ANÁLISE	<b>3</b>
Criação de dificuldades à entrada e ao funcionamento de concorrentes, discriminação e self-preferencing pela Bubbles	3
Aspectos gerais	3
1.1. Dinâmica de mercados digitais	3
1.2. Atuação da Bubbles	5
2. Análise da posição dominante	6
2.1. Delimitação do mercado relevante	6
2.2. Estimativa de participação de mercado	8
2.2.1. Share entre as agregadoras de conteúdo	8
2.2.2. Share na publicidade em plataformas	8
2.3. Avaliação de barreiras à entrada no mercado de origem	9
2.4. Conclusões sobre poder de mercado	9
3. Análise concorrencial	10
3.1 Criação de dificuldades à entrada e ao funcionamento de concorrentes: exclusividade	10
3.2 Discriminação, Recusa de contratar e Selfpreferencing: publicidade	11
4. Teoria do dano	12
B. Cláusula de Nação Mais Favorecida	13
C. Combinação de preços	18
Da Combinação de preços entre Bubbles e Inova	18
2. Do boicote coletivo à Sieste	22
III. CONCLUSÕES E PEDIDOS	<b>25</b>

**MEMORIAL**

**REPRESENTANTE:** Ministério Público Federal

**REPRESENTADAS:** Bubbles e Inova

**O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (“MPF”)**, no exercício de suas atribuições regulares neste Conselho Administrativo, com fundamento no artigo 20, da LDC, e artigo 3º, inciso VI, da Resolução Conjunta LalaCADE/PGR n° 01, vem, espontaneamente, apresentar seu **MEMORIAL**, nos termos a seguir expostos.

**I. BREVE RELATO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

1. O presente Processo Administrativo tem origem em denúncias apresentadas pela “Consumidores Online”, pela “Sieste” e pela “Produtores Unidos Jamais serão Vencidos S/C” contra a Bubbles e a Inova, por infrações à ordem econômica, ante conduta prejudicial à livre concorrência e exercício de posição dominante de forma abusiva no mercado de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses, nos termos dos art. 36, incisos I a IV, c.c §3º, incisos I, ‘a’, III, IV, V e IX da Lei Antitruste de Lalaland. Em relação a Bubbles, acrescente-se os incisos X, XI e XVIII.
2. Especificamente no que se refere à Bubbles, as condutas unilaterais imputadas à empresa foram descritas como:

**(i) Criação de dificuldades à entrada e ao funcionamento de concorrentes** ante proibição imposta pela Bubbles da vinculação de anúncios de produtos concorrentes em seu serviço de publicidade e ante proibição de anúncios que contivessem qualquer informação sobre a possibilidade de aquisição direta dos

conteúdos por ela vendidos na plataforma dos detentores dos direitos de tais conteúdos;

**(ii) Discriminação, recusa de contratar e self-preferencing**, como resultado das mesmas condutas supradescritas; e

**(iii) Imposição de cláusula de nação mais favorecida (MFN).**

3. Com relação à Inova, lhe foi imputada a conduta unilateral de imposição de cláusula de nação mais favorecida (MFN).
4. Além das referidas condutas unilaterais, Bubbles e Inova também foram acusadas de combinação preços e condições comerciais, nos termos do art. 36, inciso I, §3, inciso I, 'a', decorrentes do alinhamento quanto ao percentual de comissão cobrado de terceiros produtores de conteúdo e de criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente (art. 36, §3, inciso IV) por incentivar boicote de produtores à Sieste.
5. Em 2022, após as defesas da Inova e da Bubbles, de movimentada instrução processual e das alegações finais, a SG emitiu Nota Técnica N° 02/2022/SG/LalaCADE, ocasião a qual manifestou-se:
  - (i) pelo arquivamento do feito em relação às condutas de combinar preços e condições comerciais, para ambas as Representadas, por falta de provas de ajuste entre elas, não configurando o paralelismo como evidência suficiente para a condenação;
  - (ii) pelo arquivamento do feito em relação às condutas que motivaram o aumento de barreiras à entrada de seus concorrentes, criando dificuldades ao seu funcionamento, em razão de discriminação, recusa de contratar e selfpreferencing, no caso da Bubbles e ProduBubbles;
  - (iii) pela condenação da Bubbles pela adoção de cláusula MFN. A Inova teve decisão de arquivamento em relação à mesma prática de MFN, por entender a que a Inova não seria detentora de posição dominante; e
  - (iv) pela condenação da Bubbles e da Inova por adoção de conduta comercial uniforme, ao incentivar terceiros a boicotar a Sieste.
6. Entretanto, tivesse a Superintendência-Geral seguido os critérios consagrados de análise jurídico-econômica, pautando-se pelas evidências e dados empíricos existentes, **sua**

**conclusão seria no sentido de condenação das empresas Bubbles e Inova em relação a todas as imputações supradescritas.** É o que se passa a demonstrar.

## II. ANÁLISE

### A. Criação de dificuldades à entrada e ao funcionamento de concorrentes, discriminação e *self-preferencing* pela Bubbles

#### 1. Aspectos gerais

7. A presente análise tem por objeto o exame dos efeitos decorrentes das condutas praticadas pela Bubbles no mercado de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses em plataformas online, *on demand*, pelo sistema *pay-per-view*.
8. A Representada teria agido objetivando: i) a criação de dificuldades à entrada e ao funcionamento de concorrentes, por meio da proibição de anúncios de produtos concorrentes em seu serviço de publicidade e da proibição de qualquer informação sobre a possibilidade de aquisição direta dos conteúdos na plataforma dos detentores dos direitos; e ii) discriminação, recusa de contratar e *self-preferencing*, como resultado das mesmas condutas.

#### 1.1. Dinâmica de mercados digitais

9. Para melhor compreensão do caso, tecer-se-á primeiramente algumas considerações importantes da dinâmica do mercado de plataformas digitais.
10. Os *players* de mercados digitais, majoritariamente representados por plataformas digitais, de modo geral, atuam como intermediários que conectam dois ou mais grupos de usuários e auferem benefícios de efeitos de rede diretos e indiretos<sup>1</sup>. Ou seja, de um lado, produtores de conteúdo buscam plataformas que lhes forneçam uma ampla base de espectadores, de outro, eles são também fundamentais para atrair usuários. Dessa forma, ambas as demandas estão vinculadas e a restrição a uma delas impacta todos os demais lados do mercado, multiplicando seus efeitos negativos, em um fenômeno conhecido como “*chicken-egg problem*”, conforme exposto por Caillaud e Jullien (2003). Assim,

---

<sup>1</sup> DEE. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrência-em-mercados-digitais-uma-revisão-dos-relatórios-especializados.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2021.

uma plataforma que entra no mercado deve atrair uma massa crítica tanto de fornecedores como de clientes se quiser ser bem sucedida.<sup>2</sup>

11. Nesse contexto, qualquer tentativa de restrição por meio de práticas de exclusão - como acordos de exclusividade - **pode impossibilitar a formação de massa crítica da plataforma concorrente, o que, conseqüentemente, impossibilita a sua consolidação e sua efetiva capacidade de competição**. Em trabalho produzido sobre o tema, intitulado "*Abuse of dominance in digital markets*"<sup>3</sup>, a OCDE demonstra preocupação quanto ao uso de acordos de exclusividade por empresas detentoras de poder de mercado devido aos seus efeitos práticos de exclusão de concorrentes, uma vez que esses acordos podem aumentar os custos dos rivais da empresa dominante e impedi-los de competir no mercado, prejudicando o multi-homing.
12. Essa dificuldade culmina no chamado *tipping effect*, em que pequenos *players* e novos entrantes encontram dificuldades para se consolidar no mercado por não atingirem uma escala minimamente capaz de fazer frente aos líderes. Dessa forma, a competição deixa de ser no mercado e passa a ser pelo mercado, restando prejudicados os consumidores, que por sua vez estão sujeitos a preços mais altos por produtos cada vez menos inovadores oferecidos quase que unicamente pela empresa dominante do mercado, configurando os chamados "*winner takes all markets*".<sup>4</sup>
13. Pode-se inferir, portanto, que as próprias características do mercado de plataformas digitais criam uma dinâmica propícia à concentração do poder de mercado nas mãos de poucos players, ou mesmo de um só. Tal dominância chega a ser alarmante a ponto de exigir regularização específica pelas autoridades, como observado na experiência europeia. No início dos anos 2000 a UE adotou a Diretiva CE 2000/31, conhecida como Diretiva do Comércio Eletrônico, mas que com o passar dos anos se mostrou insuficiente para lidar com as problemáticas atuais derivadas do mercado de plataformas digitais,

---

<sup>2</sup> CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. *Chicken & egg: competition among intermediation service providers*. The RAND Journal of Economics, v. 34, n. 2, p. 309-328, 2003.

<sup>3</sup> OECD. *Abuse of dominance in digital markets*. 2020. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2021.

<sup>4</sup> STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report*. 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>>. Acesso em: 07 set. 2021.

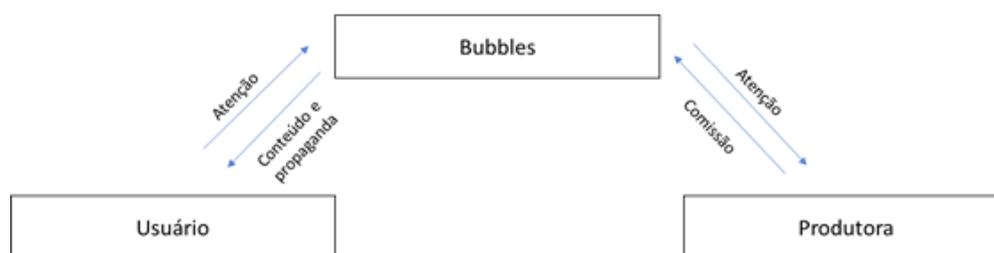
culminando na adoção do *Digital Markets Act (DMA)*, ou Lei para Mercados Digitais, criada para garantir a regularização das grandes empresas digitais.

14. Feitas estas considerações gerais sobre a dinâmica dos mercados digitais, passa-se a discorrer, a seguir, sobre a atuação Representada no mercado.

### 1.2. Atuação da Bubbles

15. A Bubbles foi a pioneira na oferta de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses *on demand*, lançando seus serviços em Laland em fevereiro de 2019. O modelo de negócios da Bubbles baseia-se na utilização gratuita da plataforma pelos usuários, mas pagando pelo conteúdo que decide adquirir (*pay-per-view*). Além do conteúdo original produzido pela ProduBubbles, produtores-terceiros poderiam ofertar seu conteúdo sem exclusividade, mediante o pagamento de uma comissão.
16. Diante da grande quantidade de usuários na plataforma, a Bubbles passou a oferecer também serviços de publicidade, por meio de *banners* na navegação dos produtos e inserções durante determinados pontos da transmissão, com remuneração baseada em tarifas fixas pelos espaços mais nobres, e valores de sucesso “por clique”.
17. Dessa forma, a plataforma funciona como uma intermediária entre dois grupos: os usuários e as produtoras de conteúdo. De um lado, os usuários consomem, mediante pagamento, o conteúdo disponibilizado pela plataforma. Por outro, as produtoras se beneficiam do alcance e visibilidade proporcionados pela vasta gama segmentada de usuários consumidores da Bubbles.
18. A imagem a seguir esclarece a referida intermediação proporcionada pela Bubbles:

**Imagem 1:** Modelo de negócios da Bubbles



19. Por ser o principal agente, suas condutas geram preocupações, como será demonstrado adiante.

## 2. Análise da posição dominante

20. Para caracterização da ilicitude e a demonstração de prejuízo à concorrência a partir da adoção de condutas unilaterais, é preciso que a conduta tenha capacidade de afetar a competição no mérito e, para isso, a LDC exige que a empresa detenha posição dominante<sup>5</sup> - caso contrário, presume-se que as práticas não teriam condão de gerar efeitos prejudiciais à concorrência. Em outras palavras, é necessário que a empresa seja suficientemente grande e capaz de distorcer a competição isoladamente, por suas próprias ações, aspecto que será analisado a seguir.

### 2.1. Delimitação do mercado relevante

21. Em análise de condutas anticompetitivas, a definição do mercado relevante possui diversas utilidades, como o próprio entendimento da dinâmica e das relações de concorrência, informação essencial para a melhor compreensão acerca da atuação dos agentes inseridos no mercado. De início, a definição de mercado serve para auxiliar a autoridade na aferição de existência de posição dominante de um agente. A definição do mercado também será útil para delimitar a amplitude na qual se espera encontrar efeitos, positivos ou negativos, decorrentes da conduta.<sup>6</sup>

22. Em sua análise, a SG decidiu adotar a definição de dois mercados relevantes distintos, quais sejam: (i) o mercado de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses, em que os usuários finais remuneram as plataformas agregadoras por utilização do conteúdo específico (*on demand*, modelo *pay-per view*) ou através do pagamento de uma remuneração periódica para ter acesso a todo o conteúdo por ela disponibilizado (assinatura); e (ii) o mercado das produtoras de conteúdo, que necessitam da plataforma para distribuir o conteúdo entre os usuários do outro lado, sendo remuneradas através de um rebate da remuneração pelos direitos autorais por elas detido.

23. A SG, ainda, equivocadamente decidiu por desconsiderar a participação da Bubbles no mercado de publicidade online, sob o argumento de que este serviço ainda não estaria consolidado o suficiente e que, quando comparado a empresas como Facebook e Google, teria participação irrisória de 2%.

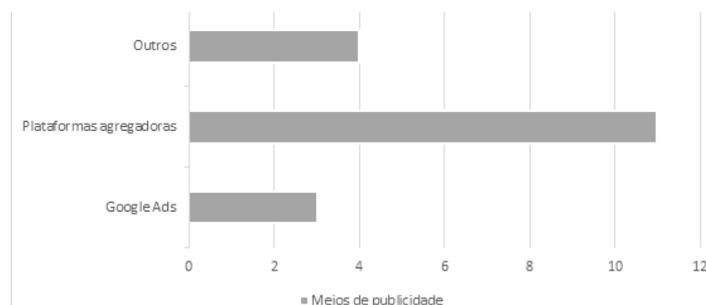
---

<sup>5</sup> Conforme definido pelo artigo art. 36, §2º, da LDC, presume-se posição dominante sempre que a participação de mercado da empresa ou grupo econômico for igual ou maior que 20% do mercado relevante.

<sup>6</sup> IBRAC. *Guia de condutas unilaterais*. 2020. Disponível em: [https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC\\_-\\_Guia\\_de\\_Condutas\\_Unilaterais.pdf](https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC_-_Guia_de_Condutas_Unilaterais.pdf). Acesso em: 10 de set. 2021

24. No entanto, as respostas aos Ofícios enviados demonstram que a parcela de produtoras de conteúdo que utilizam meios de divulgação online diferentes dos veiculados pelas agregadoras, como o Google Ads, é ínfima. Em outras palavras, entende-se que a demanda destes serviços não é suficiente para subsidiar a conclusão pela consideração de um único e abrangente mercado relevante.
25. O gráfico abaixo ilustra essa preferência das produtoras de conteúdo pela publicidade nas plataformas agregadoras:

**Imagem 2:** Veículos de publicidade adotados pelas produtoras de conteúdo <sup>7</sup>



26. Além disso, as respostas aos Ofícios demonstram um desvio da demanda da Bubbles a outras plataformas, principalmente pela capacidade destas em oferecer um nicho mais específico de conteúdo não proporcionado pela Bubbles.
27. A identificação, baseado em evidências factuais, dos substitutos mais próximos pode levar as autoridades de defesa da concorrência a decisões sobre mercados relevantes diferentes do senso comum. No caso *Whole Foods/Wild Oats*<sup>8</sup>, trata-se da fusão de duas cadeias de varejo de alimentos nos Estados Unidos, o FTC, no entanto, restringiu o mercado relevante como sendo o de alimentos “saudáveis” e/ou orgânicos, ou seja, um tipo de varejo segmentado que, por suas características especiais e foco em determinado tipo de cliente, constitui apenas uma parcela do que se conhece como segmento de supermercados/hipermercados, apesar destes últimos também ofertarem produtos “saudáveis” e/ou orgânicos.
28. Dessa forma, tendo em vista que os níveis de desvio podem ser utilizados para identificar e ordenar os produtos substitutos mais próximos e, com isto, empresas que potencialmente exercem maior pressão competitiva entre si<sup>9</sup>, conclui-se que o mercado

<sup>7</sup> Elaboração própria.

<sup>8</sup> EUA. Federal Trade Commission. *Plaintiff, v. Whole Foods Market, Inc., and Wild Oats Markets, Inc.*, 2009.

<sup>9</sup> BRASIL. Departamento de Estudos Econômicos (DEE). *Documento de trabalho n° 001/10: Delimitação de Mercado Relevante*. 2010, p.16.

relevante a ser considerado deve ser o de publicidade online nas plataformas agregadoras de conteúdo.

### 2.2. Estimativa de participação de mercado

29. Conforme proposto na seção de delimitação do mercado relevante, entende-se que a análise deve ser feita nos seguintes cenários: (i) *Share* da Bubbles enquanto agregadora de conteúdos culturais (óperas) e espetáculos circenses; e (ii) *Share* da Bubbles na publicidade em plataformas.

#### 2.2.1. Share entre as agregadoras de conteúdo

30. A partir das respostas trazidas nos Ofícios enviados às produtoras de conteúdo, a SG concluiu que a distribuição do mercado de produtores-terceiros cadastrados nas diferentes plataformas agregadoras de conteúdo se dá de acordo com os seguintes percentuais<sup>10</sup>:

<b>Bubbles</b>	<b>Dinar</b>	<b>Inova</b>	<b>Nickerchen</b>	<b>Sieste</b>	<b>Risu</b>	<b>Total</b>
<b>47,92%</b>	5%	19%	3,46%	16,92%	7,69%	100%

31. Diante dos números acima, resta demonstrada a elevada participação da Bubbles, com o valor aproximando-se a 50% do total e, portanto, inegável posição dominante no mercado em questão, com base no art. 36, §2º da Lei nº 12.529.

#### 2.2.2. Share na publicidade em plataformas

32. Conforme exposto no tópico “2.1 Delimitação do mercado relevante”, entende-se que as respostas aos Ofícios demonstram que o mercado a ser analisado é o de publicidade nas plataformas, diante do desvio de demanda no mercado.

33. Em sua Nota Técnica, a SG aponta que, considerando esse mercado restrito, a Bubbles teria cerca de 75%, seguida pela Inova, com 15% e pela Dinar, com 10%, em 2020<sup>11</sup>, comprovando a incontestável posição dominante da empresa no mercado.

### 2.3. Avaliação de barreiras à entrada no mercado de origem

34. Além da participação de mercado, outros critérios poderão levar à conclusão de existência de poder de mercado, como a análise de barreiras à entrada e o grau de concentração do mercado.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE.

<sup>11</sup> Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE.

<sup>12</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.006173/2020-16. Nota Técnica Nº 12/2021/GAB-SG/SG/CADE, 14 de jul. 2021.

35. Barreiras à entrada, na acepção acolhida pela Resolução nº 20/1999, consistem em condições que permitiriam a determinados agentes econômicos perceber lucros extraordinários, em dado mercado relevante, sem induzir a entrada de novos concorrentes.
36. Com efeito, para a aferição da ilicitude da prática investigada, é relevante questionar a existência de barreiras à entrada nos mercados considerados, já que esse elemento contribui para a ocorrência de efeitos anticompetitivos das restrições verticais. Registre-se que a mesma Resolução nº 20/1999 entende que a ilicitude de restrições verticais se identifica também quando há a criação de mecanismos de exclusão de rivais, por exemplo, que aumentem barreiras à entrada para competidores especiais.
37. Embora trate-se de um mercado muito novo, sem uma clara compreensão firmada pela jurisprudência do CADE Brasileiro<sup>13</sup> e a experiência internacional indicam que as barreiras à entrada de novos *players* no mercado de plataformas digitais está relacionada a: a) efeitos de rede; b) economias de escala; c) elevados custos de troca; d) desproporcional acesso a dados; e e) falta de transparência.<sup>14</sup>

#### 2.4. Conclusões sobre poder de mercado

38. Como já exposto pela SG, a definição de mercado relevante não é um fim em si mesma, mas um instrumento para entender quais fatores determinam a competição nos mercados. Em outras palavras, o que se busca com a análise é avaliar se existem agentes com poder de mercado e se é possível e/ou provável que esse agente empregue referido poder de forma abusiva.
39. A partir do exposto, tem-se que as análises conduzidas são suficientes para subsidiar a conclusão pela detenção de posição dominante pela Bubbles. Tal conclusão, somada aos demais aspectos do mercado, especialmente a existência de significativas barreiras à entrada, permite inferir o poder de mercado a ser exercido pela Representada.

---

<sup>13</sup> No caso Mosaico/Buscapé houve menção explícita à dificuldade de delimitar o mercado relevante no mercado digital, bem como o reconhecimento da existência de um “importante desafio em traçar uma linha precisa que englobe exatamente as plataformas e serviços que concorrem entre si” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.002703/2019-13.

<sup>14</sup> STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report. 2019*. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>>. Acesso em: 05 set. 2021.

### 3. Análise concorrencial

#### 3.1 Criação de dificuldades à entrada e ao funcionamento de concorrentes: exclusividade

40. Uma das condutas analisadas no presente caso diz respeito ao efeito gerado pela celebração de acordos de exclusividade por parte da Bubbles, empresa detentora de posição dominante, dificultando a aderência das produtoras de conteúdo a outras plataformas simultaneamente. Como consequência tem-se a criação de barreiras artificiais ao crescimento dos demais *players*, elevação dos custos e impossibilidade de *multihoming in usage*.
41. Como já explicitado anteriormente no tópico “Dinâmica de mercados digitais”, o estabelecimento de contratos de exclusividade pode ser especialmente prejudicial em plataformas multi lados, tendo em vista a relevância da massa crítica em ambos os lados, capaz de gerar efeitos de *feedback* positivo, impedindo que novas e melhores tecnologias possam fazer frente à empresa dominante.
42. David Evans (2013)<sup>15</sup> argumenta que as restrições verticais impostas por plataformas não precisam atingir parte significativa de sua demanda, sendo o potencial dano o obstáculo gerado e a dificuldade criada para que a nova plataforma garanta demanda suficiente para obter sua massa crítica. Ao restringir o acesso de outras plataformas a uma parcela de produtoras relevantes ao mercado - por apresentarem elevado potencial de geração de receitas e alto valor para um determinado público-alvo -, afeta os efeitos de rede que sustentam a dinâmica da plataforma. Como consequência, tem-se uma limitação ao *multi-homing*, aumentando a distância entre o líder do mercado e os demais competidores, resultando no *tipping effect*<sup>16</sup>.
43. Dessa forma, ainda que o percentual de acordos de exclusividade firmados pela Bubbles corresponda a uma pequena parcela de todas as produtoras, aquelas submetidas a esse regime de exclusividade são consideradas chaves para estimular a entrada de usuários na

---

<sup>15</sup> EVANS, D. S. *Economics of Vertical Restraints for Multi-Sided Platforms*. CoaseSandor Institute for Law & Economics Working Paper, No. 626, 2013.

<sup>16</sup> "A dominant firm may use exclusivity clauses or loyalty discounts to deny rivals sufficient scale or network effects to compete. In digital markets, this can take the form of de-facto exclusivity strategies that limit consumers' multi-homing. This can lead to the tipping of a market into monopoly". OECD. *Abuse of dominance in digital markets*, p. 39. 2020. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2021.

plataforma e a concorrência no mercado (obtenção da massa crítica), tendo em vista que duas (Macies e Loretto) das três produtoras exclusivas estão entre as cinco produtoras principais da Bubbles, principal plataforma.

44. No entanto, em sua análise a SG não conduziu análise detalhada da essencialidade dos produtores, restando prejudicada a avaliação do real impacto da adoção de contratos de exclusividade. Faz-se necessária, portanto, a realização de novas diligências da SG ao Tribunal, nos termos do Art. 11, V, da LDC.

### 3.2 Discriminação, Recusa de contratar e Selfpreferencing: publicidade

45. Conforme previamente citado, além de funcionar como plataforma agregadora de conteúdos, a Bubbles oferece serviços de publicidade em sua plataforma. No entanto, após se consolidar como líder do mercado, passou a proibir expressamente anúncios de produtos e plataformas de terceiros concorrentes, impedindo de forma significativa a capacidade de seus rivais a concorrerem efetivamente no mercado.
46. Ao priorizar seus serviços em detrimento de outros em mercados verticalmente relacionados, a prática de *self-preferencing* por parte da Bubbles - principal *player* no mercado de publicidade online nas plataformas agregadoras de conteúdo - pode ser entendida como um mecanismo para elevar ou manter seu *market share* em mercado adjacente ou relacionado, no caso, o de distribuição de óperas.
47. A literatura internacional aponta para uma responsabilização especial a plataformas dominantes em mercados digitais:

“This [dominant economic position] is not prohibited per se by competition rules. It does, however, give those companies a ‘special responsibility’ not to behave in a way that distorts competition. This responsibility is not without obligation. Abuse of a dominant economic position is prohibited. This responsibility relates not only to the main market in which companies operate. The prohibition extends also to abuse of a dominant economic position in one market by using improper means to strengthen the position in another market in which they operate.” (ACM, p. 43, 2021)<sup>17</sup>

48. Assim, a Bubbles abusa de sua posição dominante através da criação dessas restrições artificiais, o que tem como consequência o desincentivo à migração do consumidor a plataformas concorrentes, de forma a prejudicar o *multihoming*.

---

<sup>17</sup> Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM). *Big Techs in the payment system*, 2020, p. 43. Disponível em <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-report-on-big-techs-in-the-payment-system.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.

#### 4. Teoria do dano

49. O Art. 36 da Lei nº 12.529/2011 estabelece como critério para caracterização da ilicitude de condutas, do ponto de vista da lei antitruste, a produção de determinados efeitos considerados anticompetitivos. Com fundamento nesse dispositivo, consolidou-se o entendimento de que, para a conclusão sobre a ilicitude é necessária a demonstração de prejuízo, efetivo ou potencial, à concorrência.
50. Segundo Zenger e Walker (2012)<sup>18</sup>, uma teoria do dano bem definida possui as seguintes características: deve ser capaz de articular como a competição - e, em última análise, os consumidores - serão prejudicados à luz de uma análise contrafactual apropriada, deve ser interna e logicamente consistente, bem como deve ser consistente com os incentivos que as diversas partes envolvidas possuem para agir, assim como consistentes (ou ao menos não inconsistente) com a evidência empírica disponível. Para tanto, a revisão da literatura e a experiência internacional apontam para a necessidade de novas teorias do dano típicas de mercado digitais, a fim de evitar i) aumentos de preços não monetários; ii) redução da qualidade; iii) redução de escolha e efeitos deletérios à inovação; e iv) o tratamento preferencial a certos bens ou serviços próprios (*self-preferencing*)<sup>19</sup>. Neste processo, as preocupações giram em torno destes dois últimos pontos.
51. Primeiramente, como já explicitado anteriormente, as plataformas digitais têm tendências inerentemente monopolistas devido à presença de fortes efeitos de rede e, em determinadas circunstâncias, altos custos de mudança (*switching costs*), que desincentivam usuários a procurar plataformas alternativas.<sup>20</sup> Assim, devido à dinâmica *winner takes all*, mesmo empresas mais eficientes e inovadoras encontram dificuldades para substituir aquelas dominantes, restando claro, pois, que a concentração nos mercados digitais pode levar à redução tanto da escolha do consumidor, como reduzir incentivos à inovação.

---

<sup>18</sup> ZENGER, Hans; WALKER, Mike. *Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report*. In: BOURGEOIS, Jacques and WAELBROECK, Denis (ed.) *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law*. Brussels: Bruylant, 2012.

<sup>19</sup> KIRA, Beatriz . COUTINHO, Diogo. *Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais*. RDC, Vol. 9, nº 1. Junho 2021 ISSN 2318-2253, DOI: 10.62896/rdc.v9i1.734

<sup>20</sup> COYLE, Diane. *Practical competition policy implications of digital platforms*. *Antitrust Law Journal*, v. 82, n. 3, p. 835-860, 2019.

52. A identificação desse tipo de dano exige que a autoridade concorrencial se dedique a enxergar para além da competição estática tradicionalmente conduzida e considere as especificidades da estrutura de mercado e do processo competitivo à luz de critérios de eficiência dinâmica<sup>21</sup>. Seguindo este mesmo raciocínio, a União Europeia vem consolidando em sua jurisprudência uma teoria do dano deste tipo, caracterizada pelo impedimento significativo da inovação na indústria (*SIII - Significant Impediment to Industry Innovation*).
53. Além da questão da inovação, a elaboração de teorias do dano próprias de mercados digitais deve levar em consideração a estrutura integrada das plataformas e a existência de diversos meios e incentivos para a adoção de estratégias exclusionárias e fechamento do mercado.
54. Nesse sentido, entende-se que adoção dessas novas teorias do dano por parte do LalaCade possibilitaram um grau de adaptabilidade e calibração que pode agregar análises mais consistentes em mercados digitais, de forma a aperfeiçoar a análise antitruste.<sup>22</sup>

#### **B. Cláusula de Nação Mais Favorecida**

55. A cláusula de Nação mais favorecida (“*Most-Favoured Nation*” – *MFN*), também conhecida como cláusula de paridade (“*price parity clause*”), é um arranjo contratual segundo o qual o comprador se beneficia automaticamente de termos e condições mais favoráveis que venham a ser concedidos pelo vendedor a outros compradores. A depender do alcance da referida cláusula, ela pode ser classificada como Cláusula de Paridade Ampla (*wide clause*) ou Restrita (*narrow clause*).
56. Ariel Ezrachi<sup>23</sup> define a *wide clause* como aquela que fornece uma espécie de proteção em uma escala maior no mercado. Dessa maneira, a utilização da Cláusula de Paridade Ampla atinge não só os participantes da relação contratual em que se insere a cláusula, **passando a atingir diretamente as demais negociações e fornecedores do mercado**. Logo, a prática de uma *wide clause* é responsável pela diminuição de opções de empresas

---

<sup>21</sup> KIRA. COUTINHO, op cit, p. 89.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>23</sup> EZRACHI, Ariel. *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. In: 124th OECD COMPETITION COMMITTEE, Item 7, 27-28 out. 2015, Paris. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)11&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)11&doclanguage=en)>. Acesso em: 16 set. 2021.

ao mercado consumidor, limitando a sua capacidade de escolha e avanço da competitividade entre as empresas.

57. Já as Cláusulas de Paridade Restritas se limitam aos agentes vinculados por força de uma relação contratual e não a todos os agentes econômicos da área comercial vinculada ao contrato. Segundo Baker e Chevalier<sup>24</sup>, tais cláusulas manifestam-se em um acordo vertical entre fornecedores e compradores, onde o fornecedor se compromete, perante seu cliente, a conceder a ele termos igualmente favoráveis, conforme concedido a qualquer outro cliente.

*1. Da adoção da wide clause pela empresa Bubbles e seus efeitos negativos à concorrência*

58. No caso em questão, **restou comprovado que a empresa Bubbles utiliza em seus contratos cláusula de paridade, também conhecida como cláusula MFN** (Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE, item 39). Para além, dentre os tipos de cláusula MFN acima tratadas, percebe-se que a adotada pela empresa ora analisada é a do tipo “*wide clause*” haja vista ser a Bubbles a maior *player* desse mercado (Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE, item 33), atingindo não só os participantes da relação contratual em que se insere, mas todo o mercado de disponibilização de óperas e espetáculos circenses.

59. Assim, é necessário dar destaque à relação desarmônica existente nos casos de empresas com grande poder de mercado impondo ao seu contratante uma cláusula que possui o condão de **limitar sua atuação junto aos concorrentes diretos do estipulante da cláusula**. Nesse sentido, quando um agente dominante emprega uma cláusula *MFN* que passa a atingir todo o mercado, diminui-se a probabilidade de surgimento de novos concorrentes. Em regra, o agente dominante do mercado já detém os melhores e menores custos de produção, sendo que, para algum concorrente atingir a mesma capacidade de mercado, seria necessário suprir todas as barreiras impostas por uma *MFN* e ainda assim ser competitivo, oferecendo pelo mesmo preço condições mais benéficas ao mercado.

---

<sup>24</sup> BAKER, Jonathan; CHEVALIER, Judith. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. Articles in Law Reviews & Other Academic Journals, Washington, Paper 277, 20-26, 2013. Disponível em: <[https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1280&context=facsch\\_lawrev](https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1280&context=facsch_lawrev)>. Acesso em: 16 set. 2021.

60. Logo, de pronto, um dos efeitos da cláusula MFN, adotada pelas Bubbles, é a criação de barreiras ao surgimento de novos concorrentes. Neste sentido, tem-se a Resolução nº20/99<sup>25</sup>, na qual o CADE Brasileiro dispõe que:

“As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam”.

61. Sobre esta temática, importante salientar que, desde 2010, as autoridades de concorrência de dez Estados instauraram inquéritos sobre as *MFNs* no setor de reservas online (VARONA; CANALES; MENÉNDEZ, 2015)<sup>26</sup>. A Comissão Europeia também passou a analisá-la em cooperação com os integrantes da *ECN* (*European Competition Network - ECN*), de modo a assegurar a coerência entre as decisões nacionais.

62. Em dezembro de 2013, o Bundeskartellamt<sup>27</sup>, autoridade concorrencial alemã, proibiu as cláusulas *MFN*, determinando que a *OTA HRS* (*Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH*) providenciasse a remoção das referidas cláusulas de seus contratos e termos e condições gerais com hotéis contratantes até o dia 1º de março de 2014. As cláusulas de paridade dificultavam a adoção de novas estratégias de venda, uma vez que os hotéis não podiam se utilizar de outros canais de vendas para fazer ofertas a preços e condições diferentes em relação aos praticados perante *HRS*. Isso, por conseguinte, ocasiona a elevação dos preços do mercado e a perda do potencial de inovação. Conclusivamente, a autoridade concorrencial dispôs que as cláusulas de paridade impostas por outros grandes portais de hotéis na Alemanha, tais como o Booking.com e a Expedia, ocasionaram restrição da concorrência, iniciando também procedimentos contra estas duas.

63. Diante disso, verifica-se que o caráter anticoncorrencial, evidenciado de maneira direta quando uma *MFN* resultar no aumento dos preços aos consumidores e tornar mais fácil a

---

<sup>25</sup> BRASIL. Resolução 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Diário Oficial da União, 28 jun. 1999. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 16 de set. de 2021

<sup>26</sup> VARONA, Edurne Navarro; CANALES, Aarón Hernández. *Online Hotel Booking*. CPI Antitrust Chronicle, 2015. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/NavarroHernandezMay-151.pdf>>. Acesso em: 16 set. de 2021

<sup>27</sup>BUNDESKARTELLAMT. Case nº B9-66/10. 20 dez. 2013. *Bundeskartellamt v. Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH*. Disponível em: <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.html?nn=3591568>>. Acesso em: 16 set. de 2021

exclusão dos concorrentes, é verificado no caso. A Bubbles, aproveitando-se de sua posição favorável no mercado, aumentou o preço de sua comissão e instituiu cláusulas MFN amplas com seus clientes de forma a prejudicar os consumidores e seus concorrentes, fazendo com que estes se sentissem coagidos e prejudicados. Prova disso é que somente as produtoras Macies e Solelo descumpriram a cláusula, ao oferecerem uma promoção em suas próprias plataformas e não a reproduzindo na plataforma da Bubbles. A respeito do posicionamento da empresa contratante diante do descumprimento, relataram o seguinte:

“Ao tomar conhecimento da prática, a reação da Bubbles foi a mesma nos dois casos: notificou essas empresas, ameaçando rescindir o contrato com elas caso elas não oferecessem as mesmas condições na plataforma Bubbles no prazo de 72 horas”. (Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE, p. 22).

64. Ainda, a Inova reportou, a respeito da adoção da cláusula MFN contratualmente, que "dado o grande ônus em caso de descumprimento contratual, nunca cogitou infringir tal regra" (Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE, p. 22). Diante do exposto, conclui-se que a Bubbles deve cessar o uso deste tipo de cláusula a fim de restabelecer o equilíbrio econômico deste mercado, devendo ser condenada por sua adoção, por este Tribunal.

#### 2. Da adoção da cláusula MFN pela Inova e seus efeitos negativos à concorrência

65. Quanto à Inova, apesar de não adotar cláusula MFN explicitamente em seus contratos, pratica-a por meio de convenção verbal entre as partes, como a própria Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE expõe. Apesar de a empresa não ser o principal *player* neste mercado<sup>28</sup>, ela tem poder de influenciá-lo, por ser o segundo maior. Ademais, a postura agressiva de seus funcionários para com os fornecedores, quando estes não cumprem o acordo informal de paridade, apresenta uma ameaça à ordem econômica e demonstra que, na prática, a cláusula de paridade era imposta pela empresa.
66. Segundo a Dinar, a Inova era bastante “insistente” em exigir, informalmente, paridade de condições comerciais entre o que era ofertado na plataforma da Dinar e o que era oferecido na plataforma Inova (Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE, p. 23). Quanto às demais empresas, tem-se que:

---

<sup>28</sup> Há também entendimentos de que não é mais necessária a influência de um agente dominante do mercado para que haja restrição na aplicabilidade da cláusula de escopo amplo. Nesse sentido, cita-se: U.S.D.C S.D.N.Y. Civil Action No 1:12-CV-2826 *U.S. versus Apple, Inc., et al.* Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-26>>. Acesso em: 05 set. 2021. U.S.D.C. E.D.N.Y. Civil Action No CV-10-4496 *U.S. and Plaintiff States versus American Express Co., et al.* Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infdc020150220d35>>. Acesso em: 16 de set. de 2021.

“A Macies, por sua vez, informou que uma vez o diretor comercial da Inova ligou para uma de suas **gerentes “berrando”** porque eles estavam oferecendo promoções por meio de um canal que não eram ofertadas na plataforma Inova com relação aos mesmos produtos. Em última instância, a **Macies teve de desistir de promover referida oferta para não perder o contrato com a Inova**. Solelo e Baccio informaram receber **constantemente avisos por e-mail** da Inova lembrando que as condições comerciais oferecidas à Inova deveriam refletir aquelas ofertadas em outros canais.” (Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE, p. 23)

67. Destarte, a Inova, utilizando-se de sua posição como segunda maior *player* do mercado, impunha cláusulas MFN implícitas, prejudicando seus fornecedores. Portanto, faz-se necessário que a Inova cesse este tipo de acordo informal com seus fornecedores e seja condenada por esta prática, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico deste mercado.

### 3. Conclusões quanto à adoção de cláusula MFN pelas empresas Bubbles e Inova

68. Bagnoli<sup>29</sup> evidencia que a concorrência “como meio ótimo na promoção do bem-estar econômico do consumidor é **possível com o Estado promovendo instituições fortes e aptas a controlar o poder econômico por meio do Direito**”. Neste sentido, na existência de um desequilíbrio deste bem-estar econômico, é justificada a intervenção do LalaCADE para o restabelecimento de tal.

69. Assim, conforme o exposto, a adoção de cláusula MFN pela Bubbles e Inova trazem grandes prejuízos à concorrência, **devendo ambas as empresas serem condenadas por sua adoção.**

## **C. Combinação de preços**

### 1. Da Combinação de preços entre Bubbles e Inova

70. Necessário afirmar, desde logo, que houve a prática de combinação de preços entre as empresas Bubbles e Inova, apesar das considerações tecidas na Nota Técnica nº 02/2020/SG/LalaCADE. Se não, vejamos:

71. Conforme constatado, em 1º de abril de 2020, a Bubbles aumentou, de 10% a 20% para 30%, a verba de comissão que cobra das produtoras terceiras que hospedam, em sua plataforma *online*, óperas e espetáculos circenses sob o formato *on demand*, pelo sistema *pay-per-view*. O aludido aumento foi justificado pela Bubbles em virtude do crescimento exponencial de usuários, motivados pelas medidas restritivas impostas em virtude da pandemia de Covid-19.

---

<sup>29</sup> BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 180.

72. Também surfando nessa justificativa, a Inova elevou o valor cobrado a título de comissão das produtoras que também utilizam sua plataforma online para ofertar ao público suas produções. A medida em comento foi tomada em 11 de agosto de 2020.
73. Bubbles e Inova são plataformas de tecnologia que desde 2019 atuam na distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses *on demand* em Lalaland. Não bastasse isso, as duas empresas concentram cerca de 67% do mercado de distribuição em plataformas online de produtores-terceiros (Bubbles detém 47,92% e Inova 19%). Também são associadas a órgãos que representam as entidades do setor, como a Associação de Plataformas de Streaming de Lalaland, o Instituto de Mercados Digitais (IMD) e a Entidade das Plataformas Digitais - em relação a esta apenas a Inova é associada.
74. Importante ressaltar que, por serem detentoras de parcela considerável do mercado em que atuam, tanto a Bubbles quanto a Inova devem ter sua atuação pautada com maior rigor, vez que suas atitudes impactam consideravelmente o nicho do mercado em que exercem suas atividades econômicas.
75. Além disso, é válido frisar que a Bubbles e a Inova são membros de entidades que representam o setor. Dito isso, tem-se notícia e prova de que o IMD, entidade mais antiga dentre as citadas anteriormente, promoveu e promove diversos eventos, como feiras, palestras e seminários em que personalidades discutem os rumos e as novidades dos e nos mercados digitais, “tornando a atuação dos agentes econômicos a ela associados mais profícua, competitiva e eficiente, sempre em consonância à legislação aplicável”, como respondeu a IMD.
76. Salta aos olhos, então, a particular coincidência de que as duas maiores empresas do ramo, detentoras de quase 70% do mercado e filiadas ao IMD, tenham aumentado, em pouquíssimo tempo e em igual percentual, o preço cobrado das produtoras-parceiras que utilizam suas plataformas online para hospedarem seus produtos. É crer demais no acaso.
77. A IMD realizou, de 4 a 6 de agosto de 2020, em formato digital, a Feira Bienal de Mercados Digitais. Oficiada a prestar esclarecimentos sobre os participantes, a IMD informou que poderia indicar apenas os inscritos. Assim, Squads, plataforma utilizada para a realização do evento, também foi oficiada a indicar todos os logins feitos na

plataforma durante a Feira, bem como quais salas foram criadas paralelamente e quais os seus participantes.

78. Recorrentemente as empresas que atuam em um mesmo nicho de mercado valem-se da realização ou da proximidade de realização de encontros entre seus pares para promover ou anunciar mudanças e inovações. Acerca disso vale a constatação de que a modificação tarifária na Bubbles aconteceu cinco dias após a realização do evento, em 11 de agosto de 2020, com os demais agentes do setor, dentre eles a Inova.
79. Solicitada a apresentação dos inscritos no evento bem como o registro de presença, após longo período, a Squads indicou que dentre os logins registrados estavam o de importantes nomes da Bubbles, como Tina Chef (Diretora de Novos Negócios), Bill Portões (CFO) e Warren Puffet (Diretor Comercial), e da Inova, como Mark Zuckenburger (CEO) e Toninho Stark (Diretor Comercial). Contudo, a Squads alegou que houve falha técnica no primeiro dia do evento e não poderia informar quais salas foram criadas naquele dia, o tempo que duraram e quais participantes estavam presentes em cada uma delas.
80. Assim, as diligências determinadas não foram integralmente cumpridas, uma vez que alegada falha no sistema. Ocorre que, conforme reportagem do Global Times, os fundos controladores da Bubbles adquiriram a Squads. Dessa monta, tem-se por, no mínimo, suspeita a suposta falha alegada pela Squads para não informar sobre as salas paralelas criadas no primeiro dia da Feira Bienal de Mercados Digitais. Até porque, caso constatado a existência de sala paralela com participação simultânea de funcionários da Bubble e da Inova, ter-se-ia por comprovado o acerto entre tais empresas quanto à combinação de preços, prova cabal da prática de cartel entre as empresas.
81. Por outro lado, quando solicitada a apresentação dos registros telefônicos de alguns dos agentes responsáveis por setores estratégicos das empresas, apenas o Sr. Toninho Stark, diretor comercial da Inova, apresentou-os, sendo que os demais alegaram conseguir cumprir a determinação apenas no prazo de três meses.
82. Observa-se que o registro apresentado pelo Sr. Toninho Stark consta o histórico de nove ligações telefônicas entre ele e Tina Chef, diretora de Novos Negócios da Bubbles, e Warren Puffet, diretor comercial da Bubbles. Tais ligações aconteceram no período compreendido entre o início e o fim do evento, às vésperas da adoção da política

combinada de preços. O contato telefônico entre importantes figuras da Bubbles e da Inova consiste, portanto, em indício inequívoco de ilícito praticado pelas duas empresas.

83. Esses fatos não constituem meras provas indiretas, mas sim provas diretas e, portanto, podem e não devem passar despercebidos. De mais a mais, impende mencionar ainda o registro de diversos telefonemas entre os diretores, membros do mais alto escalão de cada uma das empresas no período imediatamente após a realização da Feira Bienal de Mercados Digitais, cujo sigilo não foi derrubado.
84. Sem prejuízo disso, ainda que se entenda que os mencionados fatos não fazem prova direta da prática de cartel pelas empresas, imperiosa a jurisprudência do LalaCADE no sentido de admitir a utilização de provas indiretas para que se apurem os indícios da existência de cartel. Dentre os casos mais notórios na jurisprudência brasileira cita-se o Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90.<sup>30</sup> que trata que a utilização da prova indireta não contradiz o princípio da verdade material, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência de Tribunais Superiores a possibilidade de condenação com base exclusivamente em provas indiretas.
85. Desse modo, embora, *em regra*, a condenação por infração à ordem econômica deva ter como padrão probatório provas diretas, é possível que a condenação também seja realizada por meio de provas exclusivamente indiretas. Especialmente em casos de cartéis, nos quais os seus agentes realizam os arranjos de forma sigilosa, tornando a obtenção de provas robustas e diretas uma tarefa hercúlea e, muitas vezes, até mesmo impossível, é somente partir das provas indiretas que se pode verificar a materialidade da conduta delitiva.
86. Para que a condenação possa ser exclusivamente baseada em provas indiretas, alguns requisitos se fazem necessários. Além de serem fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, como exposto na jurisprudência, a doutrina da Teoria Penal determina que o indício deve cumprir três critérios para que funcione como elemento probatório apto a formar convicção: (i) gravidade, quanto à

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 2011, que “indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente” (Ação Penal nº 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011).

intensidade do convencimento; (ii) precisão, quanto à clareza de sua existência; e (iii) concordância com o fato a ser provado.

87. Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já enunciou que “uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação”.
88. Nesse contexto, é importante ressaltar que, em se tratando de provas indiciárias, a formação da convicção deve levar em consideração todo o conjunto probatório, não sendo possível desconsiderar aquilo que não é útil para a condenação.
89. Mister ainda reprimir que a Lei Antitruste de Lalaland versa, no art. 36, sobre as infrações à ordem econômica. Além disso, conforme pode-se aferir, a conduta praticada por cada uma das empresas - o aumento de preços - incidiu, no mínimo, em uma das hipóteses contidas nos incisos. Assim, não forçoso repetir que a conduta praticada pela Bubbles e Inova, apenas pelo *caput* do art. 36, são flagrantes atentados à ordem econômica, mas, por amor ao debate, convém observar, ainda, o parágrafo terceiro do dispositivo em tela, bem como os dispositivos dele decorrente. Vejamos:

Art. 36. 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:

[...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

90. Por todo o exposto, esta Procuradoria da República entende haver indícios suficientes para comprovar que houve acordo entre Bubbles e Inova para elevarem os preços cobrados de produtoras terceiras usuárias de suas plataformas. Se não um acordo expresso, um acordo tácito. Assim, a condenação de ambas as empresas pela prática tipificada no art. 36, incisos I a IV c/c §3º, incisos I, ‘a’, III, IV, V e IX da Lei Antitruste de Lalaland, bem como a condenação da Bubbles também pela prática prevista nos incisos X, XI e XVIII da aludida norma é imperativa.

## 2. Do boicote coletivo à Sieste

91. Conforme relatado na Nota Técnica 02/2022/SG/LalaCADE, Bubbles e Inova atuaram conjuntamente para incentivar o boicote à concorrente Sieste, por meio das produtoras Operrá, Frech Toast e Madeleine, tendo a SG recomendado a condenação das

Representadas por violação ao art. 36, §3º, inciso IV da LDC. A recomendação da SG foi acertada, conforme se demonstrará a seguir.

92. Apesar de não haver provas diretas do conluio, a SG conseguiu compilar diversas evidências da coordenação das Representadas e das produtoras. Destaca-se que o *modus operandi* utilizado pelas produtoras para contatar a Sieste foi idêntico: primeiramente, era realizado um contato telefônico; depois era enviado um e-mail, com a tabela de preços sugerida; e, quando a Sieste se negava, era enviada uma notificação extrajudicial informando a interrupção do fornecimento dos conteúdos.
93. Ao analisar as Evidências 01, 03 e 04 da referida Nota Técnica, verifica-se que os três e-mails com a tabela de preços foram enviados nos dias 28/09/2020 e 29/09/2020, sendo que o e-mail da French Toast (29/09/2021, às 09h17) e Madeleine (29/09/2020, às 09h47) têm apenas meia hora de diferença. Além disso, todas as três possuem texto similar e mencionam que os preços são válidos para “pay-per-view”, não por acaso, o modelo adotado pelas Representadas.
94. A Evidência 03 traz também um relevante indício, pois é possível perceber que a mensagem é encaminhada a partir de um e-mail prévio, enviado pelo Warren Puffet, Diretor Comercial da Bubbles e com Toninho Stark, Diretor Comercial da Inova, em cópia, dizendo expressamente que havia revisado a tabela e que “O François está destruindo o mercado com essa guerra de preços”, em evidente menção à Françoise Trufado, CEO da Sieste. A Evidência 02 traz dois indícios: os preços da tabela enviada são idênticos aos da Bubbles e Inova e o nome do documento de Excel é “Precificacao.2020\_B&I.xls”, trazendo as iniciais das Representadas.
95. A Sieste se recusou a adotar os novos preços e comunicou às três produtoras, por e-mail, no dia 01/10/2020. Ocorre que as três produtoras responderam o e-mail mais de um mês depois e todas as três no mesmo dia, 02/11/2020, à tarde, em um intervalo de três horas (Evidências 06, 07 e 08). Os três textos são similares, informando a interrupção do fornecimento de novos conteúdos, a suspensão da autorização para venda dos conteúdos já comercializados e mencionando que a Sieste está prejudicando o mercado ao praticar preços baixos e induzir uma “guerra de preços”. Os metadados das três notificações indicaram que elas partiram de um computador vinculado à Inova e de autoria de tstark (Toninho Stark). As produtoras tiveram mais de um mês para responder o e-mail em que

a Sieste se nega a aumentar os preços e todas as três responderam no mesmo dia, no mesmo turno e com textos similares, partidos de um documento escrito por diretor da Inova.

96. Apesar de serem provas indiretas, ao se reunir todo o conjunto de evidências, percebe-se que é um conjunto robusto, capaz de levar à conclusão de que houve uma conduta concertada entre as cinco empresas. Ademais, não há indícios nos autos que demonstrem o contrário, nem há outra justificativa racional para que as três produtoras tenham agido da mesma forma, com e-mails nas mesmas datas e exigindo o aumento para os mesmos preços. Ainda que a participação da Bubbles e Inova na distribuição dos conteúdos dessas três produtoras seja mais baixa que a participação da Sieste, representa valor significativo, consistindo ambas, em conjunto, em 30% da distribuição dos conteúdos da Operrá, 40% da Madeleine e 45% da French Toast. Por isso, verifica-se que uma ameaça das Representadas teria capacidade de fazer com que as distribuidoras concordassem em atuar no conluio.
97. O Tribunal do CADE Brasileiro já se manifestou diversas vezes admitindo que as provas indiretas têm mesmo valor probatório das provas diretas, como no Processo Administrativo 08012.007818/2004-68<sup>31</sup>, que indicou que “a união desses diversos itens pode sim ensejar a condenação se proporcionarem coesão e coerência ao sistema probatório”.
98. Ademais, a conduta das Representadas configura mais do que uma simples conduta ilícita, enquadrada no inciso IV, do art. 36, §3º, da LDC, mas sim um cartel. Dessa maneira, devem também ser condenadas nos termos da alínea a, do inciso I, do §3º, do art. 36 da LDC, por orquestrar acordo e manipulação de preços com concorrentes e do inciso II, do §3º, do art. 36 da LDC, por promover a adoção de conduta comercial uniforme das produtoras e tentar influenciar a conduta uniforme da Sieste.
99. É possível classificar a conduta das Representadas como um cartel do tipo hub-and-spoke. Como explica Sarto<sup>32</sup>, este cartel ainda não tem uma definição única, mas pode ser descrito como troca de informações comercialmente sensíveis, como preços,

---

<sup>31</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68*. Relator Conselheiro Márcio Oliveira Júnior. Voto do Conselheiro Márcio Oliveira Júnior, 14 jul. 2015.

<sup>32</sup> SARTO, Elisa Santos Coelho. *Cartéis Hub-and-spoke: coordenação horizontal por meio de restrições verticais*. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/329>>. Acesso em 09 set. 2021.

através de um terceiro facilitador, que geralmente está em outro nível da mesma cadeia de produção, podendo ser um fornecedor ou distribuidor. É utilizada a metáfora de uma roda de bicicleta. Os “spokes” são os raios da roda, cada um dos concorrentes e o “hub” é o centro, o elo comum entre eles. O CADE Brasileiro também denomina essa conduta como “cartel misto”:<sup>33</sup>

100. No presente caso, Bubbles e Inova poderiam ser consideradas os “raios/spokes” que se utilizaram das produtoras de conteúdo francesas, que agiram como “elo/hub” para passar informações de preços à Sieste e convencê-la a entrar no conluio. Bubbles e Inova não precisaram conversar diretamente com a Sieste sobre os preços que gostariam de adotar, apenas utilizaram terceiros em comum para fazê-lo. Como a conduta delas pode ser considerada um cartel, ela deve ser analisada de forma per se e, como há prova da conduta e da autoria, Bubbles e Inova devem ser condenadas.
101. Além disso, ainda que a SG não tenha incluído em sua Nota Técnica a recomendação de condenação das produtoras Operrá, Frech Toast e Madeleine, requer que elas sejam incluídas como Representadas neste Processo Administrativo e também condenadas pela prática anticoncorrencial, nos termos da alínea a, do inciso I, do §3º, do art. 36 da LDC e dos incisos II e IV, do §3º, do art. 36 da LDC.

### III. CONCLUSÕES E PEDIDOS

102. Conforme exposto acima, é notório que a **Bubbles e a Inova** devem ser **condenadas** ante todas as acusações feitas a elas devido infrações à ordem econômica, nos termos dos art. 36, incisos I a IV, c.c §3º, incisos III, IV, V e IX da Lei Antitruste de Lalaland. Em relação a Bubbles, acrescente-se os incisos X, XI e XVIII, uma vez que:
- a) As análises conduzidas são suficientes para subsidiar a conclusão pela detenção de posição dominante pela Bubbles e Inova. Se valendo disso, as Representadas motivaram o aumento de barreiras à entrada de seus concorrentes, criando dificuldades ao seu funcionamento, em razão de discriminação, recusa de contratar e self-preferencing, no caso da Bubbles e ProduBubbles;

---

<sup>33</sup> Em contraposição aos cartéis “simples”, formados por empresas que atuam no mesmo mercado, cartéis mistos envolvem mais de uma etapa da cadeia produtiva, o que confere à prática concertada tanto elementos horizontais (entre concorrentes no mesmo mercado), quanto verticais (entre empresas atuantes em diferentes níveis da cadeia).BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Nota Técnica n° 68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE*. Processo Administrativo 08012.006043/2008-37. 1.

- b) Como demonstrado, ambas Representadas combinavam preços e condições comerciais;
- c) A Bubbles adotou a cláusula MFN, prejudicando os consumidores e demais *players* do mercado;
- d) A Bubbles e a Inova adotaram conduta comercial uniforme, ao incentivar terceiros a boicotar a Sieste.

103. Bem como, requer:

- a) A realização de novas diligências da SG ao Tribunal, nos termos do Art. 11, V, da Lei nº 12.529/2011, uma vez que a em sua análise a SG não conduziu análise detalhada da essencialidade dos produtores, restando prejudicada a avaliação do real impacto da adoção de contratos de exclusividade;
- b) Que a Inova seja condenada por, na prática, ter em seus contratos cláusulas MFNs. Ademais, ela deve cessar o acordo de preços informal com seus fornecedores, devendo negociar no caso a caso, condições de paridade de forma expressa e tendo em vista o equilíbrio no mercado concorrencial.

104. Por todas as razões expostas acima, requer-se a **condenação** das Representadas, diante das infrações de ordem econômica. Ademais, as Representadas devem **cessar imediatamente** estas práticas a fim de restabelecer o equilíbrio da ordem econômica.

Termos em que pede deferimento.

De Local para Brasília, em 30 de agosto de 2023.

*Nome do Advogado*  
**Inscrição do Advogado**

*Nome do Advogado*  
**Inscrição do Advogado**

## REFERÊNCIAS

CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno.. *Chicken & egg: competition among intermediation service providers*. The RAND Journal of Economics, v. 34, n. 2, p. 309-328, 2003.

OECD. *Abuse of dominance in digital markets*. 2020. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2021.

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

BAKER, Jonathan; CHEVALIER, Judith. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. Articles in Law Reviews & Other Academic Journals, Washington, Paper 277,20-26,2013. Disponível em: <[https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1280&context=facsch\\_lawrev](https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1280&context=facsch_lawrev)>. Acesso em: 16 de set. de 2021

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.006173/2020-16. *Nota Técnica nº 12/2021/GAB-SG/SG/CADE*, 14 de jul. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08700.000066/2016-90. Relator(a): Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Data do Julgamento: Brasília. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g\\_PuAKStTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJlTXxQMN01pTgFwPLudA3xyvDV7jVIlk88GKiuBmUVx6vRTc7H\\_MYiMnsX8CGel%22](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJlTXxQMN01pTgFwPLudA3xyvDV7jVIlk88GKiuBmUVx6vRTc7H_MYiMnsX8CGel%22)> Acesso em: 15 de set. de 2021

BRASIL. Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Documento de trabalho nº 001/10: Delimitação de Mercado Relevante. 2010, p.16.

BRASIL. Resolução 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Diário Oficial da União, 28 jun. 1999. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 16 de set. de 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº 68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08012.006043/2008-37. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNDUHst3qbuI0U6t1hArJMjgYq88X5QaT6nk1YKf7lj9kbc0\\_5yBNMJ428SgZ-wyF-NFu8pCb8LiDUzSbqOg\\_X6](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNDUHst3qbuI0U6t1hArJMjgYq88X5QaT6nk1YKf7lj9kbc0_5yBNMJ428SgZ-wyF-NFu8pCb8LiDUzSbqOg_X6). Acesso em: 17 de set. de 2021

BUNDESKARTELLAMT. Case nº B9-66/10. 20 dez. 2013. Bundeskartellamt v. Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbHetal. Disponível em:

<<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverb/ot/B9-66-10.html?nn=3591568>>. Acesso em: 16 set. de 2021

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº 68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08012.006043/2008-37. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNDUHst3qbuI0U6t1hArJMjgYq88X5QaT6nk1YKf7lj9kbc0\\_5yBNMJ428SgZ-wyF-NFu8pCb8LiDUzSbqOg\\_X6](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNDUHst3qbuI0U6t1hArJMjgYq88X5QaT6nk1YKf7lj9kbc0_5yBNMJ428SgZ-wyF-NFu8pCb8LiDUzSbqOg_X6)>. Acesso em: 17 de set. de 2021

COYLE, Diane. *Practical competition policy implications of digital platforms*. *Antitrust Law Journal*, v. 82, n. 3, p. 835-860, 2019.

DEE. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2021.

EVANS, D. S. Economics of Vertical Restraints for Multi-Sided Platforms. *CoaseSandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 626, 2013.

EZRACHI, Ariel. *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. In: 124th OECD COMPETITION COMMITTEE, Item 7, 27-28 out. 2015, Paris. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)11&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)11&doclanguage=en)>. Acesso em: 16 de set. de 2021

GICO JR., I. T. *Cartel - Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex, 2007.

IBRAC. *Guia de condutas unilaterais*. 2020. Disponível em: <[https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC\\_-\\_Guia\\_de\\_Condutas\\_Unilaterais.pdf](https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC_-_Guia_de_Condutas_Unilaterais.pdf)>. Acesso em: 10 de set. 2021

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo. *Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais*. RDC, Vol. 9, nº 1. Junho 2021 ISSN 2318-2253, DOI: 10.62896/rdc.v9i1.734

OECD. *Abuse of dominance in digital markets*, p. 39. 2020. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2021.

ZENGER, Hans; WALKER, Mike. *Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report*. In: BOURGEOIS, Jacques and WAELBROECK, Denis (ed.) *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law*. Brussels: Bruylant, 2012.

SARTO, Elisa. *Cartéis Hub-and-Spoke: Coordenação Horizontal por meio de REstrições Verticais*. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5 n. 2, p.30-50, nov.2017

STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report. 2019*. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>>. Acesso em: 07 set. 2021.

U.S.D.C S.D.N.Y. *Civil Action No 1:12-CV-2826 U.S. versus Apple, Inc.*, et al. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-26>>. Acesso em: 16 de set. de 2021

U.S.D.C. E.D.N.Y. *Civil Action No CV-10-4496. U.S. and Plaintiff States versus American Express Co.*, et al. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infeco20150220d35>>. Acessos em: 16 de set. de 2021

VARONA, Edurne Navarro; CANALES, Aarón Hernández. Online Hotel Booking. *CPI Antitrust Chronicle*, 2015. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/NavarroHernandezMay-151.pdf>>. Acesso em: 16 de set. de 2021