



**WICADE**

I Competição de  
Direito Concorrencial

WICADE - I Competição de Direito Concorrencial

MEMORIAL DA BUBBLES

---

MINISTÉRIO PÚBLICO  
(REPRESENTANTE)

BUBBLES e INOVA  
(REPRESENTADAS)

---

Equipe n.º 115

Lalaland, 19 de setembro de 2021.

## SUMÁRIO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....	ii
ÍNDICE DE AUTORIDADES.....	iv
ÍNDICE DE JULGADOS.....	xii
ROL DE DOCUMENTOS.....	xv
ÍNDICE DE DEFINIÇÕES .....	xvii
FATOS .....	1
1. A BUBBLES NÃO IMPÔS DIFICULDADES À ENTRADA E AO FUNCIONAMENTO DE CONCORRENTES.....	2
1.1. A Bubbles não detém Posição Dominante no Mercado da Publicidade Online.....	2
1.2. A cláusula de exclusividade adotada pela Bubbles não tem efeitos anticompetitivos .....	4
1.3. A Bubbles não impõe barreiras a empresas concorrentes .....	5
2. A INSERÇÃO DE CLÁUSULA DE MFN NÃO TEM CONDÃO DE GERAR EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS .....	7
3. A BUBBLES ESTRUTURA SEUS NEGÓCIOS SEM CONLUIR COM SUAS CONCORRENTES .....	9
3.1. A Bubbles adota condutas econômicas ordinárias de mercado .....	10
3.2. Não há indícios de formação de cartel pela Bubbles .....	13
4. A BUBBLES NÃO INDUZIU O ALEGADO BOICOTE COLETIVO .....	15
CONCLUSÕES E PEDIDOS.....	20

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Abreviaturas	Definição
§	parágrafo
§§	parágrafos
art.	artigo/artigos
CAA/DF	Caixa de Assistência dos Advogados do Distrito Federal
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil
CBBS	Companhia Brasileira de Soluções e Serviços
CC	Lei n.º, de 10.406 de 10 de janeiro de 2002; Código Civil brasileiro.
CF	Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.
Empresas	Bubbles e Inova
Ex. <sup>ma</sup>	Excelentíssima
GEDEC/MPSP	Grupo Especial de Delitos Econômicos do Ministério Público do Estado de São Paulo
LalaCADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Lalaland
LDC	Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.
Lei 8.137/90	Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.
Ltda.	Limitada
MFN	Most Favored Nation Clause
MP	Ministério Público
n.º	número/números
p.	página/páginas
PCDF	Polícia Civil do Distrito Federal
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SG	Superintendência-Geral do LalaCADE
<i>Sherman Antitrust Act</i>	Lei antitruste dos Estados Unidos, vigente desde 1890

Tribunal

Tribunal do LalaCADE

*vs.*

*versus*

## ÍNDICE DE AUTORIDADES

Nomenclatura	Referência	§
<i>Arnoldi, 2003</i>	ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. A revolução das marcas: do direito industrial à propriedade intelectual. <i>Revista de Direito Privado</i> , v. 16, 2003, p. 225-259. Versão RTOnline, p. 1-28.	§53
<i>Athayde, 2017</i>	ATHAYDE, Amanda. <i>Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica</i> . São Paulo: Singular, 2017.	§31
<i>Australian Competition and Consumer Commission, 2019</i>	Australian Competition and Consumer Commission. <i>Digital Platforms Inquiry – Final Report</i> . Disponível em < <a href="https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report">https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report</a> >. Acesso em: 10 de ago. de 2021.	§9
<i>Autorité de la Concurrence, 2018</i>	Autorité de la Concurrence. <i>Opinion n.º 18 on Data Processing in the Online Advertising Sector</i> . Disponível em: < <a href="https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2019-10/avis18a03_en_.pdf">https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2019-10/avis18a03_en_.pdf</a> >. Acesso em: 10 de ago. de 2021.	§12
<i>Azambuja, 2020</i>	AZAMBUJA, João Felipe Achcar de. Cláusulas de paridade (MFN) em plataformas digitais: a experiência no segmento de agências de viagem on-line (OTAS). In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (Coord.). <i>Defesa da Concorrência em plataformas digitais</i> . São Paulo: FGV Direito SP, 2020.	§31
<i>Bagnoli, 2006</i>	BAGNOLI, Vicente. Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop. <i>Revista do IBRAC</i> , v. 13, 2006, p. 231-253. Versão RTOnline, p. 1-17.	§70
<i>Bagnoli, Navas, 2014</i>	BAGNOLI, Vicente; NAVAS, Amanda Renata Eneás. <i>A aplicação do direito da concorrência diante de irregularidade de agente econômico alvo de recusa de contratar concertada - Comentário a Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu</i> . <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , vol. 35, p. 277-295, 2014.	§17
<i>Baigorri, 2014</i>	BAIGORRI, Carlos Manuel. <i>A estrutura concorrencial no mercado de redes de transporte de telecomunicações e os impactos de políticas de massificação da banda larga no Brasil</i> . Tese (Doutorado em Economia). Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2014.	§22

<i>Baker, Chevalier, 2013</i>	BAKER, Jonathan B; CHEVALIER, Judith A. The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions. <i>Law Reviews and Other Academic Journals</i> , v. 27, 2013, p. 20-26.	§37
<i>Borges, 2016</i>	Borges, Matheus. Base objetiva dos negócios jurídicos: uma visão sob a perspectiva da cláusula geral de boa-fé e sua aplicabilidade. <i>Revista de Direito Privado</i> , v. 65, 2016, p. 141-194. Versão RTOnline, p. 1-44.	§48
<i>Brasileiro, 2016</i>	LIMA, Renato Brasileiro de. <i>Manual de Processo Penal</i> . 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 821.	§64
<i>CADE, 2010</i>	CADE. <i>Defesa da Concorrência no Judiciário</i> . Brasília: Departamento de Estudos Econômicos, 2010.	§§57, 64
<i>CADE, 2017</i>	Superintendência-Geral do CADE. <i>Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização</i> . Setembro de 2017.	§64
<i>CADE, 2020</i>	CADE. Documento de Trabalho n.º 005. <i>Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados</i> . Brasília: Departamento de Estudos Econômicos, 2020.	§9
<i>CADE, 2021</i>	CADE. Cadernos do CADE. <i>Mercado de Plataformas Digitais</i> . Brasília: Departamento de Estudos Econômicos, 2021.	§§7, 25
<i>CADE (RDC), 2021</i>	CADE. Revista de Defesa da Concorrência. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. <i>Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica</i> , v. 9º, 2021.	§9
<i>Carlton, Picker, 2006</i>	Carlton, Dennis W. e Picker, Randal C. John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 312 (2D Series). <i>Antitrust and Regulation</i> . University Of Chicago: Chicago, 2006. Disponível em: < <a href="http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html">http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html</a> >. Acesso em: 21 de ago. de 2021.	§25
<i>Carvalho, 2016</i>	CARVALHO, Nuno Pires. A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre-concorrência. <i>Revista dos Tribunais</i> , v. 968, 2016, p. 255-287. Versão RTOnline, p. 1-23.	§53
<i>Castro, 2021</i>	CASTRO, Alex. <i>Amazon added another 50 million Prime subscribers during the pandemic</i> . The Verge, 2021. Disponível em: < <a href="https://www.theverge.com/2021/4/15/22385370/amazon-prime-subscription-jeff-bezos-2020-shareholders-letter">https://www.theverge.com/2021/4/15/22385370/amazon-prime-subscription-jeff-bezos-2020-shareholders-letter</a> >. Acesso em: 10 de set. de 2021.	§76

<i>Cerqueira, 2010</i>	CERQUEIRA, João da Gama. <i>Tratado da Propriedade Industrial</i> . Vol. I. Parte I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.	§53
<i>Coase, 1990</i>	COASE, Ronald Harry. <i>The firm, the market and the law</i> . Chicago: The University of Chicago Press, 1990.	§37
<i>Coelho, 2006</i>	COELHO, Cristiane de Oliveira. Os possíveis efeitos anticompetitivos da Cláusula MFN. <i>Revista do IBRAC</i> . v. 13, 2006, p. 99-106. Versão RTOnline.	§70
<i>Comissão Europeia, 2004</i>	COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado da Comissão: Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81 do Tratado. <i>Jornal Oficial da União Europeia</i> . EUR-Lex, 2004. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427(07)>. Acesso em 06 de ago. de 2021.	§17
<i>Competition and Markets Authority, 2020</i>	Competition and Markets Authority. <i>Online Platforms and Digital Advertisement: market study final report</i> . GOV.UK, 2020. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>. Acesso em: 25 de out. de 2021.	§12
<i>Coutinho, Kira, 2018</i>	COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. Vinhos novos em garrafas velhas: os desafios do antitruste na internet. <i>Revista JOTA</i> , 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3bmNwxO>. Acesso em: 10 de ago. de 2021.	§7
<i>Couto e Silva, 2006</i>	COUTO e SILVA, Clóvis. <i>A obrigação como processo</i> . Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.	§48
<i>Couto e Silva, 2011</i>	COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. <i>Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos</i> , v. 4, 2011, p. 529-536. Versão RTOnline, p. 1-6.	§48
<i>Crémer, Montjoye e Schweitzer, 2019</i>	CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. <i>Competition Policy for the digital era</i> . Luxembourg: European Commission, 2019.	§§8, 22, 38, 39
<i>Da Silva, 2012</i>	DA SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves. Aplicação do direito da concorrência em mercados de alta tecnologia. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , vol. 22, p. 355 – 376. Versão RTOnline. 2012.	§70

<i>De Lucca, Domingues, 2009</i>	LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise Crítica da Evolução do Instituto do Estabelecimento Empresarial. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, Marcelo Martins (Coord.). <i>Direito Societário: tipos societários</i> . São Paulo: Saraiva, 2009.	§53
<i>Exame, 2017</i>	GOOGLE e Facebook dominam mais de 20% da publicidade no mundo. <i>Revista EXAME 2017</i> . Disponível em: < <a href="https://exame.com/marketing/google-e-facebook-dominam-mais-de-20-da-publicidade-no-mundo/">https://exame.com/marketing/google-e-facebook-dominam-mais-de-20-da-publicidade-no-mundo/</a> >. Acesso em: 04 de ago. de 2021.	§12
<i>Faugbnder, 2020</i>	FAUGHNDER, Ryan. <i>Disney+ subscribers hit nearly 74 million as COVID-19 brings big losses</i> . Los Angeles Times, Los Angeles, 12 de nov. de 2020. Disponível em: < <a href="https://www.latimes.com/entertainment-arts/business/story/2020-11-12/disney-streaming-covid-pandemic-losses-iger">https://www.latimes.com/entertainment-arts/business/story/2020-11-12/disney-streaming-covid-pandemic-losses-iger</a> >. Acesso em: 10 de set. de 2021.	§76
<i>Ferraz Júnior, 2003</i>	FERRAZ JÚNIOR, Tercio S. Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. <i>Revista de Direito Público da Economia</i> , ano 1, n. 1, jan.-mar./2003, p. 215-225.	§8
<i>Forgioni, 2020</i>	FORGIONI, Paula A. <i>Os fundamentos do antitruste</i> . 11 <sup>a</sup> ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020.	§§7, 8, 16, 22, 25, 39, 57, 58, 69
<i>Fox, Sullivan, 1989</i>	Fox, Eleanor M.; Sullivan, Lawrence A. <i>Cases &amp; Materials on Antitrust</i> . St. Paul, Minn: West Publishing Company, 1989.	§17
<i>Frazão, 2017</i>	FRAZÃO, Ana. <i>Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas</i> . São Paulo: Saraiva, 2017.	§74
<i>Gaban, 2010</i>	GABAN, Eduardo Molan. Investigações de Cartel no Brasil: parâmetros constitucionais e considerações sobre aplicação da teoria dos efeitos. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 17, 2010, p. 125-146. Versão RTOnline, p. 1-15.	§60
<i>Gaban, Domingues, 2012</i>	GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. <i>Direito Antitruste</i> . 3 <sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.	§§17, 22, 57, 58, 69, 74
<i>Gilberto, 2008</i>	GILBERTO, André Marques. <i>O Processo Antitruste Sancionador</i> . Dissertação de Mestrado, Prof. <sup>a</sup> Orientadora Dra. Odete Madauar, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.	§60

<i>Gilmar Mendes, 2018</i>	MENDES, Gilmar. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MEDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. <i>Curso de Direito Constitucional</i> . 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2018, p. 410-683.	§64
<i>Lancieri, Sakowski, 2020</i>	LANCIERI, Filipo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. <i>Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados</i> . CADE. Brasília. 08/2020.	§§7, 12, 31
<i>Lima, 2014</i>	LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. A cláusula de preferência em relações verticais entre empresas. <i>Revista de Defesa da Concorrência</i> , v. 1, n.º 1, 2014, p. 11-32.	§37
<i>Malaquias, 2014</i>	MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio nemo tenetur se detegere no estado democrático de direito. <i>Revista dos Tribunais</i> , vol. 941, 2014, p. 145-176. Versão RTOnline, p. 1-23.	§64
<i>Martins-Costa, Costa e Silva, 2020</i>	MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. <i>Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro</i> . São Paulo: Quartier Latin, 2020.	§48
<i>Matos, 2020</i>	MATOS, Helena Sofia Leonardo dos Anjos. <i>As Plataformas Digitais no Âmbito do Direito da Concorrência</i> . Dissertação de Mestrado, Profa. Orientadora Dra. Paula Vaz Freire – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020.	§31
<i>Mattos, 1998</i>	MATTOS, César. Mercado Relevante na Análise Antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear. <i>Revista do IBRAC</i> , v. 5, 1998, p. 7-27. Versão RTOnline, p. 1-17.	
<i>Mazzucato, 2018</i>	MAZZUCATO, Paolo Zupo. <i>Lei antitruste sistematizada: jurisprudência na visão do CADE</i> . São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.	§§8, 70
<i>Monteiro, 2013</i>	MONTEIRO, Alberto Afonso. Troca de Informações entre concorrentes: limites e possibilidades da configuração de prática anticoncorrencial autônoma. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 23, 2013, p. 97-115. Versão RTOnline, p. 1-11.	§70
<i>Moraes, 2012</i>	MORAES, Alexandre de. <i>Direito Constitucional</i> . 28ª ed. São Paulo, Atlas, 2012.	§8
<i>MPA, 2021</i>	MOTION PICTURE ASSOCIATION. Theme Report 2020: a comprehensive analysis and survey of the theatrical and home/mobile entertainment market environment. 2021. Disponível em <	§46

<https://www.motionpictures.org/research-policy/#research>>. Acessado em 04 de set. de 2021.

- Moura e Silva, 2020* SILVA, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência*. Reimpressão. Lisboa: AADFL Editora, 2020. §16, 31
- Nascimento, 2020* NASCIMENTO, Daniela Maria Rosa. *Aspectos concorrenciais das cláusulas de paridade no comércio online*. Dissertação de Mestrado, Profa. Orientadora Dra. Paula Andrea Forgioni – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020. §§36, 38, 39
- Nery Jr., 2002* NERY JUNIOR, Nelson. Contrato de seguro de vida em grupo e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito Privado*, v. 10, 2002, p. 165-210. Versão RTOnline, p. 1-32. §48
- Nusdeo, 2015* NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. §§8, 70
- Pagotto, 2012* PAGOTTO, Leopoldo. Aspectos relevantes da revisão judicial da decisão do CADE contra o cartel dos genéricos. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 21, 2012, p. 471-517. Versão RTOnline, p. 1-39.
- Paixão, 2008* PAIXÃO, Márcia Valéria. Pesquisa e Planejamento de Marketing e Propaganda. Curitiba: Ibpex, 2008. §47
- Petter, 2014* PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. §22
- Pontes de Miranda, t. I, 2012* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I: Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. §58
- Qualibest, 2020* QUALIBEST. *Serviços de streaming têm crescimento durante a pandemia*. Brasil, 2021. Disponível em <<https://www.institutoqualibest.com/blog/experiencia-e-satisfacao/servicos-de-streaming-tem-crescimento-durante-a-pandemia/>>. Acesso em 03 de set. de 2021. §46
- Queijo, 2012* QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não se produzir provas contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. §64
- Reale, 1985* REALE, Miguel. Abuso do poder econômico e garantias individuais. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo (org.).

*Poder econômico: exercício e abuso.* Direito antitruste brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

- Rochet, Tirole, 2003* ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, 4ª ed., 2003, p. 990-1029. §16
- Ruy Rosado, 2012* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 475-518. §48
- Salomão Filho, 2021* SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. §§8, 17, 69 - 70
- Silveira, 2011* SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares e nome empresarial*. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2011. §53
- Silveira, 2021* SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. §§57, 69
- Smith, 2017* SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução: Norberto de Paula Lima. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. §70
- Sousa, 2020* SOUSA, Pedro Caro de. *What shall we do about self-preferencing?* Competition Policy International, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3w3mxiL>>. Acesso em: 13 de ago. de 2021. §9
- Sullivan, 1977* SULLIVAN, L. A. *Antitrust*. St. Paul: West Publishing Co., 1977. §7
- Sundfeld, 2013* SUNDFELD, Carlos Ari. Ampla defesa e dever de colaborar com as investigações no direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Pareceres*. V. I. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, p. 585-608. Versão RTOnline, p. 1-17. §64
- Thomas, 2020* THOMAS, Zoe. Netflix gets 16 million new sign-ups thanks to lockdown. BBC, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/business-52376022>>. Acesso em: 10 de set. de 2021. §76
- Trindade, 2020* TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência §7

econômica por meio da redução severa dos custos de transação. *Revista jurídica luso-brasileira*, n.º 4, 2020.

- Turner, 1962* TURNER, Donald F. The definition of agreement under the sherman act: conscious parallelism and refusals to deal. *Harvard Law Review*. v. 75, 1962, p. 655-706. §57
- Vandenborre, Frese, 2015* VANDENBORRE, Ingrid; FRESE, Michel J. The Role of Market Transparency in Assessing MFN Clauses. *World Competition*, v. 38, n.º 3, 2015, p. 333-348. §38
- Whish, Bailey, 2012* WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7ª ed. New York: Oxford, 2012. §17
- Wright, Wang, 2020* WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. Search platforms: showrooming and price parity clauses. *The RAND Journal of Economics*, v. 51, n.º 1, 2020, p. 32-58. §38

## ÍNDICE DE JULGADOS

### Jurisprudência do CADE

<i>ABAV Companhias Aéreas</i>	<i>vs.</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 08012.001119/00-91. Relator Conselheiro Luis Fernando Schuartz. Data: 28.11.2007.	§§73, 74
<i>ABIP ABRAS</i>	<i>vs.</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 0800.020787/96/92. Relatora Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. Data: 22.10.1997.	§69
<i>Auto Posto Esmeraldas Esso Brasileira de Petróleo</i>	<i>vs.</i>	CADE. Averiguação Preliminar n.º 08012.007692/1999-11. Representante: Auto Posto Esmeraldas Ltda. Representada: Esso Brasileira de Petróleo. Relator Conselheiro Olavo Chinaglia. Data: 17.12.2008.	§17
<i>Buscapé Mosaico Negócios</i>	<i>vs.</i>	CADE. Ato de Concentração n.º 08700.002703/2019-13. Parecer n.º 12/2019/CGAA4/SGA1/SG. Superintendente-Geral substituto Kenys Menezes Machado. Data: 15.08.2019.	§§7, 12
<i>CBBS Parar, ConectCar</i>	<i>vs. Sem</i>	CADE. Inquérito Administrativo n.º 08700.006268/2018-15. Nota técnica n.º 29/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Data: 14.12.2020.	§16
<i>CNA et al Friboi et al</i>	<i>vs.</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Relator Conselheiro Luiz Fernando Schuartz. Data: 28.11.2007.	§69
<i>FOHB Expedia, Booking &amp; Decolar</i>	<i>vs.</i>	CADE. Nota Técnica n.º 9/2018/CGAA22/SGA1/SG/CADE. Processo Administrativo n.º 08700.006295/2017-07. Data de publicação: 02/10/2018.	§36
<i>ME CADE</i>		CADE, MP/SP. Memorando de Entendimento n.º 29/2019. Processo n.º 08700.003492/2018-47. Data: 27.08.2019.	§60
<i>MP vs. Shoppings</i>		Processo Administrativo n.º 08012.012740/2007-46. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Data: 17.08.2016.	§16
<i>MP/ES Postos de combustíveis</i>	<i>vs.</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 08012.008847/2006-17. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Data: 22.05.2015.	§69
<i>Neo TV Globosat Programadora</i>	<i>vs.</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 08012.003048/2001-31. Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Data: 08.06.2006.	§17

<i>Qualimat</i> <i>Votorantim</i>	☞ CADE. Ato de Concentração n.º 08012.003740/2008-36. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Data: 08.07.2009.	§16
<i>SBF</i> ☞ <i>Network</i>	CADE. Ato de Concentração n.º 08700.006507/2020-43. Superintendente-Geral substituta Patricia Alessandra Morita Sakowski. Parecer n.º 15/2021/CGAA5/SGA1/SG. Data: 15.01.2021.	§7
<i>SDE</i> <i>Fabricantes</i> <i>Papel</i>	<i>vs.</i> CADE. Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. Relator Conselheiro Vinicius Marques de Carval. Data: 23.02.2011.	§§73, 74
<i>SDE</i> <i>Frigorífico</i> <i>Independência</i>	<i>vs.</i> CADE. Processo Administrativo n.º 08012.008215/2006-45. Relatora Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Parecer n.º 43/2017/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. Data: 20.11.2017.	§60
<i>SDE</i> <i>vs.</i> <i>TV</i> <i>Globo et al</i>	CADE. Processo administrativo n.º 08012.006504/97-11. Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Data: 20.10.2010.	§16
<i>Serasa</i> ☞ <i>Claro</i>	CADE. Ato de Concentração n.º 08700.006373/2020-61. Voto Vogal. Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Data: 31.05.2015.	§22
<i>Toca vs. Intelbras</i>	CADE. Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo. Nota Técnica n.º 0332327. Coordenadora-Geral Carolina Helena Coelho Antunes. Data: 02.08.2017.	§78
<i>Yahoo</i> ☞ <i>Starmedia</i>	CADE. Ato de Concentração n.º 08012.000182/2002-61. Relator Conselheiro Afonso Arinos. Data: 16.01.2002.	§7

### Jurisprudência Internacional

<i>Consten e o. c.</i> <i>Comissão</i>	Consten e o. c. Comissão, 56 e 58/64. EU:C:1966:19. Data: 27.04.1966.	§17
<i>Itália c. Conselho e</i> <i>Comissão</i>	Itália c. Conselho e Comissão, 32/65. EU:C:1966:14. Data: 22.03.1966.	§16
<i>Société Technique</i> <i>Minière</i> <i>vs.</i> <i>Maschinenbau</i> <i>Ulm</i>	<i>Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm</i> , 56/65. EU:C:1966:17. Data: 23.03.1966.	§17

## Jurisprudência Judicial Brasileira

*Cade vs.* TRF1. Apelação Cível n.º 0043979-85.2007.4.01.3400. §81  
*Farmacêuticas* Sexta Turma. Rel. Des. Kassio Marques. Data: 26.04.2012.

## ROL DE DOCUMENTOS

Documento	Referência	Página*
Caso	Descrição e resumo do caso WICADE 2021	p. 3-8
Anexo 01	Nota Técnica n.º 02/2022/SG/LalaCADE no Processo 12345.678901/2021 da República Federativa de Lalaland, emitida em 6 de julho de 2021.	p. 9-36
Anexo 02	Glossário	p. 37-39
Anexo 03	Organograma Societário do Grupo Bubbles	p. 40
Evidência 01	E-mail do Diretor-Presidente da Operrá para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §91
Evidência 02	Tabela de precificação enviada pelas produtoras de conteúdo para a Sieste.	Anexo 01, §92
Evidência 03	E-mail do CEO da French Toast para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §95
Evidência 04	E-mail do Presidente da Madeleine para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §99
Evidência 05	E-mails da CEO da Sieste para as produtoras Operrá, French Toast e Madeleine.	Anexo 01, §101
Evidência 06	E-mail do Diretor-Presidente da Operrá para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §102
Evidência 07	E-mail do CEO da French Toast para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §102
Evidência 08	E-mail do Presidente da Madeleine para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §102
Evidência 09	Análise de metadados dos arquivos encaminhados pelas produtoras Operrá, French Toast e Madeleine para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §105
Tabela 01	Tabela formada com base nas respostas das produtoras de conteúdo Dinar (Ofício n. 04/2021), Macies (Ofício n. 05/2021), Loretto (Ofício n. 06/2021), Solelo (Ofício n. 07/2021), Baccio (Ofício n. 08/2021), Operrá (Ofício n. 09/2021), French Toast (Ofício n. 10/2021) Madeleine (Ofício n. 11/2021), Felicce (Ofício n. 12/2021), Der Ring (Ofício n. 13/2021), Salomé (Ofício n. 14/2021), Carmen (Ofício n. 15/2021), La Traviata (Ofício n. 16/2021) e ProduBubbles (Ofício n. 17/2021) oficiadas em 19/05/2021 sobre suas práticas comerciais [ <i>Anexo 01, §23</i> ].	Anexo 01, §24

Tabela 02 Aponta a distribuição do mercado de produtores terceiros cadastrados nas diferentes plataformas agregadoras de conteúdo com base nas respostas compiladas na Tabela 01 [Anexo 01, §33]. Anexo 01, §33

\*Paginação respectiva à versão retificada com esclarecimentos.

## ÍNDICE DE DEFINIÇÕES

Conceito	Definição
Abuso de Posição Dominante	Conduta que implica infração à ordem econômica ou que significa abuso do poder econômico - especificamente, da liberdade econômica, de livre iniciativa e de concorrência -, com enquadramento jurídico derivado do princípio civil do abuso de direito; portanto, conduta não necessariamente culposa. [art. 36, LDC; art. 187, CC; art. 170, IV, CF; Pontes de Miranda, t.1, p. 165, 2012; Forgioni, 2020, p. 275; Caio Mário, Casagrande, 2016, p. 138].
Agregadoras	Por Agregadoras nos referimos ao conjunto de empresas como Bubbles, Inova, Dinar, Sieste, Nickerchen e Risu, que veiculam os conteúdos culturais produzidos pelas Produtoras [Tabela 01].
Inquérito Administrativo	Instaurado em 30 de março de 2021, de acordo com a nota técnica n.º 01/2021, acolhida pelo despacho n.º 02/2021, para apurar condutas passíveis de enquadramento no art. 36, I a IV, e §3º, III, IV, V e IX da Lei Antitruste de Lalaland, e X, XI e XVIII em relação à Bubbles [Anexo 01, §7].
Representada(s)	Bubbles e Inova, representadas no Processo 12345.678901/2021 da República Federativa de Lalaland, emitida em 6 de julho de 2021 pela Superintendência-Geral do LalaCADE, quando referidas conjunta ou individualmente [Anexo 01, §1º].
Mercado Relevante	Espaço comercial de bens ou serviços dependente do agente econômico em análise, delimitado por quem são e onde estão localizados os seus concorrentes, e fundamental para a tomada de decisões pelo LalaCADE [art.36, II, LDC; Mattos, 1998, p. 2; Pagotto, 2009, p. 9]. A delimitação do mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade, entre outras, da empresa resultante da operação. O CADE pode definir os limites do mercado relevante ou deixar sua definição em aberto, em especial quando houver baixa concentração em todos os cenários possíveis, considerando diferentes delimitações geográficas e/ou de produtos. Ademais, a identificação dos possíveis efeitos competitivos envolve avaliar condicionantes que, por vezes, estão fora do mercado relevante pré-definido. Assim, seu delineamento não vincula o CADE, seja porque é um mero instrumento de análise, seja porque o mercado é dinâmico [CADE, 2016, p. 13].
Mercado das Agregadoras	Mercado Relevante identificado e definido pelo LalaCADE como 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)” [Anexo 01, §27, (i)].*

Mercado das Produtoras	Mercado Relevante identificado e definido pelo LalaCADE por “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” [Anexo 01, §27, (ii)].
Mercado da Publicidade Online	Mercado Relevante de publicidade <i>online</i> , autônomo do <i>offline</i> , identificado pelo LalaCADE em recente Ato de Concentração 12345.190976/2021, em que empresas como Facebook e Google tem Posição Dominante [Anexo 01, §19]
Nota Técnica	Nota Técnica n.º 02/2022/SG/LalaCADE no Processo 12345.678901/2021 da República Federativa de Lalaland, emitida em 6 de julho de 2021 pela Superintendência-Geral do LalaCADE.
<i>Market Share</i>	É a parcela, fração ou participação no mercado detida por um agente econômico [Forgioni, 2020, p. 281].
Negócio Jurídico	Ato jurídico lato sensu de autonomia unilateral ou bilateral com força normativa, de autorregulamento de interesses privados, cujo suporte fático é a declaração de vontade [art. 104-114, CC; Pontes de Miranda, t.1.; Couto e Silva, 2006, p. 72; Veloso, 2005, p. 9-10].
Poder de Mercado ( <i>Market Power</i> )	É o poderio econômico de determinada empresa que permite atuação independente e indiferente em relação à concorrência ou que consiga obrigar outrem a fazer algo que não faria em um mercado competitivo, bem como o poder de aumentar os preços sem reduzir significativamente as vendas [Forgioni, 2020, p. 271 e 281; Hovenkamp, 1994, p. 79].
Posição Dominante	A posição de uma empresa em um determinado mercado relevante pode ser qualificada como dominante quando são preenchidos, disjuntivamente, os seguintes suportes fáticos: (i) unilateralmente ou (ii) coordenadamente, a empresa deter capacidade de alterar as condições de mercado; (iii) unilateralmente ou (iv) conjuntamente com outras, a empresa deter controle de 20% ou mais de um mercado relevante. [art. 36, §2º, LDC; Caio Mário, Casagrande, 2016; p. 136-137].
Processo Administrativo	Processo administrativo instaurado em 06 de julho de 2021 pela Superintendência-Geral do LalaCADE de Lalaland com a finalidade de apurar denúncias contra a Bubbles
Produtoras	Por Produtoras nos referimos ao conjunto das empresas: Dinar, Macies, Loretto, Solelo, Baccio, Operrá, French Toast, Madeleine, Felicce, Der Ring, Salomé, Carmen, La Traviatta e ProduBubbles.

Produtores Unidos

Produtores Unidos Jamais Serão Vencidos S/C - associação de produtores de conteúdo, capitaneada pela gigante do entretenimento Dinar [*Caso*, §19].

## FATOS

1. Cuida-se de processo administrativo instaurado em 06 de julho de 2021 (“Processo Administrativo”) pela Superintendência-Geral do LalaCADE de Lalaland (“SG”) com o objetivo de apurar denúncias contra a Bubbles (“Representada”) [*Caso*, §3º; *Anexo 01*, §1º]. A Representada é uma empresa agregadora, que detém plataforma de distribuição *on demand* de eventos culturais (óperas) e de espetáculos circenses desenvolvidos por empresas produtoras de Lalaland (“Produtoras”), os quais são disponibilizados ao consumidor sob sistema *pay per view* [*Caso*, §3º-4º].
2. Em fevereiro de 2021, a Bubbles foi injustamente denunciada pela associação Produtores Unidos Jamais Serão Vencidos S/C (“Produtores Unidos”), bem como pela de Consumidores Online e pela agregadora Sieste [*Anexo 01*, §3º, 6º], pela suposta prática de condutas anticoncorrenciais. Especificamente, as denúncias foram por: (I) prática unilateral de (1) discriminação, recusa de contratar e *self-preferencing* e de (2) imposição de cláusula de *Most Favored Nation* (“MFN”) abusiva a Produtoras; e (II) práticas colusivas, quais sejam, de (3) formação de cartel e de (4) indução à boicote coletivo à Sieste [*Anexo 01*, §3º, 6º].
3. A Ex.<sup>ma</sup> SG, em sua Nota Técnica 02/2022 (“Nota Técnica”), emitida quando da instauração do Processo Administrativo, já concluiu, com relação à Bubbles, pelo arquivamento das acusações referentes (1) à discriminação, à recusa de contratar e ao *self-preferencing* e (3) à formação de cartel. Embora a SG tenha concluído pela condenação da Bubbles quanto à prática de (2) imposição de cláusula MFN às Produtoras e (4) incentivo ao boicote à Sieste, restará demonstrado que tais infrações não foram caracterizadas. Isso, porque com relação a (2), não há falar em conduta unilateral anticoncorrencial, tendo em vista que sequer foi demonstrada a eficácia da cláusula de MFN padrão entabulada nos seus contratos, tampouco quaisquer respectivos efeitos anticompetitivos. De igual modo, quanto a (4), não houve indução ao boicote coletivo, uma vez que a Bubbles não incentivou a adoção de conduta comercial uniforme, pois a tentativa de aumento de preços por parte das produtoras Operrá, Madeleine e French Toast foi fruto de ação racional, motivada pelos movimentos de mercado.
4. Por conseguinte, pelas razões a seguir expostas, este Tribunal deve arquivar *todas as acusações* contra a Representada.

## 1. A BUBBLES NÃO IMPÕS DIFICULDADES À ENTRADA E AO FUNCIONAMENTO DE CONCORRENTES

5. A Representada não detém Posição Dominante no Mercado da Publicidade Online, tampouco cria barreiras à entrada ou ao desenvolvimento de concorrentes neste mercado (1.1). A cláusula de exclusividade adotada pela Bubbles não gera prejuízo às produtoras contratantes, contando com justificativa econômica racional lícita e não produzindo impacto significativo no Mercado das Produtoras (1.2). Em verdade, a Bubbles favorece a entrada e o desenvolvimento de concorrentes, seja por fomentar o interesse do público pelos produtos oferecidos, seja por alavancar o Mercado das Produtoras e o Mercado das Agregadoras (1.3) [Caso, §§19 e 22; Anexo 01, §§16-38].

### 1.1. A BUBBLES NÃO DETÉM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO DA PUBLICIDADE ONLINE

6. A Bubbles tem participação ínfima no Mercado da Publicidade Online, não usufruindo de Posição Dominante, tampouco impõe obstáculos à entrada ou ao funcionamento de concorrentes nesse mercado. As Produtoras podem utilizar ou utilizam, amplamente, de outros meios publicitários para a divulgação [Tabela 01; Anexo 01, §28-31], ao passo que a conduta da Bubbles não é anticompetitiva.
7. A definição do Mercado Relevante relativo a plataformas digitais ou à publicidade online é dificultada pela sua dinamicidade e conjuntura particulares, sendo este último um mercado isolado em relação aos espaços de publicidade em geral [Yahoo & Starmedia; Buscapé & Mosaico Negócios; Trindade, 2020, p. 32; Sullivan, 1977, p. 41, Coutinho, Kira, 2018, p. 1; Lancieri, Sakowski, p. 129]. A rigor, este setor é altamente pulverizado, competitivo e com “reduzidas barreiras à entrada”, o que significa que o próprio mercado controlará respectivas práticas abusivas [SBF & Network; CADE, 2021, p. 84; Forgioni, 2020, p. 285-286].
8. Além disso, o enquadramento de uma prática como ilícita, em face da ordem econômica, depende da comprovação de prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa [art. 36, I, LDCL; art. 170, CF; Crémer, Montjoye e Schweitzer, 2019, p. 3; Forgioni, 2020, p. 138; Moraes, 2012, p. 849; Nusdeo, 2015, p. 295; Ferraz Júnior, 2003, p. 215]. No caso de uma conduta unilateral, ela só implicará efeito significativo sobre a concorrência quando verificada a Posição Dominante do seu agente no Mercado Relevante e, só será ilícita, desde que constatado abuso dessa posição [art. 36, IV, §2º, LDCL; art. 173, §4º, CF; Forgioni, 2020, p. 143; Mazzucato, 2018, p. 310; Salomão Filho, 2021, p. 322].
9. A conduta de *self-preferencing*, por sua vez, ocorre quando uma empresa, detentora de Posição Dominante, passa a dar preferência aos seus produtos ou serviços em detrimento daqueles de concorrentes [Sousa, 2020, p. 1; CADE (RDC), 2021, p. 91]. Essa alavancagem não é um ilícito *per*

se, e somente será prejudicial à concorrência quando presentes, além de (i) Posição Dominante do agente, (ii) redução na pressão competitiva e (iii) ausência de justificativa econômica legítima [*Google vs. E-Commerce Media Group*, 2019; CADE, 2020, p. 109; *Australian Competition and Consumer Commission*, 2019, p. 66].

10. *In casu*, a conduta da Bubbles não é anticoncorrencial, pois, conforme a Ex.<sup>ma</sup> SG, o serviço de publicidade online ainda não se encontra consolidado pela empresa, seja em razão da variação da receita oriunda dos anúncios publicitários, seja porque as Produtoras contam com amplo rol de opções de divulgação [*Anexo 01*, §§17, 28]. Ademais, ainda em consonância com a SG, a posição da Bubbles nesse Mercado Relevante é irrisória, detendo apenas 2% de participação nele, substancialmente inferior ao percentual de 20% para a presunção de dominância [*Anexo 01*, §30].
11. Outrossim, inexistem barreiras à entrada no Mercado da Publicidade Online, visto que, por exemplo, os custos de implementação do serviço são mínimos. Prova disso, é o fato de que outras agregadoras – Inova e Dinar – já contam com o mesmo serviço, indicando a multiplicidade de opções e ausência de exclusividade da Bubbles nesse Mercado Relevante [*Anexo 01*, §31]. A Dinar, inclusive, foi a única empresa a questionar o sistema de publicidade da Bubbles, o que se explica pelo fato de que ambas concorrem no oferecimento desse serviço em expansão em Lalaland [*Tabela 01*, *Anexo 01*, §31]. Com efeito, tal como concluiu a Ex.<sup>ma</sup> SG, tendo em vista que a Bubbles detém *Market Share* insignificante no Mercado da Publicidade Online, afasta-se, de plano, a alegação de *self-preferencing* [*Anexo 01*, §38].
12. Para mais, o Mercado da Publicidade Online é amplamente liderado por empresas como *Facebook* e *Google Ads* [*Anexo 01*, §§29-30; *Lancieri, Sakowski*, p. 69; *Autorité de la Concurrence*, 2018, p. 6; *Competition and Market Authority*, 2020, p. 67]. Nessa esteira, as empresas *Twitter* e *Facebook* foram as que mais cresceram em verba midiática nos últimos anos, tendo, por exemplo, *Facebook* e *Google*, juntos, atraído 20% de todos os investimentos dos anunciantes no mundo [*Buscapé & Mosaico Negócios; Exame*, 2017, p. 1].
13. *In casu*, 13 das 14 (92,86%) Produtoras utilizam outro meio publicitário diverso da plataforma da Bubbles, incluindo redes sociais, *Google Ads*, outras plataformas, sites próprios, rádio e TV aberta [*Tabela 01*]. Assim, a representatividade da Bubbles no Mercado da Publicidade Online é significativamente inferior a de outras plataformas, com larga distância ao *Google*, por exemplo, o que a impede de interferir substancialmente nesse mercado ou causar prejuízos a outras empresas.
14. Por conseguinte, a Representada não possui Posição Dominante no Mercado da Publicidade Online, muito menos oferece barreiras ou limitações de propaganda a concorrentes. As Produtoras utilizam-se, amplamente, de outros meios de divulgação de seu conteúdo, ao passo que a conduta

da Bubbles não impacta significativamente o respectivo mercado, tampouco enquadra-se como prática anticompetitiva.

## 1.2. A CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE ADOTADA PELA BUBBLES NÃO TEM EFEITOS ANTICOMPETITIVOS

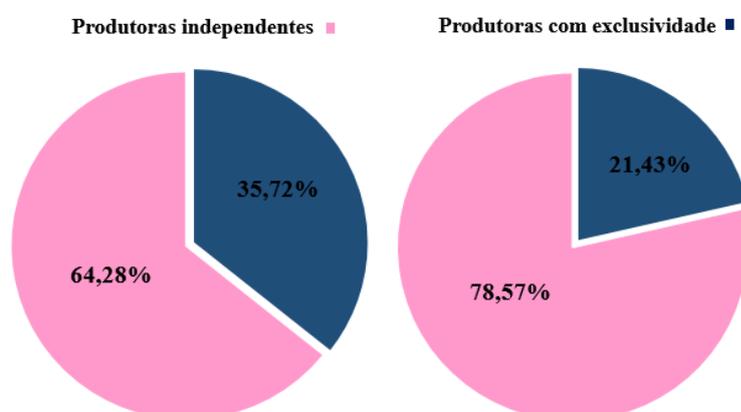
15. O acordo de exclusividade pactuado entre a Bubbles e as produtoras Macies e Loretto [*Anexo 01, §18*] configurou mecanismo lícito e eficiente, utilizado quando do lançamento da sua plataforma [*Anexo 01, §20*], sendo favorável para sua entrada e consolidação, em benefício ao Mercado [*Tabela 01*].
16. Cláusulas de exclusividade são úteis para que entrantes possam estabelecer-se em seus mercados, impulsionando plataformas multilaterais, não pressupondo, necessariamente, o exercício unilateral ou coordenado de poderes de mercado [*Qualimat & Votorantim; Itália c. Conselho e Comissão, p. 505-506; Rochet, Tirole, 2003, p. 991-993; Moura e Silva, 2020, p. 23*]. Assim, diante da realização de aportes de um *player* em outro, é corriqueiro que se pactuem cláusulas restritivas, as quais se justificam na “*necessidade de proteção aos investimentos*” [*CBBS vs. Sem Parar, ConectCar; n.m.s. SDE vs. TV Globo et al, 2010; Forgioni, 2020, p. 377*]. Desse modo, “*não se vislumbra a capacidade de tal disposição contratual causar prejuízos significativos à concorrência*” [*CBBS vs. Sem Parar, ConectCar; n.m.s MP vs. Shoppings*].
17. Por essa razão, a cláusula de exclusividade deve ser analisada considerando sua eficiência enquanto restrição vertical, bem como sua capacidade, em concreto, de causar danos à concorrência, não bastando um prejuízo teórico [*Neo TV vs. Globosat Programadora, 2006; Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm; Consten e o. c. Comissão; Fox, Sullivan, 1989, p. 522; Comissão Europeia, 2004, p. 101, §31; Whish, Bailey, 2012, p. 128*]. Ademais, quando o tratamento desigual de concorrentes possui justificativa econômica lícita e não causa prejuízos à concorrência, não há falar em discriminação e favorecimento de rivais [*Auto Posto Esmeraldas vs. Esso Brasileira de Petróleo; Gaban, Domingues, 2012, p. 64*]. Nessas circunstâncias, a recusa de contratar - restrição de negociação com outros *players*, excluindo-os, ou promovendo dificuldades a sua entrada - também não pode ser caracterizada [*art. 36, XI, LDCL; Salomão Filho, 2021, p. 424; Bagnoli, Navas, 2014, p. 284-285*].
18. *In casu*, a Bubbles incluiu cláusula de exclusividade nos contratos firmados com as produtoras Macies e Loretto, em função de parceria firmada para a realização de produções e eventos com ampla cobertura midiática [*Anexo 01, §20*]. Essa pactuação se deu com a finalidade de proteger os elevados investimentos realizados pela Representada em divulgação, aprimoramento de obras e a profissionalização de artistas da área, inclusive durante a pandemia da COVID-19 [*Anexo 01, §2º; Tabela 01*].

19. Ademais, tal como concluiu a Ex.<sup>ma</sup> SG, não se verificou a ocorrência de exclusão de concorrentes ou qualquer outro prejuízo à competitividade, inclusive recusa de contratar, pois a referida disposição abrangeu apenas 3 das 14 produtoras de Lalaland, não causando prejuízos nem a estas [Anexo 01, §37]. Em outras palavras e para mais, a condição de exclusividade se revela economicamente justificável, por se tratar de contrapartida justa às melhorias promovidas pela Representada, as quais propiciaram a alavancagem das operações das respectivas produtoras.
20. Dessa forma, a pactuação de cláusula de exclusividade foi economicamente eficiente e benéfica, justificando-se tanto pela proteção dos investimentos realizados pela Representada quanto pela melhoria dos conteúdos disponibilizado pelas produtoras. Disso, evidencia-se que Bubbles não discrimina as Produtoras ou recusa-se a contratar com elas.

### 1.3. A BUBBLES NÃO IMPÕE BARREIRAS A EMPRESAS CONCORRENTES

21. A Posição Dominante da Representada no Mercado das Agregadoras não implica prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa. Em verdade, a Bubbles cria ambiente propício à entrada e ao desenvolvimento de empresas ao incrementar o interesse do público por óperas e espetáculos circenses oferecidos pelas Agregadoras em Lalaland [Tabela 01; Anexo 01, §§32-37].
22. A mera detenção de parcela substancial do mercado não significa a criação de obstáculos à entrada ou ao desenvolvimento de concorrentes, tampouco é conduta ilícita, pois apenas reflete maior eficiência empresarial [Art. 36, §1º, LDCL; Gaban, Domingues, 2012, p. 46; Forgoni, 2020, p. 295; Reale, 1985, p. 521; Petter, 2014, p. 356]. A vantagem conferida ao pioneiro, decorrente de sua “primeira jogada”, é a natural conquista de consumidores cativos no mercado [Serasa & Claro; Forgoni, 2020, p. 291-292; Baigorri, 2014, p. 32]. De outro lado, o efeito *multi-homing* (uso concomitante de diversas plataformas) atinge a maioria dos consumidores de plataformas *on demand*, pois estes buscam serviços abarquem todas as suas necessidades [Crémer, Montjoye, Schweitzer, 2019, p. 57-58].
23. *In casu*, a Bubbles, mesmo sendo pioneira no ramo de distribuição de óperas e espetáculos circenses, concorre com um amplo número de *players* no Mercado das Agregadoras, muitos destes tendo ingressado recentemente [Caso, §§4º e 18]. Para mais, é evidente a presença de um comportamento *multi-homing* nos consumidores de Lalaland, isto é, vários destes consomem, ao mesmo tempo, conteúdos de diversas plataformas [Anexo 01, §34-36].
24. Nesse sentido, apesar da Posição Dominante no Mercado das Agregadoras, apenas 3 das 14 Produtoras (21,43%) detém com a Bubbles exclusividade na distribuição de seu conteúdo [Anexo 01, §37]. De outro lado, 9 das 14 Produtoras (64,28%) tem total independência em relação à

Bubbles, ou seja, têm mais da metade de seu conteúdo é distribuído em outras plataformas que não a da Representada [Tabela 01]. Vide gráficos representativos:



25. Nesse sentido, resultados pró-competitivos podem ser obtidos por meio dos atos praticados pelos agentes com considerável Poder de Mercado, que devem ser sopesados pela eficiência gerada [Gaban, Domingues, 2012, p. 47]. Destarte, o crescimento e alavancagem do mercado de vídeo sob demanda beneficia tanto o consumidor, ao permitir maior oferta e poder de escolha, quanto os agentes econômicos participantes [CADE, 2021, p. 57]. Assim, tais ações podem alcançar a eficiência mercantil enquanto os agentes mantêm sua independência e competitividade [Carlton, Picker, 2006, p. 11]. Essa ausência de dependência faz com que haja elasticidade no mercado analisado, o que descarta hipotética sujeição entre produtoras e distribuidoras [Forgioni, 2020, p. 279].
26. No caso, 10 das 14 Produtoras (71,43%) reconheceram impactos positivos na atuação da Bubbles, citando: (i) sua contribuição para a alavancagem das vendas de seus produtos e serviços; (ii) a atração de novos consumidores; (iii) a divulgação ampla dos conteúdos produzidos; (iv) a profissionalização de artistas; (v) a otimização das produções e (vi) a proteção do mercado durante a crise da COVID-19 [Tabela 01].
27. De outro lado, apenas duas produtoras – Dinar e Solelo – manifestaram insatisfação ou alegaram prejuízo em sua atividade decorrente das ações da Bubbles [Tabela 01]. Tal número, além de irrisório em relação às demais Produtoras, não indica qualquer conduta anticompetitiva, pelo contrário, implica em mero descontentamento ou preferência por outros serviços que, inclusive, estão sendo utilizados pelas produtoras mencionadas. Para mais, Dinar e Solelo distribuem, respectivamente, 35% e 20% de seu conteúdo na plataforma Bubbles, o que não gera qualquer dependência, capaz de criar barreiras ao desenvolvimento, em relação aos serviços ofertados pela Representada [Tabela 01].

28. Por conseguinte, a Bubbles não opõe barreiras à entrada ou ao desenvolvimento de concorrentes. As negociações da Representada com as produtoras, em verdade, impulsionam e favorecem a expansão do mercado de produção e distribuição de óperas e espetáculos circenses.
29. ANTE O EXPOSTO NO PONTO 1., requer-se o arquivamento das acusações Produtores Unidos referente à prática de discriminação, recusa de contratar, *self-preferencing*, com imposição de barreiras à entrada e ao desenvolvimento de concorrentes imputadas à Bubbles.

## 2. A INSERÇÃO DE CLÁUSULA DE MFN NÃO TEM CONDÃO DE GERAR EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS

30. A Representada foi denunciada pela Produtores Unidos também por impor cláusula de MFN às Produtoras [Caso, §22, III]. Todavia, as alegações de conduta anticompetitiva advêm da pressuposição de efetividade prática da referida cláusula nos contratos da Bubbles e da presunção de que a MFN gera, por si só, efeitos anticoncorrenciais. Ambas as premissas são equivocadas, estando as condutas da Representada dentro da legalidade.
31. Inicialmente, cabe esclarecer que as cláusulas de paridade ou MFN (*Most Favored Nation*) são garantias contratuais, dadas por um *player* contratante a determinado agente contratado, de oferta das melhores condições de troca possíveis, tendo o contratado sempre direito aos mesmos tratamentos favoráveis concedidos a seus concorrentes pelo contratante [Matos, 2020, p. 22; Lancieri, Sakowski; 2020, p. 52; Moura e Silva, 2020, p. 616]. Para mais, insta salientar que eventuais infrações à ordem econômica decorrentes da adoção de MFN devem ser investigadas necessariamente sob a óptica dos efeitos práticos concorrenciais da cláusula dentro do mercado em que está inserida, ou seja, ela precisa ser eficaz [CBBS vs. Sem Parar, ConectCar, MP vs. Shoppings; Azambuja, 2020, p. 199; Athayde, 2017, p. 318].
32. *In casu*, não se nega que a cláusula 15.2. dos contratos da Representada com as empresas Dinar, Macies, Solelo, Loretto e Inova, possui diretrizes muito similares à de uma MFN [Anexo 01, §39]. Essa cláusula, padrão nos contratos da Bubbles, estipula que deverão ser estendidas, aos usuários da plataforma da Bubbles, quaisquer condições comerciais mais favoráveis oferecidas pela contratante em sua própria plataforma (caso houver) ou à terceiros [Anexo 01, §39].
33. No entanto, a Representada não possui mecanismos de fiscalização das plataformas de seus clientes que garanta que ela tome conhecimento de ofertas e promoções realizadas nestas [Anexo 01, §45]. Tal constatação é inclusive corroborada pela Loretto, produtora que mantém relações comerciais com a Bubbles, e que atestou a ineficácia da cláusula 15.2. de seu contrato com a Representada, reforçando a ausência de efeitos práticos [Anexo 01, §45].

34. Como se infere das respostas aos ofícios 19-23/2021, se conhece um único caso em que houve notificação, por parte da Bubbles, direcionada a duas Produtoras que não teriam disponibilizado as mesmas condições promocionais que reproduziram em suas plataformas na da Representada [Anexo 01, §44]. E, ainda assim, mesmo nessa única oportunidade, sequer foram aplicadas as multas previstas contratualmente, o que demonstra, mais uma vez, a ineficácia prática da cláusula de paridade nos contratos [Anexo 01, §44]. Dessa forma, por ser mera formalidade contratual, a MFN não possui aptidão de limitar verticalmente o Mercado das Produtoras, não estimulando, assim, conduta comercial uniforme consistente na homogeneização dos preços.
35. Ademais, cumpre referir que, para que se configure infração à ordem econômica, é necessário delimitar condutas específicas, como as de: (i) promover ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes [art. 36, caput, §3º, II, LDCL]; ou (ii) impor ao mercado condições para comercialização com terceiros [art. 36, caput, §3º, IX, LDCL]. Logo, mesmo que o LalaCADE entenda pela eficácia prática da cláusula de MFN nos contratos formalizados pela Bubbles, não há falar em infração à ordem econômica.
36. Em verdade, assim como ocorre com as cláusulas de exclusividade [1.2., acima], as MFNs podem gerar eficiências relacionadas com a proteção de investimentos de uma plataforma em outra, produzindo, inclusive, efeitos pró-competitivos [Nascimento, 2020, p. 35]. Nesse sentido, as principais consequências benéficas da MFN são: (i) a redução dos custos de transação; (ii) a redução do problema do *showrooming*; e (iii) a prevenção do “efeito carona”. Nesse sentido, entendeu o CADE, no caso FOHB vs. Expedia, Booking & Decolar, que as motivações econômicas das cláusulas de paridade podem ser suficientes para compensar eventuais efeitos anticompetitivos à concorrência.
37. A um, propicia a redução dos custos de transação – aqueles em que a empresa incorre antes mesmo da realização do negócio [Coase, 1990, p. 39] – em razão da mitigação do potencial concorrencial da variável preço, pois a MFN possibilita que o enfoque concorrencial recaia sob a qualidade inerente aos bens e serviços ofertados ao mercado e não aos seus preços [Baker, Chevalier, 2013, p. 22]. Por conseguinte, a pactuação de MFN é meio hábil a fomentar a oferta de condições ao consumidor, vez que estimula os fornecedores a investir em outras variáveis competitivas [Lima, 2014, p. 24-25].
38. A dois, em relação ao *showrooming*, a MFN amplia a segurança de investimentos em uma plataforma [Crémer, Montjoye, Schweitzer, 2019, p. 6; Vandendorre, Frese, 2015, p. 333-348]. Isso, porque, diante da possibilidade de *multiboming* pelos usuários, a plataforma agregadora apresenta-se como uma vitrine, permitindo que os usuários pesquisem bens e serviços variados, comparando preços e demais diferenciais competitivos sem que a transação seja concluída na plataforma original [Wright, Wang,

2020, p. 34-35]. Assim, a inserção de MFN torna-se relevante para evitar o desvio de consumidores para outro ambiente de compra, facilitando a conclusão das transações e protegendo o investimento realizado pela plataforma-vitrine [Nascimento, 2020, p. 36].

39. A três, no que tange ao “efeito carona”, situação na qual determinado agente econômico se aproveita indevidamente de vantagem competitiva de outro *player* [Ross, 2001, p. 225; Forgioni, 2020, p. 379], a MFN serve para evitar que o “caronista” se aproprie indevidamente do investimento de terceiro e promova seu próprio negócio [Crémer, Montjoye, Schweitzer, 2019, p. 5]. Nesse sentido, sabendo que seus concorrentes jamais estarão em situação mais vantajosa, o contratante parceiro terá incentivos maiores para investir no contratado, e a MFN atua, justamente, como sendo essa garantia [Nascimento, 2020, p. 36].
40. Cumpre esclarecer que, a estipulação de MFN nos contratos celebrados não objetivam prejudicar nem o Mercado das Produtoras, nem os consumidores. Assim, ainda que se entendesse que a referida MFN detém efetividade prática, não se pode ignorar que a Bubbles, com 3.050.000 usuários cadastrados [Anexo 01, §17], funciona como a principal vitrine de Lalaland, ampliando o alcance do conteúdo das Produtoras [3.1., abaixo], e, por vezes, até mesmo realizando investimento direto na publicidade destas [1.3., acima; Anexo 01, §20; Tabela 01].
41. Dessa forma, a MFN serviria como mais um instrumento de proteção a tais investimentos, ainda colaborando com a redução dos custos de transação da Bubbles com as produtoras contratantes. Isso, porque a MFN viabiliza que a Bubbles possa mudar o enfoque das negociações com as Produtoras: das condições comerciais para a qualidade dos produtos disponibilizados aos usuários finais.
42. Portanto, não há falar em incorrência da Representada por conduta comercial uniforme em face da adoção de cláusula de MFN, pois se trata de mera formalidade contratual sem eficácia prática. Por essa razão, a MFN entabulada é incapaz de induzir a homogeneização dos preços, não prejudicando a concorrência, as Produtoras ou os consumidores.
43. ANTE O EXPOSTO NO PONTO 2., requer-se o arquivamento das denúncias em relação à Bubbles por imposição de cláusula de MFN a gerar conduta comercial uniforme.

### **3. A BUBBLES ESTRUTURA SEUS NEGÓCIOS SEM CONLUIR COM SUAS CONCORRENTES**

44. A Bubbles, por meio de estratégias econômicas lícitas e ordinárias, alterou o seu percentual comissional relativo à venda das peças distribuídas em sua plataforma, em função da crescente demanda consumerista no período da Pandemia de COVID-19 e da valorização de sua marca (3.1.). Não obstante, diante da incidência dos princípios constitucionais e processuais-penais neste

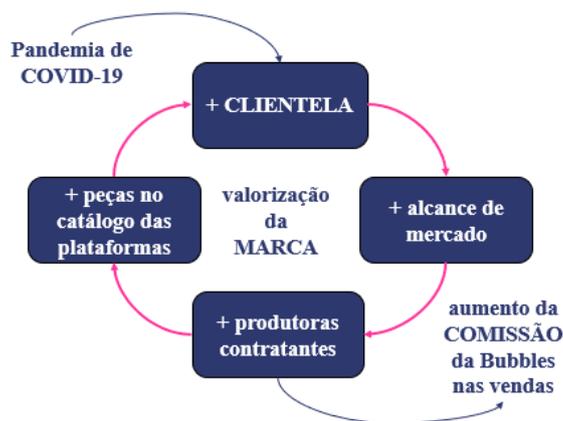
processo administrativo sancionador, não há qualquer indício razoável que prove a formação de cartel em relação à Bubbles (3.2).

### 3.1. A BUBBLES ADOTA CONDUTAS ECONÔMICAS ORDINÁRIAS DE MERCADO

45. Entre os anos de 2019 e 2021, o consumo *pay per view* de óperas e espetáculos circenses em Lalaland aumentou em função da Pandemia de COVID-19, uma vez que as medidas sanitárias restritivas em relação a esta implicaram aumento no consumo de entretenimento no meio *online*. Em contrapartida, essas restrições impuseram barreiras à produção de novos conteúdos a serem disponibilizados nas plataformas digitais. Assim, dado que Bubbles auxiliou as Produtoras a romperem essas barreiras, de modo a atender à demanda dos consumidores, seu valor comercial aumentou. Portanto, há racionalidade econômica ordinária em ela deter maior comissão nas vendas das peças produzidas pelas Produtoras.
46. Segundo relatório da Motion Pictures Association, com a Pandemia de COVID-19, houve um crescimento mundial de 26% nas assinaturas de plataformas de *streaming*, com um aumento da receita em 34% entre 2019 e 2020 [MPA, 2021, p. 12]. Inclusive, nesse período no Brasil, o Instituto Qualibest, por meio da pergunta “qual serviço você pretende adquirir ou já adquiriu para ajudar a passar o tempo em quarentena?”, recebeu 42% de respostas relacionadas à aquisição de aplicativos de vídeo [Qualibest, 2020]. Especificamente em Lalaland, de 2019 a 2021, houve um crescimento de mais de 100% no número de usuários finais cadastrados na plataforma da Bubbles [Anexo 01, §17].
47. Em uma análise de SWOT (*strengths, weaknesses, opportunities and threats*) de marketing, ao ocorrer o crescimento do mercado (oportunidade), ou a valorização do produto (força), conforma-se cenário de potencial de maximização de resultados econômicos, os quais ensejam reestruturações negociais [Paixão, 2008, p. 105-109]. Em uma perspectiva inversa, também o aumento do preço pode ser uma estratégia econômica, ao influenciar o mercado na percepção do aumento do valor do produto [Kotler, 2021, cap. 6].
48. Essa alteração negocial, nos contratos, ocorre em função da quebra da sua base objetiva; ou seja, do rompimento da tensão entre a expressão das vontades das partes e a realidade econômica em que se insere [Couto e Silva, 2011, p. 5]. Essa quebra ocorre no momento em que as circunstâncias fáticas relativas à fase do nascimento dos deveres se alteraram, perturbando o equilíbrio econômico-financeiro entre as suas prestações [Nery Jr., 2002, p. 10; Couto e Silva, 2006, p. 43-44; Borges, 2016, p. 24; Martins-Costa, Costa e Silva, 2020, p. 177-178]. Nos casos em que a quebra ocorre por motivos involuntários às partes, sob o princípio da boa-fé objetiva, a revisão do contrato deve ocorrer em função da pretensão de proporcionalidade entre elas, independentemente de qualquer cláusula expressa [art. 422, CC, Couto e Silva, 2011, p. 4; Ruy Rosado, 2012, p. 502].

49. *In casu*, com o decorrer da pandemia, há o evidente crescimento dos mercados de *streaming* em Lalaland, inclusive com a valorização do consumo de óperas e espetáculos circenses *on demand* distribuídos pelas Agregadoras [*Caso*, §§12, 18]. Os números da Bubbles em relação aos seus novos usuários, conforme respostas aos ofícios emitidos pelo LalaCADE, tornam-se relevantes nesse cenário quando em comparação com os de outras Agregadoras, como os da Inova. Em 2019, a Bubbles detinha 1.245.000 usuários signatários, e a Inova, 630.000 [*Anexo 01*, §16-17, 21-22]. Em 2021, a Bubbles já passara a ter 3.050.000 usuários signatários, enquanto a Inova, 1.220.000 [*Anexo 01*, §16-17, 21-22]. Em outras palavras, durante a pandemia, a Bubbles conquistou 3 (três) vezes mais a quantidade de usuários que a Inova, detendo também mais que o dobro de assinaturas que esta.
50. Isso apenas foi possível, pois, nesse período, a Bubbles se dedicou à promoção de melhorias e de capacitação a produtoras contratantes, a fim de que a demanda crescente de usuários finais não fosse frustrada pelas barreiras impostas pela pandemia [1.3., *acima*]. Veja-se, por exemplo, as declarações da (i) Macies e da (ii) Baccio relativas, respectivamente aos ofícios 05 e 08/2021 da SG neste Processo Administrativo: (i) Macies: “*A entrada da Bubbles alterou completamente nossa operação e conseguimos alavancar a produção do nosso conteúdo de maneira substancial, mesmo em tempos de pandemia. Além da possibilidade de realizar uma divulgação em massa, recebemos uma série de incentivos para melhorar o conteúdo produzido, capacitar nossos artistas e, de fato, profissionalizar a produção do nosso conteúdo*” (grifo nosso); (ii) Baccio: “*A Bubbles revolucionou o mercado de ópera em Lalaland, aumentando o interesse da audiência nacional nesse tipo de produto artístico e possibilitando que produtoras como nós pudessem enfrentar barreiras comerciais geradas em razão da pandemia*” (grifo nosso) [Tabela 01].
51. Ademais, o fato de a receita recebida pela Bubbles relativa à publicidade de óperas e espetáculos veiculados por meio da sua plataforma ter passado de 2% para 22% em tal período [*Caso*, §10; *Anexo 01*, §16-17], evidencia o quanto as Produtoras perceberam o valor da Representada em Lalaland. Nesse contexto, em abril de 2020, a Bubbles também repactuou com as Produtoras aumento do seu percentual comissional respectivo à distribuição das peças produzidas por estas [*Caso*, §4º; *Anexo 01*, §4º].
52. Esse aumento consubstanciou-se, portanto, em uma revisão necessária da porcentagem devida a cada parte (Bubbles e produtoras contratantes) relativa à venda desses produtos. Isso, porque, a Bubbles, pela influência da Pandemia na economia e no comportamento dos consumidores de Lalaland, passa a desempenhar um papel mais valioso em uma estrutura econômica diversa daquela do momento da pactuação das comissões iniciais. Logo, em uma quebra da base contratual, para o reequilíbrio prestacional, o maior percentual à Bubbles é economicamente justificado.

53. Além disso, entende-se que a marca, enquanto elemento de empresa, é um bem incorpóreo do estabelecimento – projeção patrimonial da empresa –, dotada de poder de aumentar a clientela [art. 1.142, CC; De Lucca, Domingues, 2009, p. 12, 15-16, 27; Arnoldi, 2003, p. 1]. A despeito de ser bem incorpóreo, a marca é capaz de aferir maior valor patrimonial ao estabelecimento que os seus bens corpóreos. [De Lucca, Domingues, 2009, p. 32; Silveira, 2011, p. 15]. Enquanto propriedade industrial – espécie da propriedade intelectual –, a marca também é um valor-signo capaz de, em face da concorrência, identificar e individualizar a empresa diante dos consumidores e fornecedores [Arnoldi, 2003, p. 2]. Não obstante, enquanto propriedade intelectual, ela é garantidora da concorrência honesta, expressão da liberdade econômica e alicerce à livre-concorrência [Carvalho, 2016, p. 15-16; Cerqueira, 2010, p. 88-89].
54. Assim, o crescimento da clientela da Bubbles, de maneira mais expressiva do que o de outras agregadoras, em função da expansão do mercado de *streaming* em Lalaland devido à Pandemia, resulta no aumento do seu valor enquanto Agregadora. Por consequência, inicia-se um processo de valorização da sua marca. Isso faz com que mais produtoras almejem negociar com ela, pois significa vender seus produtos a um maior número de usuários. Esses fatores endossam a racionalidade econômica por detrás do aumento da comissão cobrada pela Bubbles. Ainda, o aumento do número de Produtoras cadastradas amplia o catálogo de peças disponibilizadas na plataforma, o qual, inclusive, cresceu cerca de 30% de 2019 a 2021 [Anexo 01, §16-17]. Por fim, a diversificação do catálogo aumenta as chances de mais usuários assinarem com a Bubbles, expandindo a sua clientela. Esse cenário cíclico de valorização da marca, então, justifica o aumento da comissão da Bubbles, e pode ser observado no esquema abaixo.



55. Por conseguinte, com a expansão do mercado de *streaming*, em dependência às medidas tomadas pela Bubbles, há racionalidade econômica ordinária desta em aumentar o seu percentual comissional. Ademais, as produtoras contratantes continuam recebendo a maior parte da receita advinda do *pay per view*, qual seja, em um percentual de 70%.

### 3.2. NÃO HÁ INDÍCIOS DE FORMAÇÃO DE CARTEL PELA BUBBLES

56. O alegado alinhamento quanto ao percentual de comissão cobrado pelas Agregadoras, de fato, não ocorreu. Assim como já concluiu a SG, após investigação processual, não há qualquer indício razoável para se afirmar a respectiva coordenação de condutas. Ademais, resta justificada econômica e juridicamente a conduta da Bubbles, que, ademais, foi tomada de maneira precursora e individual.
57. A simples similaridade de condutas dos agentes, ainda que em um movimento consciente, não constitui elemento suficiente para a constatação de conluio [Turner, 1962, p. 655; Gaban, Domingues, 2012, p. 193; CADE, 2010, p. 15]. Para a efetiva caracterização de cartel, além das condutas comerciais paralelas, deve haver fortes indícios probatórios de um acordo entre os concorrentes; isto é, de um “*paralelismo plus*” [Gaban, Domingues, 2012, p. 196; Forgioni, 2020, p. 364-365; Silveira, 2021, p. 186]. Esse paralelismo, quando sob racionalidade econômica com finalidade não anticoncorrencial, mas apenas como uma resposta à situação de mercado, afasta a configuração de prejuízo ao Mercado Relevante e, conseqüentemente, o caráter ilícito dos atos praticados [SDE vs. Santber, 2011; Gaban, Domingues, 2012, p. 182; Forgioni, 2020, p. 130].
58. Assim, apenas quando for satisfeito todo o suporte fático [Pontes de Miranda, t.1., 2012, p. 84], composto por (i) conduta comercial paralela entre agentes, (ii) coordenada por acordo entre eles, (iii) de modo anticompetitivo, é que haverá incidência do art. 36 da LDC, e, então, possível condenação de agentes por colusão [Forgioni, 2020, p. 351; Gaban, Domingues, 2012, p. 180, 185]. Além disso, as condutas sob análise devem produzir “*efeitos líquidos negativos*” relevantes ao mercado [art. 45, LDC, V, VI; Caio Mário; Casagrande, 2016; p. 51].
59. No caso, a adoção de percentual comissional de 30%, por parte da Bubbles, significa apenas uma resposta inerente e ordinária à sua situação no mercado de *streaming*, de maneira a equalizar a sua participação nos negócios com as produtoras contratantes [3.1., acima]. O fato de a Inova ter adotado o mesmo percentual comissional da Bubbles posteriormente [Caso, §12] não significa que as Representadas coordenaram essa reestruturação comercial. Isso, porque a Bubbles o fez sob racionalidade unilateral, responsiva ao movimento do consumidor, e não anticoncorrencial, uma vez que o paralelismo não se originou de um acordo entre as Representadas.
60. Outrossim, em razão da natureza sancionadora do processo administrativo instaurado pela SG visando à apuração de formação de cartel, por meio do qual se procede à investigação de conduta penalmente tipificada, impõe-se que sejam observados os princípios constitucionais e processuais-penais na análise das provas [art. 1º, art. 36, caput, §3º, I, LDCL; art. 4º, I, Lei 8.137/90; ME CADE, 2019; Gilberto, 2008, p. 53-54]. Logo, a comprovação da existência de cartel é de encargo dos do

órgão acusatório antitruste [*SDE vs. Frigorífico Independência*, 2017]. Para mais, dos princípios da presunção da inocência, contraditório e ampla defesa, infere-se que a condenação pela prática de cartel deverá ser fundada em provas irrefutáveis da sua ocorrência [*Gaban*, 2010, p. 4].

61. Especificamente, quanto à denúncia da Consumidores Online, a SG constatou que não foi juntada qualquer evidência de conluio [*Anexo 01*, §55]. E, após a SG proceder a uma "*meticulosa instrução probatória*" [*Anexo 01*, §56], nada encontrou em relação à Bubbles para conclusão de formação de cartel, tendo reconhecido a inexistência de indícios de infração à ordem econômica, com sugestão de arquivamento do procedimento [*Anexo 01*, §86].
62. Nessa senda, a participação da Bubbles e da Inova na Feira Bienal de Mercados Digitais [*Anexo 01*, §64] não sustenta conclusão de que as Representadas tenham coordenado as suas condutas, seja de forma expressa ou tácita. O evento teve cunho educacional, e não negocial, com objetivo de proporcionar aos participantes conhecimentos sobre negócios no mercado digital [*Caso*, §65].
63. Os fundamentos para a denúncia da Consumidores Online desconstroem-se à medida que os fatos são analisados. A Inova era também produtora na plataforma da Bubbles [*Caso*, §46] e, nessa condição, esta tinha acesso aos percentuais cobrados por aquela. Dessa maneira, é equivocado supor-se que o fato das comissões não serem públicas indicaria a existência de acordo prévio entre as Representadas [*Anexo 02*, §55]. Em adição, considerando que a Bubbles e a Inova participavam de mesmas entidades comerciais [*Anexo 01*, §55], não há impedimento à comunicação lícita entre as Representadas a respeito das suas situações comerciais [4., *abaixo*].
64. Para mais, diante da negativa do administrado em cumprir determinação de disponibilizar acesso aos seus dados telefônicos, deverá o Superintendente-Geral, por meio da Procuradoria Federal Especializada junto ao LalaCADE, requerer expedição de mandado judicial para os acessar [*art. 13, VI, d, LDCL; CADE*, 2017, p. 26; *CADE*, 2010, p. 16]. Assim, dada a legitimidade da recusa do administrado à produção probatória, não devem incidir as multas aplicadas pelo LalaCADE [*art. 13, VI, a, art. 40, art. 43, LDCL; Queijo*, 2012, p. 25; *Malaquias*, 2014, p. 2; *Sundfeld*, 2013, p. 14]. Isso, porque o acesso aos dados telefônicos, por meio da quebra de sigilo, pode ensejar verdadeira invasão de privacidade [*art. 5º, XII, LXIII, CF; Gilmar Mendes*, 2018, p. 292; *Brasileiro*, 2016, p. 821].
65. *In casu*, por meio dos ofícios n.º 35 e 39/2021 enviados aos Diretores da Bubbles, foi requerido que fossem apresentadas as suas comunicações telefônicas [*Anexo 01*, §76]. Diante da requisição, os Diretores da Bubbles prontamente contataram a companhia telefônica *Call Me*, a fim de requisitar acesso aos dados detidos pela operadora para que pudessem compartilhá-los [*Anexo 01*, §77]. Isso demonstra o comportamento cooperativo por parte dos Diretores em relação à investigação em andamento, estando a negativa em disponibilizar as suas conversas por aplicativos

de mensagens assentada no direito à manutenção de suas negociações privadas em sigilo [*Anexo 01, §80*].

66. Dessa forma, aquilo que a Consumidores Online suspeitou tratar de combinação horizontal de comissões entre a Bubbles e a Inova prefigurou, em realidade, uma mera similaridade de condutas, sem qualquer concerto prévio entre as Representadas. O aumento comissional da Bubbles, foi realizado individual e justificadamente. Com efeito, fato é que não há prova idônea e conclusiva de qualquer ação anticompetitiva praticada pela Bubbles, tal como já concluiu a Ex.<sup>ma</sup> SG.
67. ANTE O EXPOSTO NO PONTO 3., requer-se o arquivamento da denúncia à formação de cartel em relação à Bubbles.

#### 4. A BUBBLES NÃO INDUZIU O ALEGADO BOICOTE COLETIVO

68. A Bubbles não incentivou a adoção de conduta comercial uniforme em um boicote coletivo à Sieste e as provas indiciárias apresentadas não são capazes de demonstrar o contrário. A comunicação entre empresas do mesmo ramo de atividade, no caso, é lícita e trivial no meio empresarial. Para mais, a tentativa de aumento de preços perpetrada pelas produtoras Operrá, French Toast e Madeleine é fruto de ação racional, motivada única e exclusivamente pela análise das dinâmicas do mercado de produções culturais de Lalaland, sem qualquer coordenação da Representada.
69. A mera existência de paralelismo de ações entre *players* não possui o condão de comprovar a existência de condutas colusivas [*ABIP vs. ABRAS; MP/ES vs. Postos de combustíveis*]. Isso, porque a semelhança das condutas pode decorrer de *resposta racional* dos agentes econômicos a determinado incentivo do mercado, não havendo, necessariamente, colusão entre eles e caracterização de ilícito anticoncorrencial [*Forgioni, 2020, p. 138 n.m.s; Gaban, Domingues, 2012, p. 185 e 193; Silveira, 2021 p. 181; Salomão Filho, 2021, p. 454*]. Para que haja a configuração de uma infração à ordem econômica, o *standart* probatório deve não apenas ser suficiente para demonstrar onexo causal entre a suposta conduta colusiva e o resultado lesivo à concorrência, mas também para afastar outras explicações racionais para as provas produzidas e para o comportamento dos agentes, que não uma finalidade anticompetitiva [*CNA et al vs. Friboi et al*].
70. Ademais, a troca de informações e comunicações entre empresas verticalmente relacionadas são práticas corriqueiras no meio comercial e, por si só, são incapazes de produzir riscos ao ambiente concorrencial [*Salomão Filho, 2021, p. 450-451; Bagnoli, 2006, p. 3*], podendo propiciar, por exemplo, a obtenção de dados que auxiliem na otimização de suas estratégias comerciais, prevejam a demanda e controlem seus estoques [*Monteiro, 2013, p. 5; Mazzucato, 2018, p. 44; Da Silva, 2012, p. 7; Coelbo, 2006, p. 1*]. À título exemplificativo, a prática de elevação de preços pode decorrer de um

processo natural do mercado, decorrente do aumento da procura dos consumidores pela mercadoria [Smith, 2017, p. 400; Nusdeo, 2015, p. 238], o que não torna a conduta, por si só, anticompetitiva.

71. *In casu*, ao contrário do que alega a SG, as provas apresentadas são meramente circunstanciais. Quanto à Evidência 01, a presença da sigla “B&I” no nome da tabela de precificação enviada pelo Diretor-presidente da Opéra não é suficiente para indicar a participação da Bubbles em prática colusiva. Ao inferir que “B&I” significava “Bubbles e Inova”, a SG ignorou outras hipóteses igualmente prováveis, como, por exemplo, “Budget & Incomes”, termo comumente adotado no meio empresarial, o que coincide com o fato de que o e-mail abordava discussões de orçamentos e receitas relacionados a uma política de preços já adotada no Mercado da Produtoras [Anexo 01, §94].
72. De igual modo, em relação à Evidência 02, a SG sustenta que a mera circunstância de os preços sugeridos pelas produtoras serem iguais àqueles praticados pela Bubbles configuraria prática de conduta colusiva pela Representada [Anexo 01, §93]. Contudo, ignora o fato de que os preços constantes na plataforma da Bubbles, para a aquisição via *pay-per-view*, são informações públicas que constam no site da empresa, estando facilmente acessíveis para qualquer consumidor e produtor-terceiro [Anexo 01, §93].
73. No caso *ABAV vs. Companhias Aéreas*, o CADE arquivou denúncias por prática de infração à ordem econômica consistente em prática colusiva entre as representadas, a qual visava reduzir simultaneamente a remuneração às agências de turismo pela venda de pacotes de viagens com passagens aéreas. De igual modo, no processo *SDE vs. Fabricantes de Papel*, o CADE arquivou denúncia de conduta colusiva alegadamente consistente na redução simultânea da metragem de rolos de papel higiênico, sem que houvesse correspondente diminuição dos preços, por parte dos maiores *players* do setor. Entre as razões que fundamentaram ambos os arquivamentos, destacou-se a ausência de provas diretas ou indiciárias suficientes para indicar que o paralelismo comportamental observado efetivamente decorria de um acordo entre as representadas.
74. Nos casos citados, as provas indiciárias existentes, a dizer, tabelas de preços idênticas, comunicados enviados a agências ou distribuidores, de forma simultânea e em curto período de tempo, entre outras coincidências, foram considerados insuficientes para concluir pela existência de entabulação de acordo entre as representadas [*ABAV vs. Companhias Aéreas*; *SDE vs. Fabricantes de Papel*]. Prevaleram, portanto, as explicações mais razoáveis para a semelhança de condutas observada, decorrente de movimento natural do próprio mercado, quais sejam: (i) a necessidade de readequação financeira das companhias áreas, com a redução da remuneração paga às agências de

turismo, em razão da crise enfrentada no setor; (ii) a adoção do padrão mundial na fabricação dos rolos de papel higiênico (com metragem de 30 metros, em vez de 40 metros) [*ABAV vs. Companhias Aéreas*; *SDE vs. Fabricantes de Papel*]. Isso, pois, para que se possa afirmar a ocorrência de prática colusiva, é necessária a demonstração de efetivo acordo entre os agentes, com a constatação de possíveis represálias em caso de não cumprimento entre os participantes, não bastando o mero paralelismo de condutas [3.2., *acima*; *Fração*, 2017, p. 449; *Gaban, Domingues*, 2012, p. 190-191].

75. No caso em comento, ao contrário do que alegado pela SG, a Evidência 03 sugere a existência de comunicações corriqueiras e ordinárias entre empresas verticalmente relacionadas, nas quais houveram discussões acerca das perspectivas para as vendas de óperas francesas [*Evidência 03*]. No e-mail, a Bubbles estava tão-somente manifestando a sua preocupação com o decréscimo nas vendas, assunto de interesse comum às produtoras que comercializam na sua plataforma [*Evidência 03*]. No ponto, cabe referir que, no modelo de negócios da Bubbles, são as Produtoras que estabelecem, a partir de análise prévia e independente do mercado, o preço final de seus conteúdos, sendo cobrada pela plataforma apenas um percentual sobre o valor total da operação, em contrapartida à disponibilização do espaço virtual para venda [*Caso*, §16].
76. De fato, as tabelas revelam a identidade das condutas da Operrá, French Toast e Madeleine no que se refere às decisões relativas ao aumento dos preços de suas óperas. Não se pode ignorar, todavia, que o mercado de *streaming* em Lalaland estava em plena expansão, a qual foi impulsionada pela pandemia de COVID-19 e respectiva mudança dos hábitos de consumo [3.1., *acima*]. Nesse sentido, grandes *players* internacionais do mercado de entretenimento, como Netflix, Disney Plus e Amazon Prime Video, tiveram expressivo crescimento no faturamento durante a vigência da crise sanitária [*Faughnder*, 2020; *Castro*, 2021; *Thomas*, 2020].
77. Dessa forma, tem-se que, em razão do crescimento da demanda [*Caso*, §18], é natural que haja a elevação dos preços cobrados pelas produtoras, as quais objetivam maximizar suas receitas e efetivar os lucros potenciais com o aumento do consumo das peças. Logo, há justificativas econômicas suficientes para que as produtoras demandassem, simultaneamente, um acréscimo nos valores das óperas junto à Sieste, sem que isso seja considerado uma infração à ordem econômica [*Evidência 02*].
78. Em adição, no caso *Toca vs. Intelbras*, o CADE sedimentou o entendimento de que a política de preços sugeridos não tem o condão de gerar efeitos anticoncorrenciais, uma vez que o distribuidor permanece livre para estabelecer seus preços de acordo com sua estratégia comercial. Em outras palavras, entende-se que a sugestão de preços por parte dos produtores não vincula os distribuidores, não sendo essa sugestão, por si só, ilícita.

79. Em verdade, tem-se uma troca de e-mails em que se verifica a mera preocupação da Representada quanto aos preços demasiadamente baixos da Sieste; troca essa que não acarreta compartilhamento de informações antes desconhecidas; troca essa que não possui elementos dos quais logicamente se possa presumir que exista um acordo de combinação de preços. Tanto isso é verdade que, ao se analisar a sequência de eventos posteriores aos e-mails, conjuntamente com os dados da Tabela 01, constata-se que, ao menos, até a data de 19.05.2021, as produtoras continuaram distribuindo a maior parte do seu conteúdo na plataforma da Sieste (70% no caso da Ópera, 55% no caso da French Toast e 60% no caso da Madeleine) [Tabela 01].
80. Disso se deduz que, como a Sieste não informou, em nenhum momento, ter aumentado os valores cobrados em sua plataforma, as ameaças perpetradas pelas produtoras nos e-mails, eram vazias e que os preços sugeridos não eram vinculativos. Ademais, não se verificou a existência de represálias entre os participantes do suposto acordo, posto que a Bubbles continuou exibindo as peças da Operrá, da French Toast e da Madeleine em sua plataforma, fato esse que endossa a conclusão por inexistência de conduta colusiva.
81. Ao se ignorar o contexto existente e a racionalidade dos agentes envolvidos, interpretando-se as provas indiciárias a partir de suposições, corre-se o risco de prolação de decisão passível de desconstituição na seara judicial. Foi o que aconteceu no caso CADE *vs.* Farmacêuticas, em que o TRF-1 manteve decisão que desconstituiu acórdão do CADE por nulidade material, sob o fundamento de que a condenação das representadas, por formação de cartel, ocorreu sem qualquer lastro probatório. Entendeu-se que, muito embora, teoricamente, existisse motivação para o conluio entre as empresas, as provas existentes, como reuniões presenciais ou troca de e-mails, eram insuficientes para a evidenciar a colusão com a finalidade de restringir a comercialização de medicamentos genéricos no país.
82. *In casu*, além de não de sido comprovada a existência de acordo entre os envolvidos, com a existência de sanções em caso de não cumprimento, por exemplo, a SG também não comprovou a participação da Bubbles no paralelismo de condutas entre as produtoras. Na melhor das hipóteses, poder-se-ia argumentar que quem induziu essas produtoras foi a Inova, já que as Evidências 06, 07, 08 e 09 demonstram que, em verdade, o Diretor Comercial da Inova estaria coordenando a conduta destas, objetivando uma retaliação à Sieste [Caso, §25]. Para mais, é incontroverso que as notificações extrajudiciais enviadas pelas produtoras à Sieste foram originalmente criadas em uma máquina vinculada à Inova e ao usuário “tstark”, conforme análise de metadados dos arquivos PDFs anexados aos e-mails encaminhados.

83. Portanto, constata-se que não teve a Bubbles nenhuma gerência na alegada prática de incentivo ao boicote coletivo [*Anexo 01*, §105]. Não se pode ignorar, ainda, que a Inova teria razões econômicas ilícitas para coordenar conduta colusiva, qual seja, uma tentativa desesperada de aumentar a participação no mercado e soerguer a empresa, a qual se encontra em recuperação judicial [*Esclarecimento*, §7º; *Caso*, §25].
84. Não se verifica, portanto, o alegado boicote coletivo, não tendo a Bubbles coordenado as produtoras ou incentivado a adoção de conduta uniforme. De fato, provas produzidas indicam a existência de paralelismo de ações no que toca à política de preços das produtoras. Por outro lado, são frágeis, dúbias e insuficientes para evidenciar a existência de participação da Bubbles em condutas colusivas, o que justifica o arquivamento das denúncias.
85. ANTE O EXPOSTO NO PONTO 4. requer-se o arquivamento das denúncias contra a Bubbles por conduta comercial uniforme de incentivo ao boicote coletivo.

## CONCLUSÕES E PEDIDOS

86. Restou demonstrado que a Representada não cometeu ilícitos anticoncorrenciais, razão pela qual todas as denúncias merecem ser arquivadas. Em primeiro lugar, a Bubbles não detém Posição Dominante no Mercado da Publicidade Online, a cláusula de exclusividade que adota com algumas produtoras serve para a proteção a investimentos realizados e a atuação da Bubbles favorece a entrada e o desenvolvimento de produtoras e agregadoras. Em segundo, a cláusula MFN que pactua não é eficaz, entretanto, se o fosse, significaria reforço à proteção dos seus investimentos e, ainda, colaboração com à redução dos custos de transação da Bubbles com as produtoras contratantes. Em terceiro, o aumento do seu percentual comissional traduz-se em estratégia econômica ordinária que, em um processo de valorização de sua marca, também colabora com a superação da crise gerada pela pandemia de COVID-19, em benefício das Produtoras. Por fim, em quarto, as produtoras Operrá, Madeleine e French Toast agiram guiadas pelas condições de mercado, sem qualquer coordenação por parte da Representada.

87. Ante o exposto, a Bubbles requer o arquivamento do processo no que tange à:

- i. acusação de prática de discriminação, recusa de contratar e *self-preferencing* (art. 36, incisos I a IV c/c §3º incisos III, IV, VI e XVIII);
- ii. imposição de cláusula MFN abusiva (art. 36, caput c/c §3º, incisos II e IX da LDCL);
- iii. formação de Cartel com a Inova (art. 36, I, §3º, I, a, da LDCL); e
- iv. indução ao boicote coletivo à Sieste (art. 36, §3º, inciso IV).

Termos em que se pede deferimento.

Lalaland, 19 de setembro de 2021.

Equipe n.º 115