

I Competição de Direito Concorrencial WICADE



WICADE

I Competição de
Direito Concorrencial

EQUIPE N° 102

MEMORIAL DA REPRESENTADA BUBBLES

Setembro de 2021

ÍNDICE

ÍNDICE	2
SÍNTESE FÁTICA	3
PRELIMINARES AO MÉRITO	4
MÉRITO	5
I. MERCADO RELEVANTE DE ATUAÇÃO DA REPRESENTADA.....	5
II. PROIBIÇÃO DE ANÚNCIOS/INFORMAÇÕES SOBRE OFERTA DOS PRODUTOS NA PRÓPRIA PLATAFORMA	6
a) Da racionalidade econômica	7
b) Da discriminação, da recusa de contratar e da proibição de informação sobre aquisição direta dos conteúdos na plataforma dos detentores de direitos.....	7
c) Da criação de dificuldades à entrada e ao funcionamento de concorrentes.....	8
d) Do <i>self-preferencing</i>	10
III. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE.....	10
IV. CLÁUSULA DE PARIDADE	13
V. INEXISTÊNCIA DE CÁRTEL TÁCITO	15
VI. AUSÊNCIA DE BOICOTE.....	19
PEDIDOS	22
REFERÊNCIAS	23

AO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DO LALACONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA DE LALALAND

VERSÃO PÚBLICA

Processo nº 12345.678901/2021

BUBBLES, já qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente, por meio de seus advogados, apresentar

MEMORIAIS

com fundamento na legislação concorrencial e no Regimento Interno do LaLaCADE, conforme se passa a expor.¹

SÍNTESE FÁTICA

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado em razão de denúncia realizada por CONSUMIDORES ONLINE, SIESTE e PRODUTORES UNIDOS JAMAIS SERÃO VENCIDOS S/C em face de BUBBLES.
2. Em fevereiro 2019, a BUBBLES, doravante denominada REPRESENTADA, iniciou suas atividades em Lalaland sendo pioneira no mercado de streaming de óperas e espetáculos circenses. Em seu modelo de negócio, usuários finais utilizam a plataforma gratuitamente, entretanto, pagam pelo consumo de conteúdos que decidiam adquirir. O conteúdo veiculado na plataforma da REPRESENTADA se compõe tanto do original produzido pela Prodububbles, produtora pertencente ao mesmo grupo econômico da REPRESENTADA, quanto dos conteúdos produzidos por plataformas terceiras. As compras realizadas junto a produtores terceiros pela plataforma da REPRESENTADA ensejam comissão a esta, e, descontado este valor, o restante é então repassado às produtoras.
3. O valor da referida comissão sofreu reajustes no primeiro semestre de 2021, o que aconteceu naturalmente em respostas a mudanças no mercado (Pandemia COVID 19) que resultaram na alteração da estratégia comercial da REPRESENTADA.
4. A REPRESENTADA também oferece em sua plataforma o serviço de publicidade que pode ser

¹ Para a construção da presente defesa o caminho argumentativo do memorial se pauta nos critérios básicos da Resolução nº 20 – Parcialmente revogada pela Resolução nº 45 – em especial os Anexos ali referidos: <<https://bit.ly/3CpRPng>>. Acesso em 19/09/2021.

utilizado para propagandas de títulos em geral. Em um primeiro momento esse espaço era dedicado também para que concorrentes pudessem anunciar seus serviços de forma ampla, o que, após detida análise se provou não ser vantajoso para a REPRESENTADA. Por esse motivo, a REPRESENTADA decidiu proibir a veiculação de anúncios sobre produtos que não estavam disponibilizados na plataforma da Bubbles, bem como, anúncios sobre plataformas concorrentes. Foi proibida também a possibilidade de divulgação de compra de títulos diretamente nas plataformas detentoras de direitos, o que evidentemente prejudica as atividades da REPRESENTADA. Da mesma forma decidiu não permitir que as plataformas terceiras que eram anunciantes em seu canal próprio oferecessem condições mais vantajosas de aquisição em suas plataformas ou plataformas terceiras de concorrentes.

5. Em 2021, a REPRESENTADA foi citada por denúncia apresentada ao LalaCADE, em razão de suposta prática de condutas anticompetitivas. Entretanto, como se restará comprovado a seguir, razão não assiste a nenhuma das denúncias.

PRELIMINARES AO MÉRITO

6. De acordo com o regimento interno do LalaCADE (art. 147², III) o despacho que instaura o processo administrativo deve indicar os preceitos legais relacionados às supostas infrações. No caso concreto, a Superintendência-Geral do LalaCADE (“SG LalaCADE”) ao imputar a conduta de abuso de posição dominante à REPRESENTADA instaurou o processo administrativo com base no art. 36, incisos I, a IV, e §3, incisos III, IV, V, IX, X, XI e XVIII, todos da lei 12529/2011.

7. Acontece que, nas considerações finais do relatório, se indicou o inciso II³ do art. 36 §3, por adoção de prática comercial uniforme, para a cláusula de paridade. O que se observa é que este inciso não estava entre os dispositivos que embasaram a instauração do processo. Ora, foram indicados preceitos no despacho de instauração, mas se sugere a condenação com base em outro dispositivo, o que não é admitido pelo regimento interno do LalaCADE.

8. Diante do exposto, pugna-se pela desconsideração do Art. 36 §3, inciso II, no momento de analisar as condutas imputadas à REPRESENTADA.

² Art. 147. Do despacho que determinar a instauração do processo administrativo, deverão constar os seguintes elementos: I - indicação do representado e, quando for o caso, do representante; II - enunciação da conduta ilícita imputada ao representado, com a indicação dos fatos a serem apurados; III - indicação do preceito legal relacionado à suposta infração; (...)

³ II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

MÉRITO

I. MERCADO RELEVANTE DE ATUAÇÃO DA REPRESENTADA

9. A REPRESENTADA atua em dois mercados relevantes distintos sob a dimensão do produto: (i) mercado de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses no formato *on demand* ou através de assinatura e (ii) no mercado de produção das obras artísticas na figura de Produtora de conteúdo. Quanto à dimensão geográfica, a atuação da REPRESENTADA restringe-se no âmbito nacional do Estado de Lalaland para os mercados relevantes materiais descritos.

10. A REPRESENTADA, conforme descrito pelo LALACADE, possui um modelo de negócios em que os usuários finais se utilizam da plataforma (disponível nas versões *desktop* e *mobile*) gratuitamente, mas pagam pelo conteúdo que decidem adquirir (*pay-per-view*). Alguns eventos, especialmente óperas, estão disponíveis para compra por pacote (com aplicação de desconto) ou por espetáculo individual⁴. Dessa forma, como pode ser percebido, a operacionalização de seus negócios ocorre no formato virtual, podendo ser considerada, então, um mercado digital.

11. As interações e particularidades das plataformas digitais implicam uma nova dinâmica do mercado, que possui novos elementos influenciando a atuação de todos os agentes nele inseridos. Particularidades como efeitos de rede, diretos e indiretos, economias de escala, inovações disruptivas e custos de troca específicos modificam a dinâmica dos mercados digitais frente aos mercados tradicionais⁵.

12. Neste sentido, derivada dos efeitos de rede positivos indiretos, uma das principais características do mercado digital que a REPRESENTADA atua consiste na multilateralidade das plataformas. Essa multilateralidade, chamada de “*two-sided markets*” ou “*multi-sided markets*” por Rochet e Tirole⁶, define que uma plataforma, ou mercado multilado, pode ser assim considerado se, **para além de conectar lados distintos, contar com estrutura de negociação ou interação intermediada rentável e interessante para os ambos os lados envolvidos**⁷.

13. Os lados interligados destes mercados em específico contam, costumeiramente, com uma tríade

⁴ Nota Técnica (“NT”), item 4, p.3.

⁵ Caderno de Mercado de Plataformas Digitais, 2021, CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: [12/09/2021].

⁶ ROCHET, Jean Charles.; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*. Vol. 1, N. 4 Junho de 2003. Págs. 990-1029. Disponível em: <https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>. Acesso em: [12/09/2021].

⁷ O documento de trabalho “Market Power of Platforms and Networks” do *Bundeskartellamt*, órgão de defesa da concorrência alemão, prevê a definição de “plataformas digitais”, para o significado econômico do termo, é imprescindível para a verificação de mercado multifacetado, a análise de característica central de conexão de usuários entre si ou usuários e fornecedores, e frisa ainda que grande parte de mercados digitais não são, necessariamente, plataformas digitais, atuando de forma aproximada ao mercado tradicional. Disponível em: <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/bundeskartellamt-publishes-working-paper-market-power-platforms-and-networks>. Acesso em: [12/09/2021].

composta entre (i) o distribuidor de conteúdo (plataformas de streaming), (ii) os produtores de conteúdo (em específico no caso, Produtoras de óperas e espetáculos circenses) e (iii) os consumidores finais (CF).

14. Todavia, o LalaCADE tem consolidado o entendimento de que o mercado de plataformas digitais de distribuição de conteúdo apresenta desafios em sua total delimitação. “*Em especial, os mercados de atuação da empresa estão em constante mudança, com ameaça frequente da entrada de novos players e mudança do escopo de atuação de seus concorrentes, sendo desafiador estabelecer um limite preciso no que diz respeito às fronteiras da concorrência neste*”.⁸

15. Dessa forma, consoante com o entendimento da SG de LalaCADE, para além do mercado de distribuição de conteúdo em que a REPRESENTADA atua, há também o desdobramento do mercado material de produção de conteúdo. De modo que a REPRESENTADA constitui um agente econômico essencial em ambos.

16. A REPRESENTADA, então, atua em um segundo mercado, especializado em produção das obras artísticas (roteirização, gravação, edição entre outras diversas etapas), o qual é centrado na produção de conteúdo original por parte da “ProduBubbles”, produtora pertencente ao mesmo grupo econômico da REPRESENTADA. Conforme apontado pelo LalaCADE⁹, esse mercado também é mercado pela existência de uma concorrência em potencial e de um efetivo *multi-homing*.¹⁰

17. Deste modo, o mercado relevante de produção de conteúdo é centralizado na relação entre as próprias produtoras terceiras de óperas e eventos circenses, as quais se utilizam das plataformas agregadoras para comercialização destes produtos enquanto o mercado de distribuição é aquele composto pelas plataformas de *streaming*, aqui incluso a REPRESENTADA.

II. PROIBIÇÃO DE ANÚNCIOS/INFORMAÇÕES SOBRE OFERTA DOS PRODUTOS NA PRÓPRIA PLATAFORMA

⁸ Item 26, p. 29, NT.

⁹ Item 36, p. 20 NT.

¹⁰O mercado *multihoming* ocorre quando os consumidores de um ou vários lados de um mercado tem a possibilidade de utilizar mais de uma plataforma. “Segundo o Evans, a maioria das plataformas enfrentam concorrência em ao menos um de seus lados. Por exemplo, no mercado de cartões de crédito, é comum que consumidores possuam mais de um cartão de diferentes bandeiras, assim como estabelecimentos costumam aceitar múltiplas bandeiras, um exemplo de *multihoming* nos dois lados da plataforma. Por outro lado, no caso de consoles de videogames, é comum que os consumidores possuam apenas um aparelho, embora os desenvolvedores de jogos forneçam para vários fabricantes, um exemplo de *multihoming* apenas de um lado.” – (Brasil- Conselho Administrativo de Defesa Econômica- Cade. Anexo ao Parecer 24/2017/CGAA2/SGA1/SG. processo 08700.004431/2017-16.)

Disponível

em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNK1AWDAPHpuoiwVc9PqM9phwjWCC-b2ksnBRyMCdaScQXDxeCu_wEJ96tl-C8NUWXRTLAjzlkGwMir7Pw3vZ3y. Acesso em 22/09/2020

a) Da racionalidade econômica

18. A REPRESENTADA foi acusada de praticar conduta anticoncorrencial ao proibir a veiculação de anúncios publicitários que traziam a possibilidade de aquisição dos conteúdos correntes em sua plataforma. Entretanto, como se restará comprovado, as acusações não merecem prosperar, vez que a referida proibição de anúncios não tem nenhuma potencialidade de lesar a livre competição.

19. A oferta do serviço de publicidade pela REPRESENTADA surgiu a partir do vislumbre da oportunidade de expansão de negócios pelo oferecimento do espaço de sua plataforma para apresentação de produtos, para assim, aumentar as vendas e lucros. Desta forma, as vendas das produtoras que utilizavam a plataforma poderiam também ser alavancadas caso estas se dedicassem a fazer a publicidade das peças nos anúncios da REPRESENTADA. Ou seja, o serviço surgiu para expandir os negócios, bem como para dar a oportunidade de maior de crescimento às produtoras que tinham suas produções veiculadas. E de fato, como se verá a partir de análise posterior, as próprias produtoras informam a eficiência da conduta, ou seja, fica claro que a Bubbles contribuiu para o crescimento do mercado em geral.

20. Nesse sentido, em um primeiro momento, não se notou impedimento para que esse espaço fosse utilizado também para realização de propagandas de conteúdos terceiros, que eram veiculados fora da plataforma. Nada obstante, esse último comportamento se mostrou não se justificar sob um ponto de vista racional econômico e se revelou contrário ao intuito da REPRESENTADA.

b) Da discriminação, da recusa de contratar e da proibição de informação sobre aquisição direta dos conteúdos na plataforma dos detentores de direitos

21. A veiculação de anúncios de produções que não fazem parte do portfólio da REPRESENTADA em seus próprios canais se configurou contraproducente, provocando um verdadeiro efeito carona. Os investimentos promovidos pela REPRESENTADA em sua própria plataforma com muita dedicação e trabalho podem facilmente ser utilizados em benefício de plataformas terceiras que em nada contribuíram para sua construção. Portanto, tornou-se imperiosa a proibição de veiculação de anúncios de conteúdos que não estão presentes na plataforma da REPRESENTADA. Em verdade, o tratamento diferenciado se dá pela própria estratégia de obtenção de lucro que a REPRESENTADA entendeu ser mais interessante para seu negócio, bem como para a proteção de seus investimentos.

22. Da mesma forma em relação à publicidade sobre aquisição direta de conteúdo na plataforma detentora de direito, se as partes que utilizam a plataforma da REPRESENTADA puderem transacionar fora da plataforma, evidente que a sua remuneração, a sua constante melhoria e, em última análise, a sua

própria existência estariam ameaçadas. Ora, beira o absurdo exigir que o próprio canal que demandou infundável investimento à REPRESENTADA seja livremente utilizado por terceiros, que nada investiram na concretização desse canal, em benefício próprio, o que poderia decretar a verdadeira derrocada da REPRESENTADA ao perder clientes.

23. É verdade que estas condutas até poderiam ser prejudiciais ao mercado, uma vez que elas poderiam causar restrição à concorrência e diminuição do espaço de publicidade de outras empresas, o que se admite apenas a título argumentativo. Entretanto, o que se observa no mercado de Lalaland¹¹ é que a Bubbles **não detém participação efetiva nesse mercado capaz de causar qualquer perturbação à livre concorrência**, vez que as duas gigantes do mercado de publicidade online¹², Google e Instagram, possuem juntas 95% de *market share*.

24. Além disso, importa ressaltar que o regulamento¹³ da União Europeia prevê em seu próprio Tratado de Funcionamento a possibilidade de restrições verticais serem justificáveis desde que sejam atingidas eficiências, como a melhora de produção e distribuição, a promoção do progresso técnico/econômico, desde que as restrições utilizadas não sejam indispensáveis à consecução dos objetivos supracitados e que não causem eliminação a concorrência.

25. Visto que no caso em tela restou-se comprovado que as restrições utilizadas preenchem todos estes requisitos, não há que se falar em qualquer ilegalidade nas condutas, motivo pelo qual faz se necessário o arquivamento de todas as práticas elencadas acima.

c) Da criação de dificuldades à entrada e ao funcionamento de concorrentes

26. A representada possui poder de mercado ínfimo em se tratando de publicidade, e, enfrenta pressão competitiva de *players* de forma que **seria impossível para ela alterar condições de concorrência unilateralmente**. Apenas essa questão já seria suficiente para afastar qualquer preocupação concorrencial nesse mercado tão dinâmico e em constante evolução. Ademais, em vista do princípio da eventualidade, cabe continuar a argumentação.

27. Feita breve reflexão sobre o mercado relevante em comento e analisadas as possíveis implicações que a restrição feita pela REPRESENTADA poderiam causar, passaremos agora a um breve exame da resposta das produtoras ao ofício da d. SG, que questionou as produtoras sobre os meios de publicidade

¹¹ Dados obtidos no recente estudo feito no precedente do caso do Ato de Concentração 12345.190876/2021.

¹² Este seria um terceiro mercado relevante de produto, entretanto, optou-se por não o tratar no caso em comento em vista de que a participação da REPRESENTADA é irrisória.

¹³ Tratado Sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE) Art. 101, parágrafos 1 e 3. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

utilizados por elas para a promover seu conteúdo:

Produtora	Meio de divulgação utilizado
Dinar	Bubbles, redes sociais e canal próprio
Solelo	Redes sociais e Inova (desvinculou-se da Bubbles após a restrição)
Loretto	Bubbles, Redes sociais
Baccio	Meio físico (teatros), GoogleAds, Bubbles
Maccies	Bubbles e outros
Operrá	Redes sociais, Bubbles e outros
French Toast	Redes sociais, embaixada francesa
Madaleine	Rádio, TV aberta e outros
Felicce	Plataformas diversas, redes sociais e internet
Deer Ring	Redes sociais, googleAds, plataformas diversas
Salome	Empresas detentoras do direito de transmissão, (empresa não se dedica a divulgar conteúdo)
La Traviata	Mídia impressa
Carmem	Marketing boca a boca

28. Em vista dos dados fornecidos pelas produtoras podemos perceber que a tendência dos *players* no tocante a publicidade é usar de variados meios, sejam eles plataformas, redes sociais, e até mesmo recursos fora do ambiente online para divulgação de conteúdo. Necessário salientar as respostas das produtoras que aduziram utilizar veículos que se situam fora do ambiente online como mídia impressa, marketing “boca a boca”, teatros e apoio da embaixada francesa. Tal condição demonstra que, mesmo uma restrição no meio online, não possuiria capacidade de criar dificuldade de funcionamento ou entrada de concorrentes, visto que o panorama da publicidade ultrapassa a utilização das redes.

29. Interessante ressaltar o caso de produtoras como a **Solelo** que respondeu que, antes da restrição em comento, já se utilizava de divulgação de conteúdo através das redes sociais da própria produtora. E aduziu ter passado a utilizar a plataforma da Inova como meio de divulgação. Relatou ainda ter utilizado o canal da REPRESENTADA para veicular anúncios, mas que, após a restrição, optou por se desvincular do serviço. Nota-se que vários canais já eram utilizados por ela antes da restrição e, devido à insatisfação, **houve desvinculação de uso de canal sem prejuízo de entrada em outros meios**. Não há que se falar em perda à concorrência, vez que, em caso de insatisfação, as empresas estão livres para contratar com quaisquer outros *players* do mercado.

30. **Observa-se também a tendência de verticalização de mercado** como o exemplo da Dinar e a clara possibilidade de um rápido aumento de crescimento e competitividade visto que a produtora em questão já obtém um gigantesco poder de mercado na produção audiovisual.

31. Outro ponto que merece destaque é a recente entrada de empresas direcionadas a trabalhar com nichos de mercado como a Sieste, Risu e Nikerchen que obtiveram um crescimento vertiginoso de quase 700%. Essa análise permite a conclusão de que o poder de mercado da REPRESENTADA pode ser facilmente contestado em um mercado tão dinâmico e cheio de entradas.

32. Nesse sentido, se percebe empiricamente que não há que se falar em criação de barreiras ou dificuldade de funcionamento de concorrentes, ou seja, não há qualquer exigência de que as produtoras utilizem um único canal para veicular suas peças de publicidade o mercado é claramente *multi-homing*.

33. Diante de todo o exposto nas respostas das produtoras conclui-se que o serviço oferecido pela REPRESENTADA no tocante a anúncios, representa apenas uma pequena parte dentro do mercado de Lalaland, havendo várias outras opções de canais para a divulgação dos conteúdos produzidos. Portanto, eventual restrição imposta pela representada não teria o condão de prejudicar a livre concorrência. E, mesmo que se considere o mercado restrito de publicidade apenas entre as produtoras, a REPRESENTADA não estaria como única empresa a oferecer o serviço, visto que a Inova e a Dinar também compartilham esse mercado.

d) Do self-preferencing

34. Nesse mesmo toar, a alegação de *self-preferencing* em relação à ProduBubbles também não se justifica. A um, porque não há nenhuma evidência fática de que essa conduta sequer tenha ocorrido, uma vez que nem sequer aparece qualquer menção no processo e não existem evidências fáticas de que ocorreu aumento de poder de mercado da ProduBubbles. A dois, devido à ínfima parcela que o mercado de anúncios da representada atinge.

35. E mesmo que se cogite a improvável hipótese que ainda se pudesse ocorrer qualquer tipo de caracterização da conduta, a utilização de consumidores por várias empresas ao mesmo tempo possibilitaria a mudança rápida de plataforma em caso de que se a representada tentasse impulsionar a ProduBubbles, os demais produtores poderiam rapidamente se retirar da plataforma e se posicionar em outra.

36. Por todo o exposto fica claro que não **existem potenciais danos a concorrência a partir da política de restrição de anúncios praticada pela REPRESENTADA**, em consonância com o entendimento da d. SG do LalaCADE, motivo pelo qual o arquivamento da desta denúncia é a medida que se impõe.

III. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE

37. A REPRESENTADA foi acusada de prejudicar a livre concorrência devido a acordos de

exclusividade firmados por ela com produtoras do setor audiovisual. Entretanto, as acusações não merecem prosperar vez que, como restará demonstrado, a política de exclusividade praticada é plenamente regular e pro competitiva, vejamos:

38. O modelo de negócio de distribuição de conteúdo faz parte do chamado mercado de dois lados, sendo a plataforma o conector entre as produtoras parceiras e o consumidor final. Nesse cenário, os acordos de exclusividade são utilizados comumente com racional econômico uma vez que possibilitam que a plataforma invista em produtoras parceiras. Empresas que inicialmente não exerceriam pressão competitiva devido à sua falta de estrutura e capital passam a ganhar visibilidade, atratividade e clientes. Desta forma, ao tornar o serviço mais acessível e de mais qualidade para o consumidor, a exclusividade pode ser considerada um estimulador a concorrência entre as plataformas, e sua proibição poderia resultar na diminuição de qualidade, inovação e diversidade de serviços aos consumidores finais.

39. Da mesma forma, a parceria de exclusividade previne o chamado efeito *free rider*¹⁴, também conhecido como “efeito carona”. Neste cenário tal situação ocorre quando os investimentos promovidos por uma plataforma, como melhorias em marketing e desenvolvimento de filmes e produções, passam a ser completamente apropriados por terceiros quando estes veiculam os conteúdos em suas empresas, já que seus efeitos extrapolam a relação mantida com a empresa investidora.

40. Como detalharemos a seguir, as cláusulas de exclusividade celebradas pela representada estão longe de serem prejudiciais a concorrência vez que não foram utilizadas de forma ampla e indiscriminada, bem como, não excluíram das outras empresas do mercado a possibilidade de formação de um portfólio amplo e diversificado.

41. Naturalmente a REPRESENTADA mantém exclusividade com a Prodububbles que é empresa do mesmo grupo e surgiu por intermédio da Bubbles. Além desta, a Bubbles constitui contrato de exclusividade **unicamente** com duas empresas de ópera francesa: Maccies e Loretto. A inclusão da cláusula de exclusividade de distribuição com ambas as empresas possui como motivação uma parceria publicitária realizada no lançamento da plataforma que incluiu **um robusto investimento** em marketing realizado pela REPRESENTADA. Foi realizada uma grande festa de gala com a presença de renomadas estrelas de operas produzidas pelas duas produtoras e com altíssima cobertura midiática.

42. Como reportaram a Maccies e a Loretto em resposta a NT da d. SG, os benefícios trazidos pelo

¹⁴ Trata-se de conceito extraído da economia que caracteriza o benefício de recursos apropriado por terceiro sobre os quais este não efetuou pagamento ou participou ativamente da construção. Como afirma N. Gregory Mankiw, “[u]m **carona** é uma pessoa que recebe o benefício de um bem, mas evita pagar por ele.” (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**; tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate; revisão técnica Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2013. Pág. 206).

referido acordo com a representada foram diversos. A primeira reporta que a representada alterou completamente a sua operação e alavancou a produção de seu conteúdo mesmo em tempos de pandemia. Aduz ainda que os incentivos proporcionados pelo investimento capitalizado capacitaram a empresa a melhorar o conteúdo produzido, qualificar artistas e profissionalizar a produção de conteúdo. Da mesma forma, além das vantagens mencionadas pela primeira empresa, a segunda empresa reportou na referida NT que a ajuda fornecida pela REPRESENTADA foi essencial em sua alavancagem e ainda destacou a importância da iniciativa da Bubbles na distribuição do conteúdo para a vitalidade do mercado nacional de ópera.

43. Noutro giro, o mercado de Lalaland conta atualmente com a atuação de 15 (quinze) produtoras, e a representada possui exclusividade de representação com apenas 3 (três) delas, fato que revela a ampla gama de produtoras disponíveis no mercado e que evidencia a possibilidade de qualquer concorrente estruturar um portfólio interessante de óperas e conteúdo de streaming para oferecer ao consumidor e competir de forma eficiente no mercado. Tanto é verdade que mesmo com o contrato de exclusividade da representada em vigor com as duas empresas citadas, ocorreram inúmeras, recentes e bem-sucedidas entradas de novos *players* em Lalaland.

44. Além disso, importa ressaltar que as produtoras Loretto e Maccies são especializadas em óperas francesas, mas estão longe de ser as únicas deste segmento a se dedicar a esse nicho, mantendo abertas opções as plataformas para veicular os conteúdos relativos a esse segmento. E mesmo na improvável hipótese de assim não se entender, importa ressaltar que a parceria com produtores específicos não é unicamente fato capaz de definir o sucesso de uma plataforma, sendo necessário, além desse, que estejam em alinhamento vários outros fatores comerciais e técnicos.

45. Nesse diapasão, a legislação de Lalaland entende no tocante as cláusulas de exclusividade¹⁵, bem como, em se tratando de outras condutas verticais, que estes devem ser analisados sob o viés da regra da razão¹⁶ levando-se em conta as eficiências geradas em vista de possíveis restrições. Casos de exclusividade apresentam a tendência de gerarem efeitos imediatos no mercado o que inicialmente tende a ensejar uma condenação decorrente da adoção de cláusulas de exclusividade. Porém, nos casos em que se discute a exclusividade, como o caso dos Sorvetes Kibon¹⁷ e do iFood¹⁸ é importante destacar três pontos centrais que também se aplicam na conduta da REPRESENTADA: (i) racionalidade econômica da exigência; (ii)

¹⁵ NOTA TÉCNICA Nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE

¹⁶ A regra da razão surgiu em oposição às severas restrições trazidas pelo Sherman Act visando flexibilizar a caracterização imediata das condutas de acordo com uma análise pautada na proporcionalidade e razoabilidade e levando em consideração as eficiências trazidas por elas.

¹⁷ CADE, Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27 Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 22-10-2018.

¹⁸ CADE, NOTA TÉCNICA Nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE; 10-03-2021.

eficiência da prática; e (iii) inexistência de fechamento de mercado.

46. Isso significa dizer que a exclusividade não é um ilícito *per se*, mas deve ser analisada à luz dos elementos fáticos de cada agente econômico e do seu respectivo mercado relevante. E, no caso concreto da REPRESENTADA, há condições de mercado que demonstram que o efeito líquido da conduta adotada acaba se manifestando positivo. Ou seja, a análise de qualquer caso se pauta sobre o critério da razoabilidade, e, visto por esse ponto, as intervenções praticadas pela REPRESENTADA não provocaram em momento algum e nem tem o condão de provocar qualquer fechamento no mercado. Pelo contrário, o que se notou foi o crescimento vertiginoso de *players* antigos e surgimentos de outros novos.

47. Dessa forma, além das eficiências encontradas no crescimento dos concorrentes e da racionalidade em estabelecer essa relação de exclusividade para se proteger dos chamados *free-riders*, há também um mercado em que não se vislumbra fechamento, tanto instantâneo quanto no longo prazo, o que foi reconhecido, inclusive, pela SG do LALACADE.

48. Por todo o exposto fica claro que não **há que se falar em relação a criação de barreiras à entrada ou quaisquer outros potenciais danos a concorrência a partir da política de exclusividade praticada pela REPRESENTADA**, em consonância com o entendimento da SG do LalaCADE, motivo pelo qual o arquivamento da desta denúncia é a medida que se impõe.

IV. CLÁUSULA DE PARIDADE

49. A REPRESENTADA foi acusada de prejudicar a livre concorrência devido à inclusão de cláusula de paridade nos contratos firmados por ela com as produtoras do setor audiovisual. Entretanto, as acusações não merecem prosperar uma vez que, como restará demonstrado, a política de paridade praticada pela REPRESENTADA não é capaz de prejudicar a dinâmica concorrencial.

50. A REPRESENTADA possui a cláusula-padrão¹⁹ no contrato firmado com suas principais produtoras cadastradas. As cláusulas de paridade, também chamada de cláusula de nação mais favorecida²⁰ (MFN), possuem como intuito garantir que produtoras que ofertem suas produções na plataforma da REPRESENTADA, não as ofereçam em plataformas concorrentes ou em suas próprias de maneira mais vantajosa. É necessário fazer o uso desta cláusula para proteger investimentos do efeito *free riding* (efeito carona).

51. A situação é simples: a REPRESENTADA inaugurou o mercado de distribuição de eventos

¹⁹ NT, item 18, p.4.

²⁰ A cláusula MFN (Nação Mais Favorecida) teve sua origem no comércio internacional, e possui similaridade com a cláusula de paridade. Sua adoção detém o condão de beneficiar os adotantes da cláusula com termos e condições mais favoráveis equiparadas as que venham a ser concedidos com relação a outros compradores ou vendedores.

culturais online em Lalaland, foi pioneira na abertura da operação e teve custos imensuráveis de capital, além do esforço, pesquisa e dedicação de seus sócios para montar toda uma expertise para que a plataforma fosse bem-sucedida. Atualmente, em resultado ao excelente trabalho que a REPRESENTADA promove, ela é capaz de conectar vendedores (produtoras) e compradores (consumidores finais) de forma eficaz e vantajosa para ambas as partes. Se essas partes puderem transacionar fora da plataforma da REPRESENTADA com condições mais vantajosas, é evidente que sua remuneração, sua constante melhoria e em última análise a sua própria existência estariam ameaçadas.

52. Além do que, o próprio consumidor final é protegido pela cláusula de paridade em análise. Nota-se que o benefício de menor custo que a REPRESENTADA consegue promover pode significar, e regularmente significa, uma redução de preços para os consumidores. Nesse mesmo sentido, há constante busca por melhorias e inovações pelas plataformas, já que a política de paridade trava as diferenciações em relação ao preço, as empresas são chamadas a inovar na busca por competitividade.

53. Os principais efeitos negativos que a cláusula em questão poderia causar na concorrência são: o arrefecimento na competição, a uniformização de preços e a elevação de barreiras à entrada. Entretanto, **nenhum deles se caracterizam no caso em apreço** visto que ocorreram várias entradas recentes, e que existem diferentes nichos e modelos de negócio de preços diferenciados, o que revela que o mercado é extremamente competitivo e possui muitas plataformas em funcionamento.

54. A cláusula de paridade funcionar de duas formas: com escopo amplo ou com escopo reduzido. A primeira prega o impedimento de quaisquer condições mais vantajosas nas plataformas concorrentes ou nos próprios canais da distribuidora. A segunda versa sobre apenas sobre o próprio canal online da produtora em questão.

55. Grande parte da jurisprudência ao redor do mundo²¹ tem entendido pela aceitação do uso das cláusulas de paridade com escopo reduzido, em vista das eficiências que a prática pode trazer. Da mesma forma, seguiu o entendimento da autoridade antitruste de Lalaland no caso Booking²². No Termo de Compromisso de Cessação assinado pela empresa naquela oportunidade, a cláusula de paridade foi permitida em algumas situações, ao se entender os benefícios que esta cláusula poderia gerar aos consumidores, por meio de uma maior variedade de preços, disponibilidade e condições e pela melhoria dos próprios serviços.

²¹ Vide: https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2019-12/19d23.pdf e https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/french-italian-and-swedish-competition-authorities-accept-commitments-offered-bookingcom#_ftn1. Acesso em: 19/09/2021.

²² NOTA TÉCNICA N° 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE disponível em: <https://bit.ly/3tRsHTx>

56. Nesse diapasão, cabe ressaltar que, mesmo que a política de paridade da REPRESENTADA em tese tenha o escopo amplo, na prática, ela vem **funcionando de forma restrita**. As respostas das produtoras Maccies e Solelo comprovam essa assertiva, vez que ambas demonstraram notificações da representada apenas quando ofereceram condições mais favoráveis em suas próprias plataformas. Já a produtora Loretto aduz em sede de NT que a cláusula em questão seria ineficaz, já que a REPRESENTADA não possuiria formas de controlar seu cumprimento.

57. Ou seja, em verdade, o que se observa é que a cláusula de paridade praticada pela REPRESENTADA funciona com escopo reduzido, e que, mesmo diante do descumprimento da cláusula em questão, **sequer houve aplicação de punição**. O que se verifica ter ocorrido em vista de seu inadimplemento foi apenas uma **notificação para retificação de preços**. Ademais disso, não há comprovação da sua eficácia de funcionamento.

58. Por todo o exposto resta claro que **não há que se falar em relação a criação de barreiras à entrada ou quaisquer outros potenciais danos a concorrência a partir da política de paridade da REPRESENTADA**.

V. INEXISTÊNCIA DE CÁRTEL TÁCITO

59. A SG do LalaCADE, ao tratar da alegada acusação de cartel tácito, acertadamente recomendou o arquivamento do processo em relação à essa conduta pois não existiram indícios que apontassem a infração à ordem econômica por parte da REPRESENTADA. No caso concreto, verifica-se, em primeiro lugar, que não há provas diretas de conluio entre Bubbles e Inova com o objetivo de combinar preços no mercado. De fato, não há nos autos evidências de que as empresas tenham tido qualquer comunicação nesse sentido. Vale ressaltar que, diante da ausência de provas, a jurisprudência do Tribunal do LalaCADE se posiciona no sentido de que os processos devem ser arquivados, até mesmo em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*.²³

60. Nesse caso, a única maneira de tentar identificar um possível cartel nos fatos narrados na NT – o que, aqui, admite-se apenas para argumentar – seria a partir de provas indiretas, isto é, fatos que, por guardarem relação com a suposta infração, permitem, por indução, a conclusão de que a infração ocorreu. De acordo com a jurisprudência do LalaCADE, o uso de provas indiretas é admitido *desde que estas sejam capazes de indicar alguma prática anticoncorrencial realizada entre as partes*, com a eliminação de qualquer dúvida

²³ Nesse sentido: “Não se observa nos autos qualquer prova quanto à existência de cartel envolvendo as empresas produtoras de fertilizantes. O simples aumento expressivo de preços levou a realização do pedido de investigação pela Câmara dos Deputados.” (processo administrativo nº 08012.003267/2008-97, voto do Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz).

razoável a respeito da sua existência.²⁴ Mais do que isso, essas provas devem ser **usadas apenas quando não houver, no conjunto probatório, outras explicações plausíveis para que os acusados tenham se comportado daquela maneira**²⁵.

61. No entanto, como será demonstrado, a análise da conduta imputada à Bubbles, mostra que nem o raciocínio baseado em provas indiretas é capaz de levar à configuração de um cartel no caso concreto. De fato, há uma explicação plausível e racional capaz de demonstrar que a alteração do regime de preços praticados pela Inova aconteceu de maneira completamente independente de qualquer tipo de acordo ou conduta anticoncorrencial. Assim, em consonância com o entendimento da SG do LalaCADE, a REPRESENTADA apresenta as seguintes considerações.

62. Em 1º de abril de 2020, a REPRESENTADA alterou o regime de preços praticados em sua plataforma.²⁶ No entanto, em 11 de agosto de 2020, mais de 4 meses após seu próprio reajuste nos preços, a REPRESENTADA foi surpreendida com o aumento dos preços praticados por sua concorrente direta, Inova.

63. Em que pese o crescimento do setor, mercados digitais tendem a apresentar particularidades tanto de definição quanto de constituição. Em especial o mercado de *streaming* implica para seus agentes a necessidade de uma infraestrutura que precisa operar continuamente sem falhas. Também há uma inegável facilidade de entrada e constante pressão inovadora dos concorrentes, tanto em oferecer novos produtos quanto em investir em novas tecnologias²⁷. Contratação de servidores, armazenamento em nuvem, desenvolvimento de *softwares* e manutenção de rede são alguns dos custos enfrentados pelos agentes desse mercado em específico. Além disso, há o fato de o mercado ser *multi-homing*, bem como a utilidade extraída pelo consumidor ser avaliada por ele quando da utilização da plataforma, com estabilidade da

²⁴ Importante o seguinte entendimento do CADE: “Para fins de comprovação da existência do cartel, que, como já dito, são de difícil detecção, a jurisprudência deste Conselho é extensa, no sentido de se acatar decisões baseadas, inclusive, unicamente por indícios e provas indiretas, **desde que formem um conjunto probatório robusto que corrobore a identificação da prática anticoncorrencial e elimine a razoável dúvida.**” (Voto do Conselheiro Luiz Hoffman, no processo 08700.004455/2016-94).

²⁵ Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes: “(...) a tese da prova indireta deve ser aplicada com parcimônia, sob pena de afronta ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Nesse sentido, recomenda-se a análise conjunta das provas indiretas, de forma holística e com efeito cumulativo, como evoca a OCDE. Além disso, **faz-se necessário verificar se há explicações alternativas capazes de justificar, de forma plausível os comportamentos sob investigação** e, ao final desta análise, o próprio resultado licitatório. ” (Voto da Conselheira Pollyana Ferreira Silva Villanova, 08012.000742/2011-79). “Se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado. Entretanto, **se houver outra explicação mais racional para o procedimento das empresas ou para o que aconteceu no mercado, a infração não estaria configurada.**” (Voto do Conselheiro Ruy Santacruz, 08000.15337/1997-48).

²⁶ NT, p.9, Item 4.

²⁷ BRYNJOLFSSON, E. et al. (2008), “Scale without mass: Business process replication and industry dynamics”, Harvard Business School Technology & Operations Mgt. Unit Research Paper No. 07-016, Disponível em <http://ebusiness.mit.edu/research/papers/2008.09>. Acesso em: [12/09/2021].

conexão, imagem em alta resolução, dublagens ofertadas, navegabilidade da plataforma etc. **sendo atributos determinantes para sua permanência nela.**

64. Tão grande é o impacto dessas variáveis que, ainda assim, a segunda empresa com maior percentual de participação **não se manteve no mercado**. A Inova apresentou um considerável crescimento nos últimos anos²⁸ e, mesmo assim, entrou em crise econômico-financeira, chegando a entrar em recuperação judicial.²⁹

65. Mercados digitais indubitavelmente se beneficiam dos chamados efeitos positivos de rede, além de economia de escala e de escopo³⁰. Todavia, o mercado de plataformas digitais em que se insere a REPRESENTADA não apresenta o efeito “*Winner take all*”. No caso do mercado em tela não existem efeitos de rede fortes o suficiente, nem tampouco os custos de troca são altos, além de ser um típico mercado *multi-homing*. Nesse caso, as condições do mercado de *streaming* cujas características favorecem o entrante, conforme reconheceu a própria SG ao determinar o arquivamento da conduta.³¹

66. Além disso, a Feira Bienal de Mercados Digitais, referida na NT como elemento suspeito para eventual conluio entre as empresas, tampouco manifesta algum traço de irregularidade. Em realidade, a Feira é caracterizada pela oportunidade tanto de aprendizado quanto comercial entre os participantes.³² Porém, ainda que os encontros eventuais entre concorrentes tenham ocorrido, tal fato não implica a assunção imediata de um conluio para acordo de preços, tampouco suscitam tal suspeita eventuais conversas preliminares para uma possível aquisição da Inova pela Bubbles. Afinal, as condutas possuem justificativa além de inexistir instrumento qualquer que seja de troca de informações sensíveis.³³

67. Conforme entendimento da Corte de Justiça Europeia no caso *Huls AG v. Commission*, a exigência de independência dos agentes econômicos não os impede de se adaptar de forma inteligente às condutas existentes de seus concorrentes³⁴. E, como a própria SG do LalaCADE³⁵ concluiu, não há provas de conluio entre as partes. Para além, até onde se permite inferir externamente, a conduta da Inova indica tão

²⁸ NT, p.13, Item 22.

²⁹ NT, p.3, Item 7.

³⁰ Caderno de Mercado de Plataformas Digitais, 2021, CADE; p. 14. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: [14/09/2021].

³¹ NT, p.3, Item 7.

³² NT, p. 24, Item 65.

³³ Nesse sentido, não se encontram os seguintes requisitos que ensejariam preocupações quanto ao teor das reuniões: “(i) o paralelismo de condutas dos associados não explicado por justificativa economicamente plausível, adicionado a dois plus factors, quais sejam (ii) o contato prévio entre os membros associados e (iii) a existência de um instrumento de troca de informações comercialmente sensíveis.”. ATHAYDE, Amanda, “Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e plus factors”, In *Economic Analysis of Law Review*, Vol 2, n. 1 2011.

³⁴ FRAZÃO, Ana; *Direito da Concorrência Pressupostos e perspectivas*; Saraiva Educação S.A; São Paulo, 2017; p.454.

³⁵ NT, p. 28, Item 85.

somente uma reação a uma conduta externa que estava prejudicando todo o mercado, qual seja a pandemia de COVID-19.

68. Na prática, **os únicos indícios efetivamente existentes são uma correlação indireta entre os preços adotados meses antes pela REPRESENTADA e uma reunião comercial realizada entre empresas que haviam cogitado a possibilidade de fusão.** Não houve, em nenhum momento, um *meeting of minds* para estabelecimento de preços ou estratégias em conjunto.

69. Sem dúvida, caso existisse o acesso a informações relevantes sobre a estratégia empresarial adotada pela REPRESENTADA, seja de preços praticados seja de condições de atuação no mercado, seria possível cogitar que houve algum ilícito no caso. Todavia, isso não ocorreu pois: (i) não houve compartilhamento de valores pois os preços adotados não somente eram públicos como já eram adotados há vários meses e, (ii) para além da ausência de interesse em cartelizar, é importante ressaltar que preços iguais subsistem, também, em situações de concorrência. Se a Inova, após liderança de preços da REPRESENTADA, optou por seguir seu regime adotado, não significa, seja direta ou indiretamente, que a REPRESENTADA teve alguma influência nesse processo. O paralelismo de preços, no entanto, sem o recurso de práticas ilegais, não é suficiente para configurar a prática de cartel³⁶. Por consequência, consoante o entendimento adotado pela SG, **não existe nenhum indício razoável de um suposto cartel tácito ou até mesmo de um paralelismo plus.**

70. De fato, consoante o contexto de falta de liquidez enfrentado pela Inova, encontra-se racionalidade econômica na atuação em separado da Inova, que resolveu fixar seus preços no patamar da líder de mercado. Afinal, é evidente que há racionalidade no comportamento de uma empresa em aumentar sua comissão para poder sobreviver. Nada mais natural do que adotar, nesse contexto, os preços praticados pela líder do mercado – no caso, a Bubbles.

71. Por fim, ainda no que tange à suposta alegação de cartel tácito, há um lapso temporal entre os dois aumentos praticados. De fato, a decisão da Inova de também aumentar os seus preços ocorreu mais de quatro meses após a Bubbles ter modificado a sua estrutura de preços. Se houvesse qualquer tipo de acordo

³⁶ Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: “(...) a mera existência de paralelismo de ações entre concorrentes. (...) não é suficiente para comprovar a prática concertada, tampouco que tal prática venha sendo orquestrada pela entidade representativa.” (08000.020787/1996-62, voto da Conselheira-Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva). “Na doutrina do paralelismo plus, o convencimento do julgador faz-se por meio de provas indiciárias, que afastam as possibilidades lógicas de a prática ter ocorrido em razão de outros fatores que a justificariam do ponto de vista legal, ou seja, sem o recurso de qualquer acordo ou colusão entre concorrentes. Afastadas todas as **hipóteses possíveis, alegadas ou não pelas partes (como estrutura de custos similares entre as empresas, fenômeno da liderança de preços, etc.), que poderiam ter dado ensejo ao paralelismo de preço sem o recurso de práticas ilegais,** a autoridade pode concluir pela caracterização da conduta concertada (...)” (08012.000677/1999-70, voto do Conselheiro-Relator Thomson Andrade).

na origem do referido aumento, é evidente que a Inova não teria esperado todo esse período para promover a mudança. Afinal a receita decorrente de mais de quatro meses das assinaturas, poderiam muito bem representar uma saída da situação de crise econômico-financeira enfrentada por ela.

72. Por todas essas razões, a ausência de um cartel ou paralelismo *plus* se comprova na ausência denexo de causalidade das condutas: o lapso temporal, a publicidade dos preços adotados e a ausência de um *meeting of minds*. Para além da inexistência de qualquer elemento suspeito nas práticas adotadas pela REPRESENTADA que represente uma “certeza de condenação”³⁷, há ainda uma clara justificativa econômica para o aumento de preços promovido pela Inova.

VI. AUSÊNCIA DE BOICOTE

73. Em nenhum momento a REPRESENTADA praticou algum tipo de coordenação com a concorrente Inova. Na verdade, o que se observa é justamente o oposto. Operrá, Frenchtoast e Madeleine dominam as óperas francesas e, da análise das Evidências trazidas na NT, o que se extrai é que o comportamento lesivo à Sieste nada mais é o resultado dos atos praticados por elas – que têm amplas condições de retirarem suas óperas da Sieste, da REPRESENTADA ou migrarem para uma outra plataforma. Não existe nem um único elemento factual que sustente a alegação de troca de informações entre a REPRESENTADA e a “Inova” e que permita a conclusão de coordenação. Há, na verdade, apenas uma tentativa das produtoras de óperas francesas de extrair receita da Sieste.

74. Como pode se extrair da Evidência 03³⁸, a constatação realizada por pelo Sr. Warren Puffet da defasagem da REPRESENTADA com os preços praticados **não é, como se observa Evidência 03 e Evidência 02, alguma indicação, direta ou indireta, por parte da REPRESENTADA de preços a serem adotados ou impostos para a Sieste**. Não há menção à empresa e se trata, tão somente, de uma extrapolação de negociações e e-mails internos entre as produtoras e a REPRESENTADA.

75. **Esse cenário encontra respaldo fático nas evidências trazidas para a investigação**, conforme reconheceu o próprio LalaCADE, ao tratar da expressão “FW” (*forward*) no título da mensagem³⁹. Como bem se sabe, quando uma cadeia de e-mails é encaminhada, somente seu conteúdo é encaminhado. E **eventuais pessoas copiadas no email original, ou até mesmo em cópia oculta,**

³⁷ "(...) para a "certeza da condenação" o conjunto de indícios e/ou de provas é que deve ser valorado para se fundamentar a condenação. Basta-me comprovar que o conjunto dos meios de prova apresentado durante a instrução leve a incontestabilidade da existência do cartel". CADE; Processo Administrativo n° 08012.011142/2006-79; voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior.

³⁸ NT, p. 30, Item 95.

³⁹ NT, p. 31, Item 96.

podem não ser incluídas no registro, salvo se, por descuido ou mero interesse a informação for mantida no corpo de texto, que, então, indicará os e-mails como elementos textuais da cadeia.

76. Dessa forma, assumindo o entendimento do LalaCADE de que o FW corresponde à expressão “Forward”, nota-se, também, que se trata de uma cadeia de somente dois *e-mails* (o *email* de resposta do Sr. Warren Puffet e seu encaminhamento por parte da Produtora). A partir dessas premissas, **não há clareza se haviam outras pessoas copiadas no *email* original de resposta do Sr. Warren Puffet** e que foram retiradas do texto do *email*.

77. **Não é possível concluir com precisão** se outras pessoas estavam em cópia, ou cópia oculta, sejam elas, de áreas internas da REPRESENTADA ou de fora dela. A possibilidade de alteração dos elementos textuais em uma cadeia de e-mails, além da possibilidade de terceiros estarem presentes na mesma cadeia sem conhecimento por uma das partes, influencia diretamente no entendimento do conteúdo e das intenções de um *email*.

78. O contexto tanto pode incriminar, quanto indicar posicionamento estratégico da empresa, quando analisado em sua totalidade de interações. Se uma correlação genérica entre “FW” e um *email* de cadeia única pode ser alegada como prova da intenção de boicote, o mesmo pode ser dito na direção contrária, quer seja de que pessoas alheias ao conhecimento do Sr. Telmo Macaron estavam presentes na cadeia, quanto até mesmo se o *email* original foi adulterado ou não. **Não há elevado grau de certeza ao se analisar um *email* encaminhado onde não é possível se respaldar com o seu original, pois existe a forte possibilidade de elementos fáticos alheios ao interlocutor alterarem completamente a análise do nexo de causalidade e das intenções dos agentes.**

79. Tão importante é a discussão do contexto da Evidência 03 que se observa que a expressão adotada pelo Sr. Warren Puffet é a seguinte: “Senhores, revi a tabela. Está OK, pode encaminhar essa versão em anexo.”. Novamente, se é possível extrair elementos indicativos de culpa, o mesmo pode ser observado na direção oposta, o que significa dizer que, considerar somente elementos de culpa, sem observar a extensão que os elementos fáticos podem assumir, inclusive de dúvida quanto à culpabilidade levantada, seria um desrespeito às garantias fundamentais do acusado no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, especialmente pelo princípio *in dubio pro reo*. Afinal *revisar* uma tabela é diferente de *elaborar*, e “*encaminhar essa versão em anexo*” tampouco se permite apreender se é uma mensagem direta para o Sr. Telmo Macaron ou para outras pessoas em cópia retiradas no *email* encaminhado, haja visto a ausência do *email* original no conjunto probatório.

80. Então, se podemos encontrar elementos de culpabilidade e intenções a partir de evidências

subjetivas como a Evidência 03 ou na alegada tabela de precificação citada⁴⁰ na tentativa de encontrar elementos indiretos para o ilícito *per se*, os mesmos elementos que indicam culpabilidade podem também trazer dúvidas dado o alto teor de subjetividade existente bem como a ausência de um conjunto de provas indiretas suficientemente conclusivas para incluir a REPRESENTADA como atuante no boicote praticado pelas Produtoras. Repise-se, em nenhuma das evidências levantadas, é possível encontrar uma única menção com elevado grau de certeza que permita, direta ou indiretamente, deduzir o interesse em (i) preços a serem adotados por outras empresas que não a REPRESENTADA e (ii) interações diretas ou indiretas com outras empresas.

81. Há também de se considerar o interesse das Produtoras em pressionar a Sieste, pelo que, pode-se também levantar dúvidas quanto à integridade do *e-mail* encaminhado, cujo texto do *e-mail* original pode ter sido adulterado para aumentar, ainda mais, a pressão em adotar os preços desejados pelas Produtoras, que, de acordo com os indícios da Nota Técnica, agiam de forma conjunta.

82. Da análise das Evidências, resta claro que as produtoras tão somente extrapolaram as negociações e trocas de informações decorrentes da relação comercial entre elas e a REPRESENTADA para extrair melhores condições perante a Sieste. Em que pese os indícios da possível conduta concertada entre Operrá, FrenchToast e Madeleine, não há, todavia, os mesmos indícios para a REPRESENTADA. A mera extrapolação das informações contidas em e-mail não é indício, direto ou indireto, de conluio. O que há de elemento fático, na verdade, é somente a manifestação das intenções das óperas francesas, que, repise-se, foram as responsáveis por pressionar a Sieste.

83. Além disso, não há nexo causal em relação à conduta da REPRESENTADA e o alegado boicote à “Sieste”. Conforme Evidência 03⁴¹, o que há é apenas o relacionamento com a FrenchToast indicando a concordância com os preços exigidos pelas próprias produtoras detentoras de poder de mercado. Não há dúvidas de que a postura das produtoras Operrá, FrenchToast e Madeleine indica claramente a busca em extrair um comportamento lesivo perante a “Sieste”.

84. Ressalta mais essa intenção o fato de que os preços praticados pela REPRESENTADA **estarem amplamente disponíveis para consulta pública, estabelecidos de maneira independente por conta da estratégia de mercado adotada internamente pela empresa**. Os valores que as produtoras Operrá, FrenchToast e Madeleine buscaram obter perante a Sieste não são valores desconhecidos das demais concorrentes nem tampouco uma estratégia particular traçada, seja direta ou indiretamente com a REPRESENTADA. Os preços indicados na NT são, tão somente, o

⁴⁰ NT, p. 30, Item 94.

⁴¹ NT, p. 30, Item 95.

compartilhamento de dados disponíveis para qualquer usuário e não levantam indícios suficientes fortes para uma casualidade direta entre um acordo de preços a ser praticado.

PEDIDOS

Do tanto quanto exposto, pleiteia, preliminarmente, a REPRESENTADA que este Tribunal desconsidere definitivamente da conduta tipificada Art. 36 §3, inciso II.

Em relação ao mérito, a REPRESENTADA pede que este Tribunal:

- (i) determine o arquivamento definitivo de todas as condutas tipificadas na Nota Técnica;
- (ii) determine o arquivamento do processo em relação à suposta prática comercial tendente a promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada, limitando a concorrência no mercado relevante, nos termos do art. 36, §3º, inciso II com posterior arquivamento do feito;
- (iii) determine o arquivamento do processo em relação ao suposto boicote tipificado no art. 36, §3º, inciso IV da LDCL e;

Subsidiariamente, caso a autarquia entenda pela condenação da REPRESENTADA, pede-se que a manifesta ausência de efeitos concretos lesivos à concorrência seja levada em consideração na dosimetria da multa, já que os atos da REPRESENTADA não produziram nenhum efeito na prática, inclusive com o mercado mantendo suas características e grau de entrada.

Nestes termos, pede deferimento.

Lalaland, setembro de 2021

REFERÊNCIAS

- ALCANTARA, C. et al. How Big Tech got so big: Hundreds of acquisitions. The Washington Post, 2021.
- AYRES, I. Rationalizing Antitrust Cluster Markets. The Yale Law Journal, v. 95, n. 1, p. 109, nov. 1985.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Consulta no 08000.15337/1997-48. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Consulta no 08012.000677/1999-70. Disponível em: <<https://bit.ly/3zsbDhw>>. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Consulta no 08012.003185/2007-61. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Consulta no 08012.007196/2009-82. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Consulta no 08012.000742/2011-79. Disponível em: <<https://bit.ly/3zySNMI>>. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Consulta no 08700.002055/2021-10. Disponível em: <<https://bit.ly/2XzQNWQ>>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Consulta no 08700.004455/2016-94. Acesso em: 13 set. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Mercados de Plataformas Digitais. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3lBiRRX>>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Nota Técnica nº 32/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo no 08700.007278/2015-17. Disponível em: <<https://bit.ly/3kFJCUT>>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- Brasil, Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, DF: [s.n.]. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>.
- Brasil, Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Documento de Trabalho n.º 005/2020 - Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Brasília, DF: [s.n.]. 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>.

Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Nota Técnica nº 58/2021 /CGAA8/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo no 08700.005789/2015-02. Disponível em: <<https://bit.ly/38rFuSH>>. Acesso em: 31 ago. 2021

BUNDESKARTELLAMT. Market Power of Platforms and Networks. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3km0TTS>>. Acesso em: 24 jul. 2021.

CAILLAUD, B.; JULLIEN, B. Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers. The RAND Journal of Economics, v. 34, n. 2, p. 309, 2003.

CRÉMER, J.; MONTJOYE, Y.-A. DE; SCWEITZER, H. Competition policy for the digital era. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2021.

EBEN, M.; ROBERTSON, V. H. S. E. The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of the EU, US, and Brazil. SSRN Electronic Journal, 2021.

EZRACHI, A. The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce. 2015. Oxford Legal Studies Research Paper No. 55/2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2672541>>. Acesso em: 6 jul. 2021.

EVANS, D. S. The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. SSRN Electronic Journal, 2005.

EVANS, D. S. Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy. Northwestern University Law Review, v. 102, p. 285–306, 2008.

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms. Boston, Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2016.

FRAZÃO, A. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

FURMAN, J. et al. Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel. [s.l.: s.n.].

- HOVENKAMP, H. Antitrust and Platform Monopoly. SSRN Electronic Journal, 2020.
- HOVENKAMP, H. Digital Cluster Markets. SSRN Electronic Journal, 7 abr. 2021.
- JACHIMOWICZ, J. M. et al. When and why defaults influence decisions: a meta-analysis of default effects. Behavioural Public Policy, v. 3, n. 02, p. 159–186, 2019.
- OCDE. Two-Sided Markets. [s.l: s.n.]. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition>>. Acesso em: 8 set. 2021.
- OCDE. Abuse of Dominance in Digital Markets. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3EzhPyw>>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- OCDE. Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/3zn4mpM>>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- OCDE. Potential procompetitive and anti-competitive aspects of trade/business associations. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/3CpNLn1>>. Acesso em: 19 set. 2021.
- ROCHET, J.-C.; TIROLE, J. Two-sided markets : a progress report. The RAND Journal of Economics, v. 37, n. 3, p. 645–667, 2006.
- ROCHET, J.; TIROLE, J. Platform Competition in Two-Sided Markets. Journal of the European Economic Association, v. 1, n. 4, p. 990–1029, 1 jun. 2003.
- ROCHET, J.; TIROLE, J. Defining Two-Sided Markets. The RAND Journal of Economics, v. 2004, n. 1, p. 1–28, 2004.
- STIGLER CENTER. Stigler Committee on Digital Platforms - Final Report. [s.l: s.n.]. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>>. Acesso em: 4 abr. 2021.
- TIROLE, J. Economia do bem comum. Tradução: André Telles. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. Washington, DC: [s.n.]. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#4>>. Acesso em: 7 set. 2021.

US. COURT OF APPEALS DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. Federal Trade Commission V. Whole Foods Market, Inc., et al. (2008). Disponível em: <https://bit.ly/3kmXTGO>. Acesso em: 17 de set. 2021.

US. COURT OF APPEALS FOR THE SEVENTH CIRCUIT. A.a. Poultry Farms, Inc., et al., Plaintiffs-appellants, v. Rose Acre Farms, Inc. (1989). Disponível em: <https://bit.ly/3kmXTGO>. Acesso em: 17 de set. 2021.