

Equipe 112



IV COMPETIÇÃO WICADE DE DIREITO CONCORRENCIAL

MEMORIAL CAPITOLINA EDIÇÕES LIMITADAS

EQUIPE N° 112

SUCUPIRA

2019

SUMÁRIO

I.	Dos fatos	1
II.	Preliminares.....	2
a.	Incompetência do CADE para julgar lide privada	2
b.	A ausência de individualização da conduta.....	3
c.	A insuficiência do conjunto probatório para justificar a condenação da Representada ou concessão parcial de medida preventiva em seu desfavor.....	5
III.	Da legalidade das práticas atribuídas à Representada	6
a.	Da legalidade da política de sugestão de preços de revenda adotada pela representada até 2019	6
a.1	A política foi autorizada pelo S-Cade, que concluiu pela inexistência de efeitos anticompetitivos.....	6
a.2	A inexistência de posição dominante detida pela Representada.....	7
a.3	Rivalidade nos mercados relevantes	14
a.4	A Representada nunca praticou FPR.....	15
a.5	Eficiências geradas pela política.....	16
b.	Da legalidade do contrato de agência adotado pela representada a partir de 2019	18
b.1	Diferença entre modelo de distribuição e agência – racional de cada um dos modelos	18
b.2	Da inexistência de dependência econômica.....	20
b.3	Da razoabilidade do descredenciamento	21
IV.	Da medida preventiva.....	22
V.	Conclusões e pedidos	24

DEFINIÇÕES

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Baleia	Baleia S.A.
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Capitolina	Capitolina Edições Limitadas
Caso	Caso Fictício WICADE 2024
Consulta	Diz respeito ao mecanismo de Consultas do CADE, regulado pela Resolução nº 12/2015.
Consulta nº 01/2014	Refere-se à Consulta do Caso Fictício elaborada pela Capitolina
Contracultura	Livraria Contracultura Ltda.
CRS/1988	Constituição Federal da República de Sucupira, equivalente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Dom Casmurrinho	Dom Casmurrinho S.A.
Escobar	Livraria Escobar Ltda.
FPR	Fixação de preços mínimos de revenda
LDCS	Lei de Defesa da Concorrência de Sucupira
LDC	Lei Federal Brasileira nº 12.529/2011
LPAS	Lei de Processo Administrativo de Sucupira, equivalente à Lei Federal Brasileira nº 9.784/1999
Macabéa	Macabéa Ltda.
Matraguinha	Matraguinha Ltda.

Equipe 112



Nota Técnica n. 01/2019	Refere-se à Nota Técnica da SG/S-Cade apresentada no Caso Fictício
Quixotesca	Quixotesca S.A.
Processo Administrativo	Processo Administrativo nº 12345.678901/2019-01
Resolução nº 12/2015	Diz respeito à Resolução nº 12, de 11 de março de 2015, que disciplina o procedimento de consulta previsto nos §§ 4º e 5º do art. 9º da Lei n. 12.529/2011.
S-Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Sucupira
RI-S-Cade	Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Sucupira
SG/Cade	Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SG/S-Cade	Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Sucupira

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERS; PAGOTTO; ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, 2012
BAGNOLI, Vicente. **Comentários à Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529/11**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ATHAYDE; ZARZUR; ATHAYDE, Amanda; ZARZUR, Cristianne; FERREIRA, FERREIRA, 2023
Jackson. Medidas preventivas no antitruste: quando e como aplicar, à luz da experiência recente do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 123-150, 2023.
- BORK, 1993
BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. Nova York: Free Press, 1993.
- BROLIO, 2016
BROLIO, Priscila. **Fixação e sugestão de preços de revenda em contrato de distribuição**. Rio de Janeiro: Singular, 2016.
- CADE, 2021
BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Caderno de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.
- COMPETITION BUREAU, 2022
CANADÁ. Competition Bureau Canada. **Abuse of Dominance: Enforcement Guidelines**. Disponível em: <https://competition-bureau.canada.ca/sites/default/files/attachments/2022/CB-ADEG-Eng.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.
- COMISSÃO EUROPEIA, 2013
COMISSÃO EUROPEIA. **Competition: Antitrust Procedures in Abuse of Dominance**. Bruxelas, 2013. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-05/antitrust_procedures_102_en.pdf. Acesso em: 13 set. 2024.
- FORGIONI, 2008
FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- FORGIONI, 2016 FORGIONI, Paula. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FORGIONI, 2018 FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- FOURNIER, 1989 FOURNIER, Frédéric. **L'agence commerciale**. Paris: Litec, 1989.
- FRAZÃO, 2017 FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FUX, 2023 FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.
- GERLA, 1996 GERLA, Harry S. Restoring Rivalry as a Central Concept in Antitrust Law. **Nebraska Law Review**, v. 75, n. 2, p. 209-254. 1996. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol75/iss2/2/>. Acesso em: 15 set. 2024.
- HOVENKAMP, 2005 HOVENKAMP, Herbert. **The Federal Antitrust Policy**: The Law of Competition and Its Practice. 3ª ed. Thomson West, 2005.
- MELLO, 2012 MELLO, Gustavo Affonso Taboas de. Desafios para o setor editorial brasileiro de livros na era digital. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, n. 36, set. 2012.
- MELLO, 2017 MELLO, Ana Frazão Vieira de. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.

- | | |
|-----------------------------------|---|
| OECD, 1998 | OECD. Resale Price Maintenance: Key findings, summary and notes. OECD Roundtables on Competition Policy Papers , Paris, n. 14, 1998. Disponível em: https://doi.org/10.1787/26c4c840-en . Acesso em: 14 set. 2024. |
| OECD, 2022 | OECD. Discussion of the Hearing on Competition Issues in Books and e-Books . Paris, 2022. |
| PASCHOALINI, 2023 | PASCHOALINI, A. P. Fixação e sugestão de preços de revenda: principais efeitos concorrenciais e distribuição do ônus de prova. Revista do IBRAC , São Paulo, v. 22, n. 2, p. 51–68, 2016. Disponível em: https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/131 . Acesso em: 14 set. 2024 |
| PEREIRA NETO;
CASAGRANDE, 2016 | PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial . São Paulo: Saraiva, 2016. |
| RAO, 2003 | RAO, S. S. Electronic books: a review and evaluation. Library Hi Tech , v. 21, n. 1, p. 85-93, 2003. DOI: 10.1108/07378830310467427. |
| RODRIGUES et al., 2014 | RODRIGUES, Marco Aurélio de Souza <i>et al.</i> From print to screen: changes and challenges facing the Brazilian publishing industry. Revista de Administração , São Paulo, v. 49, p. 491-505, 2014. |
| SALOMÃO FILHO, 2013 | SALOMÃO FILHO, C. Direito concorrencial . 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. |
| THEODORO JÚNIOR
2003 | THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil (LGL\2002\400). Revista dos Tribunais , São Paulo, v. 812, p. 34, jun. 2003. |

Equipe 112



WHISH; BAILEY, 2012

WHISH, Richard; BAILEY, David. EU **Competition Law**. 7^a
ed. Oxford: Oxford University, 2012.

AO TRIBUNAL DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DE SUCUPIRA (“S-CADE”)

Recurso Voluntário no Processo Administrativo nº 12345.678901/2019-01

Capitolina Edições Limitadas (“CAPITOLINA”), devidamente qualificada nos autos do procedimento em referência, vem, respeitosamente, por sua advogada, nos termos do art. 58 da LDCS e do art. 124, *caput*, do RIS-Cade, apresentar este **Memorial no âmbito do Recurso Voluntário no Processo Administrativo nº 12345.678901/2019-01** com fundamento no art. 84, §2º da LDCS e nos arts. 213 a 218 do RIS-Cade, em face da decisão da d. SG/S-Cade por meio do qual determinou a concessão parcial de medida preventiva e a instauração de processo administrativo diante da representação apresentada pela Baleia S.A. (“BALEIA”), constante da Nota Técnica n. 01/2019.

I. DOS FATOS

1. Trata-se de recurso voluntário sobre processo administrativo instaurado em 30/02/2019 a partir de denúncia feita pela BALEIA a este e. S-Cade para investigar suposta prática de FPR pela CAPITOLINA com alegados efeitos anticompetitivos nos mercados de edição e comercialização de livros em Sucupira.
2. A CAPITOLINA é pioneira no mercado de livros digitais (*e-books*) e suas operações vão desde títulos sobre os quais possui exclusividade de direitos até livros que estão em domínio público. Em sua atuação nos livros de domínio público, a CAPITOLINA se destaca com um trabalho de confecção de edições de luxo, que contam com impressão em papel couchê de alta gramatura, ilustrações de desenhistas renomados e traduções de alta qualidade. O modelo de negócios da CAPITOLINA funciona com a comercialização das edições fabricadas tanto em loja própria quanto na de terceiros, além de comercializar obras de outras editoras em seu *site* e em sua livraria física, a Livraria Escobar.
3. Em 07/04/2014, visando preservar a qualidade das edições de luxo em livros de domínio público, além de posicionar a marca perante os seus consumidores, a CAPITOLINA formulou consulta perante este e. S-Cade sobre a possibilidade de estabelecer uma política de sugestão de preços de revenda para seus produtos.
4. Considerando seu caráter pró-competitivo e a ausência de preocupações concorrenciais, em 2014, este e. S-Cade decidiu, de forma unânime, pela licitude da política. Esse entendimento foi recebido com otimismo em Sucupira. A prática comercial preservava a remuneração adequada e a qualidade de edições de luxo de livros em domínio público, pois possuem custo elevado de matéria-prima e mão-de-obra.

5. O mercado de edição e varejo de livros em Sucupira também passava por inúmeras dificuldades, marcado pelo ciclo incomum de chuvas que afetou o preço do papel em 2015, pelo declínio das vendas de livros físicos e com *players* enfrentando dificuldades e sob recuperação judicial. Esse cenário levou à aprovação da Lei nº 451/2016 autorizando a prática de FPR com a finalidade de assegurar a qualidade dos livros do país—bem fundamental para os habitantes de Sucupira. Embora essa lei tenha entrado em vigor em 25/06/2016, foi suspensa liminarmente em 30/12/2016, em decisão monocrática em ADI—causando surpresa para todo o setor livreiro.

6. Diante desses acontecimentos, a CAPITOLINA, entendendo pela menor eficiência de seu modelo de distribuição a época, resolveu alterá-lo a partir de 2019. Após comunicado dessa decisão a seus parceiros, a BALEIA informou à CAPITOLINA sua decisão de não aderir ao novo modelo contratual, resultando em seu descredenciamento, dada a perda de interesse comercial nessa relação contratual e a impossibilidade logística de manter duas estruturas distintas de distribuição.

7. Irresignada com o descredenciamento, em 25/02/2019, a BALEIA apresentou, infundadamente, denúncia a este e. S-Cade, solicitando imposição de medida preventiva a fim de garantir a continuação irrazoável dos livros do catálogo da CAPITOLINA em seu *site* de vendas. Argumentou-se, em síntese, que supostamente a CAPITOLINA praticaria FPR, sob alegadas ameaça de descredenciamento. Sem provas, a BALEIA fantasia que a mudança no formato de distribuição seria uma forma de burlar a legislação concorrencial, ao invés de uma escolha estratégica empresarial. A d. SG/S-Cade acertou em parte em sua decisão, ao **rejeitar** o pedido liminar da BALEIA para proibir a política de sugestão de preços da CAPITOLINA e a adoção de seu novo modelo de distribuição. Contudo, a d. SG/S-Cade se equivocou ao deferir parcialmente a medida preventiva, preservando a relação da distribuição dos produtos da CAPITOLINA pela BALEIA.

8. Conforme será apresentado pelo presente MEMORIAL, as alegações e o deferimento parcial da medida preventiva contra a CAPITOLINA não se sustentam pela demonstrada: (i) a ilegitimidade deste e. S-Cade sobre lides privadas; (ii) a ausência de individualização da conduta atribuída à CAPITOLINA; (iii) a insuficiência do conjunto probatório para consubstanciar esta demanda em face de CAPITOLINA; (iv) a absoluta licitude e legitimidade das práticas atribuídas à CAPITOLINA, inexistindo qualquer tipo de infração concorrencial *in casu*; (v) a inobservância dos requisitos mínimos para a concessão, mesmo que parcial, de medida preventiva por este e. S-Cade.

II. PRELIMINARES

a. INCOMPETÊNCIA DO S-CADE PARA JULGAR LIDE PRIVADA

9. Preliminarmente, este e. S-Cade não possui competência sobre o presente caso, uma vez que se trata de simples disputa privada entre as partes. A competência atribuída pelo art. 1º,

parágrafo único, da LDCS, não se aplica ao caso, já que não busca arbitrar lides privadas, mas a própria existência da concorrência em benefício de todos.¹

10. Os objetivos pretendidos pela BALEIA por meio da medida preventiva contra a CAPITOLINA—(i) inviabilizando sua política de preços aprovada pelo e. S-Cade, (ii) impedindo a adoção do modelo de contrato por agência e (iii) determinando a manutenção da relação de distribuição dos produtos entre as partes em um modelo de negócios alternativos—, consistem em uma disputa que não trespasa a esfera privada de direitos, fora da competência deste e. S-Cade

11. Mais do que isso, caso este e. S-Cade atue sobre a presente disputa, ele estará afetando princípios constitucionais integrantes da ordem econômica da qual parte a própria LDCS (art. 1º, *caput*),² como a livre iniciativa e a livre concorrência, previstos na CRS/1988 (arts. 1º, IV, e 170, IV) e na LLES (arts. 1º e 4º, I). Dessa forma, a intervenção deste e. S-Cade sobre os mercados é condicionada pela proteção desses princípios,³ não podendo atuar de maneira contraditória à garantia de acesso e disputabilidade dos mercados.⁴

12. Logo, tratando-se de mera lide privada, a liberdade da CAPITOLINA para tomar as decisões empresariais mais apropriadas para seus negócios é uma garantia constitucional respaldada pela ordem econômica. Restrições a esse direito devem ocorrer apenas em caráter excepcional—isto é, em caso de riscos concorrenciais ao mercado e à coletividade. Intervenções excessivas e contrárias a tais princípios diminuem a eficiência dos mercados e de seus agentes, trazendo graves prejuízos aos consumidores finais.⁵

13. Conclui-se que o presente caso não difere de outras demandas arquivadas por ausência de competência deste e. S-Cade, inexistindo fundado prejuízo à concorrência, mas somente mera tutela privada de direitos. Sua intervenção sobre o modelo de negócios da CAPITOLINA é indevida e contrária aos preceitos constitucionais que norteiam a LDCS e a atuação deste e. S-Cade, devendo ser afastadas. Portanto, é imperioso que este e. S-Cade archive o presente feito sem resolução de mérito, bem como reverta a concessão parcial de medida preventiva pela d. SG/S-Cade.

b. A AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA

14. Ainda em etapa preliminar, a Nota Técnica n. 01/2019 não delimita qual seria a alegada infração à ordem econômica supostamente cometida pela CAPITOLINA que justificaria a concessão

¹ Cf. ANDERS; PAGOTTO; BAGNOLI, 2012, p. 6; FORGIONI, 2018, p. 279-280. Cf. também SALOMÃO FILHO, 2013, p. 63-66 (descrevendo a transição da natureza privativas para publicista no direito concorrencial moderno).

² Cf. MELLO, 2017.

³ Cf. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no Ato de Concentração nº 08700.007101/2018-63.

⁴ Cf. FORGIONI, 2016, p. 133-169.

⁵ Cf. BORK, 1993, p. 51.

parcial da medida preventiva, inviabilizando seu direito à ampla defesa e violando o devido processo legal.

15. O ordenamento jurídico de Sucupira assegura, enquanto direitos fundamentais, a ampla defesa e o contraditório ao acusado pela atividade persecutória da administração pública.⁶ Para isso, apresenta amplo respaldo normativo: art. 5º, LV, da CRS/1988; art. 2º, incisos VII e VIII, da LPAS; e arts. 69 da LDCS e arts. 146 e 147, do RIS-Cade. Sob essa perspectiva, a individualização da conduta não se trata de simples princípio geral do direito, mas condição de possibilidade do exercício do direito à defesa.

16. Observa-se, no entanto, que o dispositivo apresentado pela Nota Técnica n. 1/2019 viola essas garantias processuais. De plano, a d. SG/S-Cade afirma contundentemente não ter se aprofundado em eventuais segmentações de mercado. Contudo, há verdadeira confusão ao delimitar, sem qualquer clareza, a conduta ora ao mercado de interesse geral ora ao mercado de luxo.⁷

17. Além disso, falha ao não descrever exatamente qual o escopo da conduta que seria potencialmente ilícita. Sobre quais práticas deve CAPITOLINA se defender contra uma investigação e medida preventiva irrazoáveis da d. SG? A política de sugestão de preços de revenda para obras de edição de luxo adotada até 2019 e devidamente aprovada por este e. S-Cade? Ou a escolha, pautada na liberdade econômica, de mudar o seu sistema de distribuição para contrato de agência vigente atualmente (há mais de 5 anos)? Como pode a CAPITOLINA explicar que manter a relação de distribuição com a BALEIA significa imputar à CAPITOLINA um ônus impossível de administrar dois modelos de negócios completamente distintos? E o que significa manter a distribuição “nos termos vigentes”, se não há distribuição vigente com a BALEIA desde 2019? A essas perguntas, a d. SG/S-Cade se limita a mencionar genericamente a potencial existência de “infrações à ordem econômica nos termos do art. 36, §3º, IX, X e XII da LDCS” (§41, Nota Técnica n. 1/2019).

18. As contradições e incoerências expostas resultam em vício insanável do presente procedimento, cuja investigação foi instaurada sem a devida delimitação, motivos que acarretam a nulidade do ato administrativo⁸ que instaurou o processo, a Nota Técnica n. 1/2019. Como consequência disso, há grave violação a suas garantias processuais constitucionais da CAPITOLINA.

⁶ Cf. STJ. HC 370.972/MS, relator ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016; TJ-MG — APR: 10035110114788001 MG, relator: Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento: 10/03/2015, Data de Publicação: 19/03/2015; e AgInt no REsp nº 1.485.027/RJ, relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/8/2017, DJe de 31/8/2017.

⁷ Esse é o caso do §35 da Nota Técnica n. 1/2019, que afirma genericamente que “as condutas reportadas pela Baleia se referem à suposta (i) adoção de políticas de fixação de preço mínimo por parte da Capitolina em seu catálogo de livros de luxo, à (ii) alteração do modelo de distribuição dos livros da Capitolina e ao (iii) descredenciamento unilateral da Baleia como distribuidora da Capitolina por suposto descumprimento da política de fixação de preços mínimos”.

⁸ Cf. STF, HC 70763, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/06/1994, DJ 23-09-1994 PP-25328 EMENT VOL-01759-03 PP00514

Assim, considerando o prejuízo sofrido pela CAPITOLINA quanto à sua defesa em razão da ausência de adequada individualização da conduta, este feito deve ser imediatamente arquivado, sem resolução de mérito, e concessão parcial da medida preventiva pela d. SG/S-Cade deve ser igualmente revertida.

c. A INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO DA CAPITOLINA OU CONCESSÃO PARCIAL DE MEDIDA PREVENTIVA EM SEU DESFAVOR

19. Além dos outros vícios apontados acima, é necessário reconhecer que este feito não contém indícios suficientes de qualquer lesão ao mercado ou ao resultado final do processo não preenchendo os requisitos do arts. 13, XI, e 85, LDCS para conceder a medida preventiva. Portanto, não se sustentam os requisitos legais autorizadores da medida preventiva, bem como do cabimento para instauração de processo administrativo em face da CAPITOLINA.

20. O conjunto probatório consiste apenas em poucos *e-mails* entre a RECORRENTE e RECORRIDA, além das respostas a ofícios de seus concorrentes no mercado livreiro. De um lado, a troca de e-mails (Anexo V) não revela qualquer tipo de coação ou retaliação pela CAPITOLINA pela não-observância da sugestão de preços. Ao contrário, observa-se que por anos a BALEIA não seguiu a sugestão de preços da CAPITOLINA sem qualquer penalização. Por outro lado, a afirmação de que a conduta de sugestão de preços de revenda seria mandatória (Nota Técnica n. 1/2019, §38) consiste em mero relato unilateral, o que não comprova tais alegações.⁹

21. A eventual condenação da CAPITOLINA e a concessão parcial da medida preventiva pela d. SG/S-Cade são embasadas simplesmente em uma suposta posição dominante da CAPITOLINA. Primeiro, a mera existência de posição dominante não é elemento suficiente para comprovar a existência de práticas anticompetitivas.¹⁰ Segundo, a mera existência de sugestão de preços mínimos também é inapta para comprovar a ilicitude da prática de FPR.¹¹

22. Conclui-se que a d. SG/S-Cade até o momento não foi capaz de reunir indícios capazes para ensejar a sua condenação ou a concessão parcial de medida preventiva, sendo imperioso o

⁹ Cf. Voto do Conselheiro-Relator Diogo Thomnon no Processo Administrativo nº 08700.000284/2022-72 (“[o]s padrões antitruste deveriam, nas primeiras análises de uma determinada conduta, realizar uma avaliação inicial detalhada dos seus potenciais efeitos anticompetitivos diante de múltiplos argumentos de defesa, de modo que se possa afirmar com confiança que a prática é tão improvável de não prejudicar a concorrência que os custos de investigação individualizada não se justificam”. Cf. também HOVENKAMP, 2005, p. 47-48.

¹⁰ A regra da razão exige uma análise detalhada de uma série de fatores, a fim de demonstrar os efeitos anticompetitivos da conduta, a citar, a estrutura de mercado em que a conduta era praticada; os efeitos potenciais e concretos da restrição sobre o mercado; os propósitos que justificaram sua adoção; as eficiências produzidas; dentre outros, sopesando assim os possíveis benefícios econômicos em termos de diminuição de custos, eficiência produtiva ou incentivos a inovação. Cf. PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 93; e FRAZÃO, 2017, [versão digital].

¹¹ Cf. voto do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (Representante: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania; Representada: SKF do Brasil), v. 8., fl. 109; e voto do Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani no Processo Administrativo nº 08700.004563/2017-48 (Representante: Cade ex officio; Representada: Technos da Amazônia Indústria e Comércio S.A.).

arquivamento deste feito sem resolução de mérito, além da reversão da concessão parcial da medida preventiva aplicada pela d. SG/S-Cade.

III.DA LEGALIDADE DAS PRÁTICAS ATRIBUÍDAS À CAPITOLINA

23. Ante a confusão de fatos que faz a denúncia apresentada pela BALEIA e a ausência da individualização da conduta pela Nota Técnica n. 1/2019, é necessário separar e esclarecer dois momentos distintos para demonstrar cabalmente que inexistente qualquer infração concorrencial cometida pela CAPITOLINA: (i) a política de sugestão preços de revenda adotada pela CAPITOLINA até 2019 (**item A**); e (ii) o contrato de agência adotado pela CAPITOLINA a partir de 2019 (**item B**).

a. DA LEGALIDADE DA POLÍTICA DE SUGESTÃO DE PREÇOS DE REVENDA ADOTADA PELA CAPITOLINA ATÉ 2019

a.1 A POLÍTICA FOI AUTORIZADA PELO S-CADE, QUE CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE EFEITOS ANTICOMPETITIVOS

24. A política de sugestão de preço estabelecida pela CAPITOLINA foi chancelada por este e. S-Cade na Consulta n. 01/2014, com aprovação unânime pela sua licitude e legitimidade.

25. Segundo o art. 8º da Resolução S-Cade nº 12/2015, respostas a consultas são vinculantes “pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos, para o Tribunal Administrativo e para as partes consulentes, nos limites estritos dos fatos originalmente expostos pelas partes consulentes”. Ademais, o mesmo normativo veda, em seu art. 9º, a aplicação retroativa de eventual nova interpretação para a aplicação de qualquer penalidade às partes consulentes. Ou seja, salvo a existência de novos fatos ou motivos, este e. S-Cade não pode fazer nova interpretação da consulta, sancionando-a como uma prática anticompetitiva *a posteriori*. Assumir o contrário representaria uma violação à segurança jurídica dos *players* tutelados pela LDCS—o que é inadmissível, conforme precedentes do CADE.¹²

26. Essa é exatamente a situação do presente caso. Seguindo o quão disposto no voto da Conselheira Relatora Gilda Gilst na ocasião da Consulta n. 01/2014, a CAPITOLINA continua não possuindo posição dominante, a conduta foi adotada unilateralmente e não há discriminação de revendedores que serão afetados por essa política.¹³

27. Observa-se que inexistente qualquer demonstração que a situação fática envolvendo a decisão de aprovação da política de sugestão de preço deste e. S-Cade na Consulta n. 01/2014 teria sido alterada. A alegação de que a CAPITOLINA teria alterado seu modelo contratual para suportar uma

¹² Cf. voto da Conselheira-Relatora Ana Frazão na Consulta nº 08700.009476/2014-34 (“[c]om efeito, não faria sentido que o CADE emitisse juízo sobre o tema para, em seguida, aplicar retroativamente novo entendimento sobre a matéria, contrariando as legítimas expectativas do consulente”).

¹³ Cf. Nota Técnica n. 01/2019, § 47.

suposta infração ao prazo de autorização da política de preços carece de fundamentação. Nesse sentido, a avaliação de dominância da CAPITOLINA também não se alterou, visto que as participações de mercado não se alteraram nos anos subsequentes à consulta. Em 2014, a participação no mercado de edição de livros de interesse geral era de 19%, em 2019, de 20% , não cabendo nova interpretação por este e. S-Cade acerca da Consulta n. 01/2014.

28. Somado a esses pontos que, por si só, impedem a reanálise da política de preços da CAPITOLINA, destaca-se que a suposta conduta a ela atribuída foi também chancelada pela Lei nº 451/2016, que por 6 meses, autorizou políticas de FPR em Sucupira. A lei foi estruturada de modo a auxiliar na recuperação do mercado de edição e varejo de livros físicos, que se encontra em declínio, com a rápida queda na venda de livros físicos em detrimento de *e-books*, e com o aumento expressivo do preço do papel em 2015,¹⁴ elevando os custos de produção, enquanto insumo fundamental, de livros físicos e, de forma ainda mais acentuada, de livros de luxo.

29. Note-se que a Lei nº 451/2016 autorizava uma prática ainda mais ampla (FPR) do que aquela efetivamente adotada pela política da CAPITOLINA de mera sugestão de preço de revenda. A lei foi suspensa liminarmente por decisão monocrática do Ministro Relator da Suprema Corte poucos meses após a sua promulgação, motivando a decisão da CAPITOLINA de mudar o seu modelo de distribuição—o que será melhor explorado no **item B**.

30. Não obstante, a ausência de posição dominante, a existência de rivalidade nos mercados relevantes abordados, a inexistência da prática de FPR e as eficiências produzidas pela política provam a ausência de efeitos anticompetitivos decorrentes da política de sugestão de preços adotada pela CAPITOLINA.

a.2 A INEXISTÊNCIA DE POSIÇÃO DOMINANTE DETIDA PELA CAPITOLINA

31. A existência de posição dominante é requisito para seu abuso, enquanto infração concorrencial, nos termos do art. 36 da LDCS. Nesse sentido, são recorrentes os casos de abuso de posição dominante arquivados pelo CADE, dada a inexistência posição dominante pelo suposto infrator.¹⁵ Como se demonstrará abaixo, a CAPITOLINA não detém posição dominante capaz de ensejar uma suposta prática anticompetitiva: há baixas participações da CAPITOLINA nos mercados teoricamente afetados pela suposta conduta; e, além das baixas barreiras à entrada nesses mercados, observa-se também a existência de acirrada rivalidade entre seus *players*.

¹⁴ Anexo I.

¹⁵ Cf. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia Processo Administrativo nº 08700.005755/2015-18 (Interessados: CADE Ex Officio e Itaú Unibanco S.A.).

a.2.1 AS BAIXAS PARTICIPAÇÕES DE MERCADO DA CAPITOLINA NOS MERCADOS TEORICAMENTE AFETADOS PELA SUPOSTA CONDUTA

32. Em primeiro plano, a CAPITOLINA não possui participações de mercado suficientes para se afirmar que ela detém posição dominante em qualquer dos mercados investigados.

33. O art. 36, § 2º, da LDCS, estabeleceu uma presunção de posição dominante por empresas com mais de 20% ou mais de participação de mercado. Trata-se de percentual mínimo de *market share* do suposto infrator para que se proceda à análise de uma suposta conduta anticompetitiva.¹⁶

34. Para aferir as participações de mercado da CAPITOLINA, é necessário definir os mercados relevantes em que as supostas práticas teoricamente teriam produzido efeitos. As atividades da CAPITOLINA em Sucupira, como já indicado acima, consistem essencialmente na edição e comercialização de livros.

35. Seguindo precedentes do CADE, sob a ótica do produto, as operações de livro devem ser segmentadas nos mercados de edição e de varejo de livros.¹⁷ Em relação ao mercado de edição de livros, este pode ser subsegmentado em seu objeto entre: (i) livros didáticos e paradidáticos; (ii) livros de interesse geral; (iii) livros religiosos e livros científicos; e (iv) livros técnicos e profissionais.¹⁸ O mercado de edição requer especialização, isto é, equipes editoriais específicas para cada tema. Precedentes internacionais corroboram com essa divisão, reconhecendo que diferentes editoras se especializam em determinado tema e, assim, uma análise agregada seria inadequada.¹⁹

36. Quanto ao mercado de varejo de livros, esse deve ser analisado em conjunto, uma vez que a comercialização de diferentes gêneros literários não requer nenhuma forma de especialização, dado que *sites* e livrarias comercializam livros em múltiplas áreas de interesse.²⁰ Ademais, não há distinção entre varejo físico e *online*, considerando as recentes mudanças tecnológicas no setor e o amplo acesso à tecnologia pela população.

37. Ainda que se quisesse considerar os mercados de varejo *online* e físicos separadamente, seria necessário contextualizá-los. As livrarias físicas em Sucupira passam por um momento de crise, com lojas fechando suas portas ou entrando em recuperação judicial, o que explica o elevado *market share* da CAPITOLINA no segmento, ainda que desacompanhado de sua dominância—como observa-se pelas participações dos *players* do mercado *online*. Observa-se, inclusive que lojas físicas acabam como *showroom* para clientes que preferem comprar *online*. Diante desse contexto, a análise

¹⁶ Cf. Processo Administrativo nº 08700.005755/2015-18 (Interessados: CADE Ex Officio e Itaú Unibanco S.A.).

¹⁷ Cf. Ato de Concentração nº 08012.002366/2008-51 (Requerentes: Livraria e Papelaria Saraiva S.A. e Siciliano S.A.).

¹⁸ Cf. Ato de Concentração nº 08012.012235/2008-82 (Requerentes: Capital Mezanino Fundo de Investimentos em Participações e Livraria Cultura S.A.).

¹⁹ Cf. Civil Action No. 21-2886-FYP (USA v. BERTELSMANN SE & CO. KGaA, PENGUIN RANDOM HOUSE, LLC, VIACOMCBS, INC., and SIMON & SCHUSTER, INC.).

²⁰ Cf. Ato de Concentração nº 08012.002366/2008-51 (Requerentes: Livraria e Papelaria Saraiva S.A. e Siciliano S.A.).

do mercado de varejo de livros em conjunto, deve partir dos dados disponíveis para vendas *online* como efetivamente representativos da materialidade desse mercado.

38. Em sua dimensão geográfica, ambos os mercados de edição e de comercialização de livros têm dimensão nacional, também conforme precedentes do CADE.²¹

39. Como a CAPITOLINA atua em todo o território de Sucupira, este e. S-Cade deve definir os mercados relevantes teoricamente afetados pelas supostas condutas anticompetitivas como: (i) o mercado nacional de edição de livros de interesse geral; e (ii) o mercado nacional de comercialização de livros *online*. A partir do caso, a análise deve ser feita a partir de livros em geral, considerando que a segmentação “livros de luxo” nunca foi reconhecida pelo CADE nem por outras autoridades concorrenciais ao redor do mundo.

40. Assim, o *market share* da CAPITOLINA nos mercados analisados permanece, consistentemente, em torno dos 20% ao longo do tempo, sendo que, em alguns anos, sua participação nem mesmo atinge tal porcentagem—descartando-se suposta posição dominante nesse mercado. Isso, por si só, torna questionável uma suposta posição dominante da CAPITOLINA. Além disso, a Comissão Europeia reconhece que uma empresa com menos de 40% de *market share* dificilmente poderia ensejar abusos concorrenciais.²² A prática de outras autoridades concorrenciais, como o CADE, evidencia que agentes empresariais condenados por abuso de posição dominante possuíam, em média, cerca de 60% de participação no mercado.²³ Assim, é possível afirmar que a CAPITOLINA dificilmente poderia exercer dominância na prática, com participação de mercado instável e que em nenhum cenário atingiria esses percentuais.

41. Portanto, vê-se que as baixas participações de mercado detidas pela CAPITOLINA são insuficientes para afirmar a existência de posição dominante. Ainda que se entendesse em sentido contrário, tal mercado também possui baixas barreiras à entrada e alta rivalidade (como se demonstrará nos **itens a.2.2 e a.3**), tornando o suposto abuso de posição dominante improvável.

²¹ Cf. Ato de Concentração nº 08700.005946/2019-03 (Requerentes: Magazine Luiza S.A. e Estantevirtual.com.br Serviços de Busca na Internet Ltda.).

²² Cf. Comissão Europeia, 2013.

²³ Cf. Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60 (participação de mercado de 48% a 70%); Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27 (participação de mercado de 60% a 90%); Processo Administrativo nº 08012.008407/2011-19 (entidade setorial que representa cerca de 65% dos *players* do mercado); Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04 (participação de mercado superior a 90%); Processo Administrativo nº 08700.008464/2014-92 (participação de mercado de 100%); Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51 (participação de mercado de 100%); Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37 (participação de mercado de 100%); Processo Administrativo nº 08700.008897/2015-29 (participação de mercado de 100%); Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41 (participação de mercado de 100%); Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30 (participação de mercado de cerca de 100%); Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58 (participação de mercado de 73%); Processo Administrativo nº 08012.007155/2008-13 (participação de mercado de cerca de 100%); Processo Administrativo nº 08700.009890/2014-43 (participação de mercado de 58%); Processo Administrativo nº 08012.000643/2010-14 (participação de mercado de cerca de 100%); e Processo Administrativo nº 08700.006292/2012-51 (participação de mercado de cerca de 100%).

42. Dois comentários finais são necessários. Primeiro, é incabível afirmar a CAPITOLINA possui participação de mercado significativa no mercado de edição de livros de luxo, dado que inexistente qualquer precedente ou justificativa para essa segmentação, não devendo, portanto, ser analisada por este e. S-Cade. Para além disso, um eventual mercado de edição de livros de luxo contaria com baixas barreiras à entrada e acirrada rivalidade, capazes de disciplinar supostas tentativas de abuso de posição dominante pela CAPITOLINA, como se discutirá nos **itens a.2.2 e a.3**.

43. Segundo, a Nota Técnica n. 1/2019 afirma a existência de suposta “dominância coletiva” da CAPITOLINA em conjunto com suas rivais, com fundamento no art. 36, §2º, da LDCS. Contudo, essa alegação não merece prosperar. A dominância coletiva se dá quando duas ou mais entidades econômicas, embora juridicamente independentes, atuam de maneira coordenada em um mercado, apresentando-se como uma unidade econômica coletiva.²⁴ De acordo, com o Competition Bureau, para se verificar a existência de dominância coletiva em caso concreto, as empresas devem controlar conjuntamente uma classe ou espécie de negócio de forma que detenham poder de mercado em conjunto²⁵. A Corte de Justiça da União Europeia, por sua vez, entendeu necessária três condições para sua materialização: (i) monitoramento entre os membros do oligopólio para garantir a adesão à política comum, (ii) coordenação deve ser sustentável, com incentivos para manter a cooperação e (iii) reação de concorrentes e consumidores não pode prejudicar os resultados esperados.²⁶

44. Diante desse quadro, de um lado, é incabível argumentar que a parceria da CAPITOLINA com a Macabéa não alterou as condições de mercado como feito pela d. SG/S-Cade, ensejando suposta dominância coletiva. Isso porque, ela teve duração inferior a 1 ano, restrita a um nicho bastante limitado—literatura russa. Além disso, ambas as empresas preservaram estruturas societárias e de gestão separadas, o que indica a inequação de tratá-las como uma mesma empresa.

45. De outro, tampouco a implementação de uma política de sugestão de preços mínimos pelas concorrentes de CAPITOLINA, Dom Casmurrinho e Quixotesca, ensejaria uma alegada dominância coletiva sobre o mercado.

46. Primeiro, a CAPITOLINA agiu de forma independente ao propor a Consulta n. 01/2014 a este e. S-Cade—ou seja, ela não estava, de forma alguma, coordenando ou planejando a sua ação de modo a beneficiar outros agentes que não ela mesma. Segundo, a adoção de políticas de sugestão de preços por Dom Casmurrinho e Quixotesca deve ser entendida como resultado direto da Lei

²⁴ Cf. Whish; Bailey, 2012, p. 577, ao discutir o precedente *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission* (“collective dominance implies that a dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other provided that from an economic point of view ‘they present themselves or act together on a particular market as a collective entity’”).

²⁵ Cf. Competition Bureau, 2022, p. 22 (“in the case of joint dominance, this exercise also requires an assessment of whether those firms that are alleged to be engaged in a practice of anti-competitive acts jointly control a class or species of business such that they hold a substantial degree of market power together”).

²⁶ Cf. Case C-393/92 P [1994] ECR I- 1477.

nº 451/2016, e não de uma suposta coordenação com CAPITOLINA, na medida em que foram autorizadas todas as políticas de preços mínimos de revenda estabelecidas pelos comerciantes de livros do país. É inquestionável que o agente econômico que se vê beneficiado pelo novo texto legal irá se comportar de acordo com o estipulado. Assim sendo, ainda que as condutas de sugestão de preços pelas editoras tenham sido anteriores à promulgação dessa lei (respectivamente, pouco mais de 2 meses para uma e 11 dias para outra), é possível verificar uma correlação entre as condutas e a expectativa de sanção dessa. Isso pois a promulgação da lei já era previsível naquele momento dado o andamento legislativo. Nesse contexto, a partir da lei, as editoras estariam protegidas, se não incentivadas, na adoção dessa nova estratégia de mercado. Terceiro, a própria Consulta n. 01/2014 impactou esses *players*. Ainda que não tenha sido elaborada por eles, os efeitos da decisão deste e. S-Cade propagaram, invariavelmente, uma mudança no mercado, o qual procurou se adaptar às novas práticas. Pode-se argumentar que a declaração de licitude da Consulta n. 01/2014, a qual passou a servir de fundamentação para orientações jurídicas, embasou a forma pela qual Dom Casmurrinho e Quixotesca moldaram suas políticas.

47. Ainda que se descarte a influência desses fatores, entende-se que seria equivocado considerar uma coordenação da CAPITOLINA com as demais na medida em que ambas restaram prejudicadas após a adoção dessa política, ao passo que perderam participação de mercado. Nesse sentido, esse resultado rompe com a ideia de uma suposta dominância coletiva, haja vista afastar quaisquer hipóteses de cooperação, colusão, entre os membros.

48. Por fim, deve-se ressaltar que no CADE, cujos entendimentos deste e. S-Cade são inspirados, não há direcionamento claro em relação à dominância coletiva, muito menos sobre quais requisitos deveriam se fazer presentes para que fosse considerada a sua existência. Conselheiros sinalizaram que aplicar punições por condutas em que há dúvidas razoáveis sobre sua legalidade, seria uma forma de fomentar a insegurança jurídica.²⁷ Inclusive, o CADE já decidiu que é possível o afastamento de nova interpretação, bem como sua respectiva punição com base no art. 23 da LINDB, isto é, quando a decisão administrativa estabelece interpretação ou orientação nova—como é o caso da dominância coletiva.²⁸

49. *In casu*, com o surgimento da Lei nº 451/2016, bem como com o resultado da Consulta n. 01/2014, criou-se um ambiente no qual se incentivava a adoção de políticas de sugestão de preço no setor de livros em Sucupira, moldando a atuação dos *players* no setor livreiro. Decidir de forma contrária ao impor, em análise superficial, medida preventiva, como feito pela d. SG, seria criar um ambiente de insegurança jurídica, devendo, portanto, ser reconhecida a impossibilidade de ser

²⁷ Cf. Processo Administrativo nº 08700.002066/2019-77

²⁸ Cf. Processo Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.000641/2023-83

aplicada eventual tese de dominância coletiva para taxar a CAPITOLINA como dominante no mercado, bem como de entender que a sugestão de preço ora praticada seria conduta ilícita.

a.2.2 AS BAIXAS BARREIRAS À ENTRADA NOS MERCADOS RELEVANTES TEORICAMENTE AFETADOS PELA SUPOSTA CONDUTA

50. Em todos os mercados teoricamente afetados pela suposta prática anticompetitiva, há baixas barreiras à entrada, capazes de tutelar um eventual abuso de posição dominante pela CAPITOLINA.

51. Primeiramente, no **mercado de edição de livros de interesse geral**, não há que se falar em barreiras à entrada—o que é demonstrado por mudanças tecnológicas no mercado que resultaram em um novo ambiente editorial e nova estrutura de custos. Acerca da produção, novas tecnologias permitem que os livros sejam produzidos digitalmente, dispensando a essencialidade do uso do papel. Assim, princípios básicos, como economias de escala, que costumavam ser um mantra para este setor, já não reinam de forma absoluta.²⁹ Os custos marginais de distribuição são menores não apenas para *e-books*, que podem ser distribuídos gratuitamente, mas também para livros físicos devido ao varejo online. Os custos fixos também são mais baixos devido às oportunidades de autopublicação e automatização de processos de edição.³⁰ A digitalização ampliou o leque de alternativas de conteúdo ao consumidor, alterando o contexto dos negócios editoriais.³¹

52. Agora, sobre o **mercado de comercialização de livros**, também restam inexistentes barreiras à entrada, porque há elevada substitutibilidade na oferta de produtos. Isto é, o conteúdo do livro é irrelevante no que diz respeito à comercialização. Logo, não há barreiras para que livrarias passem a ofertar obras de categorias editoriais distintas daquelas comercializadas originalmente.³² Também não há barreiras para a atuação no comércio varejista de livros em diferentes regiões do país para além daquelas atinentes à abertura de qualquer estabelecimento comercial varejista.

53. A entrada nesse mercado também é beneficiada pelo crescimento do comércio *online*—o qual não apresenta nem custo fixo alto, e nem barreiras à entrada para novos concorrentes³³. Além disso, as diferentes modalidades de vendas a varejo à distância podem proporcionar uma possibilidade de as pequenas empresas concorram de forma menos desigual com seus grandes concorrentes, que dispõem de maior capacidade de investimento.³⁴

²⁹ Cf. RODRIGUES, 2014.

³⁰ Cf. OCDE, 2022.

³¹ Cf. MELLO, 2012.

³² Cf. CADE, 2021.

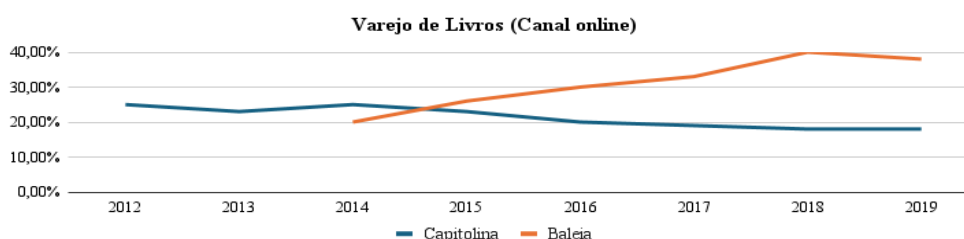
³³ Cf. Ato de Concentração 08012.002993/2000-35 (CCP Overseas Equity Partners 1, L.P.; The Flatiron Fund 2000, LLC e Flatiron Associates II, LLC; Luna Ventures, LLC; Mercosul Internet S.A.; AIG Brazil Special Situations Fund L.P. e AIG Brazil Special Situations Paraleil Fund, C.V.; Lojas Web Ltd; Global Bridge, LLC; e Americanas.Com).

³⁴ Cf. Ato de concentração 08012.007893/2005-18 (Americanas.Com S.A., Shoptime S.A. e TV Sky Shop S.A.).

54. Por fim, a CAPITOLINA não detém direitos sobre a produção das obras de luxo pois se encontram em domínio público. Mesmo que se considerasse a **subsegmentação dos mercados mencionados em livros de luxo**—o que é incompatível com os precedentes discutidos acima—, também inexistem barreiras para que as concorrentes da CAPITOLINA passem a ofertar as edições de luxo em seu catálogo. Logo, as obras de luxo são passíveis de serem replicadas por qualquer empresa interessada sem necessidade de licenciamento de direitos autorais.

55. Além da ausência dessas barreiras de entrada, o CADE, por exemplo, já entendeu que, na verdade, o setor de livros possui incentivos à entrada de novos *players* por um fator central dado pela imunidade tributária dos livros³⁵ e isenção em relação ao PIS/Pasep e Cofins (Lei nº 11.033/2004) na cadeia produtiva do livro, disposições que também integram o ordenamento jurídico de Sucupira.

56. Esse cenário de baixas barreiras à entrada é corroborado pelo ingresso de novos competidores tanto no mercado de comércio varejista quanto no de edição de livros em Sucupira. Esse é justamente o caso da própria BALEIA, que iniciou no mercado a partir de 2014, tendo crescimento notável em sua participação conforme demonstrado por crescimento destas no mesmo período. Ainda sobre a BALEIA, destaca-se o Anexo III, no qual a mesma apresenta seu plano estratégico para aumentar seus investimentos e participação ao longo dos próximos anos, afirmando categoricamente que “desde 2014, a BALEIA S.A. tem apresentado números expressivos de market share mundial no varejo de livros”:



57. A entrada de novos players é também relevante quando analisada sobre o marco temporal na qual ocorrem, após a vigência da nova política da CAPITOLINA. **O que decorre dessa avaliação é o acirramento da concorrência por todo o país mesmo após a implementação da política investigada.** A entrada de novos competidores no mercado neste período demonstra não só a inexistência do aumento de barreiras, como também de efeitos negativos no mercado; em verdade demonstra tão somente a manutenção de forte atratividade e competitividade do comércio varejista de livros online.³⁶

³⁵ Cf. Ato de Concentração nº 08012.002366/2008-51 (Editora Siciliano Ltda., Livraria e Papelaria Saraiva S.A., Siciliano S.A.).

³⁶ Estudos destacam vantagens claras dos e-books em relação aos livros físicos: um processo de publicação mais rápido e global, custos mais baixos, maior conveniência (pois não é necessário armazenar ou localizar fisicamente um produto

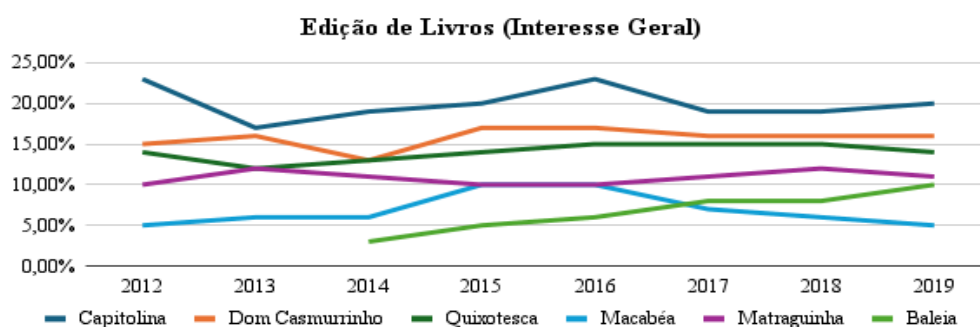
58. Do exposto é possível inferir também que se trata de mercado com amplo acesso a insumos, equipamento, tecnologia, mão de obra e baixa complexidade do processo produtivo, não havendo diferenciação no processo editorial de cada um. Resta clara a ausência de barreiras significativas à entrada de novos *players* nestes mercados.

a.3 RIVALIDADE NOS MERCADOS RELEVANTES

59. Todos os mercados teoricamente afetados pela suposta prática anticompetitiva, também possuem elevados níveis de rivalidade, capazes de tutelar um eventual abuso de posição dominante pela CAPITOLINA.

60. A análise da rivalidade é central para o exame de condições para que concorrentes contestem o poder de mercado de agentes incumbentes, sendo elemento fundamental da livre concorrência e desenvolvimento eficiente dos mercados.³⁷ Essa rivalidade pode tanto ser feita por meio de rivais em potencial quanto por meio de lançamento de novas mercadorias e expansão de atividades pelas concorrentes existentes.³⁸

61. O aumento da rivalidade a partir da entrada de novos players no **mercado de edição de livros** de Sucupira é visto com otimismo.³⁹ Esse mercado, principalmente pelo crescimento da influência dos meios digitais em sua cadeia, vem se transformando em um mercado dinâmico e competitivo.⁴⁰ Esse cenário é realidade para Sucupira, no qual se verifica, para além da entrada efetiva da BALEIA no mercado, como discutido acima, a variação entre os shares e posições das concorrentes:



62. A tabela apresentada pela SG demonstra a contestabilidade da posição de mercado da CAPITOLINA, posto que sua participação nunca ultrapassou margem significativamente acima de

para vendê-lo), processos simplificados de atualização de conteúdo e maior acesso a funcionalidades adicionais, como busca em manuscritos e participação dos leitores. Cf. RAO, 2003, p., 85-93.

³⁷ Cf. GERLA, 1996.

³⁸ Cf. Parecer SG/S-Cade nº 9/2024 no Ato de Concentração nº 08700.009121/2023-36 (Interessados: GRUPO EDITORIAL NACIONAL PARTICIPAÇÕES S.A. E SRV EDITORA LTDA.).

³⁹ Portanto, o que se pode esperar no longo prazo é não apenas a transformação do mercado e das empresas já existentes, mas, como resultado desse novo contexto, o surgimento de novas editoras. Cf. MELLO, 2012.

⁴⁰ Cf. RODRIGUES, 2014, p. 491-505.

20%—mesmo após a implementação da política. Além disso, o mercado conta com a presença de concorrentes com participações de mercado relevantes próximas—isto é, com variações de cerca de 5%—e com franja de mercado é representativa—isto é, com a manutenção da presença de diversos e entrada de novos *players*—, fatores estes que indicam a existência de mercado pulverizado com existência de rivalidade. Além disso, as participações das diferentes empresas oscilaram ao longo dos anos, dinamismo percebido pela variação das posições das empresas, incluindo o crescente *market share* de algumas companhias e a entrada de novos concorrentes. Nesse sentido, o CADE reconhece que a “elevada variância de market shares” se dá em “razão da contestabilidade do mercado”, revelando a rivalidade e presença de concorrência nestes mercados.⁴¹

63. De maneira análoga, em que pese a atuação da CAPITOLINA na **comercialização de livros físicos**, a tendência de crescimento das vendas de *e-books* tende a exercer maior pressão competitiva na configuração desse mercado⁴², havendo rivalidade efetiva entre os diferentes *players* dessa categoria de produtos com os livros tradicionais. Inclusive, no **mercado de varejo online**, a CAPITOLINA tem representatividade menor que a própria BALEIA. Nesse contexto, a CAPITOLINA não tem influência para alterar as condições de mercado, estando submetida às condições ditadas pelo mercado *online*—isto é, deve manter suas vendas em nível de atratividade que permita competir com as vendas digitais, regulando seus preços de acordo com àqueles que dominam as vendas.

64. Conclui-se, portanto, que as condições de rivalidade nesses mercados de edição e comercialização de livros em Sucupira são suficientes para disciplinar supostas tentativas de abuso de posição dominante pela CAPITOLINA. Há concorrentes efetivos que exercem pressão competitiva de modo a rivalizar o mercado e as condições de sua competição.

a.4 A CAPITOLINA NUNCA PRATICOU FPR

65. Destaca-se também que a política de sugestão de preços adotada pela CAPITOLINA não se confunde com FPR.

66. Partindo do mesmo modelo de sistema de defesa da concorrência, há critérios específicos para que se identifique uma prática anticompetitiva de FPR. Tais critérios, explicitados pelo CADE em algumas situações, consistem: (i) na forma como a restrição vertical é implementada; (ii) na

⁴¹ Cf. CADE, 2022.

⁴² Cf. Parecer SG/CADE nº 398/2019 no Processo Nº 08700.005946/2019-03. (Requerentes: Magazine Luiza S.A. e Estante Virtual Ltda.).

origem da prática; e (iii) no tipo de preço envolvido.⁴³ Desses critérios, dois deles diferenciam substancialmente a política de sugestão de preços adotada pela CAPITOLINA na prática de FPR.

67. A prática de FPR tem, necessariamente, natureza impositiva, coagindo-se *players* verticalmente relacionados.⁴⁴ Nesse sentido, a ausência de mecanismos sancionatórios caracteriza uma mera sugestão, e não uma imposição anticompetitiva. *In casu*, não há indícios de coação sobre os revendedores, o que é evidenciado pelo fato de a BALEIA ter desrespeitado a política sugerida por diversos anos, sem sofrer qualquer sanção ou retaliação por parte da CAPITOLINA. Ao contrário, há diversos elementos que comprovam a postura amistosa da CAPITOLINA e sua tolerância em relação às inadequações cometidas pela BALEIA, características que divergem completamente da lógica de uma prática de FPR e se aproximam de uma simples política de sugestão de preço de revenda. As comunicações via *e-mail* realizadas entre as duas empresas evidenciam que a inobservância constante pela BALEIA das sugestões de preços pela CAPITOLINA, jamais foram retaliadas com qualquer tipo de punição ao longo dos anos de vigência da política (Anexo V).

68. Segundo, a origem da prática é do fornecedor (CAPITOLINA), não dos distribuidores. A jurisprudência do Cade alerta que os eventuais riscos à concorrência são menores quando se a política é elaborada pelo fornecedor, uma vez que não se trata de conluio entre os revendedores. No caso, a CAPITOLINA unilateralmente pensou a política aplicada, visando melhorar seu desempenho no mercado de edições de luxo.

69. Assim, conclui-se que, por não haver políticas de sanção em relação ao preço sugerido, não se trata da prática de FPR.

a.5 EFICIÊNCIAS GERADAS PELA POLÍTICA

70. Em último lugar, mesmo que se assumisse que a CAPITOLINA praticou FPR durante o período analisado, essa prática tinha natureza pró-competitiva, e não anticompetitiva.

71. A LDCS, em seu art. 36º, I, estabelece que atos supostamente anticompetitivos são lícitos caso tenham efeitos pró-competitivos. Assim, se as condutas favorecerem a concorrência e gerarem eficiências para o mercado, serão consideradas práticas lícitas e legítimas, a partir da análise de seus efeitos.⁴⁵

⁴³ Cf. Consulta nº 08700.004460/2021-64 (Interessados: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda); e voto do Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani no Processo Administrativo nº 08700.004563/2017-48 (Representante: Cade ex officio; Representada: Technos da Amazônia Indústria e Comércio S.A.).

⁴⁴ Cf. BROLIO, 2016, p. 160.

⁴⁵ Cf. voto do Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.).

72. Esse é o caso da suposta conduta de FPR aqui analisada. O Na jurisprudência estadunidense, tais condutas têm, inclusive, presunção de licitude até que se demonstre, por meio da regra da razão, que causam (ou que tem grande potencial de causar) danos à concorrência,⁴⁶ sendo que uma análise por efeitos dessas práticas é empregada no país desde 1997.⁴⁷ No país, reconhece-se que a conduta de FPR costuma trazer mais eficiências do que danos ao mercado.⁴⁸ Os efeitos pró-competitivos incluem permitir a entrada de novos *players* no mercado ou o lançamento de novos produtos ou marcas; evitar comportamento oportunista entre revendedores; ou reposicionar um determinado produto ou marca no mercado; ou, ainda, por meio do melhoramento da imagem e reputação desse produto ou marca perante o consumidor final. De maneira semelhante, o CADE também não analisa a conduta de FPR como ilícito *per se*.⁴⁹ O argumento da proteção de manutenção de qualidade de classes de produtos, por exemplo, também foi aceito pelo CADE enquanto uma das racionalidades pró-competitivas da conduta de FPR.⁵⁰

73. Parte clássica da doutrina antitruste aponta historicamente que a prática de FPR deveria ser completamente legalizada, uma vez que, na sua essência, são apenas uma forma de o produtor organizar suas atividades econômicas.⁵¹ Se os produtores fossem donos de todos os seus locais de revenda, a possibilidade de a prática de FPR causar danos não seria nem mesmo discutida. Assim, é essencial ressaltar que a doutrina e a jurisprudência de países como os EUA caminham para o reconhecimento pleno pela legalidade e pró-competitividade de condutas de FPR. Ademais, diversos países adotam tal prática no contexto dos livros, que têm, além de tudo, importante função social e cultural.⁵²

74. São precisamente essas premissas que devem guiar a análise política de sugestão de preços de revenda da CAPITOLINA. Independente do ângulo de análise adotado por este e. S-Cade, é de extrema importância destacar que a prática da CAPITOLINA trouxe inúmeras eficiências ao mercado.

75. *In casu*, qualquer eventual aumento de preço que os livros em Sucupira tenham sofrido se deve ao ciclo de chuvas atípico registrado no ano de 2015, não a qualquer política implementada pela CAPITOLINA. O ciclo de chuvas afetou o preço do papel, matéria-prima para produção de livros, no país causando aumento geral nos preços de livros. A CAPITOLINA, com sua política autorizada por este e. S-Cade, posicionou a marca no mercado e ajudou a manter a qualidade do

⁴⁶ Cf. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁴⁷ Cf. *State Oil Co. v. Kahn*, 522 U.S. 3 (1997).

⁴⁸ Cf. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁴⁹ Cf. Consulta nº 08700.004460/2021-64 (Requerente: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda).

⁵⁰ Cf. Voto do Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani no Processo Administrativo nº 08700.004563/2017-48 (Representante: Cade ex officio; Representada: Technos da Amazônia Indústria e Comércio S.A.).

⁵¹ Cf. BORK, 1993, p. 298.

⁵² Cf. OECD, 1998.

segmento específico de edições de livros de luxo, que demanda maior emprego de mão de obra qualificada e materiais mais custosos. Além disso, a política ajudou a coibir comportamentos oportunistas dos revendedores, funções reconhecidas pelo CADE em seus precedentes.⁵³ Além disso, destaca-se que o mercado em questão (edição e varejo de livros) tem alta competitividade intermarcas, importante critério para aferição de eficiências da conduta de FPR.⁵⁴

76. Por fim, umas das principais preocupações em relação a esse tipo de política é a eliminação da concorrência no mercado, considerando que tal prática poderia induzir uma uniformização dos preços praticados.⁵⁵ Não se observa, no entanto, qualquer movimento nesse sentido, no presente caso. Ao contrário, ao longo do tempo, e como discutido nos **itens a.2.2 e a.3** acima, os mercados de edição e de comercialização de livros em Sucupira foram historicamente marcados pela elevada competitividade de *players* existentes ou entrantes.

77. Portanto, conclui-se que a política, além de não tratar de FPR, e sim mera sugestão de preços de revenda, trouxe diversas eficiências ao mercado e aos consumidores finais, inexistindo qualquer indício de ilícitos concorrenciais por parte da CAPITOLINA.

b. DA LEGALIDADE DO CONTRATO DE AGÊNCIA ADOTADO PELA CAPITOLINA A PARTIR DE 2019

78. Tendo em vista o exposto acima, provada a licitude das condutas anteriores ao ano de 2019, em virtude da ausência de posição dominante e de efeitos anticompetitivos da prática, resta necessária a comprovação da legalidade da adoção de novo modelo de negócio e do consequente descredenciamento da BALEIA. Dessa forma, a fim de esclarecer tal tese, demonstrar-se-á a justificativa para a adoção do modelo de agência, a inexistência de dependência econômica da BALEIA e, por fim, a razoabilidade que fundamenta o descredenciamento da BALEIA.

b.1 DIFERENÇA ENTRE MODELO DE DISTRIBUIÇÃO E AGÊNCIA – RACIONAL DE CADA UM DOS MODELOS

79. Em primeiro momento, faz-se necessário apresentar a racionalidade por trás da decisão da CAPITOLINA. Nesse sentido, a adoção do modelo de agência foi uma decisão estratégica, para consolidar o controle sobre a marca e garantir a valorização de seus produtos no mercado, que se tornaram necessidade ainda maiores após a insegurança jurídica promovida pela suspensão em caráter liminar da Lei nº 451/2016.

⁵³ Cf. voto do Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani no Processo Administrativo nº 08700.004563/2017-48 (Representante: Cade ex officio; Representada: Technos da Amazônia Indústria e Comércio S.A.).

⁵⁴ Cf. voto do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (Representante: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania; Representada: SKF e SKF do Brasil).

⁵⁵ Cf. PASCHOALINI, 2016, p. 53.

80. No modelo tradicional de distribuição, a concessão comercial, as distribuidoras adquirem os produtos da editora e, em seguida, os revendem aos consumidores finais⁵⁶. Nesse formato, as distribuidoras possuem maior controle sobre o preço de venda, podendo ajustá-lo conforme os objetivos comerciais específicos. No entanto, essa flexibilidade, potencialmente, gera concorrência excessiva de preços, o que reduz sua singularidade e deprecia o valor percebido do produto. Tal fenômeno é ainda mais prejudicial às marcas que dependem de uma percepção elevada de valor, como é o caso da CAPITOLINA, que é amplamente conhecida por comercializar edições de luxo.

81. A suspensão da Lei nº 451/2016 gerou insegurança jurídica, impactando o planejamento estratégico da CAPITOLINA e criando o risco de desalinhamento na precificação de seus produtos, o que afetaria a percepção de qualidade da marca. Para proteger seu prestígio e exclusividade, tornou-se essencial adotar um modelo que garantisse maior controle sobre a distribuição e precificação dos produtos.

82. Diante dessa necessidade, a CAPITOLINA adotou o modelo de agência, que confere maior controle sobre a marca e sobre o preço de venda dos produtos a editora⁵⁷. Nesse arranjo, a editora mantém a propriedade dos produtos até o momento da venda ao consumidor, enquanto a distribuidora atua como intermediária, viabilizando a comercialização e recebendo uma comissão baseada no preço de venda estabelecido pela editora. Essa particularidade do modelo é fundamental para mitigar as incertezas geradas pelo conflito entre decisões dos poderes Legislativo e Judiciário.

83. Além disso, a adoção do modelo de agência busca proteger o mercado físico frente ao comércio online, especialmente em relação às plataformas de *marketplace*, que consistem em plataformas digitais nas quais varejistas disponibilizam espaço para que parceiros comerciais vendam seus produtos. Esse modelo pode comprometer a percepção de qualidade da marca, uma vez que os vendedores tendem a priorizar a maximização de vendas, frequentemente reduzindo os preços e desvalorizando os produtos. Diferentemente dos lojistas físicos ou virtuais, que investem na experiência e no atendimento ao cliente, esses vendedores praticam o chamado *free-riding*, beneficiando-se da infraestrutura das lojas para atrair clientes com preços mais baixos, sem se preocupar com a qualidade do atendimento oferecido.

84. Nesse cenário, a adoção do modelo de agência apresenta-se como uma solução eficaz. Tal medida impede que os *free-riders* ofereçam preços inferiores, o que os priva da capacidade de atrair clientes de maneira desleal⁵⁸ e, por conseguinte, protege o valor da marca e assegura uma experiência mais consistente e satisfatória ao consumidor.

⁵⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 131.

⁵⁷ Cf. FOURNIER, 1998, p. 25.

⁵⁸ Cf. FORGIONI, 2008, p. 324.

85. A implementação do modelo de agência, portanto, não visa manipular os preços de venda no mercado, mas sim assegurar que os produtos sejam devidamente valorizados, destacando a qualidade e o esforço dos agentes perante o consumidor final. Assim, apenas com a alteração do modelo de negócio a CAPITOLINA garante que sua marca e seus produtos permaneçam protegidos contra a atuação de *free-riders*.

b.2 DA INEXISTÊNCIA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

86. A alegação de que a BALEIA depende economicamente da Capitoline no mercado livreiro de Sucupira é igualmente enganosa e carece de qualquer base factual. A BALEIA é uma das maiores plataformas de e-commerce de livros no mundo, com operações em mais de 30 países e um modelo de negócios altamente diversificado. Desde sua entrada no mercado, a BALEIA rapidamente se tornou o principal *player* no setor de vendas on-line, oferecendo um extenso catálogo de produtos e serviços, os quais, certamente, não se limitam ao portfólio da CAPITOLINA.

87. Assim, ao contrário do alegado, a BALEIA se destaca significativamente no setor livreiro do mercado de Sucupira. Os dados levantados pela S-Ibope indicam que a empresa conquistou uma participação de mercado varejista online muito expressiva, alcançando 38% de market share em apenas 5 anos após a sua entrada (Nota Técnica n. 1/2019, §51). Portanto, a liderança de mercado consolidada pela BALEIA no e-commerce é uma evidência de sua independência econômica. Isso é resultado não apenas de uma capacidade de distribuição notável, mas também de uma política de preços agressiva e bem-sucedida, oferecendo descontos elevados. Tal estratégia torna-se mais relevante ao se considerar que a Livraria 2B enfrentou dificuldades para manter suas operações em decorrência da concorrência agressiva imposta pela BALEIA. Essa concorrência resultou na perda substancial da posição de mercado da Livraria 2B, configurando prática de preços predatórios.

88. Ainda, tem-se como exemplos dessa independência a recente campanha de doação de livros da BALEIA, na qual foram distribuídos mais de 3.000 exemplares (Anexo III). Mesmo após o descredenciamento, o desempenho da BALEIA manteve-se robusto, e sua permanência no mercado evidencia a inexistência de superioridade da BALEIA sobre a CAPITOLINA. Essa independência é também reforçada pelas declarações prestadas pela BALEIA em seu relatório anual, o qual demonstra que o descredenciamento não obistou o crescimento da empresa; ao contrário, há projeção de crescimento contínuo. Essa previsão de expansão contínua atesta a inexistência de uma imagem de superioridade⁵⁹ por parte da CAPITOLINA, que não possui o poder de impor condições negociais à BALEIA que, caso recusadas, comprometeriam sua sobrevivência econômica.

⁵⁹ Cf. FORGIONI, 2008. p. 347.

89. Por fim, não é necessário se aprofundar na discussão da dependência da BALEIA em relação à CAPITOLINA, pois é entendimento consolidado do CADE que não existem abusos de natureza exploratória derivados de posições contratuais ou de dependência econômica de um agente em relação a outro, como é afirmado na discussão de preços abusivos.⁶⁰

b.3 DA RAZOABILIDADE DO DESCREDECENCIAMENTO

90. Em razão da recusa da BALEIA, a CAPITOLINA foi forçada a descredenciar a distribuidora, uma vez que o conflito entre diferentes modelos de negócio tornaria a continuidade da parceria impossível. Essa ação foi mal interpretada pela BALEIA, a qual passou a alegar que o descredenciamento seria uma sanção pela contínua inconformidade aos preços de revenda sugeridos em anos anteriores.

91. Posteriormente, propôs-se enquadramento do descredenciamento como infração à ordem econômica, conforme disposto no art. 36, § 3º, XII da LDCS. Todavia, a constatação da prática não deve, por si só, ser suficiente para fundamentar uma decisão condenatória—como, inclusive, já indicado por precedentes do CADE.⁶¹ Nesse sentido, a análise dessa conduta deve ser conduzida com base em uma investigação quanto à existência de justificativas que não devem se revelar injustificáveis ou anticoncorrenciais.

92. Sob essa metodologia, são justificativas para o descredenciamento movido: (i) a impossibilidade de manutenção concomitante de dois modelos distintos de distribuição e (ii) a preocupação com políticas de preços que poderiam prejudicar a CAPITOLINA.

93. O descredenciamento da BALEIA se justifica pela incompatibilidade entre os contratos de distribuição e de agência, que aumentaria a complexidade operacional e os custos, além de diluir a marca. A coexistência dos modelos geraria ampla diversidade de preços, especialmente devido à atuação da BALEIA em marketplaces, prejudicando o posicionamento da marca e propiciando concorrência desleal entre revendedores de *marketplaces* em relação a lojistas físicos ou virtuais.

94. Além dos obstáculos decorrentes da implementação de contratos distintos, a CAPITOLINA também expressava preocupação com a possibilidade de a BALEIA praticar preços prejudiciais, com o intuito de favorecer a Editora Papagaio. Nesse cenário, a BALEIA poderia determinar preços que beneficiassem sua própria editora, ao passo que venderia os produtos da concorrência a valores desvantajosos—seja por praticar preços excessivamente baixos no caso das edições de luxo, seja por estabelecer preços demasiadamente elevados para outros produtos. Diante da recusa, a

⁶⁰ Cf. Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51 (Representada: Tecon Suape S.A.).

⁶¹ Cf. Processo Administrativo nº 08700.007522/2017-11 (Representados: Unimed de Assis Cooperativa de Trabalho Médico; Sr. Elyseu Palma Boutros; Hospital e Maternidade de Assis Ltda.; Santa Casa de Misericórdia de Assis)

CAPITOLINA viu-se compelida a descredenciá-la, visando mitigar os riscos de eventuais práticas desleais de sua concorrente direta.

95. Conclui-se, portanto, que a conduta da CAPITOLINA não atende a nenhum dos requisitos de ilicitude determinados pelo art. 36, §3º, XII, da LDCS, revelando sua plena legitimidade sob a perspectiva do direito concorrencial.

IV.DA MEDIDA PREVENTIVA

96. Por fim, não estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida preventiva requerida pela BALEIA.

97. A medida preventiva tem fundamento no art. 84 da LDCS e traz, como requisitos para sua concessão, o preenchimento cumulativo dos requisitos probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e perigo da demora (*periculum in mora*), replicando os requisitos da tutela de urgência segundo o art. 300 do CPC. O requisito do *periculum in mora* consiste no risco da irreversibilidade do prejuízo causado caso não haja uma intervenção imediata para evitar as consequências de um ato ilícito—isto é, o dano irreparável a um direito ou ao resultado útil do processo justificaria uma solução rápida e provisória.⁶² Para a LDCS, isso se manifestaria caso uma eventual prática anticompetitiva pudesse gerar risco de ineficácia da própria investigação antitruste e de sua conclusão, em decorrência da consumação do dano.⁶³ O requisito do *fumus boni iuris*, por sua vez, consiste na aparente existência do direito que enseje intervenção imediata para evitar um dano permanente ao resultado útil do processo.⁶⁴ Dentro do direito da concorrência, essa existência do direito é evidenciada caso uma eventual conduta anticompetitiva esteja causando ou possa vir a causar os efeitos anticompetitivos vedados pela LDCS e impedir que sejam causadas consequências irreversíveis ao mercado e ao processo em si.⁶⁵

98. *In casu*, em primeiro plano, não é possível verificar *periculum in mora*, na ausência de um suposto dano decorrente do suposto ato ilícito da CAPITOLINA. Destaca-se que a elevação nos preços dos livros em Sucupira decorreu do aumento do preço dos insumos para fabricá-los (papel), não havendo indícios de que a conduta imputada à CAPITOLINA tenha causado tal elevação. Além disso, não houve aumento de barreiras à entrada no mercado ou outros prejuízos causados à concorrência, qualquer intervenção por parte deste e. S-Cade para prevenir efeitos negativos da conduta seria descabida, uma vez que são inexistentes.

⁶² Cf. FUX, 2023, [versão digital].

⁶³ Cf. ATHAYDE; ZARZUR; FERREIRA, 2023.

⁶⁴ Cf. FUX, 2023, [versão digital].

⁶⁵ Cf. Processo Administrativo nº 08700.004136/2020-65 (Interessados: Total Pass Participações Ltda. e GPBR Participações S.A.) e Cf. ATHAYDE; ZARZUR; FERREIRA, 2023.

99. Para a concessão parcial da medida preventiva, a d. SG/S-CADE consubstanciou o perigo da demora sob o argumento de que, na hipótese de sua não concessão, haveria o risco da saída da BALEIA do mercado de Sucupira, uma vez que cerca de 20% de seu faturamento está atrelado às vendas de livros da CAPITOLINA. Ademais, a ausência do referido *player* geraria desabastecimento do mercado e um consequente prejuízo aos consumidores do país, uma vez que os demais concorrentes não teriam capacidade de absorver o volume de livros atualmente distribuídos pela BALEIA. Entretanto, no decorrer deste memorial demonstrou-se não existir tal perigo, uma vez que o mercado de edição e o mercado de varejo de livros em Sucupira são competitivos e não apresentam indícios de concentração.

100. A suspensão da medida preventiva não prejudicará a BALEIA, tendo em vista que não se trata de uma pequena empresa familiar que dependa dos títulos da CAPITOLINA que comercializa. Conforme já estabelecido, a BALEIA é uma grande empresa de comércio *online* de livros, que atua em mais de 30 países. Embora sua entrada em Sucupira seja relativamente recente, não há que se falar em prejuízo irreversível para a empresa. Ademais, caso os livros da CAPITOLINA fossem realmente essenciais para as vendas da BALEIA de forma que não seria possível dispensá-los, a BALEIA não teria tomado a decisão unilateral de não aderir à nova forma contratual proposta pela CAPITOLINA.

101. Ademais, cabe ressaltar que a d. SG/S-Cade agiu de forma correta ao não conceder os outros dois pedidos formulados pela BALEIA, não sendo pertinente a proibição da política de preços adotada pela CAPITOLINA ou a obrigação desta de abandonar o formato de contrato de agência. Assim, requer-se que seja mantida a decisão nesses pontos.

102. Isso se dá na medida em que a política de preços da CAPITOLINA já foi analisada por este e. S-Cade, o qual concluiu na ocasião, cujas circunstâncias se mantêm atualmente, pela ausência de indícios de danos concorrenciais. Além disso, a adoção do contrato de agência pela CAPITOLINA é decisão de natureza operacional da empresa, que não traz nenhum tipo de dano ao mercado, não cabendo à autoridade interferir nesse ponto.

103. Cabe, inclusive, em falar em perigo de dano reverso caso este e. S-Cade conceda a medida preventiva. Isso porque não é papel desta Autarquia tratar da resolução de uma disputa privada entre duas partes que tinham um vínculo contratual que não causava qualquer impacto no mercado. Ademais, forçar a CAPITOLINA a voltar para seu antigo sistema de distribuição por conta de um único player que se sentiu insatisfeito com a mera mudança na forma de contratar seria irrazoável. A decisão tomada pela CAPITOLINA foi guiada por racionalidade econômica e empresarial, não cabendo juízo de valor sobre tal decisão por esse e. S-Cade.

104. Em segundo plano, também não se observa *in casu* a existência de *fumus boni iuris* a justificar a intervenção deste e. S-Cade. Admitindo que a conduta imputada à CAPITOLINA não gerou efeitos anticoncorrenciais, inclusive por não ter poder de mercado, não se fazem presentes os requisitos de existência de um direito sólido para embasar a concessão da medida preventiva.

105. A probabilidade do direito foi consubstanciada pela SG/S-Cade pela alegação de que as condutas da CAPITOLINA seriam prejudiciais ao mercado, bem como tiveram por objetivo a retaliação de concorrente. Contudo, essa análise se baseou apenas em alegações trazidas pela própria CAPITOLINA, que se sentiu prejudicada por uma opção da CAPITOLINA de mudar o tipo contratual usado, uma decisão baseada apenas em eficiência empresarial.

106. Ambas as condutas a serem analisadas por esse e. S-Cade são legais e não causaram efeitos anticompetitivos. A política de sugestão de preços de revenda, além de autorizada pelo S-Cade, não prejudicou a concorrência em Sucupira e visava apenas garantir que a empresa pudesse continuar fabricando edições de livros de luxo, mais custosas do que livros em geral. O contrato de agência, forma escolhida pela CAPITOLINA para lidar com seus revendedores, foi adotado no âmbito da liberdade empresarial e não cabe ao escopo desse e. S-Cade. Trata-se de questões de lide privada, que não interferem no panorama da concorrência em Sucupira.

107. Além disso, diversas empresas moldaram suas políticas de sugestão de preço de revenda com base na Consulta feita ao S-Cade pela CAPITOLINA e na Lei que autorizou a prática. Portanto, não há que se falar em *fumus boni iuris*, uma vez que a política era amplamente praticada com aval do S-Cade e do legislativo do país. Logo, trata-se de tópico amplamente debatido, que não justifica a concessão de uma medida que seria tão custosa e prejudicial para a CAPITOLINA.

108. Conclui-se, portanto, pela ausência dos requisitos que autorizam a concessão parcial de medida preventiva no presente caso.

V.CONCLUSÕES E PEDIDOS

109. Diante do exposto, a CAPITOLINA requer e protesta pelo acolhimento do Recurso Voluntário no Processo Administrativo n. 12345.678901/2019-01 a fim de:

- i. Suspender a medida preventiva concedida pela d. SG/S-Cade;
- ii. Indeferir a extensão da medida preventiva para abarcar os demais pedidos da BALEIA não concedidos anteriormente, tais como: (a) a cessação da política sugestão de preços da CAPITOLINA; (b) a proibição da adoção do modelo de contrato por agência pela CAPITOLINA; e (c) a manutenção da relação de distribuição dos produtos da CAPITOLINA pela BALEIA nos termos vigentes anteriormente ao descredenciamento; e

- iii.** Arquivar ulteriormente o Processo Administrativo n. 12345.678901/2019-01.

Termos em que

Pede deferimento

Sucupira, 31 de dezembro de 2019.