

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 13 | n. 1 | janeiro/abril 2022 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Efeitos concorrenciais de acordos de exclusividade em plataformas de *streaming* - panorama nos mercados fonográficos e audiovisuais

Competitive effects of exclusivity agreements on streaming platforms - panorama in the phonographic and audiovisual markets

Ana Frazão*

Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil)

anafrazaovieirademello@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0002-0110-1538>

Levi Borges de Oliveira Verissimo**

Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil)

levi.verissimo@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0002-5850-2308>

Recebido: 20/09/2021

Aprovado: 13/03/2022

Received: 09/20/2021

Approved: 03/13/2022

Como citar este artigo/*How to cite this article*: FRAZÃO, Ana; VERISSIMO, Levi Borges de Oliveira. Efeitos concorrenciais de acordos de exclusividade em plataformas de *streaming* - panorama nos mercados fonográficos e audiovisuais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 55-89, jan./abr. 2022. doi: 10.7213/revdireconsoc.v13i1.28637.

* Professora Associada de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília – UnB (Brasília-DF, Brasil), com atuação na Graduação e na Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Doutora em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: anafrazaovieirademello@gmail.com

** Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Especialista em Direito Administrativo e em Direito Imobiliário pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: levi.verissimo@gmail.com

Resumo

A oferta de serviços de *streaming* alterou a dinâmica dos mercados fonográficos e audiovisuais mundialmente. Dentre os diversos arranjos contratuais relevantes do ponto de vista concorrencial, os acordos de exclusividade têm se popularizado como tentativa de ganho de eficiência econômica pelos agentes de mercado. Nesse contexto, o presente artigo visa analisar o efeito dos acordos de exclusividade no contexto das plataformas de *streaming*. Para tanto, pergunta-se em que medida os acordos de exclusividade impactam a competitividade nos mercados de *streaming* de áudio e de vídeo. Para tentar mapear as respostas, o estudo diferencia e aborda o panorama geral das especificidades dos mercados de música e de vídeo, possibilitando a análise de diferentes estratégias de precificação e comportamento dos usuários. O estudo conclui que os potenciais benefícios dos acordos de exclusividade observáveis em outros mercados não estão suficientemente claros nos mercados de *streaming*, exigindo análise cuidadosa das autoridades antitruste em função das especificidades dos setores envolvidos.

Palavras-chave: Direito da concorrência; direito antitruste; plataformas digitais; mercados de múltiplos lados; *streaming*.

Abstract

The offer of streaming services transformed the dynamics of phonographic and audiovisual markets worldwide. Among various relevant contractual arrangements that can be considered relevant from an antitrust point of view, exclusivity agreements have become popular as an attempt to gain economic efficiency by market agents. In such context, this article aims to analyze the effect of exclusivity agreements in streaming platforms business. Therefore, the study analyze whether exclusivity agreements impact the competitiveness of audio and video streaming markets. To organize these answers, the study differentiates and addresses the general framework of music and video markets, enabling the analysis of different pricing strategies and user behavior. The study concludes that potential benefits of exclusivity agreements observable in other markets are not clear enough in the streaming markets, requiring careful analysis by antitrust authorities due to particularities of sectors involved.

Keywords: Competition law; antitrust law; digital platforms; multi-sided markets; streaming.

Sumário

1. Introdução. 2. Delimitação do escopo: a organização dos mercados em plataformas de *streaming* e agentes de mercado. 2.1. Características gerais dos mercados em plataforma. 2.2. Características dos mercados fonográficos e audiovisuais. 3. Acordos de exclusividade e as plataformas de *streaming*. 3.1. Cláusula de exclusividade: conceito e abordagem jurídica. 3.2. Acordos de exclusividade com produtores de conteúdo. 3.3. Acordos de exclusividade com *backbones*. 3.4. Acordos de exclusividade com mercado publicitário. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Plataformas de *streaming* são um sucesso de público e faturamento. Em 2018, os agentes dominantes nos mercados de *streaming* musical possuíam conjuntamente mais de 229 milhões de assinantes (Spotify, Deezer, Apple Music, Tidal e Napster)¹. O crescimento é exponencial: em 2016, o número de assinantes era de 100 milhões. Apenas no mercado audiovisual, Netflix, Amazon Prime Video, Pandora e Roku dominam o mercado que detém mais de 170 milhões de assinantes. Além disso, em 2015, os serviços de *streaming* passaram a ser o principal meio de consumo de conteúdos de música nos Estados Unidos, ultrapassando o *download* tradicional e os meios físicos como CDs e vinis. O rápido crescimento e a falta de dados unificados dificultam a tarefa de dimensionar o mercado, havendo relatórios que apontam números ainda maiores².

O sucesso evidente desse modelo de negócio tem incentivado grandes empresas do setor de tecnologia a ingressarem nesse mercado. Amazon, Google e Facebook iniciaram, de diversas maneiras, a oferta de conteúdo musical e audiovisual a seus usuários. Acostumado a atuar na ponta de desenvolvimento de conteúdo para plataformas, o rapper Jay Z também lançou em 2014 sua plataforma de distribuição digital de música por subscrição, o Tidal.

Naturalmente, os efeitos concorrenciais do novo modelo são diversos. Nesse contexto, o presente estudo tem por objeto especificamente os acordos de exclusividade firmados pelos agentes que atuam nos mercados de plataforma de *streaming*. Como se sabe, embora não encontrem definição na legislação civil, os contratos de exclusividade são alvo de recorrentes debates na doutrina antitruste.

De maneira semelhante, os mercados de múltiplos lados ou plataformas são objeto de intenso estudo na doutrina econômica, embora persistam divergências quanto a sua conceituação. Com o exponencial crescimento dos modelos de plataformas no âmbito virtual, cresce também o interesse pelas especificidades dos efeitos de plataforma ocasionados pela dinâmica da internet.

¹ MiDIA Research Music Subscriber Market Share Model, setembro de 2018.

² Vide: Global Music Report 2018, Annual state of the industry. Disponível em: <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2018.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2019.

O debate também se dá internamente entre autoridades antitruste. Recentemente, a Comissão Europeia anunciou a abertura de investigação formal contra a Apple em decorrência das regras de distribuição da Apple Store em relação aos aplicativos concorrentes da própria Apple – como as plataformas de reprodução de áudio e de leitura. Afinal, quando o usuário se torna assinante de determinado aplicativo adquirido na Apple Store – obrigatória a usuários do iOS – a empresa cobra de 15 a 30% dos produtores, fato que afeta o preço ao consumidor final. Além disso, a Comissão investiga a potencial ilicitude da conduta da Apple de impor às plataformas de áudio e leitura que não informem aos usuários sobre a possibilidade de baixar conteúdos em plataformas alternativas – potencialmente por menor preço³.

Nesse contexto, a pergunta de pesquisa que se pretende responder é em que medida os acordos de exclusividade impactam – positiva e negativamente – a competitividade nos mercados de *streaming* de áudio e de vídeo. A hipótese de pesquisa é a de que os acordos de exclusividade em plataformas de *streaming* acarretam efeitos concorrenciais diferentes a depender do produto e do comportamento do consumidor.

Ao revisar a extensa bibliografia relativa aos efeitos de rede em mercados de múltiplos lados⁴, Evans e Schmalensee (2013, p. 4) concluem que acordos de exclusividade precisam ser avaliados conforme o contexto em que estão inseridos. O presente estudo é dedicado justamente a contribuir com as discussões sobre a dinâmica concorrencial nos mercados digitais, ao analisar o efeito dos acordos de exclusividade no contexto das plataformas de *streaming*. Para tanto, utiliza-se o método de revisão bibliográfica relativa aos mercados *streaming* de música e de vídeo, para possibilitar a análise de diferentes estratégias de precificação e comportamento dos usuários.

³ Vide: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073. Acesso em 19.6.2020.

⁴ A terminologia mercado de dois lados e mercado de múltiplos lados são frequentemente utilizadas para se referir genericamente aos mesmos mercados. Segundo Evans e Schmalensee, os mercados de múltiplos lados criam valor ao reunir *dois ou mais tipos* de agentes econômicos e facilitar a interação entre eles de maneira melhor do que eles fariam isoladamente. Conforme definição dos autores, adotadas como modelo teórico no presente estudo, a terminologia “mercado de dois lados” faz referência apenas aos mercados em que a plataforma pode ser sempre acessada por todos os concorrentes. (Evans & Schmalensee, 2012, p. 4). No caso de plataformas de *streaming*, além de aproximarem ofertantes de conteúdo e consumidores, os anunciantes também são uma ponta fundamental do negócio. A autoridade antitruste alemã (*Bundeskartellamkt*) aponta que plataformas são definidas como de dois lados ou múltiplos lados conforme sirvam de intermediárias entre dois ou mais grupos de usuários, respectivamente. Nesse sentido, embora as plataformas sejam diferentes dos mercados “tradicionais” (de um lado), a autoridade alemã aponta que não há consenso doutrinário quanto à definição precisa de mercado de dois ou múltiplos lados. (*Bundeskartellamkt*, 2016, p. 4).

Assim, o estudo busca preencher a lacuna atualmente existente na análise de efeitos específicos dos acordos de exclusividade no âmbito virtual, com exceção do mercado de *streaming* de eventos esportivos, que apresenta peculiaridades concorrenciais que não poderiam ser abordadas suficientemente nesta oportunidade. Especificamente para o interesse do presente estudo, quanto às plataformas de *streaming*, o fator inovação é elemento essencial para a avaliação dos efeitos concorrenciais dos acordos de exclusividade. Não sem razão, a inovação implementada pelas plataformas de *streaming* no comportamento do consumidor ganhou denominação própria: *Netflix effect* (MORGAN, 2019).

O desenvolvimento da pesquisa é dividido em duas partes. A primeira parte trata da delimitação do objeto de estudo a partir das características gerais dos mercados de múltiplos lados (plataformas), bem como das características dos agentes e dinâmica de produção dos mercados fonográficos e audiovisuais, em que estão inseridas as plataformas de *streaming* ora analisadas.

A segunda parte define acordos de exclusividade e analisa seus efeitos nos mercados de *streaming* de música e conteúdos audiovisuais. Nesse ponto, o estudo avalia o conceito jurídico de cláusulas de exclusividade e sua repercussão nos mercados de *streaming*. Em seguida, analisa-se especificamente os efeitos em cada uma das pontas das plataformas de *streaming*. O recorte metodológico escolhido abrange os acordos firmados entre as plataformas e os importantes *players* do mercado: (i) produtores de conteúdo e anunciantes, que interagem com a plataforma para alcançar o usuário final e (ii) empresas fornecedoras de infraestrutura (*backbone*), que, embora não integrem o mercado de *streaming*, podem influenciar na formação do preço final ao consumidor por meio de acordos de exclusividade. Assim, o estudo pretende cobrir amplamente a dinâmica concorrencial da exclusividade nesse mercado.

Ao final, as conclusões apontam para (i) diferentes efeitos concorrenciais da exclusividade a depender do modelo e extensão da exclusividade; e (ii) insuficiência de elementos sobre as eficiências concorrenciais advindas desses acordos para os mercados de plataforma de *streaming*, a exigir um olhar atento das autoridades antitruste para tais arranjos.

2. Delimitação do escopo: a organização das plataformas de *streaming* e agentes de mercado

2.1 Características gerais dos mercados em plataforma

Plataformas de streaming são, na definição Kischinhevsky et al., “portais de consumo, promoção e circulação de conteúdos sonoros, operando também como mídias sociais” (KISCHINHEVSKY et al., 2017, p.303). Acrescentaremos a essa definição, para fins do presente estudo, também a circulação de conteúdos audiovisuais, como filmes, espetáculos desportivos, documentários e séries. Tal serviço é conhecido também como Subscrição de Vídeo On Demand (SVoD).

O serviço de streaming é, em última análise, a transmissão online e simultânea de bits de informação. Nesse sentido, as plataformas de streaming oferecem duas principais inovações em relação ao download convencional: (i) a possibilidade de utilização do conteúdo concomitantemente ao seu carregamento e (ii) o caráter facultativo do armazenamento de conteúdo pelo usuário ao término do download.

Modernamente, as plataformas de streaming adicionaram serviços complementares na tentativa de diferenciação dos concorrentes, como curadoria de conteúdo personalizadas com base nas preferências do usuário, por meio do uso de dados, bem como a oferta de conteúdos originais, inéditos e exclusivos. A importância desse tipo de acordo levou Philip Inghelbrecht (2014), criador do aplicativo Shazam, a declarar que a exclusividade de conteúdo é “o argumento mais convincente para um consumidor assinar uma nova plataforma”.

Nesse cenário, cabe lembrar que os mercados de múltiplos lados – como plataformas – não são um fenômeno exclusivo do âmbito virtual. Shopping centers, cartões de crédito, rádio, televisão, revistas e jornais são exemplos de plataformas nos mercados “tradicionais”. Mesmo o conceito de plataforma, ou mercados de múltiplos lados, não encontra na doutrina definição única: há, inclusive, correntes que defendem se tratar de mercados tradicionais integrados de maneira vertical.

Nas palavras de Evans e Schmalensee (2013, p. 7), um mercado de dois (ou mais) lados deve reduzir os custos em ambos (ou todos) os lados. Em 2007, os mesmos autores propuseram uma conceituação de plataformas baseada nas seguintes características: “um mercado de múltiplos lados (chamado de catalisador econômico), tem (i) dois ou mais grupos de

consumidores (agentes); (ii) que são mutuamente dependentes de alguma forma; (iii) mas não podem capturar o valor da atração mútua isoladamente; e (iv) dependem do catalisador (plataforma) para facilitação a geração de valor entre os agentes”.

Em artigo publicado em 2016 sobre poder de mercado em plataformas e redes, a autoridade antitruste alemã apontou que, mais do que uma definição conceitual única sobre mercados dois ou mais lados, são as características desses mercados que os distinguem dos demais: (i) a existência de efeitos econômicos de rede indiretos; (ii) a inexistência de neutralidade (ou “não neutralidade”) na definição da estrutura de preços; (iii) a possibilidade de interação direta entre agentes econômicos com interesses distintos (diferentemente dos mercados tradicionais) (Bundeskartellamt, 2016, p. 4).

Conforme observam Katz e Shapiro, os mercados em que a entrada de um novo agente afeta positivamente o valor do produto ou serviço apresentam os chamados efeitos ou externalidades de rede⁵, que podem ser diretos ou indiretos. Os efeitos de rede diretos seriam aqueles oriundos do tamanho da rede, de modo que a utilidade recebida pelos usuários seria diretamente proporcional ao aumento do número de usuários na sua ponta da rede. Por sua vez, os efeitos de rede indiretos ocorrem quando agentes de um ponta da plataforma se beneficiam indiretamente da adesão à outra ponta da plataforma. Assim, agentes de um lado passam a ser incentivo para que haja maior número de integrantes no lado do mercado que não integram. Ilustrativamente, ofertantes de conteúdo terão maior incentivo a disponibilizar sua obra em plataformas de streaming em que possam alcançar um número maior de fãs na outra ponta (ARMSTRONG, M., 2006, p. 668).

Esse efeito de rede indireto, característico dos mercados de múltiplos lados, acaba gerando uma tendência à monopolização nos mercados em plataforma, pois a consolidação da base de usuários em uma das pontas atrai indiretamente usuários para a outra ponta – criando a posição de dominância da plataforma escolhida.

De maneira diversa, a definição de plataforma proposta por Rochet e Tirole (2006, p. 645-667) é focada na estrutura de preços. Na visão dos

⁵ *Because the value of membership to one user is positively affected when another user joins and enlarges the network, such markets are said to exhibit “network effects,” or “network externalities.”* KATZ, M. SHAPIRO, C., 1994, pp. 93-115.

autores, as plataformas permitem transações entre grupos de usuários que pagam o preço relacionado à transação conduzida. Assim, o preço definido pela plataforma é a junção dos preços agregados em ambos os lados, sendo a plataforma uma estrutura “não neutra” por alterar dinamicamente o preço a depender da demanda em cada um dos lados. Em plataformas de streaming, esse modelo permite inclusive a cobrança zero em um dos lados da plataforma, como acontece nos serviços baseados em anúncios – freemium⁶.

Nesse cenário, a monetização das plataformas de streaming sofre influência dos efeitos de rede, pois se dá (i) por meio de sua base de assinantes premium, que pagam pelo serviço para não serem interrompidos por anúncio, bem como (ii) por meio de anunciantes, que sustentam a base de assinantes freemium, que serão devidamente abordados no tópico seguinte. Assim, quanto mais usuários em uma das pontas da plataforma, maior interesse e disposição em pagar preços maiores do outro lado da plataforma.

2.2 Características dos mercados fonográficos e audiovisuais

As plataformas de streaming envolvem diferentes setores e serviços, mas se notabilizaram especificamente pela oferta de dois produtos: conteúdos sonoros (músicas e podcasts) e audiovisuais (filmes, documentários e séries⁷). O presente estudo, portanto, consiste em análise ligada ao setor de produção artística e midiática. Serão objeto do presente estudo as plataformas de música (indústria fonográfica) e vídeo (indústria audiovisual), para que seja possível realizar análise comparada dos efeitos dos acordos de exclusividade.

Nesse contexto, importante destacar o caráter cultural dos bens ofertados. Conforme apontam Prado e Barradas, a importância cultural dos produtos de mídia justifica a intervenção regulatória do Estado, como fomentador, incentivador e planejador (PRADO & BARRADAS, 2014, p. 3). O valor cultural advém do potencial influenciador de comportamentos que o produto oferece, como forma de desenvolvimento (em sentido amplo) político e social (CASTELLS, 2009, p. 266). Assim, conforme reconhecido em

⁶ A título ilustrativo, o Spotify faturou €217 milhões com publicidade e €1,638 bilhão com assinaturas premium em 2019, o que demonstra a importância das assinaturas nessa plataforma. Vide: PICKER, 2020.

⁷ Competições esportivas também são oferecidas no mercado audiovisual, mas considerando as especificidades competitivas dos mercados desportivos, tais arranjos não são objeto do presente estudo.

convenções internacionais⁸, os produtos oferecidos pelas plataformas de streaming merecem olhar detalhado do ponto de vista concorrencial justamente por serem considerados bens culturais, assim entendidos aqueles passíveis de proteção jurídica em virtude de seu valor e de sua representatividade para determinada sociedade.

Quanto aos agentes econômicos envolvidos, o setor audiovisual clássico, na visão de Alex Patez (GALVÃO, 2015.p. 66), pode ser segmentado em cinco: (i) salas de exibição, (ii) vídeo doméstico, (iii) televisão por assinatura, (iv) televisão aberta, e (v) vídeo por demanda. As plataformas de streaming oferecem diretamente produtos nos quatros últimos segmentos listados.

Economicamente, o referido setor é marcado pelas seguintes características, na definição de Prado e Barradas: não escassez, não rivalidade, motivações econômicas e não econômicas para a oferta de produtos midiáticos, rendimentos crescentes de escala, custos fixos irre recuperáveis e custo marginal desprezível, elevadas economias de escopo, mercados de dois ou mais lados e preço definido apenas pela demanda⁹.

Ainda sob o ponto de vista econômico, as plataformas de streaming representam tecnicamente a chamada venda por pacote (bundling), popularizadas por meio das TVs por assinatura. Nesse sentido, podem caracterizar vantagem para o consumidor que pode adquirir uma quantidade maior de títulos por meio de contraprestação única e para os artistas, pois possibilita o alcance a base maior de consumidores (KLEBANOW & WU. 2015, p. 19). Desse modo, uma racionalidade econômica dos acordos de exclusividade seria permitir a diferenciação dos pacotes oferecidos pelas plataformas.

Quanto à cadeia de fornecimento e os agentes de mercado, o setor audiovisual é marcado por diversas etapas verticalmente integradas. Contudo, especificamente em relação ao streaming, há mercados distintos conectados pela plataforma, e a caracterização dessas relações como “verticais” não é consenso na doutrina econômica. Para melhor visualização dos agentes econômicos envolvidos no lado de produção do mercado

⁸ Vide, nesse sentido: <http://portal.iphan.gov.br/dicionarioPatrimonioCultural/detalhes/79/bem-cultural#:~:text=Artigo%201.%C2%BA%20Defini%C3%A7%C3%A3o%20de%20bens%20culturais.&text=Ne%20sentido%20dado%20pelas%20Conven%C3%A7%C3%B5es,sua%20representatividade%20para%20determinada%20sociedade.>

⁹ Sobre esses conceitos e repercussões econômicas, vide: PRADO, & BARRADAS, 2014.

audiovisual, reproduz-se abaixo tabela elaborada pela Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais:

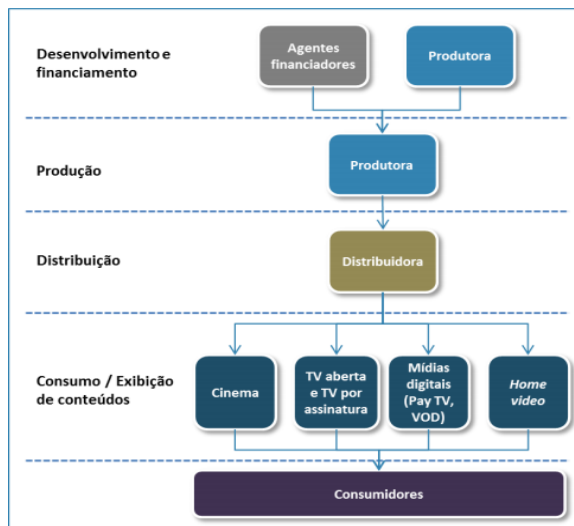


Figura 1 - Cadeia produtiva do audiovisual

Conforme se depreende da figura acima, a etapa de consumo e exibição de conteúdo, em que se encontram as plataformas de *streaming*, é segmentada de acordo com a forma de “entrega” do conteúdo ao consumidor. A diferenciação é relativa também ao modelo de rentabilização do negócio, que pode ocorrer exclusivamente por meio de publicidade, do pagamento do conteúdo por parte do consumidor ou de ambos concomitantemente. O nível de verticalização da cadeia também pode variar em função dos segmentos de mercado específicos e do perfil da obra.

Importante notar a possibilidade que o mesmo agente atue em fases distintas da distribuição, como é o caso da Apple, que fornece a plataforma de acesso aos softwares (Apple Store) e também atua no mercado de *streaming* por meio da Apple Music. Relevante, ainda, a exclusividade imposta aos usuários do sistema iOS, que somente têm acesso às plataformas de *streaming* alternativas por meio da Apple Store. Justamente nesse contexto se insere a recente investigação aberta pela Comissão Europeia mencionada anteriormente.

De modo semelhante, a cadeia tradicional de produção da indústria fonográfica também é composta por etapas de desenvolvimento, produção,

distribuição e consumo/reprodução dos conteúdos. Seguindo a formulação de Bandeira (2019), aponta-se os seguintes agentes: (i) autores em sentido amplo (compositores, arranjadores, intérpretes, músicos e produtores musicais); (ii) mediadores técnicos (engenheiros de som, técnicos, estúdios, gravadoras, agentes e empresários); (iii) receptores e distribuidores (bares, restaurantes, hotéis, teatros, boates e plataformas de *streaming*) e; (iv) consumidor final (que, em determinados casos, pode estar localizado na etapa anterior).

Os modelos de negócios de múltiplos lados podem definir a estrutura de preços de diferentes maneiras, uma vez que dispõem de clientes nas pontas da plataforma. As plataformas de *streaming* possuem usualmente em suas pontas anunciantes, produtores de conteúdos (músicas ou audiovisuais) e usuários finais. Há, ainda, relação vertical entre as plataformas e (i) empresas operadoras de telefonia e banda-larga, que fornecem a estrutura necessária para oferta do serviço (*backbone*)¹⁰, bem como com (ii) empresas de *hardware*, como fabricantes de televisão, computadores e *smartphones*, que devem possibilitar o desenvolvimento das plataformas em seus produtos¹¹.

Alexa Klebanow e Tim Wu (2015, p. 15) apontam que indústria e imprensa distinguem os mercados de *streaming* (como Spotify e Tidal) e de *downloads* digitais (como o iTunes). No entanto, do ponto de vista antitruste, aplica-se a lógica da substitutibilidade, de modo que os autores sugerem a definição de mercado genérica como “música digital”, uma vez que os consumidores de *streaming* deixam de utilizar o *download* digital e vice-versa. Os autores apontam ainda a possibilidade de que o *streaming* fosse o futuro substituto do mercado de *downloads* digitais – previsão que tem se consolidado cinco anos após a publicação do estudo.

Desse modo, as plataformas de *streaming* podem precificar seu serviço em um ou mais lados, de maneira simultânea ou isolada. Exemplificativamente, as ofertas gratuitas de serviços de *streaming* - como a versão livre do Spotify - ilustra a possibilidade de a cobrança ser efetuada apenas para os anunciantes, hipótese em que o usuário ouvirá anúncios nos intervalos dos conteúdos - ou mesmo ao longo do conteúdo, como faz a

¹⁰ Sobre esse tema, vide: FERNANDES, 2018.

¹¹ Não foram identificados acordos de exclusividade entre plataformas de *streaming* e empresas de *hardware*, de modo que tal análise não foi especificamente abordada no presente estudo, embora efeitos concorrenciais de eventuais acordos não estejam descartados.

plataforma de vídeos YouTube. Esse modelo de oferta gratuita é popularmente conhecido como *freemium*¹².

Outro fator importante na dinâmica concorrencial é a possibilidade de escolha entre plataformas. Conforme apontam Rochet e Tirole (2003), alguém que utiliza apenas uma plataforma em determinada indústria é chamado de *single-homing*, ao passo que a utilização de mais de uma plataforma é conhecida como *multi-homing*. Conforme veremos adiante, os acordos de exclusividade geram diferentes efeitos conforme os lados são caracterizados como *single* ou *multi-homing*.

Relativamente à dinâmica competitiva, diferentes modelos de plataforma exercem pressão competitiva entre si, de modo que a exclusividade no mercado de cinema pode influenciar a disponibilidade de conteúdo em plataformas ou TVs por assinatura e vice-versa. Curiosamente, no âmbito do caso AT&T/Time Warner¹³, a Netflix declarou que não se considera concorrente dos canais de TV por assinatura. Segundo a empresa, sua estratégia competitiva não busca conteúdo que atrai a maior audiência em um determinado período, mas sim tem por modelo de negócio o número de assinantes (*membership externalities*).

Do ponto de vista da substitutibilidade, contudo, é inegável que os acordos de exclusividade firmados por canais de TV por assinatura ou cinemas afetam a disponibilidade de conteúdo das plataformas de *streaming*¹⁴. Caso um produtor de conteúdo ou estúdio firme acordo de exclusividade com um canal por assinatura, todas as obras por ele produzidas estariam indisponíveis para as plataformas de *streaming*, de modo que o negócio geraria impacto dos dois setores. Desse modo, delimitados os agentes e as formas de atuação competitiva e precificação das plataformas de *streaming*, analisaremos a seguir em que medida os acordos de exclusividade influenciam na dinâmica concorrencial dos mercados afetados.

3. Acordos de exclusividade e as plataformas de *streaming*

¹² Ver também: DUTTON, 2013. Pp. 251-252.

¹³ Vide Ato de Concentração n. 08700.001390/2017-14.

¹⁴ Justamente em função da pressão competitiva entre os diferentes modelos de negócio, a Academia de Artes e Ciências Cinematográficas dos Estados Unidos recentemente vetou a participação de filmes exibidos exclusivamente em plataformas de *streaming* das indicações para o Oscar – exceção aberta para a edição de 2021 em função da pandemia decorrente da Covid-19. Vide: <https://www.tecmundo.com.br/cultura-geek/152576-oscar-academia-aceitara-filmes-lancados-streaming-em-2021.htm>. Acesso em setembro de 2021.

3.1 Cláusula de exclusividade: conceito e abordagem jurídica

No Brasil, as cláusulas de exclusividade ou acordos de exclusividade foram definidas na Apostila de Introdução ao Direito da Concorrência da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, nos seguintes termos:

A exclusividade é a prática por meio da qual é possível privar outras empresas do acesso a uma fonte de insumos (*input foreclosure*), ou de escoamento do produto, ou serviço (*consumer foreclosure*), fechando o acesso a esse mercado para eles.

A exclusividade pode ser expressa, ou interpretativa. No primeiro caso, são comuns cláusulas, ou acordos de exclusividade. No segundo, entram situações que, na prática, equiparam-se a acordos de exclusividade (BRASIL, 2019).

O controle de diferentes fases da cadeia produtiva, como acontece por meio da exclusividade, é uma forma de exercício de poder de mercado. Assim, a depender do nível de controle exercido por determinado agente, há o exercício de posição dominante. Em geral, nesses casos, a vantagem surge da certeza de dispor de insumos e consumidores nas etapas subsequentes de produção.

Assim, imaginemos um fabricante de bicicletas que, por força contratual, é o único fabricante comprador de alumínio de determinada mineradora. Na ponta seguinte da cadeia, ele assegura também que seu distribuidor de bicicletas para determinada região do Brasil seja, também, exclusivo. Desse modo, ele exerce seu poder de mercado em diferentes etapas da cadeia produtiva, nesse caso de maneira vertical.

No que diz respeito à conceituação, Areeda e Kaplow definem os acordos de exclusividade ("*exclusive dealings*") como aqueles em que o comprador não utiliza ou negocia bens com os concorrentes do vendedor (AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis, 2013, p.772). Por sua vez, Hovenkamp (1999, p. 430) entende que há acordo de exclusividade quando o comprador contrai obrigação de adquirir produtos de apenas um vendedor. Paula Forgioni (2008, p. 253) sintetiza o conceito ao afirmar que exclusividade pode significar:

- obrigação do distribuidor de comercializar apenas os produtos fabricados pelo fornecedor (i.e. obrigação de abstenção de comercializar produtos concorrentes);
- obrigação do distribuidor de comercializar apenas os produtos adquiridos de terceiro indicados pelo fabricante (...);
- obrigação do distribuidor de não comercializar quaisquer outros produtos, mesmo que não concorrentes com aquele objeto do contrato de distribuição;
- obrigação do fornecedor de vender sua produção exclusivamente por intermédio do distribuidor (...);
- direito do distribuidor ser o único a comercializar o produto distribuído em determinada área em relação a determinados consumidores (...).

Segundo o art. 36, §3º, VI, da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529, de 2011), exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa potencialmente caracteriza infração da ordem econômica. A efetiva caracterização da conduta está condicionada a seus potenciais efeitos, na forma do *caput* e incisos do art. 36 da referida norma.

A análise dos potenciais efeitos concorrenciais em mercados de múltiplos lados, como as plataformas de *streaming*, deve considerar os impactos em todos os lados, não apenas naquele que firmou o acordo de exclusividade. Além disso, a análise antitruste de acordos de exclusividade deve considerar o poder de influência (controle) de um *player* sobre outro, considerando o poder de plataforma desempenhado pelo agente (HAGIU, A. & LEE, R. 2011).

Do ponto de vista concorrencial, acordos de exclusividade têm o potencial de gerar efeitos positivos e negativos. Assim como os acordos sobre quantidades e preços em mercados tradicionais, os acordos de exclusividade podem ser nocivos à concorrência, também em mercados de múltiplos lados. Por outro lado, autoridades antitruste podem autorizar a celebração de acordos de exclusividade se for demonstrado pelos agentes o potencial benefício transferível ao consumidor. Aplica-se, nesses casos, a

regra da razão¹⁵ ou os pressupostos dos ilícitos por efeitos – e não por objeto -¹⁶ na análise dos efeitos concorrenciais desses acordos de exclusividade.

Ao abordar as externalidades positivas e negativas dos acordos de exclusividade, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) apontou em estudo publicado em 2009 que tais acordos, embora excluam concorrentes, podem ser pró-competitivos se permitirem que entrantes atinjam nível mínimo de competitividade (massa crítica) às custas dos agentes dominantes¹⁷. De todo modo, é necessário observar que acordos de exclusividade não são presumivelmente benéficos, sendo fundamental que se verifique eventual racionalidade econômica positiva advinda do negócio jurídico.

O principal efeito concorrencial negativo gerado pelos acordos de exclusividade é o chamado fechamento de mercado aos concorrentes em uma das pontas da plataforma (HOVENKAMP, H. 1999. p. 382). Para que isso ocorra, Meehan e Larner (1981, pp.195-225) apontam a necessidade de ocorrência simultânea de três fatores: (i) existência de poucas firmas que produzam o bem ou ofereçam o serviço; (ii) oferta inelástica (limitada) de distribuidores em determinado mercado; e (iii) distribuidores estabelecidos terem firmado acordos de exclusividade com produtores. Outro potencial efeito negativo dos acordos de exclusividade é a facilitação da colusão entre agentes, em decorrência da influência econômica exercida por um deles.

Esse caráter dual dos efeitos gerados pela exclusividade foi destacado em publicação do Departamento de Justiça americano (DoJ), responsável por parte da política antitruste naquele país, nos seguintes termos: “o que torna um acordo de exclusividade potencialmente danoso é justamente o mecanismo que torna o arranjo eficiente e pode levar a preços menores aos

¹⁵ “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiram, por via de consequência, à regra da proibição *per se*). A *contrario sensu*, são permitidas as práticas que não impliquem obstáculo desarrazoado ao livre comércio” (FORGIONI, 2018, pp. 207-8).

¹⁶ Sobre a metodologia de análise do ilícito antitruste, ver FRAZÃO, 2017, pp. 288-294), especialmente na parte em que conecta as discussões sobre a regra *per se* e a regra da razão com os ilícitos por objeto e por efeitos.

¹⁷ “It is possible for a two-sided platform to use exclusive contracts to exclude competitors. However, the welfare consequences of these contracts are not clearly harmful. Exclusive contracts may foreclose the market in a socially harmful way if one firm has exclusivity over most or all of the market and the exclusivity is persistent. However, exclusive contracts may be procompetitive if they allow entrants to attain critical mass at the expense of the incumbents”. OECD, 2009. Background note by Daniel EVANS, p. 14.

consumidores¹⁸”. Segundo a agência, em alguns casos os acordos de exclusividade podem ao mesmo tempo fornecer benefícios (como permitir que fabricantes e varejistas reduzam a ocorrência do efeito carona – *free rider*) e impedir a concorrência efetiva das firmas produtoras rivais.

Por ocasião da análise dos efeitos das cláusulas de exclusividade no mercado de crédito consignado, a Superintendência-Geral do CADE destacou:

As cláusulas de exclusividade, em geral, são tratadas em relações bilaterais, envolvendo fornecedores e compradores de determinado produto ou insumo produtivo. **Passam a ser alvo de preocupação concorrencial quando tais cláusulas fazem parte da estratégia de um agente dominante em algum elo da cadeia, *upstream* ou *downstream*, com o objetivo de fechar o acesso de seus concorrentes à fonte de insumos ou a canais de venda (...)**¹⁹.

Nos mercados de múltiplos lados, considerando certa independência das pontas dos mercados e o papel de intermediação desempenhado pelas plataformas, as cláusulas de exclusividades geram efeitos específicos que permitem abordagem antitruste específica. No âmbito da revisão bibliográfica analisada ao longo da presente pesquisa, quatro foram os efeitos positivos apontados pela doutrina como justificadores da racionalidade econômica das cláusulas de exclusividade nas plataformas: (i) possibilidade de diferenciação dos produtos oferecidos pela plataforma, (ii) redução de barreiras à entrada a produtores de conteúdo e plataformas, (iii) incentivo à inovação e (iv) aumento da remuneração do produtor de conteúdo. Abordaremos cada um deles a seguir, para avaliarmos em que medida são suficientes para afastar as preocupações decorrentes desses arranjos.

¹⁸ “*what makes exclusive dealing potentially harmful is the very same mechanism that makes the arrangement efficient and may lead to lower prices for consumers*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008.

¹⁹ Processo Administrativo n. [08700.005761/2015-67](#). Destaque-se que, diferentemente dos mercados verticalmente integrados, a relação existente entre os elos do mercado de múltiplos lados não é de fornecimento de insumos para produção do bem ou oferta do serviço, mas sim de intermediação do serviço. Tal diferenciação é fundamental do ponto de vista antitruste, uma vez que em casos de restrições verticais, determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência o impacto no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em função da conduta vertical em questão. Nesse sentido a orientação do Cade na Resolução 20, de 1999.

Quanto ao primeiro e segundo pontos, Lee (2013, p. 41) aponta os efeitos concorrencialmente ambíguos do uso de acordos de exclusividade no mercado de consoles domésticos: embora possam apresentar eficiências para as plataformas de consoles, pois incentivam a diferenciação, a medida pode representar fechamento de mercado se for imposta por plataformas detentoras de poder de mercado. Assim, quando a exclusividade não é imposta por plataforma dominante, acordos dessa natureza podem facilitar a entrada de novos agentes tanto no mercado de plataformas quanto no de desenvolvedores, pois, na ausência de exclusividade, os desenvolvedores de jogos estariam inclinados a produzir apenas para as plataformas consolidadas, com maior número de usuários (Lee, 2013, p.2)²⁰. Em sua visão, os acordos de exclusividade entre desenvolvedores de *software* e *hardware* ampliam o portfólio de jogos disponíveis ao consumidor. Por meio de um modelo estatístico de análise de dados de preço e venda de títulos de jogos eletrônicos, Lee conclui que, sem acordos de exclusividade naquele mercado, *softwares* de alta qualidade teriam sido lançados preferencialmente para a plataforma dominante, tendo em vista o maior número de usuários na outra ponta do mercado. Somente depois, eventualmente, seriam lançados nas plataformas entrantes. Consequentemente, a plataforma entrante não seria capaz de se diferenciar da plataforma consolidada e atrair consumidores para sua base.

Em um hipotético cenário sem exclusividade, diz o autor, o consumidor poderia ser beneficiado pela maior disponibilidade de *softwares* para seu console. Contudo, em razão do aumento da concentração de mercado pela plataforma incumbente, o resultado no cenário aventado seria o aumento de preços e redução de qualidade dos *softwares*. Lee ressalta que os potenciais benefícios da exclusividade não se aplicam aos casos em que o acordo é imposto pela plataforma incumbente – conforme já decidido pela autoridade antitruste americana nos casos *Nintendo v. Atari* e *U.S. v. Visa*.

Quanto ao terceiro potencial efeito positivo destacado na teoria econômica, aponta-se que os acordos de exclusividade teriam também o

²⁰ Em seu estudo, o autor analisa dados de preço e quantidade de consoles vendidos, bem como a média de vendas, preço, gênero e data de lançamento de 1581 jogos eletrônicos entre setembro de 2000 e outubro de 2005. O método envolve ainda o universo de consumidores potenciais com base na venda de televisores. Após observação da chamada sexta geração de consoles (ocorrida de 2000-2005), em que a Sony disputou sua posição consolidada com o novo entrante da Microsoft, o Xbox, o autor concluiu que 63% dos títulos eram exclusivos para uma das três plataformas disponíveis (Playstation 2, da Sony e o Gamecube, da Nintendo), enquanto apenas 16% estavam disponíveis para todas as plataformas.

efeito de potencial catalizador da inovação nesses mercados, na medida em que facilitariam a entrada de produtores de conteúdo nas plataformas não consolidadas – na esteira do argumento de Lee explorado acima. Nesse sentido, considerando-se que mais agentes disponibilizariam conteúdo em uma das pontas, espera-se que novos conteúdos surjam com mais frequência.

Entretanto, ao considerarmos o potencial efeito catalisador de inovação em acordos de exclusividade, é necessário considerar duas diferenças elementares entre mercados *hardware-software* (como consoles e jogos eletrônicos) e *software-software* (como plataformas de *streamings* e produtores de conteúdo) que podem ter repercussão em acordos de exclusividade. A primeira se relaciona com o fato de o custo marginal do consumidor para adquirir plataforma de *hardware* ser, em regra, superior ao curso de aquisição de uma plataforma de *software*, o que torna esperado que a escolha da plataforma de *hardware* envolva uma fidelidade durante seu período de duração (*single-homing*), o que não necessariamente se verifica no mercado de plataforma de *streaming*, usualmente *multi-homing*, em função do baixo custo marginal de *download* de uma nova plataforma nesse mercado. Assim, nos mercados *multi-homing*, o potencial catalizador de inovação dos acordos de exclusividade não fica esclarecido pela teoria econômica.

Além disso, para fins de viabilidade do estudo, Lee²¹ considera que consumidores não enxergam jogos eletrônicos como substitutos entre si – o que certamente gera críticas ao modelo quanto à análise qualitativa de bem-estar. Em mercados de *streaming*, presume-se que a escolha do consumidor está diretamente relacionada com o catálogo disponível, também em razão de seu valor cultural, de modo que as conclusões de Lee sobre o potencial benéfico das exclusividades deve ser avaliado sob essa premissa.

Por outro lado, o efeito de catalizador da inovação pode não ser suficiente para atrair o consumidor, que muitas vezes é guiado pela vontade de consumir obras consagradas. De maneira semelhante ao que ocorre na indústria cinematográfica, a indústria de jogos eletrônicos é direcionada à

²¹ TV Time e United Talent Agency apresentaram pesquisa no mercado americano de streaming em setembro de 2019 onde apontam que 90% dos consumidores consideram que a disponibilidade de catálogo é “importante” ou “muito importante” para contratar um serviço de streaming. Vide: White Paper *Beyon Big Three*. Disponível em: <https://www.mesaeeurope.org/wp-content/uploads/2019/10/Mediamorph-29102019.pdf>. Acesso em 01 de agosto de 2021.

produção de *hits*, pois as vendas totais do setor estão concentradas nos títulos mais vendidos²².

Ademais, nos mercados de *streaming*, acordos de exclusividade podem ter efeito negativo ao consumidor, na medida em que exigem que o público assine mais de uma plataforma para ter acesso conteúdos variados. Segundo relatório publicado em fevereiro de 2020 pela agência Nielsen, 79% dos consumidores americanos consideram a variedade/disponibilidade de conteúdo atributo importante na escolha da plataforma de *streaming*. O relatório mostra ainda que 93% dos consumidores estariam dispostos a assinar mais de uma plataforma²³.

Nesse contexto, um desenvolvedor ou produtor novo entrante pode ter facilitada sua condição de ingresso no mercado justamente em função de representar a possibilidade de ampliação do portfólio de qualquer plataforma. Na visão de Lee, as cláusulas de exclusividade existentes com produtores consolidados funcionariam como catalizadoras da competição por inovação para novos desenvolvedores.

Por fim, o quarto ponto apontado como potencial benéfico dos acordos de exclusividade é a potencial garantia de maior remuneração aos produtores de conteúdo, uma vez que o eventual *tradeoff* advindo da não negociação com as demais plataformas deve ser um retorno financeiro maior do que aquele que seria alcançado com a negociação livre com todas as plataformas²⁴. O efetivo benefício aos produtores (artistas, compositores, diretores), segundo estudos empíricos, esbarra em defeitos na política de remuneração das plataformas, que costuma remunerar apenas estúdios e artistas já consolidados²⁵. Além disso, cabe às plataformas demonstrar que a exclusividade de fato garante maior pagamento aos produtores de conteúdo.

²² "The top 10 titles on the PS2, XB, and GC (listed in Table 2) accounted for 13%, 16%, and 20% of platform software sales. On average, over 50% of total sales occurring within the first 3 months of release".

²³ PLAYBACK TIME: WHICH CONSUMER ATTITUDES WILL SHAPE THE STREAMING WARS?

<https://www.nielsen.com/us/en/insights/article/2020/playback-time-which-consumer-attitudes-will-shape-the-streaming-wars/>. Publicado em 11 de fevereiro de 2020. Acesso em junho de 2020.

²⁴ "Licensing agreements that are not exclusive to a single streaming platform are less expensive to obtain". BEERS, Brian. *How Netflix Pays for Movie and TV Show Licensing*.

Disponível em: <https://www.investopedia.com/articles/investing/062515/how-netflix-pays-movie-and-tv-show-licensing.asp>. Acesso em junho de 2020.

²⁵ "Streaming platforms do not make payments directly to musicians, but rather to labels, distributors, publishers, and copyright collection societies, all of whom take their own cuts before passing the money along". Além disso, Amazon Music, Napster e Tidal são as plataformas que remuneram melhor os artistas por reprodução de conteúdo. Vide: <https://soundcharts.com/blog/music-streaming-rates-payoffs#streaming-payoffs-on-spotify-apple-music-google-play-and-deezer>. Acesso em junho de 2020.

De maneira geral, os potenciais benefícios ao consumidor e à concorrência decorrentes dos acordos de exclusividade nos mercados de *streaming* não ficam evidentes após revisão da literatura sobre o tema. Os acordos geram incentivos às plataformas para diferenciarem seus produtos e atraírem usuários, bem como potencialmente acarretam incremento do preço pago por anunciantes e aos produtores de conteúdo. Contudo, do ponto de vista do consumidor, o cenário de profusão de exclusividades impacta o bem-estar, na medida em que o obriga a assinar múltiplas plataformas para ter acesso a um portfólio satisfatório, ainda mais quando se trata de acesso a bens culturais. Além disso, ao possibilitar que usuários sejam atraídos unicamente pelo conteúdo exclusivo veiculado, tais arranjos têm o condão de desincentivar a competição por preço ou por qualidade entre plataformas.

Assim, os acordos de exclusividade têm o condão de gerar efeitos diversos a partir do modelo de cobrança efetuado pela plataforma, e deve ser economicamente justificado por esses agentes, sob pena do caráter anticompetitivo prevalecer. Nesse contexto, os tópicos a seguir abordarão os efeitos concorrenciais da exclusividade sob a ótica das diversas pontas das plataformas de *streaming*, especificamente nos mercados fonográficos e audiovisual (OECD, Wismer & Rasek, 2017).

3.2. Acordos de exclusividade com produtores de conteúdo

A prática de acordos de exclusividade entre distribuidoras e produtores de conteúdo – denominada *windowing* – é comum no mercado fonográfico, sendo adotada também em menor frequência no mercado audiovisual com objetivos semelhantes. O termo *windowing* faz alusão à janela de lançamento (*broadcast window*) exclusivo que é gerada pelo acordo firmado entre os agentes, posteriormente fechada.

Em síntese, a exclusividade pode se dar de acordo com o formato (i.e. distribuição exclusiva para TV ou cinema), tempo (distribuição em determinada plataforma por período certo) ou região geográfica (distribuição exclusiva em determinado país ou área), bem como é possível a combinação dessas modalidades.

Do ponto de vista econômico, o *windowing* é uma forma de discriminação de preços ao consumidor, uma vez que atrai aqueles usuários que estão dispostos a pagar um preço maior para ter acesso ao conteúdo exclusivo (Seabright & Hagen, 2007, p. 92). Sob a ótica antitruste, o

windowing acarreta a recusa de venda com os demais distribuidores – conduta que não é considerada um ilícito per se no Brasil²⁶, diferentemente do que já ocorreu nos Estados Unidos²⁷.

Os acordos de exclusividade nesse contexto são objeto de críticas em relação à propriedade intelectual. Em 2013, o diretor de economia do Spotify publicou estudo²⁸ apontando potencial diminuição de vendas e aumento de pirataria em decorrência dos acordos de windowing. Além disso, são comuns casos de autores e produtores que questionam o modelo de repartição de receitas, e afirmam não serem devidamente remunerados²⁹.

No Brasil, o CADE assenta entendimento em diversos de seus precedentes no sentido de que o consumidor está mais bem servido na presença de diversos ofertantes capazes de lhe prover determinado produto ou serviço e, por outro lado, que também é possível que a exclusividade seja benéfica³⁰. Por esses motivos, a autoridade antitruste brasileira aborda a conduta por meio da regra da razão.

Do ponto de vista da racionalidade, Klebanow e Wu (2015, p. 119) apontam parâmetros para que prática não seja considerada abusiva, como duração do acordo, poder de mercado das partes envolvidas e alcance da prática no mercado (número de obras musicais ou audiovisuais cujo acesso foi restringido).

Por outro lado, considerando os potenciais efeitos negativos, especialmente o potencial fechamento de parcela relevante do mercado de plataformas de streaming e a facilitação da colusão entre agentes, os efeitos positivos dos arranjos também devem ser levados em conta na análise

²⁶ “Trata-se de prática de recusa de venda em caso de não adesão aos preços de revenda fixados pelo produtor. Embora envolva claro constrangimento sobre o revendedor, no Brasil a prática não é considerada um ilícito por si só, devendo ser avaliada caso a caso, de acordo com os efeitos potenciais que tal prática pode acarretar, sempre observando os efeitos previstos no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência. Não basta constatar a prática, mas também determinar suas consequências, o que depende do poder de mercado do agente econômico no mercado em análise”. Vide: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em 03 de agosto de 2021.

²⁷ EUA. “This Court has long held that certain concerted refusals to deal or group boycotts are so likely to restrict competition without any offsetting efficiency gains that they should be condemned as per se violations of § 1 of the Sherman Act”. U.S. Supreme Court *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery*, 472 U.S. 284 (1985).

²⁸ Billboard: Exclusive: *Windowing Hurts Sales, Increases Piracy, Says Paper Released by Spotify* <https://www.billboard.com/articles/2032983/exclusive-windowing-hurts-sales-increases-piracy-says>

²⁹ Vide, por exemplo: The Guardian - <https://www.theguardian.com/technology/2013/oct/07/spotify-thom-yorke-dying-corpse>. Acesso em setembro de 2021.

³⁰ Vide, nesse sentido, Processos Administrativos nº [08700.005761/2015-67](#), [08700.006345/2018-29](#), [08700.005781/2015-38](#) e [08700.005766/2015-90](#).

antitruste. Nesse contexto, Klebanow e Wu (2015, p. 120) lembram que a discriminação de preços pode ser positiva aos consumidores dispostos em aguardar determinado período para terem acesso ao produto, embora não apresentem evidências empíricas nesse ponto.

Quanto a esse argumento, necessário observar que no âmbito das plataformas de streaming há possibilidade de que tais arranjos se prolonguem indefinidamente, o que não se verifica nos cinemas, por exemplo. Tendo em vista a impossibilidade física de exibição dos filmes nas salas de cinema durante um longo período, a própria dinâmica do mercado exige que a exclusividade se restrinja ao período de lançamento da obra. Nas plataformas de streaming, no entanto, inexistente a impossibilidade física prolongamento dos acordos no tempo, o que potencializa o prolongamento dos acordos – bem como de eventuais efeitos anticompetitivos.

A insatisfação dos artistas com os modelos de repartição de receitas existentes gerou movimentos de entrada no mercado de streaming, que incluíram acordo de exclusividade entre produtores e a plataforma³¹. Ao lançar o Tidal, o rapper Jay Z firmou acordos de exclusividade com vários artistas produzidos por ele, como Beyoncé, Rihanna, Madonna, Daft Punk, Arcade Fire, entre outros. O atrativo aos produtores seria a rentabilidade maior oferecida a cada um deles. Juntamente com o conteúdo exclusivo e a maior rentabilidade aos artistas, a plataforma ofereceu ainda qualidade superior de áudio, como modo de diferenciar seu produto.

Contudo, quatro anos após o lançamento da plataforma, os acordos de exclusividade não foram suficientes para garantir participação de mercado maior ao Tidal. Segundo dados da Midia Research and Companies report, o Tidal detinha apenas 1% de participação de mercado em número de assinantes³². A imagem abaixo ilustra os principais players do mercado de streaming por serviço em sentido amplo, sem separar mercados de vídeo e música:

³¹ Para uma análise detalhada da formação de preços aos artistas pelas plataformas de *streaming*, vide o relatório da empresa de análise industrial Soundcharts, disponível em: <https://soundcharts.com/blog/music-streaming-rates-payouts>. Acesso em agosto de 2021.

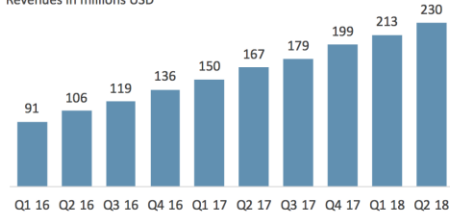
³² Vide: <https://www.musicbusinessworldwide.com/smashed-by-spotify-can-tidal-find-a-future-which-doesnt-end-badly/>. Acesso em agosto de 2021.

Global Streaming Music Subscription Market H1 2018

Global Streaming Music Subscription Market, H1 2018 (All Revenues Are Label Trade Values)

MUSIC SUBSCRIPTION REVENUE BY SERVICE

Revenues in millions USD



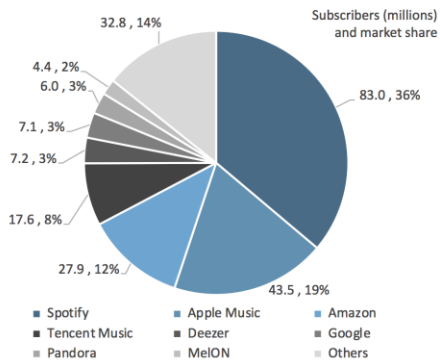
MUSIC SUBSCRIPTION MARKET METRICS

229.56m Music Subscribers H1 2018

\$3,498m Music Subscription Revenue H1 2018

Source: MIDIA Research Music Subscriber Market Share Model 09/18

MUSIC SUBSCRIBERS BY SERVICE



MIDIA

Figura 2 - Panorama Global do mercado de *streaming* por número de assinantes

Nesse ponto, o acordo de exclusividade não foi suficiente para aumentar o número de usuários ou reduzir barreiras à entrada a novos produtores de conteúdo e entrantes no mercado de plataformas, embora possam ter propiciado maior remuneração aos autores – argumento que carece de uma apuração mais detida sobre as remunerações, uma vez que tais dados não ficam publicamente disponíveis, em regra. Novamente, os efeitos positivos dos acordos de exclusividade podem ser colocados em dúvida. Quanto às entradas nos mercados de *streaming* de vídeo, as quatro empresas dominantes do setor (Netflix, Amazon Prime Video, Hulu e Youtube) ingressaram no mercado entre 2005 e 2007, o que demonstra a ausência de incentivo a entradas relevantes nos últimos treze anos³³.

Os potenciais efeitos negativos são observados no comportamento dos agentes do mercado de *streaming* de música, que abandonaram a prática recentemente. Em 2016, a gravadora Universal anunciou o fim dos acordos de exclusividade com seus autores, por entender que a prática teria

³³“ Almost three-quarters (72%) of that time with streaming services was spent with the Big 4 services: Netflix (31%), YouTube (21%), Hulu (12%) and Amazon (8%) in Q4 2019”. The Big 4 Dominate Streaming Video Time. What Can New Entrants Do? <https://www.marketingcharts.com/digital/video-112191>. Acesso em 1 de junho de 2020.

um potencial maior de reduzir a distribuição e consumo de música³⁴. No mesmo sentido a já mencionada nota pública do Spotify em 2013 sobre potenciais efeitos negativos da prática.

Quando a plataforma financia e produz o conteúdo, a racionalidade econômica da exclusividade é justamente o interesse em obter o retorno dos investimentos. Contudo, nesses casos há relação de verticalização na cadeia, de modo que a plataforma não desempenha mero papel de intermediação³⁵. Além disso, a produção própria incentiva a diferenciação das plataformas, oferecendo ao consumidor um portfólio maior.

De maneira geral, a racionalidade econômica que fundamenta os acordos de exclusividade em mercados tradicionais não é aplicável aos mercados de *streaming*, de modo que os defensores das cláusulas de *windowing* apresentam outros argumentos como eficiências desses arranjos, que parecem não afastar as preocupações concorrenciais encontradas. Do ponto de vista do potencial negativo das operações, a autoridade antitruste deve considerar fatores como poder de mercado, duração e alcance do acordo, para que seja possível avaliar a eventual caracterização de ilícito às normas concorrenciais.

3.3. Acordos de exclusividade com *backbones*

O zero rating é uma prática comercial por meio da qual o provedor de conexão (serviços de telecomunicação) garante a seus usuários que o volume de dados associados a certas aplicações patrocinadas não seja abatido da franquia contratada (LEITE, D.; SILVA, I. COHEN, F, 2017). A prática levanta preocupações concorrenciais, pois possivelmente representa uma barreira a novos entrantes; e regulatórias, ao significar restrição à neutralidade de rede.

³⁴ Vide: <https://www.theguardian.com/business/2016/aug/23/universal-streaming-exclusives-frank-ocean-release>. Acesso em junho de 2019.

³⁵ Nesse sentido a orientação do Cade na Resolução 20, de 1999: “assim, em casos de restrições verticais, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão. A fixação de preço de revenda discutida adiante, pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de êxito de um cartel em virtude da redução dos custos de monitoramento das empresas participantes, visando evitar a desobediência ao acordo ilícito”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999.

Em geral, os acordos podem ser acompanhados de cláusulas de exclusividade com os provedores de conteúdo de determinado mercado, como as plataformas de *streaming*. Nesses casos, o provedor de internet não pode oferecer pacotes de acesso à ilimitado a concorrentes do aplicativo. A título exemplificativo, com a assinatura do acordo de exclusividade, determinada operadora de telefonia só poderia oferecer o acesso livre de abatimento de dados (*zero rating*) aos usuários da plataforma X, ao passo que usuários de outras plataformas teriam seu volume dados descontados normalmente da franquia contratada.

A prática pode levantar preocupações concorrenciais especialmente quando há relação vertical entre o provedor de internet e a plataforma de *streaming*, o que tem se tornado cada vez mais comum. Nesse caso, quando uma operadora de telefonia passa a oferecer também um serviço de vídeo (como Net Now ou Vivo Play), a prática de *zero rating* gera uma vantagem competitiva às plataformas verticalmente integradas com o *backbone*, pois os consumidores desse produto não terão que arcar com os custos de transmissão de dados.

Na comunidade europeia, a prática foi objeto de debates, especialmente sob a ótica de possível violação à neutralidade de rede. Paralelamente, empresas apontavam para os potenciais benefícios ao consumidor com a adoção dos acordos. Em termos gerais, a Comissão Europeia entende que acordos *zero rating* reduzem os custos de acesso a determinadas aplicações. Assim, o acordo afeta a decisão do consumidor quanto a acessar ou não determinada plataforma, a escolha pelo provedor de internet e a escolha do conteúdo e consumo de dados (EUROPEAN COMMISSION, 2017).

O relatório final da Comissão Europeia sobre o assunto indicou haver evidência de que a prática de *zero rating* com cláusulas de exclusividade é incomum naqueles mercados. Segundo o relatório, as operadoras de telefonia pesquisadas negaram a celebração de acordos de exclusividade, sendo tais casos encontrados apenas nos casos de integração vertical entre a plataforma e o provedor de internet (e.g., a plataforma MobileTV, detida pela Deutsche Telekom, teria exclusividade no *zero rating* oferecido pela operadora alemã).

No Brasil, as operadoras tradicionalmente oferecem acesso livre a determinados aplicativos que detêm maior número de usuários, usualmente redes sociais e plataformas de *streaming*, justamente em razão dos efeitos

de rede indiretos. Ao analisar a prática, o CADE, entendeu que, ao menos no âmbito daquela investigação, as denúncias sobre potenciais violações do princípio da neutralidade de rede estariam fora da competência da autarquia, segundo a Lei de Defesa da Concorrência³⁶. Nesse passo, considerando-se que a Anatel detinha posição no sentido de que tais acordos não violariam o Marco Civil da Internet, o processo administrativo antitruste foi arquivado.

Relativamente ao aspecto antitruste, o CADE entendeu pela inexistência de efeitos anticompetitivos da conduta investigada, em razão da inexistência de relação societária entre as operadoras e os aplicativos; entendeu ainda que a oferta de gratuidade no acesso a esses aplicativos pouparia a franquia de dados, fomentando o acesso a outras aplicações, o que representa um benefício para o consumidor, desde que ausentes as cláusulas de exclusividade. Além disso, o CADE considerou que a proibição do *zero rating* possibilita o acesso a aplicativos e sites governamentais e educacionais sem ônus para o usuário.

De maneira geral, autoridades europeias e brasileiras consideram que acordos de exclusividade entre provedoras de internet e de conteúdo possuem potencial de fechamento de mercado, gerando preocupações concorrenciais. Nesses casos, devem ser levados em conta fatores como poder de mercado do provedor de internet, os limites de acesso livre de dados fora do *zero rating*, a atratividade do conteúdo de acesso ilimitado para o consumidor e o grau de exclusividade existente.

Em todo caso, é importante destacar que a prática de *zero rating* é geralmente oferecida apenas a um agente de cada mercado de maneira exclusiva, possibilitando que as operadoras de telefonia formem pacotes de acesso livre com produtos de diferentes mercados. Desse modo, apenas uma plataforma de *streaming* é beneficiada com a isenção de tráfego de dados ao usuário. Do ponto de vista do consumidor, a prática pode trazer a redução de custos com acesso ao conteúdo, embora acarrete também a possibilidade de aumento de custos para acesso conteúdos disponíveis apenas em outras plataformas de *streaming*. Assim, é importante que as operadoras não restrinjam o acesso do consumidor a plataformas não beneficiadas pelo *zero rating*, salvo mediante comprovação da racionalidade econômica da prática.

3.4. Acordos de exclusividade com mercado publicitário

³⁶ Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71.

Conforme destacado no início do estudo, os anunciantes são parte importante na definição da política de preços das plataformas, pois permitem a oferta de conteúdo sem cobrança de mensalidade do usuário final (freemium). Além disso, também destacamos anteriormente que o excesso de anunciantes é efeito de rede indireto negativo ao consumidor, pois este encontra um obstáculo para consumo da obra quando há interrupções excessivas por anúncios.

O CADE entendeu, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 08012.008602/2005-09, julgado em 2017, que o mercado publicitário divide-se entre quem efetivamente paga pelo serviço de veiculação (o anunciante), quem cria os anúncios, negocia a veiculação e decide o planejamento de mídia (a agência de publicidade) e quem veicula os anúncios (veículos). O CADE distingue ainda os mercados de (i) produção de conteúdo de publicidade online e (ii) venda de espaços para publicidade online, consoante se observa no Ato de Concentração nº 08012.005394/2012-15.

Naquele caso, o Conselheiro Relator Alessandro Octaviani distinguiu os mercados de publicidade online dos mercados tradicionais:

De outra ponta, a publicidade virtual e a publicidade tradicional não se confundem. O meio (internet) se diferencia dos veículos tradicionais em função da interatividade - a publicidade online permite que o usuário seja direcionado a outras páginas ou sítios eletrônicos do produto ou serviço divulgado. Observa-se que também quanto ao consumidor da publicidade há uma diferenciação, porque a internet tem, segundo a maioria das análises acima mencionadas, difusão mais restrita e especializada que outras mídias, pelo que as empresas que adquirem espaço para publicidade virtual atingem público mais específico³⁷.

O Cade já considerou, em julgado de 2002, que do lado da oferta, “todos os portais eletrônicos são considerados substitutos entre si³⁸”. Em 2012, observou ainda que “são relativamente baixos os custos de entrada para desenvolvimento e implementação de um website que oferte espaço

³⁷ Ato de Concentração nº 08012.005394/2012-15, vol. I, fl. 285. Julgado em novembro de 2012.

³⁸ Ato de Concentração nº 08012.000135/2002-18. Julgado em 17 de abril de 2002.

para publicidade online³⁹”. Os referidos julgados não consideraram, contudo, os efeitos de rede indiretos definidores das plataformas de *streaming*, que a quantidade de usuários do serviço *freemium* é em uma das pontas é essencial na escolha da plataforma para anunciar um produto.

No modelo brasileiro, cabe ao anunciante negociar com a agência de publicidade o valor da verba publicitária que será utilizada pela agência tanto para remunerar os seus serviços quanto para contratar espaço publicitário nos meios de comunicação. Por sua vez, à agência cabe a elaboração do projeto de publicidade e intermediação da divulgação do anúncio com os veículos de comunicação (*full service*). Assim, em regra, a agência é responsável por contratar o espaço publicitário junto aos veículos de comunicação, em nome e por conta do anunciante, não havendo contato entre anunciante e veículo de comunicação sem a intermediação da agência de publicidade. Nesse cenário, aos veículos de comunicação, rádio, tv, internet e outros, cumpre a função de divulgar a publicidade⁴⁰.

Nos Estados Unidos, por ocasião do julgamento do caso *Larry Pitt Associates v. Lundy Law LLP*, a justiça federal do Estado da Pensilvânia considerou que contratos firmados entre um escritório de advocacia e diversos meios de publicidade para anunciar seus serviços com exclusividade na parte externa e interna de ônibus e trens, horário de pico em programas de rádio e dentro de arenas esportivas não violariam o Sherman Act. Segundo a denúncia, o escritório pagava taxa de anúncio superior ao preço de mercado para garantir a exclusividade publicitária na região da Filadélfia.

Naquele caso, foram fundamentais para a corte americana a definição do mercado relevante quanto ao objeto a ser divulgado – serviço de advocacia em determinada área – e em relação à região geográfica abrangida pelo acordo – a cidade da Filadélfia. Na visão da corte, a conduta de pagar por exclusividade de anúncios não garante o aumento de participação de mercado e não torna indisponível outros meios de divulgação que os escritórios concorrentes (conforme definição de mercado pelo produto) poderiam utilizar para anunciar seus serviços naquela região (conforme definição geográfica do mercado).

Por fim, a corte americana considerou ainda que eventual diminuição no número de clientes do escritório denunciante não seria elemento caracterizador do ilícito antitruste, uma vez que o Direito da Concorrência é

³⁹ Ato de Concentração nº 08012.005394/2012-15, vol. I, fl. 285. Julgado em novembro de 2012.

⁴⁰ Informações elaboradas a partir da nota técnica da Superintendência-Geral do Cade no PA n. 08012.008602/2005-09.

voltado para proteger não os concorrentes, mas a concorrência. Com base nesse entendimento, o caso foi arquivado em dezembro de 2013⁴¹.

As plataformas de *streaming* podem ofertar espaços publicitários ao mercado em geral ou aos produtores de uma de suas pontas. A segunda forma de anúncios, que impulsionam os próprios artistas, filmes ou séries, pode inclusive ser feita pela plataforma por meio de anúncios comuns, como faz o Spotify em estações de metrô e locais de grande circulação (HU, 2019). Vale lembrar que a remuneração dos artistas é diretamente ligada ao número de reproduções de determinada faixa, de modo que o direcionamento interno de usuários tem impacto direto nessa remuneração⁴².

Característica marcante do mercado de publicidade *online* é a grande participação de mercado do Google, superior a 70%, segundo dados de 2019⁴³. Nessa medida, referido mercado pode ser definido como concentrado e pouco competitivo. Segundo conclusões de Dukes e Galor⁴⁴ a partir de um modelo estatístico de negociação nos mercados de publicidade, a probabilidade de alcance da mídia é aumentada significativamente em mercados pouco competitivos, o que induz à competição pelo espaço publicitário por produtores de conteúdo. Os autores concluem, com base no

⁴¹ ABA Journal. *Law firm's exclusive bus-advertising contracts don't appear to violate antitrust law, judge rules*. https://www.abajournal.com/news/article/law_firms_exclusive_bus-advertising_contracts_dont_appear_to_violate_antitr. Publicado em 17 de dezembro de 2013. Acesso em junho de 2020.

⁴² "Each time Spotify introduces a new feature aimed at keeping people listening for longer, like autoplating similar artists after you finish an album, it sends the average per-stream figure down. That's not because Spotify is suddenly skimping on payments, but because people are streaming more songs—and when people stream more songs, a single stream is equivalent to a smaller pie slice. That's fine for established artists whose music is regularly recommended by these listener-retention features, because the dilution in value of a single stream is offset by an increase in streams. But for artists who aren't being recommended, it means their streams are worth less". Em: Pitchfork – 'How Musicians Are Fighting for Streaming Pay During the Pandemic'. <https://pitchfork.com/features/article/how-musicians-are-fighting-for-streaming-pay-during-the-pandemic/>. Acesso em junho de 2020.

⁴³ Segundo o website Alexa.com, que mede a quantidade de acesso aos sítios eletrônicos para estimar o market share de cada um dos players. Disponível em <https://www.alexa.com/topsites/countries/BR>.

⁴⁴ "We find that the overall outreach probability of advertising is enhanced when the media market is less competitive, when the producer allocates larger resources to primetime advertising, and when the effectiveness of advertising on primetime is significantly larger than on non-primetime. The improved effectiveness of advertising, caused by any one of the above mentioned changes, induces intensified price competition among producers. Media stations may be worse off as a result, since the overall gain from trade that is available in the negotiations with producers declines when producers compete more aggressively in the market. When stations can offer exclusivity rights on primetime, we find that producers have reduced incentives to advertise in comparison to the case that exclusivity agreements are not feasible. Reduced advertising yields less intense price competition, which may benefit both stations and producers. Exclusivity agreements offer a vehicle, therefore, for media stations and product producers to extract additional rents from consumers".

cenário hipotético, que acordos de exclusividade permitem aos anunciantes e meios publicitários extraírem valores adicionais dos consumidores, que não seriam alcançados no cenário sem exclusividade. Tais cenários hipotéticos, no entanto, devem ser comprovados com dados concretos em eventual análise antitruste.

Nesse sentido, acordos de exclusividade são economicamente atrativos para o anunciante, uma vez que restringem a atenção do consumidor apenas para o seu produto (D'OLIVEIRO, 2019, cap. 7). Ao selecionar determinada obra ou estúdio para impulsionar de maneira exclusiva, as plataformas podem aumentar o preço de seus anúncios, uma vez que o espaço livre de concorrência, além de mais atrativo, deve ser financeiramente viável (DUKES; GAL-OR, 2003). Por fim, a vantagem para o produtor – especialmente não consolidado – é poder alcançar o público de maneira exclusiva e eventualmente conquistar fãs da sua obra.

Do ponto de vista do consumidor, entretanto, os efeitos positivos desses contratos não estão publicamente demonstrados. Qualitativamente, acordos de exclusividade no mercado publicitário restringirão o acesso à informação do público, que serão direcionados apenas aos produtores de conteúdo que puderem arcar com o preço de espaços publicitários restritos ou direcionados. Quantitativamente, conforme visto anteriormente, eventual aumento na demanda por espaços publicitário poderá resultar na excessiva carga publicitária entre ou durante os conteúdos, o que reduziria o interesse do consumidor. Por outro lado, o sucesso na venda de espaços publicitários no modelo *freemium* possibilita, em tese, a redução da mensalidade cobrada dos assinantes da modalidade paga da plataforma.

Desse modo, a análise antitruste dos acordos de exclusividade em relação à ponta publicitária das plataformas de *streaming* deve levar em consideração o alcance do negócio segundo o objeto e alcance geográfico – que pode ser utilizado com base na localização do usuário da plataforma. Ademais, a racionalidade econômica do acordo deve ser demonstrada com base em dados no caso concreto, uma vez que não é possível presumir a extração de efeitos positivos do acordo, embora sejam hipoteticamente tangíveis.

4. Conclusão

Acordos de exclusividade representam, em tese, uma forma de exercício de poder de mercado e discriminação de preços, pois permitem o controle de diferentes fases da cadeia produtiva. Mercados de múltiplos lados possuem características que demandam abordagem específica das autoridades antitruste, de modo que a racionalidade desses acordos é distinta em relação aos mercados tradicionais. Assim, a celebração de acordos de exclusividade em mercados de múltiplos lados demanda análise aprofundada de efeitos, considerando ainda o caráter cultural (e, nessa medida, insubstituível) das obras.

Nesse contexto, a primeira parte do presente artigo abordou as características dos mercados de múltiplos lados, especialmente no âmbito virtual e quanto aos efeitos econômicos e características. Em seguida, investigamos os agentes e as cadeias produtivas dos mercados fonográficos e audiovisuais, para que fosse possível traçar um panorama de atuação das plataformas de streaming de música e vídeo.

A segunda parte do artigo abordou o conceito de acordos de exclusividade e explora seus efeitos nos mercados de streaming em todas as pontas: do ponto de vista dos produtores, anunciantes, backbones e produtores de hardware, com especial atenção para os casos mais discutidos em precedentes na União Europeia e no Brasil.

De maneira geral, os potenciais benefícios ao consumidor e à concorrência decorrentes dos acordos de exclusividade nos mercados de streaming não ficam evidentes após revisão da literatura sobre o tema. Os acordos geram incentivos às plataformas para diferenciarem seus produtos e atraírem usuários, bem como potencialmente acarretam incremento do preço pago por anunciantes e aos produtores de conteúdo. Contudo, do ponto de vista do consumidor, o cenário de profusão de exclusividades impacta o bem-estar na medida em que o obriga a assinar múltiplas plataformas. Além disso, ao possibilitar que usuários sejam atraídos unicamente pelo conteúdo exclusivo veiculado, tais arranjos têm o condão de desincentivar a competição por preço ou por qualidade entre plataformas.

Relativamente a acordos de exclusividade com produtores de conteúdo, conhecido como *windowing*, percebe-se um distanciamento da prática no mercado fonográfico e necessidade maior de exposição das eficiências da prática no mercado audiovisual. Em relação ao mercado de música, a prática em princípio parece não ter alcançado os benefícios

econômicos almejados, seja do ponto de vista da plataforma, do produtor ou do consumidor. Arranjos futuros demandarão análise apurada quanto aos efeitos positivos desses acordos.

Em relação aos acordos firmados com provedores de estrutura essencial, conclui-se que autoridades europeias e brasileiras consideram que acordos de exclusividade entre provedoras de internet e de conteúdo possuem potencial de fechamento de mercado, gerando preocupações concorrenciais. Nesses casos, devem ser levados em conta fatores como poder de mercado do provedor de internet, os limites de acesso livre de dados fora do zero rating, a atratividade do conteúdo de acesso ilimitado para o consumidor e o grau de exclusividade existente.

Por fim, o estudo abordou os efeitos dos acordos de exclusividade nas plataformas de streaming em relação ao mercado publicitário. Nesse contexto, conclui-se que a análise antitruste dos acordos de exclusividade em relação à ponta publicitária das plataformas de streaming deve levar em consideração o alcance do negócio segundo o objeto e alcance geográfico – que pode ser utilizado com base na localização do usuário da plataforma. Ademais, a racionalidade econômica do acordo deve ser demonstrada com base em dados no caso concreto, uma vez que não é possível presumir a extração de efeitos positivos do acordo, embora sejam hipoteticamente tangíveis.

Obviamente que não foi objetivo do presente artigo chegar a respostas conclusivas diante de um tema tão complexo e recente, mas tão somente destacar as preocupações concorrenciais que podem surgir em decorrência dos acordos de exclusividade, mapeando aspectos e critérios importantes que deverão ser considerados na análise antitruste.

Referências

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases**. Aspen Publishers; 7th Rev. ed. 2013.

ARMSTRONG, M. **Competition in two-sided markets**, RAND Journal of Economics, Vol. 37, 2006. <https://doi.org/10.1111/j.1756-2171.2006.tb00037.x>

BANDEIRA, Messias G. **A economia da música online: propriedade e compartilhamento da informação na sociedade contemporânea**. Universidade Federal da Bahia. 20---. Disponível em <http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/MessiasBandeira.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2019.

BRASIL, Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, **Glossário Básico de Defesa da Concorrência**, disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/4-seae-introducao-direito-concorrenca.pdf/@@download/file/4-SEAE-Introducao-Direito-Concorrenca.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2019.

Bundeskartellamt, B6-113/15, **Working Paper – Market Power of Platforms and Networks**, 2016.

D’OLIVEIRO, M. **The Streaming Media Guide: How to Successfully Integrate Streaming Media into your Communication Strategy**. New York: Routledge. 2019. <https://doi.org/10.4324/9780429429750>

DUKES, A. GAL-OR, E. **Negotiations and Exclusivity Contracts for Advertising**. 2003. Disponível em: <https://pubsonline.informs.org/doi/10.1287/mksc.22.2.222.16036>. Acesso em junho de 2020. <https://doi.org/10.1287/mksc.22.2.222.16036>

DUTTON, William H. **The Oxford Handbook of Internet Studies**. Oxford: Oxford University Press. 2013. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199589074.001.0001>

EVANS, S & SCHMALENSEE, R. **The antitrust analysis of multi-sided platform businesses**. National Bureau of Economic Research. 2013. <https://doi.org/10.3386/w18783>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. **Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**. 2008, p. 132. <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-8>. Acesso em 24 de maio de 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **Final Report: Zero Rating Practices in broadband markets**. 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>. Acesso em junho de 2019.

FORGIONI, Paula. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 10ª ed. Rev e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: Leonardo Parentoni. (Org.). **Direito, tecnologia e inovação**. Belo Horizonte: D’Placido, 2018.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva: São Paulo, 2017.

HAGIU, A. & LEE, R. **Exclusivity and Control**. *Journal of Economics and Management Strategy*, Volume 20, Number 3, 2011, 679-708. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1010669>

HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy – the law of competition and its practice**. 2 ed. Saint Paul: West Group, 1999.

HU, C. **Why Spotify Is Not A Music Company**. <https://medium.com/@cheriehu42/why-spotify-is-not-a-music-company-5254ddbda83>. Publicado em janeiro de 2019. Acesso em junho de 2020.

INGHELBRECHT, P. **The Music Industry Is About To Change, And Apple And U2 Are Just The Beginning**. *Tech Crunch*. Disponível em: <https://techcrunch.com/2014/09/13/the-music-industry-is-about-to-change-and-apple-and-u2-are-just-the-beginning/>. Acesso em 01 de maio de 2020.

KATZ, M. SHAPIRO, C. **System Competition and Network Effects**. *The journal of economics perspectives*. V. 8, n. 2, pp. 93-115. 1994. Disponível em: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/systems.pdf>. Acesso em junho de 2020. <https://doi.org/10.1257/jep.8.2.93>

KISCHINHEVSKY, Marcelo; VICENTE, Eduardo; & DE MARCHI, Leonardo. **Em busca da música infinita: os serviços de streaming e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digitais**. In.: *Revista Fronteiras – Estudos Midiáticos*, 17 (3), 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2015.173.04/4990> Acesso em: 28 de maio de 2020. <https://doi.org/10.4013/fem.2015.173.04>

KLEBANOW, Alexa & WU, Tim. **Is Music the Next eBooks? An Antitrust Analysis of Apple's Conduct in the Music Industry**, *COLUMBIA JOURNAL OF LAW & THE ARTS*, VOL. 39, P. 119, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1919. Acesso em junho de 2020. <https://doi.org/10.7916/D8C829Q3>

LEE, Robin S., **Home Videogame Platforms**. em M. Peitz and J. Waldfoegel, *Oxford Handbook of the Digital Economy*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. 83-107. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195397840.013.0004>

LEE, Robin S. **Vertical Integration and Exclusivity in Platform and Two-Sided Markets**. *American Economic Review*. Vol 103, No. 7. 2013. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1022682>

LEITE, D.; SILVA, I. COHEN, F. **Acordos de zero rating e neutralidade de rede.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-zero-rating-e-neutralidade-de-rede-24092017>. Publicado em setembro de 2017. Último acesso em setembro de 2021.

MORGAN, Blake. **What Is The Netflix Effect?** Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2019/02/19/what-is-the-netflix-effect/#395825aa5640>. Acesso em 1 de junho de 2021.

OECD. **Market definition in multi-sided markets** - Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek. [s.l.]. [s.n.]. 2017.

OCDE. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms.** [s.l.]. [s.n.]. 2018.

PICKER, Randy. **At the Heart of the European Commission's Investigations of Apple Is a Basic Question: How Should Apple Make Money?** Disponível em: <https://promarket.org/2020/06/24/at-the-heart-of-the-european-commissions-investigations-of-apple-is-a-basic-question-how-should-apple-make-money/>. Acesso em 29 de junho de 2020.

PRADO, L. C. D. & BARRADAS, A. **Economia do cinema e do audiovisual: uma resenha.** Rio de Janeiro: IE-UFRJ DISCUSSION PAPER nº 5. 2014.

ROCHET, Jean-Charles & TIROLE, Jean. **Platform Competition in Two-Sided Markets,** Journal of the European Economic Association, 2003. <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. **Two-sided markets: a progress report,** RAND Journal of Economics, 2006, p. 645-667. <https://doi.org/10.1111/j.1756-2171.2006.tb00036.x>

SAMUELSON, Pamela. **Five Challenges for regulating the Global Information Society.** Florence, US: Routledge, 2005. ProQuest ebrary. Web. 2017 <https://doi.org/10.2139/ssrn.234743>

SEABRIGHT, P. and HAGEN, J. V., **The Economic Regulation of Broadcasting Markets: Evolving Technology and Challenges for Policy,** Cambridge University Press, 2007, p. 92. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511611124>

SEGAL, Ilya R. & WHINSTON, Michael D. **Exclusive Contracts and Protection of Investments.** RAND Journal of Economics. 2000. Pp. 603-633. <https://doi.org/10.2139/ssrn.156311>