

I Edição da Competição de Direito Concorrencial

Equipe 101

MEMORIAL DA REPRESENTADA

Inova

Lalaland, outubro de 2023.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS E DENOMINAÇÕES	5
I. SÍNTESE FÁTICA	1
II. DO MÉRITO	3
a. Do mercado relevante	3
b. Da ausência da posição dominante da Inova	8
c. Da imposição de cláusula de nação mais favorecida (MFN)	9
i. Inexistência de Cláusula MFN nos contratos celebrados pela Inova e o “acordo de cavalheiros” era vazio de consequências	10
ii. Mesmo que existente e com consequências ao descumprimento, a cláusula não gera efeitos anticompetitivos	13
d. Da inexistência de combinação de preços e condições comerciais	14
i. Da acusação vazia	14
ii. Da fixação de taxa de comissão dentro dos parâmetros da legalidade	17
iii. Do suposto boicote dos produtores à Sieste como conduta de terceiros	18
III. DOS PEDIDOS	19

LISTA DE ABREVIATURAS E DENOMINAÇÕES

AC	Ato de Concentração
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
LalaCADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Laland
Lalaland	República Federativa de Lalaland
LDLC	Lei de Defesa da Concorrência da Lalacade
MFN	<i>Most Favoured Nation</i>
NT	Nota técnica nº 02/2022/SG/LalaCADE
PA	Processo Administrativo
RICADE	Regimento Interno do CADE
SG	Superintendência Geral de LalaCADE
VoD	<i>Video on Demand</i>

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - LALACADE

VERSÃO PÚBLICA

Processo Administrativo nº 12345.678901/2021

Inova (ou “**Representada**”), já devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem, por meio de seus representantes legais, em atenção à resposta à Nota Técnica nº 02/2022/SG/LalaCADE, apresentar Memoriais para julgamento do presente Processo Administrativo, com base nos argumentos fáticos e de direito expostos a seguir.

I. SÍNTESE FÁTICA

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado em 06/07/2021, que busca averiguar se a Inova cometeu as seguintes infrações à ordem econômica: (i) imposição de cláusula de nação mais favorecida (MFN); (ii) combinação de preços e condições comerciais e (iii) promoção, obtenção ou influência à adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes [NT, p. 6, §§23-24].
2. A Inova é uma grande plataforma de tecnologia que possui como atividade principal a distribuição de conteúdo, mais especificamente de óperas e espetáculos circenses *on demand*. Com a independência de Lalaland em 2018, Inova expandiu sua área de atuação e em agosto de 2019 lançou seus serviços no país [NT, p. 4, §14].
3. Para atrair consumidores e diferenciar-se no mercado, Inova focou, inicialmente, no oferecimento majoritário de conteúdos originais. Contava com a exibição de conteúdos de terceiros de forma residual, porque estes geravam custos à empresa ao serem remunerados com base no valor dos contratos de licenciamento não-exclusivo [NT, p. 4, §14].
4. Dentre as principais produtoras cadastradas na plataforma estão Solelo, Baccio, French Toast, Der Ring e Felicce que, junto das demais, proporcionaram em 2019 a disponibilização

de 78 peças - número que subiu para 124 em 2020 e para 201 até meados de 2021. Em se tratando do número de usuários, em 2019 a plataforma congregava 630.000, crescendo para 940.000 em 2021 e alcançando, até meados de 2021, 1.220.000 usuários [NT, p. 12, §22].

5. Quanto ao modelo de negócio, enquanto algumas empresas adotaram o *pay-per-view*, Inova assumiu modelo de assinatura mensal que possibilitava acesso a todos os conteúdos da plataforma, bem como oferecia espaço em sua plataforma para publicidade de anunciantes.

6. Observando a popularidade adquirida, a Inova alterou os preços de assinatura mensal e investiu na maior disponibilização de conteúdos de terceiros em sua plataforma, aumentando significativamente seus custos. Não esperava, contudo, que seu negócio seria prejudicado pela chegada da pandemia poucos meses depois, responsável por causar uma redução de 15% no número de assinantes da plataforma da Inova [NT, p. 4, §15-16].

7. Apesar do impacto inicial, o mercado de distribuição de conteúdo voltou a aquecer e recebeu a entrada de novas empresas (Sieste, Nickerchen e Risu), cujo modelo de negócios é *pay-per-view* e que tiveram seu faturamento elevado em mais de 700% durante o ano de 2020, o que releva o sucesso das entrantes [NT, p. 4-5, §18].

8. Diante da evidente perda de consumidores e de faturamento, na tentativa de se manter ativa e cumprir seus contratos, um ano após o início de seus serviços em Lalaland, a Inova foi forçada a alterar seu modelo de negócio. Saiu da assinatura mensal e adotou o modelo *pay-per-view*, que lhe permitiria reduzir custos, uma vez que os detentores dos direitos sobre o conteúdo pagariam a ela 30% do valor da comissão [NT, p. 4-5, §16-18; p. 24, §55].

9. Em 30/03/2020, a Inova foi surpreendida com a instauração de Inquérito Administrativo destinado à apuração de condutas anticoncorrenciais supostamente por ela cometidas, dentre as quais: (i) imposição de cláusula de nação mais favorecida, (ii) combinação de preços e condições comerciais (infração tipificada no art. 36, inciso I, §3, inciso I, 'a', da LDCL), e (iii) promoção, obtenção ou influência a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (art. 36, §3º, inciso IV da LDCL). Em colaboração com a investigação, Inova respondeu todos os Ofícios a ela enviados, fornecendo todas as informações requisitadas.

10. Em 03/09/2021, a Inova apresentou sua defesa prévia de maneira tempestiva, com posterior saneamento do processo em 27/09/2021. Nesta oportunidade não foram arguidas questões preliminares e a Inova, junto da Bubbles, também Representada, solicitou o julgamento antecipado e arquivamento no mérito [NT, p. 10, §12].

11. A SG recomendou o arquivamento quanto à suposta prática de adoção da cláusula MFN [NT, p. 37, §113] e quanto à suposta combinação de preços e condições comerciais. Essa imputação teve por base o suposto alinhamento do percentual de comissão cobrado de terceiros

produtores de conteúdo. Como será demonstrado a seguir, a Inova foi forçada a elevar o patamar da comissão para 30% em razão das dificuldades econômicas advindas da pandemia [NT, p. 36, §108].

12. Por fim, de modo errôneo, a SG recomendou a condenação da Inova pela suposta adoção de conduta uniforme direcionada ao boicote coletivo, o que teria dificultado o funcionamento e desenvolvimento de concorrentes. Como será demonstrado a seguir, Inova não possui interferência no desenvolvimento de concorrentes e sequer adotou conduta uniforme com a Bubbles [NT, p. 36, §111].

13. Apesar dos esforços da Inova em se recuperar do *déficit* causado pela pandemia, a empresa, no final de 2021, ingressou em processo de recuperação judicial. [NT, p. 6, §25].

14. Como será demonstrado, as condutas pelas quais Inova é acusada não possuem fundamento, de modo que elas deverão ser arquivadas, e a Inova ser considerada inocente da totalidade das acusações.

II. DO MÉRITO

a. Do mercado relevante

15. De início, ressalta-se que a SG/LalaCADE definiu dois mercados relevantes subjacentes às práticas ora averiguadas, verticalmente relacionados, quais sejam: (i) o mercado de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses, em que os usuários finais remuneram as plataformas agregadoras ou pelo conteúdo específico, a cada vez que o utilizam (*on demand*, modelo *pay-per view*) ou através do pagamento de uma remuneração periódica para ter acesso a todo o conteúdo disponibilizado (assinatura); e (ii) o mercado das produtoras de conteúdo, que necessitam da plataforma para distribuição aos usuários do outro lado, sendo remuneradas através de um rebate da remuneração pelos direitos autorais por elas detido [NT, p. 19].

16. Não obstante, em que pese a sedimentação quanto aos critérios para definição do mercado relevante, tanto em sua dimensão produto, quanto geográfica, com base na interpretação jurisprudencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica brasileiro (CADE), fato é que a irrupção dos mercados digitais trouxe à tona a insuficiência dos elementos analíticos e critérios metodológicos para tanto, de sorte que a definição do mercado relevante conforme os autos carece de problemáticas estruturais.

17. Os mercados digitais possuem características específicas no que tange ao desenvolvimento de sua atividade e a obtenção de vantagens competitivas, especialmente por se tratar de economias de escala e escopo, dotado de efeitos de rede e tendo o dado como ativo

central. Dentro desse contexto, seus custos de produção são proporcionalmente muito inferiores à quantidade de consumidores que usufruem dos produtos e serviços. Ou seja, naturalmente as empresas pioneiras assumem uma vantagem competitiva elementar, plenamente lícita. Mas não só isto. Pela decorrência dos custos reduzidos, a substitutibilidade pelo lado da oferta é ampliada, o que, ao fim, torna extremamente tênue a definição dos mercados relevantes.

18. Além disso, a utilização de dados de forma massiva aumenta a capacidade das plataformas de desenvolverem novos produtos aptos a gerarem um ecossistema de integração e bem-estar ao consumidor, bem como tornam as empresas mais eficientes (CREMER; MONTJOYE; SCHEITZER, 2019, p. 2-5). Tais características, somadas aos efeitos disruptivos das plataformas digitais e seu caráter inovador, fazem com que seja possível uma tendência natural à monopolização, associada à dinâmica de conquista natural do mercado que é expressamente protegida pela lei (art. 36, §1º da Lei nº 12.529).

19. Nesse sentido, a ampliação do mercado da Inova, no presente caso, consiste em nada mais que uma conquista natural de mercado, não havendo que se falar em hipótese de dominação de mercado relevante. Ainda a respeito disso, conforme orientação disposta no AC 12345.190876/2021, analisado pelo LalaCADE sob o rito ordinário, a segmentação do mercado não é justificável, de forma que a participação da Inova no mercado de distribuição para entretenimento restaria irrelevante sob o ponto de vista concorrencial [NT, p. 19].

20. No ato de concentração 08700.003373/2013-80 (Google Inc e VEVO LLC), o CADE decidiu que o serviço de exibição de conteúdo de entretenimento via web pode ser classificado como plataforma de dois lados (*multisided platform*). No presente caso, a Inova constitui-se como plataforma de dois lados, pois explora mercado de distribuição para entretenimento doméstico, assim como se insere no mercado de publicidade de produtoras de conteúdo, fator responsável pela concentração distintos serviços oferecidos pela plataforma, assim como diferentes modalidades de consumo, bem como por aumentar a eficiência na oferta de produtos e serviços. Isso ocorre pois os mercados digitais são compostos por plataformas complexas, responsáveis por ofertar tanto o entretenimento para o usuário final, gratuitamente, e também o espaço para o anunciante veicular a publicidade de seu negócio, que se dá de forma remunerada. Nesta oportunidade, o CADE decidiu por deixar a definição exata do mercado relevante em aberto.

21. Após a reestruturação da empresa em meio à pandemia de Covid-19, a Inova passou a ser definida como uma plataforma digital responsável pela distribuição de conteúdo relacionado ao setor audiovisual, especificamente de óperas e espetáculos circenses, pela produção de conteúdo, como também pela oferta de espaço para publicidade de outras plataformas digitais

[NT, p. 04].

22. No contexto concorrencial brasileiro, o setor audiovisual já foi objeto de avaliação pelo CADE, principalmente em casos envolvendo a programação de TV e a produção de conteúdo para TV e cinema (mais recente e relevantemente, os casos AT&T/TW8¹, Disney/Fox² e HBO/Ole Premium³).

23. Nesses casos, o CADE destacou que a cadeia do setor audiovisual envolve, no mercado à montante, as atividades de produção de conteúdo audiovisual e gestão de direitos de exploração (como *copyright* e licenciamento). O mercado à jusante envolve a distribuição de conteúdo. De acordo com o CADE, “o consumo de conteúdo audiovisual pode se dar por meio de 5 segmentos principais: (i) salas de exibição, (ii) vídeo doméstico, (iii) televisão por assinatura, (iv) televisão aberta e (v) vídeo por demanda. Cada segmento possui especificidades em sua cadeia de valor”⁴. Outros mercados são acessórios ao setor audiovisual, como o mercado de licenciamento de música, o mercado de licenciamento para publicações (e.g., livros e revistas), o mercado de licenciamento para produtos de consumo e o mercado de videogames.

24. No setor audiovisual, a distribuição de conteúdo é meio pelo qual o conteúdo chega, em última análise, aos espectadores. O CADE já considerou a possibilidade de segmentar este mercado relevante entre (i) a distribuição de filmes para exibição cinematográfica; (ii) a distribuição de conteúdo audiovisual para entretenimento doméstico (e.g., licenças *electronic sell through* – EST, VoD, mídia física etc.), e ainda, (iii) o licenciamento e transmissão de conteúdo para canais de televisão (programação para TV).

25. Especificamente quanto à delimitação do mercado de VoD (*video on demand*), explorado pela Inova por meio da distribuição de óperas e espetáculos circenses para consumo doméstico, constitui-se em uma forma distinta de distribuição de conteúdo voltada “a permitir ao usuário, no momento por ele escolhido e a partir de sua solicitação, a fruição de um vídeo de sua preferência, com base em um catálogo de opções disponíveis”⁵, denominada serviços não-lineares.

26. O CADE já descreveu esse mercado como a distribuição de conteúdo para

¹ Ato de Concentração n° 08700.001390/2017-14 (AT&T Inc./Time Warner Inc.).

² Ato de Concentração n° 08700.004494/2018-53 (The Walt Disney Company Ltda./Twenty-First Century Fox, Inc.).

³ Ato de Concentração n° 08700.001726/2020-36 (HBO Latin America Holdings, L.L.C e Ole Premium Channels, L.L.C.)

⁴ Parecer n° 11/2018/CGAA4/SGA1/SG, Ato de Concentração n° 08700.004494/2018-53 (The Walt Disney Company Ltda./Twenty-First Century Fox, Inc.).

⁵ Vide Nota Técnica exarada pela Superintendência Geral do CADE no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.001390/2017-14 (AT&T Inc./Time Warner Inc.).

entretenimento doméstico⁶, que inclui a distribuição de conteúdo audiovisual através de mídia física (e.g., DVD, Blu-Ray etc.), bem como através de serviços “lineares” e “não-lineares” de TV, incluindo plataformas VoD”. A Inova entende que este deve ser o mercado relevante afetado pela Operação, tendo em vista que a distribuição de conteúdo consiste na oferta de catálogo ao consumidor que pode optar pelo conteúdo acessado de forma autônoma, efetuando-se pagamento por título acessado (modelo *pay-per-view*)⁷.

27. No que tange à dimensão geográfica do mercado relevante, os precedentes do CADE consideraram o mercado como tendo dimensão nacional⁸. Apesar de nunca ter conduzido uma análise aprofundada dos serviços de VoD e do escopo do mercado relevante relacionado a tais atividades, de forma análoga no cenário brasileiro, CADE já indicou anteriormente que VoD poderia ser segregado da distribuição linear de conteúdo para TV (*i.e.* atividades de programação para TV), sendo um tipo de serviço não-linear⁹.

28. O segmento de VoD está relacionado à oferta de conteúdo audiovisual organizados em catálogos (*i.e.* programação “não-linear”) para acesso a qualquer tempo pelos consumidores. Em resumo, a principal característica do segmento VoD é o fato de que há uma plataforma que oferece um catálogo e o usuário fica livre para decidir o que e quando assistir dentre as opções disponíveis. Dessa forma, este segmento é caracterizado pelo maior poder de escolha dos consumidores, em relação ao modelo tradicional de distribuição linear de conteúdo na televisão.

29. É importante destacar que a oferta de serviços VoD é realizada através de plataformas que podem operar através de redes fechadas (que são operadas por empresas privadas), ou redes abertas (em que o conteúdo é distribuído por meio da internet, os chamados serviços *over-the-top* OTT), que incluem todos os produtos e serviços que usam a infraestrutura da internet para distribuição). Plataformas OTT são, portanto, um tipo de VoD, já que plataformas de VoD podem operar pela internet, mas não necessariamente¹⁰.

30. De acordo com a realidade brasileira, o CADE tem adotado, seguindo os precedentes da autoridade envolvendo a distribuição de conteúdo para TV e entretenimento doméstico que mencionam serviços não-lineares, os mercados relevantes como nacionais em sua dimensão

⁶ Vide Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53 (The Walt Disney Company Ltda./Twenty-First Century Fox, Inc.).

⁷ De forma análoga ao caso julgado no cenário brasileiro pelo CADE, vide AC nº 08700.000136/2021-77.

⁸ Vide Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (AT&T Inc./Time Warner Inc.) e Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53 (The Walt Disney Company Ltda./Twenty-First Century Fox, Inc.).

⁹ Vide Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53 (The Walt Disney Company Ltda./Twenty-First Century Fox, Inc.) e Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (AT&T Inc./Time Warner Inc.).

¹⁰ Vide Nota Técnica exarada pela Superintendência-Geral do CADE no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (AT&T Inc./Time Warner Inc.).

geográfica¹¹.

31. Pelo exposto, a Inova demonstra a necessidade de definição de um mercado amplo para a distribuição de conteúdo para entretenimento doméstico para usuários finais, incluindo as janelas de exibição não-lineares¹², uma vez que os consumidores podem (e têm feito crescentemente) adquirir e navegar por diferentes canais de distribuição. O CADE já definiu o mercado de distribuição de conteúdo para entretenimento doméstico como sendo “muito fragmentado”¹³.

32. Dada a limitação das atividades da Inova, que se destina, exclusivamente, ao mercado de distribuição de óperas e espetáculos circenses, sustenta-se que não há qualquer preocupação do ponto de vista concorrencial em relação às atividades praticadas, razão pela qual não há que se falar em segmentação em gênero de conteúdo ofertado, conforme a própria jurisprudência do LalaCADE [NT, p. 19, § 29].

33. Ressalta-se, como fator que evidencia a total impossibilidade de a Inova provocar infração à ordem econômica, que o mercado de distribuição para entretenimento doméstico e, mais especificamente, de VoD, continua sendo dominado pelas grandes plataformas digitais internacionais, como Netflix e Amazon Prime. No contexto brasileiro, o CADE ressaltou esses dados como forma de desconsiderar o potencial anticompetitivo de plataformas menores, as quais exploram nichos de mercado mais restritos, conforme entendimento exaurido no AC nº 08700.001726/2020-36 (HBO/Ole Premium) e no AC 08700.000136/2021-77 (Fumination/Ellation).

34. No que tange ao mercado de publicidade, a própria Nota Técnica nº 02/2022/SG/LalaCADE desta D. SG reconhece que este mercado é liderado por grandes empresas do setor, como Google e Facebook, sendo que os outros ofertantes não chegam a representar 5% do mercado, de modo que a participação da Inova é irrisória.

35. À guisa de conclusão, uma definição precisa do mercado relevante deve respeitar a jurisprudência do LalaCADE, definida no Ato de Concentração 12345.190876/2021, sob o rito ordinário, cuja orientação revela a impossibilidade de segmentação do mercado “por segmentos de atuação online” [NT, p. 19], vez que, conforme comprovado, as atividades desenvolvidas

¹¹ Vide Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (AT&T Inc./Time Warner Inc.); Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53 (The Walt Disney Company Ltda./Twenty-First Century Fox, Inc.); e Ato de Concentração nº 08700.001726/2020-36 (HBO Latin America Holdings, L.L.C/Ole Premium Channels, L.L.C.).

¹² A exibição não linear oferece conteúdos audiovisuais que permitem ao consumidor, no momento da sua escolha e mediante solicitação, acessar o vídeo à sua escolha, a partir de um catálogo de opções disponíveis. Os serviços VoD são um tipo de exibição não linear. vide AC nº 08700.000136/2021-77.

¹³ Vide voto proferido pela Conselheira Relatora Polyanna Vilanova no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53 (The Walt Disney Company Ltda./Twenty-First Century Fox, Inc.).

não geram qualquer tipo de preocupação do ponto de vista concorrencial. Nesse sentido, o mercado relevante do presente caso deve ser definido com base, somente, na segmentação por atuação online, porém eliminando-se a discriminação por conteúdo ofertado.

b. Da ausência da posição dominante da Inova

35. Quanto à suposta existência de abuso de posição dominante, imputa-se à Inova tal conduta com base no art. 36, incisos I a IV, c.c §3º, incisos III, IV, V, IX da Lei Antitruste de Lalaland. Ademais, a Sieste afirmou em denúncia que a Inova, juntamente com a Bubbles, seriam as líderes do mercado e estariam pressionando as demais empresas para elevarem seus preços [NT, p. 10, §5]. No entanto, não há que se falar sequer em posição dominante da Inova no mercado em questão, de modo que as acusações nesse sentido não merecem prosperar.

36. Verifica-se que no mercado em questão há clara posição dominante da Bubbles, tanto em relação à plataforma de distribuição do conteúdo das produtoras, quanto no que diz respeito à propaganda. Basta comparar a porcentagem de mercado da Bubbles, que possui cerca de 75% de domínio em relação ao serviço de publicidade online em plataformas agregadoras e conteúdo [NT, p. 19, §31] e aproximadamente 48% em relação à distribuição de produtores-terceiros no ano de 2020, enquanto a Inova, no mesmo ano, apresentou controle de apenas 15% do mercado publicitário, somado a 19% da distribuição dos produtores-terceiros [NT, Tabela 02, p. 20, §33].

37. Assim, a Inova não dispõe do *market share* necessário para assumir a presunção de *iuris tantum* de posição dominante (segundo art. 36, §2º da LDLC), conforme já analisado no tópico do mercado relevante, portanto já é plausível a aceção de que dispensa a necessidade de discorrer sobre uma conduta que atua em detrimento da competição e da livre concorrência a qual a existência de posição dominante do mercado relevante seja *conditio sine qua non* para possibilidade do exercício da conduta.

38. Em razão da dificuldade de se manter no mercado, inclusive, a Inova, por ter sido obrigada a adotar os padrões de remuneração da Bubbles, cuja dominância exerceu diversas pressões na Inova, foi vítima de séria crise econômica, marcada pela falta de liquidez e incapacidade de pagar fornecedores, mesmo esse estando em franco crescimento em momento anterior, e acabou tendo que ingressar com pedido de recuperação judicial no início de 2021, conforme se comprovou [Caso, p. 6, §25].

39. Ademais, de acordo com a OCDE (2020), mesmo não sendo certa a definição de quanto poder de mercado um agente deverá ter para ser considerado dominante, devem ser analisados certos indicadores de dominância como a ausência de substitutibilidade, a criação de barreiras

à entrada, a lucratividade e o *market share*.

40. No caso, é fato que há substitutibilidade no mercado, visto que os consumidores possuem diversas alternativas de plataformas, sendo, inclusive, o *multihoming* uma marca do mercado, bem como não houve criação de barreiras à entrada por parte da Inova, já que inclusive ocorreu a entrada de novas concorrentes em 2020, como é o caso da Sieste [Caso, §18, p. 5]. A análise da lucratividade da Inova também demonstra ausência de dominância, evidenciada por sua já citada Recuperação Judicial. Por fim, como também já visto, seu *market share* é insignificante se comparado com a Bubbles, tornando seu poder de mercado muito restrito se contratado com o da empresa.

41. Importa ressaltar, ademais, que conforme se demonstrará adiante, não houve imposição de cláusula MFN nos contratos da Inova que demonstre qualquer abuso, pois foram adotados apenas acordos informais entre empresas, não havendo provas de qualquer exigência do tipo feita pela Inova. Não houve também qualquer participação em boicote realizado em face de outras empresas, já que se tratou exclusivamente de conduta das produtoras, sem qualquer participação da Inova, conforme também se tratará adiante.

42. Assim, não há qualquer evidência que torne possível a imputação da Inova pela condutas descritas na representação, visto que essa não possui sequer poder de mercado suficiente para impedir acesso de outras empresas no mercado; criar barreiras às entrada, funcionamento ou desenvolvimento de concorrentes; impedir acesso à insumos, matérias-primas ou equipamentos ou impor qualquer tipo de condição de pagamento, conforme lhe foi imputado com base no §3º, incisos III, IV, V e IX do art. 36 da LDLC.

43. Tais condutas, de fato, deveriam ter sido imputadas apenas em relação à Bubbles, dominante no mercado, e que abusou desta posição de diversas maneiras, inclusive em detrimento da Inova. Desse modo, é evidente que não é cabível a condenação da Inova por qualquer conduta relacionada ao abuso de posição dominante, visto que tal prática foi única e exclusiva da Bubbles, que impediu o crescimento e o aumento da qualidade dos seus competidores, o que levou, inclusive, à potencial exclusão da Inova do mercado, evidenciada pela crise econômica que esta enfrenta atualmente.

c. Da imposição de cláusula de nação mais favorecida (MFN)

40. Não procede a alegação da Produtores Unidos Jamais Serão Vencidos S/C, no sentido de que Inova adotava cláusula de nação mais favorecida (MFN) em seus contratos e que isso causava prejuízo à concorrência ao gerar uniformidade na conduta dos clientes-produtores [NT, p. 23, §53]. Da mesma forma, será demonstrado que é improcedente qualquer acusação do MP

neste sentido.

41. A cláusula de *most favoured nation* é utilizada para proporcionar ao comprador benefício automático com relação a condições mais favoráveis que possam ser concedidas pelo vendedor a outros compradores (ATHAYDE, 2018).

42. Primeiramente, deve ser aplicada a regra da razão nesta análise¹⁴. As cláusulas MFN não são ilícitos concorrenciais *per se*, exigindo averiguar o contexto econômico do contrato em que ela está inserida: a estrutura de mercado, os propósitos que justificam a prática, as eficiências produzidas e os efeitos potenciais e concretos (FRAZÃO, 2017, p. 290). Principal em se tratando deste tipo de cláusula, é praticamente impossível desenvolver regras gerais sobre o que deve ou não ser autorizado, de modo que se faz necessária uma análise casuística (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 57).

43. Também chamada de cláusula de cliente mais favorecido, *parity clauses* ou cláusula de não discriminação (ERZACHI, 2015, p. 488), essas cláusulas podem ser de escopo amplo (*wide*) ou restrito (*narrow*), o que interfere diretamente na análise de seus efeitos. A primeira atinge tanto os contratantes quanto os demais integrantes daquele mercado, enquanto a segunda restringe seus efeitos aos contratantes (ERZACHI, 2015, p. 489).

44. Neste sentido, como se passa a demonstrar, (i) inexistente cláusula de MFN nos contratos celebrados pela Inova e o “acordo de cavalheiros” era vazio de consequências; (ii) mesmo que presente, a cláusula não gera efeitos anticompetitivos.

i. Inexistência de Cláusula MFN nos contratos celebrados pela Inova e o “acordo de cavalheiros” era vazio de consequências

45. A Superintendência-Geral de LalaCADE consignou que, diferentemente do que ocorre com a Bubbles, “nos contratos celebrados entre a Inova e seus principais clientes não foi encontrada qualquer cláusula contratual semelhante” [NT, p. 21, §40]. Assim, se inexistente cláusula no contrato, não há que se falar em condenação pautada em supostos efeitos concorrenciais negativos da sua adoção.

46. A mesma Superintendência, no entanto, afirmou que “havia uma espécie de ‘acordo de cavalheiros’ ou acordo informal entre as empresas para que os clientes da Inova praticassem na plataforma desta empresa as mesmas vantagens comerciais, preços e promoções que aquelas oferecidas a terceiros ou em suas próprias plataformas” [NT, p. 21, §40]. Essa afirmação tomou

¹⁴ A título ilustrativo, vide: “A análise de variáveis como eficiências geradas, racionalidade econômica ou justificativa para a conduta, só se faz necessária quando o que torna uma conduta anticompetitiva são seus potenciais efeitos. Na doutrina tradicional, diz-se que as condutas cuja ilicitude se define pela potencialidade de efeitos devem ser analisadas sob o jugo da regra da razão.” Nota Técnica nº 54/2021/CGAA6/SGA2/SG/CADE, Processo nº 08700.000763/2018-11, emitida em 28.04.2021.

por base as respostas aos ofícios pelas principais clientes da Inova, sem, contudo, existir maior produção probatória.

47. De fato, é possível que a Cláusula MFN seja pactuada de forma verbal (ATHAYDE, 2018). No entanto, será demonstrado que a suposta pressão exercida pela Inova não trouxe consequências aos seus clientes e, mesmo que estes ofertassem condições mais favoráveis a outras plataformas, não sofreriam sanções aplicadas pela Inova.

48. A análise do caso permite identificar que quatro das cinco principais contratantes afirmaram receber avisos informais da Inova para que ofertassem a ela condições mais favoráveis eventualmente concedidas a terceiros. Contudo, este não era o objetivo do ofício que buscava saber as “*possíveis consequências junto à esta empresa caso oferecessem condições comerciais mais favoráveis em suas próprias plataformas ou de terceiros que aquelas oferecidas à Inova*” [NT, p. 22, §42].

49. As empresas limitaram-se a relatar e-mails ou ligações recebidas, sem apresentar transcrições, extratos, cópias ou qualquer conteúdo probatório. Nenhuma logrou demonstrar os possíveis efeitos que a não adoção da paridade causaria. A única que trouxe uma suposta consequência sofrida em decorrência da suposta pressão foi a French Toast, que afirmou ter deixado de celebrar um contrato. No entanto, como não há resposta direta ao objeto do ofício, as informações trazidas pelas produtoras, as respostas aos Ofícios são meros indícios.

50. É comum e até necessário o uso de prova indiciária no contexto antitruste, muito pela dificuldade de produção probatória (FRAZÃO, 2017, pp. 297-298). Contudo, a condenação majoritariamente pautada em indícios requer que haja pluralidade e convergência entre eles e entre eles e as provas. No presente caso, são ausentes tais requisitos, vez que as produtoras não trouxeram quaisquer provas do quanto alegado, o que prejudica a análise de veracidade dos fatos, para além de não haver convergência entre as respostas e os demais elementos averiguados, como o poder de mercado.

51. Não é um acaso portanto que, em âmbito internacional, apurações relativas à repressão a cláusulas MFN são comumente arquivadas por ausência de indícios ou provas suficientes para averiguação não só da conduta propriamente dita, mas dos supostos efeitos negativos¹⁵ quanto mais observadas justificativas econômicas diretamente relacionadas a efeitos líquidos positivos ao mercado.

¹⁵ Neste sentido, a título ilustrativo, ver: Caso AT.40153 – E-book MFNs e matérias relacionadas (Amazon), arquivado em 04/05/2017. No Brasil, o CADE arquivou, após firmamento de Termo de Compromisso de Cessação de Condutas sem reconhecimento de culpabilidade pelas então representadas, o Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13, em 06/08/2021, conforme entendimento do Tribunal Administrativo exarado em sua 177ª Sessão Ordinária de Julgamento.

52. Sendo mera informação repassada pela Inova às contratantes, sem reais efeitos quanto ao descumprimento das condições supostamente impostas, o acordo informal não possui consequência alguma para as empresas. Outrossim, é fundamental que se tenha em mente que a Inova não desenvolveu qualquer mecanismo que prenda as produtoras às suas condições contratuais, sejam elas expressas ou tácitas. Diferentemente do praticado pela Bubbles, não havia cláusula de exclusividade, de modo que se insatisfeitas, elas poderiam, livremente e sem penalidades, rescindir o contrato com a Inova.

53. Uma vez livre de consequências, é possível que se indague a real finalidade do acordo informal. Este possuía um claro racional econômico consistente no fato de que, como a maioria - senão todas - das plataformas adotava o modelo *pay-per-view*, nada lhes garantiria a conclusão da compra do conteúdo onde inicialmente o buscaram. Se um mesmo conteúdo está presente em diversas plataformas de modelo PPV, é óbvio que o consumidor buscará a que cobre menor valor. Isso reflete diretamente na comissão das produtoras e na receita das plataformas. Assim, objetivava-se aumentar a possibilidade de captura de consumidores na Inova, que haviam decaído em 15% em decorrência da pandemia [NT, p. 4, §15-16].

54. Ao fazer pressão para que as produtoras praticassem o mesmo preço em diversas plataformas, objetiva-se atingir um dos tradicionais efeitos da cláusula MFN: proporcionar ao consumidor os melhores preços e condições, facilitando a busca pelo melhor preço, economizando tempo e aumentando a eficiência da pesquisa (PLANKENSTEINER; CRÉQUER, 2016, p. 4). Ao interagir com consumidores bem-informados, as empresas são incentivadas a melhorar sua posição competitiva (ERZACHI, 2015, p. 493).

55. Outro ponto de extrema relevância é que a criação e manutenção de plataformas gera custos elevados, que devem ser recompensados para que a empresa continue existindo. Então é necessário que ela encontre formas de não ser uma mera vitrine onde serão expostos os conteúdos com seus respectivos preços, mas garantindo que o consumidor adquira o seu produto. É por isso que a cláusula MFN mitiga o efeito carona (*free-riding*) (GONZALÉZ-DIÁS; BENNET, 2015, pp. 34-35).

56. Assim, é possível dizer que impedir o acordo informal sem qualquer indício de que haja prejuízo ou potencialidade de prejuízo à concorrência, bem como sem identificar quaisquer consequências ao possível descumprimento, é totalmente contrário à técnica antitruste. O impedimento comprometeria ainda mais o modelo de negócio da Inova, que passava por dificuldades advindas da pandemia em um mercado ainda em amadurecimento, de modo a gerar perdas concorrenciais e aos consumidores.

57. Conclui-se, portanto, que se deve proceder ao arquivamento desta acusação à Inova,

uma vez que (i) inexistente cláusula prevista em contrato; (ii) o acordo de cavalheiros não gerava consequências em eventual descumprimento, servindo de racional econômico a gerar benefícios aos consumidores e ao mercado em si; (iii) impossibilitar a adoção de pressão para paridade de condições geraria retração concorrencial no mercado e prejuízos ao consumidor.

ii. Mesmo que existente e com consequências ao descumprimento, a cláusula não gera efeitos anticompetitivos

58. Na hipótese de se considerar existente e eficaz a cláusula MFN, no sentido de que esta traga consequências às produtoras que eventualmente a descumprirem, não é possível condenar a Inova com base no argumento de que esta influenciou a adoção de conduta uniforme pelos concorrentes, prejudicando a concorrência. Isso porque a Inova não possui parcela significativa do mercado relevante, o que impossibilita que suas condutas surtam efeitos anticoncorrenciais. Ainda que esta detivesse poder de mercado, as consequências da cláusula MFN neste mercado são positivas.

59. Como supramencionado, o percentual do mercado relevante detido pela Inova é inexpressivo, quando comparado com a Bubbles, dominante no setor. A doutrina antitruste é unânime ao entender que a detenção de baixa parcela de mercado significa o menor poder daquela empresa em influenciar o setor e, conseqüentemente, a geração de efeitos anticoncorrenciais através de suas práticas (TAUFICK, 2014, p. 68).

60. Considerando que a Inova pratique a cláusula MFN e aplique sanções aos clientes que a descumprirem, é impossível concluir que essa conduta provoque a adoção de conduta uniforme por parte das produtoras. A Inova não consegue influenciar seus clientes, justamente porque ausente poder de mercado.

61. Assim, acertada a conclusão da Superintendência-Geral de LalaCADE, ente especializado em matéria concorrencial, que realiza profunda análise jurídico-econômica dos casos que lhe são levados, ao afirmar que “a ausência de poder de mercado da Inova faz com que sua conduta não produza efeitos significantes no mercado relevante” [NT, p. 23, §53].

62. Ainda que assim não se entenda, como já afirmado, o acordo indireto (definido pela SG como cláusula MFN) possui claro racional econômico, desempenha papel fundamental no modelo de negócio da Inova e nos benefícios derivados de suas atividades. Além disso, não gera impacto negativo em Lalaland - nem efetivo e nem potencial.

63. Como acima exposto, o racional econômico da cláusula é impedir que a Inova seja uma vitrine de exibição de preços, onde os consumidores só olham, mas nada adquirem. Frente à queda de consumidores, era necessário aplicar esforços para captação de clientes, garantindo-lhes melhor eficiência de pesquisa, com a certeza de que ali encontrariam o melhor preço.

64. Como consequência, sendo também fator essencial à subsistência das plataformas, a aplicação de cláusula MFN garante o retorno do investimento realizado. Aplica-se aqui a analogia com o raciocínio aplicado no mercado de reserva de hotéis *online*: um *website* atacadista de reserva hoteleira oferta vagas de diversos hotéis (varejistas). Ao disponibilizarem os quartos nos atacadistas, maior o alcance de público pelos varejistas. Se o hotel aplicar menor preço em site próprio, o consumidor buscaria um quarto no site do atacadista, mas contrataria direto com o hotel. O mesmo ocorre com as plataformas (atacadistas) e produtoras (varejistas). A prática do hotel/produtora conseguir a contratação direta por meio de terceiro atacadista é o efeito *free-riding* que tanto se busca impedir.

65. Ainda, o acordo informal da Inova estimula a concorrência entre plataformas. Ao proporcionar a certeza de que naquela plataforma o consumidor encontrará o melhor preço, a cláusula MFN torna-se fator que influencia a confiança, agilidade e segurança do consumidor na própria plataforma. Assim, faz com que os ofertantes compitam no preço e na qualidade da plataforma, buscando desenvolver um *dashboard* de fácil manuseio e compreensão. Isso demanda investimento em inovação, que é um dos pilares almejados pelo estímulo à concorrência (FORGIONI, 2015, p. 1730).

66. Ressalta-se, por fim, que não há sequer um indício ou prova nos autos que aponte para efeitos negativos da cláusula verbal de MFN: a Associação limitou-se a dizer que a adoção desta cláusula pela Inova e pela Bubbles prejudica a concorrência, ao gerar uniformidade da conduta de clientes-produtores, dificultando a entrada de novos concorrentes. Uma análise rasa do caso permite constatar que diversos novos players adentraram o mercado [NT, p. 4, §14], inclusive garantindo um aumento de faturamento em mais de 700%.

67. Conclui-se, portanto, que, se existente cláusula de paridade verbalmente praticada pela Inova, não é possível verificar prejuízos à concorrência porque (i) a ausência de poder de mercado impede que Inova influencie a conduta dos demais competidores e (ii) mesmo que assim não fosse, o racional econômico da cláusula garante benefícios à competitividade no mercado, os quais são estendidos às próprias plataformas e aos consumidores. Deve-se seguir a recomendação da SG e não condenar a Inova.

d. Da inexistência de combinação de preços e condições comerciais

i. Da acusação vazia

68. O cartel tácito se caracteriza por agentes autônomos que desenvolvem dolosamente estratégias semelhantes ou idênticas, sem se comunicarem diretamente, com a finalidade de aumentar os seus lucros e poder de mercado em detrimento do bem-estar dos contratantes, por

meio do aumento de preço dos produtos ou serviços, diminuir ou aumentar os preços desses, conforme as suas vontades. Esse cartel apresenta como principal característica a tomada de decisões idênticas pelas empresas corriqueira e constantemente (MAGGI, 2010).

69. Os cartéis implícitos têm como pressuposto a eliminação dos incentivos ao rompimento do acordo de colusão, já que quando uma das empresas diminui os preços de seus produtos ou serviços, as demais seguem a mesma estratégia; assim, todas passam a ter um lucro menor (SILVA, 2005). Segundo o estatístico Jerome Friedman, a formação dos cartéis implícitos é inerente às empresas, na medida em que há uma continuidade de escolhas de sim ou não feitas pelas empresas, que, ao buscarem o seu próprio desenvolvimento, tomariam decisões semelhantes a formação de um cartel tácito e ocasionaria em um equilíbrio no mercado (SILVA, 2005).

70. Assim, cabe notar que a tomada de decisões semelhantes entre empresas é um desdobramento natural do mercado, na medida em que as empresas buscam melhorar o seu desempenho e desenvolver serviços e produtos mais tecnológicos e melhores para aquilo que o seu consumidor procura. Contudo, para se manter no mercado, em muitos casos, é necessário que as empresas tomem decisões parecidas com a de seus concorrentes.

71. Para a formação do cartel tácito se deve observar os seguintes requisitos: o conhecimento de que os demais agentes vão seguir seus atos, em busca da maximização do lucro. Nesse sentido, os cartéis tácitos são caracterizados pelo “encontro de mentes dos competidores em ao menos alguns mercados oligopolizados, mesmo que as firmas não se comuniquem formalmente” (MAGGI, 2010). Não cabe, desse modo, afirmar que houve a realização de um cartel tácito entre as representadas, na medida em que ambas estavam buscando as melhores decisões para o bem-estar e a continuidade das suas empresas.

72. A partir de circunstâncias justificadoras de eventuais condutas anticompetitivas, cabe a aplicação do uso da regra da razão, a qual é amplamente usada nos processos administrativos concorrenciais tanto pelo CADE, assim como, em tribunais internacionais. Sendo que ela se relaciona com a ideia de que uma conduta desarrazoada seria útil, desde que não fosse injustificada.

73. Assim, a regra da razão estabelece que uma conduta que provoque impactos significativos no nível de concorrência do mercado, mas que é justificada pelos objetivos que ela alcança, não seria considerada ilícita. A ilicitude da conduta se encontra na falta de justificativa da realização daquela conduta. Desse modo, esse instituto determina a observação de mais um requisito para a condenação da conduta de cartel, já que o representante há de provar que a empresa, que não teve qualquer tipo de conduta anticoncorrencial, teria concorrido e não

teria justa causa para a prática¹⁶.

74. De início, cabe demonstrar que todas as atitudes da Inova visam ao melhor interesse do desenvolvimento e crescimento da empresa, para que ela continue investindo e fornecendo uma melhor experiência para os consumidores. Assim, reitera-se o uso da regra da razão quanto ao presente caso.

75. Ademais, a alegação do representante da existência de um cartel tácito necessita de que haja colusão clara, ou que as partes, ao menos, tenham tido a intenção de unificar o mercado visando a exclusão da concorrência. É indispensável que o representante demonstre provas acerca do dolo dessa Bubbles em realizar tal conduta ilícita (*in dubio pro reo*), tendo em vista que esta empresa nunca teve a intenção de realizar condutas anticompetitivas no mercado em que atua. Ao encontro¹⁷:

O fator determinante para a definição se o ato, de qualquer forma manifestado, será considerado ilícito por objeto ou ilícito por seus efeitos é a intencionalidade do agente, ou seja, a intenção de integrar um acordo anticompetitivo. Em outras palavras, comprovado por meio de provas diretas ou indiciárias que o objeto do ato praticado pelo(s) agente(s) é propriamente alcançar algum dos objetivos elencados nos incisos I a IV do caput do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, a infração administrativa está consumada.

76. Assim, como não houve qualquer tipo de intencionalidade, não há no que se falar acerca de fato típico. Há a necessidade do fator de um comportamento comprovadamente não espontâneo da Bubbles quanto à colusão, de forma que a mera coincidência de comportamentos não configura prova suficiente para a condenação (FORGIONI, 2016). Nesse sentido, há a necessidade que o representante, por meio de seu padrão probatório, de que a Inova realmente concorreu com a conduta, assim como tinha o dolo de realizar condutas anticompetitivas.

77. Cabe trazer e destacar, ainda, que Inova em nada concorreu com a conduta das produtoras. A representante não apresenta um conjunto probatório que comprove a existência de uma conduta acertada entre as Representadas e que estas não agiram com espontaneidade em face aos desafios apresentados pelo mercado.

78. Além disso, cabe ressaltar que a mera sugestão de preços pura e simples não configura acordo, mesmo que todas as plataformas sigam tal sugestão, contudo, tal atitude pode trazer

¹⁶ Nesse sentido, veja-se o voto relator da Conselheira Cristiane Alkmin no Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71 (SEI nº 0534749), especialmente o trecho “Nem todos os arranjos de negociação coletiva podem ser considerados como práticas cartelizantes *per se*. Conforme salientado pela teoria econômica, estabelecido no Guia de Análise Horizontal (Guia H), identificado por alguns Conselheiros (Ana Frazão e Marcio Oliveira, por exemplo), como sugere a Lei 12.529/11 e de acordo com o “Estudo do Cade”, é possível que esses arranjos negociais coletivos resultem em ganhos de eficiência e gerem efeitos positivos no mercado, ao garantir melhor equilíbrio de barganha entre as partes, diminuição nas falhas de mercado e nos custos de transação. Logo, são casos que precisam passar por análises pela regra da razão”.

¹⁷ Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73, voto do Conselheiro relator Sérgio Costa Ravagnani, expedido dia 29 de setembro de 2020.

maior uniformidade de preços e facilitar a colusão prática entre produtores, assim como, a coordenação de preço entre os varejistas. Do mesmo modo que as demais plataformas receberam os e-mails das produtoras para aumento de preço, a Inova também recebeu esses e-mails e decidiu por acatar os preços sugeridos pelas produtoras, motivo pelo qual não recebeu a referida notificação extrajudicial.

79. Logo, nota-se que a alegação de cartel tácito pelo representante é completamente infundada, na medida em que a Inova em nada concorreu para a tentativa de uniformizar o mercado, tanto é que não há provas que demonstrem a atuação da Inova na situação fática descrita. Cabe destacar que no caso de dúvidas, os nobres julgadores devem inocular a Inova, em função da aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, o qual determina que em casos de dúvidas, a escolha deve ser pelo caminho que mais beneficia o réu.

80. Sendo assim, cabe a absolvição da Inova quanto ao pedido de condenação de cartel tácito pela ausência de concorrência para as condutas lá descritas; e, subsidiariamente, pela ausência de provas de todas as acusações feitas pelo representante.

ii. Da fixação de taxa de comissão dentro dos parâmetros da legalidade

81. Alega o Representante que a fixação de uma taxa de comissão no mesmo patamar, independente de número de peças cadastradas na plataforma, ou da atração destas, teria o condão de produzir efeitos anticompetitivos no mercado, sendo tal ação tida como uma "prática facilitadora", em que escopo seria a manutenção e estabilidade do suposto cartel. Ainda, alega, desmotivadamente, que houve troca de informações sensíveis entre as Representadas, sendo indício da ocorrência do cartel tácito entre as partes. Alegações tais que não merecem prosperar.

82. Na realidade, a adoção de uma taxa uniforme de comissão está dentro da legalidade, sendo utilizada, inclusive, em outros mercados. Cita-se como exemplo a consolidação na legislação do modelo definido pelo I Congresso de Propaganda (1957), estabelecendo que as agências de publicidade teriam direito a uma comissão uniforme (que foi posteriormente chamada de desconto padrão) de 20% sobre os gastos com veiculação de mídia.

83. Assim sendo, notório que a utilização de um percentual fixo de comissão por mais de um ente em determinado setor não importa na presunção de conluio entre as partes. Ainda, importa observar que no caso em tela não foram encontrados indícios suficientes de infração à ordem econômica pelas Representadas o que levou à sugestão de arquivamento em relação a essa acusação [NT, p.36, §108].

84. No tocante à adoção de comissão fixa independente do volume de produtos disponibilizados, o Representante sustentou que as Representadas contribuem não só pela diminuição da concorrência entre produtoras e entre plataformas, mas também impactariam

diretamente o bem-estar financeiro de consumidores [MP, §106].

85. Contudo, a realidade é outra. A utilização de comissão em preço variável de acordo com o volume de transações realizadas, seria uma espécie de Bonificação por Volume (BV), que é inserida no gênero “Programas de Desconto”. Não obstante, identificam-se possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes da Bonificação por Volume. Cabe notar que, inclusive, conforme entendimento da OCDE (2016), que a utilização desse tipo de programa pode resultar em prejuízo aos consumidores com a redução da possibilidade de que rivais competem, efetivamente, para conquistar clientes em determinados mercados. Isso porque os programas de desconto podem desfigurar o modelo de competição no mercado: em lugar de competir-se pela possibilidade de venda de unidades de determinado produto, passa-se a competir pela fidelização de determinados produtores que passarão a adquirir as unidades do produto em grande quantidade.

86. Nota-se que, diferentemente do alegado pelo Representante, a adoção de comissão fixa não incorre em prejuízo à ordem econômica. Muito ao contrário, tal prática uniformiza o lucro das distribuidoras, visando a não adoção de medidas de preferência e contribuindo para a concorrência equilibrada entre as produtoras. Assim sendo, a fixação da comissão em 30% leva à uma homogeneização que vai contrariamente à fidelização de produtores, incorrendo, inclusive, na não exclusividade de vínculo destes com a distribuidora Inova. A prática de fixação de comissão pode até mesmo resultar no incentivo à entrada de novos distribuidores que seriam atraídos pela manutenção de margens mínimas de lucro dentro do mercado e incentivando, dessa forma, a concorrência em serviços. Destarte, tal prática é benéfica à concorrência, como forma de preservar a viabilidade e a vitalidade da rede de distribuição, torná-la mais eficiente e estimular a melhoria do atendimento aos consumidores finais.

87. Outrossim, aplicando a regra da razão, é possível observar que não houve qualquer prejuízo pelo mercado na adoção de um mesmo percentual de taxa de comissão, sendo que esta, na realidade, trouxe incentivos ao mercado, não se tratando de um ilícito.

88. Salienta-se, por fim, que o mercado apresenta elevado grau de competitividade, impossibilitando o exercício unilateral de poder de mercado e tornando extremamente improvável a cooperação entre os concorrentes, de modo que a adoção do percentual de comissão em 30% pela Inova, na realidade foi meramente para auferir lucros.

iii. Do suposto boicote dos produtores à Sieste como conduta de terceiros

89. A Inova foi denunciada pela prática de incentivo de boicote coletivo, fundamentado no art. 36, §3º, IV, da LDLC. A suposta prática teria sido realizada em conversas das Representadas com as produtoras para que estas parassem de fornecer conteúdo para outras plataformas que

não concordassem com os preços sugeridos.

90. A prática em questão depende do liame acusatório e conexão material entre cada uma das condutas investigadas para se promover a reunião de processos administrativos. Ainda mais, trata-se uma conduta tipicamente analisada também sobre o viés da regra da razão, sendo essencial a ponderação entre (i) danos potenciais; (ii) objetivo possivelmente legítimos; e (iii) alternativas eventualmente menos restritivas¹⁸. Ocorre que a Inova não agiu em conexão material da conduta em questão, tendo em vista que não concorreu com os e-mails enviados pelas produtoras.

91. A Inova sequer sabia até dado momento que as produtoras terceiras estavam forçando as demais plataformas a uniformizar seus preços com aqueles praticados pela empresa. Desse modo, a Inova em nada contribuiu para a prática em questão. Isso, pois atua em relação à Sieste no âmbito horizontal e as supostas restrições foram realizadas entre as produtoras e a distribuidora no âmbito vertical, não havendo razão, para que tais condutas sejam imputadas à Inova.

92. Isto pois, é cediço que há um acordo entre as produtoras quanto ao preço que deve ser adotado, de forma que a Inova apenas conseguiu a manutenção dos produtos das produtoras pois concordou com a adoção do preço sugerido.

93. Desse modo, é evidente que há conduta exclusiva de terceiro (as produtoras), dado que todos os fatos imputados tratam de conduta de terceiros, sendo impossível se defender de atos praticados por outrem.

III. DOS PEDIDOS

94. Por todo o exposto, requer-se:

(i) o arquivamento da acusação de abuso de posição dominante, em vista de que essa sequer possui posição dominante no mercado, e não há qualquer indício para essa imputação com base no art. 36, incisos I a IV c.c §3º, III, IV, V e IX da LDLC;

(ii) o arquivamento da acusação de imposição de cláusula MFN, dado que essa é inexistente nos contratos celebrados pela Inova e o “acordo de cavalheiros” era vazio de consequências e, mesmo que presente, a cláusula não gera efeitos anticompetitivos, não se

¹⁸ Neste sentido: Voto-Vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo nos autos do Processo Administrativo nº 08700.008751/2015-83, datado de 21/06/2021, em que expressamente impõe a análise de condutas comerciais uniformes sob o padrão da regra da razão: “Por se diferenciar de um cartel – que, na prática judicante deste Conselho, é tido como um ilícito por objeto, sobre o qual recai presunção de potencialidade lesiva, bastando comprovação da materialidade e autoria do acordo – e diante da ausência de consolidação jurisprudencial, doutrinária e teórica sobre os efeitos de boicotes coletivos, **a conduta apurada neste caso faz jus a um exame de regra da razão**”.

aplicando o art. 36, §3º, II da LDLC no caso;

(iii) o arquivamento das acusações pela prática de cartel tácito, em razão da não configuração das condutas imputadas, em especial a combinação de preços; e, subsidiariamente, pela inexistência de provas de todas as acusações feitas pelo representante com base no art. 36, I, c.c, §3º, inciso I, *a*, da LDLC;

(iv) o arquivamento da acusação de conduta comercial uniforme em favor de suposto boicote à Sieste, pela existência de conduta de terceiros (as produtoras), que impede a configuração de tal prática, não se aplicando o art. 36, §3º, IV da LDLC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATHAYDE, Amanda. Novos rumos para Cláusulas de Paridade MFN no Brasil? 2018. Disponível em: <<https://www.amandaathayde.com.br/single-post/2018/04/06/novos-rumos-para-as-cl%C3%A1usulas-de-paridade-mfn-clauses-no-brasil>>.
- CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. Competition policy for the digital era: final report. European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>.
- CREMER, Jáques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHEITZER, Heike. Competition Policy for the Digital Era. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2019
- ERZACHI, Ariel. The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce. *European Competition Journal*, 11:2-3, 2015, pp. 488-519. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2016.1148870>>.
- FORGIONI, Paula Andrea. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI?, In RJLB, Ano 1 (2015), nº 1, pp. 1713-1742. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1713_1742.pdf>.
- FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNET, Mathew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *COMPETITION LAW & POLICY DEBATE | VOLUME 1 | ISSUE 3 | AUGUST 2015*. pp. 26-42. Disponível em: <<https://media.crai.com/sites/default/files/publications/The-law-and-economics-of%20most-favoured-nation-clauses.pdf>>.
- MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Dissertação (mestrado).2010. Mestrado em Direito Civil. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 34
- OCDE (2020). *Abuse of Dominance in Digital Markets*. Disponível em: www.oecd.org/competition/globalforum/abuse-of-dominance-in-digital-markets.htm. Acesso em: 14 set. 2021. OCDE (2016). *Roundtable on fidelity rebates* Summary of Discussion of the Roundtable on Fidelity Rebates. Acesso em 30.11.2020.
- PLANKENSTEINER, Marco; CRÉQUER, Elise. Most Favoured Nation Clauses, 2016. Disponível em: <<https://www.kramerlevin.com/images/content/1/8/v4/1830/160223-GTDT-Vertical-Agreements-French-chapter-Main-Article.pdf>>.
- SILVA, Rutelly Marques da. Estabilidade de cartéis tácitos e ciclos econômicos. *Revista de Direito da concorrência*, v.5, n.1, 2005. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrenca/article/view/736/357>, p. 4
- TAUFICK, Roberto Domingos. Introdução ao Direito da Concorrência. Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência. Secretaria de Acompanhamento Econômico, dez - 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/4-seae-introducao-direito-concorrenca.pdf>>.