



**COMPETIÇÃO WICADE DE DIREITO
CONCORRENCIAL | 2021**

MEMORIAL DA REPRESENTADA:

INOVA

EQUIPE 107

Memorial da Equipe 107 submetidos para o Caso 2021 para a
Competição WICADE de Direito Concorrencial

ÍNDICE

<i>ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS</i>	<i>1-19</i>
I. BREVE HISTÓRICO DOS FATOS	1
II. QUESTÕES INTRODUTÓRIAS AO MÉRITO: DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE E AUSÊNCIA DE POSIÇÃO DOMINANTE	2
A. Mercado relevante de VoD (distribuição) em Plataformas Digitais	2
B. A Inova não possui posição dominante e apenas se empenhou para competir	4
C. A Representada Inova não impôs unilateralmente qualquer cláusula contratual anticompetitiva ou sem racionalidade	6
III. CONDUTAS COLUSIVAS	8
D. O standard de provas não demonstrou a materialidade ou autoria das acusações, sendo os indícios insuficientes para abertura da própria investigação	9
E. A Representada Inova não combinou preços ou condições comerciais com seus concorrentes	11
F. A Representada Inova não influenciou as condições de mercado nem por boicote coletivo nem por adoção de cláusula MFN e nem mesmo possui condições para fazê-lo	14
IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS	18

ABREVIACOES E DENOMINACOES

§	Parágrafo
AC	Ato de Concentrao
art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
[Caso]	Caso WICADE
CE ou EC	Comissão Europeia (<i>European Commission</i>)
EC-EC	Eventos culturais (peras) e espetáculos circenses
EUA	Estados Unidos da América
FBMD	Feira Bienal de Mercados Digitais
FTC	Federal Trade Commission (Estados Unidos)
inc.	Inciso(s)
IMD	Instituto dos Mercados Digitais
LalaCADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Lalaland
LDLC	Lei de Defesa da Concorrência de Lalaland (com base na Lei de Defesa da Concorrência do Brasil, Lei n 12.529/2011)
MFN	<i>Most Favored Nation</i> Clause (Cláusula de Nao Mais Favorecida)
NT	Nota Técnica [n 02/2022/SG/LalaCADE]
OCDE/	Organizao para a Cooperao e o Desenvolvimento Econmico /
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
RESP. OF.	Respostas(s) ao(s) ofício(s)
P., PP.	página, páginas
PA	Processo Administrativo
PPV	<i>Pay per view</i>
s., ss.	seguinte, seguintes
SDE	Secretaria de Direito Econmico
SG	Superintendência-Geral do LalaCADE
UE	União Europeia
vide	Presentes memoriais de Julgamento da Inova
VoD	(Plataformas de) <i>Video on Demand</i>

BIBLIOGRAFIA

> LEGISLAÇÃO

LEI	CITADO COMO
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.	<i>CF</i>
LALALAND. Lei de Defesa da Concorrência de Lalaland (com base na lei do Brasil, Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.)	<i>LDLC</i>
BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Brasília, 1999.	<i>Resolução nº 20/1999</i>

> DOUTRINA

(NACIONAL E INTERNACIONAL, EM ORDEM ALFABÉTICA)

CITADO COMO	REFERÊNCIA
<i>Aragão</i>	ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. ISSN 0034.8007 - RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, jan./abr. 2012.
<i>Badaró</i>	BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
<i>Baker/Chevalier</i>	BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. Antitrust Magazine, v. 27, n. 2, 2013.

- Baker/Morton* BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. **Antitrust enforcement against platform MFNs**. Yale Law Journal, 2018.
- Beltrán de Felipe* BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. **Realidad y constitucionalidad en el derecho administrativo sancionador (segunda parte)**. La Mancha: Revista Jurídica de Castilla, 2006.
- Budzinski/Lindstädt-Dreusicke* BUDZINSKI, Oliver; LINDSTÄDT-DREUSICKE, Nadine. **The new media economics of video-on-demand markets: lessons for competition policy (updated version)**. Ilmenau Economics Discussion Papers 125, Ilmenau University of Technology, Institute of Economics. 2019.
- Chiquito* SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- Drago* DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-15082016-165705/en.php>. Acesso em 19 set. 2021.
- Ferraz Jr.* FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O conceito jurídico de oligopólio e a legalização sobre o abuso do poder econômico**. In: Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 2, n. 9, out./dez., 1994.
- Forgioni* FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- Frazão* FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

- Gaban/Domingues* GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- Grinberg/Almeida/Lobo* GRINBERG, Mauro. ALMEIDA, Paloma. LOBO, Catarina. Revisão de decisão por falta de individualização da conduta: o fato de o Cade aceitar rever uma condenação sua pode representar uma nova tendência. **JOTA.** São Paulo, 05 de dezembro de 2017.
- Joshua/Jordan* JOSHUA, Julian M. JORDAN, Sarah. Combinations, Concerted Practices and Cartels: Adopting the Concept of Conspiracy in European Community Competition Law Symposium on European Competition Law. **Northwestern journal of international law & business**, v. 24, Issue 3, Spring, 2004.
- Leães* LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **O boicote (a recusa em negociar) como forma de abuso de poder econômico.** In: Pareceres, Volume Único. São Paulo: Editora Singular, 2020.
- Lopes Jr.* LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Martinez* MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal.** São Paulo: Editora Singular, 2013.
- Mello* MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2007.
- Moura* MOURA, Miguel e Silva. **O abuso de posição dominante na nova economia.** Teses (Doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.
- Pacelli* PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 25. ed. São Paulo, Atlas, 2021.
- Parker/Petropoulos/Alsyne* PARKER, Geoffrey; PETROPOULOS, Georgios; ALSYNE, Marshall Van. **Digital platforms and antitrust**, 2020.

- Pereira Neto/Casagrande* PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- Robertson* ROBERTSON, Viktoria H.S.E. **Antitrust law and digital markets**. A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy. 28 de fevereiro de 2020.
- Saito/Coutinho* SAITO, Carolina; COUTINHO, Diogo R. **Cartel ou fraude em licitações públicas?** In: CORDOVIL, Leonor; ATHIAS, Daniel. **Direito concorrencial em transformação: uma homenagem a Mauro Grinberg**. São Paulo: Editora Singular, 2020.
- Saito/Douer* SAITO, Carolina; DOUER, Zack. **Grupos de compras: cooperação ou colusão?** Revista de Defesa da Concorrência, v. 6 n. 1, pp. 120-155, 2018.
- Salomão Filho* SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- Santos* SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- Switzer* SWITZER, Robert Henry. **A re-examination of the boycott per se rule in antitrust law**. Revista Temple Law Quarterly, vol. 48, nº 1, 1974.
- Turner* TURNER, Donald. **The definition of agreement under the sherman act: conscious parallelism and refusals to deal**. Harvard Law Review. 1962.
- Wareham/Fox/Giner* WAREHAM, Jonathan; FOX, Paul; GINER, Josep Lluís. **Technology ecosystem governance**. Electronic Journal. 2013.

> MISCELÂNEA

(NACIONAL E INTERNACIONAL, EM ORDEM ALFABÉTICA)

CITADO COMO

REFERÊNCIA

<i>Ancine</i>		BRASIL. Agência Nacional do Cinema. Notícia regulatória ANCINE: comunicação audiovisual sob demanda. 23 de dezembro de 2016.
<i>Benchmarking Dosimetria</i>		BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste. Documento de Trabalho nº 4/2020. Departamento de Estudos Econômicos - CADE. Brasília: Julho, 2020.
<i>Caderno Digitais</i>	<i>Plataformas</i>	BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Mercado de plataformas digitais. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos - CADE, Cadernos do CADE, 2021.
<i>Caderno Gasolina</i>	<i>Varejo de</i>	BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Varejo de gasolina. Departamento de Estudos Econômicos - CADE, Cadernos do CADE, 2014.
CSC		Conselho Superior de Cinema. Consolidação da visão do CSC sobre a construção de um marco regulatório do serviço de vídeo sob demanda, 17 de dezembro de 2015
DEE		BRASIL. Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Documento de trabalho nº 5/2020.
<i>FTC Group Boycotts</i>		Federal Trade Commission. Dealings with competitors: group boycotts.
<i>FTC Guideline</i>		Federal Trade Commission. Antitrust guidelines for collaborations among competitors, 2000.
<i>Guia Europeu de Comportamentos Abusivos</i>	<i>de</i>	Comissão Europeia. Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.

o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009.

Guia Leniência BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: termo de compromisso de cessação para casos de cartel.** Brasília: Maio, 2016.

Guia TCC BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Programa de leniência antitruste do CADE.** Brasília: Maio, 2016.

ICN Unilateral WG International Competition Network (ICN). **Report on single branding/exclusive dealing prepared by the Unilateral Conduct Working Group Presented at the 7th Annual Conference of the ICN Kyoto, 2008.**

OCDE, 2006 OCDE. **Policy Roundtables: prosecuting cartels without direct evidence.** 2006.

OCDE, 2018 OCDE. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms.** 2018.

➤ JURISPRUDÊNCIA

(NACIONAL E INTERNACIONAL, EM ORDEM ALFABÉTICA)

CITADO COMO

REFERÊNCIA

AC AT&T-TW BRASIL. Ato de Concentração n° 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc, Voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, publicado em 18.10.2017. SEI n° 0399934.

AC AT&T-TW 2 BRASIL. Ato de Concentração n° 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc. Parecer da Superintendência-Geral n° 5/2017, publicado em 21.02.2017. SEI n° 0376956.

AC AT&T-TW 3

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc, Voto-Vogal da Conselheira Cristiane Alkmin, publicado em 18.10.2017. SEI nº 0400555.

AC Disney/Fox

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53. Requerentes: Twenty-First Century Fox, Inc. e The Walt Disney Company (Brasil) Ltda. Parecer da Superintendência-Geral nº 11, publicado em 03.12.2018. SEI nº 0554780.

AC Exto/TGSP-85

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.003929/2021-48. Requerentes: Exto Incorporações e Empreendimentos Imobiliários S.A. e TGSP-85 Empreendimentos Imobiliários Ltda. Parecer da Superintendência-Geral nº 359, publicado em 27.08.2021. SEI nº 0951441.

AC Hélios/Millennium

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.004143/2021-48. Requerentes: Helios IV Geração de Energia Ltda. e Millennium Wind II Participações Ltda. Parecer da Superintendência-Geral nº 347, publicado em 24.08.2021. SEI nº 0949488.

AC JBJ Agro/Metaboi

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83. Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda. Parecer da Superintendência-Geral nº 141, publicado em 07.06.2017. SEI nº 0346250.

AC MGM/Amazon

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.004073/2021-28. Requerentes: MGM Holdings Inc. e Amazon.com, Inc. Parecer da Superintendência-Geral nº 360, publicado em 27.08.2021. SEI nº 0951454.

AC Simba

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo (“SBT”), Rádio e Televisão Record S.A. (“Record”) e TV Ômega Ltda. (“Rede TV!”). Voto-Vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro, publicado em 16.05.2016. SEI nº 0199956.

AC Tupy/Teksid

BRASIL. Ato de Concentração nº 08700.002569/2020-86. Requerentes: Tupy S.A. e Teksid S.p.A. Parecer da

Superintendência-Geral nº20, publicado em 08.12.2020. SEI nº 0841500.

Cartel Ambulâncias

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.003931/2005-55. Representante: Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Representadas: General Motors do Brasil Ltda.; HMD Distribuidora de Veículos Ltda.; Itororó Brás Veículos e Peças Ltda. Nota Técnica Superintendência-Geral nº 190, publicado em 16.05.2013. SEI nº 0088200.

Cartel da Areia

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66. Representante: SDE *ex officio*, Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí - SMARJA, ARO Mineração Ltda, Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos - SOMAR, Comprove - Consultoria e Perícia Contábil Cível S/C. Voto do Conselheiro Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, publicado em 06.03.2015. SEI nº 0031654.

Cartel do Aço

BRASIL. Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Cia. Siderúrgica Nacional - CSN; Cia. Siderúrgica Paulista - COSIPA; Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS. Voto do Conselheiro Relator Ruy Santacruz, publicado em 27.10.1999. SEI nº 0091640.

Cartel das Britas

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Representante: CADE *ex officio*. Sarpav Mineradora Ltda./Minerpav Mineradora, Reago Indústria e Comércio S.A. Voto Conselheiro Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, publicado em 23.10.2015. SEI nº 0124999.

Cartel Dragagem do PND

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.002925/2009-12. Representada: Equipav S/A e outras. Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão, publicado em 14.06.2013. SEI nº 0136200.

Cartel Embalagens Flexíveis

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50. Representante(s): Senador Eduardo Matarazzo Suplicy.

Representado(s): ABIEF - Associação Brasileira de Embalagens Flexíveis, ABRAFLEX - Associação Brasileira dos Fabricantes de Embalagens Laminadas, Alberto C.S. Carvalheiro, Alcoa Alumínio S.A., Antônio Adão Scarfella Pana, e outros. Anexo Nota Técnica nº 111, publicado em 25.11.2016. SEI nº 0271654.

BRASIL. Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41

Interessado: Olavo Zago Chinaglia, FERNANDO STIVAL, Luiz Guilherme Ros, CADE Ex-Officio, Andrade Gutierrez Engenharia S/A, Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, EIT -Empresa Industrial Técnica S/A, Camter Construções e Empreendimentos S/A, Construtora Norberto Odebrecht S/A, Delta Construções S/A, Construtora OAS S/A, Construtora Queiroz Galvão S/A e outros. Parecer da Superintendência-Geral nº22, publicado em 27.10.2020. SEI nº 0822662.

Cartel das Favelas

BRASIL. Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63.

Representante: CADE *ex officio*. Representada: Affinia Automotive Ltda., Mahle Metal Leve S.A., Mann + Hummel Brasil Ltda., Robert Bosch Ltda., Sofape Fabricante de Filtros Ltda., e outros. Voto-Vista da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, publicado em 12.08.2021. SEI nº 0944980.

Cartel Filtros Automotivos

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.

Representante: SDE *ex officio*. Representadas: AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda., S.A. White Martins, White Martins Gases Industriais LTDA., entre outras. Voto do Conselheiro-Relator Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, publicado em 24.8.2010. Volume de Processo 28, SEI nº 0035319.

Cartel dos Gases

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22.

Representante: SDE *ex officio*. Representados: Álamo Engenharia S.A.; Araújo Abreu Engenharia S.A.; Conbrás Engenharia Ltda.; Eletrodata Instalações e Serviços Ltda.; Projetos Engenharia,

Cartel Manutenção Predial

Comércio e Montagens Ltda. (Proen); MZE – Moreira Zappa Engenharia Energia, Climatização e Redes Ltda. (atual denominação da RMZ Engenharia Elétrica Ltda.) e outros. Voto-Vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, publicado em 18.10.2017. SEI 0398925.

Cartel ODD

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00. Representante: SDE ex officio. Representadas: Philips & Lite-on Digital Solutions Corp., Royal Philips Electronics N.V, Lite-On IT Corporation, Peggy (ChaoJung) Su, Charlie (Huan Hsiung) Tseng, e outros. Voto-Vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, publicado em 04.02.2019. SEI nº 0575684.

Cartel dos Peróxidos

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77. Representados: Peróxidos do Brasil Ltda., Solvay do Brasil do Brasil Ltda. e Outros. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, em 09.05.2012, SEI nº 0021956.

Cartel Posto Bragança

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16. Representante: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil Representadas: Frigoalta Pádua Diniz Alimentos Ltda. e outras. Voto-vista Conselheiro Paulo Furquim, publicado em 28.11.2007. SEI nº 0009801

Cartel dos Postos de Curitiba

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.001198/2007-04. Representante: Senador Flávio Arns. Representados: Postos de Combustível de Curitiba Voto, publicado em 16.03.2015. SEI nº 0035183.

Cartel do Sal

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38. Representante: SDE ex officio. Representados: Associação Brasileira de Extratores de Sal (Abersal); Sindicato da Indústria de Extração do Sal no Estado do Rio Grande do Norte (Siesal); Sindicato da Indústria de Moagem e Refino de Sal do Estado do Rio Grande do Norte (Simorsal); F. Souto Indústria e Comércio de Sal S.A.; e

outros. Voto-Vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, publicado em 25.08.2018. SEI nº0481241.

Cartel de Silicatos

Processo Administrativo nº 08700.006681/2015-29
Representante: CADE *ex officio* Representados: DAV Química do Brasil Ltda., Diatom Mineração Ltda., Manchester Química do Brasil, Pernambuco Química, PQ Silicas Brazil Ltda., Unaprosil Ind. e Com. de Produtos Químicos Ltda., Adriano Zanette, Aluizio Ribeiro Gomes, Atila Fernandes, e outros. Parecer da Superintendência-Geral nº 6, publicado em 23.03.2020. SEI nº 0730449.

Cartel dos Perboratos de Sódio

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66.
Representante: CADE *ex officio*. Representado: Evonik Degussa GmbH, Solvay S.A., Heinz Von Zur Muehlen, Jean Marie Demoulin e Eric Degroote. Parecer MPF nº 36, publicado em 04.12.2015. SEI nº0141887.

Cartel Posto Guaporé

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.005495/2002-14
Representante: Ministério Público do Rio Grande do Sul.
Representadas: Postos de Combustíveis de Guaporé - RS. Voto do Conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, publicado em 31.08.2021. SEI nº 0109648.

Cartel Tubos PEAD

BRASIL. Processo Administrativo nº 08700.006861/2018-53
(Apartado Restrito nº 08700.006862/2018-06). Representante: CADE *ex officio*. Representados: Kanaflex S/A Indústria de Plástico, Politejo Brasil – Indústria de Plásticos Ltda., Poly Easy Comercial Ltda., André Maia, Pedro Catela e Sérgio Amaral Niccheri. Nota Técnica nº124, publicado em 31.08.2021. SEI nº 0952598.

Cartel de Trens e Metrô

BRASIL. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41.
Representante: CADE *ex officio*. Representadas: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil, Bombardier Transportation Brasil Ltda., CAF Brasil

Indústria e Comércio, e outros. Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende, publicado em 12.07.2019. SEI nº 0635922.

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representadas: Hospital Santa Lúcia S.A., Hospital Santa Luzia S.A., Hospital Anchieta Ltda., Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, e outros. Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, publicado em 27.02.2015. SEI nº 0027974.

Cartel UNIDAS

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.002917/2002-91. Representantes: Publicações Técnicas Internacionais. Representada: Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e Target Engenharia e Consultoria – Ltda. Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão, publicado em 29.07.2015. SEI nº 0041620.

Caso ABNT-Target

BRASIL. Inquérito Administrativo nº 08700.009515/2014-01. Representada: Associação Capixaba de Supermercados (ACAPS). Nota Técnica da Superintendência-Geral nº 56/2015, publicado em 14.08.2015. SEI nº 0095190.

Caso ACAPS

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.004280/2012-40. Representados: Adler, Alsar Tecnologia em redes Ltda., CDT Comunicação de Dados Ltda., Rhox Comunicação de Dados Ltda., e outros. Nota Técnica da Superintendência-Geral nº 02/2018, publicada em 18.01.2018. SEI nº 0429185.

Caso Alsar-Rhox

BRASIL. Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13. Representadas: Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda, Decolar.com Ltda. e Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. Nota Técnica da S.G. nº 43/2016, publicado em 24.10.2016. SEI nº 0252691.

Caso Booking

ITÁLIA. Procedimento I779, 2015.

ALEMANHA. B 9-121/13, 2015.

FRANÇA. Decisão 15-D-06, 2015

Caso Cardiotórax

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.010470/2005-77. Representada: Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares e Torácicos do Estado da Bahia (Cardiotórax). Voto do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, publicado em 17.09.2015. SEI nº 0107765.

Caso Contabilidade

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.000643/2010-14. Representante: SDE *ex officio*. Representado: Conselho Federal de Contabilidade - CFC. Nota Técnica nº 8/2015, publicada em 12.02.2015. SEI nº 0022105.

Caso Continental

BRASIL. Consulta nº08700.004594/2018-80. Consultante: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. Voto Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, publicado em 18.10.2018. SEI nº 0537929

Caso Cooperativas Cirurgiões

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.008407/2011-19. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica (“SBCT”), Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular (“SBCCV”), Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Paraná (“COOPCARDIO-PR”), e Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Rio de Janeiro (“CARDIOCOOP-RJ”). Nota Técnica nº 15/2016, publicada em 20.05.2016. SEI nº 0200776.

Caso Elo

Inquérito Administrativo nº 08700.000018/2015-11. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Elo Serviços S.A; Companhia Brasileira de Soluções e Serviços - Alelo; Amex; Hipercard Banco Múltiplo S.A; Ticket do Brasil, Banco do Brasil, Banco Bradesco S.A.; e Itaú Unibanco S.A. Nota Técnica da Superintendência-Geral nº10, publicada em 16.3.2016. SEI nº 0177476.

Caso Frigoalta

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16. Representante: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil Representadas: Frigoalta Pádua Diniz Alimentos Ltda. e outras. Voto-vista Conselheiro Paulo Furquim, publicado em 28.11.2007. SEI nº 0009801.

Caso Frigoríficos

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.008215/2006-45. Representante: SDE ex-officio. Representados: Independência Alimentos S.A., José Batista Júnior. Voto Conselheira Relatora Polyanna Vilanova, publicado em 14.05.2018. SEI nº 0475969.

Caso Google Shopping

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, publicado em 19.06.2019. SEI nº 0632170.

Caso Kibon

BRASIL. Processo Administrativo nº 00000.000148/1992. Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo, Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo. Representada: Indústria Alimentícias Gerais S.A - IAG ("Kibon"). Voto Conselheiro Leôniadas Rangel Xausa, publicado em 05.06.1996. SEI nº 0172110.

Caso Operador Portuário

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37. Representante: Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda. Representado: Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais Parecer Jurídico nº46, publicado em 17.7.2015. SEI nº 0016608.

Caso Porto de Santos

BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.009566/2010-50 Representante: Conselho da Autoridade Portuária do Porto de Santos - CAP. Representados: Sindicon - Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres do Litoral Paulista, Sindisan - Sindicato das Empresas de Transporte Comercial de Carga no Litoral Paulista, e outros. Voto do Conselheiro-Relator

Alexandre Cordeiro Macedo, publicado em 11.04.2017. SEI n° 0321732.

Caso Portuárias

BRASIL. Processo Administrativo n° 08700.008751/2015-83. Representados: Órgão Gestor de Mão de Obra do Trabalho Portuário Avulso de Belém e Vila do Conde, Alunorte Alumina do Norte do Brasil S.A., Amazon Logistics Ltda. e outros. Voto da Conselheira Paula Farani Azevedo, publicado em 21.06.2021. SEI n° 0919624.

Caso Shell 1

BRASIL. Processo Administrativo n° 08012.004736/2005-42. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF. Representados: Shell Brasil Ltda. (atual Raízen Combustíveis S.A.) e Odon de Oliveira Mendes. Parecer da Superintendência-Geral n° 01, publicado em 12.01.2005. SEI n° 0002875.

Caso Shell 2

BRASIL. Processo Administrativo n° 08012.011042/2005-61. Representante: Ministério Público do Estado da Bahia. Representada: Shell Brasil Ltda. Voto-vista do Conselheiro Alessandro Octaviani, publicado em 06.08.2014. SEI n° 0003190.

Caso Sindicon

BRASIL. Processo Administrativo n° 08012.009566/2010-50. Representante: Conselho de Autoridade Portuária do Porto de Santos - CAP. Representados: Sindicon - Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres do Litoral Paulista, Sindisan - Sindicato das Empresas de Transporte Comercial de Carga no Litoral Paulista e Outros. Voto-vogal: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, publicado em 06.04.2017. SEI n° 0322361.

Caso SKF

BRASIL. Processo Administrativo n° 08012.001271/2001-44. Representante: Procon/SP. Representada: SKF do Brasil Ltda. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo, publicado em 30.01.2013. SEI n° 0039390.

Caso JTEKT

Processo Administrativo n° 08700.003735/2015-02. Representante: CADE ex-officio. Representados: JTEKT

Corporation, JTEKT Automotiva Brasil Ltda., NSK Brasil Ltda., NSK Europe Ltd., NSK Ltd., Showa Corporation, Showa do Brasil Ltda., TRW Automotive Ltda. e Yamada Manufacturing Co., Ltd., Adalberto Penachio, Franck Keiffer, Hirokazu Koguchi, Issei Murata, Kazutaka Motoda, Keisuke Takagawa, Kouta Iwanaga, Masanao Imori, Shigeyuki Suzuki, Tetsuo Hirai e Wilson Rocha Filho. Voto Conselheiro João Paulo de Resende, publicado em 14.02.2019. SEI nº0581055.

CJUE, 1972

Corte de Justiça da União Europeia. Partes: Imperial Chemical Industries Ltd. contre Commission des Communautés européennes. Julgado em 14.07.1972.

Columbia v. Amazon

ESTADOS UNIDOS. District of Columbia v. Amazon Inc., Complaint, 25.05.2021.

Leegin v. PSKS

ESTADOS UNIDOS. Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 886, 2007.

US v. Socony-Vacuum

ESTADOS UNIDOS. United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 US 150, 1940.

TRF1 – Apelação Criminal

BRASIL. TRF1 – Apelação Criminal nº 2004.34.00.005371-5. Partes: Paulo Medrado da Silva v. Francisco Carlos de Mesquita Silva. Decisão em 26.06.2009. Desembargador Relator Italo Fioravanti Sabo Mendes.

1. Em atenção à Nota Técnica nº 02/2022/SG/LalaCADE, a REPRESENTADA INOVA vem apresentar seu **MEMORIAL** com base nos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

I. BREVE HISTÓRICO DOS FATOS

2. O presente Processo Administrativo foi instaurado em 06.07.2021 com o objetivo de apurar denúncia feita por Consumidores Online, Sieste e Produtores Unidos Jamais serão Vencidos S/C por infundadas condutas anticompetitivas das Representadas Bubbles e Inova, nos termos do art. 36, I a IV, c.c §3º, III, IV, V, IX da LDLC, acrescendo-se à Representada Bubbles os incisos X, XI, e XVIII.

3. A Inova é uma plataforma de tecnologia que, por um lado, agrega produtoras de conteúdo de ópera e espetáculos de circo (EC-EC) e, por outro, plataformas de distribuição desse conteúdo pelo modelo *Video on demand* (“VoD”) em Lalaland. Seu conteúdo é produzido por produtores-terceiros mediante o pagamento de uma comissão e os usuários finais acessam a plataforma gratuitamente, mas pagam pelo conteúdo que decidirem adquirir, seja por pacote ou espetáculo individual (*pay-per-view*). Além disso, a Inova oferece publicidade *online* em suas plataformas, mas sua atuação neste mercado é lateral, atingindo somente 15% do segmento de publicidade digital em serviços de VoD específico de ópera [NT, §31].

4. A partir de 2020, com a pandemia COVID-19, surgiram diversas entrantes no mercado de VoD, algumas das quais cresceram 700%, como a Sieste, a Nickerchen e a Risu. Nesse contexto, a Inova sofreu imensa pressão competitiva e, como tentativa de manter-se ativa no mercado, ajustou seu modelo de negócios para se tornar capaz de competir com a estratégia agressiva da Bubbles. Entretanto, a Inova não conseguiu resistir à pressão e entrou em Recuperação Judicial em meados de 2021.

5. Mesmo passando por dificuldades em se manter no mercado, a Inova foi erroneamente acusada de criar dificuldades à entrada de concorrentes por meio de imposição de cláusula MFN. Ainda, foi acusada de combinar preços e condições comerciais com a Bubbles, além de promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes por incentivar o suposto boicote dos produtores.

6. Ao final de 2022, a SG emitiu NT recomendando arquivamento do PA em relação à prática de MFN, por entender que a Inova não seria detentora de posição dominante, e em relação à acusação de combinação de preços e condições comerciais, devido à insuficiência de mero paralelismo. Ainda, como será demonstrado, com base em argumentos superficiais e infundados, a SG recomendou a condenação da Inova e da Bubbles pela influência à adoção de

conduta comercial uniforme por incentivar terceiros a boicotar a Sieste.

II. QUESTÕES INTRODUTÓRIAS AO MÉRITO: DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE E AUSÊNCIA DE POSIÇÃO DOMINANTE

7. Antes de adentrar na análise das condutas equivocadamente atribuídas à Inova, se faz necessário esclarecer os mercados relevantes que deverão ser considerados ao longo deste Memorial. No caso concreto, traz-se que a Representada atua em três mercados distintos: (i) no de distribuição de conteúdos de terceiros de ópera e espetáculos circenses (EC-EC) na modalidade de *Video on Demand* (VoD), modelo *pay-per-view*; (ii) no de publicidade digital em Lalaland; e (iii) de produção de conteúdo EC-EC. Neste caso, focar-se-á na análise da primeira, visto que seria o mercado afetado pelas supostas condutas praticadas pela Inova. Ocorre que as definições dos mercados apresentadas pela NT se mostram excessivamente restritivas e não representam a real concorrência e amplitude de mercados de atuação da Inova, de modo que se faz necessário traçar um panorama mais próximo da realidade dos campos de atuação da Representada.

A. MERCADO RELEVANTE DE VoD (DISTRIBUIÇÃO) EM PLATAFORMAS DIGITAIS

8. A Inova é uma plataforma multi lados [OCDE, 2018, p. 10] que atua no mercado relevante de VoD distribuindo EC-EC, com disponibilização de conteúdos de terceiros por meio de um modelo de negócios baseado em *pay-per-view*. Além disso, a empresa realiza a venda de espaços publicitários em sua plataforma [Caso, §16], a fim de diversificar suas fontes de receita. A distribuição do produto via plataformas digitais é um método escalável e impulsionado pelos efeitos de rede [Caderno Plataformas Digitais, pp. 11-15], amplamente adotado na economia do século XXI, por permitir um maior alcance geográfico, crescimento acelerado e menores custos aos usuários.

9. **Mercado relevante.** Como destacado na NT, mercados digitais não demandam uma definição precisa de mercado relevante. Isso porque suas características inatas são muito dinâmicas dada a velocidade das inovações e a constante entrada de novos concorrentes [Robertson, p. 5]. É, portanto, bastante desafiador definir o mercado relevante.

10. Entretanto, a SG acabou por definir o mercado de forma excessivamente restrita, considerando, quanto ao *modelo de negócios*, apenas os segmentos de SVoD (distribuição de conteúdo por assinatura) e TVoD (por aluguel/venda de conteúdo específico); e, quanto ao

produto, apenas os conteúdos de EC-EC. Com isso, a SG desconsiderou diversos *players* que exercem relevante pressão competitiva sobre esses segmentos e, conseqüentemente, sobre a própria Inova: modelos de AdVod (serviço gratuito remunerado por publicidade, como o YouTube) e de Catch-Up (de acesso condicionado, como Telecine Premium); e todos aqueles conteúdos que, assim como no caso de EC-EC, competem pela atenção dos usuários, como filmes, documentários e séries de gêneros variados [Caderno Plataformas Digitais, p. 60]. Assim, o modelo de negócios adotado é, assim como o produto, em última instância, uma decisão estratégica e negocial da empresa e, portanto, seria mais acertado considerar a diversidade de modelo de negócios na distribuição de conteúdos. EC-EC situam-se lado a lado de outras formas de entretenimento disponíveis ao consumidor [Caderno Plataformas Digitais, pp. 59-61], não justificando sua hipersegmentação.

11. Nesse sentido, é mais adequado considerar que, no âmbito do *produto*, a Representada atua no mercado abrangente e diversificado de VoD [Caderno Plataformas Digitais, p. 60; Ancine, p. 1; CSC, p. 2; AC MGM/Amazon]. Esse mercado compreende a oferta, em catálogo, de conteúdos audiovisuais de entretenimento para os consumidores finais, incluindo gêneros diversos [Budzinski/Lindstädt-Dreusicke, p. 5; Ancine, pp. 1-3; AC AT&T-TW 2; AC Disney/Fox].

12. Com relação à *dimensão geográfica*, o mercado de VoD é considerado nacional [AC Disney/Fox; AC MGM/Amazon]. Lalaland conta atualmente com 6 *players* locais [NT, §33], como a Bubbles, líder dentre as plataformas com sede em Lalaland, além de entrantes que tiveram um crescimento de mais de 700% em 2020 [Caso, §18], demonstrando a dinamicidade do mercado. Além disso, dos tradicionais agentes globais que também atuam em Lalaland, competem também com Netflix, Amazon Prime e Disney+ [Ancine, p. 1; Conselho Superior de Cinema, p. 2].

13. **Mercados digitais.** Ainda, o mercado de VoD deve ser analisado segundo as características clássicas de mercados digitais, que também afetam a formatação de seu modelo de negócios. A Inova é uma plataforma com clara atuação em multi lados, e, como tal, deve privilegiar a eficiência, de modo a otimizar a experiência do usuário sem prejudicar concorrentes e consumidores [OCDE, 2018, p. 10; Wareham/Fox/Giner, p. 1196].

14. Ao facilitar o encontro de múltiplas partes com interesses convergentes (produtoras, anunciantes e consumidores) [Parker/Petropoulos/Alsnyne, p. 2], a plataforma facilita a alocação orgânica da oferta e da demanda no setor de VoD em Lalaland, gerando um bem-estar para os consumidores e para as produtoras. Por meio da diminuição das assimetrias informacionais e da aproximação digital entre as partes interessadas, a plataforma permite ao usuário encontrar instantaneamente o que busca e garante visibilidade às produtoras, dispensando que elas tenham

que incorrer em altos custos na criação e operação de uma plataforma digital de distribuição. Nessas plataformas multi lados, é necessário, desde o início, uma ampla base de consumidores e fornecedores, devido aos efeitos de externalidade de rede. Dessa forma, em Lalaland, a exemplo do segmento de EC-EC, no qual a plataforma líder Bubbles detém quase 50% de todos os produtores terceiros cadastrados [NT, §33], é esperado que as outras empresas atuantes adotem estratégias enfáticas para manter sua base de clientes e de produtoras. Sem esse ativo, a plataforma não é capaz de gerar valor a nenhum dos envolvidos, possivelmente indo à falência - a exemplo da Inova, que inclusive passa por processo de recuperação judicial [NT, §25]. Isto é especialmente relevante para agentes não dominantes.

15. Inclusive, em concreto, a motivação dessas estratégias enfáticas é evitar o caronismo de produtoras cadastradas na plataforma da Inova. Tanto é que esta, juntamente com os demais agentes não dominantes, precisa ficar atenta e realizar, se necessário, pequenas intervenções a fim de atingir o ponto ótimo para maximizar o bem-estar de todos os envolvidos e conseguir concorrer efetivamente num mercado tão dinâmico. Isto comprova que o mercado em que a Inova atua é sujeito a pressões competitivas de diversos agentes com os mais diversos modelos de negócios, na distribuição digital de produtos de entretenimento variados - o mercado relevante de VoD. Ainda, como será detalhado a seguir, a atuação da Inova nesse mercado (ou em qualquer outro) não significa um ilícito, tampouco exercício de posição dominante, a qual ela nem mesmo detém.

B. A INOVA NÃO POSSUI POSIÇÃO DOMINANTE E APENAS SE EMPENHOU PARA COMPETIR

16. Em primeiro lugar, não há comprovação de adoção de cláusula MFN por parte da Inova, como será demonstrado no item C do capítulo II. Em segundo lugar, mesmo que se concluísse por sua existência, a regra da razão deve ser aplicada. Nesse sentido, a ausência de posição dominante da Inova, por si só, afasta a necessidade de analisar as demais etapas dessa metodologia - e, ainda que se analisassem seus outros elementos, não houve a produção dos efeitos do artigo 36 da LDLC [NT, §§53/113]. É o que se faz a seguir.

17. Depreende-se de normas e guias internacionais [*Guia Europeu conduta exclusionária; ICN Unilateral WG; Caso Google Shopping; Caso Operador Portuário*] que essa metodologia se aplica para a análise de condutas unilaterais/verticais, de modo que as autoridades antitruste devem seguir estas etapas: (i) definição de mercado relevante e análise de posição dominante; (ii) análise dos efeitos anticompetitivos da conduta; (iii) análise de eficiências; (iv) ponderação de efeitos e eficiências [*Forgioni, p. 197; Pereira Neto/Casagrande, p. 129; Caso Continental; Caso Kibon; Caso SKF; Caso Shell 1*].

18. Para que haja a possibilidade de produção de efeitos deletérios à concorrência, é necessário que seja reconhecida a posição dominante do agente econômico [LDLC, art. 36, §2; Pereira Neto/Casagrande, p. 134]. Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas (i) controlar 20% ou mais do mercado relevante; e/ou (ii) for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado [LDLC, art. 36, §2; Forgioni, p. 257; Moura, p. 435; Pereira Neto/Casagrande, p. 135].
19. Sem poder de mercado considerável e, conseqüentemente, sem posição dominante para modificar as circunstâncias normais do mercado, não é possível que sequer existam condutas condenáveis, ou seja, capazes de produzir efeitos sobre os consumidores e sobre o mercado de forma geral [Resolução 20/1999, p. 2; Drago, p. 142; Pereira Neto/Casagrande, p. 136].
20. Independentemente do cenário considerado, a Inova não possui posição dominante. A participação indicada pela SG, de 19% [NT, §33], é excessivamente superestimada, pois seleciona somente um pedaço do modelo de negócio e do conteúdo ofertado - o de *pay per view* EC-EC. Sobre o *modelo de negócio*, a SG considera apenas os segmentos de SVoD e TVoD, desconsiderando modelos de AdVod (como o YouTube) e de Catch-Up (como Telecine Premium); e, quanto ao *produto*, restringindo apenas os EC-EC, desconsiderando sua competição pela atenção dos usuários com demais produtos como filmes, documentários e séries de gêneros variados [vide Capítulo II; Caderno Plataformas Digitais, p. 60]. De qualquer maneira, o valor está dentro da *proxy* dos 20% [AC Extó/TGSP-85; AC Hélios/Millennium; AC MGM/Amazon]; e ainda, que não o fosse, seria incapaz de alterar unilateralmente as condições de mercado, visto que tem de fazer frente a gigantes do entretenimento e, mesmo no segmento de EC-EC, competir com a Bubbles, que domina a distribuição desse tipo de conteúdo.
21. Ainda, o mercado de VoD é dinâmico, sendo marcado pelo aumento de entrantes e de consumidores, inclusive na distribuição de conteúdo de EC-EC - tanto é que outras plataformas tiveram crescimento de 700% em 2020 [NT, §18]. Ou seja, trata-se de mercado em clara expansão, o que indica relevante rivalidade e a ausência de barreiras à entrada. Em concreto, esse argumento se confirma nas respostas aos ofícios da Operrá e French Toast [NT, §24].
22. Dessa forma, nem mesmo se faria necessária a análise das demais etapas pela regra da razão, incluindo a ponderação dos efeitos. Para fins de completude, a Representada pontua que, em linha com a NT, as condutas unilateralmente adotadas pela Inova não foram capazes de produzir efeitos anticompetitivos (potenciais ou efetivos) superiores às eficiências delas decorrentes no mercado [NT, §§53/113]. Tanto é que, no final de 2021, a Inova ingressou em processo de recuperação judicial [Caso, §25] e, mesmo fazendo seu melhor para se manter

competitiva [*AC Tupy/Teksid; Cartel de Silicatos; Cartel Embalagens Flexíveis*], tem passado por dificuldades, inviabilizando qualquer capacidade de praticar abuso de uma posição dominante - que nem mesmo possui.

23. Igualmente, não há comprovação de que a Inova teria atuado de forma coordenada [*vide cap. III*]. Isso vale para ambos os cenários de mercado relevante. De forma ampla, porque o mercado de VoD é extremamente dinâmico; e, ainda que se considerasse a definição restrita de VoD EC-EC da NT, a atuação da Inova foi uma forma de defesa para manter-se no mercado, ajustando-se comercialmente para competir com a Bubbles, até por uma pressão natural dos usuários [*Caso, §16*].

24. Ou seja, fica claro que, em nenhum dos cenários de mercado relevante e em nenhuma das condições previstas em lei, a Inova pode ser considerada como um agente dominante e, portanto, incapaz de atuar de maneira prejudicial à concorrência do setor.

C. A REPRESENTADA INOVA NÃO IMPÔS UNILATERALMENTE QUALQUER CLÁUSULA CONTRATUAL ANTICOMPETITIVA OU SEM RACIONALIDADE

25. No que tange à denúncia de imposição de cláusula MFN pela Inova, enquanto suposta cláusula anticompetitiva, a acusação não merece prosperar. De fato, a SG já recomendou arquivar a conduta em questão por constatar ausência de posição dominante da Inova. Mais ainda, *não há cláusula MFN nos contratos entre Inova e suas clientes*. O arquivamento deve se dar, portanto, também por ausência de indício probatório que comprove tal prática.

26. MFNs são disposições contratuais em que uma parte se compromete a conceder à outra as melhores condições comerciais possíveis em relação aos demais contratos que celebrou, ou virá a celebrar, com terceiros [*Baker/Chevalier, p. 20*]. Somente em condições específicas podem caracterizar infração à ordem econômica [*LDLC, art. 36, I e IV, c/c §3º, III, IV e IX; Caso Booking*].

27. ***Não há suficiência de provas.*** Apesar de levantada a suposição de que a cláusula estava incorporada nos contratos da Representada [*Caso, §17*], a SG corretamente verificou que não há qualquer centelha de disposição nesse sentido [*NT, §40*]. É inadmissível que a Inova seja acusada de uma prática que, simplesmente, *não existe*. A Representante e a própria autoridade limitam-se a alegar existência de suposto “acordo de cavalheiros” praticado pela Inova; acusação que, além de absurda, não possui qualquer tipo de lastro probatório.

28. A mera menção de terceiros, desacompanhada de evidências concretas, não é apta a ensejar a condenação no âmbito do direito administrativo sancionador [*OCDE, 2006, p. 18; Cartel ODD*]. A ausência de conjunto probatório robusto e suficiente é, inclusive, vício que permeia

toda a NT da autoridade, conforme será visto para as acusações de colusão abaixo.

29. Em verdade, a SG limita-se a apresentar relatos pontuais de concorrentes [NT, §§48-51], sem que haja sequer uma prova robusta e suficiente para comprovação das ilegalidades suscitadas. Em nenhum momento a Der Ring trouxe provas para alegar a suposta “insistência” da Inova acerca de paridade de condições comerciais em sua plataforma. Por sua vez, a French Toast sequer juntou gravação telefônica que comprovasse a suposta atitude “exacerbada” e anticompetitiva do diretor comercial da Inova, Toninho Stark - adiante-se que nenhuma das 9 gravações juntadas aos autos faz menção a essa conversa de Stark com a Macies. Nem mesmo Solelo e Baccio deram-se ao trabalho de anexar aos autos os e-mails que receberam da Inova, referentes a preços e condições comerciais.

30. Assim, se a acusação não foi capaz de, minimamente, comprovar a existência de cláusula MFN nos contratos da Inova, quiçá a ocorrência dos requisitos essenciais pela regra da razão.

31. ***Não há posição dominante.*** Como já exposto, a Representada *não detém posição dominante* no mercado analisado, seja considerando a delimitação de mercado relevante proposta - VoD -, seja seguindo a delimitação da SG - distribuição de EC-EC. Por essa razão, a análise dessas condutas não deve prosseguir.

32. ***Ainda que a Inova tivesse posição dominante, a cláusula é racional e a suposta conduta possui efeitos líquidos não negativos e pró-competitivos.*** Pelo amor ao debate, explora-se, aqui, o seguinte argumento: ainda que se considerasse haver posição dominante e a própria existência de uma cláusula MFN imposta pela Inova, essa medida se justificaria por (i) ter a nítida racionalidade econômica de evitar a ocorrência de *free-riding* das plataformas concorrentes; (ii) diminuir os custos de negociação e transação nos mercados de VoD e de publicidade online de Lalaland; e (iii) possuir efeitos líquidos não negativos.

33. Analisam-se os efeitos líquidos da conduta, pois cláusulas MFN, assim como quaisquer outras condutas unilaterais, não são ilícitos *per se* [AC AT&T-TW 3; *Caso Booking*]. Assim, caso utilizadas por *players* que não detenham posição dominante no mercado, não causarão efeitos prejudiciais à concorrência [Baker/Morton, p. 2197; *Columbia v. Amazon*]. Pelo contrário, haverá eficiências, a exemplo da proteção que a MFN pode oferecer à inovação de empresas que estão sujeitas ao caronismo de suas concorrentes [Baker/Morton, p. 2183; DEE, p. 52; *Caso Elo*]. No mesmo sentido, pode também reduzir custos de negociação e transação dos usuários da plataforma ao condensar diversas informações em um só sítio eletrônico, reduzindo o tempo gasto pelo usuário e, por consequência, aumentando o bem-estar do consumidor [Baker/Chevalier, pp. 21-22; Baker/Morton, p. 2184]. Ademais, é comum a adoção de cláusula MFN por empresas de

franja de mercado para exercer pressão competitiva perante as líderes, inibindo o exercício de poder de mercado destas, além de estimular a competição no mercado e contribuir com maior diversidade de oferta ao consumidor [AC Simba].

34. *A Inova não teria capacidade de influenciar a adoção de conduta comercial uniforme e, em realidade, a Inova que é afetada pela cláusula MFN da Bubbles.* Como visto, a Inova não implementou cláusula paritária e, mesmo se o tivesse feito, ela não possui poder de mercado suficiente para causar efeitos negativos ao mercado. Em realidade, os efeitos negativos no mercado, sentidos inclusive pela Inova, foram causados pela Bubbles. A cláusula da Bubbles abrangia diversas das principais produtoras do mercado, algumas cadastradas em ambas as plataformas. Dentre essas produtoras estão a Solelo e Baccio [NT, §24], ambas sujeitas à cláusula MFN da Bubbles e, portanto, impedindo que a Inova forneça melhores preços para suas produções. Nesse sentido, é absurdo acusar a Inova de ter influenciado o mercado sendo que, além de não possuir posição dominante, foi vítima da homogeneização da Bubbles.

35. Todos esses benefícios poderiam ser verificados em uma hipotética cláusula MFN da Inova. Caso se aceitasse a suposição de que a Inova adotou cláusula MFN - o que não ocorreu -, ela seria incapaz de causar efeitos anticompetitivos, tendo em vista seu diminuto poder de mercado no caso, conforme reconhecido pela própria SG [NT, §53]. Ainda, dentro desse contexto, tal estratégia seria a menos restritiva possível para se atingir os objetivos almejados, qual seja, rivalizar com a Bubbles. Por isso, no *balancing* entre restrições e benefícios à concorrência, estes últimos se destacam. Em contrapartida, o mesmo não se pode dizer da Bubbles por um motivo muito claro: a Bubbles é a *player* nacional dominante do mercado.

36. *Não há colusão das Representadas para imposição de cláusula MFN, tanto é que a Inova é afetada pela cláusula MFN da Bubbles.* Ademais, a adoção de cláusula MFN pela Inova não implicaria colusão, tampouco indício de paralelismo tácito com a Bubbles. Em verdade, o que ocorre é uma constante luta pela sobrevivência, por parte da Inova, para compensar o poderio econômico da Representada Bubbles. Resta claro, portanto, que a Inova não deve ser condenada pela imputação de cláusula MFN.

III. CONDUTAS COLUSIVAS

37. Além do *balancing* positivo entre os prejuízos e as eficiências das condutas unilaterais supra analisadas, tampouco merecem prosperar as alegações sobre as condutas colusivas, ausente conjunto probatório robusto e suficiente [vide item B, cap. III] para comprovação de

combinação de preços e condições comerciais com relação ao percentual de comissão, preço dos produtos e adoção de cláusula MFN [*vide item C, cap. II*], bem como a influência à adoção de conduta comercial uniforme por meio de boicote [*vide item D, cap. III*].

38. A NT também falhou na individualização e definição clara das condutas colusivas imputadas à Representada, bem como na delimitação temporal da conduta, o que impossibilita o exercício pleno do contraditório e ampla defesa [*Cartel do Sal; Cartel Filtros Automotivos*]. A falta de clareza impede uma análise verossímil de dosimetria aplicável à Inova, caso não se entenda pelo arquivamento (apenas para fins de argumentação), podendo também distorcer a formação da convicção da autoridade.

D. O STANDARD DE PROVAS NÃO DEMONSTROU A MATERIALIDADE OU AUTORIA DAS ACUSAÇÕES, SENDO OS INDÍCIOS INSUFICIENTES PARA ABERTURA DA PRÓPRIA INVESTIGAÇÃO

39. A NT acertou ao entender pela ausência de combinação de preços, condições comerciais, qual seja, de adoção de cláusula MFN, mas errou ao sugerir condenação por influência à conduta comercial uniforme por boicote, inexistindo prova direta que comprove qualquer acusação.

40. A comprovação de cartel baseia-se, majoritariamente, na metodologia de **análise de ilicitude per se** [*Martinez, p. 55; Pereira Neto/Casagrande, p. 94; FTC Guideline; Leegin v. PSKS; US v. Socony-Vacuum, Cartel dos Peróxidos, Cartel Posto Guaporé*]. Essa análise é potencialmente inconstitucional, dadas as necessárias garantias do processo administrativo sancionador, sobretudo em condutas que também tipificam crimes, como é o caso do cartel [*Gaban/Domingues, p. 160; Mello, p. 257*]. Todavia, também se discute, para fins de completude, os requisitos da análise *per se*, sendo necessário comprovar, por provas diretas e indiretas, a *autoria* e a *materialidade* como pressupostos para configuração das condutas acusadas [*Cartel dos Peróxidos*]. Isto requer um juízo de certeza que leve o julgador à conclusão única a respeito da materialidade e autoria, a fim de gerar unidade quanto às evidências que levem à condenação [*Beltrán de Felipe, pp. 27-28; Mello, p. 257; TRF1 – Apelação Criminal*]. Por consequência, o conjunto composto unicamente por provas indiretas não pode preencher tal requisito [*Caderno Varejo de Gasolina, p. 43*].

41. **Materialidade.** Esta aponta para a ocorrência da conduta e, no caso de cartel, a demonstração de sua existência já pressupõe a capacidade para produção de efeitos anticompetitivos [*Cartel dos Perboratos de Sódio*]. Para isso, é basilar a demonstração de que houve (i) acordo entre os *players* econômicos; (ii) finalidade de restrição da concorrência entre si dentro de um mesmo mercado; (iii) versando sobre preços ou condições comerciais; (iv) viabilizado por meio de mecanismos institucionalizados de monitoramento e sanção. Sem tal demonstração, não há materialidade [*Pereira Neto/Casagrande, p. 115; Saito/Continho, p. 71*]. Além da materialidade, que

será analisada concretamente nas condutas descritas abaixo [*vide itens F e G*], requer-se a comprovação da autoria da conduta, o que não se depreende das provas dos autos.

42. *Autoria.* Busca-se compreender se o fato pode ou não ser imputado ao acusado [*Badaró, p. 114; Pacelli, p. 157*]. Para caracterizar ilícito, indícios circunstanciais e metadados, como remetentes e destinatários de *e-mails*, devem permitir identificar, descrever e localizar informações [*Cartel das Favelas; Caso ABNT-Target*]. Assim, para atestar autenticidade, deve-se analisar o conjunto fático-probatório de forma não isolada [*Caso Alsar-Rbox*]. Isto é, não bastam os metadados, mas que estes, diante do contexto, permitam demonstrar autoria e participação. Dessa forma, não é possível auferir a suficiência de prova que aponte minimamente para materialidade ou autoria pela ausência de fundamentação.

43. *Suficiência do conjunto probatório: provas diretas e indiretas.* Passados esses pressupostos, passa-se a analisar os tipos de “provas”. As **provas diretas** comprovam imediatamente a substância do conluio [*Pereira Neto/Casagrande, p. 113*]. As condenações, em regra, têm exigido *prova direta e robusta* da conduta, em vista do risco e da arbitrariedade de condenações lastreadas apenas na *inferência* de suposto ilícito [*OCDE 2006, p. 35; Cartel da Areia; Cartel das Britas; Cartel dos Gases*].

44. Já as **provas indiretas**, não demonstram as características e o teor do *meeting of minds* entre as representadas, apenas permitindo a inferência de uma possível prática ilícita [*Joshua/Jordan, p. 655; Pereira Neto/Casagrande, pp. 115-116*], em situação em que não haja qualquer outra explicação plausível para o comportamento dos acusados [*Cartel Ambulâncias*]. Para que haja a abertura de investigação e condenação, é necessário que os indícios sejam robustos e suficientes para convencer a autoridade - e, em caso de dúvida razoável, o processo deve ser arquivado [*Lopes Jr., p. 537; Santos, p. 507; Cartel Dragagem do PND; Cartel dos Postos de Curitiba; Caso Sindicon*].

45. *Em concreto, o conjunto probatório é insuficiente para comprovar materialidade e autoria, inviabilizando a condenação da Inova pelas referidas condutas.* Não há provas suficientes para comprovar colusão entre Bubbles e Inova, pois: (i) o aumento da comissão cobrada das produtoras pela Inova [*Caso, §16*] foi justificado por sua situação de crise; (ii) não houve combinação quanto à adoção de cláusula MFN [*NT, §47-52*], inexistindo inclusive provas documentais que apontem sua implementação; (iii) a troca de ligações telefônicas entre funcionários da Bubbles e da Inova [*NT, §83*] ocorreu em contexto comercial lícito de negociação de aquisição da Inova pela Bubbles; e (iv) a participação de funcionários da Inova em associações [*NT, §56*] é lícita e não há prova de conversas diretas entre Inova e Bubbles.

46. Dessa forma, as evidências são insuficientes para subsidiar nem materialidade ou autoria

do alegado conluio, sendo injustificável sequer abertura de investigação, quiçá de eventual condenação da Inova. A análise das provas específicas será exposta nos itens que se seguem a fim de demonstrar a completa insuficiência de provas para subsidiar as alegações de (i) cartel e (ii) influência de conduta uniforme.

E. A REPRESENTADA INOVA NÃO COMBINOU PREÇOS OU CONDIÇÕES COMERCIAIS COM SEUS CONCORRENTES

47. A Inova não praticou qualquer combinação de preço ou de condições comerciais com seus concorrentes por meio de imposição de cláusula MFN e de alinhamento de condições comerciais (de comissão de produtoras). Como será demonstrado a seguir, não há elementos e evidências suficientes para eventual condenação, já que a denúncia baseia-se exclusivamente em provas indiretas, rasas e especulativas de adoção de condutas paralelas. Assim, correto o entendimento da NT pelo arquivamento da acusação [NT, §86].

48. **Cartel.** A prática de cartel é caracterizada pela conduta de combinação de preços [LDLC, art. 36, inc. I c/c §3º, inc. I, a] por meio de acordo explícito ou tácito entre concorrentes de um mesmo mercado em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de alcançar níveis mais próximos aos de monopólio [Resolução 20/1999, p. 3; Cartel Filtros Automotivos; Cartel Tubos PEAD]. Sendo uma conduta punível *per se*, deve-se comprovar materialidade e autoria da conduta [vide item B, cap. III].

49. Por ser um poder sancionador da administração pública, deve-se considerar um padrão de prova rigoroso. Os fatos devem ser devidamente provados para que sirvam de premissa que ensejem a condenação [Beltrán de Felipe, pp. 27-28; Mello, p. 257] Em outras palavras, deve haver juízo de certeza que forme uma unidade dos elementos probatórios [TRF1 – Apelação Criminal]. Isto reforça que o ora conjunto probatório, composto por *provas indiretas*, não é satisfatório.

50. Como já explicitado, não há conjunto probatório que comprove um acordo entre a Inova e sua concorrente Bubbles [vide Item B]. Os indícios não comprovam materialidade nem autoria para minimamente subsidiar a denúncia. Não houve combinação de fato por parte da Representada Inova, pelo contrário, suas condutas apenas se adequam às condições de um mercado que possui estratégias eficientes já consolidadas, o que não pode ser condenado.

51. **Cartel tácito.** Ainda que se entendesse pela existência de cartel tácito, é consenso que a necessária comprovação de um fator *adicional* para que o cartel tácito seja identificado [Chiquito, p. 24; Forgioni, pp. 364-366; Cartel do Aço; Caso Frigoalta]. Como requisito, menciona-se a (i) intencionalidade do comportamento paralelo; (ii) irracionalidade econômica da adoção de certas condutas que seriam objeto da coordenação dos concorrentes [Salomão Filho, pp. 441-442; Cartel

Posto Bragança]; (iii) um sistema de informações, que permitisse o conhecimento dos preços praticados por eles [*Frazão*, p. 448; *Salomão Filho*, p. 443]; e (iv) uma recorrência do paralelismo de preços ao longo do tempo [*Ferraz Jr.*, p. 513; *Salomão Filho*, pp. 442-443]. A ausência dos itens acima descritos serão demonstrados a seguir.

52. *Nenhuma das provas demonstram alinhamento de comissão ou de imposição de cláusula MFN. As estratégias da Inova foram independentes e buscaram mantê-la competitiva no mercado, não havendo qualquer combinação de preços ou condições comerciais.* Não houve alinhamento quanto ao percentual de comissão cobrado de terceiros produtores de conteúdo nem quanto à imposição de cláusula MFN praticado pelas Representadas Inova e Bubbles. Nenhum ilícito concorrencial foi praticado.

53. A existência de um mesmo comportamento entre as empresas não implica necessariamente conluio, sendo que a semelhança das estratégias pode ser decorrência de processo normal de competição [*Forgioni*, p. 361; *Turner*, p. 661; *Cartel UNIDAS*]. Nesse sentido, os *players* são livres para modificarem os preços, inclusive levando em conta o comportamento de seus concorrentes [*CJUE*, 1972]. Portanto, para a condenação por práticas colusivas, não basta o paralelismo de suas condutas. *É necessário que se comprove* um elemento adicional a fim de demonstrar o comportamento não espontâneo e artificial dos agentes de mercado. [*Forgioni*, p. 364; *Caso Frigoríficos*].

54. *Em primeiro lugar*, a adoção da comissão cobrada das produtoras pela Inova foi justificado por seu contexto. A Inova enfrentava dificuldades após uma queda de 15% dos usuários de sua plataforma [*Caso*, §16] e, para não precisar aumentar os preços dos consumidores finais, teve de compensar seus esforços para se manter no mercado. Desta maneira, a nova comissão no valor de 30% foi justificada por sua tentativa de potencializar sua atuação no mercado e manter-se competitiva em um segmento extremamente dinâmico, mas ainda concentrado. Como exposto, enquadra-se no escopo de autonomia do agente econômico a adoção de preços e condições conforme as variáveis de mercado, sendo assim impossível falar em irracionalidade econômica, sobretudo em contexto de dificuldades econômicas advindas do agravamento da pandemia.

55. Reitera-se, ainda, que não há provas de contato efetivo entre Bubbles e Inova para subsidiar o entendimento de que a mudança teria sido derivada de combinação. A própria Inova alterou seu modelo de negócios diversas vezes desde que ingressou no segmento de VoD, como a alteração da origem do conteúdo ofertado, do método de pagamento pelos seus serviços e do meio de aferição de verbas de publicidade [*Caso*, §§14-15], movimentos comuns considerando a dinamicidade do mercado e as adversidades impostas pela pandemia.

56. *Em segundo lugar*, tampouco houve combinação quanto à adoção de cláusula MFN ou ao modelo de negócio adotado pela Inova, inexistindo, inclusive, provas documentais que apontem sua implementação. Nesse sentido, não há, em nenhum dos contratos da Inova a disposição de alegada cláusula. Nem mesmo a narrativa das oficiadas é uníssona e fundamentada para embasar a alegação de condição imposta por suposto “acordo de cavalheiros” [NT, §§47-52].

57. *A troca de ligações telefônicas ocorreu em contexto comercial com conteúdo lícito de negociação de condições de aquisição da Inova pela Bubbles*. Quanto à denúncia, no que pese às ligações telefônicas [NT, §78], as Representadas esclareceram que as conversas entre elas consistiam apenas em trocas de experiências comuns do mercado, além daquelas a respeito de negociações de compra da Inova pela Bubbles [NT, §83]. Nesse sentido, essas conversas carecem de materialidade, inexistindo qualquer comprovação de conteúdo anticompetitivo.

58. *Os encontros em associações são lícitos e não há nem mesmo prova de conversas diretas entre Inova e Bubbles*. Além disso, especula-se que a presença virtual das duas concorrentes na Feira Bial de Mercados Digitais (“FBMD”) da associação Instituto de Mercados Digitais (“IMD”) [NT, §56] teria viabilizado a troca, entre as Representadas, de suposto conteúdo ilícito. Novamente, as alegações mantêm-se rasas e especulativas.

59. A participação em associação e seus eventos é natural para empresas de mesma categoria, sendo normal - e até incentivada - a participação em grupos de trabalho, compartilhando discussões. Os benefícios das associações são inclusive as finalidades apontadas pela Associação das Plataformas de Streaming e pelo IMD, as quais buscam apoiar as empresas dos segmentos e difundir o conhecimento sobre o setor [NT, §§58-60]. A mera participação das Representadas nas mesmas associações não configura ilícito, eis que são fóruns legítimos de discussão. Para configuração de conduta ilícita, é necessária a devida comprovação, de forma que entidades e associações, com propósitos empresariais legítimos, têm *presunção de licitude* [Frazão, p. 3]. Ainda, as trocas realizadas licitamente em associações produzem diversas eficiências ao viabilizarem o desenvolvimento de boas práticas da indústria e facilitarem sua interação com as autoridades. Nesse sentido, as conversas em fóruns *sem comprovação de troca de conteúdo concorrencialmente sensível ou anticompetitivo*, como é o caso, devem ser entendidas como práticas comuns, lícitas e sem efeitos anticoncorrenciais. Adiciona-se a isso o fato de que não houve acesso ao completo teor de qualquer conversa, sendo infundada suposição de conteúdo anticompetitivo sem provas de conteúdo dessa natureza [NT, §§74/77/78], o que torna ainda mais vazia e infundada a denúncia.

60. Não há evidências de que a Representada teria participado das alegadas práticas colusivas, de forma que a própria NT concluiu pelo arquivamento justamente por falta de provas [Caso,

§26]. Das inúmeras respostas aos ofícios apresentadas durante a instrução probatória do caso [NT, §8], restou claro que *não houve comprovação de encontros entre as Representadas nas associações* [NT, §85]. O único evento em comum foi a FBMD, da IMD, evento tradicional para desenvolvimento de *networking* no mercado, em que *sequer houve comprovação da interação* entre as Representadas [NT, §§84-85]. Durante a instrução, chegou a ser questionado o fato de a plataforma Squads ter fornecido relatório incompleto a respeito das conversas travadas entre os participantes da conferência [NT, §74]. Isto não diz respeito à Inova, que sempre prezou pela transparência deste processo, sendo sempre diligente e tempestiva com o fornecimento das informações. Não há, portanto, sistema de informações atrelando as Representadas.

61. Por fim, a mudança das condições comerciais da Inova ocorreu somente 5 dias após a interação na associação, prazo extremamente baixo para viabilizar uma mudança tão profunda em suas relações contratuais [NT, §64]. Conforme já mencionado, o padrão de prova para condenação de cartel implica a necessidade de exclusão de qualquer outra justificativa que pudesse racionalizar a conduta - tanto é que, na impossibilidade de afastar as justificativas racionais apresentadas acima, a SG recomendou o arquivamento dessa conduta [Caso, §26]. Havendo dúvida razoável sobre a materialidade da conduta no exercício de direito administrativo sancionador em uma conduta com presunção de ilicitude, a condenação por prática tão grave quanto a de cartel deve ser afastada [Aragão, p. 79]. A Inova encontra-se justamente nessa situação: tanto não realizou práticas colusivas que todas as suas ações são, pelo contrário, racionalmente justificáveis.

62. Dessa forma, é descabida a alegação de prática de combinação de comissão e de imposição de cláusula MFN. A mera participação em associações e entidades em comum, assim como as poucas ligações telefônicas, são especulações insuficientes para atestar a existência de um sistema de troca de informações viável para a formação de um cartel (até mesmo tácito) entre a Bubbles e a Inova. Também está ausente a comprovação de interação direta entre as Representadas nesse ambiente. Assim, ausentes os requisitos mínimos e essenciais para subsidiar uma acusação de cartel tácito e, sem a devida demonstração de prática ilícita, não há diferente conclusão que não a de arquivamento deste Processo Administrativo em face de Bubbles, tal qual recomendado pela SG.

F. A REPRESENTADA INOVA NÃO INFLUENCIOU AS CONDIÇÕES DE MERCADO NEM POR BOICOTE COLETIVO NEM POR ADOÇÃO DE CLÁUSULA MFN E NEM MESMO POSSUI CONDIÇÕES PARA FAZÊ-LO

63. Não houve qualquer prova de participação da Representada Inova em uma suposta influência à conduta comercial uniforme por meio de boicote coletivo à Sieste. Isso será

demonstrado na medida em que (i) *não há provas* suficientes de que Inova coordenou esforços com a Bubbles para incentivar as produtoras a boicotarem outras plataformas; (ii) além de a Representada Inova sequer possuir condições e poder de mercado para influenciar as produtoras a adotarem conduta comercial uniforme. Igualmente, não houve influência por meio de imposição de cláusula MFN. Portanto, nenhuma das razões para a recomendação pela SG de condenação da Representada por essas condutas devem ser integradas pelo LalaCADE em sua decisão.

64. A promoção, obtenção ou influência à adoção de conduta comercial uniforme [LDLC, art. 36, inc. I c/c § 3º, inc. II] ocorre quando se realizam medidas com objetivo de homogeneizar e coordenar a atuação dos agentes econômicos em um dado mercado [Pereira Neto/Casagrande, p. 129]. O gênero de influência de conduta comercial uniforme pode se dar por, por exemplo, meio de (i) incentivo ao boicote de concorrentes [Pereira Neto/Casagrande, p. 129; Caso ACAPS; Caso Shell 2] ou pela (ii) busca por uniformização dos preços [Caso Shell 2]. A comprovação da prática de influência anticompetitiva depende da demonstração cumulativa (i) da existência de posição dominante [Caso Cooperativas Cirurgiões]; e (ii) de efetivo poder de influência a ser exercido em prejuízo dos demais agentes [Caderno Varejo de Gasolina, p. 22; Caso Cooperativas Cirurgiões; Caso Contabilidade].

65. No caso da espécie boicote, trata-se da coordenação entre rivais para implementação de práticas restritivas e exclusionárias da concorrência [LDLC, art. 36, §3º, inc. IV; Leães, p. 71; FTC Group Boycotts; Caso Portuárias], em que os agentes colusivos atuam normalmente fixando preços e excluindo os concorrentes que não consentem com as práticas comerciais pactuadas [Saito/Douer, p. 23; FTC Group Boycotts; Caso Cardiotórax]. Para que se verifique um boicote e que seja considerado um ilícito concorrencial, é necessário que sejam evidentes tanto o (i) acordo firmado pelos concorrentes quanto (ii) a restrição da concorrência em razão do acordo [Switzer, p. 126]. Deve haver, portanto, a demonstração da materialidade, autoria, resultado, tipicidade e nexa de causalidade entre um acordo e seus efeitos anticompetitivos [Caso Porto de Santos].

66. ***Não houve boicote. As provas não indicaram a existência de acordo e são insuficientes para ensejar condenação por boicote e nem mesmo restrições à concorrência.*** Nenhum dos requisitos se verifica no caso em análise, principalmente com relação à Representada Inova. Não há evidências acerca da existência de qualquer acordo entre concorrentes, muito menos com o objetivo de implementar práticas restritivas e exclusionárias da concorrência. As informações juntadas aos autos indicam somente comunicações lícitas entre concorrentes, ocorridas em um ambiente no qual é comum a participação de empresas de um mesmo ramo [vide item E, cap. III].

67. Os e-mails juntados pela Sieste em sua Representação não demonstram qualquer atuação da Inova para influenciar as produtoras, ou mesmo a existência de um acordo. Não há provas

diretas de que a Inova teria participado de um acordo, direto ou indireto, com Bubbles e as produtoras para promover um boicote coletivo contra as demais plataformas. O único indício de uma suposta comunicação seria o documento em Excel. Entretanto, o nome do arquivo da tabela de precificação enviada pela Operrá para Sieste [NT, §94] não comprova qualquer exercício da Inova para a promoção de boicote. Mesmo que a sigla “B&I” signifique Bubbles e Inova, esse fato não seria suficiente para comprovar a participação da Inova na montagem da tabela, já que esta poderia ter sido construída pelos produtores, como uma sugestão de preço, a partir das informações de preço dos produtos publicamente disponibilizadas na plataforma da Inova [NT, §93]. Em suma, a nomeação da tabela sequer poderia ser considerada um indício de influência ou de estabelecimento de acordo, já que para a comprovação de prática de conduta anticompetitiva por meio de provas indiretas se exige o exercício da regra da razão, além de que as provas devem evidenciar elevado grau de certeza da prática ilícita.

68. Cumpre notar que a tabela foi criada exatamente em função dos pedidos de Sieste às produtoras [NT, §89], após comunicação por telefone, tratando-se de uma sugestão feita [NT, §91]. Além disso, ainda que a política de preços da Sieste trouxesse incremento anual médio de 125% nas vendas realizadas [NT, §101], a mesma política claramente não se demonstrava suficiente para as produtoras e, até por isso, não se trataria de um boicote à distribuidora, mas sim de uma busca de que os benefícios da relação comercial fossem mútuos.

69. Adicionalmente, a presença de Toninho Stark, Diretor Comercial da Inova, meramente copiado no e-mail enviado por Warren Puffet, Diretor Comercial da Bubbles [NT, §96], também não comprova qualquer participação da Inova no boicote. A simples cópia de um destinatário na cadeia de e-mails não é equivalente a uma atuação ativa de um representado para a prática anticompetitiva [vide item D.1, cap. III]. Do mesmo modo como ocorre com relação à tabela de precificação [NT, §93], o uso dessa prova indireta exigiria elevado grau de certeza na participação de ilícito. Verifica-se, entretanto, que isso não ocorre meramente por existência de destinatários copiados em cadeias de e-mail ou com base no nome de uma planilha de Excel.

70. Analogamente, os metadados [NT, §105] não são suficientes para comprovar que Toninho Stark e Inova seriam responsáveis pela indução ao suposto boicote coletivo de Sieste [vide item F, cap. III]. Ainda que tais dados indiquem que “tstark” seria o criador dos documentos das notificações extrajudiciais, feitos em máquina vinculada à Representada Inova, não é comprovada a autenticidade do conteúdo no documento. A única informação cabível seria de que o documento surgiu no computador da empresa, mas a finalidade para a qual foi enviado, e seu conteúdo, podem ter sido alterados posteriormente por terceiros, como pelas produtoras. Além

disso, mesmo que o conteúdo do documento criado na Inova fosse semelhante ao enviado pelas produtoras, o compartilhamento de modelos de documentos corriqueiros na prática jurídica em nada comprova o envolvimento da Inova em uma tentativa de boicote a concorrentes. Portanto, os metadados indicados são insuficientes para a condenação da Inova.

71. Por fim, nota-se que não há, nos autos, quaisquer provas que evidenciem uma suposta pressão feita pelas produtoras sobre as empresas Nickerchen e Risu [NT, §106]. Dessa forma, é impossível condenar a Representada Inova por dificultar o funcionamento e desenvolvimento de empresas concorrentes por meio de boicote coletivo.

72. Comprovada a inexistência de qualquer acordo, também se reforça que as ações da Inova *de nenhum modo contribuíram para a restrição da concorrência*. Conforme indicado pelas respostas aos ofícios [NT, §24], posteriores à denúncia de um suposto boicote coletivo, as produtoras que teoricamente teriam boicotado Sieste continuam fornecendo seus conteúdos para a plataforma distribuidora e, portanto, não se pode afirmar que a Sieste tenha perdido as produtoras. Mesmo que seja considerado que a perda de fornecedores pela Sieste representa uma redução da concorrência no setor, de nenhum modo essa circunstância diz respeito à atuação da Inova, inexistindo nexo de causalidade. Ao contrário do entendimento da SG, as práticas de sugestão de preços e recusa de contratação foram exercidas única e exclusivamente pelos produtores, e as consequências dessas escolhas comerciais não podem recair sobre uma terceira nessa relação.

73. *Complementarmente, a Inova não possui posição dominante e poder de mercado para influenciar seus fornecedores a adotarem conduta comercial uniforme.* A Representada Inova sequer possui *market share* ou poder de mercado relevantes o suficiente para direcionar, mesmo que de forma independente, as práticas do mercado de VoD, sendo um agente com participação irrisória. Ainda que se considere o mercado relevante definido pela SG, a Inova detém apenas 19% do mercado de distribuição de EC-EC, e apenas 15% do mercado de publicidade online dentro deste mercado extremamente fragmentado [*vide item B, cap. II; NT, §§31/33/113*]. A própria NT reconhece essa ausência de poder de mercado, o que torna dispensável prosseguir com uma análise de efeitos [NT, §§53/113]. Assim, a Inova não é capaz de alterar as condições econômicas, não apenas com relação à MFN, mas também com qualquer conduta que requeira o exercício de influência. Ainda, conforme já demonstrado, não há nexo de causalidade na produção de eventuais restrições à concorrência.

74. Portanto, as evidências não indicam que a Inova participou de boicote coletivo para exclusão da Sieste do mercado. Igualmente, vê-se que não possui a Inova poder de mercado para promover influência à adoção de conduta comercial uniforme.

IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS

75. Diante do exposto, a REPRESENTADA INOVA requer:

- i. O *arquivamento* do presente Processo Administrativo em seu favor com relação à alegação de conduta comercial uniforme por meio de incentivo ao boicote coletivo e por abuso de posição dominante com base no art. 36, inc. I a IV, c.c §3º, inc. I, ‘a’, II, III, IV, V e IX, da LDLC, por condutas de (i) combinação de preços e condições comerciais; e (ii) influência à adoção de conduta comercial uniforme por cláusula MFN e incentivo de boicote.
- ii. *Subsidiariamente*, apenas caso não se entenda pelo arquivamento e se mantenha o entendimento da SG, requer-se, com base nos princípios de razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, aplicação de multa em alíquota mínima, calculada da seguinte forma [LDLC, arts. 37 c/c 38; *Benchmarking Dosimetria; Guia Leniência; Guia TCC*]:
 - a. Para a base de cálculo, considerar o faturamento em LalaCADE da Representada no ramo de atividade de VoD de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses, no exercício de 2020, com atualização conforme a inflação;
 - b. Qualquer alíquota deve ser mínima considerando os seguintes fatores: (a) o suposto cometimento da infração de influência de conduta comercial uniforme, que teria ocorrido por um curto período de tempo e por meio de participação lateral; (b) a boa-fé da Inova, evidenciada por seu programa de compliance; e (c) capacidade financeira comprometida, comprovada por sua recuperação judicial [*Cartel de Silicatos; Cartel Embalagens Flexíveis; Cartel de Trens e Metrô*s].

Termos em que pede deferimento.

Lalaland, 19 de setembro de 2023.