



WICADE
I Competição de
Direito Concorrencial

WICADE - I Competição de Direito Concorrencial

MEMORIAL DA INOVA

MINISTÉRIO PÚBLICO
(REPRESENTANTE)

BUBBLES e INOVA
(REPRESENTADAS)

Equipe n.º 115

Lalaland, 19 de setembro de 2021.

SUMÁRIO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	ii
ÍNDICE DE AUTORIDADES.....	iv
ÍNDICE DE JULGADOS.....	xi
ROL DE DOCUMENTOS.....	xiii
ÍNDICE DE DEFINIÇÕES	xv
FATOS	1
1. A INOVA NÃO COMETE ABUSOS ANTICONCORRENCIAIS CONTRATUAIS ..	2
1.1. A Representada não detém Posição Dominante no mercado das Produtoras	2
1.2. A Inova não impõe cláusula de MFN.....	3
2. A INOVA, CONSCIENTEMENTE, PRESERVA O MERCADO.....	6
2.1. A Inova adotou condutas econômicas com efeitos líquidos positivos	6
2.2. A denúncia por prática de cartel deve ser arquivada.....	9
2.2.1. O processo administrativo sancionador do LalaCADE deve observar os princípios processuais-penais e constitucionais	9
2.2.2. A Superintendência-Geral não encontrou indícios razoáveis para a condenação da Inova por cartel	
11	
3. A INOVA NÃO AGIU DE FORMA A INDUZIR O ALEGADO BOICOTE COLETIVO	13
3.1. A Representada não detém Poder de Mercado para influenciar o mercado das Produtoras Francesas.....	13
3.2. Não há a configuração do alegado boicote coletivo	16
CONCLUSÕES E PEDIDOS.....	20

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Abreviaturas	Definição
§	Parágrafo
§§	Parágrafos
art.	artigo/artigos
CAA/DF	Caixa de Assistência dos Advogados do Distrito Federal
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil
cap.	capítulo
CBBS	Companhia Brasileira de Soluções e Serviços
CC	Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002; Código Civil brasileiro.
CEO	<i>Chief executive officer</i> , cargo de diretor executivo.
CF	Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.
Empresas	Bubbles e Inova
Ex. ^{ma}	Excelentíssima
GEDEC/MPSP	Grupo Especial de Delitos Econômicos do Ministério Público do Estado de São Paulo.
LalaCADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Lalaland
LDC	Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.
LDCL	Lei que estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência de Lalaland.
Lei 8.137/90	Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.
LREF	Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.
Ltda.	Limitada
MP	Ministério Público
n.º	número/números

p.	página/páginas
PCDF	Polícia Civil do Distrito Federal
PROLalaCADE	Procuradoria Federal junto ao LalaCADE
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SG	Superintendência-Geral do LalaCADE
<i>Sherman Antitrust Act</i>	Lei antitruste dos Estados Unidos, vigente desde 1890.
TRF-1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Tribunal	Tribunal do LalaCADE
<i>vs.</i>	<i>versus</i>

ÍNDICE DE AUTORIDADES

Nomenclatura	Referência	§
<i>Abbate, Parker, 2015</i>	ABBATE, Carolyn; PARKER, Roger. <i>Uma História da Ópera: os últimos quatrocentos anos</i> . São Paulo: Companhia das Letras, 2015.	§§61, 63
<i>Abellán. 2010</i>	ABELLÁN, Marina Gascón. <i>Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba</i> . 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.	§47
<i>Aguiar Júnior, 2003</i>	AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. <i>Extinção dos contratos por incumprimento do devedor - Resolução</i> . Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.	§75
<i>Bagnoli, 2006</i>	BAGNOLI, Vicente. Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop. <i>Revista do IBRAC</i> , v. 13, 2006, p. 231-253. Versão RTOnline, p. 1-17.	§71
<i>Baker, Chevalier, 2013</i>	BAKER, Jonathan B; CHEVALIER, Judith A. The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions. <i>Law Reviews and Other Academic Journals</i> , v. 27, 2013, p. 20-26.	§19
<i>Beccaria, 2015</i>	BECCARIA, Cesare. <i>Dos Delitos e das Penas</i> . São Paulo: Edipro, 2015.	§52
<i>Benfatti, 2019</i>	BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. Breves considerações sobre o negócio jurídico diante dos novos desafios da pós-modernidade. <i>Revista dos Tribunais</i> , v. 1001, 2019, p. 121-130. Versão RTOnline, p. 1-6.	§14
<i>Bensal, 2015</i>	BENSAL, Bruno Marques. Recuperação judicial e a eficiência da aplicação do princípio da preservação da empresa no direito brasileiro. <i>Revista de Direito Empresarial</i> , v. 10, 2015, p. 229-242. Versão RTOnline, p. 1-10.	§35
<i>Bezerra Filho, 2021</i>	BEZERRA FILHO, Manoel Justino. <i>Lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo</i> . 6ª ed. em e-book baseada na 15ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.	§35
<i>CADE, 2010</i>	CADE. <i>Delimitação do Mercado Relevante</i> . Brasília: Departamento de Estudos Econômicos, 2010.	§57
<i>CADE, 2016</i>	CADE. <i>Cartilha do CADE</i> . Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016.	§§8, 9

<i>CADE, 2017</i>	CADE. <i>Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização</i> . Brasília: Superintendência Geral, 2017.	§47
<i>Caio Mário, Casagrande, 2016</i>	PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. <i>Direito concorrencial</i> . São Paulo: Saraiva, 2016.	§§8, 9, 26
<i>Carter, 1998</i>	CARTER, Elliott. <i>Collected Essays - 1937-1995 Eastman Studies in Music</i> . Rochester: University of Rochester, 1998.	§61
<i>Coase, 1990</i>	COASE, Ronald Harry. <i>The firm, the market and the law</i> . Chicago: The University of Chicago Press, 1990.	§19
<i>Comparato, Salomão Filho, 2008</i>	COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. <i>O poder de controle na sociedade anônima</i> . 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.	§75
<i>Couto e Silva, 2006</i>	COUTO e SILVA, Clóvis. <i>A obrigação como processo</i> . Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.	§§36, 75
<i>Crémer, Montjoye e Schweitzer, 2019</i>	CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. <i>Competition Policy for the digital era</i> . Luxembourg: European Commission, 2019.	§§17, 20, 21
<i>Da Silva, 2012</i>	DA SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves. Aplicação do direito da concorrência em mercados de alta tecnologia. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 22, p. 355–376. Versão RTOnline, 2012.	§71
<i>Didier Jr., Braga, Oliveira, 2019</i>	DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. <i>Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória</i> . 14ª ed, v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2019.	§47
<i>Diniz, 2014</i>	DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. <i>Revista de Direito Privado</i> , v. 59, p. 91–120. RTOnline, 2014.	§75
<i>Ferraz Junior, 2018</i>	FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Mercado relevante. <i>Enciclopédia jurídica da PUC-SP</i> . Tomo: Direito Comercial. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.	§57
<i>Ferro, 2015</i>	FERRO, Miguel Sousa. <i>A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência: teoria e prática</i> . Coimbra: Almedina, 2015.	§7

<i>Forgioni, 2020</i>	FORGIONI, Paula A. <i>Os fundamentos do antitruste</i> . 11 ^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.	§§7, 8, 9, 17, 21, 26, 28, 29, 59, 71, 75
<i>Frazão, 2017</i>	FRAZÃO, Ana. <i>Direito da Concorrência</i> . São Paulo: Saraiva, 2017.	§75
<i>Gaban, 2010</i>	GABAN, Eduardo Molan. Investigações de Cartel no Brasil: parâmetros constitucionais e considerações sobre aplicação da teoria dos efeitos. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 17, 2010, p. 125-146. Versão RTOnline, p. 1-15.	§§41, 43
<i>Gaban, Domingues, 2016</i>	GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. <i>Direito Antitruste</i> . 4 ^a ed. São Paulo. Saraiva, 2016.	§8, 9, 26, 27, 28, 57
<i>Giacomolli, 2014</i>	GIACOMOLLI, Nereu José. <i>O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica</i> . São Paulo: Atlas, 2014.	§41
<i>Gilberto, 2008</i>	GILBERTO, André Marques. <i>O Processo Antitruste Sancionador</i> . Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.	§41
<i>Gilmar Mendes, 2018</i>	MENDES, Gilmar. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. <i>Curso de Direito Constitucional</i> . 13 ^a ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2018, p. 410-683.	§42
<i>Gomes, 2019</i>	GOMES, Orlando. <i>Contratos</i> . 27 ^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.	§§36, 75
<i>Grout, Palisca, 2007</i>	GROUT, Donald J.; PALISCA, Claude V. <i>História da Música Ocidental</i> . 5 ^a ed. Lisboa: Gradiva, 2007.	§63
<i>Guyon, 2001</i>	GUYON, Yves. <i>Droit des affaires: droit commercial général et sociétés</i> . 11 ^a ed. Paris: Economica, 2001.	§75
<i>Hanning, Weinstock, 2021</i>	HANNING, B. Russano; WEINSTOCK, Herbert. <i>Opera</i> . <i>Encyclopedia Britannica</i> . 2021. Disponível em: < https://www.britannica.com/art/opera-music >. Acesso em: 19 de ago. de 2021.	§61
<i>Hovenkamp, 1994</i>	HOVENKAMP, Herbert. <i>Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice</i> . St. Paul: West Publishing Co., 1994.	§8

<i>Hovenkamp, 2017</i>	HOVENKAMP, Herbert. <i>Principles of Antitrust</i> . Minnesota: West Academic, 2017.	§7
<i>Hylton, Chen, 1999</i>	HYLTON, Keith N.; CHEN Andy M.C. <i>Antitrust law: Economic theory and common law evolution</i> . Cambridge: Cambridge University, 2003.	§29
<i>Kühl, 2014</i>	Kühl, P. M. A Comparação entre a Ópera Italiana e a Francesa: Raguenet e a Irredutibilidade de Duas Tradições. <i>Revista Música</i> , 2014, p. 147-195. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/revistamusica/article/view/115251 >. Acesso em: 20 de ago. de 2021.	§63
<i>Lima, 2014</i>	LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. A cláusula de preferência em relações verticais entre empresas. <i>Revista de Defesa da Concorrência</i> , v. 1, n.º 1, 2014, p. 11-32.	§19
<i>Maia, 2021</i>	MAIA, Maurício Oscar Bandeira. O fetiche da vantagem auferida e a dosimetria das penas no Cade. <i>Revista Consultor Jurídico</i> , 2021. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-ago-23/defesa-concorrenca-fetiche-vantagem-auferida-dosimetria-penas-cade >. Acesso em 28 de ago. de 2021.	§52
<i>Malaquias, 2014</i>	MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> no estado democrático de direito. <i>Revista dos Tribunais</i> , v. 941, 2014, p. 145-176. Versão RTOnline, p. 1-23.	§§42, 43
<i>Martins-Costa, 2008</i>	MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. <i>Revista dos Tribunais</i> , v. 867, 2008, p. 11-51. Versão RTOnline, p. 1-30.	§14
<i>Martins-Costa, 2018</i>	MARTINS-COSTA, Judith. <i>A Boa-Fé no Direito Privado</i> . 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.	§43
<i>Mazzucato, 2018</i>	MAZZUCATO, Paolo Zupo. <i>Lei antitruste sistematizada: jurisprudência na visão do CADE</i> . São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.	§71
<i>Mello, 1988</i>	MELLO, Marcos Bernardes de. <i>Teoria do fato jurídico</i> . 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.	§75
<i>Miranda, 2014</i>	MIRANDA, Gabriel Malttioli de. Implicações do Regime de Falências no Direito Concorrencial. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 25, 2014, p. 139-157. Versão RTOnline, p. 1-15.	§§34, 36

<i>Monteiro, 2013</i>	MONTEIRO, Alberto Afonso. Troca de Informações entre concorrentes: limites e possibilidades da configuração de prática anticoncorrencial autônoma. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 23, 2013, p. 97-115. Versão RTOnline, p. 1-11.	§71
<i>Motta, 2003</i>	MOTTA, Massimo. <i>Competition Policy. Theory and Practice</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 2003.	§59
<i>Nascimento, 2020</i>	NASCIMENTO, Daniela Maria Rosa. <i>Aspectos concorrenciais das cláusulas de paridade no comércio online</i> . Dissertação de Mestrado, Profa. Orientadora Dra. Paula Andrea Forgioni – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.	§§20, 21
<i>Nery Jr., 2014</i>	NERY JR., Nelson. Ato ímprobo - requisitos caracterizadores - distinção contatos sociais ou por mera cortesia. <i>Revista dos Tribunais</i> , v. 2, 2014, p. 531-555. Versão RTOnline, p. 1-14.	§14
<i>Nusdeo, 2015</i>	NUSDEO, Fábio. <i>Curso de economia: introdução ao direito econômico</i> . 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.	§71
<i>Oliveira Jr., 2011</i>	OLIVEIRA JR., Fernando Antônio Alves de. O estudo da Failing Firm Defense, a partir da Lei de Falências nos atos de concentração submetidos ao Cade a aplicação do princípio da preservação da empresa no controle de estruturas. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 19, 2011, p. 137-172. Versão RTOnline, p. 1-25.	§§34, 35
<i>Pacelli, 2021</i>	PACELLI, Eugênio. <i>Curso de Processo Penal</i> . 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.	§41
<i>Pagotto, 2009</i>	PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. A definição do(s) mercado(s) relevante(s) entre instituições financeiras para fins de defesa da concorrência. <i>Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais</i> , v. 54, 2009, p. 96-117. Versão RTOnline, p. 1-15.	Tabela de definições
<i>Pagotto, 2012</i>	PAGOTTO, Leopoldo. Aspectos relevantes da revisão judicial da decisão do CADE contra o cartel dos genéricos. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 21, 2012, p. 471-517. Versão RTOnline, p. 1-39.	§49
<i>Pitta, 2015</i>	PITTA, André Grünspun. <i>Processo Administrativo Sancionador no Mercado de Valores Mobiliários: o Uso da Prova Indiciária</i> . In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015.	§47

<i>Pontes de Miranda, t. I, 2012</i>	PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. <i>Tratado de Direito Privado</i> . Tomo I: Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.	§26
<i>Pontes de Miranda, t. XXXVIII, 2012</i>	PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. <i>Tratado de Direito</i> . <i>Tratado de Direito Privado</i> . Tomo XXXVIII: Direito das Obrigações. Negócios jurídicos bilaterais. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.	§75
<i>Pugliesi, 2018</i>	PUGLIESI, Adriana Valéria. O abuso da dependência econômica. <i>Revista de Direito Recuperacional e Empresa</i> , v.7º, 2018. Versão RTOnline, p. 1-10.	§75
<i>Queijo, 2012</i>	QUEIJO, Maria Elizabeth. <i>O direito de não se produzir provas contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal</i> . 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.	§42
<i>Rodrigues, Régis, 2020</i>	RODRIGUES, Cássio Monteiro; RÉGIS, Erick da Silva. Função social da empresa em tempos de crise: desafios à sua realização em virtude da pandemia da covid-19. <i>Revista Brasileira de Direito Civil</i> , v. 25, 2020, p. 53-379.	§36
<i>Rousseau, 2005</i>	ROUSSEAU, Jean-Jacques. <i>Carta sobre música francesa</i> . Campinas: IFCH-Unicamp, 2005.	§61
<i>Salomão Filho, 2021</i>	SALOMÃO FILHO, Calixto. <i>Direito Concorrencial</i> . 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.	§71
<i>Sampaio, 2005</i>	SAMPAIO, Luiza Saito. O controle da colusão horizontal no mercado de combustíveis. <i>Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional</i> , v. 12, 2005, p. 89-121. Versão RTOnline, p. 1-21.	§28
<i>Santos, 2018</i>	SANTOS, A. Gesamtkunstwerk. <i>O desenvolvimento de um processo criativo artístico coletivo e polimático</i> . Dissertação de Mestrado - Universidade de Brasília. Brasília, 2018.	§61
<i>Scalzilli, Spinelli, Telechea, 2018</i>	SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. <i>Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005</i> . 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.	§34
<i>Silveira, 2021</i>	SILVEIRA, Paulo Burnier da. <i>Direito da Concorrência</i> . Rio de Janeiro: Forense, 2021.	§47
<i>Siragusa, 1980</i>	SIRAGUSA, Mario. Diritto e politica della concorrenza nella CEE: prezzi discriminatori e non equi (articolo 86).	§8

Diritto comunitario e degli scambi internazionali. Ano 19, n.º 4, p. 467-487, 1980.

- Smith, 2017* SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. §71
- Sundfeld, 2013* SUNDFELD, Carlos Ari. Ampla defesa e dever de colaborar com as investigações no direito da concorrência. In: SUNFELD, Carlos Ari. *Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 585-608. Versão RTOnline, p. 1-17. §§42, 43
- Taruffo, 2008* TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. §47
- Tepedino, Konder, Bandeira, 2020* TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. §36
- Turner, 1962* TURNER, Donald F. The definition of agreement under the sherman act: conscious parallelism and refusals to deal. *Harvard Law Review*, v. 75, n.º 4, 1962, p. 655-706. §27
- Vandenborre, Frese, 2015* VANDENBORRE, Ingrid; FRESE, Michel J. The Role of Market Transparency in Assessing MFN Clauses. *World Competition*, v. 38, n.º 3, 2015, p. 333-348. §20
- Whish, Bailey, 2012* WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. §§7, 51
- Wright, Wang, 2020* WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. Search platforms: showrooming and price parity clauses. *The RAND Journal of Economics*, v. 51, n.º 1, 2020, p. 32-58. §20
- Zanchetta, 2018* ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. A Evolução da Legislação Antitruste Brasileira: uma análise dos critérios de notificação. *Revista da PGBC*, v. 12, n.º 2, p. 70-94, 2018. §9

ÍNDICE DE JULGADOS

Jurisprudência do CADE

<i>Camargo Corrêa & Promon Tecnologia</i>	CADE. Ato de Concentração n.º 08012.003386/2001-73. Relator Conselheiro Roberto Pfeiffer. Data: 16.10.2002.	§59
<i>Disney & News Corporation</i>	CADE. Ato de Concentração n.º 08012.004909/2001-07. Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Data: 16.10.2001.	§58
<i>SBT & Record & Rede TV</i>	CADE. Ato de Concentração n.º 08700.006723/2015-21. Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data: 16.05.2016.	§58
<i>Cade vs. Globo</i>	CADE. Nota Técnica n.º 3/2021/GAB-SG/SG/CADE. Inquérito Administrativo n.º 08700.006173/2020-16. Data: 22.01.2021.	§58
<i>CNA et al vs. Friboi et al</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Relator Conselheiro Luiz Fernando Schuartz. Data: 28.11.2007	§27
<i>FOHB vs. Expedia, Booking & Decolar</i>	CADE. Nota Técnica n.º 9/2018/CGAA22/SGA1/SG/CADE, Requerimento n.º 08700.006295/2017-07, Inquérito Administrativo n.º 08700.005679/2016-13, CADE, MJ. Proponente: Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hoteis Ltda.	§18
<i>ME CADE,</i>	CADE, MP/SP. Memorando de Entendimento n.º 29/2019. Processo n.º 08700.003492/2018-47. Data: 27.08.2019.	§41
<i>MP/ES vs. Postos de combustíveis</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 08012.008847/2006-17. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Data: 22.05.2015.	§71
<i>Neo TV vs. Globo</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 08012.003048/2001-31. Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo. Data: 27.02.2007.	§58
<i>Sadia & Perdigão</i>	CADE. Ato de Concentração n.º 08012.004423/2009-18. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Data: 08.06.2011.	§36
<i>SDE vs. Santher</i>	CADE. Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. Relator Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho. Data: 23.02.2011.	§29

Unimed Franca & Hospital Regional Franca vs. CADE. Ato de Concentração n.º 08700.003978/2012-90. Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Data: 03.04.2013. §36

Jurisprudência Internacional

Adriatica di Navigazione vs. *Comissão* Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (quinta seção) no processo T-61/99, entre recorrente Adriatica di Navigazione e recorrida Comissão das Comunidades Europeias. Data: 11.12.2003. §51

United States Colgate & Co. vs. Acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States vs. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300. Data: 02.06.1919. §75

United States National Malleable & Steel Castings Co. et al. vs. Acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States vs. National Malleable & Steel Castings Co et al.*, 358 U.S. 38 (1958). Data da decisão: 13.10.1958. §29

International Shoe Co. & FTC vs. Acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos. *International Shoe Co. & FTC*, 280 U.S. 291. Data: 06.01.1930. §35

Jurisprudência Judicial Brasileira

CADE Farmacêuticas vs. TRF1. Apelação Cível n.º 0043979-85.2007.4.01.3400. Sexta Turma. Relator Desembargador Kassio Marques. Data: 26.04.2012. §68

STF, HC 79.244-8/DF vs. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 79.244-8. Distrito Federal. Relator Ministro Supúlveda Pertence. Data: 23.02.2000. §41

Informativo 631 do STJ vs. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência n.º 631, 2018. §35

ROL DE DOCUMENTOS

Documento	Referência	Página*
Caso	Descrição e resumo do caso WICADE 2021	p. 3-8
Anexo 01	Nota Técnica n.º 02/2022/SG/LalaCADE no Processo 12345.678901/2021 da República Federativa de Lalaland, emitida em 6 de julho de 2021.	p. 9-36
Anexo 02	Glossário	p. 37-39
Anexo 03	Organograma Societário do Grupo Bubbles	p. 40
Evidência 01	E-mail do Diretor-Presidente da Operrá para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §91
Evidência 02	Tabela de precificação enviada pelas produtoras de conteúdo para a Sieste.	Anexo 01, §92
Evidência 03	E-mail do CEO da French Toast para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §95
Evidência 04	E-mail do Presidente da Madeleine para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §99
Evidência 05	E-mails da CEO da Sieste para as produtoras Operrá, French Toast e Madeleine.	Anexo 01, §101
Evidência 06	E-mail do Diretor-Presidente da Operrá para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §102
Evidência 07	E-mail do CEO da French Toast para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §102
Evidência 08	E-mail do Presidente da Madeleine para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §102
Evidência 09	Análise de metadados dos arquivos encaminhados pelas produtoras Operrá, French Toast e Madeleine para a CEO da Sieste.	Anexo 01, §105
Tabela 01	Tabela formada com base nas respostas das produtoras de conteúdo Dinar (Ofício n. 04/2021), Macies (Ofício n. 05/2021), Loretto (Ofício n. 06/2021), Solelo (Ofício n. 07/2021), Baccio (Ofício n. 08/2021), Operrá (Ofício n. 09/2021), French Toast (Ofício n. 10/2021) Madeleine (Ofício n. 11/2021), Felicce (Ofício n. 12/2021), Der Ring (Ofício n. 13/2021), Salomé (Ofício n. 14/2021), Carmen (Ofício n. 15/2021), La Traviata (Ofício n. 16/2021) e ProduBubbles (Ofício n. 17/2021) oficiadas em 19/05/2021 sobre suas práticas comerciais [<i>Anexo 01</i> , §23].	Anexo 01, §24

Tabela 02 Aponta a distribuição do mercado de produtores terceiros cadastrados nas diferentes plataformas agregadoras de conteúdo com base nas respostas compiladas na Tabela 01 [Anexo 01, §33]. Anexo 01, §33

*Paginação respectiva à versão retificada com esclarecimentos.

ÍNDICE DE DEFINIÇÕES

Conceito	Definição
Abuso de Posição Dominante	Conduta que implica infração à ordem econômica ou que significa abuso do poder econômico - especificamente, da liberdade econômica, de livre iniciativa e de concorrência -, com enquadramento jurídico derivado do princípio civil do abuso de direito; portanto, conduta não necessariamente culposa. [art. 36, LDC; art. 187, CC; art. 170, IV, CF; Pontes de Miranda, t. I, 2012, p. 165; Forgioni, 2020, p. 275; Caio Mário, Casagrande, 2016, p. 138].
CEO da Inova	Mark Zuckenburger, <i>chief executive officer</i> da Inova.
Diretor Comercial da Inova	Toninho Stark, diretor comercial da Inova.
Inquérito Administrativo	Instaurado em 30 de março de 2021, de acordo com a nota técnica n.º 01/2021, acolhida pelo despacho n.º 02/2021, para apurar condutas passíveis de enquadramento no art. 36, I a IV, e §3º, III, IV, V e IX da Lei Antitruste de Lalaland, e X, XI e XVIII em relação à Bubbles [Caso, p. 9].
Representada	Inova, representada no Processo 12345.678901/2021 da República Federativa de Lalaland, emitida em 6 de julho de 2021 pela Superintendência-Geral do LalaCADE [Anexo 01, p. 8, §1º].
Representadas	Bubbles e Inova, representadas no Processo 12345.678901/2021 da República Federativa de Lalaland, emitida em 6 de julho de 2021 pela Superintendência-Geral do LalaCADE [Anexo 01, p. 8, §1º].
<i>Market Share</i>	É a parcela, fração ou participação no mercado detida por um agente econômico [Forgioni, 2020, p. 281].
Mercado Relevante	Espaço comercial de bens ou serviços dependente do agente econômico em análise, delimitado por quem são e onde estão localizados os seus concorrentes, e fundamental para a tomada de decisões pelo LalaCADE [art. 36, II, LDC; Mattos, 1998, p. 2; Pagotto, 2009, p. 9]. A delimitação do mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade, entre outras, da empresa resultante da operação. O CADE pode definir os limites do mercado relevante ou deixar sua definição em aberto, em especial quando houver baixa concentração em todos os cenários possíveis, considerando diferentes delimitações geográficas e/ou de produtos. Ademais, a identificação dos possíveis efeitos competitivos envolve avaliar condicionantes que, por vezes, estão fora do mercado relevante pré-definido. Assim, seu delineamento não vincula o CADE, seja porque é um mero

instrumento de análise, seja porque o mercado é dinâmico [CADE, 2016, p. 13].

Mercado das Agregadoras	Mercado Relevante identificado e definido pelo LalaCADE como o “mercado de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses, em que os usuários finais remuneram as plataformas agregadoras por utilização do conteúdo específico (on demand, modelo pay-per view) ou através do pagamento de uma remuneração periódica para ter acesso a todo o conteúdo por ela disponibilizado (assinatura)” [Anexo 01, §27, (i)].
Mercado das Produtoras	Mercado Relevante identificado e definido pelo LalaCADE por “mercado das produtoras de conteúdo, que necessitam da plataforma para distribuir o conteúdo entre os usuários do outro lado, sendo remuneradas através de um rebate da remuneração pelos direitos autorais por elas detido” [Anexo 01, §27, (ii)].
Mercado das Produtoras Francesas	Mercado Relevante definido pela segmentação do Mercado das Produtoras em relação, envolvendo apenas as Produtoras Francesas e as agregadoras que contratam com estas, distribuindo óperas francesas.
Mercado de Publicidade Online	Mercado Relevante de publicidade <i>online</i> , autônomo do <i>offline</i> , identificado pelo LalaCADE em recente Ato de Concentração 12345.190976/2021, em que empresas como Facebook e Google tem Posição Dominante [Anexo 01, §19]
Nota Técnica	Nota Técnica n.º 02/2022/SG/LalaCADE no Processo 12345.678901/2021 da República Federativa de Lalaland, emitida em 6 de julho de 2021 pela Superintendência-Geral do LalaCADE.
Negócio Jurídico	Ato jurídico lato sensu de autonomia unilateral ou bilateral com força normativa, de autorregulamento de interesses privados, cujo suporte fático é a declaração de vontade [art. 104-114, CC; Pontes de Miranda, t. I; Couto e Silva, 2006, p. 72; Veloso, 2005, p. 9-10].
Poder de Mercado (<i>Market Power</i>)	É o poderio econômico de determinada empresa que permite atuação independente e indiferente em relação à concorrência ou que consiga obrigar outrem a fazer algo que não faria em um mercado competitivo, bem como o poder de aumentar os preços sem reduzir significativamente as vendas [Forgioni, 2020, p. 271, 281; Hovenkamp, 1994, p. 79].
Processo Administrativo	Processo n.º 12345.678901/2021 instaurado em 06.07.2021 pela Superintendência-Geral de LalaCADE com o objetivo de apurar denúncia feita por Consumidores Online, Sieste e Produtores Unidos Jamais Serão Vencidos S/C contra a Bubbles e a Inova [Anexo 01, §1].

Produtoras	Por Produtoras nos referimos ao conjunto das empresas: Dinar, Macies, Loretto, Solelo, Baccio, Operrá, French Toast, Madeleine, Felicce, Der Ring, Salomé, Carmen, La Traviatta e ProduBubbles.
Produtoras Francesas	Operrá, French Toast e Madeleine.
Produtores Unidos	Associação de produtores de conteúdo - Produtores Unidos Jamais Serão Vencidos S/C - capitaneada pela gigante do entretenimento Dinar. [<i>Caso</i> , §19].
Posição Dominante	A posição de uma empresa em um determinado mercado relevante pode ser qualificada como dominante quando são preenchidos, disjuntivamente, os seguintes suportes fáticos: (i) unilateralmente ou (ii) coordenadamente, a empresa deter capacidade de alterar as condições de mercado; (iii) unilateralmente ou (iv) conjuntamente com outras, a empresa deter controle de 20% ou mais de um mercado relevante. [<i>art. 36, §2º, LDC; Caio Mário, Casagrande, 2016, p. 136-137</i>].

FATOS

1. Trata-se de processo administrativo instaurado em 06 de julho de 2021 (“Processo Administrativo”) pela Superintendência-Geral do LalaCADE de Lalaland (“SG”) com a finalidade de apurar denúncias contra a Inova (“Representada”), plataforma de tecnologia de Lalaland [*Caso*, §3º; *Anexo 01*, §1º]. Para mais, a Representada, atua no ramo da produção e distribuição de eventos culturais (óperas) e de espetáculos circenses *on demand*, sob sistema de venda *pay per view*, aos consumidores de Lalaland. Os eventos culturais, desenvolvidos pelas empresas produtoras (“Produtoras”), são levados ao grande público pelas empresas agregadoras (“Agregadoras”).
2. Ocorre que, em fevereiro de 2021, a Inova foi denunciada injustamente pela Sieste, agregadora de óperas em francês, assim como pelas associações Consumidores Online e Produtores Unidos Jamais Serão Vencidos S/C (“Produtores Unidos”) [*Anexo 01*, §3º, 6º], pela prática de ilícitos anticoncorrenciais. Especificamente, as denúncias foram por: **(I)** prática unilateral de (1) imposição de MFN a Produtoras; e **(II)** práticas colusivas, quais sejam, (2) formação de cartel e (3) adoção de conduta comercial uniforme em um boicote coletivo à plataforma agregadora de conteúdo Sieste [*Anexo 01*, §3º, 6º].
3. A Ex^{ma} SG, em sua Nota Técnica 02/2022, emitida quando da instauração do Processo Administrativo (“Nota Técnica”), já concluiu, com relação à Inova, pelo arquivamento das acusações referentes à (1) imposição de cláusula MFN abusiva e à (2) formação de cartel. Não obstante, ainda que a SG tenha concluído pela condenação da Inova quanto à prática de (3) incentivo ao boicote à Sieste, restará demonstrado que esta infração não foi caracterizada
4. Pelas razões a seguir expostas, este Tribunal deve entender pelo arquivamento de todas as acusações contra a Representada. Quanto a (1), primeiramente, não há falar em conduta unilateral anticoncorrencial sem Posição Dominante e, ainda, sequer restou demonstrada a pactuação de MFN, tampouco seus efeitos anticompetitivos. Em relação a (2), não houve formação de cartel, tendo em vista que a alteração no modelo de negócios se deu, de modo lícito, por razões economicamente racionais, sendo que as provas são insuficientes para caracterizar a existência de conluio. Por fim, quanto a (3), não há falar em indução ao boicote coletivo, seja porque a Inova não detém Poder de Mercado suficiente para coordenar a conduta das produtoras, seja porque as produtoras agiram dentro de sua liberdade de contratar e distratar e, especialmente, porque as provas existentes são insuficientes para caracterizar o conluio.

1. A INOVA NÃO COMETE ABUSOS ANTICONCORRENCIAIS CONTRATUAIS

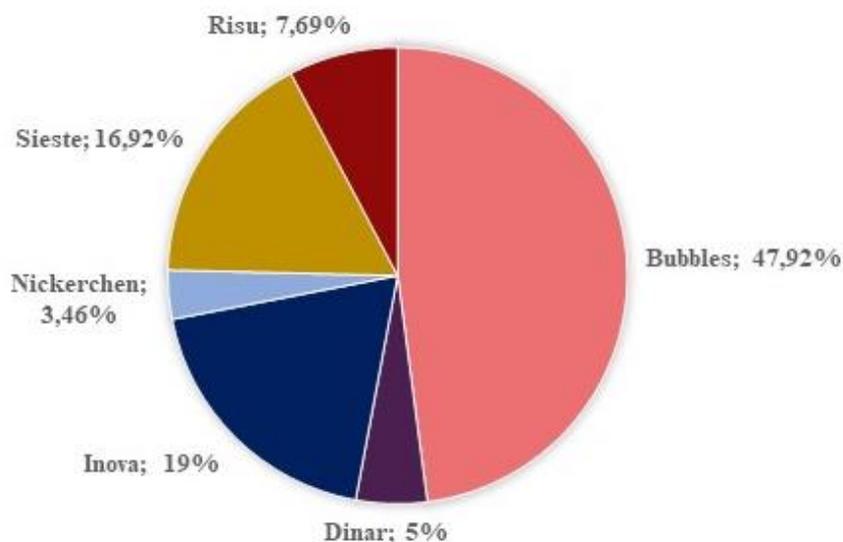
5. A denúncia feita pela Produtores Unidos a respeito da alegada imposição de cláusula de MFN, por parte da Inova em suas relações com produtoras, não deve ser acolhida. Isso, porque em se tratando de uma conduta unilateral, é necessário que seja comprovada a posição dominante e o abuso desta por parte da empresa acusada, ambos os requisitos não preenchidos no caso concreto (1.1). Em verdade, não há qualquer infração à ordem econômica, pois sequer restou comprovada a existência de MFN supostamente imposta pela Inova, ou demonstrados quaisquer efeitos anticompetitivos oriundos da prática denunciada pela Produtores Unidos (1.2).

1.1. A REPRESENTADA NÃO DETÉM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO DAS PRODUTORAS

6. A Inova não deve ser condenada pela alegada imposição de cláusula de MFN às produtoras contratantes. Isso, porque, para que se produza efeitos econômicos negativos significativos por meio da adoção de condutas anticompetitivas, há o pressuposto de que o agente acusado detém Posição Dominante no Mercado Relevante e abusa dessa condição, o que não ocorre *in casu*.
7. A Posição Dominante é assentada na existência de efetivo poder de mercado e do grau de pressão concorrencial existente, avaliado conforme a gradação de poder detida [Ferro, 2015, p. 316-317; Hovenkamp, 2017, p. 61-62; Whish, Bailey, 2012, p. 180]. Desse modo, parcelas substanciais de mercado presumivelmente concedem maiores poderes econômicos e concorrenciais, gerando responsabilidades especiais [art. 36, §2º, LDCL; Forgioni, 2020, p. 272].
8. Ocorre que, deter Posição Dominante não é um ilícito, somente o seu abuso [Forgioni, 2020, p. 272]. O Abuso de Posição Dominante ocorre quando o agente utiliza de seu Poder de Mercado para praticar condutas anticoncorrenciais [Caio Mário, Casagrande, 2016, p. 138; Gaban, Domingues, 2016, p. 114; CADE, 2016, p. 9]. Ao revés, diminutas porções de mercado impedem que as condições mercantis sejam alteradas por atos do detentor ou que causem prejuízos à concorrência [Forgioni, 2020, p. 137; Hovenkamp, 1994, p. 241, 244; Siragusa, 1980, p. 475]. Nesse sentido, o *Market Share* que trata a lei é presumido quando o agente controla, ao menos, 20% do Mercado Relevante em questão [art. 36, §2º, LDCL; Caio Mário, Casagrande, 2016, p. 137; CADE, 2016, p. 8].
9. E, apesar do percentual de 20% ser presunção *iuris tantum* [art. 36, §2º, LDCL; Caio Mário, Casagrande, 2016, p. 137], o *Market Share* para fins de verificação da existência de Posição Dominante deve ser analisado em relação ao dos concorrentes [Zanchetta, 2018, p. 78-79; Gaban, Domingues, 2016, p. 106]. Isto é, para a caracterização da Posição Dominante, não basta a maior parcela do mercado, mas, sim, o maior poder econômico frente aos outros *players* [Forgioni, 2020, p. 272; CADE, 2016, p. 9].

10. No caso em comento, Bubbles, Dinar, Inova, Nickerchen, Sieste e Risu são Agregadoras do Mercado das Produtoras de Lalaland [Tabela 02]. Para mais, a partir da análise de concentração de poder no que tange à distribuição do Mercado das Produtoras, tem-se que a Inova detém meros 19% de participação, ao passo que a Bubbles, aproximadamente 48% [Tabela 02; Anexo 01, §34], o que evidencia a sua Posição Dominante nesse mercado. *Vide* o gráfico:

Participação das Agregadoras no Mercado das Produtoras



11. Assim, eventual Abuso de Posição Dominante deve ser investigado apenas quanto à Bubbles, dado que somente o seu *Market Share* destaca-se quando em comparação com os demais. A parcela restante do Mercado Relevante é pulverizada entre as demais Agregadoras. A Sieste, por exemplo, detém 16,92% do Mercado de Produtoras, percentual muito próximo ao da Representada [Tabela 02].
12. À vista disso, se não há Posição Dominante, a adoção ou não de cláusula de paridade pela Representada, ainda que informal, como *in casu*, não gera preocupações concorrenciais [Anexo 01, §40]. Nesse sentido, inclusive, concluiu a Ex.^{ma} SG que a “ausência de poder de mercado da Inova faz com que sua conduta não produza efeitos significantes no mercado relevante” [Anexo 01, §53]. Portanto, tendo-se em vista que a Inova não dispõe de Posição Dominante no Mercado das Produtoras, deve ser arquivada acusação denunciada de imposição de cláusula MFN.

1.2. A INOVA NÃO IMPÕE CLÁUSULA DE MFN

13. Mesmo diante de uma eventual contestação acerca da Posição Dominante da Inova, não há falar em adoção de MFN, tampouco infração à ordem econômica. Isso, porque a acusação dirigida à

Representada baseia-se nos incorretos pressupostos de que um acordo informal, ou “acordo de cavalheiros”, é um Negócio Jurídico vinculante, bem como que a MFN resulta em prejuízos à concorrência. A bem verdade é que a Inova jamais impôs cláusula de paridade às suas parceiras negociais [Anexo 01, §40].

14. A um, na esfera comercial é corriqueiro que sejam feitas tratativas econômicas, anúncios de publicidade, informes de prospecções do mercado e demonstrativos de produtos a clientes, o que faz com que haja simples obrigações morais entre os contratantes conhecidas como “*acordos de cavalheiros*” ou “*gentleman agreements*” [Martins-Costa, 2008, p. 4; Benfatti, 2019, p. 2]. Quando há essa declaração de intenções, a vontade se manifesta meramente por cortesia entre as partes, não havendo o acordo de cavalheiros a força vinculante de um negócio jurídico [Nery Jr., 2014, p. 7; Benfatti, 2019, p. 2; Martins-Costa, 2008, p. 4].
15. *In casu*, conforme consta da Nota Técnica, nunca houve, em nenhum contrato celebrado pela Inova, qualquer cláusula que se assemelhe a uma MFN [Anexo 01, §40]. Não se negam os pedidos da Inova para que as produtoras parceiras oferecessem a ela as mesmas vantagens comerciais, preços e promoções àquelas oferecidos a terceiros ou em plataformas próprias [Anexo 01, §40]. Contudo, isso não passa de uma busca por melhores condições comerciais, comum nas relações negociais. É exatamente nesse contexto que deve ser inserido o episódio relatado pela French Toast, a qual estava disponibilizando promoções a outros canais que não haviam sido ofertadas à Inova, conduta essa que gerou, de fato, um descontentamento por parte da Representada [Anexo 01, §47].
16. A bem verdade é que nunca houve nenhuma disposição contratual que obrigasse as produtoras parceiras a estender quaisquer ofertas para a Inova, fato corroborado pelas informações prestadas pela Der Ring, parceira negocial da Representada [Anexo 01, §48]. Isso, porque não havia nenhum vínculo jurídico oriundo dos acordos de cavalheiros, detendo a Inova sequer legitimidade para exigir seu cumprimento pois estes não passavam se de meros ajustes informais que visavam a reforçar a relação de confiança e camaradagem entre a Inova e as produtoras parceiras [Anexo 01, §48]. Logo, diante a inexistência de consequências, muito menos consequências danosas à concorrência, não há falar em infração à ordem econômica.
17. A dois, mesmo que estivéssemos diante de uma efetiva cláusula de MFN, sua adoção não significaria necessariamente uma prática anticoncorrencial. Tais cláusulas funcionam apenas como proteção a investimentos verticais, produzindo, inclusive, efeitos pró-competitivos, ao incentivarem a entrada de novos *players* no mercado [Crémer, Montjoye e Schweitzer, 2019, p. 5; Forgioni, 2020, p. 372-380]. Portanto, esses mecanismos legítimos devem ser analisados considerando sua eficiência e se há ou não dano potencial à concorrência; não sendo a MFN um ilícito *per se*.

18. Nesse sentido, as principais consequências benéficas da MFN são: (i) a redução dos custos de transação; (ii) a redução do problema do *showrooming*; e (iii) a prevenção do “efeito carona”. Exatamente por isso, entendeu o CADE, no caso FOHB vs. Expedia, Booking & Decolar, que as justificativas econômicas das cláusulas de paridade seriam suficientes para compensar eventuais efeitos anticompetitivos produzidos no mercado.
19. Em primeiro, ocorre a redução dos custos de transação – aqueles em que a empresa incorre antes mesmo da realização do negócio [Coase, 1990, p. 39] – em razão da mitigação do potencial concorrencial da variável preço, atrelada à inclusão da MFN, permitindo que o enfoque concorrencial recaia sob efeitos intrínsecos dos bens e serviços ofertados ao mercado [Baker, Chevalier, 2013, p. 22]. Por conseguinte, a pactuação de MFN é meio hábil a fomentar a oferta de condições ao consumidor vez que estimula os fornecedores a investir em outras variáveis competitivas [Lima, 2014, p. 24-25].
20. Em segundo, em relação ao *showrooming*, a MFN incrementa a segurança de investimentos em uma plataforma [Crémer, Montjoye e Schweitzer, 2019, p. 6; Vandenborre, Frese, 2015, p. 333-348]. Diante da possibilidade de *multi-homing* pelos usuários, o *showrooming* atua enquanto uma vitrine, permitindo que os usuários pesquisem bens e serviços variados em uma única plataforma, acarretando na comparação de preços e demais diferenciais competitivos sem que a transação seja concluída plataforma original [Wright, Wang, 2020, p. 34-35]. Assim, inserção de MFN torna-se relevante para evitar o desvio de consumidores para outro ambiente de compra, facilitando a conclusão das transações e protegendo o investimento realizado pela plataforma-vitrine [Nascimento, 2020, p. 36].
21. Em terceiro, no que tange ao “efeito carona”, situação na qual determinado agente econômico se aproveita indevidamente de vantagem competitiva desenvolvida por outro *player* [Ross, 2001, p. 225; Forgioni, 2020, p. 379], a MFN serve para evitar que o “caronista” se aproprie indevidamente do investimento de terceiro para promover seu próprio negócio [Crémer, Montjoye e Schweitzer, 2019, p. 5]. Tendo a garantia de que usufruirá das melhores condições possíveis, o contratante parceiro terá incentivos maiores para investir no contratado, sabendo que seus concorrentes jamais estarão em situação mais vantajosa [Nascimento, 2020, p. 36].
22. Logo, a um, a adoção de um acordo de cavalheiros, não vinculante juridicamente e sem quaisquer efeitos práticos, não pode originar a responsabilidade da Inova. A dois, mesmo que estivéssemos diante de uma efetiva cláusula de MFN, esta não significaria uma imediata infração à ordem econômica. Isso, porque tais cláusulas funcionam apenas como proteção a investimentos verticais, não se caracterizando como um ilícito concorrencial apto a ensejar a condenação da Inova.

23. POR TODO O EXPOSTO NO PONTO 1., requer-se o arquivamento das acusações imputadas à Inova, pela adoção de cláusula de MFN, tendo em vista que a Representada não possui posição dominante no mercado relevante, e ainda que tivesse, não adotou cláusula de MFN nos seus contratos.

2. A INOVA, CONSCIENTEMENTE, PRESERVA O MERCADO

24. A Inova, para superar a sua crise econômica, alterou seu plano de negócios a partir de condutas lícitas, de maneira a assegurar efeitos econômicos e sociais líquidos positivos à Lalaland (2.1). Ademais, resguardados os princípios penais-processuais e constitucionais incidentes no processo administrativo sancionador do LalaCADE (2.2.1), em consonância com o entendimento da SG, por ausência de indícios razoáveis para a sua condenação, deve-se arquivar, em relação à Inova, a denúncia de respectivas condutas entendidas como práticas colusivas (2.2.2).

2.1. A INOVA ADOTOU CONDUTAS ECONÔMICAS COM EFEITOS LÍQUIDOS POSITIVOS

25. A Representada sofreu uma queda de 15% da sua base de assinantes durante a pandemia da COVID-19 [*Caso*, §16], diminuindo sua liquidez e tendo consequentes dificuldades em pagar suas fornecedoras [*Esclarecimentos*, §7^o]. Diante disso, a Inova, a fim de minorar seus prejuízos, altera seu plano de negócios, assimilando estratégia econômica já recepcionada pelo mercado [*Caso*, §12]. Nesse sentido, a Representada adotou estratégias que privilegiam suas atividades empresariais de maneira a gerar impacto líquido positivo ao Mercado das Agregadoras e ao Mercado das Produtoras.

26. A condenação de agentes por formação de cartel apenas deverá incidir quando existir todo o respectivo suporte fático [*Pontes de Miranda, t. I, 2012, p. 84*], que é composto por: (i) ocorrência de um “*paralelismo plus*”; (ii) com racionalidade econômica primordial de eliminação da concorrência de maneira a haver incidência do art. 36 da LDCL [*Forgioni, 2020, p. 351; Gaban, Domingues, 2016, p. 227, 231*]. Ademais, a punição deve levar em conta consequentes “*efeitos líquidos negativos*” relevantes ao mercado [*art. 45, LDCL, V, VI; Caio Mário, Casagrande, 2016, p. 51*].

27. Destarte, tem-se entendido, primeiramente, pela necessidade de comprovação de um “*paralelismo plus*”, isto é, de uma constatação de conduta uniforme correlacionada a fortes indícios ou contundentes provas de um acordo para a uniformização de condutas entre os agentes econômicos [*Gaban, Domingues, 2016, p. 229*]. Logo, um simples paralelismo de condutas, mesmo que praticado de modo consciente, não pode ser interpretado como um ilícito *per se* ou ser justificado pela mera probabilidade de um acordo tácito entre os agentes [*CNA et al vs. Friboi et al; Turner, 1962, p. 655; Gaban, Domingues, 2016, p. 230*].

28. Considerando a licitude da congregação entre agentes econômicos [art. 5º, XVIII, art. 8º, art. 174, §2º, CF], a prova da ocorrência de uma reunião entre estes não indica, necessariamente, a existência de acordos colusivos [Forgioni, 2020, p. 353; Gaban, Domingues, 2016, p. 227]. Assim, o movimento comum de dois agentes apenas pode ser entendido como indício suficiente de acordo tácito quando ele, persistentemente, aumentar preços sem motivação econômica de aumento de custos [Sampaio, 2005, p. 6].
29. A motivação econômica para um paralelismo de condutas pode ser consequência de uma prática de “*price leadership*”, a implicar processo normal de adaptação concorrencial como resposta aos estímulos do mercado [Forgioni, 2020, p. 361, 363]. Do ponto de vista da racionalidade econômica, o paralelismo de preços pode ser justificado pela expectativa de obtenção de lucros com a decisão de seguir o preço do líder, enquanto reflexo de uma política interna de aumento de receitas da empresa [SDE vs. Santher]. Assim, havendo embasamento econômico e estratégico para a conduta da empresa, ocorre paralelismo consciente de condutas, que não caracteriza, necessariamente, infração à ordem econômica [SDE vs. Santher; United States vs. National Malleable e Steel Castings Co. et al.; Hylton, Chen, 1999, p. 21].
30. *In casu*, a Inova estreou sua plataforma com modelo de negócios diferente ao adotado pela pioneira Bubbles [Caso, §14]. A Bubbles lucrava ao disponibilizar o que era fornecido pelas Produtoras, por meio de retenção de comissão referente a percentual do valor arrecadado com *pay per view* [Caso, §7]. Ao contrário, a Inova só aferia renda com os conteúdos originais, não recebendo comissão alguma mediante a disponibilização de conteúdo das Produtoras, inclusive tendo que arcar com custos provenientes dos contratos de licenciamento com estas [Caso, §14].
31. Nesse cenário, enquanto a Bubbles triplicava seu faturamento por meio de renegociação com as Produtoras para aumentos percentuais de suas comissões no início do período da pandemia de COVID-19 [Caso, § 12], a Inova apenas declinava [Caso, §16]. Diante disso, não restavam alternativas à sobrevivência da Inova, senão reestruturar seus negócios. Logo, a Representada remodelou suas atividades de acordo com estratégias já exitosas no mercado, isto é, de maneira semelhante à estrutura desenvolvida pela Bubbles [Caso, §16].
32. Não obstante, o fato de a Bubbles e a Inova terem participado da Feira de Mercado Digitais em momento anterior à reorganização econômica da Inova [Anexo 02, §62-69] não tem como implicação lógica necessária a conclusão por formação de qualquer acordo – tácito ou expresso – colusivo entre ambas. O que é corroborado ainda pelo propósito do evento: não era um evento de negócios, mas educacional, com objetivo de proporcionar aos participantes conhecimentos sobre negócios no mercado digital [Caso, §65].

33. Em verdade, o paralelismo consciente da Inova em relação à Bubbles, pela adoção do mesmo percentual comissional desta [Caso, §16] configurou *price leadership*. Contudo a respectiva conduta não satisfaz os preceitos do paralelismo *plus*, visto que os ajustes negociais da Inova são decorrentes de uma decisão unilateral de racionalidade econômica não-anticoncorrencial, significando apenas um movimento natural do mercado.
34. Para mais, a partir da *Failing Firm Defense* (teoria doutrinária-jurisprudencial do direito concorrencial), infere-se que possíveis efeitos anticoncorrenciais gerados pela aquisição de uma empresa em crise por sua concorrente (ato de concentração) são mitigados quando em colisão aos inexoráveis efeitos negativos ao mercado, em função da potencial falência de uma empresa se a operação não ocorresse [Scalzilli, Spinelli, Tellechea, 2018, p. 447-448; Oliveira Jr., 2011, p. 6; Miranda, Rocha, 2014, p. 5]. Efeitos esses derivados de crises empresariais, para cuja contenção criou-se o instituto da recuperação judicial, que tem como princípio basilar a preservação da empresa, sob a perspectiva de que “a empresa é a célula essencial da economia de mercado e como tal cumpre relevante função social”, qual seja, o exercício de atividade lucrativa [art. 47, LREF; Scalzilli, Spinelli, Tellechea, 2018, p. 124-125].
35. Em uma interpretação sistemática da LREF e da LDCL, diante de ausência de previsão normativa expressa da *Failing Firm*, é necessário ponderar-se entre os princípios da preservação da empresa, da função social e da liberdade econômica, de modo a se tutelar, ao mesmo tempo, a coletividade – ao manter-se a fonte produtora e os postos de trabalho –, o mercado e os interesses privados dos credores da empresa [International Shoe Co. vs. FTC; Informativo 631 do ST], 2018, p. 6; Bensal, 2015, p. 1-2; Bezerra Filho, 2021, cap. III; Oliveira Jr., 2011, p. 16].
36. Portanto, sob perspectiva jurídica contratual, os princípios da preservação e da função social da empresa implicam a tutela à própria liberdade de contratar – “faculdade que tem cada um de decidir se quer, e com quem quer, realizá-lo” [Conto e Silva, 2006, p. 26] –, pois asseguraram o *pacta sunt servanda* por meio da restauração de condições negociais que tornam possível o adimplemento para com os credores [art. 421, 425, CC; Gomes, 2019, cap. III; Tepedino, Konder, Bandeira, 2010, cap. II; Rodrigues, Régis, 2020, p. 359]. Por outro lado, assim como entendido pelo CADE nos casos Sadia & Perdigão, e Unimed Franca & Hospital Regional Franca, quando a empresa recuperanda, a fim de preservar seu funcionamento, for capaz de reorganizar suas estruturas negociais de outra forma, que não da venda de seu poder de controle a concorrentes, a Teoria do *Failing Firm* não pode ser aplicada [Miranda, Rocha, 2014, p. 8].
37. Nesse contexto, a Inova em crise e, hoje, recuperanda judicial [Caso, §16; Esclarecimentos, §79], entendeu que a cogitada operação de aquisição da Inova pela Bubbles [Anexo 02, §81], conforme

relatada pelo Diretor Comercial da Inova [*Anexo 02, §81*], poderia afetar a livre concorrência e, ademais, acabar invalidada pelo LalaCADE, por não ser justificada pela Teoria do *Failing Firm*. Isso, porque havia solução adversa a ser tomada para se superar da sua crise: a reestruturação do seu plano econômico. Logo, resta que as condutas paralelas da Inova significaram, nos termos da *Failing Firm*, a melhor estratégia de mercado, visto que considerou diversas variáveis econômicas, dentre elas, a manutenção das próprias atividades e dos contratos com as produtoras contratantes.

38. Por conseguinte, a Inova não formou cartel com a Bubbles, visto que o respectivo suporte fático de colusão horizontal não é preenchido. Isto é, as condutas da Inova (i) não são consequências de qualquer acordo firmado com Bubbles, mas, sim, de conduta unilateral sob (ii) racionalidade econômica lícita de preservação da empresa, com consequentes efeitos líquidos positivos tanto ao Mercado das Agregadoras quanto ao Mercado das Produtoras.

2.2. A DENÚNCIA POR PRÁTICA DE CARTEL DEVE SER ARQUIVADA

39. Para além fatos de direito material acima expostos, que demonstram o não-preenchimento do suporte fático de formação de cartel, na análise e na investigação processuais das provas indiciárias pelo LalaCADE, devem ser observados os princípios e direitos processuais-penais e constitucionais, sob pena de nulidade da decisão (2.2.1.). Nesse sentido, a SG já se manifestou no sentido de não haver indícios razoáveis à constatação de que a Inova formou cartel, entendendo não ser nem mesmo necessária a produção de mais provas (2.2.2.).

2.2.1. O processo administrativo sancionador do LalaCADE deve observar os princípios processuais-penais e constitucionais

40. O processo administrativo sancionador do LalaCADE deve ser conduzido em conformidade com os princípios processuais-penas e constitucionais, dentre eles, a presunção de inocência, a garantia ao contraditório e à ampla defesa, o direito ao silêncio, o princípio do *in dubio pro reu*, e a inviolabilidade do sigilo de dados telefônicos. Consequentemente, o encargo probatório é do investigador, não podendo se presumir a não-colaboração da Inova com a investigação em seu prejuízo.
41. A formação de cartel é analisada pelo LalaCADE sob a conotação de infração administrativa [*art. 36, caput, §3º, I, LDCL; ME CADE, MPSP*]. E, em razão da natureza sancionadora do respectivo processo administrativo, o qual visa a apuração de uma conduta penalmente tipificada, são incidentes as garantias fundamentais constitucionais [*art. 1º, LDCL; art. 4º, I, Lei 8.137/90, Gilberto, 2008, p. 53-54*] Assim, devem ser respeitados os princípios da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e do *in dubio pro reo*, que demandam que uma decisão por

- condenação com fundamentos praticamente irrefutáveis sobre a culpa do acusado [art. 5º, LV, LVII, CF; STF, HC 79.244-8/DF; Gaban, 2010, p. 3-4; Pacelli, 2021, p. 43; Giacomolli, 2014, p. 94].
42. O direito silêncio deriva do princípio *nemo tenetur se detegere* – de não-produção de provas contra si –, e deve ser interpretado em adjunção à previsão fundamental da inviolabilidade do sigilo de dados telefônicos [art. 5º, XII, LXIII CF; Gilmar Mendes, 2018, p. 651]. Por essa razão, havendo justificativas razoáveis, não devem incidir as multas aplicadas pelo LalaCADE diante da recusa de um administrado à apresentação de documentos respectivos a esses dados [art. 13, VI, a, art. 40, art. 43, LDCL; Queijo, 2012; p. 25; Malaquias, 2014, p. 2; Sundfeld, 2013, p. 14].
43. Logo, infere-se que a autoridade antitruste deve obter as provas necessárias à condenação por infrações administrativas abstendo-se da prerrogativa da colaboração processual ativa dos denunciados; isto é, sem contar com uma inversão do ônus da prova nas investigações [Gaban, 2010, p. 4]. Para mais, não se pode interpretar as recusas do oficiado como conduta de má-fé, uma vez que estaria apenas resguardando a sua privacidade e dignidade, que, ademais, também deve ser finalidade essencial de qualquer processo administrativo [Sundfeld, 2013, p. 16; Malaquias, 2014, p. 12]. Má-fé essa em sentido oposto à boa-fé subjetiva, sendo esta entendida como o estado psicológico em que se atua sem consciência de lesão a direitos ou interesses alheios [Martins-Costa, 2018, p. 180].
44. *In casu*, a SG, por meio dos ofícios de n.º 35 a 44/2022, solicitou aos diretores das Representadas que apresentassem as suas contas telefônicas e eventuais conversas por aplicativo de mensagem em período anterior à alteração do modelo de negócios da Inova [Anexo 02, §§76, 79]. De modo cooperativo com a investigação, o Diretor Comercial da Inova apresentou sua conta da operadora Atchim, ao passo que o CEO da Inova, não conseguiu apresentar a sua, mas apenas porque a sua operadora, a Call Me, estava com problemas internos de dados [Anexo 02, §77]. Não obstante as negativas dos diretores da Inova em apresentar as suas conversas por aplicativos, solicitadas pela SG por meio dos ofícios de n.º 40 a 44/2022 [Anexo 02, §§76, 81], tal escolha traduz-se no direito das partes à manutenção de suas negociações privadas em sigilo [Anexo 02, §80].
45. Por conseguinte, não tendo a SG se desincumbido do seu ônus da prova, não se pode presumir que a não-apresentação de algumas informações por parte da Representada seja interpretada em seu desfavor, até porque esta agiu conforme o ditame da boa-fé. A SG, a seu turno, manteve-se, no Processo Administrativo, atuante nos limites dos princípios processuais-penais e constitucionais, optando por não aplicar sanção à não-apresentação de algumas das provas solicitadas, diante de razoável justificativa para a opção dos diretores.

2.2.2. A Superintendência-Geral não encontrou indícios razoáveis para a condenação da Inova por cartel

46. A instrução processual culminou na coleta de provas suficientes para o entendimento da SG pelo arquivamento da denúncia de conluio entre Bubbles e Inova realizada pela Consumidores Online [Anexo 01, §108]. O arquivamento ocorre sob a *ratio* de que o órgão antitruste não deve punir condutas empresárias sob objetivos diferentes ao de se preservar a economia e a livre iniciativa.
47. Em primeiro lugar, destaca-se que, se oficiado pela SG, determinados documentos não forem apresentados pelo agente inserido em uma investigação de cartel, excepcionalmente, na presença de indícios razoáveis, o Superintendente-Geral poderá requerer ao Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao LalaCADE (PROLalaCADE), na esfera cível, mandados de busca e apreensão [art. 13, VI, d, LDCL; CADE, 2017, p. 26]. Em segundo lugar, entende-se que as provas indiciárias – indiretas, avaliadas por indução –, de regra, têm reduzido valor probatório [Didier Jr., Braga, Oliveira, 2019, p. 83; Silveira, 2021, p. 179]. Isto é, provas indiciárias ou circunstanciais permitem conclusões apenas probabilísticas, o que interfere no seu grau de veracidade e credibilidade [Abellán, 2010, p. 139; Taruffo, 2008, p. 138-140; Pitta, 2015, p. 84]. Portanto, para que um julgador, em um caso de potencial cartel, possa fundamentar sua sentença em indícios, ele deverá valorar as provas ao avaliar as motivações racionais dos agentes; em caso de incerteza, o julgamento deverá ser favorável ao réu [2.2.1., acima; Silveira, 2021, p. 181, 191].
48. Sob este pressuposto, a SG arquivou a denúncia de formação de cartel, pois “*não foram encontrados indícios suficientes de infração à ordem econômica*” [Anexo 01, §108], e o fez sem nem mesmo ter expedido mandado de busca e apreensão dos telefones dos diretores das Representadas para poder ter acesso às mensagens de texto solicitadas, ou esperado o prazo de três meses dado pela Call Me para o envio da conta telefônica de Mark Zuckerberg [Anexo 01, §§76,82]. Isso, pois a SG considerou suficientes, para a instrução processual, as provas até então coletadas por meio dos ofícios [Anexo 01, §82]. Por fim, a SG constatou que a Consumidores Online, denunciante das Representadas em relação à conduta colusiva, sequer “*trouxe nos autos qualquer evidência de conluio*” [Anexo 01, §55].
49. Convém destacar que, no caso CADE vs. Farmacêuticas, o TRF-1 manteve decisão que desconstituiu acórdão do CADE por nulidade material, sob o fundamento de que a condenação das representadas ocorreu sem qualquer lastro probatório. Entendeu-se que a existência de meros motivos econômicos para um conluio não deduz, como consequência lógica necessária, a efetiva adoção de medidas concretas a fim de um controle abusivo do mercado [CADE vs. Farmacêuticas]. Logo, prezando-se pela segurança jurídica da decisão administrativa, deve-se procurar afastar

possíveis decisões que possam ser consideradas nulas, posteriormente, pelo Poder Judiciário [Pagotto, 2012, p. 38-39].

50. Nesse cenário, a denúncia específica da Consumidores Online – de que uma colusão entre a Bubbles e a Inova é implicação lógica da coincidência do percentual comissional pago pelas Produtoras, em razão deste não ser público [Anexo 02, §55] – torna-se, de todo, irrazoável. Isso, porque a Inova, enquanto produtora, disponibilizava seus conteúdos na plataforma da Bubbles [Caso, §46], tendo, assim, acesso ao percentual comissional cobrado. No mais, as Representadas poderiam se comunicar licitamente sobre condições comerciais, sem intenção colusiva, visto que participavam das mesmas entidades comerciais [2.1., acima; Anexo 02, §56], e as próprias Produtoras, que contratavam com ambas as Representadas, poderiam informar a porcentagem de comissão da Bubbles quando estivessem em tratativas com a Inova [Anexo 02, §81].
51. Por fim, caso este tribunal entenda que houve a formação de cartel entre as Representadas, ainda que as provas apresentadas para tal sejam insuficientes, é imprescindível que a atuação dos agentes e a extensão de seus efeitos sejam examinadas separadamente [art. 45, LDCL]. A esse exame, afirma-se que, quanto maior o *Market Share* de um agente em um Mercado Relevante, maiores são seus poderes e, conseqüentemente, suas responsabilidades econômicas [1.1., acima]. Em decorrência disso, possíveis penalidades aplicáveis aos envolvidos devem ser corretamente distribuídas, sendo minoradas no caso de terem, como consequência, diminutas repercussões negativas no mercado [art. 45, VI, LDCL; *Adriatica di Navigazione vs. Comissão*; *Whish, Bailey, 2012, p. 180*].
52. As multas impostas pelo LalaCADE não são de natureza indenizatória, e tampouco podem ser onerosas a ponto de resultar em falência ou extinção da empresa punida [2.1., acima; *Maia, 2021, §15*]. Logo, na dosimetria da pena, deve se considerar a situação econômica do *player* [art. 45, VII, LDCL], de modo a não se afetar diretamente o mercado em que ele se insere, a fim de que seja respeitada a prerrogativa da Lei Concorrencial, a qual visa evitar a “*exclusão artificial de concorrentes*” [Maia, 2021, §15]. Nesse sentido, as penas devem ser justas, isto é, aplicadas de modo a garantir a mais inviolável segurança jurídica e a manter a maior liberdade de atuação possível dos punidos [Beccaria, 2015 p. 24-25].
53. *In casu*, as provas indiciárias não são suficientes para a condenação da Inova por prática de cartel. Todavia, caso este tribunal entenda o contrário, a fragilidade da situação financeira da Representada, traduzida na instauração de seu processo de recuperação judicial [Caso, §25], justifica a minoração da dosagem da pena, a fim de que se possibilite a reestruturação da empresa [art. 45, II, VI, VII, LDCL].

54. ANTE O EXPOSTO NO PONTO 2., requer-se o arquivamento da denúncia à formação de cartel em relação à Inova, ou, subsidiariamente, a atenuação de sanções aplicáveis à mencionada prática.

3. A INOVA NÃO AGIU DE FORMA A INDUZIR O ALEGADO BOICOTE COLETIVO

55. A Inova não impulsionou o alegado boicote coletivo, pois, diante da segmentação do Mercado das Produtoras em relação ao nicho de óperas francesas, a Representada não detém Poder de Mercado suficiente para coordenar as condutas das Produtoras Francesas (3.1). As provas indiciárias apresentadas não sustentam a prática do boicote coletivo por parte da Inova, ao passo que a comunicação entre empresas, no caso, é lícita. Além disso, a elevação nos preços das óperas, em relação à agregadora Sieste, revela somente maior interesse dos consumidores pelos produtos ofertados por ela. Em verdade, as Produtoras Francesas agiram dentro de sua liberdade de contratar e distratar, não configurando o alegado boicote coletivo (3.2).

3.1. A REPRESENTADA NÃO DETÉM PODER DE MERCADO PARA INFLUENCIAR O MERCADO DAS PRODUTORAS FRANCESAS

56. A Inova é uma agregadora de conteúdo com *Market Share* de 19% no Mercado das Produtoras [Tabela 02]. Todavia, possui participação ínfima no Mercado das Produtoras Francesas, segmento de mercado dominado pela Sieste e pela Bubbles, o que significa que a Representada não detém Poder de Mercado capaz de induzir o alegado boicote coletivo pelas Produtoras Francesas à Sieste [Anexo 01, §§88-107].

57. A delimitação do Mercado Relevante é essencial para análises em defesa da concorrência, sendo fundamento para avaliação das práticas comerciais anticoncorrenciais perpetradas por empresas em um determinado segmento do mercado [CADE, 2010, p. 3]. A rigor, essa delimitação abrange apenas os produtos ou serviços que, do ponto de vista do consumidor, são considerados substituíveis, conforme suas qualidades, características específicas de produção, finalidades de uso e preço [Ferraz Junior, 2018, §23; Gaban, Domingues, 2016, p. 229-231].

58. No caso Neo TV vs. Grupo Globo, o CADE reconheceu a possibilidade de segmentação do Mercado Relevante segundo o gênero do canal para TV por assinatura, delimitando, neste âmbito, a programação esportiva. Esse entendimento também foi referendado no caso Disney & News Corporation, em que se delineou o segmento de programação infantil. Ademais, nos casos SBT & Record & Rede TV e Cade vs. Globo, 2020, houve a segmentação desse mercado consoante os gêneros de esportes básicos, filmes e séries básicos, filmes e séries *premium*, infantil, notícias e variedades. Em todos os procedimentos, para a delimitação do Mercado Relevante, observou-se

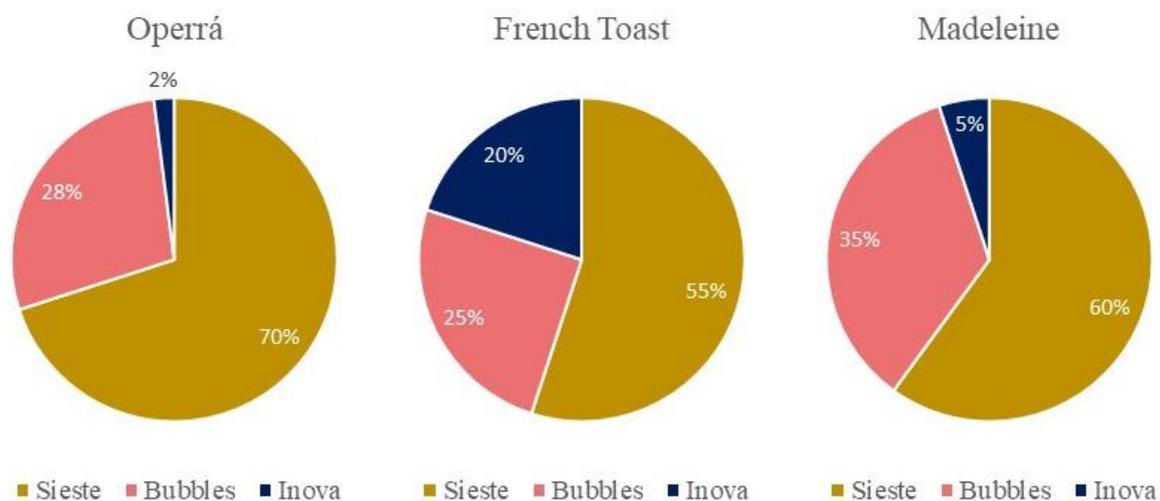
critérios como substituíbilidade pelo lado da oferta e da demanda, qualidade do serviço (gênero do canal) e o seu público-alvo de consumo, por exemplo.

59. Para mais, o idioma pode, também, constituir barreira apta à segmentação de um mercado relevante [Forgioni, 2020, p. 225; Motta, 2003, cap. 3, p. 14-15]. Assim, no caso Camargo Corrêa & Promon Tecnologia, o CADE entendeu que, muito embora algumas empresas brasileiras utilizem serviços prestados por portais eletrônicos estrangeiros, existe uma tendência de que os portais eletrônicos nacionais, em língua portuguesa, atendam primordialmente às necessidades das empresas que atuam no Brasil.
60. Com efeito, sendo possível a segmentação do Mercado Relevante por gênero de canais de TV por assinatura e por idioma, é imprescindível a extensão desta interpretação pelo LalaCADE ao âmbito da distribuição de eventos culturais (óperas) Lalaland, a fim de segregar um Mercado de Produtoras Francesas [Caso, §18]. Isso, porque na seara dessas produções culturais, a qualificação como “italiana”, “francesa” ou “alemã” diz respeito à qualidade intrínseca do produto, que abrange as tradições adotadas naquele país, a forma de confecção, os temas abordados nas canções, o idioma, entre outros.
61. A Ópera, enquanto gênero teatral, consiste em uma narrativa dramática, performada por meio do canto, por atores devidamente caracterizados, em cenários detalhados e acompanhados por uma orquestra instrumental [Hanning, Weinstock, 2021, §1⁹]. Essa junção de expressões artísticas é definidora do gênero operístico, em que todos os elementos se unem em prol da narrativa – dando luz ao que Wagner denominava de *Gesamtkunstwerk* – uma obra de arte total [Hanning, Weinstock, 2021, §70; Carter, 1998, p. 319; Santos, 2018, p. 30]. Por séculos, teóricos do gênero se debruçaram sobre esse equilíbrio em prol do drama narrativo: Verdi, por exemplo, entendia que os números musicais eram menos importantes que os marcantes assuntos humanos e temas abstratos das narrativas [Abbate, Parker, 2015, p. 27]; Rousseau, por sua vez, elogiava as óperas italianas, em que todos os cantos eram devidamente integrados às cenas da narrativa, permitindo a essas obras uma completude que ele entendia faltar nas óperas francesas da época [Rousseau, 2005, p. 26]. Em outras palavras, a Ópera depende da compreensão do que se canta, não apenas da apreciação das canções para que seja experienciada em sua integralidade.
62. Dessa forma, uma vez que é intrínseco à experiência artística a compreensão da trama assim como a apreciação estética, a barreira linguística se torna determinante para a divisão do Mercado das Produtoras, de acordo com a nacionalidade das produções. Em Lalaland, um país sul-americano de língua portuguesa [Caso, §2], não se espera que grandes parcelas dos consumidores de ópera dominem, simultaneamente, as línguas alemã, francesa e italiana. Em razão disso, o público de

óperas ao vivo tende a ser reduzido, visto que é procurado, majoritariamente, por aqueles que ultrapassam a barreira linguística das obras.

63. Há, ainda, distinções estéticas entre as tradições operísticas dos diferentes países. As óperas francesas, por exemplo, caracterizam-se pela grande quantidade de números musicais, com elementos que não existem nas óperas italianas, como os *balés* (atos individuais), as *entrées* (sequência de atos fechados) e os *divertissements* (forma de entretenimento inserida na ópera de maneira incidental, por meio de danças ou cantos), além das coreografias que acompanham a sinfonia [Abbate, Parker, 2015, p. 80-93; Grout, Palisca, 2007, p. 364; Kübl, 2014, p. 155]. Existem, também, diferenças inerentes à interpretação vocal em cada idioma, sendo o italiano, mais sonoro, com vogais mais definidas e facilmente distinguíveis, ao passo que no francês as vogais são mais mudas, o que influencia diretamente na quantidade e intensidade das árias (número musical criado para um único cantor exibir os seus dotes vocais), que predominam na tradição italiana [Grout, Palisca, 2007, p. 329; Kübl, 2014, p. 178-180].
64. Enfim, a diferenciação entre as óperas distribuídas digitalmente em Lalaland relaciona-se intrinsecamente com a opção de escolha dos consumidores finais de contratação de uma plataforma ou de outra. Se as preferências forem por óperas francesas, os consumidores contratarão a Sieste, única Agregadora especializada nesse nicho, ou as Representadas [Caso, §18; Tabela 01]. Para mais, em que pese as óperas alemãs ou italianas não necessariamente concorrerem com as francesas, os hábitos dos consumidores de Lalaland corroboram a existência dessa segmentação, considerando a existência de nichos especializados em distribuição de obras em língua francesa e alemã, segmento esse que observou uma elevação faturamento de mais de 700% no ano de 2020 [Caso, §18].
65. Sob essa perspectiva, verifica-se que, no Mercado das Produtoras Francesas, a maior participação é da Sieste, a qual corresponde a 70% das negociações com a Operrá, 55% com a French Toast e 60% com a Madeleine [Anexo 01, Tabela 01]. A Bubbles, por sua vez, detém participação de 28% com a Operrá, 25% com a French Toast e 35% com a Madeleine [Anexo 01, Tabela 01]. A Inova, por seu turno, detém participação irrisória, de apenas 2% com a Operrá, 20% com a French Tost e 5% com a Madeleine [Anexo 01, Tabela 01]. A partir do gráfico abaixo, visualiza-se a irrelevância do *Market Share* no Mercado das Produtoras Francesas.

Participação das agregadoras no Mercado das Produtoras Francesas



66. Por conseguinte, percebe-se que, isoladamente, a Inova não detém Poder de Mercado suficiente para coordenar as Produtoras Operrá, French Toast e Madeleine a, supostamente, boicotar a Sieste, tampouco para produzir efeitos anticoncorrenciais no Mercado das Produtoras Francesas. E, ainda que se entendesse que houve colusão com a Bubbles, a soma da participação das Representadas não afetaria a Posição Dominante exercida pela Sieste, que, como se verá a seguir, permanece hígida mesmo após o alegado boicote coletivo.

3.2. NÃO HÁ A CONFIGURAÇÃO DO ALEGADO BOICOTE COLETIVO

67. As provas do alegado boicote coletivo são meros indícios sem lastro capaz de imputar a conduta à Representada [*Anexo 01, §§88-107*]. A comunicação entre empresas do mesmo ramo de atividades [*Anexo 01, Evidência 03 e Evidência 09*], no caso, é conduta lícita, trivial no meio empresarial [2.1., *acima*]. O aumento dos preços dos produtos [*Anexo 01, Evidência 02*] decorre do comportamento do consumidor, da simples relação entre oferta e procura. As Produtoras Francesas, ao notificarem extrajudicialmente a Sieste, estão respaldadas pela liberdade de contratar e distratar, ao passo que a Inova é incapaz de induzir essa conduta [*Anexo 01, Evidências 06, 07 e 08*].
68. Provas indiciárias ou circunstanciais conduzem ao risco de uma decisão alicerçada em meras suposições e, portanto, imprecisa [2.2.2., *acima*]. Exatamente por isso, o TRF-1 já considerou nula decisão do CADE que condenou empresas baseando-se somente em evidências circunstanciais, indícios e suposições [*CADE vs. Farmacêuticas*].
69. *In casu*, as provas apresentadas pela SG são meramente circunstanciais. No que tange à Evidência 01, a presença da sigla “B&I” no nome da tabela de precificação enviada pelo Diretor-Presidente

da Operrá, não é suficiente para indicar qualquer envolvimento da Bubbles e da Inova na tabelação de preços. A SG, no caso, tomou como premissa o envolvimento das Representadas e, somente depois, concluiu que a sigla “B&I” refletia as iniciais da Bubbles e da Inova [*Anexo 01, §93*], ignorando outras hipóteses igualmente prováveis como, por exemplo, “*business & investment*”, termo habitual no meio empresarial, coincidindo com a circunstância de que, no e-mail, discutiam-se novos modelos de negócios e a política de preços das óperas [*Anexo 01, §94*].

70. Igualmente, na Evidência 02, a SG entende que o fato de os preços sugeridos pelas produtoras serem iguais àqueles praticados pela Inova comprova a prática de conduta colusiva pela Representada [*Anexo 01, §93*]. No entanto, tal raciocínio não leva em consideração que os preços cobrados pela Inova são públicos a quem desejar adquirir as óperas na modalidade *pay per view*, de modo que tanto os consumidores como os produtores-terceiros têm acesso a essas informações [*Anexo 01, §93*]. Além do mais, no modelo de remuneração adotado pela Representada, são as produtoras que estabelecem, prévia e independentemente, o preço final de seus conteúdos, sendo pago à plataforma apenas uma comissão sobre o valor total da operação [*Caso, § 16*].
71. Trocas de informações e comunicações entre empresas verticalmente relacionadas são práticas triviais no meio comercial e, por si só, são incapazes de gerar risco à concorrência [*Salomão Filho, 2021, p. 450-451; Bagnoli, 2006, p. 3*]. De outro lado, essas trocas permitem que as empresas otimizem suas estratégias comerciais, prevejam a demanda e controlem seus estoques, por exemplo [*Monteiro, 2013, p. 5; Mazzucato, 2018, p. 44; Da Silva, 2012, p. 7*]. A conduta uniforme involuntária de agentes econômicos não é por si ilícita, pois enquadra-se como resposta racional das empresas desencadeada pelo estímulo do mercado [*2.1., acima; MP/ES vs. Postos de combustíveis; Forgioni, 2020, p. 138*]. Ademais, a prática de instituir preços mais elevados não torna uma conduta anticompetitiva, vez que decorre de um processo natural do mercado: a valorização do produto ou o aumento na procura pelos consumidores [*Smith, 2017, p. 400; Nusdeo, 2015, p. 238*].
72. Ao contrário do alegado pela SG, a Evidência 03 sugere a existência de comunicações lícitas e triviais no ambiente empresarial, qual seja, a discussão sobre a expectativa e os caminhos trilhados pelo mercado no segmento de atuação de empresas verticalmente relacionadas [*Anexo 01, Evidência 03*]. Logo, não há caracterização de infração à ordem econômica, visto que as empresas estavam apenas manifestando preocupações com o andamento dos negócios em decorrência do decréscimo nas vendas de óperas francesas, assunto de comum às Representadas.
73. A coincidência dos preços sugeridos pelas Produtoras Francesas à Sieste em relação aos preços adotados pela plataforma da Inova em nada sugere conduta ilícita orquestrada, mas apenas caracteriza movimento racional do mercado [*2., acima*]. Nesse sentido, é natural que as produtoras

busquem, além de aumentar continuamente seus lucros, manter o modelo de comercialização que, segundo as próprias, obtinha sucesso [*Anexo 01, Tabela 01*].

74. A expansão do mercado de distribuição de óperas em Lalaland demonstra o crescimento do interesse do consumidor e conseqüente valorização do produto [*Caso, §18*]. Assim, o aumento da procura resulta em elevação natural dos preços, o que justifica que a demanda, por parte das Produtoras Francesas, de um acréscimo nos valores das óperas junto à Sieste [*Anexo 01, Evidência 02*].
75. A livre iniciativa desdobra-se na ampla liberdade dos sujeitos de contratar e distratar [*Pontes de Miranda, t. XXXVIII, 2012, p. 117; Couto e Silva, 2006, p. 24; Mello, 1988, p. 171; Aguiar Júnior, 2003, p. 23; Gomes, 2019, p. 21-22 e 190-191; Frazão, 2017, p. 456*]. Para o direito concorrencial, na ausência de propósito anticompetitivo, deve ser preservada a liberdade do agente econômico de escolher quando contratar e distratar [*United States vs. Colgate & Co; Forgioni, 2020, p. 394-395*]. A dependência econômica, que permite que uma empresa imponha ou coordene as ações de outra, reflete posição superior de barganha, interferência no poder decisório e sujeição, ou seja, a empresa dominante “*dita as regras do jogo*” [*Pugliesi, 2018, p. 1-2; Comparato, Salomão Filho, 2008, p. 95-98; Guyon, 2001, p. 971; Diniz, 2014, p. 3*].
76. *In casu*, a ausência de alinhamento entre os objetivos das Produtoras Francesas e a postura da Sieste, oferecendo condições desvantajosas a estas, resultaram no atrito e na apresentação de notificações extrajudiciais [*Anexo 01, Evidências 06, 07 e 08*]. Tal fato decorre, não da coordenação da conduta pela Representada, mas do exercício da liberdade das empresas de contratarem e distratarem segundo suas estratégias de negócio.
77. As Produtoras Francesas envolvidas detinham parcela irrisória de seu conteúdo distribuído na plataforma da Inova: 2%, 5% e 20%, respectivamente para Operrá, Madeleine e French Toast [*Anexo 01, Tabela 01*]. Posto isso, é evidente que a Inova é incapaz de exercer pressão ou induzir as condutas das Produtoras Francesas, já que não detém Poder de Mercado para tanto, tampouco há relação de dependência econômica entre estas e a Representada que justificasse a coordenação de condutas [*3.1., acima*]. Esse cenário evidencia que não há razão aparente para que as Produtoras Francesas se submetam ou recebam ordens da Inova, muito menos direcionadas a romperem com a agregadora que distribui a maior parcela de seu conteúdo.
78. Por fim, oportuno transcrever a pergunta que originou os dados das Tabelas 01 e 02, a dizer: “*considerando as agregadoras de conteúdos culturais hoje no mercado de Lalaland, presente, em termos percentuais, como o conteúdo produzido por sua empresa está distribuído hoje entre estas plataformas?*” [*Anexo 01, §23*] (grifo nosso). Se as Produtoras Francesas realmente iriam proibir a Sieste de veicular as óperas francesas

em sua plataforma, como alegaram nos e-mails remetidos em 02.11.2020, questiona-se por qual razão esta se mantém distribuindo a maior parte do conteúdo de Operrá, French Toast e Madeleine até, ao menos, 19.05.2021, data em que foram encaminhados os ofícios pela SG [*Anexo 01, Tabela 01*].

79. Daí se deduz que, como a Sieste não informou, em nenhum momento, ter aumentado os valores cobrados em sua plataforma, as ameaças de rompimento perpetradas pelas produtoras eram vazias, não havendo que se falar sequer em existência de boicote coletivo. Sob qualquer perspectiva não se verifica a existência de prejuízo à Sieste, que, inclusive, mantém a sua Posição Dominante no Mercado das Produtoras Francesas.
80. Não se verifica, portanto, o alegado boicote coletivo, tampouco capacidade da Inova de coordenar as condutas das Produtoras Francesas ou de incentivar a adoção de conduta comercial uniforme, devendo, assim, ser arquivada a acusação pela prática do disposto no art. 36, § 3º, inciso IV. Para mais, na remota hipótese de condenação, a pena deverá ser atenuada, especialmente considerando que: (i) a ação da Representada não foi determinante para induzir o suposto boicote e (ii) a Sieste não sofreu reais prejuízos.
81. ANTE O EXPOSTO NO PONTO 3., requer-se o arquivamento da denúncia por indução ao boicote coletivo e adoção de conduta comercial uniforme em relação à Inova.

CONCLUSÕES E PEDIDOS

82. Restou demonstrado que a Inova não cometeu ilícitos anticoncorrenciais, razão pela qual as acusações merecem ser arquivadas. Quanto à acusação de imposição de cláusula MFN abusiva, não há falar em conduta unilateral anticoncorrencial sem Posição Dominante e, ainda, sequer restou demonstrada a pactuação de MFN, tampouco seus efeitos anticompetitivos. Em relação à acusação de formação de cartel, essa não se verificou, tendo em vista que a alteração no modelo de negócios se deu, de modo lícito, por razões economicamente racionais, sendo que as provas são insuficientes para caracterizar a existência de conluio. Por fim, quanto a acusação de indução ao boicote coletivo, não restou configurado, seja porque a Inova não detém Poder de Mercado suficiente para coordenar a conduta das produtoras, seja porque as produtoras agiram dentro de sua liberdade de contratar e distratar e, especialmente, porque as provas existentes são insuficientes para caracterizar o conluio.

83. Ante o exposto, a Inova, no mérito, requer:

- i. Pelo arquivamento do processo no que tange à conduta investigada com relação à imposição de cláusula MFN (art. 36, caput e §3º, II e IX da LDCL);
- ii. Pelo arquivamento do processo no que tange à denúncia por prática de cartel (do art. 36, I, §3º, I, a, da LDCL);
- iii. Ainda, pelo arquivamento do processo quanto à alegada indução ao boicote coletivo (art. 36, I, III e IV c/c § 3º, II, III e IV da LDCL);
- iv. Subsidiariamente, em caso de uma eventual condenação, pela minoração na dosagem da pena aplicável à Inova, nos termos do art. 45, I, II, V e VII.

Termos em que pede deferimento.

Lalaland, 19 de setembro de 2021.

Equipe n.º 115