

Análise concorrencial de colusão e algoritmos: qual o mínimo padrão probatório deve ser alcançado para condenações por violação à ordem econômica?

Roney Olimpio Barbosa Junior

Resumo: Este artigo busca identificar quais provas são suficientemente razoáveis para que os órgãos de defesa da concorrência possam concluir, nas investigações de condutas colusivas instrumentalizadas com o apoio de algoritmos, pela condenação das empresas investigadas. Com isso, buscou-se identificar e analisar as decisões já tomadas por autoridades concorrenciais até o presente momento, em busca de quais provas foram tidas como indispensáveis para que essas autoridades concluíssem pela condenação dos investigados e quais não foram suficientes para chegar à condenação, mesmo diante de indícios da materialidade do ilícito concorrencial. Diante da expectativa de que cada vez mais casos dessa natureza sejam submetidos à análise de autoridades concorrenciais, é imperioso identificar quais os padrões decisórios foram adotados até o presente momento, como perspectiva de possíveis decisões a serem adotadas nos casos que virão.

Palavras-chave: Direito da concorrência. Inteligência artificial. Algoritmos. Colusão. Padrão probatório.

Abstract: This article aims to identify which pieces of evidence are reasonably sufficient for competition authorities to determine, in investigations of collusive conduct facilitated by algorithms, the conviction of the companies under investigation. In doing so, it endeavored to identify and analyze the decisions already adopted by competition authorities up to the present moment, in order to determine which evidence was deemed essential for these authorities to arrive at the conviction of the investigated parties and which evidence was not adequate to secure a conviction, even in the presence of indications of anticompetitive misconduct. Given the expectation that an increasing number of cases of this nature will be subject to scrutiny by competition authorities, it is imperative to identify the decision-making standards that have been adopted up to this point as a perspective for possible decisions to be taken in future cases.

Key-words: Competition Law. Artificial intelligence. Algorithms. Collusion. Evidentiary standard.

1. Introdução

A origem do termo “cartel” encontra respaldo no termo latino “*cartula*”, o qual, durante a Idade Média, foi utilizado para se referir às regras de confronto entre cavaleiros ou duelos. No final do século XIX, o termo alemão “*kartell*” passou a ser utilizado para se referir a acordos entre concorrentes com o fito de diminuir a rivalidade, sendo, desde então, a definição que se adota até o presente momento¹.

O cartel é o ilícito concorrencial tipificado no artigo 36, §3º, inciso I, da Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”) e se materializa na existência de acordo entre concorrentes, com o intuito de a) fixar preços; b) fixar a oferta de bens ou serviços; iii) dividir o mercado; e iv) participar de licitações em conluio². Nesse sentido, é fato que, conforme a atividade empresarial avança, os desafios para as autoridades de defesa da ordem econômica também se aumentam, já que são novas tecnologias, novos recursos e novas ferramentas na adoção de práticas que as autoridades reguladoras visam combater. Recentemente, a inteligência artificial tem levantado uma série de discussões e estudos para os órgãos de defesa da concorrência, principalmente quanto à possibilidade de utilizar tal tecnologia para instrumentalizar, ou, facilitar, a prática de condutas cartelizadas³.

O presente artigo se insere nesse contexto e, de forma direta, busca responder à seguinte pergunta: quais evidências são suficientes para que a autoridade concorrencial possa condenar as empresas investigadas pela formação de cartel com o uso de algoritmos?. Para responder a essa dúvida, primeiro será realizada uma contextualização das provas na seara do direito concorrencial, compreendendo os desafios aplicáveis a qualquer caso. Em seguida, será analisada, especificamente, a adoção de algoritmos e inteligência artificial em ilícitos concorrenciais, com o recorte de condutas colusivas. Após essa recuperação teórica, será realizada uma análise prática dos principais casos e decisões da seara concorrencial que versaram sobre essa matéria, a fim de identificar quais evidências foram encontradas pela autoridade e a qual conclusão elas guiaram. Ao final, pretende-se estabelecer os padrões e conexões entre tais casos, buscando identificar quais as semelhanças e diferenças entre o

¹ CASAGRANDE, Paulo. PEREIRA NETO, Caio. **Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. 6ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

² Ibidem.

³ ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. **Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência**. in, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MALHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019

material analisado, com o intuito de, se possível, estabelecer orientações e diretrizes para os casos futuros.

2. Análise de condutas colusivas pela autoridade concorrencial: valoração das provas e evidências

Quando decidem pelo conluio ao invés da concorrência, as empresas enxergam a possibilidade de maximizar os seus lucros à custa dos consumidores, impondo-lhes preços mais altos, ou reduzindo as opções de escolha que eles teriam num cenário de ampla concorrência⁴. Para alcançar essa pretensão, os agentes econômicos podem atuar de duas formas: celebrando acordo expressos de colusão, ou, adotando comportamentos paralelos intencionais - acordos tácitos⁵.

Por acordo, seja ele tácito ou expresso, entende-se o ato de deliberadamente estabelecer - inclusive com validade jurídica - a intenção do agente econômico de, por tempo prolongado e durável, estar vinculado a empresas concorrentes com o objetivo de tirar proveito maximizador de lucro, ou que, no mínimo, reduza seus custos de transação⁶. Nesse sentido, vê-se que a convergência de interesse entre concorrentes é mais relevante do que a forma que essa convergência será expressada - se escrita, verbal, etc⁷.

No entanto, vê-se que a tarefa de comprovar tal convergência é tarefa árdua. Isso porque os órgãos de defesa da concorrência, enquanto responsáveis por apurar a materialidade e autoria das infrações colusivas à ordem econômica, enfrentam o desafio de materializar provas suficientes para atestar a ocorrência da conduta colusiva pelos agentes econômicos⁸.

Nesse cenário, o escape encontrado pelas autoridades concorrenciais, tem sido se apoiar nas provas indiretas - ou indiciárias - quando, apesar de não comprovarem a ocorrência inquestionável do acordo entre concorrentes, não permitem outra conclusão senão a prática colusiva⁹. Nesse sentido, em importante precedente para a defesa da concorrência no

⁴ HOVENKAMP, Herbert; LESLIE, Christopher. **The firm as a cartel manager**. University of Pennsylvania Carey Law School, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1835/>. Acesso em 15 ago. 2023.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ ANDRADE, Thompson. **Julgamento de cartéis e o uso de provas indiretas**. Revista de Direito da Concorrência. v. 1 n. 1, 2004. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrenca/article/view/541>>. Acesso em 09 de agosto de 2023.

⁹ Ibidem.

Brasil, o Conselheiro Ruiz Santa Cruz formulou que: “se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado”¹⁰.

A doutrina assume que, para ver suficiente o uso da prova indiciária na condenação por práticas colusivas, é preciso atender a três requisitos: (i) a existência de um comportamento paralelo; (ii) a comprovação de interações cujos assuntos versavam sobre hipóteses colusivas (i. e., reuniões, troca de e-mails); e (iii) a inexistência de justificativas plausíveis para a adoção do comportamento paralelo investigado¹¹.

Em adição a essa concepção, precedentes recentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) acrescentam outras exigências às condenações por provas indiciárias. Em Voto-vencedor recente proferido pelo Presidente do Cade, assentou-se, além das condições expostas acima, ser necessário: (i) diversidade de provas e indícios; (ii) corroboração entre as provas; e (iii) a inexistência de dúvida razoável¹².

Como será possível ver adiante, investigações por parte da autoridade concorrencial que investigam condutas colusivas instrumentalizadas por meio de algoritmos podem enfrentar certa dificuldade quanto à construção do arcabouço probatório. Nos capítulos a seguir, buscar-se-á identificar quais principais evidências são analisadas nos casos concretos.

3. Análise de colusão de algoritmos de precificação pela autoridade concorrencial: critérios mínimos de prova para fins condenatórios

A possibilidade de exercer condutas anticompetitivas com o apoio - ou por meio - de algoritmos já foi abordada diversas vezes, tanto pela literatura nacional¹³ quanto pela literatura internacional¹⁴. Em 2017, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento

¹⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08000.15337/1997-48. Relator: Conselheiro Ruy Santacruz.

¹¹ TAUFICK, Roberto. **Cartel, ilegalidade *per se* e ônus da prova: breves considerações**. Revista de Economia, v. 33, n. 1 (ano 31), p. 151-155, jan./jun. 2007. Editora UFPR. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/economia/article/viewFile/8551/6022>>. Acesso em 16 ago. 2023.

¹² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78. Presidente Alexandre Cordeiro Macedo.

¹³ Nesse sentido, veja-se, por exemplo: FRAZÃO, Ana; e GOETTENAUER, Carlos. **Algoritmos de precificação e direito concorrencial**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v.17, n.1/2022. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/40973/49152>>. Acesso em 1 set. 2023; e ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. **Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência**. in, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MALHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁴ Nesse sentido, veja-se, por exemplo: EZRACHI, Ariel; e STUCKE, Maurice. **Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition**. University of Illinois Law Review, Vol. 2017, 2017, Oxford

Econômico (“OCDE”), divulgou o *paper Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age* (em tradução livre - Algoritmos e colusão: política da concorrência na era digital), cujo principal objetivo era responder à dúvida de se as autoridades concorrenciais deveriam revisar os conceitos tradicionais de acordo e colusão tácita, e como essas autoridades poderiam usar as ferramentas do antitruste para combater a colusão algorítmica¹⁵.

A principal conclusão que se extrai da literatura produzida até o momento é a forma - e as possibilidades - de adotar algoritmos e sistemas computacionais em arranjos colusivos. Essas possibilidades podem se concentrar em três grandes categorias. A primeira ocorre quando há um acordo firmado entre os agentes econômicos, os quais decidem operacionalizá-lo adotando sistemas de inteligência artificial. Ou seja, a colusão se origina da decisão humana de optar pela colusão ao invés da concorrência e a tecnologia apenas surge como facilitador para tornar viável as pretensões acordadas¹⁶.

A segunda possibilidade ocorre em uma estrutura similar ao *hub-and-spoke*¹⁷. Nesses casos, a conduta colusiva seria instrumentalizada, por exemplo, a partir da adoção comum de uma mesma estrutura algorítmica responsável pela precificação dos produtos, de modo que haveria um alinhamento entre os preços dos concorrentes, sem que houvesse o estabelecimento, direto, de uma conduta comum a ser seguida¹⁸.

Para essas opções, a investigação a ser realizada pela autoridade concorrential não se diferenciaria com notoriedade daquela que é realizada para averiguar a materialidade de cartéis sem o adicional tecnológico. Logo, a formulação do arcabouço probatório seria semelhante àquela já conduzida.

No entanto, a terceira opção é a que revela mais desafios: a colusão algorítmica. Isso porque é possível que os algoritmos realizem a coordenação tácita de preços sem que haja a comunicação direta ou troca de informações entre os agentes do mercado, mas, apenas, a influência mútua dos algoritmos. Dessa forma, se a convergência de intenções é

Legal Studies Research Paper No. 18/2015, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874>. Acesso em 1 set. 2023.

¹⁵ OCDE. **Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>>. Acesso em 1 ago. 2023

¹⁶ ALMADA, Marco; FREIRE, Miguel; MARANHÃO, Juliano. **Os limites da concorrência frente à inteligência artificial**. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/75055/Os_limites_da_concorr%C3%Aancia_Lasmar_Almada_chapter_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 1 set. 2023

¹⁷ Por *hub-and-spoke*, entende-se a colusão horizontal entre os concorrentes por meio de suas relações comerciais com um agente não-concorrente, responsável por se tornar o ponto focal do contato e da comunicação do cartel. Nesse sentido, veja-se em: ISHIHARA, Júlia. **Parâmetros de análise do cartel hub-and-spoke no Direito Brasileiro**. RDC, Vol. 8, nº 2. 2020. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/660>>. Acesso em 1 set. 2023.

¹⁸ Ibidem.

fundamental para a análise dos órgãos de defesa da concorrência constatarem a materialidade de condutas colusivas, uma possível colusão que não leve à comunicação entre concorrentes gera notório debate, principalmente quanto à sua dificuldade de comprovação¹⁹.

Contudo, apesar da vasta abordagem dessas peculiaridades e de características necessárias para tornar o mercado suscetível à ocorrência de cada uma dessas hipóteses, há um vazio na literatura contemporânea, que não analisa como tal argumentação teórica e debate acadêmica têm sido recepcionados pelo regulador. Em resposta a essa ausência, o presente artigo irá analisar as principais decisões que surgiram até o momento e abordaram condutas colusivas instrumentalizadas com algoritmos e sistemas de inteligência artificial. É o que se passa a fazer nos próximos capítulos.

4. Análise de precedentes

A análise de precedentes é um dos métodos de pesquisa inseridos no contexto de pesquisas e investigações jurídicas, que buscam analisar a interpretação dada a conceitos e aspectos jurídicos por tribunais e autoridades reguladoras²⁰. Nesse sentido, vê-se que, para a condução da análise de precedentes, há uma pergunta específica lançada pelo investigador, que será respondida pela análise dos casos concretos²¹.

Na presente pesquisa, a pergunta que acompanha a análise dos precedentes é: qual o mínimo de provas é necessário para condenar, na seara de defesa da concorrência, uma empresa investigada por condutas colusivas instrumentalizadas com algoritmos? Quanto às decisões analisadas, fez-se uma filtragem de casos, a fim de identificar apenas aqueles que verdadeiramente seriam adequados à resposta da pesquisa formulada. Desse modo, foram selecionados os casos que, cumulativamente, possuíam as seguintes características: (i) decisão emitida por órgão/autoridade/tribunal/agência especializado em defesa da concorrência; (ii) investigação de conduta colusiva horizontal; (iii) alegação do uso de *softwares*, algoritmos ou de inteligência artificial na prática colusiva; e (iv) valoração de evidências para atestar a existência - ou não - de materialidade do ilícito concorrencial.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ DE PALMA, Juliana; FEFERBAUM, Marina; e PINHEIRO, Victor. **Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?** in FEFERBAUM, Marina; e QUEIROZ, Rafael (*org.*). Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5278438/mod_resource/content/1/MPD%20Jurisprud%20C3%AAncia.pdf>. Acesso em 2 ago. 2023

²¹ Ibidem.

Para fins de completude, esclarece-se que há casos de condutas colusivas em que houve a adoção de algoritmos, ou de estruturas de inteligência artificial, que, contudo, não foram considerados para a presente análise, tendo em vista que se tratou de relações entre fornecedores e distribuidores, e não de acordos entre concorrentes²².

4.1. Brasil

4.1.1. Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56

Em 2016, foi julgado pelo Cade o primeiro caso de conduta colusiva que tinha sido instrumentalizado a partir de um *software*. Naquela oportunidade, o Cade buscou investigar a conduta de uniformização de preços e de condições de serviços praticada por centros de formação de condutores (“CFC”) e despachantes no município de Santa Bárbara D’Oeste/SP, com o apoio da Associação dos Despachantes de Santa Bárbara D’Oeste (“ADESBO”)²³.

A instrumentalização da conduta uniforme entre os concorrentes se deu justamente por meio de um *software* disponibilizado aos CFCs e aos despachantes pela ADESBO. Tal *software* era responsável por coletar os dados de matrícula dos alunos, emitir os contratos dos serviços e a emissão dos boletos para pagamento. Além disso, foi estabelecida uma tabela de preços no âmbito dos associados da ADESBO, de modo que o *software* também era utilizado para monitorar se os integrantes do cartel estavam verdadeiramente cumprindo o combinado. O Cade realizou operações de busca e apreensão para coletar a maioria das provas que instruíram o processo administrativo. Assim, em posse da tabela de preços e do *software* utilizado pelos investigados, além do depoimento de diversos funcionários das empresas investigadas, relatando o monitoramento e a manutenção do cartel por meio do *software*, o Cade decidiu pela condenação das empresas²⁴.

²² A presente pesquisa encontrou os seguintes casos que se encaixam nessa hipótese: Caso nº. 50565-5. Representados: Roland Limited e Roland Corporations (investigado no Reino Unido), Caso nº AT. 40465. Representadas: AsusTek Computer Inc., Asus Computer GmbH e Asus France SARL; Caso nº AT. 40469. Representadas: D&M Holdings Inc., D&M Germany GmbH e D&M Europe BV, Caso AT.4018. Representada: Philips, Caso nº AT. 40181. Representadas: Koninklijke Philips N.V. e Philips France S.A.S.; Caso nº AT. 40182. Representadas: Pioneer Corporation, Pioneer Europe N.V. e Pioneer GB Ltd (todos investigados na União Europeia); e Caso nº 37/2018. Representadas: ANI Technologies Pvt. Ltd., Uber India Systems Pvt. Ltd., Uber B.V. e Uber Technologies Inc. (investigado na Índia)

²³ BRASIL. Cade. **Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56**. Voto do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNnpPWVsb4YKMWwex61odHmovngE-UHu_N084SWn6C_Je_zH3YxqY871mwUSqycXZ5VQKBDxCLIfZrxd1RenaAN>. Acesso em 01 set. 2023.

²⁴ *Ibidem*.

4.1.2. Processo Administrativo 08700.001653/2019-49

Em 2019, a Superintendência-Geral (“SG”) do Cade recebeu uma série de denúncias de possíveis infrações à ordem econômica no setor da aviação civil, referente à majoração das tarifas²⁵. Nesse cenário, foi instaurado o presente Processo Administrativo em 10 de abril de 2019 e os demais processos que versavam sobre a mesma matéria foram juntados aos autos em questão. As empresas investigadas foram Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A., Gol Linhas Aéreas S.A. e Tam Linhas Aéreas S.A.²⁶.

Em 22 de julho de 2022, a SG enviou ofícios a cada uma das investigadas, solicitando que esclarecessem (i) se monitoravam e coletavam preços de empresas rivais para definir suas estratégias de precificação; (ii) se utilizavam mecanismos de precificação automática; e (iii) se possuía unidades ou profissionais especializadas em utilizar algoritmos. Em resposta, todas as empresas negaram possuir algoritmos de precificação e utilizar técnicas de *machine learning*, e apenas uma das investigadas afirmou que possuía uma equipe voltada para a análise de dados²⁷.

Contudo, não foi possível, para o Cade, coletar evidências suficientes que apontassem para a existência de um acordo anticompetitivo entre as empresas investigadas. Logo, diante desse cenário, entendeu-se ser o caso de arquivar o Processo Administrativo, por insuficiência das provas coletadas. Inclusive, ficou assentado pela SG que, ainda que as empresas adotassem algoritmos de precificação, sem a evidência de um acordo colusivo, não se poderia concluir pela prática de conduta anticompetitiva, já que, o mero paralelismo de preços causado unicamente pelos algoritmos não seria alcançável pela ação do Cade²⁸.

4.2. União Europeia

²⁵ BRASIL. Cade. **Processo Administrativo nº 08700.001653/2019-49**. Nota Técnica nº 8/2022/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddZNb0t6tfuHIQhrE6yWppqeBKkFyFP8y8xGr8isfCIdfU911RXZoC4d55xGweFU0NcOuSxhrmZqkIp3-xjvJh6>. Acesso em 01 set. 2023.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem, p. 33: “Em outros termos, ainda que se considere que as empresas de fato utilizem algoritmos de precificação, sem evidência de que há um acordo ou uma ação concertada entre elas objetivando o resultado colusivo, estaríamos uma vez mais provavelmente diante da situação de colusão tácita, **conduta não alcançável pela ação do Cade.**”

Em 2016, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou um recurso apresentado por mais de 30 agências de viagens lituanas, contra a decisão tomada pela *Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, autoridade concorrencial da Lituânia. O caso em questão surgiu a partir da denúncia de outras agências de viagens, que denunciaram a configuração de um cartel operacionalizado por meio da plataforma E-TURAS²⁹.

A E-TURAS era uma plataforma utilizada por diversas agências da Lituânia para a reserva online de viagens. Em dado momento, o Diretor da E-TURAS enviou um e-mail para diversas agências de viagem, pedindo que elas indicassem se eram favoráveis em reduzir as taxas de desconto adotadas na plataforma de 4% para 1% a 3%³⁰.

Após esse e-mail, houve uma alteração no *software* E-TURAS, que, dali em diante, passou a restringir os descontos a 3%. Com isso, não era possível que uma agência aplicasse mais que 3% de desconto à compra dos seus clientes, devido a restrições técnicas da plataforma. Essa alteração foi notificada no sistema E-TURAS, tendo um aviso exposto para todas as agências que o adotavam. Para a autoridade concorrencial da Lituânia, essas evidências coletadas: (i) envio de e-mail, (ii) alteração na plataforma, e (iii) uso da plataforma tendo conhecimento da restrição do desconto; foram suficientes para caracterizar uma conduta colusiva³¹.

As agências de viagem, no entanto, peticionaram pela reforma da decisão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, alegando que as condições da plataforma lhes foi imposta, sem que pudessem alterar ou questioná-las. No entanto, o entendimento do Tribunal de Justiça foi de que a conduta das agências de viagem se caracterizou como acordo tácito de integrar a conduta colusiva, já que tais agências não interromperam o uso da plataforma, nem denunciaram a situação às autoridades competentes. Logo, a decisão de condenação foi mantida pelo Tribunal³².

4.3. Estados Unidos da América

Entre 2015 e 2016, os órgãos de defesa dos Estados Unidos, principalmente o *Department of Justice* (“DOJ”), investigaram dois casos envolvendo o uso de algoritmos em

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Report of cases. **OPINION OF ADVOCATE GENERAL SZPUNAR delivered on 16 July 2015, case C-74/14.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CC0074>>. Acesso em 18 set. 2023.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

condutas colusivas, o caso nº. 3:15-CR-00201, cujo investigado era David Topkins³³ e o caso nº. 3:15-CR-00419, cujos investigados eram Daniel William Aston e Trod Limited³⁴. As investigações buscavam averiguar a celebração de acordo entre concorrentes para fixar o preço de posters vendidos na Amazon, com o objetivo de fixar, aumentar, manter ou estabilizar o preço dos posters. Por sua vez, os investigados teriam utilizado um algoritmo que coordenava a precificação dos posters com base no preço colusivo³⁵.

Nos documentos públicos disponibilizados pelas autoridades americanas não há detalhes das provas obtidas, nem de quais foram valoradas para o julgamento do caso. Contudo, há duas informações disponíveis que se destacam: (i) a ocorrência de busca e apreensão realizada pelo *Federal Bureau of Investigation* (“**FBI**”) no escritório da empresa Trod Limited e na residência de Daniel William Aston; bem como (ii) a celebração de *Plea Agreement*³⁶ com David Topkins e Trod Limited³⁷.

Nesses acordos celebrados, ficou reconhecido a ocorrência de: (a) conversas entre concorrentes para discussão do preço dos posters; (b) adoção de acordo para utilizar um algoritmo de precificação específico que coordenasse a mudança no preço dos posters; (c) coleta, troca, monitoramento e discussão das informações coletadas sobre preços e vendas dos posters; e (d) Venda dos posters por preço colusivo e não-competitivo. Ou seja, foi atestada pelo órgão de defesa da concorrência a existência do acordo colusivo entre concorrentes e o desenvolvimento de uma estrutura algorítmica específica voltada a instrumentalizar as vontades dos agentes econômicos. Assim, todos os investigados foram considerados culpados pela prática do ilícito³⁸.

4.4. Índia

Em 2016, a autoridade concorrencial da Índia, *Competition Commission of India* (“**CCI**”) instaurou o caso nº 32/2016, com base na denúncia feita por um cidadão, de que as

³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DOJ. **U.S. v. David Topkins**. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-david-topkins>>. Acesso em 01 set. 2023.

³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DOJ. **U.S. v. Daniel William Aston and Trod Limited**. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-daniel-william-aston-and-trod-limited>>. Acesso em 01 set. 2023.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ O *Plea Agreement* é um acordo em que o investigado coopera com a autoridade investigadora e se declara culpado, além de fornecer documentos e provas para auxiliar na investigação, em troca de que a recomendação de punição da autoridade seja favorável a ele, conforme em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DOJ. **STEPS IN THE FEDERAL CRIMINAL PROCESS: Plea Bargaining**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/usao/justice-101/pleabargaining>>. Acesso em 3 set. 2023.

³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DOJ. **U.S. v. Daniel William Aston and Trod Limited**. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-daniel-william-aston-and-trod-limited>>. Acesso em 01 set. 2023.

³⁸ *Ibidem*.

companhias aéreas Jet Airways (India) Limited, SpiceJet Limited, InterGlobe Aviation Limited, Go Airlines (India) Limited e Air India Limited estariam manipulando o preço das passagens aéreas para cobrar taxas exorbitantes em situações extraordinárias, como no caso de terremotos no Nepal ou nas inundações em Chennai³⁹.

Durante a condução da investigação, a CCI identificou que as companhias aéreas utilizavam algoritmos de precificação para estabelecer o preço dos seus bilhetes, salientando a possibilidade de que tais algoritmos resultassem em uma conduta colusiva, ainda que independentemente da intervenção humana. Contudo, as evidências coletadas pela CCI não foram suficientes para confirmar essa linha argumentativa⁴⁰.

Inicialmente, não foi encontrado nenhum acordo firmado entre as empresas investigadas, logo, não se pode concluir pela existência expressa de colusão entre as concorrentes. Ato contínuo, ao analisar o *software* das investigadas, a CCI concluiu não haver semelhança entre eles, de modo que cada um operava de forma singular, e conforme instruções próprias da companhia. Além disso, os e-mails arquivados pela CCI, que mostravam comunicações entre funcionários das companhias, não evidenciou a interação, alinhamento ou interação para fins colusivos entre as investigadas. Por fim, não foi possível identificar um alinhamento de preços, ou se quer um padrão comum adotado pelas investigadas. Assim, diante da insuficiência das evidências, a CCI arquivou o caso, reconhecendo que não houve conduta anticompetitiva pelas empresas investigadas⁴¹.

4.5. Reino Unido

Em 2015, quando os órgãos de defesa da concorrência dos Estados Unidos concluíam a investigação dos casos acima relatados, a autoridade concorrencial do Reino Unido, *Competition and Markets Authority* (“CMA”), iniciou o caso nº. 50223, cujos investigados eram as empresas Trod Limited e GB eye Limited. Assim como as investigações estadunidenses, os investigados do Reino Unido estavam sendo acusados de firmar um acordo anticompetitivo, com o objetivo de manipular, por meio de *softwares*, os preços dos posters vendidos na Amazon⁴².

³⁹ ÍNDIA. CCI. Case No 31/2016. **Ms. Shikha Roy Vs. Jet Airways (India) Limited and others**. Disponível em: <<https://www.cci.gov.in/antitrust/orders/details/33/0>>. Acesso em 15 de set. 2023.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² REINO UNIDO. CMA. **Decision of the Competition and Markets Authority: online sales of posters and frames**. Disponível em: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf>>. Acesso em 1 set. 2023.

A investigação foi instaurada a partir da procura da empresa GB eye Limited, que, por sua vez, submeteu à CMA um pedido de Acordo de Leniência. A partir dos documentos apresentados pela GB eye Limited, foi possível atestar que, verdadeiramente, ambas as investigadas firmaram um acordo anticompetitivo e desenvolveram *softwares* para estabelecer o preço de venda de posters no site da Amazon. Como evidência do ilícito, a CMA teve acesso, além do acordo firmado, aos e-mails trocados entre funcionários de ambas as empresas e aos *softwares* adotados pelas investigadas⁴³.

4. Conclusões

Da análise dos precedentes acima colacionados, uma conclusão fica clara: a única hipótese em que a autoridade concorrencial decidiu pelo arquivamento dos investigados foi quando, apesar da existência de algoritmos de precificação, não foi encontrada nenhuma evidência de celebração de acordo anticompetitivo. No caso analisado pelas autoridades da Índia e do Brasil no mercado de transporte aéreo de passageiros, identificou-se que algumas das companhias aéreas investigadas utilizavam algoritmos de precificação. Contudo, diante da ausência de comprovação de um acordo colusivo, ambos os processos foram arquivados.

Veja-se que essa hipótese não fala em um acordo expresso, como foi possível constatar no precedente da União Europeia. Naquele caso, reconheceu-se a existência de um acordo tácito, quando as agências de viagem permaneceram utilizando a plataforma que limitava os descontos oferecidos aos clientes e, portanto, concordaram tacitamente com a conduta colusiva. Nessa perspectiva, pode-se perceber que a existência da comprovação de acordo colusivo é prova indispensável para a condenação das empresas investigadas em casos de apuração de cartel instrumentalizado com o apoio de algoritmos e de inteligência artificial.

Além disso, outra conclusão que salta da análise dos precedentes é que a celebração de acordos, como o *Plea Agreement* e o Acordo de Leniência foram os meios mais efetivos para a obtenção de provas. Esses, por sua vez, foram os recursos adotados pelas autoridades nos casos analisados em que houve a conclusão pela condenação das empresas investigadas. Por outro lado, as provas indiciárias - ou indiretas - eventualmente obtidas por meio de busca e apreensão, como e-mails e documentos das investigadas, não se mostraram tão efetivas em atestar o intuito anticompetitivo presente no desenvolvimento dos algoritmos investigados.

⁴³ Ibidem.