

II COMPETIÇÃO DE DIREITO CONCORRENCIAL WICADE

EQUIPE 201

MEMORIAL DA REPRESENTADA ARARA AZUL

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 98765.432100/2022

REPRESENTANTE

Calopsita

REPRESENTADAS

Arara Azul

Beija-flor

São Paulo, 7 de outubro de 2022

Memorial ARARA AZUL

"REPRESENTADA"

SUMÁRIO

TERMOS DEFINIDOS	3
REFERÊNCIAS	3
ÍNDICE DE AUTORIDADES	3
ÍNDICE DE JULGADOS	7
A. DOS FATOS	9
B. DO MERCADO RELEVANTE	10
C. DA SUPOSTA E INFUNDADA CONDUTA COLUSIVA	10
a) A absurda denúncia apresentada pela Representante evidencia total desconhecimento acerca de aspectos fundamentais da tecnologia algorítmica	11
b) Ausência de fundamentos e de provas concretas para a condenação por suposta prática de colusão algorítmica	14
D. DA LEGITIMIDADE DA TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE AS REPRESENTADAS	22
a) Informações trocadas não eram sensíveis	23
b) Da necessidade de análise da conduta pela regra da razão	24
E. NÃO HOUVE QUALQUER DISCRIMINAÇÃO OU RECUSA DE CONTRATAR NA IMPLEMENTAÇÃO DE ALGORITMOS	28
a) Princípio da livre iniciativa privada, inexistência de conduta discriminatória e inexigibilidade de contratação obrigatória	28
b) Despropositada suposição de <i>essential facility</i> pela Representante	30
c) Inconsistência nas alegações da Representante	33
F. CONCLUSÃO E PEDIDOS	34

TERMOS DEFINIDOS

BBCade	Autoridade antitruste de Bodega Bay
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil
Caso	Caso II Competição de Direito Concorrencial (WICADE)
FTC	Federal Trade Commission
Nota Técnica	Nota Técnica nº 3/2022/SG/BBCADE
O&D	Origem e ponto de destino
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PA	Processo Administrativo
Representadas	Arara Azul e Beija-flor
Representada	Arara Azul
Representante	Calopsita
SG	Superintendência Geral de Bodega Bay
TMSRT	The Money Services Round Table

REFERÊNCIAS

ÍNDICE DE AUTORIDADES

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE E BUNDESKARTELLAMT	AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE E BUNDESKARTELLAMT. Algorithms and Competition , 2019. Disponível em: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf . Acesso em 07 de setembro de 2022.
--	---

BAKER	BAKER, Jonathan B. The Antitrust Paradigm: restoring a competitive economy. 2ª edição. Londres, 2019.
CADE	CADE, Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica, 2015. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf . Acesso em: 24 de setembro de 2022.
COMISSÃO EUROPEIA	EUROPEIA, Comissão. Orientações sobre acordos de cooperação horizontal da Comissão Europeia, 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04) & from=EN . Acesso em 07 de setembro de 2022.
COPELAND	COPELAND, Michael. What's the Difference Between Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning?. 2016. Disponível em: https://blogs.nvidia.com/blog/2016/07/29/what-s-difference-artificial-intelligence-machine-learning-deep-learning-a . Acesso em 15 de setembro de 2022.
CORREIA	CORREIA, Gabriela de Azevedo. A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação: uma análise da jurisprudência do CADE Rio de Janeiro, 2016. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%3b3s%20

	defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 29 de setembro.
FILHO	FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial . Rio de Janeiro: Forense, 2021, 2ª ed.
FILHO	FILHO, Calixto Salomão. Direito concorrencial: As condutas . 1º edição, 2º tiragem.
FTC	FTC, Carta da FTC em resposta a consulta realizada pelo TMSRT . Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/advisory_opinions/money-services-round-table/130904moneyservicesopinion.pdf . Acesso em 18 de setembro de 2022.
FTC	FTC, Refusal to deal . Disponível em: https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/refusal-deal . Acesso em 19 de setembro de 2022.
GUIMARÃES, GONÇALVES	GUIMARÃES, Bernardo e GONÇALVES, Carlos. Introdução à Economia . 2º edição. Rio de Janeiro, 2017.
NETO, CASAGRANDE	NETO, Caio Mário da Silva Pereira; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação . 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
JÚNIOR	JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Abuso de poder econômico amparada judicialmente . Revista do Direito Público da Economia, 2003, p. 215-225. Disponível em:

	judicialmente. Acesso em 07 de setembro de 2022.
LEGAL INFORMATION INSTITUTE	Legal Information Institute, Conscious parallelism , 2021. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/conscious_parallelism . Acesso em 21 de setembro
OCDE	OCDE. Refusals to Deal , 2007. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf . Acesso em 19 de setembro de 2022.
OCDE	OCDE. Policy Roundtables: prosecuting cartels without direct evidence , 2006, p. 84-86. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/37391162.pdf . Acesso em 24 de setembro.
SCHRUTI	M, SCHRUTI. Discover the Differences Between AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning , 2022. Disponível em: https://www.simplilearn.com/tutorials/artificial-intelligence-tutorial/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning . Acesso em 29 de setembro de 2022.
SILVA, TEIXEIRA	SILVA, Leandro Novais e TEIXEIRA, Luiz Felipe Drummond. Mercados digitais: o livro da disciplina . Belo Horizonte: Expert, 2022.
THE INVESTOPEDIA TEAM	TEAM, the Investopedia. Pareto Efficiency Examples and Production Possibility Frontier . Investopedia, 2022. Disponível em: https://www.investopedia.com/terms/p/pareto-efficiency.asp#:~:text=Kaldor%2DHicks%20efficiency%3A%20under%20which,the%20damage%20to%20the%20losers . Acesso em 18 de setembro de 2022.

WONNACOTT, WONNACOTT	WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. Introdução à economia. McGraw-Hill do Brasil, 1985.
---------------------------------	---

ÍNDICE DE JULGADOS

Nº do Processo	Representadas
Voto proferido pelo Conselheiro Relator Thompson Andrade, 10º volume, fls. 3351.	Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 (Viação Aérea Rio-Grandense e outros)
Voto proferido pelo Conselheiro Relator Sérgio Costa Ravagnani, ementa	Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74 (Faurecia Emissions Technologies do Brasil S.A. e outros)
Voto em embargos de declaração proferido pelo Presidente Alexandre Cordeiro	Processo Administrativo nº 08700.001094/2016-24 (Representadas: Companhia Sud Americana de Vapores S.A. e outros)
Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann	Processo Administrativo nº 08700.003067/2009-67 (Representadas: Companhia Ultragaz S.A e outros)
Voto proferido pelo Conselheiro Victor Fernandes	Processo Administrativo nº 08700.007278/2015-17 (Representadas: Boa Viagem Cafeteria Ltda. e outros)
Voto vista proferido pelo Conselheiro Mauricio Oscar Maia	Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00 (Representadas: Philips & Lite-on Digital Solutions Corp. e outros)
Voto proferido pelo Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia	Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.)
Voto proferido pela Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira	Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03 (Representadas: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e América Latina Logística S.A.)

Voto proferido pelo Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73 (Representada: Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia Brasil S.A.)
Nota Técnica nº 10	Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50 (Representadas: Toesa Service Ltda. e outros)
Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann	Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64 (Representadas: Auto Posto Amin Ltda e outros)
Voto proferido pelo Conselheiro Relator Sérgio Costa Ravagnani	Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73 (Representadas: BR Plásticos Indústria Ltda., Indústria e Comércio de Plásticos Majestic Ltda., e outros)
Anexo da Nota Técnica nº 13	Processo Administrativo nº 08700.000171/2019-71 (Representadas: American International Group, Amlin e outros)

A. DOS FATOS

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado em 06 de junho de 2022 pela Superintendência-Geral de Bodega Bay, em razão de denúncia feita pela empresa Calopsita (“**Representante**”) em face de Arara Azul (“**Representada**”) e Beija-flor (em conjunto com a Arara Azul, as “**Representadas**”).
2. A Representada atua há mais de vinte anos nos mercados de transporte ferroviário de passageiros e cargas e no mercado de venda online de passagens ferroviárias, administrando uma plataforma aberta de venda acessível a todas as empresas que atuam no país. Em fevereiro de 2018, visando precificar de maneira mais eficiente as passagens que oferta em sua plataforma, a Arara Azul criou e implementou, de forma independente e em caráter totalmente confidencial, um algoritmo de precificação.
3. Foi trazido ao conhecimento da Arara Azul que, por volta da mesma época, a Beija-flor (a outra empresa Representada), que também atua nos mercados de transporte ferroviário de passageiros e cargas e no mercado de venda online de passagens ferroviárias, desenvolveu seu próprio algoritmo de precificação de passagens. Em fevereiro de 2019, as tecnologias de *machine e deep learning* dos algoritmos das Representadas provocaram, de maneira completamente espontânea e autônoma, o emparelhamento desses algoritmos, sem qualquer interferência humana.
4. Identificando as possibilidades tecnológicas de seu algoritmo, a Representada entendeu que a criação de uma *blockchain* - a qual teria parâmetros gerais estabelecidos por um *smart contract* e que também seria composta pelo algoritmo da Beija-Flor - seria uma maneira segura e eficiente de garantir o pleno funcionamento de seu próprio algoritmo.
5. Em 2022, a Representante apresentou denúncia perante o BBCCade alegando, em suma, que as Representadas teriam praticado conduta de troca de informações sensíveis e que, em decorrência das interações entre os seus algoritmos de precificação, teria havido colusão na combinação de preços e de condições comerciais no mercado de venda online de passagens de trem, de modo que o suposto conluio teria sido instrumentalizado por *blockchain* e *smart contract*. Por outro lado, também alegou que eventual vedação ao acesso da Representante a tais interações configuraria prática anticompetitiva, caracterizando discriminação ou recusa de contratar, conduta essa que sequer teve os seus contornos precisados nos autos.
6. Ao final de 2022, a SG do BBCCade emitiu Nota Técnica recomendando o arquivamento do Processo Administrativo em relação à absurda denúncia de suposta conduta de discriminação e recusa de contratar, porém recomendou a condenação das Representadas pela prática de

combinação de preços e condições comerciais e por troca de informações concorrencialmente sensíveis. Conforme será demonstrado abaixo, não há dúvidas de que a Representada não se envolveu em condutas anticompetitivas e que este Processo Administrativo deverá ser arquivado em relação à Arara Azul.

B. DO MERCADO RELEVANTE

7. A Representada é um *player* importante e tradicional no setor ferroviário, com atuação há mais de 20 anos em três mercados: (i) transporte ferroviário de cargas, (ii) transporte ferroviário de passageiros e (iii) gestão e manutenção de plataforma de vendas de passagens ferroviárias, conforme informado no Ofício nº 20/2022/BBCADE.

8. A jurisprudência deste BBCCade já estabeleceu anteriormente a diferenciação desses três mercados, sob o entendimento de que cada um deles constitui um mercado relevante próprio.

9. Nesse sentido, visto que a Representante ofereceu denúncia frente à Representada por suposta conduta de colusão algorítmica em plataformas online de vendas de passagens de trem, a dimensão produto do mercado relevante deste presente processo administrativo refere-se somente ao mercado de venda online de passagens de trem, como estabelecido pela própria Nota Técnica nº 3/2022/SG/BBCADE (“**Nota Técnica**”)¹. Nesse mercado, as empresas podem comercializar suas passagens tanto em suas próprias plataformas quanto em plataformas de terceiros.

10. Com relação à dimensão geográfica, a jurisprudência também entende que cada ponto de origem e ponto de destino (“**O&D**”) de uma rota deve ser analisada como um mercado relevante próprio. Assim, tem-se seis O&Ds neste caso, em que há a atuação da Representada, Beija-flor e Representante, em conjunto ou não: (i) Alibaba/Espera Feliz, (ii) Fonte Nova/Andaluz, (iii) Espinhais/Brevelândia, (iv) Monte Azul/Luz do Norte, (v) Manacáia/Boitumirim, e (vi) mercado nacional, de maneira subsidiária.

C. DA SUPOSTA E INFUNDADA CONDUTA COLUSIVA

11. A Representante alega que a Arara Azul participou de um suposto conluio por meio da “*combinação de preços e condições comerciais*”², por meio do emprego de algoritmo de precificação. Essa hipotética colusão algorítmica, nas alegações distorcidas da Representante, supostamente teria sido aperfeiçoada pela criação de um *smart contract* envolvendo os

¹ Nota Técnica, página 16.

² Caso, página 5.

algoritmos das duas Representadas. Conforme será evidenciado abaixo, tais acusações são absurdas e infundadas, revelando, tão somente, o total desconhecimento da Representante acerca de aspectos relevantes da tecnologia algorítmica empregada no mercado de venda online de passagens ferroviárias.

a) A absurda denúncia apresentada pela Representante evidencia total desconhecimento acerca de aspectos fundamentais da tecnologia algorítmica

12. Em fevereiro de 2018, visando a precificar seus produtos de maneira mais eficiente, a Representada decidiu criar e implementar um algoritmo de precificação, diga-se, estratégia muito comum em mercados de venda online. O algoritmo da Arara Azul foi criado de maneira completamente **independente**, de modo que a Representada **sequer tinha conhecimento de outros algoritmos de precificação existentes** no mercado de venda online de passagens de trem.

13. Em fevereiro do ano seguinte, os algoritmos da Arara Azul e da Beija-flor desenvolveram, involuntária e espontaneamente, métodos de interdependência algorítmica. Tal interdependência não implicou qualquer tipo de coordenação entre as Representadas, fato que é evidenciado pela ausência de provas do suposto conluio.

14. Primeiramente, cumpre pontuar que uma conduta de colusão horizontal pode ser entendida como "*qualquer tipo de acordo, expresso ou tácito firmado entre concorrentes*", no qual "*objetivo é primordialmente a fixação conjunta de uma das variáveis concorrenciais*"³. Entretanto, como pode ser inferido do caso concreto, não houve qualquer tipo de comunicação ou de prática ajustada entre as Representadas, não configurando prática de cartel.

15. Já "*colusão algorítmica*" é caracterizada como "*qualquer forma de acordo ou coordenação anticompetitiva entre empresas concorrentes que seja facilitada ou implementada por meio de sistemas automatizados*"⁴. Novamente, destaca-se que não há nos autos evidências de que as Representadas possuíam qualquer tipo de alinhamento de práticas comerciais ou de que usaram seus algoritmos para estabelecer conluio; afinal, à época do emparelhamento espontâneo, a Representada sequer tinha conhecimento da existência de outros algoritmos de precificação no mercado de venda online de passagens de trem.

16. Naquilo que tange às particularidades de operação do algoritmo, a fim de demonstrar a inexistência de práticas colusivas, é pertinente esclarecer e analisar a seguir os aspectos da

³ SALOMÃO, Calixto. Direito concorrencial, as condutas. 1ed, 2003, p. 262.

⁴ OCDE; Roundtable on algorithms and collusion.

tecnologia de precificação da Representada. Conforme consta manifestado pela Arara Azul no Doc.13 - Resposta ao Ofício nº 20/2022/BBCADE - Arara-Azul,⁵ seu algoritmo faz uso das técnicas de *machine learning* e de *deep learning*. A primeira pode ser entendida como a utilização de algoritmos para analisar dados e aprender com eles, e, então, fazer uma previsão sobre algo⁶. Já a segunda técnica, que é um subgrupo da primeira, "*lida com algoritmos inspirada na estrutura e no funcionamento do cérebro humano; os algoritmos de deep learning podem funcionar com uma enorme quantidade de dados estruturados ou não estruturados*".⁷ Essa natureza de independência de atuação do algoritmo foi responsável pelo emparelhamento entre os sistemas de inteligência artificial das Representadas.

17. Nesse sentido, em razão da autonomia e independência na essência do funcionamento de seu algoritmo, a Representada **não possui ingerência** sobre ele após sua implementação,⁸ e nem poderia possuir, já que apenas estabelece as diretrizes gerais de precificação antes que entre em operação. Após essa pré-definição dos parâmetros, o algoritmo, por definição, passou a agir de forma absolutamente independente, sem que a Representada pudesse exercer qualquer tipo de influência ou de interferência sobre suas práticas.

18. Por conseguinte, a partir dos elementos do caso concreto acerca do estabelecimento da retroalimentação dos algoritmos, extrai-se que o emparelhamento dos softwares decorreu dos próprios atributos de autonomia que caracterizam sua tecnologia, que não estão sob controle da Arara Azul, não podendo a Representada ser responsabilizada pelo desenrolar dessa prática.

19. Cumpre destacar que é cada vez mais comum que empresas que atuam em mercados de vendas online façam uso de algoritmos de precificação semelhantes ao da Representada. Isso porque o emprego desse tipo de tecnologia oferece diversas vantagens, tais como *melhor qualidade de produtos e serviços e preços mais baixos*⁹. Algoritmos tendem a ganhos significativos de eficiência econômica, tendo grande potencial benéfico tanto para consumidores quanto para as companhias que ofertam bens e serviços online.

⁵ Doc.13- SEI nº 0158897

⁶ COPELAND, Michael. What's the Difference Between Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning?. 2016. Disponível em: <https://blogs.nvidia.com/blog/2016/07/29/whats-difference-artificial-intelligence-machine-learning-deep-learning-a>

⁷ M, SCHRUT. Discover the Differences Between AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning, 2022. Disponível em: <https://www.simplilearn.com/tutorials/artificial-intelligence-tutorial/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning>.

⁸ Nota Técnica, página 10 (Resumo das Respostas aos Ofícios).

⁹ Algorithms and Competition, 2019, p. 4. Disponível em: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>.

20. Ademais, verifica-se a ampla utilização de algoritmos de monitoramentos de preços no e-commerce, como foi constatado em uma pesquisa realizada pela Comissão Europeia entre junho de 2015 e maio de 2016. Segundo os dados obtidos, 53% dos varejistas monitoravam os preços dos concorrentes, enquanto 67% usavam programas de software automático para esse fim¹⁰.

21. Tendo em vista o exposto acima, é essencial salientar que é plenamente justificável a iniciativa da Representada de desenvolver e implementar um algoritmo com o intuito de precificar seus produtos de maneira mais eficiente, agindo de acordo com interesses comerciais legítimos ao fazer uso de algoritmo para atingir seus objetivos de negócios.

22. Dada a ampla utilização de algoritmos de precificação desenvolvidos com base em técnicas de *deep e machine learning*, uma hipotética condenação por supostas condutas anticompetitivas relacionadas ao mero emparelhamento de algoritmos dotados dessa tecnologia seria, no mínimo, temerária. Tal postura se equivaleria a condenar o mero uso de algoritmos eficientes de precificação como o da Representada, e necessariamente resultaria no abandono dessa ferramenta pelo mercado, causando enormes prejuízos aos consumidores.

23. Ademais, não se pode concluir, no presente caso, que o comando dado ao algoritmo pela Representada teria provocado uma suposta colusão. O desenvolvimento do algoritmo meramente representa a estratégia da Arara Azul de aumentar a eficiência na precificação das passagens, identificando "*altas e baixas na demanda por passagens e nas ofertas feitas pelas demais empresas*".¹¹ Dessa forma, à luz da finalidade do comando dado ao algoritmo, fica claro que seu propósito era perfeitamente lícito e não há diretriz que possa ser prejudicial à concorrência de Bodega Bay.

24. Não por acaso, a SG, ao tratar do algoritmo da Representada, acertadamente entendeu que o fato de ter sido criado com uma base tecnológica de *machine e deep learning* não deve ser considerado "*como um ilícito ou potencial ilícito concorrencial*".¹², afastando qualquer possibilidade de responsabilização da Representada por essa conduta.

¹⁰ Idem.

¹¹ Nota Técnica, página 8 (Tabela 1- Resumo das Respostas aos Ofícios).

¹² Idem.

b) Ausência de fundamentos e de provas concretas para a condenação por suposta prática de colusão algorítmica

25. Para haver a caracterização e condenação por prática de colusão, é necessário que ocorra a “*efetiva comprovação de que existe ou existiu entre concorrentes um acordo cujo objeto é a restrição da competição*”¹³.

26. Uma conduta ilícita por objeto é entendida como prejudicial à concorrência pelo mero fato de existir - atrelada à ausência de outros objetivos que não a formação de reservas de mercado (restrição da concorrência). Condutas ilícitas por efeito por serem presumidamente lícitas num primeiro momento, no entanto, se tornam ilícitas à medida em que há a comprovação de que esta impõe de forma particular factuais prejuízos à competição.¹⁴

27. Uma vez que colusão de preços se enquadra em ilícito por objeto, e, portanto, independe de análise de estruturas de mercado, poder de mercado do agente etc.¹⁵; a mera comprovação da existência do acordo é suficiente para ensejar uma condenação por colusão, não cabendo, portanto, análise por efeitos e sim por objeto.

28. Tratando-se de análise por objeto, é necessária comprovação, acima de qualquer dúvida razoável, de que houve uma prática que tenha por objeto a colusão. Conforme destacado em pesquisa sobre a jurisprudência do CADE no combate a cartéis, a autoridade antitruste atribui preferência maior a provas diretas para condenação do ilícito em relação às indiretas¹⁶.

29. Provas diretas, também chamadas de *smoking gun evidences*, “consistem em quaisquer evidências que demonstrem a existência do **acordo formal entre os concorrentes**” (grifo nosso) e são perfeitas para a caracterização da conduta em função de sua elevada robustez uma vez que “são tão evidentes quanto uma arma recém disparada, que guarda resquícios do disparo e 'produz fumaça', provando que o disparo foi praticado.”¹⁷

¹³ NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação, p. 114.

¹⁴ AZEVEDO, Paula. Ilícito por objeto na jurisprudência do CADE: O caso das tabelas de preços, p. 13. Apresentação IBRAC. Disponível em: <https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>.

¹⁵ AZEVEDO, Paula. Ilícito por objeto na jurisprudência do CADE: O caso das tabelas de preços, p. 13. Apresentação IBRAC. Disponível em: <https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>.

¹⁶ CORREIA, Gabriela de Azevedo. A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação: uma análise da jurisprudência do CADE Rio de Janeiro, novembro de 2016. p. 16.

¹⁷ CORREIA, Gabriela de Azevedo. A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação: uma análise da jurisprudência do CADE Rio de Janeiro, novembro de 2016. p. 9.

30. Provas indiretas, por sua vez, visam corroborar a plausibilidade da existência de acordo ilícito, a depender do conjunto probatório disponível, de forma a permitir a inferência com elevado grau de certeza por parte da autoridade antitruste de colusão de preços.¹⁸

31. Destarte, cumpre destacar que não há provas diretas de que houve uma suposta colusão de preços. Nesse sentido, a mera existência de um *smart contract* abrigando os algoritmos das Representadas certamente também não configura evidência, por si só, de qualquer conduta ilícita.

32. Conforme apresentado nos autos, não há provas diretas, tampouco indiretas quanto ao conteúdo do alegado referido *smart contract*, sendo a única referência direta à sua existência caracterizada como uma "*consequência do mecanismo de retroalimentação entre os algoritmos*"¹⁹. Dessa forma, ante a inexistência de qualquer elemento que ateste o conteúdo do *smart contract* em questão, não se pode assumir que se trata de instrumento que visa unicamente a consolidar os termos de uma colusão.

33. Um entendimento nesse sentido é extremamente nocivo ao propósito do instrumento, que, tendo em consideração a sua execução dispensa a intervenção humana²⁰, é impossível de descumprir a obrigação até que ela cesse, trazendo um forte componente de segurança em relações negociais. Há um impacto considerável nas relações de barganha e negociação, afetando a própria definição de "promessa de contratar"²¹, o que pode ser vantajoso para as relações empresariais em posição díspar²², tendo em vista que a máquina assume a responsabilidade de dar força às obrigações - mediante auto execução.

34. Na ausência de provas diretas da existência da conduta, as provas indiretas da suposta prática anticompetitiva precisariam inferir, com elevado grau de certeza, a plausibilidade deste comportamento colusivo, afastando quaisquer outras explicações racionais à conduta para que a autoridade concorrencial pudesse sancionar as Representadas - o que não se verifica, conforme evidenciado adiante.

35. Situações como a corrente em que não existem provas diretas e em que exijam uma possível condenação pautada somente em indícios devem ser analisadas com **extrema ponderação** pelas autoridades e levar à conclusão de existência de ilícito somente se (i) o

¹⁸ NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação, p. 116.

¹⁹ Nota Técnica p. 6, parágrafo 24

²⁰ Farshad Ghodoosi, *Contracting in the Age of Smart Contracts*, 96 Wash. L. Rev. 51 (2021). Disponível em: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol96/iss1/2>

²¹ Gomes, O. Contratos. São Paulo: Grupo GEN, 2022. 9786559645640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 07 Oct 2022

²² Farshad Ghodoosi, *Contracting in the Age of Smart Contracts*, 96 Wash. L. Rev. 51 (2021). Available at: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol96/iss1/2>

conjunto probatório ateste, com elevado grau de certeza, a existência da conduta e se (ii) o investigado não apresentar nenhuma explicação plausível que justifique o quanto discutido nas provas indiretas apresentadas, evitando que um investigado seja condenado injustamente com base em um conjunto probatório insuficiente.

36. Sobre o *standard* probatório em casos de alegadas condutas colusivas de preços, pontua-se que a condenação só é possível a partir de um conjunto probatório forte e robusto capaz de provar o envolvimento da parte, para além da dúvida razoável²³ sendo que, em casos de utilização de provas indiretas, as autoridades concorrenciais se valem de constante cautela no tangente à suficiência de indícios para a condenação de tal conduta²⁴ conforme epitomizado pelo seguinte voto:

Examinando os casos de provas indiretas julgados no CADE após o Cartel dos Aquecedores Solares, verifica-se que este Tribunal tem sido bastante rigoroso na análise do padrão probatório, sobretudo quando não há outras provas diretas para corroborar os indícios. Esse rigor afasta eventuais preocupações de que o uso de provas indiretas poderia se traduzir em uma carta branca para a atuação sancionadora deste Conselho. Nesse sentido, em pelo menos dois casos recentes – Cartel das Quentinhas e o Cartel de Obras Públicas do Paraná – o Tribunal avaliou que, mesmo que as provas indiretas fossem plenamente admissíveis, elas não seriam suficientes para fundamentar a condenação dos representados a elas relacionadas.²⁵
(grifo nosso)

37. Destarte, considerando-se que o rigor para cotejo de provas e evidências juntados aos autos já deve ser alto existindo provas diretas de participação da conduta, tal rigidez deve ser ainda maior quando nenhuma prova direta foi apresentada, como no presente caso. Pontua-se também que, individualmente, as provas produzidas não mostram o menor indício de práticas colusivas, como será demonstrado adiante.

38. Uma vez apresentados os critérios para a condenação por provas indiretas, parte-se então para discussão das "provas" produzidas contra as Representadas.

39. Quanto às comunicações entre o Sr. Mitch Brenner e a Sra. Annie Hayworth²⁶:

²³ Processo Administrativo nº 08700.001094/2016-24 (Representadas: Companhia Sud Americana de Vapores S.A. e outros), voto em embargos de declaração proferido pelo Presidente Alexandre Cordeiro, para. 9.

²⁴ Processo Administrativo nº 08700.003067/2009-67 (Representadas: Companhia Ultragaz S.A e outros), voto proferido pelo Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann, para. 8.

²⁵ Processo Administrativo nº 08700.007278/2015-17 (Representadas: Boa Viagem Cafeteria Ltda. e outros), voto proferido pelo Conselheiro Victor Fernandes, para. 8.

²⁶ Doc. 2 - SEI nº 1036619. Doc. 3 - SEI nº 1036640; Doc. 5 - SEI nº 1036792; Doc. 6 - SEI nº 1044663

i. A troca de e-mails²⁷, em datas espaçadas, remete no máximo a uma prática de *benchmark* entre os executivos quanto à existência de novas tecnologias passíveis de aplicação ao mercado. Sendo comunicações de caráter extremamente vago, não há como inferir prática de colusão a partir de meras constatações da existência de tecnologias possivelmente úteis às empresas individualmente. Vale notar que a comunicação sobre inovações tecnológicas amplamente disponíveis não só é algo comum da prática de *benchmark* entre executivos como também ferramenta potencial para aumento de competitividade de mercados à medida em que atua como fator redutivo de assimetria informacional.

ii. Quanto à dita chave de acesso à tecnologia criptografada, constata-se simples pedido por uma chave de acesso - sem quaisquer explicações da funcionalidade ou uso da mesma, tendo assim caráter irrelevante para a presunção de práticas colusivas uma vez que quaisquer outras suposições sobre sua possível função ou utilidade seriam de igual probabilidade - sendo respondido por uma indisponibilidade de compartilhamento da mesma, caracterizando assim acesso não compartilhado.

iii. A troca de mensagens²⁸, por sua vez, além de não datadas, sendo, portanto, de contexto completamente desconhecido, remetem respectivamente a: (i) uma esperança de que algo não especificado de natureza desconhecida de certo, respondida por uma afirmativa, sem quaisquer menções às empresas, práticas de negócios, alegados acordos, etc. e (ii) a um contentamento com resultados de algo também desconhecido, não passível de associação com elevado grau de probabilidade às supostas práticas ilícitas, podendo muito bem remeter a outras atividades ou interações entre as partes nada relacionada com as infundadas alegações, como por exemplo a "Projetos Paralelos" conforme Doc. 10 - SEI Nº 1051083. Inclusive, tal prova sequer menciona a participação da Arara Azul na conduta, não podendo ser considerada como prova da existência da conduta em relação à empresa.

40. Quanto às outras comunicações²⁹:

i. O agendamento de um almoço entre concorrentes³⁰ de forma que, ainda que sugerido um assunto a ser tratado, nada garante que este o fora. Tampouco a suposta discussão sobre algoritmos de precificação não remete a um intuito de realização de

²⁷ Doc. 2 - SEI nº 1036619. Doc. 3 - SEI nº 1036640.

²⁸ Doc. 5 - SEI nº 1036792; Doc. 6 - SEI nº 1044663.

²⁹ Doc. 1 - SEI nº 1036613; Doc. 4 - SEI nº 103679; Doc. 7 - SEI nº 1045605.

³⁰ Doc. 1 - SEI nº 1036613.

ilícitos, sendo plenamente cabível que esta comunicação não passe da comum prática de *benchmark* entre competidores - a qual por definição tende a trazer um aumento da competitividade no mercado.

ii. Outra breve comunicação sobre possível agendamento de reunião para tratar de algoritmos³¹ - que nada a ver tem com o arranjo de práticas colusivas isoladamente - sendo que, novamente não há constatações de que a reunião ocorreu, quanto mais sobre o conteúdo desta hipotética reunião - podendo, ser relacionada a conjuntura do mercado ou a assuntos de natureza pessoal e particular das partes que nada relacionada com as infundadas alegações.

iii. E-mail sobre a parametrização cujo conteúdo é não identificado³² de forma a não poder se relacionar com prática colusiva, possíveis arranjos sendo, ao extremo, mais um exemplo de *benchmark* entre as tecnologias desenvolvidas e empregadas independentemente pelas partes.

41. Em suma, as supostas evidências relacionadas ao uso de tecnologias criptografadas, por sua vez, remetem ao máximo à prática de *benchmarking* entre as Representadas tratando de questões inespecíficas a partir das quais não se pode presumir com o elevado grau de razoabilidade - como determinado pela jurisprudência apresentada - a intenção de adoção de prática colusiva.

42. Há que se falar, ainda, na questão da unilateralidade na produção de provas e como estas possuem baixo (se algum) valor probatório, tópico já discutido anteriormente em precedentes do CADE:

“O conjunto de elementos juntados aos autos, composto apenas por mensagens unilaterais e de caráter especulativo, em minha opinião, não satisfaz ao critério de robustez, suficiência e segurança para conduzir o julgador ao convencimento acerca da prática de conduta anticompetitiva [...]. A maioria dos e-mails internos apresentados pelos Beneficiários é ambígua e não contém indicação da fonte das informações neles discutidas. Esse é um problema bastante significativo, especialmente em um caso como este, no qual as evidências demonstram que o mercado era transparente.”³³

43. Assim sendo, nota-se que há prova acostada aos autos referentes a "Projetos Paralelos", contudo por ter sido produzida unilateralmente pela Representante e, portanto, interpretada e

³¹ Doc. 4 - SEI nº 103679.

³² Doc. 7 - SEI nº 1045605.

³³ Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00 (Representadas: Philips & Lite-on Digital Solutions Corp. e outros), voto vista proferido pelo Conselheiro Mauricio Oscar Maia, para. 19.

apresentada de maneira enviesada segundo os interesses particulares da Representante em condenar a Representada e de adquirir acesso à *blockchain* privada - cabendo notar também que tal prova sequer menciona a participação da Arara Azul na conduta, não podendo ser considerada como prova da existência da conduta em relação à empresa. Portanto, as alegações das Representantes com base nos breves excertos de comunicações apresentadas não passam de meras especulações e exacerbações de fatos inespecíficos de conteúdo irrelevante à competitividade no mercado de Bodega Bay.

44. A interpretação conjunta das provas indiretas tampouco deve ser distinta, pois os assuntos presentes nas comunicações não só são distintos como também não estão, por si só, necessariamente, interconectados, dado que as evidências são extremamente vagas e não há sequenciamento entre elas. Assim sendo, a associação destas na tentativa de apresentar indícios de acordos colusivos, não só é prática completamente incabível e danosa por parte da acusação como também não respaldada por racionalidade econômica - haja à vista que a busca por estabelecimento de cartel neste caso não é passível de explicação racional minimamente razoável conforme será posteriormente apresentado.

45. O racional econômico para o estabelecimento de conluíus voltados à fixação de preços (manutenção ou aumento) se enquadra principalmente nos seguintes cenários de mercados competitivos onde um aumento de preços não impacte significativa e negativamente nas vendas: (i) baixa elasticidade do produto - o que não é o caso de passagens de trem dada a existência de meios alternativos de transporte; (ii) insuficiência de oferta ou excesso de demanda - também não verificadas haja à vista que os demais concorrentes afirmaram que possuem capacidade ociosa para atender um desvio de demanda que seria ocasionado por tal aumento de preço.³⁴

46. Ressalta-se que elevações de preços, por óbvio, não resultam necessariamente do uso indevido do poder de mercado por parte das empresas, podendo suas origens assim variar amplamente dentro do racional econômico. Dentre exemplos de fatores que podem levar ao uso lícito de poder de mercado para a elevação de preços estão: aumentos nos custos de produção, decorrentes de insumos ou da tecnologia empregada³⁵; aumento de preços de bens substitutos³⁶;

³⁴ Nota Técnica p. 33, parágrafo 107 item i, p. 36 e 37 tabela 2 item i.

³⁵ WONNACOTT, P. & WONNACOTT, R. Introdução à economia. McGraw-Hill do Brasil, 1985 edição em português, p. 62.

³⁶ GUIMARÃES, B. & GONÇALVES, C.E.. Introdução à economia, 2. edição, Rio de Janeiro, 2017. p. 26.

redução nos preços de bens complementares³⁷; mudanças nas preferências dos consumidores³⁸; alterações em estratégias de precificação; entre outros.

47. Não obstante, a Representante não apenas conseguiu adentrar no mercado como também foi capaz de conseguir conquistar significativa parcela de mercado (16,5%) com apenas três anos de atuação³⁹ - fato este que seria extremamente improvável em mercados onde há colusão de preços - sem que as representadas fossem fortemente impactadas - vide reduções de parcela de mercado de 3% da Arara Azul e 4% da Beija-Flor, completamente condizentes com mercados competitivos e transparentes, além de alinhadas com histórico do mercado em questão.⁴⁰

48. Assim, considerando-se também a ausência de racionalidade econômica para o estabelecimento de cartel, resta que o que se verifica, no caso concreto, é mero paralelismo de preços entre as Representadas, que possuem porte semelhante e estratégias eficientes de precificação, em um mercado de alta transparência.

49. Vale ressaltar novamente que o paralelismo de preço por si só, seja em decorrência de atividade humana ou de algoritmos, não configura prática ilícita e, na ausência de provas diretas de colusão de preços em casos de utilização de algoritmos - conforme caso concreto - o entendimento apresentado por Baker (2019)⁴¹ é pela necessidade da comprovação de *plus factors* para que se possa inferir existência de acordo colusivo.

50. O Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade seguiu esse mesmo entendimento em seu voto no Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 (Viação Aérea Rio-Grandense e outros):

*“Na doutrina do paralelismo plus, o convencimento do julgador se faz por meio de provas indiciárias, que **afastam** as possibilidades lógicas da prática ter ocorrido em razão de **outros fatores que a justificaria do ponto de vista legal**, ou seja, sem o recurso de qualquer acordo ou colusão entre concorrentes. **Afastadas todas as hipóteses possíveis, alegadas ou não** pelas partes (como estrutura de custos similares entre as empresas, fenômeno da liderança de preços, etc.), que poderiam ter dado ensejo ao paralelismo de preço sem o recurso de práticas ilegais, a autoridade pode concluir pela caracterização da conduta concertada, diante da ocorrência de um plus, ou seja, algum outro*

³⁷ GUIMARÃES, B. & GONÇALVES, C.E.. Introdução à economia, 2. edição, Rio de Janeiro, 2017, p. 27.

³⁸ GUIMARÃES, B. & GONÇALVES, C.E.. Introdução à economia, 2. edição, Rio de Janeiro, 2017, p. 27.

³⁹ Nota Técnica, pag. 42. (Tabela 8).

⁴⁰ Nota Técnica, pag. 42. (Tabela 8)

⁴¹ BAKER, Jonathan B. The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy. Londres, Inglaterra, 2019, Second Printing, p. 107.

elemento 'além do paralelismo, suficiente para sustentar a conclusão de que o exercício do poder de mercado é decorrente de um acordo ilícito [...] constituindo-se pela troca de garantias entre as partes ao invés do comportamento de líder-seguidor - que não pode ser remediado pelas autoridades, tampouco renegado pelas firmas' (tradução livre)⁴² como uma reunião ou comunicação entre as empresas, que poderia ter sido utilizado como mecanismo de coordenação do cartel."⁴³ (grifo nosso)

51. Conforme o referido voto, a condenação com base no *paralelismo plus* só deve ocorrer em última hipótese, quando todas as demais explicações razoáveis para o paralelismo tiverem sido esgotadas, e restar somente a possibilidade de prática de tal conduta como meio para viabilizar uma colusão. É importante ressaltar que o papel de trazer essas explicações não está restrito à Representada, cabendo, também, às autoridades averiguar se existe algum racional econômico que justifique a conduta ainda que não aqui explícito.

52. Desse modo, para a condenação das Representadas é necessário, com base no conjunto probatório apresentado o enquadramento da conduta de preços como *paralelismo plus* uma vez que a jurisprudência do CADE não configura paralelismo de preços na ausência de *plus factors* como conjunto probatório suficiente para a culpabilização de empresas por combinação de preços.⁴⁴ Comprovação essa completamente incabível haja à vista o vácuo de valor probatório apresentado nas comunicações presentes nos autos.

53. É plenamente cabível, contudo, que o aumento de lucros das empresas tenha ocorrido em decorrência dos ganhos de eficiência operacional propiciados pelos algoritmos ao realizar decisões similares às que seriam realizadas por humanos neste contexto de paralelismo consciente e modelo "líder-seguidor" que é comum ao mercado de vendas online, como neste caso. Pontua-se também que os ganhos potencialmente gerados exclusivamente pela interdependência dos algoritmos não devem servir como evidência de conduta colusiva pois sua interdependência se deu no curso natural de aprendizado dos próprios algoritmos.⁴⁵

54. A aceitação de tal fato como evidência colusiva, ressaltando, novamente que os algoritmos foram desenvolvidos e empregados de forma independente sem quaisquer

⁴² BAKER, Jonathan B. *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*. Londres, Inglaterra, 2019, Second Printing, p. 110-111.

⁴³ Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 (Viação Aérea Rio-Grandense e outros), Voto proferido pelo Conselheiro Relator Thompson Andrade, 10º volume, fls. 3351.

⁴⁴ POLICY ROUNDTABLES: Prosecuting Cartels without Direct Evidence, OCDE, 2006, p. 84-86.

⁴⁵ Nota Técnica, pag. 13, para. 39.

intervenções humanas uma vez postas em prática⁴⁶ - não apenas feriria princípios econômicos básicos - eficiência de Kaldor-Hicks⁴⁷ - como também estabeleceria perigoso precedente de forma a inibir seu uso e privar consumidores dos seus consequentes ganhos de eficiência e competitividade.

55. Assim sendo, tem-se que o máximo indicado pelas provas não é suficiente para a caracterização de *paralelismo plus* sendo ao extremo um exemplo de paralelismo consciente - situação em que "*firmas aumentam seus preços ou reduzem sua quantidade ofertada enquanto reconhecem que seus concorrentes prestam atenção a seu comportamento e responderão de acordo*" (tradução livre)⁴⁸ - de tal forma que possíveis aumentos de lucros advindos desta prática não constituem conjunto probatório suficiente para a inferência de colusão entre as Representadas sendo esta prática não caracterizada como um ilícito por si só.

56. Conclui-se assim que as alegações postas pela Representante se revelam nada mais que uma nítida tentativa de prejudicar as eficientes Representadas a fim de privar-lhes de sua conquista de significativa parcela de mercado por ganhos de eficiência associados ao uso de legítimas tecnologias de ponta.

D. DA LEGITIMIDADE DA TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE AS REPRESENTADAS

57. A Representante alega, por meio dos e-mails e trocas de mensagens entre a Arara Azul e a Beija-flor apresentados nos autos, que as Representadas supostamente teriam compartilhado informações sensíveis a fim de viabilizar uma alegada colusão. Como já detalhado anteriormente, as provas apresentadas são incipientes e não são nem remotamente capazes de comprovar a suposta colusão. Assim, sequer pode se falar sobre a troca de informações sensíveis como conduta acessória em função da inexistência da própria colusão.

58. Nesse sentido, eventual caráter anticompetitivo de uma suposta troca de informações sensíveis no caso em tela somente poderia ser avaliado sob a ótica de uma conduta autônoma.

⁴⁶ Nota Técnica, pag. 7, para. 31.

⁴⁷ O conceito de eficiência de Kaldor-Hicks estabelece que mudanças na alocação de recursos em quaisquer circunstâncias são justificadas se e somente se os ganhos atrelados àqueles que serão favorecidos compensarem as perdas impostas aos desfavorecidos. TEAM, the Investopedia. **Pareto Efficiency Examples and Production Possibility Frontier**. Investopedia, 2022. Disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/p/pareto-efficiency.asp#:~:text=Kaldor%2DHicks%20efficiency%3A%20under%20which,the%20damage%20to%20the%20losers>. Acesso em 18 de setembro de 2022.

⁴⁸ BAKER, Jonathan B. *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*. Londres, Inglaterra, 2019, 2ª edição, p. 107.

Observa-se para esse cenário, novamente, um conjunto probatório impreciso e insuficiente para provar de maneira direta ou indireta a prática do alegado ilícito pela Representada.

a) Informações trocadas não eram sensíveis

59. De início, cumpre esclarecer que as comunicações realizadas pela Representada sobre o funcionamento dos algoritmos tratam de mera estratégia de *benchmarking* com intuito de elevação de eficiências da empresa no sistema de precificação de suas passagens, o que, por si só, não pode ser considerado ato ilícito.

60. De acordo com precedentes do CADE, a troca de informações concorrencialmente sensíveis deve ser avaliada como potencial infração autônoma quando não há elementos que comprovem que essas informações tenham sido compartilhadas para combinar preços, aumentos artificiais ou divisão de mercado, diferenciando-se, com isso, de uma colusão. É necessário, também, que não haja explicações plausíveis que justifiquem outra finalidade para o compartilhamento e que, ainda, a concorrência seja impactada negativamente por tal conduta.⁴⁹

61. O Guia para Análise da Consumo Prévia de Atos de Concentração Econômica do CADE define que informações concorrencialmente sensíveis são informações confidenciais e específicas (por exemplo, não agregadas) que tratam diretamente sobre o desempenho das atividades-fim dos agentes econômicos, tais como custos das empresas envolvidas, nível de capacidade e planos de expansão, estratégias de marketing, precificação de produtos, entre outros.⁵⁰

62. Os dados trocados pela Representada tratam, como mencionado acima, exclusivamente sobre o algoritmo e seu respectivo funcionamento, não se incluindo, dessa maneira, em nenhuma das características de informações sensíveis, tendo em vista que: (i) os algoritmos se alimentam a partir de dados disponíveis publicamente, e o compartilhamento de seu funcionamento entre as empresas acaba por gerar como único resultado a otimização de análise de informações já disponíveis publicamente, e (ii) não há apresentação de provas ou quaisquer explicações na Nota Técnica que sequer justifiquem minimamente o motivo do enquadramento do funcionamento dos algoritmos como informação sensível.

⁴⁹ Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74 (Representadas: Faurecia Emissions Technologies do Brasil S.A. e outros), voto proferido pelo Conselheiro Relator Sérgio Costa Ravagnani, ementa, para. 6.

⁵⁰ Guia para análise da consumo prévia de atos de concentração econômica, p. 7. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2022.

63. Desse modo, a alegada troca de informações não deve ser considerada como sensível e, conseqüentemente, não é capaz de gerar quaisquer preocupações concorrenciais.

b) Da necessidade de análise da conduta pela regra da razão

64. Ainda que as informações trocadas sejam consideradas informações sensíveis, a suposta conduta deve ser investigada por meio da regra da razão, sob uma lógica de análise de seus potenciais efeitos positivos ou negativos no mercado. Como já demonstrado, não há evidências, diretas ou indiciárias, capazes de comprovar a existência de comportamento colusivo por parte da Representada para além dos limites da dúvida razoável, o que exige sua análise como conduta autônoma, desvinculada de uma inexistente colusão.

65. A jurisprudência brasileira já é bastante consolidada quanto à aplicação da regra *per se* exclusivamente para cartéis e condutas acessórias que visem à sua implementação:

“(...) a consequência desse tipo de cartel [hard core] é a supressão (total ou parcial) da concorrência, resultando em aumento do – ou tendo o intuito de aumentar o – preço e/ou diminuição da quantidade (...). Essa, aliás, é a razão econômica para justificar que cartel tenha análise per se. Na verdade, esta é a única conduta que, diante da literatura econômica, pode ser compreendida como [ilícito] per se. Não há qualquer outra conduta (discriminação de preço, fixação de preço de revenda, etc.), assim, que justifique uma análise per se”⁵¹ (grifo nosso).

66. Assim, em caso de condutas coordenadas, não há uma análise de seus efeitos no mercado, mas presunção de seu caráter inerentemente lesivo à sociedade.

67. Em relação às demais condutas, há presunção de licitude e necessidade de investigação dos efeitos para comprovação do potencial lesivo à concorrência, por meio da aplicação da regra da razão:

“[...] quando o que torna uma conduta anticompetitiva são seus potenciais efeitos, é necessário que a decisão sobre a existência ou não da conduta perpassa algumas etapas relacionadas a estes potenciais efeitos, considerando-se, por exemplo, variáveis como eficiências geradas, racionalidade econômica ou justificativa para a conduta,

⁵¹ Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51 (Representadas: Liquigás Distribuidora S/A e outros), voto proferido pela Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, para. 85 e 112.

entre outros. Na doutrina tradicional, diz-se que as condutas cuja ilicitude se define pela potencialidade de efeitos devem ser analisadas sob o jugo da regra da razão.”⁵²

68. Existe a possibilidade de que determinadas condutas, dentre elas, a troca de informações concorrencialmente sensíveis, sejam “*tratadas como ilícitos por objeto (ou ilícitos per se), porém é fundamental que tenham por objeto somente aquilo que é presumido como ilícito pela legislação, ou seja, desde que funcionem como condutas dirigidas à implementação de uma colusão*”.⁵³ Em tais situações, a única justificativa para a existência da conduta acessória é viabilizar a colusão, não havendo, portanto, nenhum outro racional econômico plausível que fundamente sua prática. Em quaisquer outros casos, há de se analisar a conduta pela regra da razão.

69. Assim, de maneira geral, a troca de informações sensíveis não pode ser considerada um ilícito concorrencial por si só, exigindo a investigação de seu possível impacto negativo no mercado para uma eventual condenação.

70. Nesse sentido, há de se avaliar tanto “*efeitos positivos como negativos à concorrência, a depender de elementos como natureza da informação, a estrutura do mercado afetado e a forma como ocorre o compartilhamento*”, com especial atenção ao fato de que agentes podem compartilhar informações concorrencialmente sensíveis sem que essa troca necessariamente resulte na estruturação de algum tipo de acordo entre eles.⁵⁴

71. A troca de informações sensíveis pode ter impactos positivos no mercado e trazer eficiências para a concorrência, tema que já foi discutido em diversos precedentes do CADE. Ela pode proporcionar ganhos pela redução das assimetrias informacionais, ao repassar os benefícios derivados do ganho de eficiência das empresas aos consumidores. O aumento da transparência permite que os concorrentes adquiram maior conhecimento de mercado, o que até mesmo pode facilitar a entrada de novos competidores para avaliar com mais precisão os custos de entrada e os riscos a serem enfrentados. Além disso, a troca pode facilitar a melhoria da

⁵² Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50 (Representadas: Toesa Service Ltda. e outros), Nota Técnica nº 10, para. 46.

⁵³ Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64 (Representadas: Auto Posto Amin Ltda e outros), Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann, para. 23.

⁵⁴ Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73 (Representadas: BR Plásticos Indústria Ltda., Indústria e Comércio de Plásticos Majestic Ltda., e outros), voto proferido pelo Conselheiro Relator Sérgio Costa Ravagnani, para. 42 e 66.

performance das empresas que, por meio do acesso a informações do mercado, podem adotar estratégias mais eficientes.⁵⁵

72. Essa questão já foi discutida pelo Guia Europeu sobre Acordos de Cooperação Horizontal, segundo o qual essa troca pode ser positiva em três principais aspectos: (i) aumento da eficiência do mercado com a redução de assimetrias de informação, (ii) aumento das eficiências internas da empresa, como, por exemplo, comparação com boas práticas dos concorrentes, redução de custos e entrega mais rápida de seus produtos ou serviços, e (iii) benefícios aos consumidores, por meio da redução de custos de pesquisa e de melhorias das possibilidades de escolha.⁵⁶

73. Ainda que se entendesse que as informações compartilhadas entre as Representadas pudessem de alguma forma ser consideradas sensíveis, tal prática deveria ser observada à luz de seus efeitos pró-competitivos. O uso de algoritmos, incluindo algoritmos de coleta de dados e de precificação, tem se tornado cada vez mais frequente e reflete a lógica de desenvolvimento tecnológico da sociedade. Esses sistemas são utilizados para potencializar as atividades das empresas e, por consequência, melhorar os serviços e produtos ofertados para os consumidores.

74. Um exemplo são as companhias aéreas, que já utilizam há anos o sistema de gestão automatizada de *yield*, o que permite o aumento das receitas e o gerenciamento e alocação de inventários e bens de produção, aumentando a eficiência do uso de seus próprios recursos.⁵⁷

75. Além disso, no cenário da economia digital, em especial o *e-commerce*, a aplicação de algoritmos de monitoramento de preços já é amplamente utilizada na prática, como constatado em uma pesquisa realizada pela Comissão Europeia entre junho de 2015 e maio de 2016. Segundo os dados obtidos, 53% dos varejistas monitoravam os preços dos concorrentes, enquanto que 67% usavam programas de software automático para esse fim.⁵⁸

76. Os efeitos positivos das trocas de informações sensíveis, por sua vez, são comuns na história mundial do antitruste, não sendo um aspecto inovador do presente caso. A *Federal Trade Commission* (“**FTC**”), ofereceu um parecer consultivo em 2013 ao *The Money Services Round Table* (“**TMSRT**”) sobre proposta de coleta e disseminação de determinadas informações sobre agentes transmissores de dinheiro encerrados nos Estados Unidos.

⁵⁵ Processo Administrativo nº 08700.000171/2019-71 (Representadas: American International Group, Amlin e outros), Anexo da Nota Técnica nº 13, para. 23.

⁵⁶ Orientações sobre acordos de cooperação horizontal da Comissão Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN). Acesso em 07.09.2022.

⁵⁷ Algorithms and Competition, 2019, p. 4 e 5. Disponível em: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>. Acesso em 07/09/2022.

⁵⁸ Idem, p. 4.

Analisando a conduta sob a regra da razão, a FTC entendeu que a troca de informações não traria potenciais efeitos anticompetitivos no mercado e até mesmo geraria eficiências para as empresas envolvidas no mercado e beneficiaria o consumidor⁵⁹.

77. No presente caso, o algoritmo de precificação da Representada faz com que a análise da oferta e demanda do mercado seja realizada de maneira automatizada e rápida. Isso permite que, de acordo com as alterações do mercado, a Representada adapte o fornecimento de seus serviços e produtos para as novas condições de demanda de maneira mais eficiente, sem ter de arcar com elevados gastos para tanto. Para além da busca de um preço ótimo por meio do algoritmo, as eficiências impactam positivamente o consumidor, pois possibilitam que a oferta das passagens sempre esteja de acordo com a demanda, evitando o excesso ou falta de seu produto. A adaptação da oferta de acordo com a demanda não é nenhuma novidade, a única diferença é que, no caso, ela é realizada por uma inteligência artificial, e não por um ser humano.

78. Esse aumento de eficiências também estimula a própria competição, pois, diante do aumento da pressão competitiva da empresa no mercado, suas concorrentes são levadas a investirem e inovarem em seus negócios para se manterem competitivas, resultando em aumento da qualidade dos serviços e produtos ofertados para o consumidor.

79. A troca de informações sobre o funcionamento dos algoritmos entre a Representada e a Beija-flor acaba por levar, em última instância, ao aprimoramento do algoritmo de cada uma, aumentando mais ainda sua eficiência e, por consequência, aperfeiçoando a oferta de seus serviços para os consumidores de Bodega Bay. Com essa tecnologia, a Representada se torna uma forte concorrente no mercado, e o efeito positivo na concorrência pode ser observado com a própria entrada da Representante. A Calopsita, diante de duas empresas extremamente eficientes, também buscou investir em um algoritmo de precificação a fim de melhorar sua eficiência e se tornar uma concorrente no mercado de venda online de passagens de trem.

80. Assim, depreende-se que a comunicação realizada entre a Representada e a Beija-flor, se considerada uma troca de informações sensíveis, não gerou efeitos negativos no mercado. Pelo contrário, apresenta efeitos benéficos para a concorrência e o consumidor, ao (i) elevar as próprias eficiências da empresa, permitindo o melhor fornecimento de seus produtos e serviços para o consumidor, e (ii) aumentar a transparência do mercado como um todo, ao trazer maior

⁵⁹ FTC's letter in response to TMSRT. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/advisory_opinions/money-services-round-table/130904moneyservicesopinion.pdf. Acesso em 18/09/2022.

equilíbrio e reduzir assimetrias de informação com o algoritmo, tornando o mercado mais eficiente, conforme já reconhecido na doutrina.⁶⁰

E. NÃO HOUVE QUALQUER DISCRIMINAÇÃO OU RECUSA DE CONTRATAR NA IMPLEMENTAÇÃO DE ALGORITMOS

81. Segundo relatos da Representante, a Representada, ao criar uma suposta blockchain privada em conjunto com a Beija-flor, teria praticado suposta conduta de não contratar de caráter discriminatório ao não realizar comunicação com a Calopsita para sua participação na *blockchain*.⁶¹

82. Como se verá adiante, tais alegações devem ser consideradas improcedentes, tendo em vista que a criação do algoritmo e as comunicações realizadas pela Representada com a Beija-flor se configuram como prática de negócio legítima, conforme já reconhecido na Nota Técnica.

a) **Princípio da livre iniciativa privada, inexistência de conduta discriminatória e inexigibilidade de contratação obrigatória**

83. O princípio da livre iniciativa, garantido pela Constituição Federal Brasileira de 1988, é fundamento essencial para o direito de escolha de parceria comercial, bem como o direito de escolha de não parceria comercial presentes no referido caso.

84. O princípio da livre iniciativa consiste na faculdade de contratar ou não, e é talvez “*a maior expressão da liberdade de iniciativa no campo privado*”⁶². Não se busca negar que esse princípio necessita de restrições com o intuito de proteger o interesse público, porém essas limitações devem ser realizadas de maneira restritiva, isto é, em casos excepcionais. É nesse sentido que afirma Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

“Significa que a estrutura da Ordem Econômica está centrada na atividade das pessoas e não na atividade do Estado. Isto não significa a eliminação deste, mas sublinha que o exercício da atividade econômica, na produção, na gestão, na direção, na definição da política econômica da empresa está regulado pelo princípio da

⁶⁰ SILVA, Leandro Novais e, TEIXEIRA, Luiz Felipe Drummond. Mercados digitais: o livro da disciplina. Belo Horizonte: Expert, 2022.

⁶¹ Nota Técnica, pag. __ para. 105.

⁶² FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 2ª ed, p. 424.

*exclusão: o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido.*⁶³ (grifo nosso)

85. A Representada sequer é obrigada a manter relações comerciais com a Representante, segundo o princípio da livre iniciativa privada. Conforme o FTC, a não obrigatoriedade de contratação deve ser tomada como regra, havendo raras exceções:

*“Uma das áreas mais incertas do direito antitruste é relacionado com o dever de negociação de um monopolista com seus rivais. Normalmente, uma empresa não é obrigada a negociar com seus competidores. Na verdade, impor obrigações a uma empresa para negociar com seus competidores vai de encontro a outras regras antitruste que desencorajam acordos entre rivais que podem restringir a competitividade. Contudo, em determinados casos, cortes definiram como ilícito concorrencial quando uma empresa com poder de mercado se recusou a negociar com seu concorrente. Por exemplo, se o monopolista se recusa a vender um produto ou a prestar um serviço a um competidor que é oferecido para outros rivais, ou, se a empresa monopolista fez negócios com um concorrente e depois parou, é necessário um motivo comercial legítimo para a monopolista ter adotado tais políticas.”*⁶⁴ (grifo nosso)

86. Assim como para o FTC, os critérios de (i) tratamento diferenciado para determinados concorrentes e (ii) cessação de fornecimento de determinado produto ou serviço para um concorrente também já foram utilizados em precedentes do CADE, como o PA n° 08012.010483/2011-94, para determinação de prática ou não de recusa de vendas:

*“A recusa de venda não é caracterizada inclusive porque as mesmas condições são oferecidas para todos os possíveis anunciantes, sem distinções de ordem subjetiva ou especificamente direcionadas aos comparadores de preço. Tampouco houve cessação de um serviço inicialmente consumido pelos concorrentes.”*⁶⁵ (grifo nosso)

⁶³ JR, Tercio Sampaio Ferraz. Abuso de poder econômico amparada judicialmente. Revista do Direito Público da Economia, 2003, p. 215-225. Disponível em: <https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/abuso-de-poder-economico-por-pratica-de-licitude-duvidosa-amparada-judicialmente>. Acesso em 07.09.2022.

⁶⁴ Refusal to deal, FTC. Disponível em: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/refusal-deal>. Acesso em 19/09/2022.

⁶⁵ Processo Administrativo n° 08012.010483/2011-94 (Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.), voto proferido pelo Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, para. 302.

87. A Representante, como já dito anteriormente, somente realizou *benchmarking* com a Beija-flor ao descobrir que esta também estaria fazendo uso de um algoritmo de precificação, a fim de aprimorar seu próprio algoritmo. Desse modo, não há conduta discriminatória, tendo em vista que os dados do funcionamento do algoritmo não foram oferecidos para um rival em detrimento de outro, e sim apenas entre as duas únicas empresas que buscaram refinar as eficiências de suas tecnologias. A prova trazida no Doc SEI nº 1044663, por exemplo, evidencia somente o mero interesse em aumentar os lucros pela Representada, e dela não se pode extrair nenhuma conclusão, como indevidamente a Representante fez ao alegar que as comunicações se deram com o intuito de excluir concorrentes.

b) Despropositada suposição de *essential facility* pela Representante

88. No presente caso, a Calopsita exige uma limitação do direito de livre iniciativa da Representada, por entender que a Representada e a Beija-flor supostamente seriam obrigadas a incluir a Calopsita em suas eventuais parcerias comerciais. Embora não seja alegado de forma expressa, subentende-se que a Representante, ao apontar a necessidade de acesso ao algoritmo da Representada, e sua respectiva dificuldade de ingresso no mercado de venda online de passagens de trem, defende que o algoritmo é uma *essential facility* (insumo essencial) para o exercício de sua atividade.

89. O PA nº 08012.010483/2011-94, também entendeu que, diante de alegada recusa de contratar e tratamento discriminatório, há necessidade de se avaliar a existência de restrição a uma estrutura essencial.⁶⁶

90. De acordo com Salomão Calixto, por *essential facility* entende-se que:

“[...] é um insumo essencial para o exercício de certa atividade em determinado mercado, sem o qual o agente econômico não conseguiria praticar sua atividade, ou então tornaria sua prática excessivamente dificultosa. Ela ocorre quando há necessidade de intervenção da regulação ao direito concorrencial devido a características estruturais próprias de determinado mercado que dificultam a concorrência, as quais seriam utilizadas por um agente econômico para aumentar seu próprio poder no referido mercado ou em mercados adjacentes.”⁶⁷

⁶⁶ Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.), voto proferido pelo Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, para. 180.

⁶⁷ FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 2ª ed, p. 425 e 427.

91. A *essential facility* possui caráter tão relevante para o desempenho de uma atividade que torna necessário o intervencionismo do Estado para garantir condições equilibradas de concorrência em dado mercado, a fim de evitar que o agente econômico detentor da *essential facility* não impeça o acesso de concorrentes a suas estruturas. Isso porque tal bem sob propriedade de determinado agente econômico não é passível de sequer ser replicado por seus concorrentes, ao passo que também é fundamental para que exista competição.⁶⁸

92. Por se tratar de uma interferência direta na livre iniciativa e livre concorrência, a jurisprudência brasileira já é bastante sedimentada quanto ao caráter excepcional da aplicação da doutrina das *essential facilities*, como se observa a seguir, em voto proferido pelo Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, no Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73:

*“Contudo, é importante reconhecer que **deve haver limites** à doutrina das *essential facilities*. Demandar a uma firma dominante que conceda acesso à sua infra-estrutura é uma intervenção significativa por parte da autoridade antitruste; **uma aplicação excessiva da doutrina das *essential facilities* pode gerar efeitos econômicos prejudiciais**. Isso não apenas porque há um elemento de expropriação em se requerer que uma firma conceda acesso de sua propriedade a um competidor, mas também porque a possibilidade de que terceiros possam demandar uma **‘free ride’** nos frutos do investimento de outrem pode dissuadir este último de realizar o próprio investimento. É claro, portanto, que deve haver um limite sensível sobre o que seja considerada uma *essential facility*, e que as circunstâncias em que o acesso a ela pode ser determinado sob o Artigo 82 devem ser analisadas tendo-se em mente a necessidade de **não desencorajar investimentos**.”⁶⁹ (grifo nosso)*

*“Sob tal perspectiva, é notadamente defendido o **direito de exclusividade** dos titulares da infra-estrutura sobre as novas instalações, temporariamente, a fim de que seja possível **recuperar os***

⁶⁸ PA nº 08700.005778/2016-03 (Representadas: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e América Latina Logística S.A.), voto proferido pela Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira, para. 149.

⁶⁹ Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73 (Representada: Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia Brasil S.A.), voto proferido pelo Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo em citação de WISH, Richard. Competition Law., p. 14.

investimentos realizados e garantir um lucro mínimo, fomentando a continuidade de novos investimentos.”⁷⁰ (grifo nosso)

93. Diante da exigência da aplicação mais restrita possível da doutrina de *essential facilities*, é necessário se delimitar quais são todos os critérios que uma estrutura deve ter para se caracterizar como um bem essencial em um mercado.

94. Segundo a OCDE, há quatro principais elementos presentes em qualquer *essential facility* (esse entendimento é utilizado, também, pelo Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94): (i) a competição é inviabilizada sem acesso à estrutura, (ii) impossibilidade ou irrazoabilidade de duplicação da estrutura pelos concorrentes, (iii) a recusa de acesso pode ser tanto completa quanto construída, ou seja, não há uma negativa expressa por parte da detentora da *essential facility*, porém são colocados obstáculos que configuram como uma recusa de acesso, e (iv) inexistência de uma regra geral e necessidade de avaliação de cada caso concreto.⁷¹

95. Há, portanto, de se questionar sobre a essencialidade do algoritmo desenvolvido pela Representada para exercício da atividade de venda online de passagens de trens pelas demais empresas do grupo.

96. Considerando que a Calopsita ingressou no mercado em 2020, e no curso de dois anos e meio adquiriu participação de mercado de mais de 15% em todas as rotas em que se inseriu, é lógico concluir que o algoritmo da Representada não se encaixa no primeiro critério da definição da OCDE. Caso o acesso ao algoritmo fosse essencial para as outras empresas, a Calopsita sequer conseguiria entrar no mercado de venda online de passagens de trens, ou então sua participação e crescimento seriam bastante inferiores ao que efetivamente ocorreu. Pelo contrário, a Representante se tornou *player* relevante no mercado, de acordo com as respostas atribuídas aos ofícios pelas empresas João de Barro, Pardalzinho, Gralha-Azul e Tucano sobre o impacto da entrada da Calopsita no mercado.

97. Além disso, não há satisfação, tampouco, do segundo critério, tendo em vista que a Representante também foi capaz de desenvolver um algoritmo de precificação eficiente e que contribuiu para aumento de sua competitividade no mercado. Não há, assim, necessidade de que a Representada oferecesse acesso à *blockchain* privada à Calopsita, já que a Representante se mostrou capaz de desenvolver um algoritmo próprio bastante competitivo concretamente. A

⁷⁰ Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73 (Representada: Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia Brasil S.A.), voto proferido pelo Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

⁷¹ Refusals to DEAL, OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>. Acesso em 19/09/2022.

diminuição do *market share* das Representadas com a entrada da Representante nas Tabelas 3, 4, 5 e 8 evidenciam a pressão competitiva exercida pela Representante.

98. Como terceiro elemento, já se constatou acima que não houve recusa de contratar ou recusa de acesso, visto que nenhum tipo de contato foi realizado pela Representante em relação à Representada. Para além disso, as provas sequer evidenciam se a Representada tinha conhecimento do algoritmo da Representante.

99. Por último, há o quarto elemento, que exige uma análise geral dos fatos. A Representante se tornou um competidor significativo no mercado, mesmo com a existência da suposta *blockchain* privada, e a Nota Técnica do Caso também concluiu que “*a rivalidade é elevada, e as barreiras baixas, nesse mercado relevante, dado que um novo entrante conseguiu capturar parte significativa da representatividade das Representadas, e dado que há outros players com certo potencial de concorrer efetivamente com essas empresas*”⁷². Logo, conclui-se que a *blockchain* privada não configura *essential facility*. Sendo assim, não há que se falar em obrigatoriedade de acesso por parte da Representada e nem em preocupações concorrenciais.

100. Essa exclusividade é direito da Representada e fundamental para evitar que empresas terceiras, sem participação alguma no processo de desenvolvimento do algoritmo, se aproveitem de seus investimentos em tecnologia realizados para aumentar suas eficiências internas. Como o algoritmo não é essencial para uma entrada bem-sucedida no mercado, a Representada também está livre para contratar e não contratar com quem bem entender.

c) Inconsistência nas alegações da Representante

101. É evidente a suposta conduta de discriminação e de recusa de contratar alegada pela Representante carece de embasamento probatório para eventual condenação da Representada.

102. Em primeiro lugar, não existe nenhuma prova que evidencie de alguma maneira a ciência por parte da Representada de que a Calopsita teria criado também um algoritmo próprio de precificação que poderia se associar ao seu. A única constatação apresentada no caso é de que a Sra. Annie Hayworth é diretora tanto da Calopsita quanto da Beija-flor, porém em momento algum se confirma que as Representadas teriam descoberto sobre a existência do algoritmo da Representante. Nesse sentido, não há que se falar em discriminação ou recusa de contratar quando a Representada sequer teria conhecimento sobre a tecnologia desenvolvida pela Representante.

⁷² Nota Técnica, para. 112.

103. Além disso, ainda que a Representada tivesse ciência desse fato, não há, tampouco, elementos do conjunto probatório que demonstrem desinteresse ou recusa de contratar por sua parte em relação à Representante. As provas mostram somente o contato entre a Representada e a Beija-flor, o que não se confunde com uma negativa de contratação da Representada. Destaca-se que, apesar do suposto interesse da Calopsita em participar da *blockchain* privada, não há nenhum documento que comprove a tentativa de contato por parte da Representante em relação à Representada. Não havendo nenhum tipo de comunicação pela Representante para participação no *benchmarking*, a Representada não poderia deduzir o suposto intento da Calopsita de adentrar na *blockchain*, o que torna impossível a prática de uma possível recusa de contratar.

104. Ademais, a Nota Técnica é bastante clara quanto à entrada recente da Representante enquanto player no mercado de venda online de passagens de trens, de forma que, além da inexistência de fatos que demonstrem uma suposta recusa de contratar da Representada, não há, também, rompimento de uma prévia relação comercial entre a Representada e a Representante, pois sequer eram rivais à época.

F. CONCLUSÃO E PEDIDOS

105. Diante de todo o exposto, não merecem ser acolhidas as alegações feitas pela Representada e pela Superintendência-Geral do BBCCade em sua Nota Técnica, não havendo que se falar em prática de qualquer conduta anticompetitiva por parte da Representada. Na realidade, as alegações e supostas evidências acostadas aos autos apenas revelam o comportamento de um agente privado que ingressou no mercado e busca, nesse momento, apenas se utilizar - maliciosamente - da tutela antitruste para se beneficiar em detrimento da Representada, a qual apenas buscou meios lícitos de aprimorar as eficiências de seu próprio negócio.

106. Em vista da ausência de comprovação de (i) racionalidade anticompetitiva por parte Representada, (ii) das alegadas condutas de colusão, (iii) troca de informações sensíveis e seus efeitos no caso concreto, e (iv) recusa de contratar e tratamento discriminatório, a Representada requer o **pronto arquivamento** do presente processo administrativo.

Termos em que

Pede deferimento

Bodega Bay, 07 de outubro de 2022.