

II Competição de Direito Concorrencial WICADE



WICADE

II Competição de
Direito Concorrencial

EQUIPE N° 211

MEMORIAL DA REPRESENTADA ARARA AZUL

Março

2023

ÍNDICE

ÍNDICE	-
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	-
SÍNTESE FÁTICA	1
MERCADOS DIGITAIS E DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE	2
PRELIMINARES AO MÉRITO	5
I. DA IMPUTAÇÃO GENÉRICA	5
II. DA AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO BBCEAD	6
III. DO BIS IN IDEM NA IMPUTAÇÃO DE CONDUTAS	9
MÉRITO	10
IV. DA LEGALIDADE NO USO DO ALGORITMO	10
IV.1. Do exercício regular de direito	10
IV. 2. Das eficiências de mercado e a inibição à inovação	11
V. DA ALEGADA COLUSÃO ALGORÍTMICA POR MEIO DE SMART CONTRACT POR BLOCKCHAIN PRIVADA	13
V.1. Da Insuficiência Do Conjunto Probatório	13
V.2. Da análise das consequências mercadológicas do alegado cartel	19
VI. DA IMAGINADA TROCA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS PARA VIABILIZAR A COLUSÃO ALGORÍTMICA	20
VI. 1. Da análise por efeitos	20
VI. 2. Do conjunto probatório	21
VII. DA SUPOSTA CRIAÇÃO DE DIFICULDADES MEDIANTE CONDUTA DISCRIMINATÓRIA E RECUSA DE CONTRATAR	23
PEDIDOS	25
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	-

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

<u>Autoridade</u>	<u>Caso</u>	<u>Ano</u>	<u>Parágrafo</u>
BRASIL			
CADE	Google Shopping; Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94	2011	§ 12
CADE	Processo Administrativo nº 08700.004911/2019-49	2019	§ 30, § 114
CADE	Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73	2017	§ 58, § 96
CADE	Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90	2016	§61
CADE	Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12	2008	§ 67
CADE	Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41	2013	§ 68, § 104
CADE	Processo Administrativo nº 08012.004422/2012-79	2013	§ 68, § 104
CADE	Processo Administrativo nº 08012.004241/2003-51	2003	§ 68, § 104
CADE	Ato de Concentração nº 08700.004293/2022-32	2022	§ 73
CADE	Processo Administrativo nº 08012.006667/2009-35	2009	§ 75

CADE	Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51	2005	§ 80, § 96, § 97
UNIÃO EUROPEIA			
European Commission: DG Competition	Google AdSense - AT nº 40411	2019	§ 12
European Commission: DG Competition	Google Android - AT nº 40099	2018	§ 12
European Commission: DG Competition	Amazon e-Books (E-book MFNs and related matters) - AT nº 40153	2017	§ 12

AO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA DE BODEGA BAY**VERSÃO PÚBLICA**

Processo nº 98765.432100/2022

ARARA AZUL, já qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente, por meio de seus advogados, apresentar

MEMORIAIS

com fundamento na Legislação Concorrencial¹, conforme passa a expor.

SÍNTESE FÁTICA

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado em razão de representação feita pela empresa CALOPSITA em face das empresas ARARA AZUL e BEIJA-FLOR (“Representadas”), bem como dos seus diretores Mitch Brenner e Annie Hayworth. As Representadas e as pessoas físicas em questão atuam no setor ferroviário de Bodega Bay e, no caso das empresas citadas, possuem marca forte e presente nas rotas de passageiros que cruzam o território nacional de Bodega Bay.

2. Como consequência do crescimento do mercado e da implantação de novas ferramentas tecnológicas nas análises concorrenciais, em fevereiro de 2018, a Arara Azul, de forma independente e sigilosa, criou, para fins de acompanhamento das variações mercadológicas, um algoritmo direcionado a integrar informações disponibilizadas publicamente, a fim de detectar tendências e demandas do mercado.

¹ Lei Bodeguense nº 45.678/2015 (“LDCB”), responsável por instituir a autoridade antitruste de Bodega Bay (“BBCade”), inspirada na Lei Brasileira 12.529 de 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3zoiG19>>. Considerando que as leis de defesa da concorrência de Bodega Bay foram inspiradas “em lei de jurisdição com extensa e sólida tradição de defesa da concorrência”, e tendo em vista que “faz-se relevante o que a Autoridade Concorrencial Brasileira, que aplica a Lei que inspirou a Lei de Bodega Bay, entende como critérios de análise em casos de colusão”, serão utilizadas, doravante, as leis brasileiras como subsídio normativo para os argumentos apresentados.

3. Após um ano de funcionamento da ferramenta, identificou-se a atuação de mais algoritmos inspirados em técnicas de I.A. e *machine learning* atuando no mercado. Em fevereiro de 2019, pôde-se notar uma certa interdependência entre tais algoritmos.
4. Dois anos depois da implementação da ferramenta, a empresa Calopsita entrou efetivamente no mercado. Após um crescimento exponencial no curto período de um ano, a Calopsita realizou uma investigação interna, na qual Annie Hayworth, diretora da empresa desde 2013² e, simultaneamente, diretora da empresa Beija-flor³, foi afastada de seu cargo.
5. De forma subsequente, foi apresentada a representação em questão perante a Superintendência-Geral do BBCade⁴, na qual, segundo narra, a Arara Azul estaria envolvida em um acordo de colusão algorítmica com a Beija-flor, viabilizado supostamente pela troca de informações concorrencialmente sensíveis, arquitetada pela Sra. Hayworth.
6. Com o fim da instrução processual em outubro de 2022, a SG recomendou, à empresa Arara Azul, o arquivamento quanto às alegadas condutas de discriminação e recusa de contratar e a condenação das demais condutas anticompetitivas narradas. Entretanto, como se restará comprovado a seguir, razão não assiste à Representante, quanto a nenhuma das condutas expostas na representação, e tampouco, *data venia*, àquelas entendidas pela SG⁵.

MERCADOS DIGITAIS E DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

7. A Representada atua em três mercados relevantes distintos: (i) transporte ferroviário de cargas; (ii) transporte ferroviário de passageiros; e (iii) gestão e manutenção de plataforma de vendas de passagens ferroviárias.
8. Quanto à dimensão geográfica, a atuação da Representada restringe-se, nos mercados (i) e (ii), aos trechos Alibaba - Espera Feliz; Fonte Nova - Andaluz; Espinhais - Brevelândia; Santo Antônio do Monte Azul - Luz do Norte; e Manacaia – Boitumirim⁶. Já no mercado (iii), limita-se ao âmbito nacional do território de Bodega Bay, possibilitando a venda online de passagens em todo o Estado.
9. Conforme descrito pelo BBCade, a Arara Azul possui um modelo de negócios distinto para cada modalidade de mercado, online e físico. Sob a ótica da denúncia proposta, as alterações no cenário competitivo se concentram no mercado de venda online de passagens de

² Conforme Doc. 12 - Sei nº 0158655: Ata de eleição e posse do Conselho Diretor da Empresa Calopsita.

³ Ata de eleição e posse do Conselho-Diretor da Beija-flor (Doc. 12).

⁴ Doravante denominada apenas “SG”.

⁵ Nota Técnica Nº 3/ 2022/ SG/ BBCade.

⁶ Discriminados no item 2 do Doc. 13 - Sei nº 0158897

trem, impactado pela implementação dos algoritmos de precificação. Dessa forma, para as matérias aqui em questão, a operacionalização de seus negócios ocorre no formato virtual, podendo ser considerado, então, um mercado digital. Vale ressaltar que as interações e as particularidades das plataformas digitais implicam uma nova dinâmica de mercado completamente diferente da utilizada nos mercados tradicionais.

10. Além disso, como evidenciado pelas respostas aos ofícios⁷, o mercado sob análise apresenta baixas barreiras para entrada de novos *players* e não pode ser categorizado como concentrado. Com a então entrada da Calopsita no cenário concorrencial, notou-se ainda um acirramento veloz da competitividade e um maior dinamismo entre as transações⁸.

11. Na busca por ser cada vez mais competitiva, a inovação torna-se essencial para a diferenciação do produto ofertado pela Arara Azul, já que a própria concorrência impele o agente econômico a romper com o antigo e a conquistar a inovação, favorecendo o desenvolvimento da economia como um todo.⁹ A implantação de práticas que facilitam a análise de mercado, como o algoritmo em questão, foram pensadas como estratégias para promoção da dinamicidade do mercado, tornando-o mais acessível para o consumidor.

12. Nesses termos, é inegável o protagonismo da inovação na análise antitruste de mercados digitais. Tão grande é a sua importância que a proteção à inovação chega a dar legitimidade a decisões de autoridades antitruste, compondo importante elemento da teoria do dano em decisões recentes da Comissão Europeia, como nos casos Google AdSense¹⁰, Google Android¹¹ e Amazon e-Books¹², bem como no CADE, no caso Google Shopping^{13, 14}.

13. Nesse sentido, percebe-se que a insuficiência da análise estática a qual se dedica a Escola de Chicago se torna latente ante o desenvolvimento da economia digital¹⁵. Com efeito,

⁷ Doc. 13 - SEI nº 0158897, Doc. 14 - SEI nº 0163120 e Doc. 15 - SEI nº 0161658.

⁸ Item f da Tabela 2, formulada na Nota Técnica Nº 3/ 2022/ SG/ BBCade.

⁹ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 318.

¹⁰ COMISSÃO EUROPEIA. Decisão Google AdSense. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3T9ufUL>, Acesso em 05 de out. 2022.

¹¹ COMISSÃO EUROPEIA. Decisão Google Android. Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3efMhoY>, Acesso em 05 de out. 2022.

¹² COMISSÃO EUROPEIA. Decisão Amazon e-Books. Bruxelas, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3fKKNUI>, Acesso em 05 de out. 2022.

¹³ Segundo análise desenvolvida pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE no caso Google Shopping, o contexto de concorrência dinâmica se adapta, por meio de inovações e alianças estratégicas, a uma realidade de mercados em constante evolução. Vide BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE (SEI nº 0546890).

¹⁴ FERNANDES, Victor Oliveira; SILVEIRA, Paulo Burnier. Antitruste e inovação nos mercados digitais: abordagens para a análise de condutas exclusionárias. In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (coord.). Internet & Regulação. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

¹⁵ Para um mapeamento do debate atual vide: BECKER, Bruno Bastos; MATTIUZZO, Marcela. Plataformas digitais e a superação do antitruste tradicional: mapeamento do debate atual. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais. São Paulo: FGV Direito SP, pp. 40-83, 2020.

para esses mercados dinâmicos, a promoção da inovação constitui um objetivo mais relevante na política antitruste em comparação àqueles estabelecidos nos mercados tradicionais¹⁶.

14. Importante ressaltar, ainda, que o princípio do *consumer welfare* da política antitruste clássica não é abandonado, mas a busca deste princípio ocorre por meio da inovação. Essa linha de regulação da concorrência, adaptada aos mercados modernos, embasa-se na corrente “Pós-Chicago”, com pitadas da escola neoschumpeteriana, como se vê das palavras de Victor Oliveira Fernandes¹⁷ e tabela, também importando do trabalho do autor,¹⁸ que ilustra o debate entre as escolas de concorrência e o tema da inovação:

Esses autores defendem que a política antitruste deve ser revigorada, internalizando-se avanços recentes da teoria econômica e evidências factuais específicas dos mercados considerados que possam demonstrar racionalidade na adoção de condutas exclusionárias cujos efeitos anticompetitivos são tradicionalmente subestimados pela Escola de Chicago. Compreendem ainda que não são necessárias a adoção de novas leis ou novos objetivos para o antitruste (como proteção dos trabalhadores e das pequenas empresas), bastando que o conceito de bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) seja interpretado de forma a englobar efeitos sobre preço, qualidade e inovação.¹⁹

	Teorias de concorrência dinâmica		
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Críticas ao modelo econômico estático da Escola de Chicago ▪ Agenda de priorização das eficiências dinâmicas ▪ Propostas de ressignificação do poder de mercado 		
	Neoestruturalistas	Pós-Chicago	Neoschumpeterianos
Relação entre concentração econômica e inovação	Estruturas de mercado desconcentradas favorecem a inovação	Aplicação dos princípios da contestabilidade, da apropriabilidade e das sinergias em investigações concretas	Lucros de monopólio incentivam os investimentos em inovação
Eficiências estáticas vs. eficiências dinâmicas	A intervenção antitruste deve se preocupar com a preservação do processo competitivo e não com as eficiências (estáticas ou dinâmicas)	É viável a verificação de eficiências dinâmicas quando há evidências de plausibilidade da inovação	As eficiências dinâmicas tendem a estar presentes no longo prazo, mesmo sendo dificilmente quantificáveis
Custos de erros tipo I e tipo II	Os custos de erros tipo II são maiores nos mercados digitais	Necessidade de examinar caso a caso	Os custos de erros tipo I são ainda maiores em mercados dinâmicos

15. Apresentada a escola cerne deste memorial, em virtude do destaque constante à inovação e ao bem estar do consumidor, segue-se aos argumentos.

¹⁶ RÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019, p. 126.

¹⁷ Cf. FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.25-26.

¹⁸ Ibid. p. 87. Como se verá no Memorial, a linha de defesa, centrada na combinação do posicionamento pós-Chicago com a escola *neoschumpeteriana*, tende a considerar viável as evidências de inovação, que se provarão à frente, como forma de descaracterizar qualquer infração, realçando, ademais, os custos de erros tipo I - falso positivos como ainda mais significativos em mercados dinâmicos, como o mercado ora em debate.

¹⁹ Alinham-se a essa perspectiva estudos como HOVENKAMP, Herbert. Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled? *Journal of Corporation Law*, v. 45, n. 18-15, p. 101, 2019; SHAPIRO, Carl. Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It. *Antitrust*, v. 35, n. 3, p. 33-45, 2021; BAKER, Jonathan B. The Antitrust Paradigm Restoring a Competitive Economy, p. 1-369, 2019; MELAMED, A. Douglas; PETIT, Nicolas. The misguided assault on the consumer welfare standard in the age of platform markets. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 741-774, 2019.

PRELIMINARES AO MÉRITO

I. DA IMPUTAÇÃO GENÉRICA

16. De acordo com o artigo 69 da LDCB, o processo administrativo é um procedimento **em contraditório**, que garante a **ampla defesa** quanto às conclusões expostas na Nota Técnica nº 3 da SG. Nesse sentido, é essencial o enquadramento claro das condutas imputadas às Representadas, nos termos dos arts. 146 e 147 do Regimento Interno do CADE²⁰.

17. No caso concreto, a SG, ao imputar a troca de informações sensíveis com objetivos colusivos e o acordo entre concorrentes para manipulação de preços, cita, genericamente, o art. 36, §3º, incisos I, “a”, II, IV e VII, da LDCB. De igual maneira, utiliza dos incisos V, X e XI do mesmo artigo, para caracterizar a conduta discriminatória e recusa de contratar.

18. Porém, a ausência de enquadramento individualizado das condutas aos respectivos dispositivos legais impossibilita a ampla defesa e viola os princípios basilares do direito administrativo, previstos nos arts. 5º, inciso LV, e art. 37, ambos da CF/88²¹, como já citado na defesa desta Representada. Persistindo até o presente momento, tal omissão tem por consequência a impossibilidade da contratada em se manifestar a respeito do enquadramento jurídico dos fatos às normas pertinentes, constituindo violação aos artigos 2º e 26 da Lei 9.784/1999²². Destacando-se o contraditório, imprescindível é a necessidade de se entender a pretensão específica a ser combatida. Nas palavras de Moreira,

O princípio do contraditório confere ao processo administrativo a característica de uma atividade dialética que exige o **estabelecimento de premissas claras fixadas logo quando de sua instauração (de impossível modificação unilateral posterior)**, com plena compreensão quanto ao sentido e ao alcance das palavras,

²⁰ Art. 146. O processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica será instaurado pelo Superintendente-Geral, garantindo-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa. Art. 147. Do despacho que determinar a instauração do processo administrativo, deverão constar os seguintes elementos: (...) **II - enunciação da conduta ilícita imputada ao Representado, com a indicação dos fatos a serem apurados**; III - indicação do preceito legal relacionado à suposta infração; (...);

²¹ Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

²² Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa, contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VIII – **observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados**; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de **certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados**; (...) Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º A intimação deverá conter: (...) VI - **indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes**.

textos legais e as consequências de uma eventual imputação, instruído e irradiado por um espírito de abertura e possibilidade de acolhida de argumentos alheios.²³

19. Diante do exposto, pugna-se, novamente, pela declaração de nulidade do ato que instaurou este processo administrativo e dos atos que dele decorrem, nos termos impostos pela Súmula 473 do STF²⁴ e pelos demais dispositivos citados, especialmente tendo em vista ser esta a última oportunidade para tal pedido.

II. DA AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO BBCADE

20. De todo o conjunto probatório apresentado nos autos, o que se tornou claro para a Representada é que a Sra. Annie Hayworth, diretora da empresa Calopsita desde 2013, passou a ser parte, simultaneamente, da diretoria da Beija-flor, a partir de 2019. **Assim, permaneceu na diretoria de duas das três maiores empresas do setor até o final de 2021.**

21. Curiosamente, após menos de um ano em tais cargos, a Sra. Annie Hayworth, fiel e devota diretora da Calopsita, consegue, enfim, elevar a Calopsita à participação efetiva nos mercados de venda online de passagens, fato inédito no histórico da empresa²⁵. Vale destacar, também, que a ascensão da Calopsita, em menos de dois anos de atuação no mercado, é estrondosa. O estímulo gerador dessa tomada de decisões com tamanha segurança, possibilitou sua veloz categorização como empresa de referência no ramo²⁶.

22. Como se observa no gráfico e tabela abaixo, referentes ao mercado nacional de venda on-line de passagens de trem entre as empresas em questão, a Calopsita cresceu 230% desde seu primeiro registro como referência, alcançando rapidamente um destaque no mercado²⁷.

23. No mesmo sentido, pelo estudo das variações nas vendas das empresas no período vislumbrado, salta aos olhos também o impacto gerado pela entrada da empresa Calopsita nos demais *players* do mercado, conforme se nota na última coluna das tabelas abaixo.

²³ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 2ª ed. – São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. Págs. 276-277.

²⁴ A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

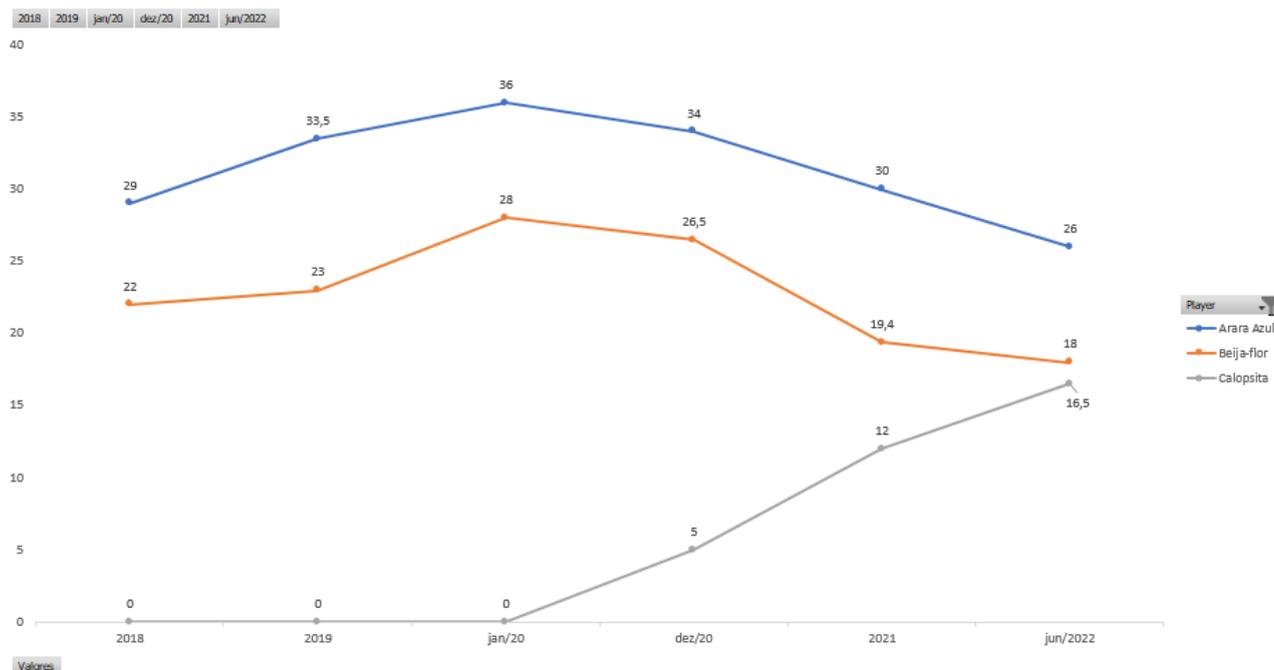
²⁵ Prova do empenho ativo da diretora pode ser evidenciada no Doc. 19 - SEI nº 006524, em que a mesma expõe suas ambições ainda em 2013, conforme se expressa: “*Queremos dominar o mercado de transporte ferroviário de passageiros*”. Ambições essas que apenas foram efetivamente concretizadas em 2020, logo após sua nomeação no Conselho Diretor da Beija-Flor.

²⁶ Doc. 18 - SEI nº 005623

²⁷ Gráfico gerado pela análise dos dados nos autos, vide tabela 8, gráfico 6, da Nota Técnica. Ressalta-se, ainda, que o cenário se repete em porcentagens proporcionais nos demais trajetos de catálogo das três empresas.

Player	2018 (%)	2019 (%)	jan/20 (%)	dez/20 (%)	2021 (%)	jun/2022 (%)
Arara Azul	29	33,5	36	34	30	26
Beija-flor	22	23	28	26,5	19,4	18
Calopsita	-	-	-	5	12	16,5

Player	Var 2018-2019	Var 2019-jan/20	Var jan/20 a dez/20	Var dez/20 a 2021	Var 2021 a jun/2022	Varição total
Arara Azul	15,52%	7,46%	-5,56%	-11,76%	-13,33%	-10,34%
Beija-flor	4,55%	21,74%	-5,36%	-26,79%	-7,22%	-18,18%
Calopsita	0	0	0	140,00%	37,50%	230,00%



24. Tais dados são reforçados pelas declarações das empresas João de Barro, Pardalzinho, Gralha-Azul e Tucano, que creditaram a entrada da Calopsita no mercado como significativa, com destaque para a primeira, que informou se tratar de um **motivo relevante** para sua queda no mercado, e para Gralha-Azul, cuja **razão central** para a saída do mercado foi a Calopsita²⁸.

25. Resta claro, portanto, que a posição estratégica da Sra. Annie Hayworth em ambas as empresas, somada às mudanças drásticas de nicho mercadológico e à ascensão acelerada da Calopsita, pressupõem, ao menos, uma conexão que deve ser investigada. Salvo melhor juízo, o que parece ter ocorrido é uma elaborada estratégia defensiva, iniciada com a representação

²⁸ Doc. 20 - SEI nº 006423 (Item G), Doc. 21 - SEI nº 006424, Doc. 22 - SEI nº 006425 (Item G - "Sim e inclusive por isso a Gralha-Azul saiu do mercado"), Doc. 23 - SEI nº 006426.

da Calopsita na SG, **com fins de propor uma primeira versão dos fatos, enviesando a investigação e mascarando o seu envolvimento em uma possível prática anticoncorrencial.**

26. Além disso, a Calopsita se utilizou da posição de privilégio de sua diretora para conseguir informações sobre o funcionamento das Representadas, consolidadas no mercado. Contudo, sem a diretora, a empresa não manteria seu aumento de *market share* e lucros, o que a levou a utilizar-se de outros meios para o exercício da pressão competitiva.

27. Assim, optou por se valer de ilações e mensagens produzidas por sua própria diretora para causar entendimentos dúbios quanto às mensagens trocadas e incriminar indevidamente a Arara Azul. Destaca-se, ainda, que a demissão da sra. Hayworth não anula o longo período em que a diretora atuou de maneira *ilegítima* na diretoria da Representante.

28. Dados os esclarecimentos quanto à realidade, fica clara a motivação principal da Representante, a saber, a de instrumentalizar a SG, com vistas não apenas a pressionar as Representadas para desembolsar recursos financeiros, por conta de um **litígio de natureza privada**, mas também desviar a atenção das autoridades de irregularidades em sua atuação.

29. Como subsídio meramente formal para essa instrumentalização da representação, a Calopsita se utiliza de insatisfações privadas na tentativa de impor uma condenação por infração concorrencial. Nesse sentido, alega a Representante ter ocorrido o “*fechamento de mercado mediante recusa de contratar com caráter discriminatório*”, com o fundamento de que as trocas de informações seriam “*apenas em benefício das duas maiores empresas do mercado, e do fato de que não a contataram (...)*”²⁹. Em outras palavras, a Representante está mais contrariada por não ter sido contatada para as supostas reuniões sobre os algoritmos de precificação **do que com os efeitos que essas informações têm para o mercado.**

30. Ademais, é direito subjetivo da Representada se utilizar de estratégias lícitas, como não compartilhar o funcionamento de seu algoritmo com as competidoras, para permanecer no mercado, sendo que a insatisfação da Calopsita com tais condutas não pode ensejar o início de um processo administrativo sancionatório. Nesse sentido é o entendimento da SG, no Processo Administrativo de nº 08700.004911/2019-49:

Percebe-se que a alteração da política de distribuição da Representada, a eventual recusa de venda de alguns de seus produtos ou a discriminação de preços praticados aos distribuidores não têm o condão de afetar a concorrência. (...) **A decisão da Representada por alterar sua política de distribuição, recusar a venda de alguns de seus produtos, ou mesmo discriminar preços entre seus distribuidores**

²⁹ §105 da Nota- Técnica apresentada pela SG.

podem ser caracterizadas como assunto privado, não devendo haver interferência por parte da autoridade antitruste (grifos nossos)³⁰.

31. Nesse sentido, as autoridades de defesa da concorrência não devem permitir o desperdício de recursos públicos para fins privados. À luz do art. 1º do Regimento Interno do CADE, bem como da LDCB, nota-se que a finalidade deste órgão é a “*prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica*”, e não a resolução de lide privada.

32. Com isso, **conclui-se que não resta alternativa a este Tribunal, senão o arquivamento deste processo administrativo**, vez que não há enquadramento das condutas aos dispositivos legais citados acima, nem competência do BBCCade para julgar lides privadas.

III. DO BIS IN IDEM NA IMPUTAÇÃO DE CONDUTAS

33. A diferenciação entre as condutas de colusão e de troca de informações sensíveis é artificial, em uma tentativa de duplo sancionamento a partir dos mesmos fatos.

34. Pelas alegações da própria SG, o suposto acordo para troca de informações concorrencialmente sensíveis teria como finalidade a manutenção da suposta colusão algorítmica. Em outras palavras, a alegada troca teria sido meramente instrumental, de modo que deveria ser analisada por sua consequência, a saber, a imaginada colusão algorítmica.

35. Nesse sentido, relata a SG, quanto à primeira conduta, que houve “*o objetivo de manter o funcionamento dos algoritmos (...) para a garantia da manutenção de margem elevada de lucro*”, ou seja, apenas caracterizaria um conluio o acordo com o objetivo de garantir margem extraordinariamente elevada de lucro. Por outro lado, descreve que “*a troca de informações concorrencialmente sensíveis (...) tinha como objetivo implantar uma estratégia comum (além de ilícita): a de determinar os parâmetros a serem mantidos pelos algoritmos das empresas Arara Azul e Beija-flor, que até então funcionavam de forma autônoma*”, concluindo “*pela condenação das Representadas Arara Azul e Beija-flor pela troca sistemática de informações concorrencialmente sensíveis com objetivos colusivos.*”

36. Evidencia-se uma dependência lógica essencial entre as condutas. Sem a imputação pela colusão, a troca de informações sensíveis para implantar uma estratégia comum perderia totalmente o objeto, pois esta acusação **está contida** na acusação de conluio. Assim, o que ocorre nessa artificialidade é a ofensa ao princípio *non bis in idem*, o qual veda que o particular seja processado mais de uma vez pela mesma infração. A impossibilidade de duplo

³⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08700.004911/2019-49. Nota Técnica nº 1/2022/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: <bit.ly/3UhelbP>. Acesso em: 19 set 2022.

sancionamento pelo mesmo fato é totalmente sedimentado na doutrina, sendo objeto inclusive de pacto internacional³¹:

A ideia básica do *non bis in idem* é que **ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo fato**, eis uma concepção praticamente universal, que desde as origens anglo-saxônicas encontra-se presente nos ordenamentos democráticos (v.g. art. 8º, n. 4, do **Pacto de San José da Costa Rica**). (grifo nosso)

37. Por fim, esclarece-se que a acusação não narra fatos a partir dos quais se possa inferir duas condutas autônomas. Toda a suposta troca de informações faz parte da acusação de cartel, conforme demonstrado. Portanto, trata-se de uma tentativa manifestamente ilegal e abusiva de dupla sanção, que não deve ser levada em conta na deliberação por este órgão.

MÉRITO

IV. DA LEGALIDADE NO USO DO ALGORITMO

IV.1. Do exercício regular de direito

38. Conforme exposto, o processo possui vícios, e, como a SG cita a possibilidade de “*responsabilizar as Representadas pela simples criação, desenvolvimento e implementação do algoritmo em seu sistema de precificação das passagens de trem*”, cabe esclarecer que eventual argumento nesse sentido seria apenas mais um vício processual. É importante estabelecer que o desenvolvimento e o uso de algoritmos com o intuito de aumentar os lucros da empresa é uma atuação legítima e em consonância com a livre concorrência.

39. Eventual pedido pela declaração de ilegalidade no uso do algoritmo em si, ou pela responsabilização por negligência da Representada nesse uso, iria de encontro ao princípio da não surpresa, bem como à garantia de ampla defesa, com grave lesão ao contraditório.

40. Consoante o art. 69 da LDCB e o mencionado no tópico I, o requerimento para condenação por conduta diferente das citadas pela SG, com a ampliação do escopo da acusação, em momento de memoriais, seria uma afronta ao Regimento Interno e à legislação. Eventual decisão deste órgão condenando a Representada por conduta ilícita não enunciada no despacho de instauração deste processo seria apenas mais uma nulidade a ser declarada.

41. Nessa perspectiva, ressalta Mauro Grinberg³² que, em um processo administrativo sancionador, não pode haver decisão e condenação por motivo sobre o qual não houve

³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 283.

³² GRINBERG, Mauro. O Cade e o princípio da não surpresa. JOTA Info, 12 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3RCGsiX>>. Acesso em: 19 set. 2022.

menção prévia, amplo debate ou possibilidade probatória no momento adequado, entendimento também sedimentado na legislação³³.

42. Não seria possível a condenação da Representada nem mesmo por negligência na programação do algoritmo, pois a própria Nota Técnica Nº3 estabelece que a “retroalimentação de um algoritmo por outro só poderia ser impedida com o encerramento total das atividades do algoritmo”. Ora, exigir, sob o rótulo de “dever de diligência” que o algoritmo deva ser impedido de funcionar é **meramente determinar sua ilegalidade em si**.

43. Assim, após inúmeros investimentos financeiros, a Representada conseguiu se destacar no mercado exatamente por ter investido em pesquisas e focado em desenvolver tecnologias inovadoras, sendo o aumento no lucro da empresa um mero retorno dos investimentos, não havendo qualquer ilegalidade ou negligência em sua atuação empresarial.

IV. 2. Das eficiências de mercado e a inibição à inovação

44. Ainda que exista eventual discussão sobre os prejuízos dos algoritmos à concorrência, são inúmeras as abordagens para lidar com tal situação a partir de uma perspectiva *ex ante*, ou seja, com intervenções menos gravosas à livre concorrência ou, pelo menos, moduladas de forma diferente³⁴. Ora, é notório que mesmo sendo este mercado devidamente regulado pela Agência Bodeguense de Transportes Terrestres (ABTT), e os algoritmos de precificação terem sido utilizados desde o início de 2018, não há nenhuma movimentação no sentido de proibir, ou mesmo para restringir, o uso de algoritmos de precificação no cenário bodeguense.

45. Na realidade, o mais próximo que existe, atualmente, no sentido de regular o uso de algoritmos é o PL 21/2020, cujos princípios gerais são justamente promover “I - o desenvolvimento tecnológico e a inovação; II - a livre iniciativa e a livre concorrência”, dentre outros. Assim, especialmente pela ausência de regulação prévia, seria inaceitável coibir o uso do algoritmo por meio de uma decisão *ex post*, em detrimento de uma atuação *ex ante*.

46. Nesse contexto, o algoritmo promove eficiências no mercado e garante bem-estar ao consumidor final. Tal é o entendimento do estudo desenvolvido pela OCDE, que elenca os inúmeros benefícios no uso de algoritmos³⁵

Do lado da oferta, os algoritmos aumentam a transparência, melhorando os produtos existentes ou desenvolvendo novos. O trabalho da OCDE sobre inovação disruptiva mostrou como a entrada no mercado foi promovida pela capacidade das empresas de desenvolver novas ofertas com base em algoritmos (OCDE, 2016e; OCDE, 2016f e

³³ Cf. o art. 10 do CPC/15 c/c art. 115 da LDCB, consoante o qual não pode haver decisão segundo fundamento “a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”.

³⁴ OECD. Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age. Disponível em: <<https://bit.ly/3CeTn6a>>. Acesso em: 19 set. 2022. p. 40-42.

³⁵ Ibid. p. 14-15.

OCDE, 2016g). Isso desencadeia um mecanismo virtuoso pelo qual as empresas estão sob constante pressão para inovar, promovendo uma dinâmica de eficiências. A ascensão de algoritmos no lado da oferta também pode promover eficiências estáticas ao reduzir o custo de produção, melhorar a qualidade e a utilização de recursos, bem como racionalizar os processos de negócios. Do lado da demanda, os algoritmos podem afetar significativamente a dinâmica do mercado ao apoiar as decisões do consumidor: eles organizam melhor as informações para que essas possam ser acessadas com mais rapidez e eficácia, bem como fornecem novas informações sobre outras dimensões da concorrência além de preços, como qualidade e preferências dos consumidores. Assim, os algoritmos têm o potencial de criar efeitos positivos nos consumidores. (tradução nossa)

47. Essa dinâmica de eficiência do mercado é provocada, em primeiro lugar, pela publicidade dos dados analisados, inclusive por aqueles fornecidos de outros algoritmos semelhantes, sendo a retroalimentação de informações um dos principais motivos para uma maior eficiência. Além disso, trata-se de um cenário com poucas vantagens competitivas duradouras, devido às baixas barreiras à entrada, evidenciado, ainda, pela volatilidade de *market shares* entre as empresas³⁶.

48. Assim, torna-se difícil uma diferenciação entre os serviços prestados pelas concorrentes, resultando em uma disputa baseada em preços, além de sofrerem pressão até de outros modais de transporte, com os quais há rivalidade ainda que não sejam substitutos perfeitos. Desse modo, resta apenas o ganho em eficiência como estratégia competitiva.³⁷

49. Nesse sentido, o uso de algoritmos de precificação possibilita a redução de uma série de custos, que é prontamente repassada ao consumidor. Desse modo, as inovações tecnológicas são ferramentas fundamentais, pois os ganhos de eficiência dinâmica são um dos poucos mecanismos de permanência no mercado.

50. Uma eventual condenação pelo uso de algoritmos que objetivam o ganho de eficiência provocaria uma notória inibição às futuras inovações tecnológicas, dada a insegurança gerada pela possibilidade de se perder todo o investimento aplicado em Pesquisa e Desenvolvimento. Tal decisão geraria um mercado estático bem mais propenso ao monopólio, haja vista que, além de forçar o abandono de eficiências já conquistadas no setor, provocando uma perda imensurável ao consumidor, reduziria a eficiência dinâmica.

51. Aqui, trata-se da Teoria de Custos e Riscos consolidada através das obras de Easterbrook³⁸. Tal construção teórica parte da premissa de que, ao se presumir um ambiente de incertezas e de informações falíveis sobre os efeitos econômicos das condutas, erros são, de certa forma, **inevitáveis**. Nesse contexto, os custos dos erros podem ser categorizados entre aqueles que impõem proibições a condutas pró-competitivas, como a inovação por meio de

³⁶ GREENWALD, Bruce; KAHN, Judd. *Competition Demystified*. Penguin Publishing Group. 2007. p. 76.

³⁷ *Ibid.* p. 45.

³⁸ EASTERBROOK, Frank. H. *The limits of antitrust*. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984. p. 15-16.

algoritmos, sendo estes conhecidos como erros tipo I, e aqueles que determinam os impactos de falsas condenações/absoluções, como erros tipo II. A tabela introduzida no parágrafo 15 do Memorial, oriunda do trabalho do Victor Fernandes, para a qual se remete o leitor, cuida de aplicar a teoria dos erros estatísticos ao debate de concorrência e inovação.

52. No caso em tela, uma eventual condenação pela utilização de algoritmos, considerando-se a ausência de embasamento para a tomada de uma decisão incontestável, assemelha-se a um cenário de erro tipo I. Tal incidência sancionatória, desprovida de um caderno probatório detalhado, ocasionaria a criação de uma barreira à inovação.

53. Por fim, vale destacar que o erro tipo I, sob a ótica de um mercado dinâmico detém um potencial de devastação ainda maior do que em mercados estáticos, *“seja porque os conhecimentos econômicos aplicados à inovação seriam menos confiáveis (...), seja em razão do potencial intrínseco da inovação de gerar ganhos de bem-estar social de longo prazo”*³⁹.

54. Assim, a primeira decisão a ser tomada quanto à conduta de colusão algorítmica deve se assegurar de não condenar indevidamente, pois **tal equívoco enviaria ao mercado e ao setor a clara mensagem de que não se deve inovar, ocasionando uma insegurança generalizada**, com os efeitos particularmente prejudiciais à concorrência.

55. Todas essas características apontam para a conclusão de que não há qualquer lógica em reprimir a utilização dos algoritmos via *ex post*, devendo evitar-se os prováveis efeitos de uma inibição à inovação por uma condenação jurídica desarrazoada. Eventual restrição aos algoritmos deve ocorrer por meio de regulações claras, garantindo uma proteção às eficiências já alcançadas, sem prejudicar os incentivos à inovação. Ou, por outra, na análise *ex post* concreta, diante da inovação, a atuação da autoridade antitruste deve-se pautar pela cautela.

56. Portanto, acerta a SG ao concluir que *“o fato de o algoritmo em si ter sido criado por uma base tecnológica de machine e deep learning não pode ser considerado, por si só, como um ilícito, visto que são ferramentas perfeitamente lícitas”*, ressaltando seu *“elevado potencial de produção de eficiências e benefícios para os consumidores e para os próprios players daquele mercado”*. Com isso, percebe-se que o mero uso do algoritmo não fornece abertura para a responsabilização da Representada, de modo que é essencial a comprovação do alegado acordo com intuito de colusão, sob o risco de impor limites injustos à inovação.

³⁹ FERNANDES, Victor Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 84.

V. DA ALEGADA COLUSÃO ALGORÍTMICA POR MEIO DE SMART CONTRACT POR BLOCKCHAIN PRIVADA⁴⁰

V.1. Da Insuficiência Do Conjunto Probatório

57. Mesmo desconsiderando os **benefícios econômicos promovidos**, com a análise da conduta em comento puramente por objeto, não há indícios suficientes para uma condenação.

58. A redação do *caput* do art. 36 da LDCB é clara ao dizer que “*constituem infração da ordem econômica (...) os atos (...) que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos...*”, ou seja, ou o objeto do ato é ilícito, ou é lícito com efeitos anticoncorrenciais. Segundo o Conselheiro Sérgio Ravagnani, um fator determinante para a análise do ilícito por objeto é a intencionalidade do agente, isto é, a **comprovação de que o agente tinha por objetivo alcançar as situações elencadas** nos incisos I a IV do art. 36⁴¹.

59. Como indício da ocorrência de infração concorrencial, a SG aponta uma “*tendência de alinhamento de preços entre as Representadas*”, “*entre o segundo semestre do ano de 2019 e o primeiro de 2020*”, período o qual coincide com a suposta “*criação de um smart contract*”.

60. Ora, são simples, portanto, as provas diretas que deveriam haver nos autos. Em primeiro lugar, deve se provar a existência do *smart contract*, e, em segundo, que as cláusulas deste acordo teriam por objetivo prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa⁴².

61. Contudo, o conjunto probatório utilizado por esta SG não demonstra a materialidade do acordo e limita-se a provas indiretas, as quais, segundo a jurisprudência consolidada do CADE, para que sirvam a uma condenação, devem preencher os seguintes requisitos⁴³:

Além de serem **fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta**, (...) o indício deve cumprir três critérios para que funcione como elemento probatório apto a formar convicção: (i) **gravidade**, quanto à intensidade do convencimento; (ii) **precisão**, quanto à clareza de sua existência; e (iii) **concordância** com o fato a ser provado. (grifos nossos)

62. Ademais, conforme o Guia de Combate a Cartéis em Licitação⁴⁴, as provas indiretas resultam de inferências lógicas que comprovam a infração anticoncorrencial, “***posto não haver outra explicação plausível para os investigados se comportarem daquela maneira***”.

63. Contudo, o que se observa nos autos deste processo, é a completa ausência de quaisquer dos requisitos necessários para responsabilizar a Representada. Conclui-se, que as

⁴⁰ A tecnologia blockchain é um mecanismo que permite o compartilhamento de informações na rede de uma empresa, em que é utilizada a criptografia para se fazer a segurança. O acesso é particular e requer permissão para ler as informações contidas na rede. Em suma, é um banco de dados privado ou uma intranet.

⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73. Voto do Conselheiro Sergio Costa Ravagnani.

⁴² Ibid.

⁴³ Id. Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90. Voto da Conselheira Paula Farani.

⁴⁴ Id. Brasília, DF: [s.n.]. Disponível em: <<https://bit.ly/3RyDoob>>. Acesso em: 21 set 2022.

supostas provas apontadas são meras inferências sem nexos causais entre os fatos apresentados e suas conclusões. Nesse sentido, inicia-se a análise detalhada do caderno probatório.

64. Agendamento de reunião. O Doc. 1 (SEI nº 1036613) demonstra que foi marcada uma reunião para tratar sobre a venda de passagens. Em momento algum se denota a intenção de buscar um algoritmo espelhado entre as empresas, ou um paralelismo de condutas, nem o objetivo de uma simetria entre as precificações. Na verdade, se tal fosse o propósito, jamais seria citado tal assunto para a Sra. Dandara Luz, que não é sequer da diretoria da Beija-Flor.

65. Os algoritmos de precificação são adotados em diversos outros mercados, além de serem capazes de produzir diversos efeitos pró-concorrenciais. Apenas o agendamento de uma reunião para tratar do assunto não é suficiente para inferir que foi gerado um acordo para combinação de preços ou para padronização de comportamentos. Fazer essa ilação do assunto da reunião para um acordo de cartel é mero salto lógico.

66. Agendamento de reunião. Também o Doc. 4 (SEI nº 103679) aponta um agendamento de reunião entre técnicos de TI, tratando-se de uma conversa entre pessoas que não participam da direção das empresas, e, portanto, não possuem poder para comprometê-las na participação em acordos anticompetitivos. Sua atuação se limita a serviços de apoio técnico, sendo incongruente concluir que estão agindo na combinação de cartel na atividade fim.

67. Ora, a jurisprudência do CADE é cristalina ao afirmar que meros agendamentos de reuniões são provas insuficientes, especialmente quando “*na correspondência eletrônica não há conteúdo sensível ou indicação de que a reunião teve escopo anticompetitivo*”⁴⁵. Não se pode inferir qualquer intenção anticompetitiva de “*dúvidas sobre a estrutura inicial*” ou de “*possível coalimentação dos dados*”. A prestação de serviços entre empresas concorrentes no mesmo setor é permitida, não havendo ilegalidade no fornecimento de consultoria para as atividades-meio das empresas, além de a coalimentação de dados sequer ser tema sensível.

68. Também é prova insuficiente a mera menção a reuniões quando “*nenhum representante da empresa foi copiado no e-mail e não há provas sobre a realização de tal encontro e tampouco sobre a participação da Representada*” e “*não é possível depreender que a [Representada] participou ou sequer se tinha conhecimento de tal reunião*”⁴⁶. Nessa perspectiva, a deficiência nas provas fica evidente quando, em nenhum dos agendamentos, os diretores das empresas estão em contato efetivo. Tal deficiência é ratificada pela própria SG,

⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41. Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Cf., ainda, os processos 08012.004422/2012-79 e 08012.004241/2003-51.

vez que os funcionários em comento não constam como representados neste processo, justamente por não terem cometido qualquer infração contra a ordem econômica.

69. E-mails entre concorrentes. Além disso, há a citação de comunicação sobre uma “*tecnologia criptografada*” que serviria como “*base para a manutenção dos algoritmos*” (Doc. 2 - SEI nº1036619 e Doc. 3 - SEI nº 1036640). Primeiro, não há dúvida de que as empresas buscam a manutenção dos algoritmos, já que é uma ferramenta que promove a eficiência no mercado. Ademais, o uso de “*tecnologia criptografada*” para atingir essa manutenção se trata de termo absolutamente genérico que pode significar qualquer fato.

70. Não é possível inferir, por exemplo, que os concorrentes estão discutindo a manutenção de um algoritmo comum, mas, ao contrário, é perfeitamente plausível que estejam se comunicando sobre manterem seus próprios algoritmos, diferentes, para ampliarem a concorrência no setor. Existem diversas tecnologias criptografadas e, com a mesma superficialidade da prova em análise, poderia dizer-se que o tema da reunião é uma tecnologia para a segurança dos dados que envolvem o funcionamento do algoritmo.

71. É mera falha lógica inferir da redação dos e-mails citados que houve a intenção de definir preços, prejudicar a concorrência ou cometer infração contra a ordem econômica. Não há ilegalidade em utilizar tecnologias semelhantes ou fornecedores similares a seus concorrentes. Inclusive, em mercados digitais, é muito comum utilizar a mesma tecnologia de armazenamento de dados em nuvem ou até a mesma plataforma de vendas.⁴⁷

72. Mensagem pessoal. Quanto à mensagem de WhatsApp sobre o “*ambiente controlado*” (Doc. 5 - SEI nº 1036792), pode tratar-se, inclusive, de mensagens pessoais, sem qualquer nexos com as Representadas. E, ainda que neste âmbito, pode significar, por exemplo, o controle de certas rotas ou ferrovias, não havendo ligação com as condutas em análise.

73. Mensagem pessoal. Em relação ao Doc. 6 (SEI nº 1044663), as mensagens trocadas estão em um contexto regular, sendo perfeitamente aceitável que as empresas tenham prestado consultoria tecnológica uma à outra e, com a citada tecnologia, aumentado sua lucratividade, por meio da redução de preços na cadeia de serviços. Comemorar resultados positivos não significa haver paralelismo de preços ou intenção de restringir a concorrência, de modo que não se cumpre o requisito de ser o cartel a única explicação possível para a mensagem.

⁴⁷ A esse respeito, vale citar o Ato de Concentração nº 08700.004293/2022-32, disponível em <https://bit.ly/3MbZGe5>, que diz respeito a uma *joint venture* entre montadoras, fabricantes de autopeças e empresas de tecnologia alemãs para a criação de um ecossistema digital para troca de dados B2B entre diversos players do setor automotivo, em toda sua cadeia de valor. O referido AC foi aprovado sem restrições pela SG porém se encontra atualmente no Tribunal do CADE.

74. Ora, ambas as empresas atuam no mesmo mercado, prestando o mesmo tipo de serviço e muito provavelmente compartilham as mesmas tecnologias. Assim, referências a “*tecnologias*” e “*ambiente controlado*” são de tal forma abrangentes, que poderiam se tratar de qualquer coisa, desde um teste para um sistema elétrico que mantenha o site de vendas funcionando, até softwares de gestão empresarial, dentre outras infinitas possibilidades.

75. Ata de Reunião. A respeito do Doc. 8 (SEI nº 105030), trata-se de uma ata de suposta reunião sem qualquer data, autoria ou validação. Nesse sentido, a jurisprudência do CADE⁴⁸ é clara ao estabelecer “*várias ressalvas em utilizar tais documentos apócrifos, sem data e sem autoria determinadas, como evidências suficientes para condenação de uma empresa*”. Ademais, é documento totalmente unilateral, podendo, inclusive, ter sido produzido pela própria sra. Hayworth, interessa na incriminação desta Representada.

76. E-mail interno. Já o Doc. 10 - SEI nº 1051083 expõe um e-mail trocado entre funcionários da Beija-flor, que nada tem a ver com esta Representada. Sequer é possível saber o que são os resultados do “*Projetos Paralelos*” ou inferir o que seria o tal “*bônus superior*”. Destaca-se, ainda, ser o e-mail de fevereiro de 2021, cerca de dois anos após o início da suposta colusão, mais uma vez apontando que o e-mail não tem qualquer relação com o tema.

77. Assim, as inferências apresentadas não são “*fortes, seguras, indutivas e não contrariadas por contraindícios*”, nem cumprem os critérios de convencimento, precisão e concordância. Ficou assentado que as imputações realizadas não estão aptas a formar convicção, nem é o conluio a única explicação plausível para as atitudes em análise, vez que foi apresentada mais de uma interpretação alternativa para o comportamento dos investigados.

78. Ademais, no âmbito da comprovação por meio de prova indireta, Amanda Athayde⁴⁹ explica a doutrina do “*plus factor*”, segundo a qual, mesmo sem uma evidência explícita de acordo, é possível a comprovação deste. Dentre os requisitos está (i) a demonstração do paralelismo de comportamentos, que não seja resultado de decisões tomadas de maneira autônoma e que não tenha outra explicação economicamente plausível; e (ii) “*a disparidade entre o comportamento real (atual) do mercado e aquele que resulta da livre concorrência*”.

79. Quanto ao paralelismo, não há a apresentação de um histórico demonstrando preços paralelos, e menos ainda uma verificação se há outra explicação plausível. O mais próximo disso é a afirmação de que a margem de lucro é semelhante entre as empresas e que “*as*

⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41. Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. No mesmo sentido, o Processo Administrativo nº 08012.006667/2009-35.

⁴⁹ ATHAYDE, Amanda. Prova Indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo consciente e plus factors. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, p. 41-64, 2011. p. 59.

tarifas médias praticadas por cada uma das Representadas sofrerem um aumento". Contudo, em um mercado com todas as tarifas públicas e transparentes, a única razão para essa omissão é a inexistência de qualquer paralelismo, sendo que o aumento das tarifas e dos lucros das empresas são simplesmente um retorno em razão dos investimentos em pesquisa e inovação.

80. Tal aumento do preço médio das tarifas é apresentado, ainda, como suposto indício da ocorrência de cartel, tendo em vista que “*os cartéis geram um sobrepreço entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento)*”. Entretanto, em um mercado cartelizado, pelo sobrepreço gerado, há um *deadweight loss* representando os consumidores que saíram do mercado, em razão do aumento dos preços sem melhora do serviço, gerando a diminuição da demanda⁵⁰.

81. É justamente o contrário do que acontece no caso em análise. Conforme respostas apresentadas pelas empresas do setor, compiladas na Tabela 2, ainda que o preço das passagens tenha aumentado, houve **crecimento significativo** da demanda, não havendo qualquer base para afirmar a ocorrência de *deadweight loss*. Se houve aumento nos preços da passagem é justamente em razão de as empresas do setor, após pesados investimentos, terem apresentado uma inovação no mercado ao utilizar algoritmos de precificação para satisfazer da melhor forma e atender de maneira precisa e eficiente as expectativas do consumidor.

82. Não apenas isso, o simples aumento da demanda tem por consequência óbvia o aumento de preços, de modo que seria mera ilação presumir que o aumento dos preços se deu em razão de colusão. Se os lucros da empresa aumentaram cerca de 5% (cinco por cento), após o uso do algoritmo de precificação, é somente por causa dos investimentos realizados.

83. Além disso, não há qualquer disparidade entre o comportamento real/atuado do mercado e um cenário contrafactual de livre concorrência. É possível observar nos próprios gráficos 2 a 6, que, após o desenvolvimento do algoritmo, em fevereiro de 2018, até o momento imediatamente anterior à data do suposto *smart contract*, em 2019, a regra, em **todos** os cenários analisados, é um aumento no *market share* da Arara Azul.

84. Se, no período posterior, houve algum aumento proporcionalmente maior, são inúmeros os motivos razoáveis para isso: (i) trata-se de um algoritmo com *machine learning*, de modo que ele se torna mais eficiente com o tempo; (ii) a pressão competitiva obriga o mercado a se inovar, de modo que os concorrentes que não inovam perdem espaço para as empresas atualizadas; e (iii) mesmo os consumidores demoram a se adaptar e perceber as mudanças ofertadas com as inovações, de modo que a tendência do segundo ano é uma aceleração no aumento do *market share*, antes de se estabilizar.

⁵⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Voto da Conselheira Cristiane Alkmin.

85. Portanto, mediante uma análise contrafactual com as próprias informações do mercado, tem-se que não há evidências que justifiquem a caracterização de cartel por prova indireta, ainda que fosse comprovado um paralelismo (o que não ocorreu). Também foram apresentadas reiteradas explicações plausíveis para os comportamentos dos investigados.

86. E segue Amanda Athayde⁵¹, afirmando que “*se o resultado dessas (...) indagações for positivo, ainda assim não estaria configurado o ilícito, pois é necessária a identificação de elementos adicionais a demonstrar que a conduta decorre de um acordo*”. Em outras palavras, se nem mesmo os requisitos mínimos são alcançados, não há que se falar em *plus factors* justificando o enquadramento dos fatos na conduta de cartel.

87. O que se percebe, portanto, é que nenhuma das evidências acostadas aos autos é suficiente para demonstrar a intencionalidade das empresas em realizar um acordo com o objetivo de “*I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante*”.

V.2. Da análise das consequências mercadológicas do alegado cartel

88. No escrutínio antitruste da conduta de cartel, presumem-se os malefícios aos consumidores, por se tratar de uma conduta gravíssima à concorrência, contudo, no caso em tela, sequer ocorreram malefícios aos consumidores. Pelo contrário, o uso dos algoritmos de precificação promoveu um mercado pujante e em crescimento. São inúmeros os benefícios alcançados que aumentam a eficiência do mercado, tanto no lado da demanda como no da oferta, como apontado anteriormente.

89. Ademais, como subsídio adicional ao fato de o mercado não se assemelhar aos mercados cartelizados está a resposta “*r*” da Tabela 2, a qual aponta diversas empresas do setor com “*capacidade ociosa para absorver eventual desvio de demanda*”, que é uma característica improvável em mercados dominados por conluio. Pressupõe-se que com a formação de um cartel, as muitas empresas não envolvidas reagiriam ao aumento dos preços e captariam a clientela a seu modo.

90. Por fim, reforça-se, mais uma vez, que a própria entrada da Calopsita no setor de transporte ferroviário é um indicativo de eficiência do mercado, pois demonstra a possibilidade de entrada efetiva e tempestiva. A Calopsita, rapidamente, conforme apontam as Tabelas 3, 4, 5 e 8, passa a dominar entre 15% (quinze por cento) e 20% (vinte por cento) do

⁵¹ATHAYDE, Amanda. Prova Indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo consciente e plus factors. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, p. 41-64, 2011. p. 60.

mercado, demonstrando que as barreiras à entrada são escassas e que eventual tentativa de conluio seria prontamente contestada.

91. Diante deste cenário, são indubitáveis os indicativos de um mercado vigoroso e com evidente crescimento, de modo que a narrativa da ocorrência de um cartel se mostra inverossímil, vez que as consequências esperadas para um mercado dominado por um cartel simplesmente não ocorrem.

VI. DA IMAGINADA TROCA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS PARA VIABILIZAR A COLUSÃO ALGORÍTMICA

VI. 1. Da análise por efeitos

92. Conforme demonstrado, esta imputação é tentativa ilegal de duplo sancionamento a partir dos mesmo fatos. Contudo, na eventualidade de este Tribunal entender a conduta de troca de informações sensíveis como pedido subsidiário, o que não foi o caso, ou como conduta autônoma, é válido estabelecer as diferenças entre as condutas.

93. Em primeiro lugar, em que pese a SG ter se pronunciado na análise da primeira conduta por considerar “*a colusão um ilícito pelo próprio objeto sem que haja a necessidade de avaliação de possíveis efeitos ao mercado*”, não se pode dizer o mesmo da troca de informações sensíveis. Esta imputação não pode ser analisada com desconsideração dos efeitos econômicos, ou seja, mediante uma análise por objeto.

94. Nesse sentido, afirma o Conselheiro Sérgio Ravagnani⁵² que, no caso de troca de informações concorrenciais sensíveis, quando não se provar a articulação de um acordo entre os agentes, a análise se daria por efeitos, pois somente nos cartéis se procede a uma análise por objeto. Este também é o entendimento de Cristiane Alkmin⁵³, que afirma ser o cartel *hard core* a **única conduta** anticompetitiva que pode ser compreendida como *per se*. Somente nos cartéis presumem-se os efeitos negativos e analisa-se por objeto a conduta⁵⁴, sendo que as outras condutas são analisadas com base em eficiências.

95. Postulam Nitsche, R. & Hinten-Reed, N.⁵⁵ que a “*troca de informações pode promover tanto efeitos benéficos para os consumidores quanto danosos, e essa distinção depende das características da informação compartilhada*”, e, sendo assim, “*se há possibilidade de*

⁵² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73. Voto do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani.

⁵³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Voto da Conselheira Cristiane Alkmin.

⁵⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73. Voto do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani.

⁵⁵ OCDE. Potential procompetitive and anti-competitive aspects of trade/business associations. 2008. p. 7-41. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf>>. Acesso em: 21 set 2022.

eficiência, destarte, não há que se falar em condenação per se, sendo sempre necessário balancear 'os custos versus os benefícios' da conduta⁵⁶. Nesse sentido, não há possibilidade de se analisar o presente caso por qualquer outro método que não a regra da razão.

96. Contudo, o que se percebe no presente caso é um evidente **ganho de eficiência no mercado**, como argumentado anteriormente, com efeitos benéficos para a concorrência, de maneira que não cabe a aplicação de qualquer sanção, pois o que ocorreram foram comportamentos lícitos sem efeitos anticoncorrenciais.

VI. 2. Do conjunto probatório

97. Afirma a SG que “há **indícios** de que as Representadas se engajaram em troca de informações a respeito dos padrões adotados pelos algoritmos desenvolvidos pelas empresas Arara Azul e Beija-flor. Tal conduta **pode ter resultado em efeito colusivo, tendo em vista a natureza das informações trocadas**”. Contudo, não há no acervo probatório qualquer comprovação da natureza das informações compartilhadas. Apesar de haver a apresentação de inúmeros e-mails e mensagens entre funcionários das Representadas, em nenhum momento há a explicitação da **natureza das informações trocadas**, ao contrário, nota-se apenas suposições.

98. É importante destacar que a mera troca de informações entre empresas não é uma ilegalidade, mas apenas a troca de informações **sensíveis**. Dessa forma, no intuito de garantir segurança jurídica, o CADE, em seu Guia de *Gun Jumping*, estabelece parâmetros definindo o que são informações sensíveis. Nesse sentido⁵⁷:

De um modo geral, as informações concorrencialmente sensíveis (e, portanto, merecedoras de maior atenção pelas partes) são **informações específicas** e que **versam diretamente sobre o desempenho das atividades-fim dos agentes econômicos**. Essas informações podem incluir especialmente dados específicos sobre: a) custos das empresas envolvidas; b) nível de capacidade e planos de expansão; c) estratégias de marketing; d) precificação de produtos (preços e descontos); e) principais clientes e descontos assegurados; f) salários de funcionários; g) principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; h) informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); i) planos de aquisições futuras; j) estratégias competitivas, etc

99. Não há provas de trocas de informações específicas sobre a atividade-fim dos agentes econômicos. O que mais se aproximaria das acusações afirmadas, seria a especulação sobre estratégias competitivas e precificação de produtos. No entanto, como comprovado pelos ofícios apresentados, “a tecnologia utilizada pelo algoritmo permite que ele desenvolva a

⁵⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Voto da Conselheira Cristiane Alkmin.

⁵⁷ BRASIL, Conselho Administrativo De Defesa Econômica - CADE. Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica. Brasília, DF: [s.n.]. Disponível em: <<https://bit.ly/3M7nBLW>>. Acesso em: 21 set 2022.

forma de precificação automaticamente”, ou seja, sem o envolvimento de qualquer interferência humana⁵⁸.

100. Sobre isso, esclarece-se que “*a forma que um algoritmo de deep learning funciona pode ser ilustrado de maneira simples com o conceito de uma ‘caixa preta’*”⁵⁹, justamente porque nem mesmo as empresas ou os desenvolvedores têm controle das estratégias de competição ou mecanismo de precificação por eles utilizados. Nesse sentido, provas indiretas sobre informações de qualquer natureza, se mostrariam irrelevantes para a utilização do algoritmo propriamente. Há de se ter em consideração que a autonomia desta ferramenta em analisar bancos de dados amplos e gerar resultados lucrativos através do *deep learning*, já cumpre os objetivos almejados pela companhia por si só.

101. Partindo para uma próxima abordagem, como maneira de sedimentar a ausência de nexos causais entre os documentos apresentados como provas e suas conclusões, analisa-se individualmente cada uma delas.

102. Conforme apontado, o Doc. 1 (SEI nº 1036613) apenas indica que foi marcada uma reunião, e, mesmo na análise de provas indiretas, raramente aceita na conduta em análise, é insuficiente a simples menção a reuniões quando “*nenhum representante da empresa foi copiado no e-mail e não há provas sobre a realização de tal encontro e tampouco sobre a participação da Representada*”, sendo que “*não é possível depreender que a [Representada] participou ou sequer se tinha conhecimento de tal reunião*”⁶⁰. Na mensagem em discussão, não há qualquer troca de informação sensível, mas apenas o tema de uma reunião futura, com isso, seria ônus da acusação comprovar o acontecimento dessa reunião, bem como que efetivamente foram trocadas informações sensíveis.

103. Na mesma perspectiva, o Doc. 4 (SEI nº 103679), que não apenas envolve troca de e-mail entre pessoas cuja atuação limita-se a prestar serviço meio, qual seja, o apoio técnico, como também sequer trata dos assuntos elencados pelo CADE como temas sensíveis.

104. A respeito dos Docs. 2 (SEI nº 1036619) e 3 (SEI nº 1036640), eles indicam o uso comum de uma tecnologia criptografada como base para a manutenção dos algoritmos. Ora, a descrição se encaixa perfeitamente com o uso da “*nuvem*” para alimentar os algoritmos, no entanto, virtualmente todas as empresas de mercados digitais com algoritmos de precificação se utilizam da nuvem para armazenar dados. Não há ilegalidade em se utilizar da mesma

⁵⁸ Doc. 13 - SEI nº 0158897.

⁵⁹ OECD. Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age. Disponível em: <<https://bit.ly/3CeTn6a>>. Acesso em: 19 set. 2022. p. 32.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41. Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Cf., ainda, os processos 08012.004422/2012-79 e 08012.004241/2003-51.

tecnologia de conservação de dados, mas apenas em efetivamente trocar informações sensíveis, o que, contudo, como exposto em outros momentos do presente memorial, não é demonstrado.

105. Aqui, somente se evidencia que foram compartilhadas questões eminentemente técnicas, como a configuração do software de armazenamento ou o **modo** de alimentação informacional dos algoritmos, e não a efetiva troca de informações sensíveis.

106. Quanto à planilha de parametrização de software, (Doc. 7 - SEI nº 1045605), não há indícios de que o software em questão envolve atividade-fim das empresas. Na verdade, o fato de a Sra. Adejabebe Rodriguez sequer estar representada neste processo aponta como ela não cometeu qualquer infração contra a ordem econômica. O software em comento é de caráter estritamente técnico, razão pela qual não há, no e-mail em análise, contato direto entre os diretores, mas apenas com a área técnica. Assim, a parametrização compartilhada não envolve decisões de mercado nem a atividade essencial da empresa, que vende passagens de trem.

107. Tanto em relação ao “*software*” quanto à “*tecnologia criptografada*”, é importante destacar que não há qualquer óbice na prestação de consultoria, ainda que entre concorrentes do mesmo setor, a respeito de atividades-meio. A criptografia é um modo de garantir a segurança de informações, sendo tema secundário que não influencia as decisões da empresa.

108. A ata da reunião (Doc. 8 - SEI nº 105030), por sua vez, não traz nenhum conteúdo relevante, apenas indicando que houve a reunião com pauta genérica de “*desenvolvimento do software*”, além de ser unilateral. Em relação ao Doc. 9 (SEI nº 1050315), há uma infinidade de razões diferentes pelas quais esse dossiê pode ter sido elaborado e enviado, sequer havendo prova de que tal dossiê foi efetivamente entregue e conhecido pelos diretores da representada. Ademais, em nenhum dos casos há indicação de que alguma informação sensível foi trocada.

VII. DA SUPOSTA CRIAÇÃO DE DIFICULDADES MEDIANTE CONDUTA DISCRIMINATÓRIA E RECUSA DE CONTRATAR

109. Conforme Nota Técnica Nº3, a representação da Calopsita alega ter ocorrido um fechamento de mercado mediante recusa de contratar com caráter discriminatório. Como fundamento, afirma-se que existiria uma *blockchain* privada apenas em benefício das duas representadas, e que a Representante não teria sido “*contatada*”, o que seria discriminatório.

110. Inicialmente, cabe apontar que não há evidências de que essa *blockchain* privada exista, ou que houve uma tentativa de algum concorrente em aderir à tal *blockchain*.

111. Ademais, como exposto no tópico II, a Representante está mais contrariada com não ter sido incluída nas supostas reuniões a respeito dos algoritmos do que para os efeitos para o

mercado. Assim, é fundamental que esta imputação de conduta seja entendida por este órgão como uma lide privada, que não impacta todo o mercado.

112. Consoante definido no processo administrativo nº 08700.004911/2019-49⁶¹, não deve haver interferência da autoridade concorrencial em relação a “*decisão da Representada por alterar sua política de distribuição, recusar a venda de alguns de seus produtos, ou mesmo discriminar preços entre seus distribuidores*”, pois são assuntos meramente privados que “*não têm o condão de afetar a concorrência*”. Semelhante foi a conclusão da SG neste processo.⁶²

113. Ademais, não há criação de dificuldades para a entrada ou funcionamento do mercado. Na verdade, como supramencionado, além de apontado pela própria SG⁶³, ao se observar a entrada tempestiva e efetiva da Representante nas rotas que passou a competir, percebe-se que, em média, passou a dominar 17,375% do mercado. Dessa forma, em menos de dois anos, a Representante tornou-se o terceiro maior *player* no cenário nacional, o que demonstra as baixas barreiras de entrada, evidenciando-se a ausência de barreiras artificialmente elevadas.

114. Em se tratando da caracterização da conduta em comento, há de se ponderar se houve claras intenções anticompetitivas, além de danos aos concorrentes ou aos consumidores⁶⁴. Contudo, não há subsídios para sustentar algum impacto negativo das condutas da Representada para o mercado. As alegadas condutas somente seriam ilícitas se fossem praticadas com resultados que criem ou mantenham monopólios ou similares, elevando barreiras a entradas artificialmente e/ou aumentando custos aos rivais.⁶⁵

115. Contudo, a análise factual do mercado não só revela ausência de dano, mas também evidencia ganhos de eficiência e criação de bem estar aos consumidores. Tais efeitos são notados pelo aumento significativo da demanda pelos consumidores, conforme Tabela 2, os quais, apesar da pandemia de COVID-19, que gerou limitações de locomoção, reagiram positivamente aos preços praticados pelas empresas.

116. Também se nota a eficiência do mercado pela existência de capacidade ociosa, pelas baixas barreiras de entrada e pelo incremento da competição, apontados no tópico IV. 2. Caso

⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Processo Administrativo nº 08700.004911/2019-49. Nota Técnica nº 1/2022/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: <bit.ly/3UhelbP>. Acesso em: 19 set 2022.

⁶² “*um agente econômico pode escolher, dentro dos limites e princípios do Direito Concorrencial, seus parceiros comerciais e o modo pelo qual realizará essa operação, especialmente quando intenta garantir um retorno adequado a investimentos e contra ações de free-riders*”.

⁶³ “*A rivalidade é elevada e as barreiras baixas, dado que um novo entrante conseguiu capturar parte significativa da representatividade das Representadas*”.

⁶⁴ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 456-470.

⁶⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Resolução Cade nº 20/1999 - Anexo I**, 1999.

os preços praticados pelas Representadas estivessem demasiadamente elevados, os consumidores buscariam modais de transporte alternativos.

117. Assim, diante da ausência de **infração à ordem econômica, evidenciada pelas eficiências conquistadas e pela ausência de prejuízo à concorrência**, é evidente que este processo administrativo deve ser arquivado. Tal imputação pela Representante é improcedente de modo manifesto e, caso esse comportamento se torne prática reiterada, evidenciando o caráter meramente anticoncorrencial, pode, inclusive, ser considerada conduta unilateral ilícita de *sham litigation*, tendo como marco inicial a presente Representação.

PEDIDOS

118. Do tanto quanto exposto, pleiteia a Representada que este Tribunal determine o arquivamento definitivo deste processo administrativo, com relação

- (i) a todas as condutas tipificadas na Nota Técnica;
- (ii) à suposta prática de combinação de preços e condições comerciais (tipificada no art. 36, §3º, inciso I, "a", e inciso IV, da LDCB), instrumentalizada por blockchain privada e smart contract celebrado pelas empresas Arara Azul e Beija-flor;
- (iii) à suposta troca sistemática de informações concorrencialmente sensíveis para viabilização de colusão algorítmica (tipificada no art. 36, §3º, inciso I, "a", incisos II e III, da LDCB); e
- (iv) à suposta criação de dificuldades mediante conduta discriminatória e recusa de contratar (tipificada no art. 36, §3º, incisos V, X, e XI, da LDCB).

119. Subsidiariamente, caso a autarquia entenda pela condenação da Representada, pede-se que a ausência de efeitos concretos lesivos à concorrência seja levada em consideração na dosimetria da sanção, já que os atos da Representada não produziram nenhum efeito nocivo.

Nestes termos, pede deferimento.

Bodega Bay, Março de 2023.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda. **Prova Indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo consciente e plus factors**. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, p. 41-64, 2011.

BAKER, Jonathan B. **The Antitrust Paradigm Restoring a Competitive Economy**, p. 1-369, 2019.

BECKER, Bruno Bastos; MATTIUZZO, Marcela. **Plataformas digitais e a superação do antitruste tradicional: mapeamento do debate atual**. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, p. 40-83, 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Ato de Concentração nº 08700.004293/2022-3**. Parecer Nº 338/2022/CGAA5/SGA1/SG. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddYT_98YYJ89Rig-nQ2rLDClxVEdDZ0tWp-mmtnqGKSCa96dd94P7YOmG_KyDuYSba6wCVn-NDxqXkB3C0ukA2G>. Acesso em: 22 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica - CADE. **Documento de Trabalho nº 005/2020 - Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Brasília, DF: [s.n.]. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-emmercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica - CADE. **Documento de Trabalho nº 005/2020 - Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Brasília, DF: [s.n.]. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-emmercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica - CADE. **Guia para Análise de Consumo Prévia de Atos de Concentração Econômica**. Brasília, DF: [s.n.]. Disponível

em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumpi ng-versao-final.pdf>>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Guia de Combate a Cartéis em Licitação**. Brasília, DF: [s.n.]. Disponível em: <<https://bit.ly/3RyDoob>>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPTql_IL61mh04cEyFSz3RZAPACG9AO22MAxTnfK3XJE3b09F1oj9EEemTEpTzV6jLQRW755zE6_Pa1Ie-6n3zrS>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08012.004241/2003-51**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaAnglavkaW3PSYDmWb5iGBXB1DEFPOxXIGnkAbiRma>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08012.004422/2012-79**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP_LfIYCVRFVdGN7sro7W2634TBdgAH2TKeDNYvVUzb3c19BIZ_4XMXSWV41ZpFb10ul2eOt-xhgc_HEovOyiDR>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE (SEI nº 0546890). Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2018/nota-tecnica-n34-processo-administrativo-08012010483201194.pdf>>. Acesso em: 22 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12**. **Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia**.

Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnT6H5Q_dXCV9GsDkCIIdnySQ0v6IML7teT_-iQ0O-n47>. Acesso em: 22 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90**. Voto da Conselheira Paula Farani. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMNNmeh3VEW-1xhJkGdWZfb0g1fvGuual38ZIG1ZN2lxIzDLKS5HoLF69MTNvfEdPKyQn9_4XibVI-jxynveQvY>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73**. Voto do Conselheiro Sergio Costa Ravagnani. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOnyFH2kIY9WkAAMAowhEo6yHZr_n dEX7lnFvEweNDbwcTgAoLIHpJmBJ3PIXWppSaYi0QYLwel2pu_-Q22PjcE>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Voto do Conselheiro João Paulo de Resende. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPf7BJ8TKXiAj64uRZfulL5o-Z_AOogkHiscpZ4wVk0YAIvoX2c4mRJJXQ2QPPdGXijXOGTg6gZvAsRpdXu2DT4>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Processo Administrativo nº 08700.004911/2019-49**. Nota Técnica nº 1/2022/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: <bit.ly/3UhelbP>. Acesso em: 19 set 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica - CADE. **Resolução Cade nº 20/1999 - Anexo I, 1999**. Disponível em:

<<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=96756>>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL, Conselho Administrativo De Defesa Econômica - CADE. **Regimento Interno do CADE**. Disponível em:

<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529 de 2011**, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: <<https://bit.ly/3zoiG19>>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 1999**, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ. **REsp 1.755.266/SC**. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dje: 20 nov 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. **Súmula 473**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>>. Acesso em: 21 set 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. Decisão Google AdSense. Bruxelas, 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40411, Acesso em 05 de out. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. Decisão Google Android. Bruxelas, 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40099, Acesso em 05 de out. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. Decisão Amazon e-Books. Bruxelas, 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40153, Acesso em 05 de out. 2022.

EASTERBROOK, Frank. H. **The limits of antitrust**. Texas Law Review, v. 63, n. 1, 1984. p. 15-16.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FERNANDES, Victor Oliveira; SILVEIRA, Paulo Burnier. **Antitruste e inovação nos mercados digitais: abordagens para a análise de condutas exclusionárias**. In: MENDES,

Laura Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (coord.). *Internet & Regulação*. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*. 1. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GREENWALD, Bruce C., KAHN, Judd. **Competition Demystified**. Penguin Publishing Group. Ed. Kindle. 2007.

GRINBERG, Mauro. **O Cade e o princípio da não surpresa**. JOTA Info, 12 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-cade-e-o-principio-da-nao-surpresa-12122019>>. Acesso em: 19 set 2022.

HOVENKAMP, Herbert. **Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?** *Journal of Corporation Law*, v. 45, n. 18-15, 2019.

MELAMED, A. Douglas; PETIT, Nicolas. **The misguided assault on the consumer welfare standard in the age of platform markets**. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 741-774, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2ª ed. – São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. Pgs. 276-277.

Organization for Economic Co-Operation and Development - OECD. **Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age**. Disponível em: <oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>. Acesso em: 19 set. 2022.

Organization for Economic Co-Operation and Development - OCDE. **Potential procompetitive and anti-competitive aspects of trade/business associations**. 2008. p. 7-41. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf>>. Acesso em: 21 set 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

RÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Comission Final Report, 2019.

SHAPIRO, Carl. **Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It**. *Antitrust*, v. 35, n. 3, p. 33-45, 2021.