

Algoritmos e Lei Antitruste

22.06.2021 4 minutos de leitura

Autores

José Inacio Ferraz de
Almeida Prado Filho

Áreas relacionadas

Concorrencial

Assuntos

Concorrencial CADE

O avanço técnico da sociedade contemporânea segue em caminho vertiginoso - a intensidade no uso de tecnologia da informação, a crescente digitalização de todas as esferas da vida e o ritmo incessante das inovações têm produzido transformações fundamentais. Novidade mais marcante dessa nova era da informação é o uso de algoritmos e de inteligência artificial na triagem e tratamento de dados e na tomada de decisão a partir do conjunto de informações considerado pertinente.

Atividades antes ligadas ao intelecto e decisão humana deliberada têm sido substituídas por algoritmos automatizados com inteligência artificial - desde a escolha de filmes nos serviços de streaming, até o melhor trajeto nos aplicativos de navegação, passando por decisões empresariais e de investimento (inclusive via robôs de *high-frequency trading* nas bolsas de valores) e chegando até mesmo a diagnósticos médicos suportados por inteligência artificial. Muitos desses mecanismos são desenvolvidos com a habilidade de aprenderem e se refinarem automaticamente, com ou sem supervisão humana, tornado suas escolhas mais precisas e a taxas de evolução muito mais rápida que a cognição humana poderia sonhar.

Novidade mais marcante dessa nova era da informação é o uso de algoritmos e de inteligência artificial na triagem de dados.

Seria possível, para fins legais, algoritmos formarem cartel e serem responsabilizados?

Estudo da OCDE em 2017 (*"Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age"*) abordou alguns dos desafios sobre os impactos da automatização de decisões antes humanas na aplicação da lei antitruste. Dentre diversas ponderações trazidas no documento, duas merecem especial destaque e trazem reflexões que podem ajudar nos obstáculos adiante.

Em primeiro lugar, o uso de meios tecnológicos avançados como instrumentos para entabular acordos anticompetitivos de modo deliberado e consciente jamais modificará a natureza da conduta e não retira a ilicitude da prática nem a natureza essencialmente humana da violação (p. 20). A implementação de prática colusiva entre concorrentes, seja pelas tecnologias mais avançadas do século XXI, seja por sinais de fumaça, segue infração da ordem econômica.

Em segundo lugar, as leis antitruste tradicionalmente não reputam ilegal o equilíbrio de mercado com preços elevados quando atingido de forma independente e sem qualquer interação entre concorrentes - o chamado paralelismo consciente. Esses resultados ocorrem em situações relativamente limitadas, onde o mercado é oligopolizado, apresenta muita transparência de preços e pouca diferenciação de produto, e os poucos agentes que atuam têm estruturas de custo semelhantes.

Mas aqui surge o dilema realmente novo: a alta capacidade computacional dos algoritmos com inteligência artificial na coleta e processamento de dados, e a velocidade e frequência com que conseguem tomar decisões e ajustar as variáveis concorrenciais colocadas ao mercado (preço e quantidade, em especial), poderiam tornar esses casos antes limitados em hipóteses muito mais comuns (pp. 25, 33 e ss.).

A lei antitruste brasileira, junto com as jurisdições mais maduras, sempre acolheu a orientação tradicional em relação ao paralelismo consciente de que ele, por si só, não seria suficiente para configurar prática anticompetitiva: para haver infração antitruste é fundamental provar fatores adicionais a demonstrar que tal resultado fora atingido por meio de interação entre concorrentes, como existência de reuniões suspeitas e sem comprovação de conteúdo legítimo, contatos frequentes e sem contexto claro ou mesmo pela irracionalidade econômica do resultado do ponto de vista de conduta independente - os “plus factors” que dão suporte à condenação por colusão.

Antes de se cogitar mudança legislativa ou inflexão na aplicação da lei, é fundamental confirmar se essas hipóteses de paralelismo consciente teriam se tornado realmente endêmicas a ponto de erodir a funcionalidade da lei antitruste ao tradicionalmente ancorar a ilicitude na interação imprópria entre concorrentes. Ainda que mais prevalentes, há o obstáculo jurídico de considerar ilícita por colusão a conduta humana ou algorítmica sem interação imprópria com concorrentes - a pura velocidade e frequência de reações às variáveis de mercado podem até ser interação, mas seria difícil dizê-las impróprias porque havidas de forma unilateral, ainda mais quando dirigidas ao cliente, que é o destinatário da oferta.

A questão de fundo subsistirá, mas o tratamento apropriado não é expandir o conceito de colusão para situações irrealistas e sim tratar a circunstância diretamente como prática unilateral passível de configurar abuso de posição dominante.

Esse registro permite sancionar práticas algorítmicas adotadas por empresas dominantes e que possam gerar efeitos negativos ao mercado, mas garante avaliar de forma equilibrada os potenciais ganhos de eficiências e não prejudica o ritmo das inovações de negócio com preocupações de condenações antitruste de falso positivos. Mais importante, estender irrealisticamente o conceito de interação imprópria entre concorrentes (colusão) gera risco de diluir a marca característica da violação antitruste mais grave, tornando fluido conceito que deveria ser absolutamente claro para todos os empresários.

*Este artigo foi escrito por nosso sócio José Inácio F. de Almeida Prado Filho e pelas advogadas Vivian Terng e Bruna Anklam, todos da área Concorrencial. A publicação foi veiculada pelo Valor Econômico em 18/06/2021. Clique aqui e confira o artigo na íntegra.

Profissionais que aliam visão jurídica e visão de mercado



José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho