

# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CONCORRÊNCIA: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO DIREITO ANTITRUSTE

Isabella Miranda\*

Eduardo Gomes Cañada\*\*

**Resumo:** No mundo jurídico a hipercomplexidade pode se revelar pela multiplicidade de fontes, dado que são vários os grupos sociais justapostos na sociedade, que podem não partilhar os mesmos valores. Nesse ambiente, cada um deseja norma ou lei especial para si, o que acarreta abundância de diplomas legais; podendo interferir na unidade do ordenamento. Frente às inovações tecnológicas e à apropriação dessas por determinados grupos sociais, busca-se averiguar em que medida a utilização desses novos instrumentos pode importar em condutas predatórias dos agentes econômicos, de forma a prejudicar a concorrência, especialmente quando considerada a geração e acumulação de dados na Revolução Digital.

**Palavras-chave:** inteligência artificial; desafios; direito; antitruste; concorrência.

## 1 INTRODUÇÃO

A interação entre grupos sociais no modelo de Estado atual não impede a utilização do poder de captura por alguns para obter resultados mais vantajosos. Nesse cenário, a legislação é também recurso econômico, que pode vir a gerar vantagens competitivas para os *players* com maior influência. Tal qual o poder de captura de determinados atores, a interação entre eles também pode subverter a hierarquia normativa tradicional (AZEVEDO, 2004, p. 55), de forma a acarretar em quadros normativos diversos.

No cenário atual, em que conceitos tecnológicos interagem cada vez mais com jurídicos, importa reconhecer que o desenvolvimento de instrumentos como aprendizado de máquina e seus aperfeiçoamentos podem vir a ser, também, vantagens competitivas. A regulação desse uso, pode vir a ser também objeto de disputa dentro da sociedade, o que a justifica enquanto objeto de estudo.

Para tal, importante entender que o método de análise da situação se relaciona com o *locus* ocupado pelo direito dentro da epistemologia científica. Sendo ele teoricamente irreduzível (à pura norma ou fato social), o pensamento jurídico não poderá assumi-lo numa perspectiva teórico-objetiva, porque é ele por essência uma intenção normativa a realizar historicamente e em experiência (NEVES, 1967, p. 906). O emprego do termo “experiência” já revela o abandono do dualismo kantiano, pois a realidade jurídica é histórico-cultural, na qual

os elementos fáticos e as diretrizes ideias se compõem normativamente na unidade de um processo que culmina em um juízo normativo decisório (REALE, 2010, p. 112). Este processo, contudo, implica em ordenação específica para a realização de seu objetivo.

Não sendo possível principiar de *tábula rasa*, o juízo normativo só é emitido a partir de referencial teórico seguro. Portanto, este trabalho parte da compreensão do funcionamento de sistemas de inteligência artificial e da apreensão de dados a respeito da composição do mercado nacional/mundial de agentes econômicos focados na utilização de AI. Posteriormente, identifica-se a teoria concorrencial de condutas predatórias, com base na distinção conceitual entre regra *per se* e regra da razão para caracterização destas, a fim de responder o questionamento primordial do trabalho, qual seja, a possibilidade de que os agentes econômicos com maior participação no mercado se utilizem de dados privilegiados e de sistemas de inteligência artificial de forma a impedir a entrada de potenciais competidores ou a distorcer seus mercados de atuação.

Priorizou-se na construção deste artigo, dessa forma, método científico de abordagem qualitativa para interpretação do cenário delineado. A apreensão de dados foi, em sua maioria, por meio de pesquisa bibliográfica e documental em meios escritos e eletrônicos. Ressalte-se, porém, que a atualidade de estudos relacionados à inteligência artificial, especialmente no âmbito do Direito, resultou na utilização majoritária dos últimos.

## **2 APREENSÃO DE DADOS ENQUANTO VANTAGEM COMPETITIVA**

Dentre os conceitos presentes no estudo da inteligência artificial, tem ganho força o de aprendizado de máquina, campo de estudo que busca possibilitar a tomada de decisões autônomas por sistemas a partir do fornecimento de dados. Assim, há quem defina a inteligência artificial como “o estudo de agentes que recebem percepções do ambiente e executam ações” (NORVIG; RUSSEL, 2014, p. 4), sendo campo maior no qual estão inseridas inovações como o aprendizado de máquina. Em um cenário de avanço contínuo da tecnologia e da utilização de sistemas tecnológicos baseados na apreensão de dados dos usuários, cabe questionar o papel que a informação assume enquanto recurso econômico e possível vantagem competitiva.

Grandes empresas de tecnologia, como Alphabet Inc. e Apple Inc. passaram a utilizar elementos obtidos por meio de seus produtos na *internet* para aprimoramento de seus sistemas, de forma a personalizar cada vez mais anúncios e serviços ofertados. Exemplo recente da conduta deu-se com o escândalo Facebook, nos Estados Unidos, onde questionou-se o

tratamento dado às informações de seus usuários, tendo em vista a utilização destas pela empresa britânica Cambridge Analytica para realização de propaganda eleitoral especializada.

Para além desses campos, há, porém, que se questionar se a apreensão majoritária dos dados que alimentam os sistemas de inteligência artificial por determinados agentes econômicos não representaria a possibilidade de condutas anticoncorrenciais e se, em tal situação, os juristas possuiriam solução eficaz imediata. Seria possível, nesse sentido, identificar um “monopólio” de dados ou uma organização industrial pela utilização de algoritmos que mereça atenção das legislações antitruste?

Em verdade, a concentração e apreensão de dados pelas grandes empresas de tecnologia, estimuladas cada vez mais pelo incremento das técnicas de aprendizado de máquina, podem vir a representar uma vantagem competitiva frente aos concorrentes (THE ECONOMIST, 2017). Sem o compartilhamento de dados com outros agentes e com o aprimoramento dos próprios serviços, as gigantes de tecnologia acabam por criar, além disso, um novo tipo de barreira aos demais agentes e potenciais competidores, que serão preteridos pelo consumidor, tendo em vista a oferta de serviços personalizados baseados em dados e tecnologias exclusivos.

Explicitado o problema, procede-se à investigação jurídica a respeito da adequação das normas e entendimentos atuais a respeito do direito concorrencial a este novo cenário. Para tanto, remete-se à teoria que difere entre a utilização da regra da razão e da regra *per se*, advindas da experiência estadunidense com o direito concorrencial e antitruste. Cumpre ressaltar que a acumulação de dados ocorre todos os dias em nível exponencial, sendo o questionamento, dessa forma, de relevante urgência.

### **3 TEORIA CONCORRENCIAL E INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS: CENÁRIO ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS**

No contexto da prática antitruste moderna, os sucessivos entendimentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) apontam para a aplicação de requisitos para a caracterização de um ilícito concorrencial: (I) É necessário mostrar que a conduta, por meio da qual a infração à concorrência se daria, de fato ocorreu e pode ser imputada à representada (II) Que a empresa possua condições para realizar a alegada conduta infrativa, ou seja, que possua posição dominante. (III) Por fim, uma vez que os dois critérios anteriores restarem provados, ainda é preciso demonstrar que os efeitos deletérios à concorrência não estão relacionados ao

aumento da eficiência, que contrabalanceariam os prejuízos de eventual redução da concorrência (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 169).

Especificamente, portanto, a atuação do CADE dá-se por meio da regra da razão, dada a necessidade da análise do preenchimento dos requisitos supracitados, aliada à hipótese exclusiva de verificação obrigatória de operações societárias que envolvam valores específicos - a exemplo, a recente aquisição da XP Investimentos CCTVM S.A. pela Itaú Unibanco S.A. Pois vale ressaltar que para as empresas de tecnologia que utilizam sistemas baseados em dados, esta última opção pode ser não a mais adequada, já que a importância da informação não necessariamente se traduzirá nas cifras estipuladas, razão pela qual destaca-se característica que merece estudo mais específico.

Outra possibilidade sistêmica é o uso da regra *per se* caso haja a constatação de um cartel, pois considera determinadas condutas como ilegais sem a necessidade de aprofundamento na investigação, tal qual um tipo penal de “mera conduta”, exigindo assim menor quantidade de informação em um estágio de cognição anterior ao da regra da razão (GABAN; DOMINGUES, 2016, pp. 96-97). Importa, nesse sentido, destacar que até mesmo a possibilidade de formação de conluíus e cartéis é modificada pela introdução de elementos tecnológicos, já que, além dos casos de aquisição e concentração de dados, a utilização de sistemas de inteligência artificial pode influir diretamente na política de preços praticados nos mercados digitais, nicho notadamente em expansão.

Nesse sentido, Ezrachi e Stucke (2017) reconhecem a possibilidade de que ocorra um “conluio algorítmico tácito” (*algorithmic tacit collusion*), ao passo em que os sistemas de inteligência captem informações de seus concorrentes no mercado digital e passem a reagir a elas. Nessas situações, é possível que haja uma estabilização de preço não combinada entre os agentes, mas que venha a prejudicar a concorrência e o consumidor.

Para que seja possível identificar tal situação, os autores elencam três condicionantes: (i) que o mercado seja concentrado e os produtos sejam homogêneos, de forma que os sistemas possam identificar padrões facilmente; (ii) que exista um mecanismo crível de reação aos descontos do concorrente, de forma que se diminua seus lucros; e (iii) que a influência externa no mercado seja reduzida, de forma que as barreiras de entrada sejam altas e agentes externos não possam modificar as condições de preço (EZRACHI; STUCKE, 2017, p. 3-4). Presentes as condições no caso concreto, é possível que se esteja diante de uma situação em que a competição será reduzida e o preço atingirá níveis estáveis tacitamente, por outras forças que não as clássicas oferta e demanda.

Frente ao aumento da utilização de sistemas de inteligência artificial que atuam por meio de algoritmos e captação de dados, tais situações poderão assumir configurações em larga escala. A Revolução Digital não parece permitir que o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência se adstrinja às regras e parâmetros já utilizados.

Nessa perspectiva, é possível que a mesma tecnologia seja utilizada como forma de contra-medida às práticas predatórias por meio da utilização de sistemas de inteligência artificial (EZRACHI; STUCKE, 2017, p. 28). A título exemplificativo, caso um algoritmo altere preços de modo flagrantemente anticompetitivo, pode-se pensar em duas soluções: uma pelo desenho ou uso do algoritmo (conjuntamente com medidas auxiliares que permitirão detectar e prevenir o paralelismo de preços por trabalhar sobre parâmetros e processos do mercado como um todo) e outra pela estruturação de um modelo de responsabilidade estrita pelo ilícito. Destaque-se, porém, que tais esquemas não tomariam a inteligência artificial por um robô autônomo e independente; capaz de profundo conhecimento e escolha de um comportamento próprio. Contudo, essa perspectiva ficcional já está em discussão. Nesse prognóstico, será necessário analisar paralelos, em primeiro lugar, entre a IA e o empregado e após considerar a responsabilidade do empregador por seus atos contra a competição (SMEJKAL, 2017, p. 16).

Assim, se utilizando de dados e algoritmos, a alimentação de simulações do comportamento dos agentes econômicos pode vir a esclarecer a natureza da conduta. Resta claro, porém, que não será possível realizar medidas efetivas sem que os próprios formuladores de políticas e aplicadores da lei se familiarizem com os aspectos e conceitos aqui trabalhados.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A variedade de figuras de inteligência artificial demonstra que a aplicação de institutos jurídicos deverá ser feita com extrema cautela pelos juristas, em especial quando se considera a interferência econômica gerada pela regulação e atuação de órgãos jurisdicionais. Assim, faz-se necessária constante atualização do meio acadêmico e profissional quanto às inovações tecnológicas e aos impactos que estas podem causar fatos jurídicos que importem em situações mercadológicas desfavoráveis à concorrência e inovação.

Nota-se que o avanço científico da inteligência artificial proporcionou a introdução de elementos diversos no cotidiano, de forma que é possível estar frente a dispositivo artificial e utilizá-lo com precisão sem que necessariamente perceba-se sua natureza. Da mesma maneira,

é possível que se esteja diante de influência negativa dos sistemas de inteligência artificial, como ocorre quando da apreensão de dados e sua utilização sem informação ao consumidor.

Importante destacar que o campo de aplicação da inteligência artificial é, já hoje, relativamente amplo, embora a tendência seja de crescimento exponencial. Conseqüentemente, os efeitos advindos da introdução de elementos de IA assumem características diversas, de forma que as soluções jurídicas para eventuais danos não poderão se eximir de analisar as variáveis envolvidas no caso concreto.

Em grande escala, a Revolução Digital importa na modificação de cenários adotados como fixos, especialmente no que se relaciona às teorias de organização industrial e aplicação dos institutos de defesa da concorrência. Ainda que se possa antever uma continuidade da aplicação do conceito de regra da razão, na qual se faça uma análise dos efeitos das condutas dos agentes econômicos, não há como negar a necessidade de alterações na atuação dos aplicadores do direito. Nesse sentido, a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência frente à Revolução Digital não poderá se eximir de uma atualização dos profissionais frente às novas formas de atuação dos agentes econômicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. *In Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 55-63.

EZRACHI A.; STUCKE, M. E. Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures. *OECD Roundtable on Algorithms and Collusion*. OECD: Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto - Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica) Coimbra: Almedina, 1967.

NORVIG, Peter; RUSSEL, Stuart. *Inteligência Artificial*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

SMEJKAL, Vaclav. Cartels by Robots - Current Antitrust Law in Search of an Answer. *In InterEULawEast: Journal for International and European Law*, vol. IV (2), 2017.

THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules. *The Economist*. Leaders. maio de 2017.

Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em agosto de 2018.